



APUNTES

D° FAMILIA

MAGÍSTER EN FAMILIA

CAPÍTULO I

(Resumen e Ideas del libro "Derecho de Familia" de René Ramos Pazos, Edit. Jurídica de Chile, 2005.)

IDEAS INTRODUCTORIAS AL DERECHO DE FAMILIA

Concepto de familia

La familia ha sido definida como un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye algún efecto jurídico; por ejemplo, impedimento matrimonial relativo al parentesco, llamamiento a la sucesión ab intestato, designación para la tutela etc. (José Castán Tobeñas). En términos parecidos, la define Somarriva: "conjunto de personas unidas por el vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción".

No existe en nuestra legislación una definición de familia, salvo las mencionadas en leyes especiales, y para esos efectos. Ej.: 815 inc. 3° del Código Civil.

Características del Derecho de Familia

Tiene el Derecho de Familia algunas características que lo diferencian claramente del Derecho Patrimonial:

1. El Derecho de Familia es de contenido eminentemente ético. Ello explica que en él se pueden encontrar preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el Derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social. Así ocurre por ejemplo, con aquella norma de nuestro Código Civil que establece que el hijo debe respeto y obediencia a sus padres (art. 222); con aquella otra que establece el derecho y el deber de cada cónyuge de vivir en el hogar común (art. 133), etc. Fácil es entender que si una mujer casada, por ejemplo, quiere dejar el hogar común, no se le va a poder obligar a que permanezca en él. Por su naturaleza no es posible obtener un cumplimiento forzado de esa obligación, quedando su cumplimiento entregado al sentido ético del cónyuge.

2. Todo el Derecho de Familia es disciplina de condiciones personales o estados (estado de cónyuge, de padre, de hijo, de pariente, etc.), que son inherentes a la persona y se imponen, como derechos absolutos, respecto de todos. De estos estados o posiciones personales surgen o pueden surgir relaciones económicas patrimoniales (derechos familiares patrimoniales, les llama la doctrina). Pero estos derechos económicos patrimoniales son consecuencia de dichos estados y por lo mismo inseparables de ellos. Ello hace que la relación económica cuando se produce en el seno de la familia adopte modalidades especiales. Así, por ejemplo, el padre de familia tiene un usufructo legal sobre los bienes de su hijo, que presenta diferencias esenciales con el derecho real de usufructo. El alimentario tiene un derecho personal o crédito para poder exigir que el alimentante le pague la pensión, que tiene formas especiales de ser cumplido, que lo diferencian de un crédito corriente (v. gr. arrestos). La obligación del tutor o curador de rendir cuenta de su administración, está sometida a reglas especiales que lo diferencian del mandatario, etc.

3. En el Derecho de Familia hay un claro predominio del interés social sobre el individual. El interés individual es sustituido por un interés superior, que es el de la familia. Ese es el que se aspira a tutelar.

De las características recién señaladas derivan importantes consecuencias:

a) Las normas reguladoras del Derecho de Familia son de orden público, y como tales imperativas, inderogables. Es la ley únicamente, y no la voluntad de las partes, la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares. Ciertamente es que la voluntad de los individuos juega, pero sólo en el inicio, pues posteriormente es la ley la que regula íntegramente esos actos. El mejor ejemplo es el matrimonio. Si las partes no consienten no hay matrimonio. Pero lo que de allí se deriva lo establece la ley, no las partes. Y en cualquier otro acto de familia ocurre lo mismo. Piénsese en el reconocimiento de un hijo, en la adopción, etc.

b) El principio de la autonomía de la voluntad -piedra angular del derecho patrimonial- no juega o está muy restringida en el Derecho de Familia. Buen ejemplo de lo que decimos lo constituye el artículo 149 del Código Civil, que sanciona con nulidad cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones del párrafo sobre los Bienes Familiares.

c) En el derecho patrimonial se parte del principio de la igualdad de las partes. En cambio en derecho de familia, hay casos en que no es así. Existen relaciones de superioridad y recíprocamente de dependencia, llamados derechos de potestad. Y ello explica institutos tan importantes como el de la autoridad paterna o de la patria potestad. Y explica también, que en el régimen de sociedad conyugal, sea el marido el que administre no sólo los bienes sociales sino también los propios de su mujer, no obstante que desde la entrada en vigencia de la Ley 18.802, ella es plenamente capaz.

d) Exceptuados los derechos de potestad recién referidos, los demás derechos familiares son recíprocos, v. gr. la obligación de los cónyuges de guardarse fe, de socorrerse y de ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, de respetarse y protegerse (art. 131). Así también en los derechos de alimento y sucesorios.

e) Las relaciones de estado familiar son, en buena medida, derechos y deberes, p. ej. la patria potestad, confiere al padre o madre una serie de derechos que también son deberes (administrar los bienes del hijo, representarlo, etc.); en el régimen de sociedad conyugal, la administración de los bienes sociales y de los de la mujer es un derecho y un deber del marido.

f) Los derechos de familia son en sí y por regla general, inalienables, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, ej. el derecho de alimentos (art. 334).

g) Los actos de derecho de familia no están sujetos a modalidades. En algunos casos lo dice claramente la ley, como ocurre en el artículo 102 al definir el matrimonio; en el artículo 189 inc. 2º al tratar del reconocimiento de un hijo, o en el pacto del artículo 1723.

h) Otra característica típica del Derecho de Familia es que la mayor parte de sus actos son solemnes, al revés de lo que ocurre en derecho patrimonial en que la tendencia es al consensualismo. Ejemplos los encontramos en el matrimonio (art. 102); en el reconocimiento de un hijo (art. 187); en el pacto del artículo 1723; en las capitulaciones matrimoniales (art. 1716), etc.

4. Principios que informan el derecho de familia en el Código Civil Chileno.

Las bases fundamentales del Derecho de Familia a la fecha de la dictación del Código Civil chileno eran las siguientes:

- a.- Matrimonio religioso e indisoluble;
- b.- Incapacidad relativa de la mujer casada;
- c.- Administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal;
- d.- Patria potestad exclusiva y con poderes absolutos; y
- e.- Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

- a.- Matrimonio religioso e indisoluble.

El Código Civil original mantuvo, en materia de matrimonio, lo que existía vigente a esa época, es decir reconoció como único matrimonio válido el religioso, entregando a la Iglesia Católica todo lo relacionado con su celebración, solemnidades, impedimentos y jurisdicción para conocer de su nulidad. Así quedó consagrado en los artículos 117 y 103. El primero decía: "El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas". Y el 103 agregaba: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído" "La Ley Civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensas de ellos".

No olvidó Bello el matrimonio de los no católicos. En el artículo 118 lo trató especialmente. También debía celebrarse ante un sacerdote católico que actuaba, en este caso, como ministro de fe, y ante dos testigos. En estos matrimonios no se cumplía ninguno de los ritos o solemnidades del matrimonio católico.

En esta materia, como en tantas otras, Bello demostró su sentido práctico. No siguió a su modelo francés que había secularizado el matrimonio medio siglo antes, sino que respetó la situación existente en un país eminentemente católico.

Varios años después, con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884, se produce la secularización del matrimonio. Pero en los años transcurridos, se habían dictado diversas leyes que habían abierto el camino a la transformación. Es así como el 27 de julio de 1865, se promulgó una ley que interpretando el artículo 5º de la Constitución de 1833 - que establecía la religión católica como religión oficial- declaró que dicha disposición permitía a los que no profesaban esa religión, practicar sus propios cultos dentro de edificios de propiedad particular, y además, autorizó a los disidentes para fundar y sostener escuelas privadas para la instrucción de sus hijos en la doctrina de sus religiones. Más adelante, el 13 de octubre de 1875 se dictó la Ley Orgánica de Tribunales, que suprimió el fuero eclesiástico. Así, entonces, a la fecha de dictación de la Ley de Matrimonio Civil, la situación era distinta a la del año 1855.

El último hito en esta materia es la nueva Ley de Matrimonio Civil -ley 19.947 del 17 de mayo de 2004- que en su artículo 20, establece que "los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley ...".

En cuanto al principio de la indisolubilidad matrimonial, se mantuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, esto es, hasta el 18 de noviembre de 2004, que consagró por primera vez en Chile el divorcio con disolución de vínculo.

- b.- Incapacidad de la mujer casada.

En el Código Civil de Bello, la mujer casada era relativamente incapaz. Siempre se dio como razón, que era necesaria esta incapacidad para mantener la unidad del régimen

matrimonial chileno. La mujer era incapaz no por ser mujer ni por ser casada, sino por encontrarse casada en un régimen de sociedad conyugal. El artículo 1447 del Código Civil, la consideraba relativamente incapaz, al lado de los menores adultos y de los disipadores en interdicción de administrar lo suyo.

La situación anterior se mantuvo hasta que entró en vigencia la Ley 18.802, el 8 de septiembre de 1989. Hay que agregar sin embargo, que la condición de la mujer había ido mejorando paulatinamente en virtud de una serie de leyes modificatorias del Código Civil. Así, por ejemplo, con el Decreto Ley 328 del año 1925, posteriormente modificado por la Ley 5.521 de 19 de diciembre de 1934, se estableció en Chile la institución de los Bienes Reservados de la Mujer Casada, que le dio plena capacidad para administrar lo que adquiriere con su trabajo separado de su marido.

c.- Administración unitaria y concentrada del marido de la sociedad conyugal.

En la actualidad se mantiene este principio, pero atenuado por varias leyes. Desde luego, el Decreto Ley 328 y la Ley 5.521, recién mencionados, al establecer el patrimonio reservada de la mujer casada, excluyeron de la administración del marido todos aquellos bienes que la mujer adquiere con su trabajo. En seguida, la Ley 10.271, de 2 de abril de 1952, introdujo importantes limitaciones a las facultades con que el marido administraba los bienes sociales, obligándolo a obtener autorización de la mujer para enajenar y gravar los bienes raíces sociales o arrendarlos por más de 5 u 8 años, según se trate de bienes urbanos o rústicos, respectivamente. Y la Ley 18.802, del 9 de junio de 1989, amplió estas limitaciones, en forma importante.

d.- Patria potestad exclusiva y de poderes absolutos del padre de familia.

Bello, en materia de patria potestad, se separó de lo que era la tendencia universal - incluir en ella tanto lo relativo a las persona como a los bienes del hijo- y la limita únicamente a los bienes. En seguida, quita a la mujer toda ingerencia en esta materia. Sigue la tendencia romanista y del derecho español antiguo que consideraban la patria potestad como una prerrogativa exclusiva del padre.

Varios años después con el D.L. 328 de 1925 y con la Ley 5.521, de 1934, se vino a reparar esta situación, admitiendo la patria potestad de la madre a falta del padre legítimo. Posteriormente la Ley 18.802, otorga a la mujer a quien judicialmente se le confiera el cuidado de un hijo legítimo, el derecho a pedir su patria potestad (art. 240 inc. penúltimo, anterior a la reforma de la ley N° 19.585). Termina esta evolución con la ley N° 19.585 que da al artículo 244 del Código Civil el siguiente texto “la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil...”

e.- Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

El Código Civil original privilegió claramente la filiación matrimonial. Así lo demuestra el hecho de que no se permitía la investigación de la filiación no matrimonial, no obstante que a la fecha en que se dictó el Código Civil, varios códigos que le sirvieron de inspiración ya la admitían. Así lo demuestra también el hecho de que los hijos legítimos excluían a los naturales en el primer orden de sucesión abintestato. Es decir, habiendo hijos legítimos sólo ellos heredaban, a menos que el padre hiciera testamento, y dispusiera en su favor.

Varias leyes fueron atenuando este principio. En primer lugar debe ser mencionada la Ley 5.750 de 2 de diciembre de 1935 que, por primera vez, consagró la investigación de paternidad y de la maternidad ilegítimas, para fines alimentarios. En seguida, la Ley 10.271 de 2 de abril de 1952, mejoró notablemente la condición del hijo natural. Así a partir de su entrada en vigencia, se admitió el reconocimiento forzado (artículos 271 N°s 2, 3 y 4); en seguida, introdujo profundas modificaciones en materia sucesoria, v. gr. el hijo natural, pasó a concurrir conjuntamente con los legítimos en el primer orden de sucesión intestada, si bien, no en la misma proporción (art. 988 anterior a la reforma de la ley 19.585); pasó a ser asignatario de la cuarta de mejoras (art. 1167 N° 4, hoy N° 3), etc.

Finalmente la ley N° 19.585 termina definitivamente con toda discriminación entre los hijos. Todos ellos, provengan de filiación matrimonial o no matrimonial, gozan de los mismos derechos.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO

Definición: El artículo 102 del Código Civil, lo define como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Sus elementos son:

1. Es un contrato;
2. Es un contrato solemne;
3. Que celebran un hombre y una mujer;
4. Por el cual se unen actual e indisolublemente y por toda la vida;
5. Con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente.

1. El matrimonio es un contrato.

Este es un punto muy discutido en doctrina, lo que lleva a estudiar las principales teorías para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio.

Hay varias, que pueden resumirse del modo siguiente: a) el matrimonio es un contrato; b) el matrimonio es un acto del Estado; y c) el matrimonio es una institución.

a) La tesis de que el matrimonio es un contrato, fue la dominante desde el siglo XVII al XIX. Los canonistas ya lo habían sostenido aduciendo que el vínculo matrimonial derivaba del acuerdo de las voluntades de los esposos. Es la que ha prevalecido entre los juristas franceses e italianos. Quienes la sustentan se apresuran a expresar que es un contrato con características peculiares, contrato sui generis, pero contrato al fin de cuentas, desde que es el acuerdo de voluntades el creador de la relación jurídica.

b) El matrimonio es un acto del Estado. El italiano Cicus defiende esta concepción. Es el Estado, quien a través del oficial civil, une a las partes en matrimonio. La voluntad de las partes sólo representa un presupuesto indispensable para que el Estado pueda unir a los contrayentes en matrimonio.

c) El matrimonio es una institución.

Los partidarios de esta teoría, buscan fundar la idea de la indisolubilidad del matrimonio. El matrimonio institución repele la noción de divorcio.

Se dan en el matrimonio los elementos de toda institución: núcleo humano básico (los cónyuges) que pasa a tener un valor por sí mismo; está organizado dentro del orden jurídico; hay una idea directriz de bien común (vivir juntos, procrear -es decir formar una familia- y auxiliarse mutuamente); es permanente, en cuanto dura lo que viven los cónyuges y sus efectos perduran en la descendencia legítima. El acto fundacional se expresa en la voluntad de los contrayentes de recibirse el uno al otro como marido y mujer.

2. Contrato solemne.

Las principales solemnidades son la presencia de un Oficial Civil y de dos testigos hábiles.

3. Vínculo entre un hombre y una mujer.

Agrega la definición de matrimonio, que por el matrimonio "un hombre y una mujer ...". Queda así claro que es de la esencia del matrimonio la diferencia de sexo. También queda claro que los que se unen es, es UN hombre y UNA mujer, en singular, con lo que se está descartando la poligamia y la poliandria.

4. Unión actual e indisoluble y por toda la vida.

La definición continua expresando que "se unen actual e indisolublemente y por toda la vida".

La voz "actual", descarta la idea de cualquier modalidad suspensiva.

Respecto a las expresiones "indisolublemente", y "por toda la vida" si bien se mantienen en la definición, no corresponden a la realidad actual del matrimonio, desde que la ley 19.947, introdujo el divorcio vincular. Al discutirse en el Senado esta última ley, se explicó que "La Cámara de Diputados no modificó el artículo 102 del Código Civil en lo referido a la indisolubilidad del matrimonio, porque entendió que el divorcio sería una situación excepcional" (Boletín del Senado N° 1759-18, p. 37). La misma opinión la sustenta el profesor Hernán Corral, quien considera que "el divorcio, concebido como un remedio excepcional en ningún caso podrá llegar a cambiar la fisonomía jurídica del matrimonio tal como existe en la actualidad. Las personas -se dice- se casan para vivir juntos toda la vida y no para divorciarse...".

5. Finalidad de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Termina la definición señalando los fines del matrimonio: "vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente". Sobre este punto, deberá tenerse presente que la finalidad no sólo es procrear, porque si así fuera, no se admitirían los matrimonios de ancianos, de personas enfermas o el matrimonio en artículo de muerte.

Ley de Matrimonio Civil.

En Chile el matrimonio se secularizó con la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil, el 1º de enero de 1885. Sin embargo, la actual ley -ley N° 19.947- establece que los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público, producirán los mismos efectos del matrimonio civil siempre que se cumplan determinadas exigencias (art. 20).

Requisitos del matrimonio. Hay que distinguir entre: requisitos de existencia; y requisitos de validez.

Requisitos de existencia. Son:

- i) diversidad de sexo de los contrayentes;
- ii) consentimiento;
- iii) presencia del Oficial del Registro Civil.

La falta de alguno de estos requisitos produce la inexistencia del matrimonio (inexistencia, no nulidad). En efecto si se casan dos varones o dos mujeres, es evidente que esa unión no es matrimonio. No se requiere que un tribunal así lo resuelva (justamente la teoría de la inexistencia nació para explicar lo que ocurría si se casaban personas del mismo sexo). Lo mismo, si el matrimonio se contrae ante el Director de Impuestos Internos, el Contralor General de la República o ante cualquier funcionario, por importante que sea, esa unión no es matrimonio, porque no se celebró ante el único funcionario que puede autorizarlo que es el Oficial Civil. Ejemplo en jurisprudencia: Ante oficial diplomático.

Distinguir entre la inexistencia y nulidad de un matrimonio, es importante porque si el matrimonio es nulo puede ser putativo, y producir los mismos efectos civiles que el válido

(art. 51 de la ley 19.947). En cambio, no hay putatividad frente a un matrimonio inexistente. Seguramente esa fue la razón por la que la Corte de Santiago, declaró nulo -y no inexistente como correspondía- el matrimonio celebrado en la Legación francesa.

Nuestra Corte Suprema ha hecho la distinción entre matrimonio nulo e inexistente, afirmando que el primero tiene una existencia imperfecta, por cuanto adolece de vicios en su constitución que pueden traer consigo la nulidad; en cambio, el inexistente es sólo una apariencia de matrimonio, porque carece de los elementos sin los cuales no puede concebirse el acto (T. 45, sec. 1ª, p. 107).

Matrimonio por poder.

En relación con el consentimiento, es importante tener presente que el Código Civil admite que el consentimiento pueda manifestarse a través de mandatarios. Así lo establece el artículo 103: "El matrimonio podrá celebrarse por mandatario especialmente facultado para este efecto. El mandato deberá otorgarse por escritura pública e indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario".

El artículo 103 es bastante exigente respecto del mandato.

Este debe ser:

- a) especial,
- b) b) solemne (se otorga por escritura pública, lo que constituye una excepción a la regla general del artículo 2123 de que el mandato sea consensual); y
- c) determinado, puesto que debe indicar el nombre, apellido, profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario. No se necesita dar las razones.

Requisitos de validez del matrimonio.

Los requisitos de validez del matrimonio son: consentimiento libre y espontáneo; capacidad de los contrayentes y ausencia de impedimentos dirimentes; y cumplimiento de las formalidades legales.

1. Consentimiento exento de vicios.

De acuerdo a lo que establece el artículo 8º de la ley 19.947, los vicios de que puede adolecer el consentimiento en materia matrimonial son: el error y la fuerza.

No se comprende el dolo, lo que corresponde a una tradición que viene del Derecho Romano a través de Pothier y de los inspiradores y redactores del Código Francés. Según tal tradición establecer el dolo como vicio del consentimiento significaba poner en peligro la estabilidad del vínculo matrimonial, ya que es normal que en las relaciones que preceden a las nupcias se adopten actitudes destinadas a impresionar que pudieran llegar a ser constitutivas de este vicio.

El error

El artículo 8º de la actual ley de matrimonio civil contempla dos clases de error: a) "error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente", y b) "error acerca de alguna de sus cualidades personales que atendida la naturaleza de los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento".

Respecto de este último tipo de error debe tenerse presente que para que vicie

el consentimiento debe recaer, no en cualquiera cualidad personal, sino en una que atendida la naturaleza o fines del matrimonio, sea estimada como determinante para otorgar el consentimiento. Ejemplo: impotencia o esterilidad.

La fuerza

El artículo 8º de la Ley de Matrimonio Civil señala: "Falta el consentimiento libre y espontáneo en los casos siguientes: 3º Si ha habido fuerza, según los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa que hubiere sido determinante para contraer el vínculo".

La referencia a los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, significa que para que la fuerza vicie el consentimiento debe ser grave, injusta y determinante.

Grave es la fuerza capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición (art. 1456), considerándose que tiene este carácter el justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El artículo 1456 agrega que el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

La fuerza es injusta cuando constituye una coacción que implica actuar al margen de la ley o contra la ley, de modo que el ejercicio legítimo de un derecho jamás puede ser fuerza que vicie la voluntad, aún cuando indiscutiblemente signifique coacción.

Finalmente la fuerza es determinante cuando se ha ejercido con el objeto de obtener el consentimiento (art. 1457). El artículo 8º insiste en la idea de que para que la fuerza vicie el consentimiento tiene que haber sido determinante para contraer el vínculo matrimonial

2. Capacidad de los contrayentes y ausencia de impedimentos dirimentes.

En lo concerniente al matrimonio, las incapacidades se llaman impedimentos.

La regla general, igual que en materia patrimonial, es que todas las personas sean capaces. De consiguiente no hay más impedimentos que los que la ley señala.

Clases de impedimentos.

Los impedimentos en nuestra legislación pueden ser de dos clases: dirimentes, que son los que obstan a la celebración del matrimonio, de tal suerte que si no se respetan, la sanción es la nulidad del vínculo matrimonial; e impedientes, que nuestro Código Civil llama prohibiciones, cuyo incumplimiento no producen nulidad sino otro tipo de sanciones.

Los impedimentos dirimentes están tratados en la Ley de Matrimonio Civil; las prohibiciones están en el Código Civil.

IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.

Pueden ser de dos clases: absolutos, si obstan al matrimonio con cualquier persona, ej. la demencia, el vínculo matrimonial no disuelto (art. 5º de la Ley de Matrimonio Civil), y relativos, si sólo impiden el matrimonio con determinadas personas, ej. vínculo de parentesco (artículos 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil).

Impedimentos dirimentes absolutos

Los establece el artículo 5 de la Ley de Matrimonio Civil: “No podrán contraer matrimonio:

- 1º Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto;
- 2º Los menores de dieciséis años;
- 3º Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;
- 4º Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y
- 5º Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas”.

1º) Vínculo matrimonial no disuelto.

Es un impedimento de carácter universal contemplado en casi todas las legislaciones, con escasas excepciones correspondientes a países islámicos que aceptan la poligamia.

El incumplimiento de este impedimento no sólo tiene una sanción civil (nulidad del segundo matrimonio), sino también una penal, pues tipifica el delito de bigamia sancionado por el artículo 382 del Código Penal.

Es básico para determinar si existe este impedimento, la circunstancia de que el primer matrimonio sea válido, puesto que si es nulo, normalmente el impedimento no existe (salvo el caso del matrimonio putativo). Por ello el artículo 49 de la Ley de Matrimonio Civil establece que “Cuando, deducida la acción de nulidad fundada en la existencia de un matrimonio anterior, se adujere también la nulidad de este matrimonio, se resolverá en primer lugar la validez o nulidad del matrimonio precedente”.

La acción de nulidad corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges, al cónyuge anterior o a sus herederos (art. 46 letra d). La acción podrá intentarse dentro del año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 48 letra d).

2º) Matrimonio de los menores de 16 años.

En la ley anterior el impedimento era la impubertad (art. 4 N° 2).

Si se incumple este impedimento la sanción es la nulidad del matrimonio, la que sólo pueden alegar cualquiera de los cónyuges o alguno de sus ascendientes, pero alcanzados los 16 años por parte de ambos cónyuges, la acción de nulidad se radica únicamente en él o los que hubieran contraído matrimonio sin tener esa edad (art. 46 letra a). En este caso la acción de nulidad prescribe en un año contado desde la fecha en que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio llegare a la mayoría de edad (art. 48 letra a).

3º) Privación de razón o sufrir de un trastorno o anomalía psíquica.

El artículo 5º señala que no podrán contraer matrimonio: 3º “Los que se hallaren privados del uso de razón, y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio”

Este numerando comprende dos situaciones distintas: la privación de razón; y la existencia de un trastorno o anomalía psíquica. En la ley anterior el impedimento lo constituía únicamente la demencia.

Respecto a la privación de razón (demencia), un doble motivo justifica el impedimento. En primer lugar, uno eminentemente jurídico: imposibilidad de manifestar la voluntad. Y, en seguida, uno de orden eugenésico: la inconveniencia de que las personas que padecen este tipo de males contraigan matrimonio para evitar una descendencia con taras. No tiene importancia la declaración de interdicción. Basta que la demencia exista al momento de contraer matrimonio para que opere el impedimento.

Ejemplo: trastornos de identidad sexual; ¿Qué pasa con Síndrome de Down?.

4º) Falta de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los deberes esenciales del matrimonio.

Este impedimento no estaba en la ley anterior, y lo contempla hoy el artículo 5º N° 4 de la Ley de Matrimonio Civil. También ha sido tomado del Derecho Canónico (N° 2 del Canon 1095). Queda comprendido en este caso el de aquél que sin padecer una enfermedad psiquiátrica, carece de la madurez necesaria para entender y asumir las obligaciones y deberes propios del matrimonio.

5º) No poder expresar claramente la voluntad por cualquier medio.

Este caso equivale al que la ley anterior establecía en el artículo 4 N° 4, con la salvedad que antes el consentimiento sólo podía expresarse de palabra o por escrito. En cambio la ley actual permite que se pueda manifestar por “medio del lenguaje de señas”.

La nueva ley eliminó la impotencia perpetua e incurable como impedimento para contraer matrimonio.

La anterior ley de matrimonio civil contemplaba como impedimento dirimente absoluto, la impotencia perpetua e incurable (art. 4 n° 3). Se discutía entonces si la causal comprendía tanto la *impotencia coeundi* (incapacidad para realizar el acto sexual) como la *impotencia generandi* (incapacidad para procrear). Con la nueva ley este problema desaparece.

Solución: Error.

Impedimentos dirimientes relativos

Los impedimentos dirimientes relativos están contemplados en los artículos 6 y 7 de la Ley de Matrimonio Civil y son: parentesco y prohibición de casarse con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer.

a) Parentesco.

El artículo 6º de la Ley de Matrimonio Civil establece que “No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado”.

“Los impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan”.

El parentesco que obsta al matrimonio, en el caso de los ascendientes y descendientes, es tanto el por consanguinidad como el por afinidad, por lo que no podría un padre casarse con su hija, o un yerno con la suegra; en cambio tratándose del parentesco colateral, sólo opera la prohibición en la consanguinidad: no pueden casarse los hermanos, pero podrían hacerlo los cuñados.

Nótese también que el parentesco a que se refiere el artículo 6º, puede provenir tanto de filiación matrimonial como de extramatrimonial, ya que la ley no distingue y porque, además, las razones que justifican el impedimento son las mismas en ambos casos.

Debe tenerse presente que en el caso de los hermanos, el impedimento rige sea que se trate de hermanos de doble conjunción (hermanos carnales) o de simple conjunción (medios hermanos).

El impedimento de parentesco se encuentra establecido en todas las legislaciones. Habría que agregar que en esa materia el Derecho Canónico es más drástico, exigiendo, por ejemplo dispensas para la celebración del matrimonio entre primos.

b) Prohibición de casarse con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.

Este impedimento lo establece el artículo 7º de la Ley de Matrimonio Civil. Equivale al que se contenía en el artículo 6º de la ley anterior, con algunas modificaciones: a) se habla ahora de "imputado" para adecuar el lenguaje al nuevo procedimiento procesal penal; b) se incluye en el impedimento al encubridor. Antes la prohibición comprendía sólo al autor y al cómplice; c) la ley antigua impedía el matrimonio sólo en el caso de homicidio calificado (hablaba de "asesinato"); y d) en la ley anterior se requería, para que operara el impedimento, que existiera condena, en cambio actualmente basta con estar imputado.

Impedimentos impeditivos o prohibiciones.

En la legislación chilena, los llamados en doctrina "impedimentos impeditivos", se denominan "prohibiciones". A diferencia de los impedimentos dirimentes que están tratados en la Ley de Matrimonio Civil, las prohibiciones lo están en el Código Civil, artículos 105 a 116 y 124 a 129 normas que, con algunas modificaciones, mantienen su vigencia.

No están definidos. Podemos decir que son ciertas limitaciones que la ley establece para la celebración del matrimonio, cuyo incumplimiento produce diversas sanciones que en ningún caso consisten en la nulidad del matrimonio.

Estos impedimentos son: consentimiento de ciertas personas para contraer matrimonio; guardas; segundas nupcias.

1. Consentimiento de ciertas personas para contraer matrimonio.

De acuerdo al artículo 107 del Código Civil, los menores de 18 años, están obligados a obtener el consentimiento de ciertas personas para poder casarse.

El artículo 105 Código Civil, establece que "no podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van a expresarse, o sin que conste que el respectivo contrayente no ha menester para casarse el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido el de la justicia en subsidio".

En relación con lo que señala la disposición recién transcrita, el artículo 9 de la Ley de Matrimonio Civil, prescribe que al momento de la manifestación deberá indicarse los nombres y apellidos "de las personas cuyo consentimiento fuere necesario".

Personas que deben prestar el consentimiento.

Para saber qué persona debe prestar el consentimiento, debe distinguirse entre hijos con filiación determinada e hijos de filiación indeterminada.

Respecto de los primeros, la autorización para contraer matrimonio deben darla:

a) Sus padres y si faltare uno de ellos, el otro padre o madre;

b) A falta de ambos padres, el ascendiente o ascendientes del grado más próximo, y si se produjere igualdad de votos preferirá el favorable al matrimonio (art. 107).

Se entiende faltar el padre, la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente; o por hallarse ausente del territorio de la República y no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia. También se entenderá faltar el padre o madre cuando la paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición (art. 109). Finalmente, de acuerdo al artículo 110, también se entiende que falta el padre o la madre, cuando estén privados de la patria potestad por sentencia judicial o que, por su mala conducta, se hallen inhabilitados para intervenir en la educación de sus hijos.

c) A falta de padres o ascendientes, la autorización la debe otorgar el curador general (art. 111); y

d) A falta de curador general, el consentimiento debe darlo el oficial del Registro Civil que deba intervenir en la celebración (art. 111 inc. 2°).

Tratándose de hijos que no tienen filiación determinada respecto de ninguno de sus padres, el consentimiento para el matrimonio lo dará su curador general si lo tuviere o, en caso contrario, el oficial del Registro Civil llamado a intervenir en su celebración (art. 111 inc. final).

Momento y forma de otorgar el consentimiento.

Se puede prestar por escrito o en forma oral. Así se desprende del artículo 12 de la Ley de Matrimonio Civil: "se acompañará a la manifestación una constancia fehaciente del consentimiento para el matrimonio, dado por quien corresponda, si fuere necesario según la ley y no se prestare oralmente ante el oficial del Registro Civil".

El consentimiento debe ser especial y determinado, es decir, se debe indicar la persona con quien va a contraer matrimonio. No basta una autorización general.

Disenso

Si el consentimiento lo deben prestar el padre, la madre o los ascendientes, estas personas no necesitan justificar su disenso. En estos casos, simplemente no podrá procederse al matrimonio del menor. Así lo consigna el artículo 112 inciso 1°: "Si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de dieciocho años".

Cuando quien debe prestar el consentimiento es el curador general o el oficial del Registro Civil, si lo niega debe expresar causa, y en tal caso el menor tendrá derecho a pedir que el disenso sea calificado por el juzgado competente (art. 112 inc. 2°). Tienen competencia en esta materia los jueces de familia (art. 8 N° 5 de la ley 19.968).

Las razones que justifican el disenso están señaladas taxativamente en el artículo 113:
"Las razones que justifican el disenso no podrán ser otras que éstas:

- 1° La existencia de cualquier impedimento legal, incluso el señalado en el artículo 116;
- 2° El no haberse practicado algunas de las diligencias prescritas en el título "De las segundas nupcias", en su caso;
- 3° Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia o de la prole;
- 4° Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse;
- 5° Haber sido condenada esa persona por delito que merezca pena aflictiva;
- 6° No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio".

Sanciones para el caso en que se omita el consentimiento.

La sanción no es la nulidad del matrimonio, porque estamos frente al incumplimiento de un impedimento impediendo, no de uno dirimente. Las sanciones aplicables al menor son las siguientes:

1. Cuando el consentimiento debía prestarlo un ascendiente, puede ser desheredado, no sólo por aquel cuyo consentimiento se omitió sino por todos los demás ascendientes (art. 114 primera parte). El "desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima" (art. 1207 inc. 1°).

El artículo 114 debe ser concordado con el 1208 N° 4°, que al señalar las causas del desheredamiento, menciona este caso en su numeral 4°: "por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo".

2. El menor pierde la mitad de lo que le habría correspondido en la sucesión intestada de los mismos ascendientes (art. 114 segunda parte).

3. El ascendiente cuyo consentimiento se omitió (sólo éste, no lo demás como en los casos anteriores), puede revocar las donaciones que antes del matrimonio le hubiere hecho al menor (artículo 115 inc. 1°).

Sanciones penales al Oficial Civil que autoriza un matrimonio de un menor sin exigir la autorización.

El artículo 388 del Código Penal (con la redacción dada por la ley 19.947), establece que: "El oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley".

La ley 19.947 derogó los artículos 385 a 387 del Código Penal, que también contemplaban sanciones penales para el menor.

2. Impedimento de guardas.

Lo contempla el artículo 116 del Código Civil: "Mientras que una persona no hubiere cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre

sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del defensor de menores" (inc.1º). "Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila". (inc. 2º).

El fundamento de esta inhabilidad es impedir que el guardador o sus parientes cercanos contraigan matrimonio con el pupilo o pupila, para encubrir una administración dolosa.

Sanción para el incumplimiento del impedimento guardas.

La establece el artículo 116 inciso tercero: "El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición, sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan".

3. Impedimento de segundas nupcias.

Lo contempla el artículo 124 del Código Civil: "El que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y le pertenezcan como heredero de su cónyuge difunto o con cualquier otro título.

Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial".

En el caso que el hijo no tenga bienes propios de ninguna clase en poder del padre o madre, habrá lugar al nombramiento del curador para el sólo efecto de que certifique esta circunstancia (art. 125).

"El Oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio del que trata de volver a casarse, sin que se le presente certificado auténtico del nombramiento de curador especial para los objetos antedichos, o sin que preceda información sumaria de que no tiene hijos de precedente matrimonio, que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría".

Sanción

Si se celebra el matrimonio incumpléndose este impedimento hay sanciones para el viudo o viuda, para el divorciado o para quien anuló su matrimonio, y para el Oficial Civil o para el ministro de culto que autorizó ese matrimonio.

Respecto de los primeros dice el artículo 127: "El viudo o divorciado o quien hubiere anulado su matrimonio por cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 124, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado".

El artículo 127 sanciona al viudo o divorciado o quien hubiere anulado su matrimonio, cuando el inventario no se hace "en tiempo oportuno". Ello quiere decir, antes que se produzca una confusión entre los bienes del hijo con los del padre o de la madre y con los de la nueva sociedad conyugal.

El artículo 384 del Código Penal sanciona penalmente al que por sorpresa o engaño obtiene que el Oficial Civil autorice el matrimonio, sin haberse cumplido con este impedimento.

Además, hay sanción penal para el Oficial del Registro Civil que celebre el matrimonio sin hacer respetar el impedimento (art. 388 Código Penal).

Impedimento especial para la viuda o mujer cuyo matrimonio se haya disuelto o declarado nulo.

El artículo 128 establece que "cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad"

"Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer".

El artículo 129 establece que "El oficial del Registro Civil correspondiente no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de ésta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente"

El fundamento de este impedimento es evitar la confusión de paternidades.

Es corriente la situación que plantea el artículo 128, especialmente en el caso de la mujer que anula su matrimonio. Es frecuente que haya tramitado la nulidad para casarse de nuevo y, sólo en ese momento el Oficial del Registro Civil le advierte que no puede hacerlo hasta que transcurran los 270 días contados desde la fecha en quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad. La situación se remedia, pidiendo autorización judicial que se otorga previo informe del médico legista que acredita que la mujer no se encuentra embarazada.

Sanción a la omisión de este impedimento

La sanción se establece en el artículo 130 inciso 2°, en los siguientes términos: "Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido".

Además, tanto la mujer como el Oficial Civil que autoriza el matrimonio incurren en responsabilidad penal, de acuerdo a los artículos 384 y 388 del Código Penal, respectivamente.

FORMALIDADES LEGALES DEL MATRIMONIO

Para estudiar las formalidades del matrimonio es necesario distinguir entre: matrimonios celebrados en Chile y matrimonios celebrados en el extranjero.

Formalidades del matrimonio celebrado en Chile.

Atendiendo al tiempo en que son exigidas, pueden ser: anteriores al matrimonio; coetáneas a su celebración; y posteriores al matrimonio.

A) Formalidades previas o diligencias preliminares

1. La manifestación,
2. Información sobre finalidad del matrimonio.
3. Cursos de preparación para el matrimonio.
4. Información de testigos.

La manifestación.

Se define como el acto en que los futuros contrayentes dan a conocer al Oficial del Registro Civil, su intención de contraer matrimonio ante él. Puede hacerse por escrito, oralmente o por medio de lenguaje de señas. Así lo señala el artículo 9º de la Ley de Matrimonio Civil: “Los que quisieren contraer matrimonio lo comunicarán por escrito, oralmente o por medio de lenguaje de señas (inc. 1º). “Si la manifestación no fuere escrita, el Oficial del Registro Civil levantará acta completa de ella, la que será firmada por él y por los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y autorizada por dos testigos” (inc. 2º).

La manifestación se hace ante cualquier oficial del Registro Civil (art. 9 inc. 1º). A ella deberá acompañarse una constancia fehaciente del consentimiento para el matrimonio dado por quien corresponda, si fuere necesario según la ley y no se prestare oralmente ante el oficial del Registro Civil (art. 12).

En cuanto al contenido de la manifestación, dice el artículo 9, que se hará “indicando sus nombres y apellidos; el lugar y la fecha de su nacimiento; su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquél con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente; su profesión u oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, y el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio”.

Información sobre finalidades del matrimonio.

El artículo 10 establece que “al momento de comunicar los interesados su intención de celebrar el matrimonio, el Oficial del Registro Civil deberá proporcionarles información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes patrimoniales del mismo” (inc. 1º).

“Asimismo, deberá prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo” (inc. 2º) y “deberá además, comunicarles la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no acreditan que los han realizado. Los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial. Este inciso no se aplicará en los casos de matrimonios en artículo de muerte” (inc. 3º).

El inciso final establece que “la infracción a los deberes indicados no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial, sin perjuicio de la sanción que corresponda al funcionario en conformidad a la ley”. Existe una sanción penal que contempla el artículo 388 del Código Penal.

Cursos de preparación para el matrimonio.

Estos cursos persiguen promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial, y tienen por objeto especialmente que los contrayentes conozcan los derechos y deberes que impone el vínculo y tomen conciencia de las responsabilidades que asumen (art. 11 inc. 1º).

Pueden ser dictados por el Servicio del Registro Civil, entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, por instituciones de educación públicas o privadas reconocidas por el Estado o por personas jurídicas sin fines de lucro cuyos estatutos comprendan la realización de actividades de promoción y apoyo familiar” (art. 11 inc. 2º) El contenido de los cursos que no dictare el Servicio de Registro Civil e Identificación, será determinado libremente por cada institución y deben ajustarse a la Constitución y a la ley. Para

facilitar el reconocimiento de ellos, las instituciones deben inscribirse previamente en un Registro especial que llevará el Servicio de Registro Civil (art. 11 inc. 3º).

Información de testigos.

Se puede definir como la comprobación, mediante dos testigos, del hecho que los futuros contrayentes no tienen impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio (art. 14)

Matrimonios en artículo de muerte no requieren de manifestación, información testigos ni de cursos de preparación para el matrimonio.

Así lo establecen los artículos 10 inc. 3º y 17 inc. final de la Ley de Matrimonio Civil.

B) Formalidades coetáneas al matrimonio

De acuerdo al artículo 15 de la Ley de Matrimonio Civil, "Inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes, podrá procederse a la celebración del matrimonio. Transcurrido dicho plazo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que repetir las formalidades prescritas en los artículos precedentes".

Todo Oficial Civil es competente para la celebración del matrimonio.

Hasta que entró en vigencia la ley 19.947, sólo tenía competencia para autorizar un matrimonio, el Oficial Civil de la comuna en que cualquiera de los contrayentes tuviera su domicilio o hubiere vivido durante los tres meses anteriores a la fecha de la celebración del matrimonio. Así lo establecía el artículo 35 de la Ley 4808, sobre Registro Civil.

La ley 19.947 derogó este artículo 35 y estableció en su artículo 17 que "el matrimonio se celebrará ante el oficial del Registro Civil que intervino en la realización de las diligencias de manifestación e información." Como, de acuerdo al artículo 9º, la manifestación se puede hacer ante cualquier Oficial del Registro Civil, quiere decir que las personas pueden casarse ante cualquier oficial del Registro Civil, con tal que sea el mismo ante el cual se hizo la manifestación e información de testigos.

La razón por las que se derogó el artículo 35 de la ley 4808 y se atribuyó competencia a cualquier oficial del Registro Civil, fue eliminar la posibilidad de que se demandara la nulidad de un matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil que, como es sabido, a falta de una ley de divorcio vincular, era la puerta de escape para disolver los matrimonios.

Lugar donde debe efectuarse el matrimonio.

De acuerdo al artículo 17 de la Ley de Matrimonio Civil, el matrimonio se podrá efectuar:

- a) En el local de la oficina del Oficial del Registro Civil; o
- b) En el lugar que señalaren los futuros contrayentes, siempre que se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional.

Presencia de testigos hábiles.

El artículo 17 inciso 2º de la Ley de Matrimonio Civil establece que el matrimonio se debe celebrar ante dos testigos que pueden ser parientes o extraños.

Los testigos deben ser hábiles, y la regla es que cualquier persona, pariente o extraño, lo sea. No hay más testigos inhábiles que los indicados en el 16: "No podrán ser testigos en las

diligencias previas ni en la celebración del matrimonio: 1º Los menores de 18 años; 2º Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia; 3º Los que se hallaren actualmente privados de razón; 4º Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos; y 5º Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente”.

El artículo 45 de la actual ley, establece que “es nulo el matrimonio que no se celebre ante el número de testigos hábiles determinados en el artículo 17”.

Acto de celebración del matrimonio.

El artículo 18 de la Ley de Matrimonio Civil establece que “En el día de la celebración y delante de los contrayentes y testigos, el Oficial del Registro Civil dará lectura a la información mencionada en el artículo 14 (información de testigos) y reiterará la prevención indicada en el artículo 10 inciso 2º” (necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo).

Agrega el artículo 18 que “A continuación, leerá los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil (estas disposiciones se refieren a los deberes conyugales). Preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley”.

Es el Oficial Civil, quien, representando al Estado y una vez verificado que se han cumplido todas las exigencias legales, declara casados a los contrayentes.

Es esta la razón, por la que si el matrimonio no se celebra -o en el caso del artículo 20 (matrimonio ante una entidad religiosa de derecho público), no se ratifica- ante un Oficial Civil, tal matrimonio no tiene existencia. No es que sea nulo, sino que es inexistente, según lo estima la doctrina nacional. Y por la misma razón, si el matrimonio no se celebra ante Oficial del Registro Civil, no podrá ser putativo.

C) Formalidades posteriores al matrimonio.

Trata de esta materia el artículo 19 de la Ley de Matrimonio Civil: “Inmediatamente (de declararlos casados en nombre de la ley), el Oficial del Registro Civil levantará acta de todo lo obrado, la cual será firmada por él, los testigos y los cónyuges, si supieren y pudieren firmar; y procederá a hacer la inscripción en los libros del Registro Civil en la forma prescrita en el reglamento”.

Agrega el artículo 19 que “si se trata de matrimonio en artículo de muerte, se especificará en el acta el cónyuge afectado y el peligro que le amenazaba” (inc. 2º).

En el acto del matrimonio se pueden reconocer hijos comunes no matrimoniales, y pactar separación de bienes o participación en los gananciales.

Lo primero está autorizado por el artículo 187 N° 1º, parte final, del Código Civil y por el artículo 37 de la ley 4808 (en su texto dado por la ley 19.947). Esta última norma señala que: “El Oficial del Registro Civil no procederá a la inscripción del matrimonio sin haber manifestado privadamente a los contrayentes que pueden reconocer los hijos comunes nacidos antes del matrimonio, para los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Respecto a la posibilidad de separación de bienes o participación en los gananciales, el artículo 38 inciso 2º de la ley 4808 lo permite expresamente, agregando en el inciso 3º, que si

advertidos los contrayentes que pueden establecer estos regímenes matrimoniales, no lo hacen o nada dicen, se entenderán casados en régimen de sociedad conyugal.

Vicios en el acta o en la inscripción del matrimonio.

Los vicios en que se pueda incurrir en el acta o en la inscripción, o incluso su omisión, no producen la nulidad del matrimonio, desde que éste quedó perfeccionado cuando el Oficial del Registro Civil los declaró casados en nombre de la ley. Luego, lo ocurrido con posterioridad, no puede producir la nulidad del matrimonio.

Matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público.

Desde el 1º de enero de 1885 en que entró en vigencia la antigua Ley de Matrimonio Civil, el único matrimonio que producía efectos civiles era el celebrado ante un Oficial del Registro Civil. La falta de esa solemnidad producía, por lo menos en doctrina, la inexistencia del matrimonio.

Sin embargo, la ley 19.947, cambió esta realidad, al establecer que “Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este Capítulo -De la celebración del matrimonio- desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil” (art. 20, inc. 1º).

Requisitos para que el matrimonio religioso produzca efectos civiles.

Para que este matrimonio religioso produzca efectos civiles deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Debe celebrarse ante una entidad religiosa que tenga personalidad jurídica de derecho público y debe autorizarlo un ministro del culto que estatutariamente tenga facultades para ello;
- b) Debe levantarse un acta que acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y edad de los contrayentes y los testigos y la fecha de su celebración. Los testigos son dos y no les debe afectar alguna de las inhabilidades establecidas en el artículo 16. El acta deberá estar suscrita por el ministro del culto ante quien se hubiere contraído el matrimonio religioso y deberá cumplir con las exigencias contempladas en el artículo 40 bis) de la ley 4808.
- c) El acta debe ser presentada por los contrayentes ante cualquier Oficial del Registro Civil, dentro de ocho días, para su inscripción. El plazo corre desde la celebración del matrimonio religioso.

Respecto de esta exigencia es necesario tener presente:

- Que quienes deben presentar el acta al Registro Civil, son los propios contrayentes, en forma personal, no pudiendo hacerlo por medio de mandatarios. La ley 19.947 agregó un inciso 2º al artículo 15 de la ley 4808, que disipa cualquier duda. En efecto, el inciso 1º de esa disposición permite que los interesados en una inscripción en el Registro Civil, puedan cumplir ese trámite personalmente o a través de mandatarios. Ahora bien, el inciso 2º agregado por la ley 19.947 dispone lo siguiente: “No tendrá aplicación lo previsto en el inciso precedente, tratándose de las inscripciones a que se refiere el artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil”. La referencia al artículo 20 de la Ley sobre Matrimonio Civil corresponde al matrimonio religioso.

- El plazo es de ocho días corridos (art. 50 del Código Civil). Es un plazo de caducidad, puesto que de no inscribirse dentro los 8 días “tal matrimonio no producirá efecto civil alguno”. Esto significa que el matrimonio es inexistente.

- El plazo es para presentar el acta ante el Oficial del Registro Civil y para que se inscriba el matrimonio (para las dos cosas). Ello es así porque el artículo 20 inciso 2º parte final dice: “**Si no se inscribiere** en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno”.

d) Los comparecientes deben ratificar, ante el Oficial del Registro Civil, el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión, de lo que se deberá dejar constancia en la inscripción respectiva que también deben suscribir ambos contrayentes (art. 20 inc. 3º).

Duda: “¿qué pasa si vigente el plazo de 8 días muere alguno de los contrayentes, ¿Lo hereda el sobreviviente?”.

Pensamos que la respuesta es no, porque todavía no hay matrimonio ya que éste, y pese a todo lo que se diga, sólo se va a perfeccionar cuando ambas partes concurren al Registro Civil a ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión. Otro problema: ¿qué pasa si alguno de los contrayentes se niega a concurrir al Registro Civil a ratificar el consentimiento?. Creemos que no hay delito penal, pero si podría existir responsabilidad extracontractual”.

Requisitos de la inscripción del matrimonio religioso en el Registro Civil.

La ley 19.947 incorporó a la ley 4808 el artículo 40 ter que establece los requisitos que deben contener las inscripciones de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas.

Dentro de estas exigencias hay cuatro que, según el artículo 40 ter inciso final, son esenciales:

- a) debe contener el acta a que se refiere el artículo 20 de la ley de Matrimonio Civil (acta de la entidad religiosa);
- b) debe señalar el documento que acredite la personería del respectivo ministro de culto;
- c) debe constar que se ratificó por los contrayentes el consentimiento ante el Oficial del Registro Civil; y
- d) la firma de los requirentes de la inscripción y del Oficial del Registro Civil.

Negativa del Registro Civil de inscribir el matrimonio religioso.

El artículo 20 inciso 4º establece que “sólo podrá denegarse la inscripción si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos exigidos por la ley. De la negativa se podrá reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones”.

Fecha del matrimonio religioso.

Un aspecto importante que debe ser dilucidado es precisar la fecha del matrimonio en el caso que venimos tratando ¿será la de la ceremonia religiosa o aquella en que se ratifica ante el Registro Civil? Este problema no es menor, ya que puede ser importante para varios efectos, v. gr., para la aplicación de la presunción del artículo 184 del Código Civil; para determinar a qué patrimonio ingresa un bien adquirido entre la fecha del matrimonio religioso y su ratificación ante el Registro Civil, etc.

El profesor R. Ramos dice que desde la fecha del matrimonio religioso.

Matrimonios celebrados en el extranjero.

El artículo 80 de la nueva ley señala que el matrimonio celebrado en el extranjero podrá ser declarado nulo de conformidad con la ley chilena si se ha contraído contraviniendo lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de la ley, vale decir, sin respetar los impedimentos dirimentes.

El artículo 80 distingue entre: a) requisitos de forma; b) requisitos de fondo; y c) efectos del matrimonio.

Los requisitos de forma están referidos a las solemnidades externas. Se rigen por la ley del país en que el matrimonio se celebra (*lex locus regit actum*). Se sigue en esta materia el mismo principio que el artículo 17 del Código Civil adopta para la forma de los instrumentos públicos.

En cuanto a los **requisitos de fondo** (capacidad y consentimiento), también se rigen por la ley del lugar de celebración del matrimonio. Ello con dos excepciones: 1) deben respetarse los impedimentos dirimentes contemplados en los artículos 5, 6 y 7 de la ley, y 2) priva de valor en Chile a los matrimonios en que no hubo consentimiento libre y espontáneo de los cónyuges (art. 80 inc. 3º).

Finalmente en lo que se refiere a los **efectos del matrimonio celebrado en el extranjero** (derechos y obligaciones entre los cónyuges), éste produce en Chile los mismos efectos que si se hubiere contraído en Chile, siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer.

El artículo 82 se refiere a un efecto específico del matrimonio, al derecho de alimentos. Establece que el cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos del otro cónyuge ante los tribunales chilenos y en conformidad a la ley chilena (inc. 1º). El inciso 2º agrega que del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile.

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES

El Capítulo III de la Ley de Matrimonio Civil trata “De la separación de los cónyuges”, distinguiendo entre a) separación de hecho y b) separación judicial.

Separación de hecho

La Ley de Matrimonio Civil, trata la separación de hecho, buscando regular las consecuencias que de ella derivan: relaciones de los cónyuges entre sí y con los hijos, cuidado de estos últimos; derecho-deber del padre o madre que vive separado de los hijos de mantener con ellos una relación directa y regular; alimentos para los hijos y para el cónyuge más débil; administración de los bienes sociales y de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal, etc. Así se desprende de los artículos 21 y siguientes de la ley.

Forma de regular las consecuencias derivadas de la separación

La ley establece dos formas de hacer esta regulación: a) de común acuerdo y b) judicialmente.

1. Regulación de común acuerdo.

Se refiere a ella el artículo 21: *“Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”*

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere a su cuidado”

“Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables”.

Es importante este acuerdo porque, si cumple los requisitos que en seguida se verán, dan fecha cierta al cese de la convivencia entre los cónyuges, lo que es importante cuando se demanda el divorcio, como se desprende del artículo 55 de la ley.

Requisitos para que el acuerdo otorgue fecha cierta al cese de la convivencia.

Según el artículo 22, el acuerdo otorga fecha cierta al cese de la convivencia cuando consta por escrito en alguno de los siguientes instrumentos:

- a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público (nótese que debe cumplir ambos requisitos: extendida ante notario público y protocolizada);
- b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o
- c) transacción aprobada judicialmente.

Además “si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad” (art. 22 inc. 2º). Al discutirse la ley se puso como ejemplo de esta situación, el caso en que en el acuerdo se constituya un usufructo sobre un bien raíz.

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

2. Regulación judicial.

Si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo sobre las materias a que se refiere el artículo 21, cualquiera de ellos podrá solicitar la regulación judicial (art. 23). Lo importante de esta norma es que ello podrá pedirse en el juicio iniciado respecto de cualquiera de las materias señaladas en el referido artículo 21 (alimentos, tuición, etc.). Así lo dice el artículo 23: “A falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deban, los bienes familiares o las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio; o las relaciones con los hijos, como los alimentos, el cuidado personal o la relación directa y regular que mantendrán con ellos el padre o madre que no los tuviere bajo su cuidado, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos”.

El artículo 24 agrega que “Las materias de conocimiento conjunto a que se refiere el artículo precedente se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten” (inc. 1º).

Como se puede observar, con estos artículos se obtiene unidad de competencia (art. 23) y unidad de procedimiento (art. 24), lo que representa una evidente economía procesal para las partes.

Fecha cierta del cese de la convivencia cuando hay regulación judicial.

Cuando la regulación de las materias señaladas en el artículo 21, se hace judicialmente, el cese de la convivencia tendrá fecha cierta a partir de la notificación de la demanda (art. 25 inc.1º).

Casos que dan fecha cierta del cese de la convivencia.

De lo dicho resulta que hay fecha cierta del cese de la convivencia en los siguientes casos:

a) Cuando el acuerdo de los cónyuges conste, por escrito, en alguno de los instrumentos contemplados en el artículo 22;

b) Cuando a falta de acuerdo, se demande judicialmente alguna de las materias que indica el artículo 23, caso en que la fecha cierta será la de la notificación de la demanda (art. 25 inc. 1º);
y

c) Hay un tercer caso, contemplado en el artículo 25 inciso 2º: “Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, **se notifique al otro cónyuge**”. En estos casos se trata de una gestión voluntaria a la que se podrá comparecer personalmente, debiendo la notificación practicarse según las reglas generales.

Separación judicial

El párrafo 2º del Capítulo III de la ley, arts. 26 al 41 trata de la separación judicial.

Causales de separación judicial

La separación judicial se puede demandar:

a) Por uno de los cónyuges si mediare **falta imputable al otro**, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.(art. 26 inc. 1º). El adulterio no es causal de separación judicial cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (inc. 2º)

En este caso, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no ha dado lugar a la causal (art. 26 inc. 3º);

b) Por cualquiera de los cónyuges, cuando hubiere **cesado la convivencia** (art. 27 inc. 1º).

En este caso, si la solicitud fuere conjunta, “los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será **completo** si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es **suficiente** si resguarda el interés superior de los hijos, procura

aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

La acción para demandar la separación judicial es irrenunciable.

Así lo establece el artículo 28.

Medidas provisionales para proteger el patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran.

De acuerdo al artículo 30 cuando los cónyuges se encontraren casados en el régimen de sociedad conyugal “cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisionales que estimen conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran”. Ello sin perjuicio del derecho de las partes para demandar alimentos o pedir la declaración de bienes familiares de acuerdo a las reglas generales.

Contenido de la sentencia que declara la separación.

Según el artículo 31 debe:

- a) Pronunciarse sobre cada una de materias que indica el artículo 21, a menos que se encuentren regulados o no procediere la regulación de alguna de ellas, lo que indicará expresamente. Si las partes hubieren establecido la regulación, el tribunal debe revisar tal acuerdo, procediendo de oficio a subsanar las deficiencias o a modificarlo, si fuere incompleto o insuficiente (art. 31 incs. 1º y 2º); y
- b) Debe, además, liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria (art. 31 inciso final). Evidentemente esto será así únicamente si estaban casados en sociedad conyugal o participación de gananciales. Esta norma constituye una excepción a la regla general de que la liquidación de la sociedad conyugal, se debe hacer en conformidad a las normas de la partición de bienes, por un árbitro de derecho.

Efectos de la separación judicial

La sentencia de separación judicial producirá sus efectos desde que quede ejecutoriada. Debe además subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Dice el artículo 32 que “La separación judicial produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la decreta. Sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare la separación judicial deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio”.

- a) A partir del momento en que se subinscribe, se adquiere por los cónyuges el estado civil de “separados judicialmente”. La prueba de este nuevo estado se hace con la correspondiente partida de matrimonio, según la modificación que la ley 19.947 introduce al artículo 305 del Código Civil.
- b) Deja subsistentes los derechos y obligaciones personales de los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, como los deberes de cohabitación y de fidelidad (art. 33).

- c) Se disuelve la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges, sin perjuicio de que se pueda constituir prudencialmente a favor del cónyuge no propietario, un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (art. 34). Concordante con ello el nuevo art. 173 del Código Civil dice: “Los cónyuges separados judicialmente administran sus bienes con plena independencia uno del otro, en los términos del artículo 159”, es decir, los cónyuges separados judicialmente pasan a tener el régimen de separación de bienes.
- d) En principio, no se altera el derecho a sucederse por causa de muerte, salvo que se hubiere dado lugar a la separación por culpa de un cónyuge, caso en que el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción (art. 35). Para estos efectos, la ley 19.947 sustituyó el artículo 1182 inciso 2º del C. Civil privando de la calidad de legitimario al cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial y dio una nueva redacción al artículo 994, que ahora paso a decir: “El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido”.
- e) En materia de alimentos, rigen las reglas especiales contempladas en el párrafo V del Título VI del Libro I del Código Civil (art. 35 inc. 2º). El nuevo texto del artículo 175 (que establece la ley 19.947) prescribe: “El cónyuge que haya dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación, pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él”.
- f) De acuerdo al artículo 178 del Código Civil, en el nuevo texto dado por la ley 19.947, se aplica a los cónyuges separados la norma del artículo 160, según el cual ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades, debiendo el juez hacer la regulación en caso necesario.
- g) No se altera la filiación ya determinada (art. 36).
- h) El hijo concebido durante el estado de separación no goza de la presunción del artículo 184 del Código Civil, de tener por padre al marido (art. 37). No obstante, podrá el hijo ser inscrito como hijo de los cónyuges, si concurre el consentimiento de ambos. Esto último es lógico pues importa un reconocimiento voluntario.
- i) La sentencia firme de separación judicial autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial (art. 1790 en el nuevo inciso 2º agregado por la ley 19.947).
- j) Los cónyuges separados judicialmente pueden celebrar contratos de compraventa entre sí (art. 1796, en el nuevo texto).
- k) No se suspende la prescripción a favor de la mujer separada judicialmente de su marido (art. 2509 en el nuevo texto dado por la ley 19.947).
- l) El cónyuge que dio lugar a la separación judicial pierde el beneficio de competencia a que podría tener derecho (art. 1626 N° 2).

Reconciliación o reanudación de la vida en común.

El párrafo 4 del Capítulo III de la nueva Ley de Matrimonio Civil, artículos 38 al 41, regula esa materia.

La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y, en este último caso, restablece el estado civil de casados (art. 38).

Decretada la separación judicial en virtud del art. 26 (por falta o culpa de uno de los cónyuges) será necesaria una nueva sentencia que a petición de ambos cónyuges, revoque la sentencia de separación. Para que esta nueva sentencia sea oponible a terceros, se debe subscribir al margen de la inscripción matrimonial (art. 39 inciso 1º).

En el caso que la separación judicial se hubiere producido porque uno de los cónyuges lo solicitó en conformidad al artículo 27 (cese de la convivencia) para que la reanudación sea oponible a terceros “basta que ambos cónyuges dejen constancia de ella en un acta extendida ante el Oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial”. En este caso “el Oficial del Registro Civil comunicará esta circunstancia al tribunal competente, que ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación” (art. 39 inc. 2º).

La reanudación de la vida en común no revive la sociedad conyugal ni el régimen de participación en los gananciales, pero los cónyuges podrán pactar por una sola vez este último en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil (art. 40 de la ley de matrimonio civil y art. 165 inc. 2º del Código Civil).

Finalmente el artículo 41 agrega que “La reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación”.

EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO.

Esta materia está tratada en el Capítulo IV de la Ley de Matrimonio Civil, artículos 42 y siguientes.

De acuerdo al art. 42, las únicas causales de terminación del matrimonio son:

1. La muerte de uno de los cónyuges;
2. La muerte presunta de uno de los cónyuges, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo 43;
3. La sentencia que declara la nulidad del matrimonio; y
4. La sentencia que declara el divorcio.

1) Disolución del matrimonio por muerte natural

Respecto a la muerte natural, poco hay que decir, salvo recordar que de acuerdo a la propia definición de matrimonio que da el artículo 102 del Código Civil, los contrayentes se unen actual e indisolublemente y *por toda la vida*, con lo que queda claramente establecido que el fallecimiento de uno de los cónyuges, pone término al matrimonio.

2) Disolución del matrimonio por muerte presunta

De acuerdo al artículo 42 N° 2, “el matrimonio termina: 2° Por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente”. Estos plazos son los siguientes:

- a) El matrimonio se disuelve cuando transcurren diez años desde la fecha de las últimas noticias, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte (art. 43 inc. 1°).
- b) El matrimonio también termina, si cumplidos cinco años desde la fecha de las últimas noticias, se probare que han transcurrido setenta años desde el nacimiento del desaparecido (art. 43 inc. 2°, primera parte).
- c) Cuando la presunción de muerte se haya declarado, en virtud del número 7 del artículo 81 del Código Civil -caso de la persona que recibe una herida grave en la guerra o le sobreviene otro peligro semejante- transcurridos cinco años contados desde la fecha de las últimas noticias (art. 43 inc. 2°, segunda parte); y
- d) En los casos de los artículos 8 y 9 del artículo 81 del Código Civil - persona que viajaba en una nave o aeronave perdida; y caso del desaparecido en un sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas, respectivamente- el matrimonio se termina transcurrido un año desde el día presuntivo de la muerte (art. 43 inc. 3°).

3) NULIDAD DEL MATRIMONIO

La Ley de Matrimonio Civil destina el Capítulo V, artículos 44 a 52, a reglamentar la nulidad del matrimonio.

Algunas particularidades de la nulidad matrimonial.

Presenta algunas características propias, que la diferencian de la nulidad patrimonial.

1. No hay causales genéricas de nulidad de matrimonio. La ley señala en forma precisa los vicios que acarrearán la nulidad. En derecho patrimonial, existen causales genéricas, v. gr. son nulos los contratos prohibidos por la ley; son nulos los actos o contratos en que se han omitido las solemnidades legales, etc. En cambio, tratándose de la nulidad del matrimonio, las causales son taxativas, p. ej. el matrimonio es nulo por no haberse celebrado ante del número de testigos hábiles determinados en el artículo 17, etc.

La Ley de Matrimonio Civil, sigue en esta materia la opinión dominante de los tratadistas franceses del siglo 19, en orden a que no hay nulidad de matrimonio sin texto expreso.

2. En materia de nulidad matrimonial, no cabe distinguir entre nulidad absoluta o relativa. Simplemente hay nulidad porque la ley no ha hecho tal distinción. Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia.

3. En materia patrimonial, declarada la nulidad, las partes vuelven al estado anterior a la celebración del acto o contrato (art. 1687 del Código Civil). En materia matrimonial, no ocurre lo anterior respecto del cónyuge que de buena fe y, con justa causa de error celebró el

matrimonio. Juega en la nulidad del matrimonio una institución muy importante, el **matrimonio putativo**, destinada justamente a evitar que se produzcan algunos efectos propios de la nulidad. Esta materia estaba tratada antes en el artículo 122 del Código Civil, y hoy lo está en los artículos 51 y 52 de la Ley de Matrimonio Civil.

4. No puede alegar la nulidad de un acto o contrato el que lo celebró sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (artículo 1683 del Código Civil). En materia de nulidad de matrimonio, no rige esta regla, si bien ha habido sentencias que han dicho lo contrario argumentando que nadie se puede aprovechar de su propio dolo.

Duda: Casamiento entre hermanos.

5. A diferencia de la nulidad en materia patrimonial, por regla general, la acción de nulidad de matrimonio no prescribe, pero debe alegarse en vida de los cónyuges (artículos 47 y 48 de la Ley de Matrimonio Civil).

Causales de nulidad de matrimonio.

Las causales de nulidad son taxativas y los vicios que las constituyen deben haber existido al tiempo del matrimonio. Así lo consigna el artículo 44 en su primera parte “el matrimonio **sólo** podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, **que deben haber existido al tiempo de su celebración**”. Luego las únicas causales de nulidad de matrimonio en Chile, son las siguientes:

1. Matrimonio celebrado existiendo algún impedimento dirimente art. 44, letra a) : Cuando uno de los contrayentes tuviere alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5º, 6º ó 7º de esta ley”.
2. Falta de consentimiento libre y espontáneo de alguno de los contrayentes, art. 44 letra b) : "cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º”.
3. Celebración del matrimonio ante testigos inhábiles o en menor número de los que la ley exige (art. 45).

El matrimonio se debe celebrar ante dos testigos (art. 17) y no hay más testigos inhábiles que los que indica el artículo 16 de la Ley de Matrimonio Civil.

Eliminación de la causal de incompetencia del Oficial del Registro Civil.

Bajo la vigencia de la anterior Ley de Matrimonio Civil, la incompetencia del Oficial del Registro Civil, podía obedecer a dos razones:

- a) Cuando un oficial del Registro Civil autorizaba un matrimonio fuera de su territorio jurisdiccional como, por ej. si el Oficial Civil de Valdivia celebrara un matrimonio en Concepción;
- y
- b) Cuando el matrimonio se verificaba ante un Oficial del Registro Civil, que no correspondía al domicilio o residencia (por el tiempo legal) de ninguno de los contrayentes (art. 35 de la ley 4808). Era el caso, por ejemplo, de las personas que se casaban en Concepción teniendo el varón domicilio en Santiago y la mujer en Viña del Mar.

Respecto del primer caso nada ha cambiado. Los Oficiales Civiles sólo pueden ejercer su ministerio dentro del territorio que la ley les asigna. Si autoriza un matrimonio fuera de su

territorio jurisdiccional, ese acto adolece de nulidad de derecho público, que se rige por los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

De las dos situaciones recién descritas, la verdaderamente importante era la segunda pues a ella se recurría para anular los matrimonios.

El artículo 31 de la anterior Ley de Matrimonio establecía que era nulo el matrimonio que no se celebrara ante el oficial del Registro Civil correspondiente. Y el artículo 35 de la Ley de Registro Civil, establecía cuál era ese Oficial Civil correspondiente: "Será competente para celebrar un matrimonio el Oficial del Registro Civil de la comuna o sección en que cualquiera de los contrayentes tenga su domicilio, o haya vivido los tres últimos meses anteriores a la fecha del matrimonio".

Como en Chile no hubo divorcio vincular hasta que entró en vigencia la ley 19.947 (18 de noviembre de 2004), las personas que querían anular su matrimonio recurrían al artificio de sostener que a la fecha de su casamiento, el domicilio y la residencia de ambos estaba en un lugar distinto de aquél en que se habían casado, con lo que venía a resultar que el matrimonio aparecía celebrado ante un funcionario incompetente. Y para probar el domicilio y residencia que afirmaban haber tenido recurrían a la prueba de testigos. Como se trataba de probar un hecho negativo (que no tenían domicilio ni residencia en la comuna o sección del Oficial Civil ante el que se casaron), se probaba el positivo contrario, por lo que los testigos atestiguaban que ambos contrayentes a la fecha del matrimonio y durante los tres meses anteriores a su celebración tenían su domicilio y residencia en un lugar distinto de aquél en que se casaron.

Esta situación comenzó a ser aceptada por nuestros tribunales alrededor del año 1925.

La ley 19.947, eliminó esta causal de nulidad al derogar el artículo 35 de la ley 4808 y dispuso que se podía contraer matrimonio ante cualquier oficial de Registro Civil (art. 9° de la nueva ley de matrimonio civil).

Acción de nulidad de matrimonio

La nulidad de un matrimonio debe ser declarada judicialmente. No opera por el sólo ministerio de la ley. De consiguiente, si el matrimonio adolece de vicios que producen su nulidad, deberá interponerse la acción de nulidad.

Características de la acción de nulidad

La acción de nulidad tiene algunas características que le son propias:

1. Es una acción de derecho de familia. Por ello está fuera del comercio; es irrenunciable; no es susceptible de transacción (art. 2450 Código Civil), no cabe a su respecto el llamado a conciliación (art. 262 del Código de Procedimiento Civil); no puede someterse a compromiso (arts. 230 y 357 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales).

2. Por regla general su ejercicio sólo corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges (art. 46).

3. Por regla general, es imprescriptible (art. 48).

4. Por regla general, sólo se puede hacer valer en vida de los cónyuges (art. 47).

Titulares de la acción de nulidad

La acción de nulidad de matrimonio, corresponde a cualquiera de los presuntos cónyuges (art. 46).

Esta regla tiene varias excepciones:

- a) La nulidad fundada en el N° 2 del artículo 5° -matrimonio de una persona menor de 16 años- podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por alguno de sus ascendientes, pero alcanzados los 16 años por parte de ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que lo contrajeron sin tener esa edad (art. 46 a);
- b) La acción de nulidad fundada en alguno de los vicios del art. 8° (vicios del consentimiento) corresponde exclusivamente al cónyuge que ha sufrido el error o la fuerza (art. 46 b);
- c) En los casos de matrimonio en artículo de muerte, la acción corresponde también a los demás herederos del cónyuge difunto (art. 46 c);
- d) Cuando la causal invocada es la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, corresponde también la acción de nulidad al cónyuge anterior o a sus herederos (art. 46 d).
- e) La declaración de nulidad fundada en alguna de las causales contempladas en los artículo 6 y 7 –vínculo de parentesco y matrimonio de una persona con el que tuvo participación en el homicidio de su marido o mujer– puede ser alegada, por cualquier persona, en el, interés de la moral y de la ley. La naturaleza del vicio explica que se otorgue en este caso acción popular para demandar la nulidad (art. 46 e).

La acción de nulidad es imprescriptible

El artículo 48 establece que la acción de nulidad de matrimonio no prescribe por tiempo. Y en seguida contempla varias excepciones:

- a) La causal fundada en la menor edad de uno de los contrayentes, prescribe en el plazo de un año, contado desde la fecha que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad (art. 48 a);
- b) Cuando la causal fuere vicio del consentimiento, la acción prescribe en tres años contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o la fuerza (art. 48 b) ;
- c) En el caso del matrimonio en artículo de muerte, la acción prescribe en un año contado desde la fecha del fallecimiento del cónyuge enfermo (art. 48 c);
- d) Si la causal invocada es vínculo matrimonial no disuelto, la acción prescribe en un año contado desde el fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 48 d); y
- e) Si la causal de nulidad es la falta de testigos hábiles, la acción prescribe en un año, contado desde la celebración del matrimonio (art. 48 e).

La acción de nulidad sólo puede intentarse en vida de los cónyuges.

Según el artículo 47 de la Ley de Matrimonio Civil, “la acción de nulidad del matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges, salvo los casos mencionados en las letras c) y d) del artículo precedente”, esto es, en los casos del matrimonio en artículo de muerte o cuando el vicio sea vínculo matrimonial no disuelto.

Respecto a la excepción relativa al vínculo matrimonial no disuelto, cabe señalar que fue incorporada por la Ley 10.271, y tuvo por objeto permitir que en el caso de bigamia, fallecido uno de los cónyuges se pudiera demandar la nulidad, para evitar que los dos matrimonios quedaren consolidados produciéndose dos líneas de descendencia matrimonial, dos sociedades conyugales etc., lo que habría ocurrido de no establecerse la excepción.

La sentencia que declara la nulidad debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial.

Así lo dispone el inciso 2º del artículo 50. Sólo se trata de un requisito de oponibilidad frente a terceros. De consiguiente, si un cónyuge anulado contrae nuevas nupcias antes de subinscribir la sentencia de nulidad, su segundo matrimonio es válido, pues el vínculo matrimonial anterior ya estaba extinguido.

Efectos de la declaración de nulidad del matrimonio.

Declarada la nulidad de un matrimonio, los cónyuges quedan en la misma situación que tenían al momento de casarse. Ello por aplicación del art. 50 inc. 1º de la ley de matrimonio civil y artículo 1687 del Código Civil. Ello significa lo siguiente:

1. Si con posterioridad a la celebración del matrimonio que se anuló, uno de ellos contrajo un nuevo matrimonio, tal matrimonio es válido, pues no existe el impedimento de vínculo matrimonial no disuelto. Por la misma razón tampoco se ha incurrido en el delito de bigamia;
2. No se ha producido parentesco por afinidad entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro;
3. No ha habido derechos hereditarios entre los cónyuges;
4. Las capitulaciones matrimoniales que pudieren haber celebrado caducan;
5. No ha habido sociedad conyugal, habiéndose formado únicamente entre los cónyuges una comunidad que debe ser liquidada de acuerdo a las reglas generales;
6. La mujer no ha tenido el privilegio de cuarta clase que le otorga el artículo 2481 Nº 3º del Código Civil;
7. La filiación de los hijos concebidos dentro del matrimonio anulado, sería extramatrimonial.

Fácil es entender la gravedad que toda esta situación supone. Por ello, y pensando especialmente en la filiación de los hijos, ha nacido la institución del matrimonio putativo, que pretende justamente evitar que se produzcan los efectos propios de la declaración de nulidad.

Matrimonio putativo

Declarada la nulidad de un matrimonio, deberían las partes volver al mismo estado en que se hallarían si no se hubieren casado, lo que significa, entre otras cosas, aceptar que habrían convivido en concubinato, y que los hijos, que en ese estado hubieren concebido tendrían filiación no matrimonial. Esta situación es de tal gravedad que desde antiguo ha preocupado a los juristas y los ha llevado a elaborar la institución del Matrimonio Putativo.

El matrimonio putativo es uno de los tantos aportes al Derecho, introducidos por el Derecho Canónico.

El Código Civil dio cabida a la institución del Matrimonio Putativo en el artículo 122, que fue suprimido por la ley 19.947, que lo reemplazó por los artículos 51 y 52 de la Ley de Matrimonio Civil. El inciso 1º del artículo 51 prescribe que "El matrimonio nulo, que ha sido celebrado o ratificado ante el oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges".

Requisitos del matrimonio putativo.

De la definición del artículo 51, se desprende que los requisitos para que exista matrimonio putativo, son los siguientes:

1. Matrimonio nulo;
2. Que se haya celebrado o ratificado ante un Oficial del Registro Civil;
3. Buena fe de parte de uno de los cónyuges a lo menos;
4. Justa causa de error.

1. Matrimonio nulo. Si el matrimonio es inexistente no cabe el matrimonio putativo. Esto es absolutamente claro y no hay opiniones discordantes. Y justamente, por esta razón es trascendente la distinción entre matrimonio inexistente y nulo.

2. Debe celebrarse ante Oficial del Registro Civil. La Ley 19.947 agregó lo de "ratificado" ante el Oficial del Registro Civil, para comprender los matrimonios celebrados ante una entidad religiosa los que para que adquieran valor se deben ratificar ante un Oficial del Registro Civil.

3. Buena fe, a lo menos, de uno de los cónyuges. Este es el requisito esencial del matrimonio putativo puesto que la institución es un reconocimiento a esta buena fe.

El Código no define lo que se entiende por buena fe. Se ha entendido que es la conciencia que tiene el contrayente de estar celebrando un matrimonio sin vicios.

La buena fe es un requisito que se debe tener al momento de celebrarse el matrimonio.

La ley 19.947 vino a poner fin a esta discusión, resolviendo el problema del mismo modo que lo había entendido la mayoría de la doctrina, es decir, que la buena fe se presume. Así lo dice expresamente el artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil: "Se presume que los cónyuges han contraído matrimonio de buena fe y con justa causa de error, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así se declarare en la sentencia".

4. Justa causa de error. Lo que ha querido decir el artículo 51, al establecer esta exigencia es que cualquier error no es suficiente. Debe tratarse de un error excusable. En definitiva este requisito tiende a confundirse con el de la buena fe.

Declaración judicial de putatividad

En general la doctrina nacional no exige más requisitos para el matrimonio putativo, que los 4 que se han señalado.

Bajo el imperio de la ley antigua (artículo 122 del Código Civil) Fueyo opinaba que se requería además de una resolución judicial que declarare que el matrimonio había sido putativo. Así también lo resolvió en su momento una sentencia de la Excm. Corte Suprema (T. 29, sec. 1ª, p. 73).

En general, la doctrina vinculaba este problema con el de la buena fe y la justa causa de error. Hoy día este problema está expresamente resuelto. En efecto, al presumirse estos requisitos debe concluirse que todo matrimonio nulo es putativo, salvo que en el juicio de nulidad se probare lo contrario y así lo declarare la sentencia (art. 52).

Efectos del matrimonio putativo

El artículo 51 precisa los efectos al señalar que "produce los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo".

Los autores hacen en esta materia las siguientes distinciones: efectos en relación con los hijos; y efectos entre los cónyuges.

1. Efectos en relación con los hijos.

La institución del matrimonio putativo fue creada con el objeto de evitar la ilegitimidad de los hijos en los casos en que el matrimonio se anulaba. Por ello resulta lógico que el hijo concebido durante el matrimonio putativo de los padres mantenga la filiación matrimonial.

Este efecto se produce sea que el matrimonio haya sido putativo para ambos padres sea que lo haya sido sólo para uno de ellos, puesto que siendo el estado civil indivisible, no podrían los hijos tener filiación matrimonial respecto de uno de sus padres y no tenerla respecto del otro.

Los efectos que produce el matrimonio putativo respecto de los hijos, son permanentes, se mantienen aún cuando desaparezca la putatividad. Ello es consecuencia de ser el estado civil una calidad "permanente" de toda persona.

La nulidad del matrimonio no afecta en caso alguno la filiación ya determinada de los hijos, aunque el matrimonio no sea putativo.

Así lo establece el artículo 51 inciso 4º: "Con todo, la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges".

Es importante destacar que en el artículo 122 del Código Civil (derogado por la ley 19.947) la situación era distinta porque cuando no se daban los requisitos del matrimonio putativo, la nulidad no afectaba la filiación matrimonial de los hijos únicamente cuando la nulidad se había declarado por incompetencia del Oficial Civil, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de estos. En los demás casos, declarada la nulidad del matrimonio, ésta afectaba la filiación de los hijos. Con la ley 19.947 la excepción se amplía a todo matrimonio nulo, cualquiera sea el vicio de nulidad.

2. Efectos en relación con los cónyuges.

El matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles del válido mientras se mantenga la buena fe a lo menos en uno de los cónyuges. Desaparecida la buena fe en ambos, cesan los efectos del matrimonio putativo. Así lo señala el artículo 51 inciso 1º, parte final.

¿Cuándo cesa la buena fe? Respecto del cónyuge que demanda la nulidad del matrimonio debe entenderse que el sólo hecho de presentar la demanda, constituye prueba de que la buena fe ha desaparecido para él, en ese momento. En cuanto al demandado, Somarriva, aplicando por analogía la regla dada por el artículo 907 al hablar de las prestaciones mutuas, sostiene que la buena fe desaparece con la contestación de la demanda. De acuerdo a esto, el matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido hasta el momento de la contestación de la demanda. Ello, sin perjuicio de que pueda probarse que la buena fe desapareció antes.

Atendido lo que se acaba de explicar, mientras se mantiene la buena fe a lo menos en un cónyuge, el matrimonio produce todos sus efectos, tanto en la persona de los cónyuges como respecto de los bienes. Así, deben cumplir con todos los deberes y obligaciones que surgen del matrimonio: fidelidad, ayuda mutua, socorro, se ha generado entre ellos sociedad conyugal si se casaron bajo ese régimen, etc.

Un estudio aparte merece lo relativo a la sociedad conyugal. Declarada la nulidad del matrimonio, si el matrimonio ha sido putativo, se disuelve la sociedad conyugal. Si el matrimonio ha sido simplemente nulo, ésta no ha nacido y por ende no se puede disolver lo que no ha existido. Así resulta del efecto retroactivo de la declaración de nulidad (artículo 1687). Por ello, cuando el artículo 1764 indica entre las causales de extinción de la sociedad conyugal la declaración de nulidad (Nº 4), debe entenderse que ello sólo es así si el matrimonio fue putativo. En caso contrario, no se ha generado la sociedad conyugal, y sólo se ha producido una comunidad o sociedad de hecho que habrá de disolverse y liquidarse de acuerdo a las reglas generales.

EL DIVORCIO

Dice R. Ramos “En el párrafo 5º de la anterior Ley de Matrimonio Civil, artículos 19 al 28, se establecía un mal llamado divorcio. Y decimos “mal llamado divorcio”, porque universalmente se entiende que el divorcio produce la ruptura del vínculo matrimonial, pudiendo los ex cónyuges contraer válidamente nuevas nupcias, lo que no ocurría con el que venimos comentando. Los cónyuges quedaban separados de mesa, casa y lecho, pero no podían contraer un nuevo matrimonio. Había dos clases de divorcio, uno perpetuo y otro temporal, no pudiendo este último exceder de 5 años. Los efectos de uno y otro eran distintos, pero ninguno de los dos rompía el vínculo matrimonial”.

La gran innovación de la ley 19.947, es introducir el divorcio vincular en Chile.

Causales de divorcio.

Respecto a las causales de divorcio, la doctrina y la legislación comparada se mueven entre dos polos: “divorcio-sanción” y “divorcio remedio” (llamado también “divorcio solución”). El divorcio-sanción está concebido como una pena para el cónyuge culpable de una conducta que lesiona gravemente la vida familiar. En el divorcio-remedio, en cambio, se acepta como solución a la ruptura definitiva de la armonía conyugal, cuando la convivencia de la pareja se torna

imposible.

1. Causales de divorcio-sanción o “por culpa”.

El artículo 54 establece 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 le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”.

Luego los requisitos son: a) falta imputable a uno de los cónyuges; b) esta falta debe constituir una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos; y c) el incumplimiento de estos deberes u obligaciones debe hacer intolerable la vida en común.

Respecto al primer requisito deberá tenerse presente que la falta debe ser “imputable”, es decir, culpable, de tal suerte que si, por ej. uno de los cónyuges sufre un grave accidente que lo deja parapléjico, tal hecho puede hacer intolerable la vida en común, pero no configura una causal de divorcio (Javier Barrientes Grandón).

Sin duda el tercer requisito es el determinante. Por consiguiente frente a una demanda de divorcio será el tribunal que conozca del juicio de divorcio el que tendrá que ponderar si hubo incumplimiento a los deberes para con el otro cónyuge o para con los hijos y si este incumplimiento es de tal entidad que haga intolerable la vida en común.

La norma agrega que se incurre en esta causal, **entre otros casos**, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

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

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

3º Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal” (dentro de estos títulos están los delitos de aborto, abandono de niños o personas desvalidas, delitos contra el estado civil de las personas, raptó, violación, estupro y otros delitos sexuales, incesto, matrimonios ilegales, homicidio, infanticidio, lesiones corporales, duelo, calumnia, injurias);

4º Conducta homosexual;

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

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

Estas causales no son taxativas, pues la norma emplea la expresión “entre otros casos”.

2. Causales de divorcio-remedio o “por cese de la convivencia”.

El artículo 55 contempla dos casos de divorcio remedio:

2.1 Cuando **ambos cónyuges lo piden de común acuerdo**, acreditando que ha cesado la convivencia entre ellos durante un lapso mayor de **un año** y acompañen un acuerdo regulatorio (completo y suficiente, en los términos de los arts. 21 y 27) de sus relaciones mutuas y para con los hijos (art. 55 incs. 1° y 2°).

2.2 Cuando lo solicite **cualquiera de los cónyuges** por haberse producido un cese efectivo de la convivencia conyugal, durante a lo menos **tres años** (art. 55 inc. 3°). Nótese que estamos frente a un caso de divorcio unilateral.

De acuerdo a este inciso 3°, los requisitos para que opere el divorcio en el presente caso son: 1) Cese efectivo de la convivencia conyugal; 2) que esta situación haya durado a lo menos tres años; y 3) el actor haya cumplido con su obligación alimenticia respecto de su cónyuge e hijos.

En relación con el primer requisito, llama la atención que esta disposición hable de “**cese efectivo** de la convivencia conyugal”, y no simplemente “cese de la convivencia”, como lo establece el inciso 1°. Sobre ello Javier Barrientos señala: “Este requisito de la ‘efectividad’ del cese de la convivencia, no obstante su apariencia de objetividad, no ha de referirse a lo que algunos civilistas denominan, por influencia canónica, *corpus separationis* o hecho material de la separación física, sino propiamente al *animus separationis*, ya que si la *affectio* subsiste entre los cónyuges no habrá cese efectivo de la convivencia, aunque haya separación material y los esposos vivan en lugares diferentes y, por el contrario, si falta la *affectio*, tendrá lugar técnicamente el cese de la convivencia aunque convivan los esposos bajo el mismo techo”.

Respecto al segundo requisito -que el cese efectivo haya durado a lo menos tres años- **sólo podrá probarse** en la forma que indica los artículos 22 y 25 (art. 55 inc. 4°), esto es:

a) Por alguno de los instrumentos que se indican en el artículo 22 (escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario o acta extendida ante Oficial del Registro Civil; transacción aprobada judicialmente) mediante los cuales los cónyuges regulen su separación de hecho;

b) Por la notificación de la demanda de regulación de sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio y, si hubiere hijos, al régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere a su cuidado (arts. 23 y 25 inc. 1°);

c) Cuando no mediando acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos haya expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos indicados en el artículo 22 letras a) y b) y se haya notificado al otro cónyuge (art. 25 inc. 2°); y

d) Cuando uno de los cónyuges haya dejado constancia de su intención de poner fin a la convivencia ante el juzgado correspondiente y ello sea notificado al otro cónyuge (art. 25 inc. 2°).

La dos últimas situaciones constituye una gestión voluntaria a la que se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales (art. 25 inc. 2º, parte final).

Esta limitación probatoria para acreditar el cese de la convivencia no rige para los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil. En estos casos, las partes no tienen mayores limitaciones probatorias, salvo que la sola confesión no es suficiente, debiendo el juez analizar si los medios de prueba aportados por las partes le permiten formarse plena convicción sobre este hecho (art. 2º transitorio, inc. 3º).

En relación al tercer requisito si la parte demandada lo solicitare, el juez debe verificar que el demandante durante el tiempo del cese de la convivencia ha dado cumplimiento a su obligación alimenticia respecto de su cónyuge e hijos. El incumplimiento reiterado e injustificado de esta obligación hará que la demanda de divorcio sea rechazada (art. 55 inc. 3º).

La parte demandada para hacer exigible esta exigencia debe oponer la correspondiente excepción perentoria.

La sentencia que rechace la demanda no produce cosa juzgada de tal suerte que se puede volver a demandar, previo cumplimiento de los requisitos legales, es decir, nuevo cese de la convivencia, nuevo plazo de 3 años y cumplir en forma regular durante este nuevo plazo los deberes alimenticios, con el cónyuge e hijos.

Características de la acción de divorcio

- a) Pertenece exclusivamente a los cónyuges (art. 56 inc. 1º);
- b) Corresponde a ambos cónyuges, salvo en el caso del artículo 54, es decir, cuando el divorcio es por culpa de uno de ellos, en que no la tiene el culpable (art. 56 inc. 2º);
- c) Es irrenunciable (art. 57);
- d) Es imprescriptible (art. 57);
- e) Por su misma naturaleza tiene que intentarse en vida de los cónyuges.

Efectos del divorcio

El artículo 59 inciso 1º señala que “el divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare” y el inciso 2º 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”.

1. Se adquiere el estado civil de divorciados y se puede volver a contraer matrimonio (art. 59 inc. 2º). El estado civil de divorciado se prueba en conformidad al art. 305 del C. Civil.
2. El divorcio no afecta la filiación ya determinada de los hijos ni los derechos y obligaciones que emanan de ella. Luego los hijos continuarán siendo hijos de filiación matrimonial de sus padres y tendrán, respecto de ellos, los derechos y obligaciones que tal filiación supone (art. 53).
3. El divorcio pone fin a los derechos de carácter patrimonial, como el de alimentos y sucesorios entre los cónyuges (art. 60). Ello sin perjuicio de que se acuerde o se fije judicialmente una compensación al cónyuge económicamente más débil, determinada en la forma dispuesta en

los artículos 61 y siguientes.

4. Habilita al cónyuge para pedir al juez la desafectación de un bien de su propiedad que esté declarado como bien familiar (art. 145 del C. Civil, inciso final).

5. La sentencia de divorcio firme autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo al divorcio por su culpa, con tal que la donación y su causa constare por escritura pública (art. 1790 inc. 2°).

Divorcio obtenido en el extranjero

La ley 19.947 regula esta materia en el artículo 83 en los siguientes términos:

El inciso 1° establece que “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción” ¿Cuál es esa ley aplicable a la relación matrimonial? La respuesta debe buscarse en los principios de derecho internacional privado (puede ser la ley de la nacionalidad, del domicilio, etc.).

El inciso 2° se refiere a un segundo aspecto: “las sentencias de divorcio y de nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil”. Dicho en otras palabras, para cumplir esas sentencias en Chile, deberá darse el exequátur por la Corte Suprema, para lo cual deberá acompañarse una copia debidamente legalizada de la sentencia.

Los incisos siguientes del artículo 83 privan de valor a las sentencias de divorcio extranjeras, en los siguientes casos:

- a) Cuando no ha sido declarado por resolución judicial (art. 83, inc. 3°);
- b) Cuando se oponga al orden público chileno (art. 83, inc. 3°)
- c) Cuando se ha obtenido con fraude a la ley (art. 83, inc. 4°). Y aquí se agrega algo importante, con el fin de evitar que las personas domiciliadas en Chile se vayan a divorciar al extranjero para evitar las limitaciones que establece la nueva ley. Dice la norma que “se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieran tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequátur”. Nótese que este inciso 4° establece una presunción de derecho de fraude a la ley.

Aunque la disposición tiene una redacción algo confusa, es claro que lo que pretende evitar es que los interesados en el divorcio viajen a hacerlo al extranjero para evitar el plazo de cese de la convivencia que le exige la legislación chilena.

Reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio.

El Capítulo VII de la ley, artículos 61 y siguientes, da algunas reglas aplicables al divorcio, nulidad y algunos tipos de separación. Estas son: compensación económica, conciliación y mediación.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Esta materia la trata el párrafo 1º del título VII, artículos 61 al 66.

Concepto : Consiste en el derecho que asiste a uno de los cónyuges -normalmente la mujer- cuando por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar no pudo durante el matrimonio desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, para que se le compense el menoscabo económico que, producido el divorcio o la nulidad, sufrirá por esta causa. Así se desprende del artículo 61. La compensación económica es una institución que persigue un objetivo de justicia.

Factores para determinar la cuantía de la compensación.

El artículo 62, señala los distintos aspectos que se deben considerar especialmente para fijar el quantum de esta compensación: duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges -nótese no sólo la duración del matrimonio sino también la duración de la vida en común-; la situación patrimonial de ambos; la buena o mala fe; la edad y estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación previsional y beneficios de salud; su cualificación profesional y posibilidades del acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Estos rubros no son taxativos, pues el artículo 62, dice que ellos se deben considerar “especialmente”.

Improcedencia o rebaja de la compensación

De acuerdo al artículo 62 inciso 2º, se puede denegar o rebajar esta compensación al cónyuge que dio lugar al divorcio por su culpa o falta.

Determinación de la procedencia y monto de la compensación.

Puede fijarse de dos maneras: a) por acuerdo de las partes o b) judicialmente, a falta de acuerdo.

a) Fijación por las partes. Dice el artículo 63: “La compensación económica y su monto y forma de pago, serán convenidas por los cónyuges, si fueren mayores de edad, mediante acuerdo que constará en escritura pública o acta de avenimiento, las cuales se someterán a la aprobación judicial”.

b) Fijación por el tribunal. Si no hay acuerdo, se fija judicialmente. Se puede pedir esta determinación en la demanda o con posterioridad, para lo cual, el tribunal informará a los cónyuges sobre la existencia de este derecho durante la audiencia de conciliación. Si el juez acoge la demanda de nulidad o de divorcio debe pronunciarse sobre la compensación económica en la sentencia (art. 64).

Forma de pago de la compensación

De acuerdo al artículo 65, en la misma sentencia el juez debe señalar la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades:

a) Disponer la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes. Si se fija una suma de dinero, podrá el juez fijar una o varias cuotas reajustables, debiendo el tribunal adoptar las seguridades para su pago; o

b) Constituir un derecho de usufructo uso o habitación respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor. La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo (de aquí se deduce que es un derecho personalísimo del cónyuge titular).

Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades señaladas, el juez puede dividirlo en cuantas cuotas fueren necesarias, para lo cual tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (art. 66). Estas cuotas se consideran alimentos **para el efecto de su cumplimiento**, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia (art. 66).

Por consiguiente, para su pago el cónyuge deudor puede ser apremiado. Estas cuotas no constituyen una pensión alimenticia. Se las considera alimentos únicamente para los efectos del cumplimiento por lo que no rige la limitación contenida en el artículo 7º de la ley 14.908, de que no puede exceder del 50% de las rentas del deudor. Otra consecuencia importante es que una vez fijada no se debe alterar por circunstancias sobrevinientes, por ej. si el cónyuge que tiene que pagar queda cesante, tenga otros hijos o mejore su condición económica por cualquier razón.

CONCILIACIÓN.

Según el artículo 67 solicitada la separación o el divorcio, se debe llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, que persigue dos objetivos: tratar de superar el conflicto de la pareja y si ello no es factible acordar las medidas relativas a los alimentos de los cónyuges e hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga a su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad. Este artículo 67 debe relacionarse con el artículo 90.

A la audiencia de conciliación se debe comparecer personalmente, pudiendo apremiarse al cónyuge que se niegue a asistir sin causa justificada (art. 68). El juez debe instar a las partes a la conciliación y proponerles bases de arreglo que se ajusten a las expectativas de cada parte (art. 69).

MEDIACIÓN

Se debe ordenar por el tribunal si las partes lo piden. No procede mediación en las causas de nulidad (art. 71).

Si las partes no la solicitan, puede ordenarla el tribunal, al término de la audiencia de conciliación, salvo que estime que no sería útil. Para ello citará a las partes a una audiencia para proceder a la designación del mediador, que si no es elegido de común acuerdo, lo debe designar el tribunal de inmediato de entre los que figuren en un Registro de Mediadores que debe llevar el Ministerio de Justicia (art. 72).

La mediación presenta las siguientes características:

a) Debe hacerse por profesionales idóneos, que aparezcan en un Registro elaborado por el Ministerio de Justicia, salvo que los mediadores sean designados de común acuerdo por las partes (arts. 77 y 78);

b) Es voluntaria en el sentido que basta que alguna de las partes, citadas por dos veces, no concurra a la audiencia del mediador para que ésta se estime frustrada (art. 73, inc. 2º);

c) El proceso de mediación tiene plazo de duración: no puede durar más de 60 días desde que el mediador haya recibido la comunicación del tribunal que lo designó, pero los cónyuges, de común acuerdo, pueden pedir ampliación del plazo hasta por otros 60 días (art. 75);

Puede ser gratuita o remunerada. En este último caso, su costo será de cargo de las partes, siendo los honorarios máximos los establecidos en un arancel que dictará mediante decreto, el Ministerio de Justicia. Los que gocen de privilegio de pobreza o sean patrocinadas por la Corporación de Asistencia Judicial recibirán atención gratuita (art. 79);

e) Si hay acuerdo, el acta debe ser remitida por el mediador al tribunal para su aprobación en todo aquello que no fuere contrario a derecho. Aprobada por el juez, tendrá valor de transacción judicial (art. 76).

TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.

De acuerdo lo establecido en los artículos 87 y siguientes de la ley de matrimonio civil, a partir del 1º de octubre de 2005, estos juicios serán conocidos por los tribunales de familia y se tramitarán de acuerdo a las reglas del procedimiento ordinario contemplado en la ley 19.968. Sin perjuicio de lo anterior, se aplicarán las reglas especiales, contempladas en los artículos 89, 90, 91 y 92 de la ley:

LEGISLACIÓN APLICABLE A LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 19.947.

De acuerdo al artículo 2º transitorio las personas casadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, podrán separarse judicialmente, anular sus matrimonios y divorciarse en conformidad a las disposiciones de la nueva ley, con las siguientes salvedades:

a) Las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión origina, se regirán por la ley vigente al tiempo de su celebración, pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil contemplada en el artículo 31 de la anterior Ley de Matrimonio Civil;

b) No rige para estas personas las limitaciones contempladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil, para acreditar el cese de la convivencia. Ello quiere decir que las personas casadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, no es necesario que el cese de la convivencia se pruebe por alguno de estos medios, pudiendo recurrir a los demás medios probatorios (la confesión no basta por si sola). Será el juez en cada caso el que deberá resolver si la prueba rendida es suficiente.

Es necesario recordar que para obtener el divorcio (salvo el caso contemplado en el artículo 54) se debe acreditar el **cese de la convivencia entre los cónyuges** (por uno o tres años, según los casos), y este cese sólo se puede probar por alguno de los medios indicados en los arts. 22 y 25.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio es una institución de la cual derivan importantes efectos:

1. Relaciones personales de los cónyuges (derechos y obligaciones de que tratan los artículos 131, 133 y 134);
2. Régimen matrimonial;
3. Filiación matrimonial; y
4. Derechos hereditarios.

RELACIONES PERSONALES DE LOS CÓNYUGES

Relaciones personales de los cónyuges. Derechos y obligaciones de que tratan los artículos 131, 133 y 134.

El Código Civil en el Título VI del Libro I, artículos 131 y siguientes, regula las relaciones personales de los cónyuges, otorgándoles derechos e imponiéndoles deberes de contenido eminentemente moral. Son los siguientes:

1. Deber de fidelidad (artículo 131);
2. Deber de socorro (artículos 131 y 134);
3. Deber de ayuda mutua o de asistencia (art. 131);
4. Deber de respeto recíproco (art. 131);
5. Deber de protección recíproca (art. 131);
6. Derecho y deber de vivir en el hogar común (art. 133);
7. Deber de cohabitación; y
8. Deber de auxilio y expensas para la litis.

Respecto a la sanción por el incumplimiento de estos deberes hay que tener presente el artículo 155 inc. 2º: "(EL juez) también la decretará (la separación de bienes) si el marido, por su culpa, no cumple con las obligaciones que le imponen los artículos 133 y 134..."; y los arts. 26 y 54 de la Ley de Matrimonio Civil que autorizan solicitar la separación judicial o el divorcio "si mediare falta imputable al otro cónyuge, 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".

Deber de fidelidad

Del matrimonio deriva una obligación que pudiéramos llamar principal: el deber de guardarse fidelidad el uno al otro. Está consagrada en el artículo 131: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe...", lo que significa no tener relaciones sexuales con terceros, no cometer adulterio.

El artículo 132, (texto dado por la Ley 19.335) expresa que "el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé" y agrega que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge". El adulterio trae aparejadas las siguientes sanciones:

- a) Es causal de separación judicial (artículo 26) y de divorcio (artículo 54 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil). En el caso de la separación judicial no puede invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges (art. 26, inc. 2º).

b) La mujer casada en régimen de sociedad conyugal, puede pedir la separación judicial de bienes, en conformidad al artículo 155 inciso 2º del Código Civil.

Deber de socorro

Está establecido en los artículos 131 y 321 N° 1 del Código Civil. El primero señala que los cónyuges están obligados "a socorrerse" y el segundo precisa que se deben alimentos entre sí. Respecto de este deber, los cónyuges pueden hallarse en diversas situaciones:

1. Pueden encontrarse casados en régimen de sociedad conyugal y en estado de normalidad matrimonial, esto es, viviendo juntos. En este supuesto, el marido debe proporcionar alimentos a la mujer, lo que hará con cargo a la sociedad conyugal ya que el artículo 1740 N° 5 señala que la sociedad es obligada al mantenimiento de los cónyuges;
2. Pueden estar separados de bienes o casados en régimen de participación en los gananciales. En estos supuestos, los artículos 134 y 160, regulan la forma como ellos deben atender a las necesidades de la familia común. La primera de estas normas señala que "El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie". El artículo 160 reitera lo anterior, precisando que "en el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades";
3. Pueden estar separados judicialmente. En este caso opera el artículo 175: "El cónyuge que haya dado lugar a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso, el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él";
4. Pueden haber anulado su matrimonio. En este caso cesa la obligación de prestarse alimentos, aunque el matrimonio hubiere sido putativo;
5. Pueden encontrarse divorciados, caso en que cesa la obligación alimenticia.

Deber de ayuda mutua

Consiste en los cuidados personales y constantes, que los cónyuges se deben recíprocamente.

Este deber está consagrado en el artículo 131 del Código Civil. Por lo demás, se desprende de la propia definición de matrimonio.

Deber de respeto recíproco

Los cónyuges tienen la obligación recíproca de guardarse respeto (art. 131).

Deber de protección recíproca.

El artículo 131 prescribe que "el marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos".

Derecho y deber a vivir en el hogar común.

Esta situación está tratada en el artículo 133. Dice esta disposición: "Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo".

El incumplimiento de este deber puede constituir una causal de divorcio. En efecto el artículo 54 N° 2º establece como causal de divorcio "el abandono continuo o reiterado del hogar común".

Deber de cohabitación.

Es distinto al anterior, pues mira a la obligación que tienen los cónyuges de tener relaciones sexuales entre sí.

Auxilios y expensas para la litis.

Esta materia está tratada en el artículo 136 del Código Civil: "Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido debe, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la litis que ésta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes".

Como se puede observar, esta norma regula dos situaciones diferentes: en la primera parte, la obligación de ambos cónyuges de proporcionarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales; y en la segunda, la obligación del marido casado en régimen de sociedad conyugal, de otorgar expensas para la litis a su mujer.

La segunda obligación sólo existe si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Pleitos seguidos entre marido y mujer, sin que importe la naturaleza de la acción deducida, ni la condición procesal de cada uno. Sin embargo, esto último puede discutirse por la redacción de la norma que sólo confiere a la mujer expensas para **la litis que ésta** (la mujer) **siga en su contra** (en contra del marido). Pese a los términos de la disposición, Ramos piensa que la situación procesal de demandante o demandada, carece de relevancia, pues constituiría una injusticia inadmisibles que el marido pudiera demandar a su mujer y que ésta por carecer de recursos no pudiese defenderse;
- b) Sólo cabe si los cónyuges están casados en régimen de sociedad conyugal; y
- c) Es indispensable que la mujer carezca de bienes suficientes, para atender por sí misma este gasto. Por ello si tiene patrimonio reservado, o los bienes a que se refieren los artículos 166 ó 167, no puede demandar expensas, a menos que sean insuficientes, caso en que podrá pedir lo necesario.

Potestad marital

Con anterioridad a la Ley 18.802, el Código Civil establecía la denominada potestad marital, que el artículo 132 definía como "el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer". La Ley 18.802 derogó esta norma, con lo que desapareció esta institución.

De la potestad marital derivaban importantes consecuencias:

- a) Incapacidad relativa de la mujer casada (arts. 136, 137, 138, 144, 146, 147, 148, etc.);
- b) Representación legal de la mujer por su marido (art. 43);
- c) Deber de obediencia de la mujer (art. 131 inc. 2º);
- d) Obligación de la mujer de seguir a su marido a donde quiere éste trasladare su residencia (art. 133 inc. 1º);
- e) La mujer tenía como domicilio legal el de su marido (art. 71);

- f) Derecho del marido para oponerse a que la mujer ejerciera un determinado trabajo o industria (art. 150).

Todos estos efectos desaparecieron con la supresión de la potestad marital.

Plena capacidad de la mujer casada.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley 18.802, la mujer casada en régimen de sociedad conyugal era relativamente incapaz. Como tal estaba contemplada en el artículo 1447 al lado de los menores adultos y de los disipadores en interdicción de administrar lo suyo. Esa ley cambió el texto del inciso 3º del artículo 1447 dejando como relativamente incapaces únicamente a los menores adultos y a los disipadores en interdicción.

Sin embargo, es importante no confundir la capacidad que pasó a tener la mujer, con el derecho a administrar sus propios bienes y los bienes sociales. En efecto, el artículo 1749 del Código Civil mantiene el principio de que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal administra los bienes sociales y, los de su mujer idea que refuerza el artículo 1750: "El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales..." y el artículo 1754 inciso final en cuanto establece: "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis".

Luego, la capacidad que con la reforma de la Ley 18.802 adquirió la mujer no le sirve de mucho desde que no se le da ninguna participación ni en la administración de los bienes sociales ni en la administración de sus bienes propios. Sólo continúa con la administración de aquellos bienes que ya antes administraba (150, 166, 167).

CAPITULO III

(Resumen e Ideas del libro "Derecho de Familia" de René Ramos Pazos, Edit Jurídica de Chile, 2005.)

REGIMEN MATRIMONIAL

Se define el régimen matrimonial como el estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

Régimen matrimonial chileno

En el Código Civil original no existió otro régimen matrimonial que el que consagraba y consagra el artículo 135: *"por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal"* (inc. 1º).

Sin embargo, con la dictación del D.L. 328 de 28 de abril de 1925 -que posteriormente fue reemplazado por la Ley Nº 5.521 del año 1934- la situación cambió pues se permitió pactar separación de bienes en las Capitulaciones Matrimoniales. Desde ese momento, el régimen de sociedad conyugal quedó únicamente como régimen legal matrimonial es decir, pasó a ser el régimen matrimonial que regía para los cónyuges que no pactaban separación de bienes. Por una modificación posterior establecida por la Ley 7.612 de 21 de octubre de 1943 se permitió sustituir el régimen de sociedad conyugal bajo el cual se habían casado, por el régimen de separación total de bienes.

El último hito en esta materia lo constituye la Ley Nº 19.335 de 1994, que incorporó a nuestra realidad positiva, el régimen de participación en los gananciales, en la variante crediticia.

SOCIEDAD CONYUGAL

Se acostumbra a definir la sociedad conyugal como la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio, definición que se obtiene del artículo 135 inciso 1º.

La sociedad conyugal comienza con el matrimonio, y cualquier estipulación en contrario es nula (arts. 135 inc. 1º y 1721 inc. final), y termina en los casos, señalados en el art. 1764.

HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Haber o activo de la sociedad conyugal son los bienes que lo integran. Para hacer este estudio es necesario formular un distingo entre haber o activo absoluto y haber o activo relativo.

El haber absoluto lo forman todos aquellos bienes que ingresan a la sociedad conyugal en forma definitiva, sin derecho a recompensa; en cambio, **el haber relativo o aparente**, lo integran aquellos bienes que ingresan a la sociedad conyugal otorgando al cónyuge aportante o adquirente un derecho de recompensa que éste hará valer al momento de la liquidación. Ejemplo de cada caso: durante el matrimonio uno de los cónyuges compra un automóvil. Ese bien ingresa al activo absoluto de la sociedad conyugal (art. 1725, Nº 5). En cambio si al momento del matrimonio uno de los cónyuges era dueño de un automóvil, tal bien ingresa a la

sociedad conyugal, pasa a ser un bien social, pero el cónyuge que era dueño (le llamaremos cónyuge aportante), adquiere un crédito, recompensa, que hará valer cuando se termine la sociedad conyugal y se liquide. En ese momento tendrá derecho a que se le reembolse el valor del automóvil, actualizado. De manera que el automóvil en este último ejemplo, ingresó al haber relativo de la sociedad conyugal.

Es importante agregar que esta terminología -haber absoluto y haber relativo- no la hace la ley, pero surge del artículo 1725.

HABER PROPIO O PERSONAL DE CADA CÓNYUGE

La sociedad conyugal constituye un régimen de comunidad restringida de bienes, conservando cada cónyuge un cierto patrimonio propio o personal. Forman parte de este patrimonio propio:

1. Los inmuebles que un cónyuge tiene al momento de casarse;
2. Los inmuebles adquiridos por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito;
3. Los bienes muebles que los cónyuges excluyeron de comunidad, en las capitulaciones matrimoniales (art. 1725 N° 4, inc. 2°);
4. Los aumentos que experimenten los bienes propios de cada cónyuge;
5. Las recompensas; y
6. Los inmuebles subrogados a un inmueble propio o a valores destinados a ese objeto en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Al igual que en el activo de la sociedad conyugal en el pasivo, también hay que distinguir entre **el pasivo real** y **pasivo aparente** de la sociedad conyugal.

Una deuda integra el **pasivo real** de la sociedad conyugal, cuando ésta debe pagarla sin derecho a recompensa. Se trata empleando -otra terminología- que esa deuda es social tanto desde el punto de vista de la obligación a la deuda como desde el punto de vista de la contribución a la deuda. La sociedad paga y soporta el pago.

Una deuda integra el **pasivo aparente o relativo** de la sociedad conyugal, cuando ésta debe pagarla pero no soportarla, pues al pagar adquiere una recompensa en contra del cónyuge de que se trate, que hará efectiva a la disolución de la sociedad conyugal. En este caso la deuda es social desde el punto de vista de la obligación a la deuda, pues el tercero acreedor se dirigirá para cobrarla en contra de los bienes sociales, pero esa deuda es personal del cónyuge desde el punto de vista de la contribución a la deuda pues, en definitiva él va a soportar el pago, desde que la sociedad conyugal hará efectiva en su contra la correspondiente recompensa.

La obligación a la deuda mira las relaciones de un tercero con la sociedad conyugal, en cambio, el de la contribución a la deuda dice relación con los cónyuges, con los ajustes económicos que tienen que producirse entre ellos al momento de liquidar la sociedad conyugal.

Pasivo absoluto

Lo integran todas las deudas que son sociales tanto desde el punto de vista de la obligación como de la contribución a la deuda. Es decir, la sociedad conyugal está obligada a pagar y a soportar el pago. Paga sin derecho a recompensa.

Integran este pasivo absoluto las siguientes deudas:

1. "Pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad " (art. 1740 N° 1).
2. "Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta" (1740 N° 2, inc. 1°).
3. Pago de las obligaciones generadas por contratos accesorios cuando las obligaciones garantizadas por ellos no fueren personales de uno de los cónyuges (art. 1740 N° 2, inc. 2°).
4. "Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge" (art. 1740 N° 4°).
5. Gastos de mantenimiento de los cónyuges; de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes; y de toda otra carga de familia (art. 1740 N° 5).
6. Dineros pagados a la mujer en virtud de haberse consignado en las capitulaciones matrimoniales tal obligación, a menos que se haya establecido que el pago sería de cargo del marido (art. 1740 inciso final).

ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Para estudiar la administración de la sociedad conyugal deben hacerse algunas distinciones: ordinaria y extraordinaria.

La administración ordinaria puede referirse a) a los bienes sociales o b) a los bienes propios de la mujer.

ADMINISTRACIÓN ORDINARIA

La administración ordinaria de la sociedad conyugal, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de la mujer, corresponde únicamente al marido. Así se establece en el artículo 1749 y se reitera en los artículos 1752 y 1754 inciso final. La primera de estas normas dice: *"El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto empero, a ..."* (inciso 1°, primera parte). El artículo 1752 agrega: *"La mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad, salvo en los casos del artículo 145"* (la referencia al artículo 145, después de la ley 19.335, debe entenderse hecha al artículo 138). Y reitera la idea, en relación a los bienes propios de la mujer, el artículo 1754 inciso final: *"La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis"*

No obstante que la Ley 18.802 otorgó plena capacidad a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, mantuvo la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer, en el marido.

Administración de los bienes sociales

El Código trata la administración de los bienes sociales en el artículo 1749, norma que en su primera parte sienta el principio de que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y en tal carácter administra esos bienes.

En seguida, establece las limitaciones:

- Limitaciones a la administración del marido impuestas en las capitulaciones matrimoniales

Esta situación se da, por ejemplo, en el caso que los cónyuges, haciendo uso del derecho que les confiere el artículo 1720 inciso 2º estipularen que la mujer dispondrá de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica. Estos acuerdos de los esposos no pueden tener una amplitud tan grande que se llegare por esta vía a privar al marido de la administración de los bienes sociales o propios de la mujer, pues si así ocurriere, tal pacto adolecería de objeto ilícito atendido lo dispuesto en el artículo 1717 y por ello sería absolutamente nulo (art. 1682, en relación con el art. 1466 y con el art. 1717).

-Limitaciones a la administración del marido impuestas en el Título XXII del Libro IV C Civil:

De acuerdo al artículo 1749 el marido necesita de la autorización de la mujer, para realizar los siguientes actos jurídicos:

1. Para enajenar voluntariamente bienes raíces sociales;
2. Para gravar voluntariamente bienes raíces sociales;
3. Para prometer enajenar o gravar bienes raíces sociales;
4. Para enajenar o gravar voluntariamente o prometer enajenar o gravar los derechos hereditarios que correspondan a la mujer;
5. Para disponer por acto entre vivos a título gratuito de los bienes sociales;
6. Para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por más de 5 años si son urbanos o por más de 8 si son rústicos;
7. Para otorgar avales o constituirse en deudor solidario u otorgar cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros.

En todos los casos recién señalados, la mujer debe prestar su autorización al marido, y si no la otorga se siguen las sanciones que más adelante se dirán.

Características de la autorización de la mujer : De acuerdo al artículo 1749, inciso 7º, esta autorización tiene las siguientes características:

- a) Debe ser específica;
- b) Es solemne;
- c) Se puede prestar personalmente o a través de mandatario;
- d) Puede suplirse por la autorización judicial, si la mujer la negare sin justo motivo o estuviere impedida de prestarla; y
- e) Debe ser previa a la celebración del acto.

Actos respecto de los cuales la mujer debe dar su autorización al marido.

1. Enajenación voluntaria de bienes raíces sociales.

Dice el artículo 1749 inciso 3º: "El marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente... los bienes raíces sociales".

2. Gravamen voluntario de bienes raíces sociales.

El artículo 1749 en su inciso 3º así lo establece: "el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente bienes raíces sociales...". La limitación, lo mismo que en el caso anterior, incide exclusivamente en los bienes raíces sociales.

3. Promesa de enajenación o gravamen de un bien raíz social.

Esta limitación fue introducida por la Ley 18.802. Y sin duda fue un acierto del legislador por cuanto con anterioridad había una gran discusión sobre si era necesario para la validez del contrato de promesa que la mujer tuviera que dar su autorización.

4. Enajenación o gravamen voluntario o promesa de enajenación o de gravamen sobre derechos hereditarios de la mujer.

Dice el artículo 1749 que "el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales **ni los derechos hereditarios de la mujer**, sin autorización de ésta" (inc. 3º). Esta limitación fue introducida por la Ley 18.802. En relación con ella, dice el profesor Fernando Rozas que "en las actas de las sesiones conjuntas de las comisiones legislativas se dejó constancia de que la limitación se extendía a todos los derechos hereditarios de la mujer, aunque no comprendieran inmuebles".

5. Disposición gratuita, por acto entre vivos, de bienes sociales.

El artículo 1749, señala en su inciso 4º que "No podrá tampoco (el marido), sin dicha autorización (de la mujer) disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735...".

6. Arrendamiento o cesión de la tenencia de bienes raíces sociales por más de 5 años si se trata de predios urbanos o más de 8 si el predio es rústico.

Esta limitación está contemplada en el artículo 1749 inciso 4º: "ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido"

La norma se refiere a bienes inmuebles sociales.

7. Constitución de avales u obligaciones accesorias para garantizar obligaciones de terceros.

Esta limitación la introdujo la ley N° 18.802, y está contenida en los incisos 5º y 6º del artículo 1749. Dicen estas normas: "Si el marido se constituye aval (debió haber dicho avalista), codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios" (inc. 5º); "En los casos a que se refiere el inciso anterior para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la mujer" (inc. 6º).

Sanción para el caso de que se omita la autorización de la mujer

El artículo 1749 requiere de la autorización de la mujer para que el marido pueda realizar una serie de actos o contratos. La sanción, cuando se omita tal autorización es, por regla general, la nulidad relativa, según lo señala el artículo 1757: "Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755, adolecerán de nulidad relativa...". Hacen excepción a esta regla las siguientes situaciones:

1. Cuando la mujer no autoriza el contrato de arrendamiento o aquel que cede la tenencia de un inmueble social por más de 5 años si es urbano o por más de 8 si es rústico. La sanción es la inoponibilidad de esos contratos más allá de los plazos máximos señalados. Así lo dice el artículo 1757, inciso 1º, segunda parte: "En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1749 y 1756".

2. Cuando el marido constituya cauciones para garantizar obligaciones de terceros. La sanción consiste en que sólo obliga sus bienes propios. No se obligan los bienes sociales (art. 1749, inc. 5º).

Administración de los bienes propios de la mujer

Dentro de la administración ordinaria de la sociedad conyugal, es necesario distinguir la administración de los bienes sociales y la administración de los bienes propios de la mujer.

De acuerdo al artículo 1749 "el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales **y los de su mujer**; sujeto empero, a las obligaciones y limitaciones que por el presente Título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales" (inc. 1º). En seguida, al reglamentar en el artículo 1754 la enajenación de los bienes propios de la mujer, se señala que "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis". Estas dos normas dejan perfectamente perfilada la idea de que es el marido quien administra los bienes propios de la mujer sin que ella tenga más facultades que autorizar a su marido en ciertos casos.

ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La administración extraordinaria ha sido definida como "la que ejerce la mujer como curadora del marido o de sus bienes por incapacidad o ausencia de éste, o un tercero en el mismo caso" (Alessandri).

Lo que tipifica la administración extraordinaria es que la ejerza un curador del marido o de sus bienes, que puede o no puede ser la mujer. Lo normal será que la curadora sea la mujer y por ello le corresponda la administración extraordinaria.

Casos en que tiene lugar la administración extraordinaria.

Tiene lugar cuando se le ha designado curador al marido lo que puede ocurrir por alguna de las siguientes razones:

1. Por ser menor de 18 años;
2. Por haber sido declarado en interdicción por demencia, prodigalidad o sordomudez (previo a ello tendrá que existir la resolución judicial que declare la interdicción); y
3. Por encontrarse ausente, en los términos del artículo 473.

La administración extraordinaria no requiere de decreto judicial que la confiera.

Cumplidos los requisitos recién señalados, y discernida la curatela, (el discernimiento supone que se ha rendido la fianza o caución y realizado el inventario solemne: art. 374), el curador asume la administración extraordinaria de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Casos en que la administración extraordinaria le corresponde a la mujer.

Ello ocurre cuando ha sido designada curadora de su marido, situación que puede darse

respecto del marido:

1. Demente (artículos 462 N° 1, 463 y 1758);
2. Sordomudo (art. 470 en relación con artículos 462 N° 1, 463 y 1758);
3. Menor de edad, desde que ninguna norma incapacita a la mujer para ser curadora de su marido en este caso; y
4. Ausente (artículo 475, en relación con artículos 83, 462 N° 1, 463 y 1758).

Casos en que la administración extraordinaria corresponde a un tercero.

La administración extraordinaria va a corresponder a un tercero, cuando sea designado curador del marido, lo que puede ocurrir en alguno de los siguientes supuestos:

1. En el caso de incapacidad o excusa de la mujer para servir ella el cargo de curadora de su marido (art. 1758 inciso 2°);
2. Cuando el marido está declarado en interdicción por disipación, pues ningún cónyuge puede ser curador del otro declarado disipador (art. 450).

Derecho de la mujer que no quiere asumir la administración extraordinaria.

Si la mujer no desee o no pudiere asumir la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ella va a corresponder a un tercero: al curador que se designe al marido. La ley ha supuesto que ello pueda incomodar a la mujer desde que será este tercero, como administrador de la sociedad conyugal, el que administrará incluso los bienes propios de la mujer. Por ello, el artículo 1762, la faculta para pedir en este caso, la separación judicial de bienes.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal, se disuelve por las causales contempladas en el artículo 1764. Las causales son taxativas; no pueden las partes establecer otras:

1. Por la muerte natural de uno de los cónyuges;
2. Por el decreto que concede la posesión provisoria o definitiva de los bienes del cónyuge desaparecido;
3. Por la sentencia de separación judicial;
4. Por la sentencia de separación de bienes;
5. Por la declaración de nulidad del matrimonio;
6. Por la sentencia que declara el divorcio;
7. Por el pacto de participación en los gananciales; y
8. Por el pacto de separación total de bienes.

Efectos de la disolución de la sociedad conyugal

Disuelta la sociedad conyugal, se producen los siguientes efectos:

1. Se genera entre los cónyuges o, en su caso, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, un estado de indivisión;
2. Queda fijado irrevocablemente el activo y el pasivo social;
3. Cesa el derecho de goce que la sociedad tenía sobre los bienes de los cónyuges;
4. Deberá procederse a la liquidación de la sociedad conyugal; y
5. La mujer que no hubiere renunciado a los gananciales en las capitulaciones matrimoniales, puede hacerlo ahora.

Se genera una comunidad entre los cónyuges o, en su caso, entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido.

La sociedad conyugal no constituye una comunidad, entre otras razones, porque la comunidad se viene a producir al momento de su disolución. Y en efecto así es, extinguida la sociedad conyugal, se forma una comunidad entre los cónyuges o, si la sociedad se ha disuelto por muerte de uno de ellos, entre el sobreviviente y los herederos del difunto. Es una comunidad a título universal, pues recae sobre un patrimonio, con un activo y un pasivo. En el activo se contienen todos los bienes que eran sociales incluyendo los bienes reservados, los frutos de las cosas que administraba la mujer de acuerdo a los artículos 166 y 167 y lo que hubiere adquirido con esos frutos; y en el pasivo, todas las deudas sociales, incluidas las deudas contraídas por la mujer en su patrimonio reservado. Sin embargo, si la mujer renuncia a los gananciales, el activo y el pasivo de su patrimonio reservado no ingresa a la comunidad (art. 150 inciso 7º).

El marido mientras estuvo vigente la sociedad conyugal administró, con amplios poderes, los bienes sociales. Pero producida la disolución, esta situación cambia, pues al generarse una comunidad, los bienes que la integran son administrados por todos los comuneros, de acuerdo a lo establecido en los artículos 2305 y 2081. De aquí el adagio tan conocido que el marido vive como dueño y muere como socio.

Fijación del activo y pasivo sociales.

Disuelta la sociedad conyugal queda definitivamente fijado el activo y el pasivo social.

El activo queda integrado por todos los bienes que eran sociales al momento de producirse la disolución. De consiguiente, los bienes que cualquiera de los cónyuges pueda adquirir con posterioridad, no integran la comunidad sino que pertenecen al que lo adquirió.

Disuelta la sociedad conyugal, debe procederse a su liquidación.

La ley no obliga a la inmediata liquidación; se puede permanecer en la indivisión todo el tiempo que se desee, sin perjuicio del derecho que asiste a cada comunero para pedir la partición en cualquier tiempo, de acuerdo al artículo 1317. Sin embargo, lo recomendable es liquidar en el menor tiempo posible, con el objeto de evitar confusiones de carácter patrimonial.

RENUNCIA DE LOS GANANCIALES

El artículo 1719, en su inciso 1º, establece que "La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad". Y el artículo 1781 agrega que "Disuelta la sociedad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieron derecho...".

Esta renuncia es un beneficio que la ley da a la mujer (o a sus herederos) que consiste en que verificada esta renuncia, la mujer no responde de las deudas sociales, que sólo podrán ser exigidas y en su integridad al marido, sin derecho de reintegro. Constituye un importante medio de protección que la ley otorga a la mujer para defenderla de la mala administración del marido.

LOS BIENES RESERVADOS DE LA MUJER CASADA

Son bienes reservados de la mujer los que ella adquiere con su trabajo separado de su marido, lo que adquiere con ellos y los frutos de unos y otros. Están tratados en el artículo 150.

Características de los bienes reservados

1. Forman un patrimonio especial, con activo y pasivo propios;
2. Constituyen un régimen especial de administrar un conjunto de bienes sociales. El hecho de que los administre la mujer no le quita el carácter de sociales. Son sociales porque provienen del trabajo de uno de los cónyuges (art. 1725 N° 1). Y la mayor prueba de que lo son está en que a la disolución de la sociedad conyugal ingresan a la masa de gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales;
3. Constituyen una protección que la ley otorga a la mujer que trabaja. Luego son privativos de la mujer;
4. Esta institución opera de pleno derecho por la sola circunstancia de que los cónyuges se casen en régimen de sociedad conyugal y de que la mujer tenga un trabajo separado del marido, es decir, no se requiere resolución judicial alguna;
5. Es una institución de orden público. Por ello la regulación la hace la ley, sin que las partes puedan modificarla. El artículo 150 inciso 2º, emplea la expresión "no obstante cualquier estipulación en contrario". Por la misma razón, la mujer no podría en las capitulaciones matrimoniales renunciar a tener un patrimonio reservado (art. 1717).

Requisitos de los bienes reservados

El artículo 150 inciso 2º establece que: "La mujer casada, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario...". De aquí se desprende que los requisitos para que nos encontremos frente a esta institución de los bienes reservados, son los siguientes:

1. Trabajo de la mujer;
2. Que el trabajo sea remunerado;
3. Que se desarrolle durante la vigencia de la sociedad conyugal; y
4. Que se trate de un trabajo separado del marido.

1. Trabajo de la mujer.

La única fuente de los bienes reservados es el trabajo de la mujer. Los bienes que la mujer adquiera por otro medio, herencia por ejemplo, no ingresa a este patrimonio, quedando sometidos al derecho común.

2. Trabajo remunerado.

Este requisito es lógico, por cuanto, el artículo 150 inciso 2º, la considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria "**y de lo que en ellos obtenga**". Luego, su trabajo separado tiene que producirle bienes, tiene que ser remunerado. Las labores domésticas que haga en el hogar o los servicios de beneficencia que realice, no van a generar bienes reservados. Cualquier trabajo remunerado, permanente, accidental, industrial, agrícola, comercial, profesional, lícito o ilícito, público o privado, es fuente de bienes reservados.

3. El trabajo tiene que desarrollarse durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Por esta razón si la mujer trabaja de soltera y adquiere bienes, estos bienes no

formarán parte de sus bienes reservados, sino que seguirán la suerte que les corresponda de acuerdo al derecho común. Así, por ejemplo, si de soltera compró un inmueble, éste será bien propio; en cambio, si tiene un automóvil o acciones de un banco, tales bienes ingresarán al activo relativo de la sociedad conyugal (art. 1725 N° 4).

Para determinar si un bien es reservado hay que estarse al momento en que se prestó el servicio. Así si la mujer de soltera realizó un trabajo, y se lo pagaron cuando ya estaba casada, ese pago no ingresa a los bienes reservados. Y a la inversa, si de casada realizó un trabajo que le es pagado cuando ya la sociedad está disuelta, tal bien es reservado.

Es corriente, que la mujer trabaje algunos años después de casada y en seguida jubile o se retire a las labores propias de su hogar. Ello, sin embargo, no hace que desaparezca el patrimonio reservado. Así lo demuestra el inciso 4° del artículo 150, parte final, que habla de "que ejerce **o ha ejercido** un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido".

4. Trabajo separado de su marido.

De la historia fidedigna del establecimiento de la ley -dice Alessandri- se desprende que "hay trabajo separado de la mujer y del marido siempre que no trabajen en colaboración, aunque reciban una remuneración común. Y explica que en el Senado, a indicación de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se sustituyó la palabra "distintos", que figuraba en el proyecto de la Cámara de Diputados, por "separados", a fin de expresar mejor la idea manifestada en el primer informe de esa Comisión, según la cual por trabajo separado de la mujer "debe entenderse no solamente aquél que se desempeña por la mujer en una repartición, industria o negocio diverso, sino, también, el que ésta sirva en el mismo negocio, industria o repartición en que trabaje el marido, **siempre que, en este último caso, no haya entre ambos una relación directa, personal y privada de colaboración y ayuda solamente,** sino una efectiva o independiente contratación de servicios con un determinado empleador o patrón, ya sea éste el propio marido o un extraño".

En definitiva, este es un requisito complejo que tendrá que ser ponderado en cada caso por los tribunales.

Activo de los bienes reservados

Los bienes reservados constituyen un patrimonio especial, por lo que, como ocurre en todo patrimonio, nos encontramos con un activo y un pasivo.

Integran el activo de este patrimonio, los siguientes bienes:

1. Bienes provenientes del trabajo de la mujer.
Todas las remuneraciones obtenidas por la mujer en su trabajo separado, ingresan a los bienes reservados. Quedan incluidos los sueldos, honorarios desahucios, indemnizaciones por accidentes del trabajo, pensiones de jubilación, las utilidades que ella obtenga en la explotación de un negocio cualquiera.
2. Bienes que adquiere con el producto de su trabajo.
Lo que la mujer adquiere con el producto de su trabajo, también pasa a formar parte del patrimonio reservado.
Así por ejemplo, si con su trabajo, la mujer compra un departamento, ese departamento es un bien reservado.
3. Frutos del producto del trabajo o de los bienes adquiridos con ese producto.
Los frutos que obtenga la mujer de sus bienes reservados constituyen también un bien

reservado. Ejemplo: si los dineros provenientes de su trabajo, los presta a interés. Este interés es un bien reservado. Lo mismo las rentas de arrendamiento de un bien reservado.

Pasivo de los bienes reservados

Hablar del pasivo de los bienes reservados es lo mismo que decir qué deudas se pueden hacer efectivas en este patrimonio: art. 150 inciso 5º; 137 inciso 1º, etc.

El marido no puede oponerse a que la mujer trabaje.

Con la modificación que la ley N° 18.802 introdujo al artículo 150, desapareció la facultad del marido de oponerse a que su mujer pudiera dedicarse al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria.

El inciso 1º del artículo 150, pasó a tener el siguiente tenor: "La mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria". Así, el derecho de la mujer a ejercer una actividad separada de su marido pasó a ser un derecho absoluto.

Administración de los bienes reservados.

La administración de los bienes reservados la ejerce la mujer con amplias facultades. La ley la considera para estos efectos como separada de bienes. Así lo establece el artículo 150, inciso 2º: "La mujer casada, que desempeñe algún empleo o ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga...".

La limitación se contiene en la segunda parte del inciso: "pero si fuere menor de dieciocho años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces". En esta parte la ley es absolutamente lógica. Sería absurdo que por el hecho de estar casada la mujer tuviera una capacidad mayor que si fuere soltera (el art. 254 le exige autorización judicial en este caso).

Con la ley N° 19.935, del año 1994, se ha generado la posibilidad de que algunos bienes del patrimonio reservado de la mujer, sean declarados "bienes familiares", caso en que ya no podrá la mujer enajenarlos ni gravarlos voluntariamente, ni prometerlos gravar o enajenar, sin la autorización de su marido o de la justicia en subsidio (arts. 141, 142 y 144).

Prueba de los bienes reservados.

Este es un aspecto de la mayor trascendencia.

Por ser los bienes reservados una institución excepcional, quien alegue la existencia de ese patrimonio y que se actuó dentro de él o que un determinado bien es reservado deberá probarlo. La prueba puede referirse a dos aspectos:

1. Existencia del patrimonio reservado y que se actuó dentro de ese patrimonio;
2. Que un bien determinado es parte de ese patrimonio.

1. Prueba de la existencia del patrimonio reservado y de que se actuó dentro del mismo.

Esta prueba corresponde a quien alega estas circunstancias.

Puede interesar esta prueba tanto a la mujer, como al marido, como a los terceros que

contrataron con ella. A la mujer, porque si demanda, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato celebrado dentro de tal administración, tendrá que probarlo pues, en caso contrario, sería el marido como administrador de la sociedad conyugal, quien debería accionar; al marido, si un tercero lo demanda por una obligación contraída por la mujer, para excepcionarse alegando que tal deuda la contrajo la mujer dentro de su patrimonio reservado por lo que no se pueden dirigir en su contra; y, finalmente, los terceros que contrataron con la mujer tienen un interés evidente en poder probar que la mujer actuó dentro del patrimonio reservado cuando pretendan hacer efectivos sus créditos en bienes de ese patrimonio.

Ver Presunción de derecho del inciso 4º del art. 150.

2. Prueba de que un determinado bien es parte del patrimonio reservado.

Esta situación, está tratada en el artículo 150 inciso 3º: "Incumbe a la mujer acreditar, tanto respecto del marido como de terceros, el origen y dominio de los bienes adquiridos en conformidad a este artículo. Para este efecto podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos por la ley".

A la mujer puede interesar esta prueba, tanto respecto de su marido, como de terceros. Respecto del marido, por ejemplo, si la mujer renuncia a los gananciales y pretende quedarse con el bien. Y le interesará probar, respecto de un tercero, el carácter de reservado de un determinado bien, cuando el tercero pretenda hacer efectivo en él una deuda social.

Si bien el inciso 3º establece que la mujer podrá servirse de todos los medios de prueba establecidos en la ley, se ha entendido que no puede valerse de la confesión, atendido lo dicho en el inciso 2º del artículo 1739: "ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento".

Suerte de los bienes reservados a la disolución de la sociedad conyugal.

Para determinar la suerte que siguen los bienes reservados a la disolución de la sociedad conyugal, es necesario hacer una distinción:

1. Si la mujer o sus herederos aceptaron los gananciales; o
2. Si la mujer o sus herederos renunciaron a tales gananciales.

1. La mujer o sus herederos, aceptan los gananciales.

En este caso los bienes reservados entran a formar parte de dichos gananciales, y se repartirán de acuerdo a las reglas de la liquidación de la sociedad conyugal. Los terceros acreedores del marido o de la sociedad, podrán hacer efectivos sus créditos en esos bienes por pasar a formar parte de la masa partible.

Beneficio de emolumento en favor del marido.

Si la mujer o sus herederos aceptan los gananciales el artículo 150 contiene un verdadero beneficio de emolumento en favor del marido al establecer que sólo responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes (reservados) que existan al disolverse la sociedad. Pero para ello deberá probar el exceso de contribución que se le exige con arreglo al artículo 1777 (art. 150 inciso final).

Este beneficio de emolumento lo puede oponer el marido tanto a los terceros, cuando lo

demanden por deudas que exceden el valor de la mitad de los bienes reservados con que se ha beneficiado; como a la mujer, cuando ésta pagare una deuda contraída en ese patrimonio y pretenda que el marido le reintegre la mitad de lo pagado, podría éste defenderse alegando que lo que se le está pidiendo reembolsar excede al beneficio que él obtuvo con los bienes reservados.

2. La mujer o sus herederos renuncian a los gananciales.

En este supuesto, se producen las siguientes consecuencias:

- a) Los bienes reservados no entran a los gananciales. La mujer o sus herederos se hacen definitivamente dueños de los mismos. (Ramos estima que si se trata de bienes raíces, que la mujer adquirió en este patrimonio y están inscritos a su nombre, es importante que la renuncia se haga por escritura pública y se anote al margen de la inscripción de dominio. De esa forma, los terceros tendrán conocimiento de que la mujer o sus herederos tienen el dominio definitivo de tal bien).
- b) El marido no responde por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada (art. 150 inciso 7º).

SEPARACIÓN DE BIENES

“Separación de bienes es la que se efectúa sin separación judicial, en virtud de decreto de tribunal competente, por disposición de la ley o por convención de las partes” (art. 152).

El régimen de separación de bienes se caracteriza porque cada cónyuge tiene su propio patrimonio que administra con absoluta libertad.

Efectos

1. Los cónyuges separados de bienes administran, con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio y los que adquieren durante éste, a cualquier título (art. 159).

Si los cónyuges se separaren de bienes durante el matrimonio, la administración separada comprende los bienes obtenidos como producto de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos.

“Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del Título VI del Libro Primero de este Código” (inc. 2º). La referencia a este párrafo 2 del Título VI, se entiende hecha a los bienes familiares, con lo que se quiere señalar que los bienes que resulten de la separación pueden ser declarados bienes familiares.

2. En el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común a proporción de sus facultades (arts. 160 y 134).

El juez en caso necesario reglará la contribución.

3. Los acreedores de la mujer sólo podrán dirigirse sobre sus bienes, respondiendo el marido únicamente en los siguientes casos:

- Cuando se ha obligado como codeudor conjunto, solidario o subsidiario de la mujer (cuando el art. 161, inc. 2º, dice “o de otro modo”, se está refiriendo a que el marido se obliga conjunta o solidariamente), y

- Cuando las obligaciones de la mujer cedieron en beneficio exclusivo del marido o de la familia común, en la parte que de derecho él haya debido proveer a las necesidades de ésta (art. 161).

4. Los acreedores del marido sólo podrán dirigirse sobre los bienes de éste y no sobre los de la mujer, salvo que se haya producido alguna de las situaciones de excepción recién indicadas (deuda conjunta, solidaria o subsidiaria o beneficio exclusivo de la mujer o familia común).

A esto se refiere el art. 161, inc. 4º, cuando dice: *“Rigen iguales disposiciones para la mujer separada de bienes respecto de las obligaciones que contraiga el marido”*.

5. Si la mujer separada de bienes confiere al marido la administración de alguna parte de los suyos, será obligado el marido a la mujer como simple mandatario (art. 162).

6. Al marido y a la mujer separados de bienes se dará curador para la administración de los suyos en todos los casos en que siendo solteros necesitarían de curador para administrarlos (art. 163). Ver art. 503.

7. La separación de bienes es irrevocable.

Al respecto dice el art. 165: *“La separación de bienes efectuada en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley es irrevocable y no podrá quedar sin efecto por acuerdo de los cónyuges ni por resolución judicial.*

Tratándose de separación convencional, y además en el caso del artículo 40 de la Ley de Matrimonio Civil (reanudación de la vida en común luego de decretada la separación judicial de los cónyuges), los cónyuges podrán pactar por una sola vez el régimen de participación en los gananciales, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723”.

Clases de separación de bienes

1. Atendiendo a su fuente: legal, judicial y convencional. Así se desprende del art. 152;
2. Atendiendo a su extensión: total y parcial.

La separación legal puede ser total o parcial; lo mismo la convencional. En cambio, la separación judicial es siempre total.

PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES

Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.335, 24 de diciembre de 1994, sólo podían darse en Chile dos regímenes matrimoniales: sociedad conyugal o separación total de bienes. Esta ley incorporó una tercera posibilidad: que los esposos o cónyuges puedan convenir el régimen de participación en los gananciales.

El régimen de participación en los gananciales constituye una fórmula ecléctica entre el de sociedad conyugal y el de separación de bienes, que concilia dos aspectos fundamentales del matrimonio, la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial con el respeto a la personalidad individual de cada cónyuge.

El D.F.L. N° 2 del 25 de septiembre de 1995, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1996, fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, incorporando a este Código un título nuevo -Título XXII A- destinado a regular este régimen, lo que hace en los artículos 1792-1 al 1792-27.

En qué momento se puede convenir este régimen

Se puede establecer en tres oportunidades:

1. Capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio (art. 1792-1, inc. 1°),
2. En las capitulaciones que se celebren al momento del matrimonio (art. 1715, inc. 2°), y
3. Durante la vigencia del matrimonio, por el artículo 1723 (art. 1792-1, inc. 2°).

Características del sistema chileno

Las principales características del sistema chileno son las siguientes:

1. Es un régimen económico matrimonial de carácter legal o regulación predeterminada: sus normas están establecidas por la ley, y no pueden ser alteradas por la voluntad de los cónyuges.
2. Se trata de un régimen alternativo a la sociedad conyugal y a la separación total de bienes.
3. Régimen convencional pues requiere pacto expreso de ambos cónyuges.
4. Mutabilidad prevista por la ley (arts. 1792-1, inc. 2°, parte final y 1792-27, N° 6).
5. Régimen de participación restringida de ganancias y adquisiciones: por regla general, sólo son considerados como gananciales los bienes muebles o inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio.
6. Modalidad crediticia: al finalizar no se forma una comunidad de bienes, sino que la participación se traduce en el nacimiento de un crédito que compensa e iguala los beneficios.

Funcionamiento durante la vigencia del régimen

Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge es dueño de sus bienes, que administra con libertad, sujeto, empero, a las siguientes limitaciones:

- a) Ninguno de ellos podrá otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge (art. 1792-3).
 - Se trata de cauciones personales: fianza, aval, solidaridad pasiva, cláusula penal, etc. (art. 43), y no es aplicable la limitación a las cauciones reales.
 - La obligación caucionada debe ser necesariamente de un tercero y no propia del cónyuge caucionante.
 - El “otorgamiento de cauciones”, supone excluir la autorización del otro cónyuge para la realización de actos jurídicos que indirecta y eventualmente pueden dar lugar a una responsabilidad solidaria (v. gr. la celebración de una sociedad colectiva comercial o el endoso en dominio de una letra de cambio o pagaré).
 - El consentimiento del otro cónyuge debe prestarse conforme a las reglas que se establecen para la autorización de los actos sobre bienes familiares (arts. 142, inc. 2° y 144).
- Los actos ejecutados en contravención a lo dispuesto adolecerán de nulidad relativa. Y en este caso “el cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde el día en que el cónyuge que la alega tuvo *conocimiento del acto*” (norma que modifica los principios generales contenidos en el Código Civil), pero no podrá perseguirse la rescisión pasados diez años desde

la celebración del acto o contrato (art. 1792-4). Su titular es el cónyuge llamado a consentir en la caución, sus herederos o cesionarios (art. 1684). La suspensión y el saneamiento se rige por las reglas generales (arts. 1692 y 1693).

b) Si un bien es declarado “bien familiar”, el cónyuge propietario no podrá enajenarlo ni gravarlo voluntariamente ni prometer gravarlo o enajenarlo, sin la autorización del otro cónyuge, o del juez si la negativa de aquél no se funda en el interés de la familia o se encuentra imposibilitado de dar dicha autorización (arts. 142 y 144).

Funcionamiento del sistema a la extinción del régimen

Para estudiar esta materia es necesario precisar los siguientes conceptos: a) Gananciales; b) Patrimonio originario, y c) Patrimonio final.

Gananciales

En conformidad al artículo 1792-6, “se entiende por *gananciales* la diferencia del valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge”. La comparación ha de hacerse en “**valor neto**”, es decir, se deben descontar los pasivos constituidos por deudas. Por ello, para calcular los gananciales es necesario realizar una operación contable que indique la diferencia entre el patrimonio originario y el patrimonio final.

Patrimonio originario

“Se entiende por *patrimonio originario* de cada cónyuge el existente al momento de optar por el régimen que establece este Título...” (art. 1792-6, inc. 2º).

Si la participación se ha convenido en capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio, el patrimonio originario será aquel que exista a la fecha del matrimonio (art. 1716).

El patrimonio originario se determinará aplicando las reglas de los artículos 1792-7 y siguientes.

Prueba del patrimonio originario. Obligación de practicar inventario

El artículo 1792-11 establece que “*Los cónyuges o esposos, al momento de pactar este régimen, deberán efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario*”. Corral señala que aunque la ley no lo dispone debemos entender que cada inventario será suscrito por ambos cónyuges, como también que puede tratarse de un solo instrumento para ambos.

La falta de inventario no produce nulidad del régimen. El inciso 2º señala que “*a falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito*”, y el inciso final agrega: “*Con todo, serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que, atendidas las circunstancias, el esposo o cónyuge no estuvo en situación de procurarse un instrumento*”.

Valorización del activo originario

Interesa destacar dos aspectos:

- a) Forma como se valorizan los bienes, y
- b) Quién practica la valoración.

Respecto al primer punto, el artículo 1792-13, inciso 1°, expresa que *“Los bienes que componen el activo originario se valoran según su estado al momento de la entrada en vigencia del régimen de bienes o de su adquisición. Por consiguiente su precio al momento de la incorporación en el patrimonio será prudencialmente actualizado a la fecha de la terminación del régimen”*.

En cuanto al segundo aspecto, el inciso 2° establece que *“la valoración podrá ser hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez”*.

El inciso final del artículo 1792-13 agrega que *“las reglas anteriores rigen también para la valoración del pasivo”*. Ello quiere decir que tanto el activo como el pasivo del patrimonio originario deben reajustarse, al término del régimen, a los valores que corresponda.

Patrimonio final

Según el art. 1792-6, inc. 2°, se entiende por patrimonio final *“el que exista al término de dicho régimen”*. Para calcularlo se deben practicar las operaciones señaladas en el artículo.

Inventario valorado de los bienes que integran el patrimonio final

El artículo 1792-16 establece que *“dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de participación en los gananciales, cada cónyuge estará obligado a proporcionar un inventario valorado de los bienes y las obligaciones que comprenda su patrimonio final. El juez podrá ampliar este plazo por una sola vez y hasta por igual término”*.

Este inventario será, normalmente, simple, y si está firmado por el cónyuge declarante, hará prueba en favor del otro cónyuge para determinar su patrimonio final. Sin embargo, este último *“podrá objetar el inventario, alegando que no es fidedigno, caso en que podrá usar todos los medios de prueba para demostrar su composición o el valor efectivo del patrimonio del otro cónyuge”* (art. 1792-16, inc. 2°).

Finalmente, el artículo 1792-16 prescribe que *“cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la facción de inventario en conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Civil y requerir las medidas precautorias que procedan”*.

Avaluación del activo y pasivo del patrimonio final.

El artículo 1792-17 prescribe: *“Los bienes que componen el activo final se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes”* (inc. 1°). Las mismas reglas se aplican para la valoración del pasivo (art. 1792-17, inc. final).

La valoración del activo y pasivo será hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos. En subsidio, por el juez (art. 1792-17, inc. 3°).

Sanción al cónyuge que oculta o distrae bienes o simula obligaciones

En conformidad al artículo 1792-18, *“Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, 1) oculta o 2) distrae bienes o 3) simula obligaciones, se sumarán a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o de éstas”*.

Al sumarse al patrimonio final el doble del valor de los bienes ocultados o distraídos o de las obligaciones simuladas, este patrimonio final aumentará y, con ello los gananciales, lo que hará mayor el crédito de participación en favor del otro cónyuge.

Esta norma es similar a la establecida para la sociedad conyugal por el art. 1768.

Del crédito de participación en los gananciales

La ley no ha definido lo que entiende por crédito de participación en los gananciales. Para Ramos, es el que la ley otorga al cónyuge que a la expiración del régimen de participación en los gananciales, ha obtenido gananciales por monto inferior a los del otro cónyuge, con el objeto de que este último, le pague, en dinero efectivo, a título de participación, la mitad del exceso.

Características del crédito de participación

1. Se origina al término del régimen de bienes.
2. Es una obligación que tiene como fuente la ley (art. 1437).
3. Durante la vigencia del régimen, es eventual. Artículo 1792-20, inciso 2°.
4. Es intransferible e irrenunciable.
5. Es puro y simple (art. 1792-21, inc. 1°).
6. Se paga en dinero (art. 1792-21, inc. 1°, parte final).

Extinción del régimen de participación en los gananciales

El artículo 1792-27 prescribe que “el régimen de participación en los gananciales termina:

- 1) Por la muerte de uno de los cónyuges.
- 2) Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges según lo prevenido en el Título II, “Del principio y fin de la existencia de las personas”, del Libro I del Código Civil.
- 3) Por la declaración de nulidad de matrimonio o sentencia de divorcio.
- 4) Por la separación judicial de los cónyuges.
- 5) Por la sentencia que declare la separación de bienes.
- 6) Por el pacto de separación de bienes”.

El crédito de participación se encuentra exento del pago de impuesto a la renta

El artículo 17 N° 30 de la Ley de Impuesto a la Renta establece que no constituyen rentas: *“la parte de los gananciales que uno de los cónyuges, sus herederos, o cesionarios, perciba del otro cónyuge, sus herederos o cesionarios, como consecuencia del término del régimen patrimonial de participación en los gananciales”.*