

Matrimonio y acuerdo de unión civil: análisis de la “nueva familia chilena” y próximos desafíos legislativos

Marriage and civil union: analysis of the “new chilean family” and next legislative challenges

Lisette PALAVECINO PARRAGUEZ*

RESUMEN: No es un misterio: en Chile, las nuevas generaciones buscan proyectos de vida motivados en el perfeccionamiento profesional y recreación, desplazando al matrimonio y la formación de una familia bajo los estrictos términos del Código Civil. La tendencia fue incrementada por los múltiples cambios sociales, introduciendo nuevas discusiones y figuras legales, como la unión civil y la búsqueda de un matrimonio igualitario.

PALABRAS CLAVE: matrimonio; unión civil; divorcio; matrimonio igualitario; compensación económica.

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante cátedra Clínica de Derecho de Familia, dependiente del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Contacto: <lpalavecino@ug.uchile.cl>. Fecha de recepción: 24/05/2018. Fecha de aprobación: 03/09/2018.

ABSTRACT: It's not a mystery. In Chile, new generations seek life projects motivated by professional improvement and recreation, displacing marriage and the formation of a family under the strict terms of the Civil Code. The tendency was increased by the multiple social changes, introducing new discussions and legal figures, such as civil union and the search for an equal marriage.

KEYWORDS: marriage; civil union; divorce; equal marriage; economic compensation.

I. INTRODUCCIÓN

Si hablamos de uniones reconocidas legalmente, el matrimonio civil es la figura más antigua y de mayor utilización pese a que en la población se percibe una caída, pasando “de ocho matrimonios por cada mil habitantes en 1980 (7,7) a menos de cuatro en 2011 (3,8).”¹ Las razones de esta percepción son múltiples –i.e., motivos profesionales, laborales, mayor entretenimiento, temor a sufrir un quiebre matrimonial que hace optar por la convivencia de hecho, entre otras–.

Es por lo anterior que expondré la gestación del vínculo matrimonial y también sus vías de terminación, presentes en el artículo 42 de la Ley N° 19.947, régimen que manifiesta la intención del legislador por adaptarse a las nuevas circunstancias vividas por las personas. Lo trataré desde un punto de vista práctico –a propósito de mi paso por la Corporación de Asistencia Judicial², entidad pública en que el divorcio es el método más consultado–.

A su vez, es necesario señalar que en 2015 el legislador introdujo la figura del Acuerdo de Unión Civil (AUC), contrato celebrado entre dos personas –de igual o distinto sexo– que regula aspectos jurídicos de su vida en común. Este acto jurídico acerca la formalidad vincular a personas impedidas de celebrar un matrimonio válido, como las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

A pesar del avance, esta figura resulta ser insuficiente para lograr una plena manifestación del principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República) en materia familiar. Por ello, finalizaré comentando uno de los más

¹ “Edad para casarse llega a cifra récord: ellos lo están haciendo a los 35 años y mujeres a los 32” Disponible en: <<http://www2.latercera.com/noticia/edad-para-casarse-llega-a-cifra-record-ellos-lo-estan-haciendo-a-los-35-anos-y-mujeres-a-los-32/>> (13 abril 2018)

² Realizar la práctica profesional en estos centros es requisito para obtener el Título de Abogado/a en Chile (art. 523 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales).

recientes desafíos impuestos por nuestro legislador: en agosto del año 2017, la expresidenta de la República daba el puntapié inicial a la tramitación del Proyecto de Ley que consagra el Matrimonio Igualitario, justificando que: “Negar la igualdad de derechos y libertades para todas las personas, cualquiera sea su sexo, su raza, nacionalidad, su orientación sexual o su identidad de género, es mucho más que anacrónico: es derechamente inexcusable...”.³ Este Proyecto reconoce un arduo trabajo legislativo, traducido en la modificación de un conjunto de disposiciones vigentes. Una de ellas es el artículo 102 del Código Civil, norma que define el matrimonio en términos alejados de la realidad del siglo XXI.

II. PRIMERA PARTE: MATRIMONIO

La regulación del Código Civil chileno es brevísima.⁴ Esto se explica porque en 1855 –época de publicación⁵–, el matrimonio, una figura religiosa, requirió que todos sus requisitos y caracteres fueran entregados a la Iglesia Católica⁶. Así, el artículo 102 se limita a definir matrimonio como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y

³ “Cambio a ley de matrimonio contempla sacar el concepto de ‘marido y mujer’]. Disponible en: <<http://www.lahora.cl/2017/08/cambio-ley-matrimonio-contempla-sacar-concepto-marido-mujer/>> (30 marzo 2018).

⁴ Arts. 102 a 116. Se destaca el art. 103 que permite celebrar por mandatarios. El mandato (arts. 2116 y ss., del Código Civil) es un contrato consensual. Excepcionalmente puede ser solemne, lo que ocurre en el matrimonio cumpliendo requisitos adicionales, *i.e.*, constar en escritura pública e individualizar a los contrayentes y mandatario.

⁵ Excepción llamada “vacancia legal” (publicado en 1855, vigente desde 1º de enero de 1857). Generalmente, la ley rige desde su publicación en el Diario Oficial.

⁶ Uno de los clásicos principios del Derecho de Familia caracterizaba al matrimonio como religioso e indisoluble. Con el transcurso del tiempo y la ratificación de tratados internacionales estos principios rectores fueron modificados.

por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente”. Cabe señalar que los elementos que conforman esta disposición la hicieron merecedora de diversas “críticas al menos en una de sus expresiones.”⁷ Afortunadamente, todos los cuestionamientos fueron solucionados por la doctrina:

Respecto a la acepción “contrato solemne”, un sector de la doctrina –Larraín lo califica como minoritario– señala que, efectivamente, como define la ley, se trata de un contrato, pues la autonomía de la voluntad de los contrayentes juega un rol trascendental, “de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho.”⁸ Este principio rector de la contratación y del Código Civil en general se observa en la exigencia de un acuerdo de voluntades entre contrayentes para recibirse como cónyuges, además de una solemnidad: la presencia de un tercero llamado “Oficial del Registro Civil”.

Otra postura identifica que el matrimonio es un acto del Estado, pues la participación del Oficial del Registro Civil es un requisito de existencia y, frente a su inobservancia, la sanción es la ausencia de vínculo. Otro grupo lo identifica como una institución, argumentando que la autonomía de la voluntad se limita a la decisión de los contrayentes a celebrar o no este acto jurídico, pero sus efectos son entregados a la decisión del legislador:

Cada contrayente realiza un acto de adhesión a la institución del matrimonio, acto que viene a generar el funcionamiento de dicha institución. A eso se limita la voluntad de los contrayentes: a manifestar su adhesión al matrimonio en unión con una persona determinada. Toda la legislación positiva sobre el matrimonio es

⁷ SALINAS ARANEDA, Carlos, “El concepto de matrimonio en el Código Civil de Chile: una lectura canónica”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 19, 1998, p. 59.

⁸ LARRAÍN RÍOS, Hernán, “Matrimonio, ¿contrato o institución?”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, núm. 9, vol. 1, diciembre 1998, pp. 153-160. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000200007&scrypt=sci_arttext&tlng=es> (30 marzo 2018).

una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución.⁹

La disposición en estudio también es objeto de crítica cuando menciona a los contrayentes. El profesor Ramos explicó que el legislador advierte que “los que se unen son UN hombre y UNA mujer, en singular, con lo que se está descartando la poligamia y la poliandria.”¹⁰ Además, se excluyen los vínculos celebrados entre personas del mismo sexo, “cualquiera sea el reconocimiento que ostenten ante un derecho extranjero.”¹¹ Es por esto que durante el segundo semestre de 2017 se inició la tramitación del Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario que busca acercar el vínculo matrimonial a personas del mismo sexo. Para lograr ese propósito, la tarea del legislador es compleja; debe modificar un sin número de disposiciones legales vigentes, entre ellas, el artículo 102 en análisis sustituyendo la frase “entre un hombre y una mujer” por “dos personas” y, en consecuencia, suprimir un requisito de existencia.¹²

Lo mencionado permite observar que el legislador se mantiene en constante búsqueda de modernización de las instituciones legales vigentes, por ende, la referencia a la “indisolubilidad del vínculo matrimonial” merece comentarios. Previamente señalamos que el matrimonio era una figura religiosa. Esto cambió en

⁹ *Idem.*

¹⁰ RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, t I., 6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 31.

¹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Sentido y alcance de la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la Ley 19.947, de 2004”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, núm. 26, vol. 1, abril 2009, p. 71.

¹² Todo acto jurídico se compone de requisitos de existencia y de validez. En el matrimonio, los requisitos de existencia son: a) diversidad de sexo; b) consentimiento, y c) presencia de Oficial Civil. Por su parte, los requisitos de validez son: a) consentimiento libre y espontáneo; b) capacidad y ausencia de impedimentos dirimentes, y c) presencia de testigos hábiles.

1884, con el advenimiento de la primera Ley de Matrimonio Civil –una de las “leyes laicas” que “vino a reemplazar la hasta entonces normativa canónica que era aplicable en materia civil...”¹³ – que introdujo la posibilidad de contraer el vínculo entre personas que no profesan la religión católica, además de causales para su término, como la muerte y declaración de nulidad. En 2004, una nueva ley –Nº 19.947– suma la posibilidad de obtener el término del matrimonio mediante el divorcio vincular. La inclusión de esta última figura no fue ajena a controversia durante el proceso de formación de la ley; un sector sostenía la necesidad de modificar el tenor literal del artículo 102, idea que no prosperó porque se decidió mantener la redacción clásica del Código Civil, concluyendo que, por regla general, las personas contraen matrimonio con la ilusión de mantenerse unidas por el resto de sus vidas. Así expone Corral, aludiendo que el Proyecto:

(...) no contemplaba la alteración del art. 102 del Código Civil a pesar de que consagraba expresamente el divorcio vincular. La moción no explica los fundamentos de esta opción, pero sus principales impulsores sostuvieron que ello se debió al deseo de mantener la indisolubilidad como regla general y enfatizar el carácter excepcional del divorcio.¹⁴

El artículo 102 finaliza planteando los fines del matrimonio, identificados como “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.” Estas aspiraciones se asocian al cumplimiento de algunos deberes conyugales: a) vivir juntos se traduce al deber de vivir en el hogar común; b) auxiliarse mutuamente se asocia a los deberes de socorro y protección recíproca¹⁵. En el fin de procreación existe

¹³ MONDACA MIRANDA, Alexis, “Jurisprudencia sobre el error en la persona y vicio del consentimiento matrimonial durante la vigencia de la ‘Ley de matrimonio civil’ de 1884”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 43, diciembre 2014, p. 162.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ En el matrimonio contraído bajo el régimen patrimonial de sociedad conyugal también se refiere al deber del marido de otorgar auxilio y expensas

mayor controversia porque a pesar de su enunciación expresa, se permite la celebración de matrimonios entre adultos mayores y en artículo de muerte¹⁶. Esta contradicción se soluciona cuando se aclara que los propósitos del artículo 102 no son copulativos. En este punto, legislaciones como la mexicana son más claras, ya que cuando ese legislador define la figura en estudio, menciona como uno de sus fines “la posibilidad de procrear hijos” (artículo 146, Código Civil para el Distrito Federal). En todo caso, la referencia a la procreación parece perder importancia porque el Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario pretende su eliminación.

A) CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO EN CHILE

Los contrayentes deben tener un mínimo de dieciséis años cumplidos, de lo contrario se configura un impedimento dirimente que atenta contra su validez y es susceptible de nulidad¹⁷. Estos manifiestan su intención de casarse frente al Oficial del Registro Civil –cualquiera–. Acto seguido, el funcionario informa los fines del matrimonio y la existencia de cursos de preparación, seguido de la rendición de información de testigos, lo que en conjunto autoriza la celebración del vínculo dentro de los siguientes 90 días. Finalmente, se emite un acta firmada por los cónyuges, sus testigos y el Oficial del Registro Civil que presenció la ceremonia.

para la Litis.

¹⁶ Corresponde a celebrar un matrimonio en que un contrayente está próximo a fallecer.

¹⁷ Como la ausencia de edad mínima, existen otros impedimentos regulados en la Ley N° 19.947, divididos en absolutos y relativos, lo que depende si entorpecen celebrar el vínculo con toda persona o algunas. Un ejemplo es el caso de los hermanos porque la ley rechaza el matrimonio entre personas con parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad en línea colateral. Además, existen los impedimentos impeditivos que recaen sobre un matrimonio válido pero sancionado por las formas retratadas en el Código Civil (arts. 105 a 116: La celebración del matrimonio de un menor de edad requiere licencia de las personas señaladas. La falta de autorización sanciona al menor de edad con la pérdida de derechos sucesorios).

Matrimonio y acuerdo de unión civil...

Lisette PALAVECINO PARRAGUEZ

El artículo 20 de la Ley N° 19.947 señala que, si el matrimonio fue celebrado ante una entidad religiosa se tendrá por válido, siempre y cuando los contrayentes acompañen el acta emitida por la institución en un plazo no mayor a ocho días corridos desde la fecha de celebración. También se hace cargo de matrimonios celebrados en el extranjero y los faculta de validez en los mismos términos que un matrimonio celebrado en territorio nacional, – siempre y cuando cumplan los requisitos legales exigidos en Chile– trámite que realiza la Oficina de la Primera Sección de la comuna de Santiago.

B) AMPLIACIÓN DE LAS CAUSALES DE TÉRMINO DEL MATRIMONIO

En 1884, la primera Ley de Matrimonio Civil fijó acotadas causas de término del vínculo matrimonial (arts. 37 y 38) reducidas a la muerte de uno de los cónyuges –sea natural o presunta– y declaración de nulidad.

Por muerte natural se entiende la cesación de las funciones básicas del individuo, generando el fin de la existencia legal de la persona natural. Por su parte, la muerte presunta es una declaración judicial dictada como consecuencia de la falta de noticias durante un plazo –generalmente– de diez años contados desde la desaparición de una persona y que, entre otros efectos, produce el término del matrimonio (“en la ley anterior ese el plazo [sic] era de 15 años.”¹⁸).

La nulidad es la “sanción de ineficacia establecida por nuestro legislador en el supuesto de celebrarse un matrimonio con omisión de los requisitos de validez establecidos por la ley.”¹⁹ Rossel instruyó que las causales que dan lugar a esta declaración judicial son: “a) la existencia de cualquier impedimento dirimente; b) la

¹⁸ RAMOS, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹ HERNÁNDEZ ARAYA, Margaret y ROJO VERGARA, Laura, *Las nuevas causas de nulidad en la ley de matrimonio civil*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008, p. 130.

incompetencia del oficial del Registro Civil²⁰; c) la falta o inhabilidad de los testigos del matrimonio, y d) los vicios del consentimiento...”²¹

C) ¿DIVORCIO BAJO LA ANTIGUA LEY DE MATRIMONIO CIVIL?

En su época de tramitación, entrada en vigencia –e incluso hoy, 14 años después– la Ley N° 19.947 se hizo popularmente conocida como “la ley de divorcio” calificación que, de antemano señalamos, es incorrecta.

Estrictamente necesario es aclarar que en Chile existe divorcio desde la primera ley de matrimonio civil pero esta figura no producía el efecto naturalmente esperado por los cónyuges enfrentados a un quiebre de envergadura, *i.e.*, no disolvía el vínculo, por lo tanto, no permitía celebrar un nuevo matrimonio. Este particular divorcio se clasificaba por categorías –temporal y perpetuo²²– dependiendo del tiempo que duraba la suspensión conyugal, contada desde la declaración judicial. Este constituía una “simple separación de cuerpos (...) no disuelve el matrimonio sino que suspende la vida en común de los cónyuges.”²³

D) VÍA DE ESCAPE AL MATRIMONIO INDISOLUBLE: LA NULIDAD POR INCOMPETENCIA

Mientras operó la ley precedente, la causal de término mayormente invocada fue la nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil. “*Se conocía como divorcio a ‘la chilena’.* Una men-

²⁰ Actualmente eliminada.

²¹ ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 48.

²² El divorcio temporal tenía una duración máxima de cinco años, mientras que el divorcio perpetuo, duración indefinida.

²³ *Ibidem*, p. 63.

tira institucionalizada."²⁴ Actualmente esta declaración no tiene reconocimiento porque cualquier Oficial del Registro Civil puede dirigir la ceremonia y no importa el lugar de residencia de los contrayentes²⁵.

¿Cómo funcionaba? Como la presencia del Oficial del Registro Civil es requisito de existencia del matrimonio, los cónyuges, de común acuerdo, solicitaban ante el juez de letras en lo civil el término del vínculo, fundado en que el Oficial que dirigió la ceremonia no correspondía al Oficial que ejerce funciones en el domicilio correspondiente a uno o ambos contrayentes:

El pleito, como es fraudulento, requiere de un acuerdo previo de los cónyuges, que se reparten los papeles de demandante y demandado. Por cierto, en estos juicios el demandado nunca se defiende, más bien se apresura a notificarse y a contestar la demanda accediendo a todo lo que pide el demandante (se allana). Luego se requiere la comparecencia de testigos que afirman que ninguno de los cónyuges vivía donde se casaron. Los jueces que resuelven de acuerdo a los documentos presentados (el mérito del proceso), generalmente estiman acreditada la causal de nulidad y declaran inválido el matrimonio. Con ello los cónyuges pasan a reputarse solteros (se considera que nunca hubo matrimonio entre ellos).²⁶

A comienzos de la década del 90, el profesor Corral concluyó que solamente "en 1988, el número de nulidades alcanzó las

²⁴ ¿Por qué en Chile aún existe la nulidad?. Disponible en: <<http://www2.latercera.com/noticia/chile-aun-existe-la-nulidad/>> (30 marzo 2018)

²⁵ Ahora, si un Oficial del Registro Civil celebra un matrimonio fuera del territorio que corresponde a su jurisdicción existe una sanción llamada "nulidad de derecho público" presente en el art. 7 de la Constitución Política de la República.

²⁶ Corral Talciani, Hernán, "Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el Derecho Civil", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, núm. 19, vol. 1, 1992, p. 36.

5.413...”²⁷, fenómeno justificado por su tremenda efectividad: una herramienta rápida que terminaba con la vida conyugal.

Con lo expuesto se podría creer que *prima facie*, la Ley N° 19.947 de 2004 eliminó la nulidad como causal de término del matrimonio, lo que es incorrecto, porque:

(...) si bien la nueva ley eliminó la posibilidad de la nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, dejó varias causales en las que los matrimonios aún pueden recurrir a ella. En 2016 se inscribieron 30 nulidades en el Registro Civil. Una cifra mucho menor a la de 2005, un año después de la ley de divorcio [sic], en la que se registraron 5.743 casos.²⁸

Por tanto, no hay que confundir la declaración de nulidad por incompetencia (derogada) con la declaración de nulidad fundada en la omisión de uno o más requisitos de validez del matrimonio.

E) ARRIBO DEL DIVORCIO CON DISOLUCIÓN DE VÍNCULO

Para erradicar la fraudulenta práctica de solicitar nulidad por incompetencia, la Ley N° 19.947 introdujo la figura del *divorcio con disolución de vínculo*, el que, una vez declarado, autoriza que los cónyuges puedan contraer matrimonio nuevamente:

Tras un peak en los años 2009 y 2010, en que las disoluciones llegaron a 53.555 y 52.539, respectivamente, los divorcios comenzaron a estabilizarse, incluso, con un descenso sostenido entre 2012 y 2015. Sin embargo, 2016 vuelve a mostrar un alza, registrándose 48.608 divorcios, su nivel más alto desde el mencionado peak de 2010...”²⁹

²⁷ *Idem.*

²⁸ “¿Por qué en Chile aún existe la nulidad?” Disponible en: <<http://www2.latercera.com/noticia/chile-aun-existe-la-nulidad/>> (consulta: 30 marzo 2018).

²⁹ “Divorcios alcanzan la cifra más alta de los últimos seis años”. Disponible en: <<http://www2.latercera.com/noticia/divorcios-alcanzan-la-cifra-mas-alta->

El artículo 42 de la Ley N° 19.947 enuncia los métodos para poner término al matrimonio. Primero, se mantiene la muerte – natural y presunta–; en segundo lugar, por sentencia judicial de nulidad y, finalmente, la novedad: la sentencia judicial de divorcio. A su vez, este se divide en dos categorías: a) divorcio sanción –o por culpa– tratado en el artículo 54, y b) divorcio remedio –o por cese efectivo de la convivencia– presente en los artículos 55 y siguientes.

F) LA INTRODUCCIÓN DE LA SEPARACIÓN JUDICIAL.

La Ley N° 19.947 introdujo, además, una nueva figura denominada “separación judicial”, que “puede o no tener el carácter de definitiva”³⁰ entendida como la suspensión de:

(...) ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial, sin afectar el vínculo matrimonial, pues ella deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, salvo aquello cuyo ejercicio aparece como incompatible con la vida separada de ambos...³¹

Es una declaración hecha por el juez de familia por la cual los cónyuges adquieren un nuevo estado civil –separado– pero no termina con el vínculo matrimonial. Únicamente se limita a suspender algunos deberes conyugales, como la fidelidad y cohabitación. Además, en sus disposiciones transitorias (art. 6 transitorio) la ley esclarece que los matrimonios divorciados bajo los términos

los-ultimos-seis-anos/> (13 abril 2018).

³⁰ ARIAS PÉFAUR, Rocío y CASTAÑO GONZÁLEZ, María, *El estatuto jurídico de la separación en la Ley N° 19.947 sobre Matrimonio Civil*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, p. 26.

³¹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y Novales Alquézar, Aranzazu, *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*, 2ª ed., Santiago, Lexis Nexis, 2004, p. 306.

de la regulación precedente, hoy son vistos como separados judicialmente.

G) ¿CÓMO ADQUIRIR EL ESTADO CIVIL DE DIVORCIADO?

Por su gran popularidad, en las páginas siguientes expondré *grosso modo* cómo se tramita una acción de divorcio. Es importante prever que, como es un asunto relacionado con el estado civil de las personas, es materia de arbitraje prohibido y, por tanto, siempre corresponde al conocimiento de un juez ordinario³².

Primero es necesario destacar que, durante la última década, el legislador chileno tiene como ideal la “especialización” de los tribunales de justicia y es por ello que el 25 de agosto de 2004 se promulgó el texto de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, órgano competente para conocer las acciones de divorcio (art. 8, número 15°). El Juzgado de Familia es un tribunal especial, perteneciente a la organización del Poder Judicial y, en el caso del divorcio, es competente aquel correspondiente al domicilio de la parte demandada.

H) ACCIÓN DE DIVORCIO POR CESE EFECTIVO DE CONVIVENCIA

Nuestra ley no explica el significado de la acepción “cese de convivencia”, pero la doctrina se encargó de aclararlo. Así, Veloso entiende que estamos frente a este fenómeno “*no obstante seguir viviendo bajo el mismo techo (...) existe término de la comunidad de vida que supone el matrimonio.*”³³. Esto permite observar la primacía de un elemento psicológico (el “*animus separationis*”).

³² El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales fija las materias de arbitraje forzoso u obligatorio. Estas coinciden en que son materias propias de partición, sea de bienes y derechos hereditarios, liquidación de la sociedad conyugal o sociedades civiles y comerciales.

³³ VELOSO VALENZUELA, Paulina, “Algunas ideas generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en materia de Divorcio, Ley N° 19.947”, *Anuario de*

Matrimonio y acuerdo de unión civil...

Lisette PALAVECINO PARRAGUEZ

Si el cónyuge desea iniciar la acción de divorcio por cese de convivencia, es necesario hacer una nueva distinción, pues contamos con una subcategoría unilateral –uno de los cónyuges demanda al otro por acreditarse un plazo superior a tres años de separación– y otra basada en una solicitud presentada por ambos cónyuges actuando de común acuerdo.

Esta última induce a error porque coloquialmente se conoce como “divorcio de común o mutuo acuerdo” lo que hace creer –en algún momento la doctrina también lo discutió– que el término del matrimonio se puede solicitar sin mayores exigencias. Esto no es efectivo, porque la ley acoge la rápida obtención del divorcio siempre y cuando se acredite un cese de convivencia superior a un año. Esto contrarresta con otras legislaciones, como la mexicana³⁴ en que basta la presentación de una solicitud sin necesidad de acreditar causal ni tiempo; aquí, la denominación “divorcio de común acuerdo” es correcta. Lo que sucede es que nuestro legislador es reacio a la presentación de solicitudes injustificadas, considerando que lo ideal es que los matrimonios se mantengan por toda la vida.

I) ACREDITACIÓN DEL CESE DE CONVIVENCIA

Para estos efectos, la ley también distingue si el matrimonio fue celebrado antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 o después. En el primer caso se puede usar cualquier medio de prueba que la ley franquea, excluyendo la declaración de parte –prueba confesional– como único medio presentado. El medio de prueba por excelencia es la prueba testimonial, aprovechando que

Derechos Humanos, Santiago, 2005, p. 135.

³⁴ Es el “divorcio exprés” sin causal de procedencia. Se asimila al divorcio por cese de convivencia de común acuerdo en su rápida tramitación, pero la desventaja es que no se discuten algunos asuntos relacionados, como la patria potestad y alimentos en beneficio de los hijos en común, debiendo ser objeto de juicio posterior. En el caso chileno, todas estas materias son parte del acuerdo regulador del art. 21.

en estos procedimientos no existen testigos inhábiles. De hecho, mientras más cercana sea la persona citada a comparecer y declarar, mejor testimonio ofrece y mayor convicción adquirirá el juez al momento de dictar sentencia.

Ahora, si el matrimonio fue celebrado después del 17 de noviembre de 2004 la libertad probatoria de las partes se reduce y es el legislador quien señala los medios idóneos para que el juez adquiera suficiente convicción y declare el término del matrimonio. Estos instrumentos están señalados en el artículo 22 de la Ley N° 19.947, *i.e.*, escritura pública o acta extendida y protocolizada ante Notario, acta extendida ante Oficial del Registro Civil o transacción aprobada judicialmente. No es el instrumento en sí mismo el que permite probar; lo que importa es su fecha de emisión, considerada “fecha cierta de cese de convivencia”.

El cese también se puede acreditar con la práctica de notificación de esos instrumentos; con la demanda que interpone uno de los cónyuges en contra del otro por alguna materia del artículo 21 de la ley³⁵ –la importancia está en la fecha de notificación– o bien, por la solicitud de notificación del cese de convivencia iniciado por un cónyuge mediante gestión voluntaria³⁶.

Divorcio unilateral

Si el cónyuge opta por la vía unilateral del divorcio por cese de convivencia, el procedimiento se inicia por demanda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria a la Ley que crea los Tribunales de Familia.

³⁵ *V.gr.*, si uno de los cónyuges demanda alimentos en beneficio de los hijos comunes, la fecha de notificación válida de esa demanda actuará como fecha cierta de cese de convivencia.

³⁶ Por ejemplo, si uno de los cónyuges solicita la emisión de un acta unilateral de cese de convivencia ante el Oficial del Registro Civil, no basta con obtenerla, además se exige su notificación al otro cónyuge: al momento de esa práctica se configurará la fecha cierta de cese de convivencia.

Durante el año 2016, y “siguiendo la línea de la digitalización de los procesos que se venía dando a nivel internacional”³⁷, inició su vigencia la Ley N° 20.886 sobre Tramitación Electrónica³⁸ que terminó con los expedientes físicos en todos los tribunales ordinarios y especiales pertenecientes al Poder Judicial de Chile³⁹. ¿Cómo repercute en el juicio de divorcio? La demanda y otros documentos exigidos⁴⁰ son ingresados a una plataforma web del Poder Judicial –Oficina Judicial Virtual–, sistema que genera un certificado de ingreso del escrito, incluyendo la individualización básica de la causa, *i.e.*, número de causa⁴¹, carátula y tribunal que conocerá el asunto.

Si la demanda cumple con todos los requisitos es proveída por el tribunal quien cita inmediatamente a las partes a celebrar una primera audiencia, llamada “preparatoria”. Procurando el respeto al principio formativo de bilateralidad de la audiencia, la ley aclara que la fecha fijada debe considerar un tiempo mínimo de treinta y cinco días hábiles entre su celebración y data de la resolución que proveyó la demanda, así como el transcurso mínimo de quince días hábiles entre la notificación válida de la demanda y

³⁷ BRITO DONOSO, Javier, *Tramitación electrónica de los procedimientos judiciales: Chile, Latinoamérica y el mundo*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2017, p. 21.

³⁸ Publicada el 18 de diciembre de 2015 con entrada en vigencia progresiva. En una primera etapa comprendida el 18 de junio de 2016 y segunda etapa en jurisdicciones de mayor tamaño, como Santiago, San Miguel, Valparaíso y Concepción, desde el 18 de diciembre de 2016.

³⁹ Los Tribunales de Familia se incluyen en esta categoría. Es un tribunal especial y conocedor de las materias que su ley orgánica aclara en el artículo 8.

⁴⁰ Un requisito de admisibilidad de la demanda de divorcio es el acompañamiento del certificado de matrimonio entre las partes. Frente a la falta del mismo, el tribunal da un plazo de tres días para el acompañamiento, bajo apercibimiento de no dar curso a la demanda.

⁴¹ Identificada con un Rol de Ingreso Tribunal (RIT) y Rol Único de Causa (RUC). En el caso del divorcio, el RIT se inicia con la letra C, abreviatura de Contencioso, el número de ingreso en el tribunal designado, seguido del año de ingreso.

fecha de audiencia. De lo contrario, el tribunal, de oficio, agenda una nueva fecha.

Como se trata de la primera resolución que el tribunal dicta en la causa y siguiendo las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, la demanda y su proveído son notificados personalmente al cónyuge, actuación judicial que implica un enfrentamiento físico entre el notificador⁴² y el demandado⁴³. En la *praxis*, una causa sencilla de divorcio unilateral puede ser conocida y resuelta en un tiempo aproximado de cuatro meses. Sin embargo, es posible observar que la tramitación puede dilatarse sobrepasando el año de duración y ello ocurre, precisamente, cuando existen complejidades asociadas al cumplimiento del trámite esencial de emplazamiento⁴⁴.

⁴² Las resoluciones dictadas por los Jueces de Familia son comunicadas por funcionarios del Centro Integrado de Notificaciones Judiciales, entidad integrante de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, o bien, como ocurre en juicios civiles, a través de la actuación de un receptor judicial contratado y remunerado por el solicitante de la gestión.

⁴³ Respecto al emplazamiento y determinadas dificultades que pueden surgir en la práctica de este trámite, la Ley N° 19.968 establece una norma especial que se contrapone a la regulación del Código de Procedimiento Civil, texto que exige la realización de dos búsquedas en días distintos, de manera que si el demandado no es habido, un auxiliar de la administración de justicia llamado “receptor judicial” certifica este hecho en el expediente, permitiendo que el solicitante se dirija al tribunal pidiendo autorización para practicar la notificación personal subsidiaria, traducida en la entrega de la resolución, demanda, solicitud de notificación y resolución que concede dicha práctica, a cualquier persona mayor de edad que se encuentre en el lugar. *Contrario sensu*, en causas conocidas por tribunales de familia, el art. 23 entiende practicada la notificación personal subsidiaria sin necesidad de doble búsqueda ni autorización judicial previa.

⁴⁴ Ocurre cuando el o los domicilios aportados por el demandante no corresponden al domicilio del demandado. Frente a una notificación fallida, el tribunal solicita el aporte de nuevos domicilios para practicar la gestión. Otra estrategia utilizada corresponde a la petición de oficios a instituciones públicas (*i.e.*, Servicio de Registro Civil e Identificación, Policía de Investigaciones de Chile, Administradoras de Fondos de Pensiones, entre otras) para que informen el domicilio registrado en ellas. Si los resultados son desfavorables, prosigue solicitar oficio al Departamento de Extranjería de la Policía de Inves-

El objetivo principal de la audiencia preparatoria es lograr que las partes resuelvan el conflicto matrimonial con la intervención directa del Magistrado en la etapa del llamado obligatorio a conciliación. Si esta posibilidad se frustra, el juez pasa a fijar objeto del juicio, hechos a probar y cede la palabra a ambas partes para que ofrezcan sus medios de prueba que rendirán en una próxima audiencia que se agenda inmediatamente y que se conoce como audiencia de juicio.

Como en otros procedimientos modernos, después de haber rendido los distintos medios de prueba ofrecidos por las partes, el juez tiene la tarea de valorar cada uno de ellos conforme al sistema de sana crítica. Si a partir de ello adquiere suficiente convicción, procede a declarar el término del matrimonio, la adquisición de las partes del estado civil de divorciados y ordena la práctica de subinscripciones ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. La subinscripción del divorcio se puede practicar en cualquier oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación, acompañando copia de la sentencia y certificado de ejecutoriedad de la misma, emitido por el Ministro de Fe del Tribunal⁴⁵.

A) LA “CLÁUSULA DE DUREZA.”

Señalamos que la Ley N° 19.968 reconoce al Código de Procedimiento Civil como norma supletoria, siempre y cuando sus disposiciones no pugnen con los principios formativos del procedimiento de familia –muy diferentes a los principios del actual

tigaciones de Chile para que informe entradas y salidas del demandado del territorio nacional, de manera que, si arroja resultados negativos (el demandado se encuentra dentro del territorio), se pueda continuar con la notificación por avisos en diarios de circulación nacional, acto en que se publica un extracto redactado por el Ministro de Fe del tribunal.

⁴⁵ Esto acredita el estado civil de divorciado respecto de terceras personas. Entre cónyuges, el nuevo estado civil se adquiere desde que la sentencia se halla ejecutoriada (art. 174, Código de Procedimiento Civil).

régimen procesal civil⁴⁶-. Es por esta supletoriedad que es posible clasificar la cláusula de dureza como una excepción perentoria⁴⁷ que ataca el fondo de la pretensión deducida y por la cual es posible “rechazar la solicitud de divorcio unilateral, si, durante el período de cese de convivencia en común, la parte demandante –pudiendo hacerlo– no hubiere cumplido con los deberes de alimentos con el cónyuge demandado y los hijos”⁴⁸.

Se interpone al momento de contestar la demanda de divorcio, actuación que se presenta en un plazo de cinco días previos a la fecha de audiencia preparatoria, término en que el cónyuge solicitará el rechazo de la demanda interpuesta en su contra, alegando el incumplimiento injustificado y reiterado de la obligación alimenticia previamente regulada.

B) DIVORCIO POR CESE EFECTIVO DE CONVIVENCIA, DE COMÚN ACUERDO.

Si los cónyuges deciden solicitar el divorcio conjuntamente, es necesario adjuntar un acuerdo regulador de las relaciones entre ellos y para con los hijos en común, materias presentes en el artículo 21

⁴⁶ El 12 de marzo de 2012 se inició la discusión de la Reforma Procesal Civil, divulgando el texto del Proyecto de Ley de Código Procesal Civil, modificaciones que, entre otros asuntos, pretende el cambio en los principios formativos del procedimiento civil e igualar las experiencias obtenidas en sede penal, laboral y familiar.

⁴⁷ El ordenamiento jurídico chileno reconoce cuatro clases de excepciones: dilatorias (establecidas taxativamente en el art. 303, número cerrado que se abre con el genérico numeral sexto de la disposición); perentorias; mixtas y anómalas. Estas dos últimas clases corresponden a excepciones perentorias, pero que comparten otras características que las desligan de las excepciones perentorias propiamente tales, principalmente, su época de interposición.

⁴⁸ *Nueva ley de divorcio: el precio del mal menor*. Disponible en: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2004/03/12/nueva-ley-de-divorcio-el-precio-del-mal-menor/>> (20 mayo 2018).

de la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil⁴⁹. Este acuerdo se expone por escrito y se reitera frente al juez de familia durante la celebración de la audiencia. Si cumple con todas las exigencias legales, el juez de familia lo aprueba y declara que es completo y suficiente.

Esta subcategoría de divorcio por cese de convivencia es la más rápida en tramitación, pues contempla una audiencia que cumple los roles de preparatoria y de juicio (“concentrada”). Además, proveída la solicitud no requiere notificación personal a los cónyuges –basta la notificación a sus apoderados– aspectos que, en conjunto, agilizan el término del matrimonio.

C) DIVORCIO POR CULPA

Para la declaración del divorcio sanción –o culposo– el cónyuge víctima presenta una demanda frente al Tribunal de Familia competente, en contra del cónyuge que incurre en una o más de las causales no taxativas señaladas en el artículo 54 de la Ley en análisis⁵⁰, situaciones de hecho que deben ser reiteradas porque esta figura legal se justifica por la transgresión grave de algunos deberes y obligaciones matrimoniales que impiden una armoniosa vida en común.

Por la gravedad de sus causales, esta clase de divorcio no exige el transcurso de plazos mínimos, bastando la ocurrencia de los hechos y, evidentemente, contar con medios de prueba suficientes para sustentar la acción. Como es posible prevenir, el divorcio

⁴⁹ Respecto a los cónyuges, el juez de familia analiza si durante el matrimonio hubo regulación de alimentos mayores, asuntos relacionados con el régimen de bienes bajo el cual se celebró el vínculo y se agrega la discusión sobre compensación económica en favor del cónyuge más débil. En lo que respecta a los hijos matrimoniales, las materias que comprenden el acuerdo son los alimentos, cuidado personal y patria potestad, así como el régimen de relación directa y regular del padre o madre que no vive con los hijos.

⁵⁰ Llama la atención una de las causales, que sanciona la “conducta homosexual”. El Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario propone su eliminación.

sanción es un divorcio de carácter unilateral por el cual el cónyuge víctima demanda al cónyuge que incurre en una o más conductas calificadas, por lo tanto, su tramitación se rige por los parámetros mencionados a propósito del divorcio unilateral por cese de convivencia:

Por tratarse de una causal que conlleva sanciones para el cónyuge declarado en definitiva ‘culpable’, el juez deberá estudiar detenidamente los hechos en que ésta se funda a fin de determinar, en cada caso, si concurren o no los requisitos necesarios para su configuración⁵¹.

De todas formas, es recomendable advertir que si existen causales que hagan procedente el divorcio culposo pero además se cumplen los plazos mínimos del cese de convivencia, se interponga la demanda de divorcio por esta última vía y así evitar el rechazo de la acción. Es más, existen legislaciones que optaron por suprimir esta categoría “en beneficio de un divorcio-remedio basado en el quiebre irremediable de la convivencia (por ejemplo, Alemania, Canadá, Holanda, España, Suecia y con matices Dinamarca, Noruega y Suiza)”⁵².

2.- La compensación económica: Manifestación del principio de protección al cónyuge más débil.

Uno de los nuevos principios que fundan el derecho de familia chileno es la protección al cónyuge más débil y es posible encontrarlo en figuras como la cláusula de dureza en la acción de divorcio, el derecho de alimentos en favor del cónyuge (art. 321 N° 1, Código Civil), la declaración de bien familiar y la compensación económica. A esta última me referiré en los siguientes párrafos.

Está levemente regulada en los artículos 61 a 67 de la Ley N° 19.947, lo que llevó a la doctrina y jurisprudencia a complemen-

⁵¹ ARIAS PÉFAUR, Rocío y CASTAÑO, María, *Op. cit.*, p. 61.

⁵² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, “Nulidad y divorcio en el Proyecto de Nueva Ley de Matrimonio Civil”, *Estudios Públicos*, Santiago, núm. 86, otoño 2002, p. 238.

tarla, señalando que: “Los cónyuges al celebrar el matrimonio renuncian a ciertas aspiraciones vinculadas a su desarrollo personal o profesional en post [sic] de los intereses matrimoniales, los cuales prevalecen por sobre los intereses personales de cada uno de los cónyuges”⁵³.

Aunque “nada impide que la compensación económica sea regulada anticipadamente antes de la celebración del matrimonio a través de las capitulaciones matrimoniales”⁵⁴, en términos prácticos, es característica de las acciones de divorcio, de nulidad y recientemente se incluyó en la terminación del Acuerdo de Unión Civil, contrato que permite regular la relación de dos personas con dotes de permanencia –presente en el art. 27 de la Ley N° 20.830, operando en casos de término de convivencia civil por acuerdo, voluntad unilateral o declaración de nulidad–.

Si no existe consenso entre los cónyuges⁵⁵ y se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 61 de la Ley N° 19.947, el cónyuge puede demandar por concepto de compensación económica al momento de interponer la acción de divorcio o –cuando el afectado es el demandado– al contestar la demanda de divorcio, interponiendo demanda reconventional de compensación económica. Así lo reconoce la jurisprudencia de los Tribunales Superiores del país, al constatar que la ley:

(...) sólo permite la reconvencción por escrito conjuntamente con la contestación de la demanda y cumpliendo con los requisitos del

⁵³ Farfán Garrido, Álvaro, *Consideraciones críticas en torno al deber legal del juez de familia de informar a las partes el derecho a la compensación económica: análisis a la luz de los principios procesales*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2011, p. 9.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁵ *Contrario sensu*, en el divorcio por cese de convivencia de común acuerdo la compensación económica es parte del acuerdo regulador acompañado a la solicitud.

artículo 57 de esa Ley, salvo casos calificados y resolución fundada del Juez en que se permita contestar y reconvenir oralmente⁵⁶.

La forma de pago se establece en el artículo 65 de la Ley en estudio. Para estos efectos, el legislador autoriza que los cónyuges puedan hacer uso de su creatividad y considerar su situación patrimonial. Así, la compensación puede pagarse con dinero, acciones o bienes e incluso constituir derechos limitativos del dominio como derechos de usufructo o uso y habitación sobre bienes del cónyuge deudor. Otros mecanismos comunes son el otorgamiento de una suma de dinero que se paga inmediatamente o en cuotas depositadas en una libreta de ahorro abierta para ese fin; traspaso de cotizaciones previsionales del cónyuge deudor a las cotizaciones del cónyuge beneficiario o cesión de derechos sociales en inmuebles adquiridos durante la vigencia del régimen de sociedad conyugal.

Para finalizar, señalo que entre legos se sustenta una idea particular sobre la procedencia de la compensación económica, creyendo que operaría cuando el cónyuge no ha podido trabajar durante la vida matrimonial. Esto es parcialmente correcto, porque el artículo 61 agrega otra hipótesis; el cónyuge que sí pudo desempeñar una actividad remunerada o lucrativa, pero en menor medida de lo querido y/o podido, como reconoce la jurisprudencia:

... se da lugar a la compensación económica solicitada por el cónyuge en atención a que se acreditó que ella desempeñó durante su matrimonio una actividad laboral acorde con su preparación profesional, pero en menor medida de lo que estaba en condiciones de hacerlo y quererlo porque se dedicó al cuidado de sus hijos y del hogar común...⁵⁷

⁵⁶ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia del 17 de febrero de 2017, Rol Ingreso Corte N° 989-2016.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 06 de diciembre de 2006, Rol Ingreso Corte N° 10228-2005.

II. SEGUNDA PARTE: ACUERDO DE UNIÓN CIVIL (AUC) Y NUEVOS DESAFÍOS

En los últimos años, la sociedad chilena ha sido testigo de notables cambios relacionados con la observación legal de la comunidad LGBT⁵⁸ y así lo percibe la población; una encuesta realizada por Educación Cívica y Formación Ciudadana aplicada a estudiantes de octavo básico –niños y niñas de 13 años– reveló que las nuevas generaciones manifiestan “*el mayor nivel de aceptación en la región ante el matrimonio igualitario y la adopción homoparental*.”⁵⁹

Considerando que el artículo 55 del Código Civil define persona natural en un plano de igualdad –y se complementa con el artículo 57 que consagra igualdad en la adquisición y goce de derechos civiles– el 22 de octubre de 2015 entró en vigencia la Ley que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC), cambio que introduce a Chile en la lista de países latinoamericanos que respetan y formalizan las uniones entre personas de distinto e igual sexo, paralelas al matrimonio⁶⁰.

¿Cómo se celebra?

⁵⁸ Ejemplo de esto es la entrada en vigencia de la Ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación o “Ley Zamudio”. Este nombre popular se debe al caso ocurrido el 2 de marzo de 2012 que terminó con la vida de Daniel Zamudio, joven de 24 años atacado violenta e injustificadamente en la vía pública.

⁵⁹ *Chile tiene el mayor nivel de aceptación en la región sobre matrimonio igualitario y adopción*. Disponible en: <<http://www.adnradio.cl/noticias/sociedad/chile-tiene-el-mayor-nivel-de-aceptacion-en-la-region-sobre-matrimonio-igualitario-y-adopcion/20180417/nota/3738587.aspx>> (22 mayo 2018).

⁶⁰ En 2001, Argentina se convirtió en el primer país de Latinoamérica que reconoció las uniones civiles. Luego se sumó Ecuador en 2008; Uruguay en 2013; Colombia en 2014 y Chile en 2015. Cfr., “*Informe: la unión civil en Latinoamérica*”. Disponible en: <<https://altavoz.pe/2015/03/20/9347/informe-la-union-civil-en-latinoamerica>> (22 mayo 2018).

Los contratantes de AUC deben ser mayores de 18 años y tener la libre administración de sus bienes⁶¹. Requiere la actuación del Oficial del Registro Civil quien dirige la ceremonia, emite un acta y entrega una libreta a los convivientes civiles.

Entre legos, el AUC es constantemente confundido con el matrimonio, pero jurídicamente hablando, sus diferencias son notables. Así por ejemplo, en Chile, el régimen patrimonial legal y supletorio del matrimonio es la sociedad conyugal, mientras que en caso del AUC, si los contratantes nada señalan, se entiende contraído bajo el régimen patrimonial de separación de bienes. Otra de sus claras diferencias se manifiesta en su celebración, no necesitando testigos hábiles, mientras que en el matrimonio se exige, además de personas hábiles para obrar en esa calidad, un número específico (dos), configurando un requisito de validez, que de ser omitido, puede acarrear la nulidad del vínculo.

El AUC es una herramienta que permite acercar ciertos efectos del vínculo matrimonial a personas impedidas de celebrar ese acto jurídico –i.e., parejas compuestas por personas del mismo sexo– pero no impide que lo puedan celebrar heterosexuales, caso en que estamos en presencia de un derecho de opción en beneficio de los consortes, escogiendo libremente entre matrimonio civil o convertirse en convivientes civiles. De hecho, el Servicio de Registro Civil e Identificación realizó un balance de AUC celebrados desde la entrada en vigencia hasta septiembre del año 2017, estimando que “14.339 parejas han contraído el vínculo a nivel nacional (...) el 77 por ciento de los acuerdos corresponde a personas de distinto sexo (11.064), un 12 por ciento a parejas masculinas (1.726) y un 11 por ciento a uniones femeninas (1.549)”⁶².

⁶¹ Esta exigencia se justifica porque el AUC se encuentra mayormente dirigido a parejas conformadas por personas del mismo sexo. Sin embargo, el Código Penal tipifica como delito el acceso carnal con un menor de edad del mismo sexo. Cfr., QUINTANA VILLAR, María, *Derecho de Familia*, Valparaíso, ediciones Universitarias de Valparaíso, 2013.

⁶² *Acuerdo de Unión Civil: Casi el 10% de las parejas firmantes le ha puesto fin*. Disponible en: <<http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/mino>

A) TÉRMINO DEL AUC

Las causales de término son seis y son tratadas en el artículo 26 de la ley sobre AUC. Como en el matrimonio, este acto jurídico puede terminar por muerte de los convivientes civiles, sea natural o por declaración de muerte presunta. Se hizo una innovación agregando la comprobación judicial de la muerte⁶³, gestión voluntaria iniciada ante el juzgado civil correspondiente al último domicilio de la persona que se pretende comprobar la muerte.

La siguiente causal es la celebración del matrimonio entre los convivientes civiles, siempre y cuando sea posible –cuando se cumplan los requisitos de existencia y, especialmente, la diferencia de sexo entre contrayentes–. Celebrar el matrimonio sustituye el estado civil de conviviente por el de casado.

Las causales de mutuo acuerdo de los convivientes y voluntad unilateral se obtienen mediante extensión de escritura pública o acta emitida por un Oficial del Registro Civil. Además, se requiere la práctica de notificación judicial del instrumento público por medio de gestión voluntaria ante el Juzgado de Familia competente. Respecto a ese trámite, es curioso agregar que el legislador permite obrar con cierta libertad porque no es requisito indispensable para la validez del término del AUC. Lo anterior se complementa generando una obligación⁶⁴ que hace responsable de todo

rias-sexuales/union-civil/acuerdo-de-union-civil-casi-el-10-de-las-parejas-firmantes-le-ha/2017-10-15/083129.html> (12 marzo 2018).

⁶³ Presente en los arts. 95 a 97 del Código Civil y vigente desde 2012, reemplazó a la derogada “muerte civil”. Es una muerte real, pero con particularidades. Son casos en que no existe la posibilidad de realizar exámenes para dilucidar las causas de muerte de una persona, debido a que no es posible identificar el cuerpo, o aún más, no existe disponibilidad del mismo. No se debe confundir con la muerte presunta porque no comprende personas desaparecidas ni ausencia de noticias, sino una absoluta claridad del fallecimiento.

⁶⁴ En Chile, las fuentes de las obligaciones se contemplan en los arts. 1437 y 2284 del Código Civil, dividiéndose en cuatro (contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito civil). Ambas disposiciones olvidan una quinta fuente de la obligación –la ley, como por ejemplo, la obligación alimenticia del artículo 321 del

perjuicio al conviviente que no gestiona la práctica de notificación, contemplando que, si bien la ausencia de ella:

no afectará el término (...) hará responsable al contratante negligente de los perjuicios que la ignorancia de dicho término pueda ocasionar al otro contratante. [Con todo], “la sanción no es a todo evento, por cuanto se da un plazo muy breve, tres meses desde la subinscripción, para que se pueda alegar ignorancia, pasado el cual no podrá demandarse indemnización de perjuicios⁶⁵.”

Finalmente, es posible romper el AUC por declaración judicial de nulidad. Como en el matrimonio, la sentencia ejecutoriada debe subinscribirse al margen de la inscripción del Acuerdo de Unión Civil, el que es registrado en el Servicio de Registro Civil e Identificación.

B) PROYECTO DE LEY SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

Podemos afirmar que, en la actualidad, poco se mantiene del texto original del Código Civil. Precisamente, los cambios más significativos tuvieron lugar en asuntos de familia, resultando en la modificación total de sus principios rectores⁶⁶ –en el siglo XIX, los principios eran cinco y correspondían al matrimonio religioso e indisoluble; mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal

Código Civil–. El AUC introduce un nuevo caso de obligación con fuente legal: la ausencia de notificación del instrumento que da término al contrato.

⁶⁵ QUINTANA VILLAR, María, “El acuerdo de unión civil. Su regulación. Similitudes y diferencias con el matrimonio en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 44, 2015, p. 134.

⁶⁶ Los nuevos principios corresponden a la protección de la familia y del matrimonio; igualdad entre los cónyuges y entre los hijos; protección del más débil; autonomía de la voluntad e intervención mínima del Estado. Cfr., LEPÍN MOLINA, Cristián, “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Santiago, núm. 23, diciembre 2014, pp. 9-55.

Matrimonio y acuerdo de unión civil...

Lisette PALAVECINO PARRAGUEZ

considerada incapaz relativa⁶⁷; patria potestad reservada al padre; cuidado personal reservado a la madre y la filiación matrimonial favorecida-.

A pesar de las múltiples reformas hechas al Código Civil, el texto continúa albergando desigualdades, *v.gr.*, administración de la sociedad conyugal; filiación de hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida; la mujer embarazada no puede volver a contraer matrimonio durante la gestación, y, por supuesto, la imposibilidad de que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. En este último caso, la situación pareció mejorar a través de la introducción del AUC pero la disparidad de instituciones, y, consecuentemente, la desigualdad, se mantiene.

Es por ello que, en agosto de 2017, la expresidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria comunicó la firma del Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario que aspira modificar un sinnúmero de disposiciones legales presentes a lo largo de todo el texto del Código Civil, tanto en asuntos patrimoniales como de familia, dando cumplimiento a obligaciones contraídas por el Estado de Chile frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En principio, este trascendental cambio en la legislación de familia no modificaría el artículo 42 de la Ley N° 19.947.

C) REPERCUSIONES EN LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Una de las reformas de mayor espera es aquella referida a la administración de la sociedad conyugal, régimen patrimonial de mayor utilización⁶⁸ pero objeto de críticas porque la ley considera

⁶⁷ Las incapacidades de ejercicio generales se consagran en el art. 1447 del Código Civil y se dividen en absolutas y relativas. Son considerados incapaces relativos: los menores adultos (varón mayor de 14 años y mujer mayor de 12 años) e interdictos por disipación.

⁶⁸ Además se ofrecen otros regímenes: a) separación de bienes, y b) participación en los gananciales, que combina caracteres propios de la sociedad conyugal y separación de bienes, introducido en 1994 en conjunto con la in-

al marido como “jefe” de la sociedad, término que emplea en el artículo 1749 del Código Civil. A través del Proyecto de Ley en comentario se concretaría la modificación de este régimen, eliminando la referencia expresa al marido como administrador.

Este ideal no es novedad. Su discusión comenzó con el caso Sonia Arce Esparza contra el Estado de Chile⁶⁹ frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, controversia finalizada por solución amistosa en que el Estado de Chile se comprometió a modificar su normativa sobre sociedad conyugal, cambio que no ha ocurrido. La intención ha estado presente porque se barajaron diversos proyectos de ley en la materia⁷⁰ pero ninguno prosperó. Si el matrimonio igualitario entra en vigencia, se entiende que la disposición legal es injustificada, y por ello, el Proyecto propone la modificación del artículo 1718 del Código Civil autorizando que la administración de la sociedad conyugal sea deliberada al momento de celebrar el vínculo, cargo que podría recaer en cualquiera de los consortes.

stitución de bienes familiares. En los matrimonios celebrados en el extranjero la regla general se invierte y el régimen supletorio es la separación de bienes, a menos que al inscribir su matrimonio en Chile opten por un régimen diverso.

⁶⁹ En 1994 la señora Arce heredó un inmueble y quiso celebrar un contrato de compraventa sobre el mismo. Estaba separada de hecho y no mantenía contacto con su marido. Esta situación significó que ella perdiera la oportunidad de vender el inmueble, pues el corredor de propiedades le explicó que no podría iniciar los trámites sin la actuación del marido, quien, en su calidad de administrador de la sociedad conyugal, debía obrar personalmente. El Estado de Chile se comprometió a modificar la normativa sobre sociedad conyugal, aunque el único resultado palpable fue la introducción del art. 138 bis del Código Civil, disposición que permite a la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal obrar personalmente, previa autorización judicial, en caso de negativa injustificada del marido para la celebración de actos y contratos. Ver más en *Informe N° 59/03, admisibilidad Sonia Arce Esparza/Chile, 10 de octubre de 2003*. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Chile071.01.htm>> (23 mayo 2018).

⁷⁰ Se ha propuesto escoger libremente al cónyuge administrador; eliminar la administración del marido sobre bienes propios de la mujer y, por último, eliminar el grupo de bienes que integran el haber relativo de la sociedad conyugal, pasando estos al haber propio de cada cónyuge.

Matrimonio y acuerdo de unión civil...

Lisette PALAVECINO PARRAGUEZ

III. CONCLUSIONES

¿Por qué hablamos de “nueva familia chilena”? Aunque nuestra ley no define el término, en los hechos es posible observar distintos modelos de ella: algunas se componen por matrimonios –con o sin hijos–; otras, por un solo progenitor y sus hijos; algunas por padres separados con hijos de matrimonios o relaciones previas; por otros parientes –v.gr., abuelos que detentan el cuidado personal de nietos–; por convivencia de hecho –con o sin hijos–, etcétera. En este trabajo revisamos tipos de familia que conforman dos figuras legales básicas del Derecho de Familia chileno: a) aquellas nacidas por la celebración de un matrimonio, y b) generadas por el Acuerdo de Unión Civil (AUC). Es decir, vimos tipos de familia “formalizadas” ante la ley. Como actos jurídicos, también pueden terminar, situación fáctica de la que el legislador se quiso hacer cargo, lo que resultó en la modernización de la normativa existente.

La primera figura legal sometida a esta modernización fue el matrimonio, que, como en otros países del globo, es la más antigua y de mayor utilización (pese a que en los últimos años se observa una pequeña baja). Nuestro Código Civil no permite su acabado estudio porque la regulación se limita a parámetros muy generales, lo que se explica porque en el siglo XIX la celebración de este acto jurídico se entregaba a la Iglesia Católica. En esa época, el matrimonio, además de religioso, era indisoluble. Ninguno de estos calificativos se mantiene, primero, porque desde 1884 el matrimonio civil prevalece sobre el religioso –el art. 20 actual lo manifiesta– y los mecanismos de término del mismo son amplios. Aunque la primera Ley de Matrimonio Civil solo fija como fórmulas de terminación a la muerte y la declaración de nulidad, en 2004, una segunda ley –y que rige hoy– amplió ese catálogo acercando a Chile a la realidad mundial, permitiendo el acceso de los cónyuges al divorcio vincular.

Y entonces, ¿por qué el artículo 102 del Código Civil, norma redactada en el siglo XIX, no varió su tenor literal, si la figura fue completamente reformada? El legislador aspira a que los matrimonios celebrados perduren, aunque tampoco se puede mostrar indiferente a una realidad más que palpable; existen matrimonios que necesitan disolverse. Y es que, realmente, el divorcio siempre ha existido –es nombrado en la ley de 1884– pero era una simple suspensión, parecido a lo que hoy conocemos como “separación judicial”, y por tanto, no disolvía el vínculo. Frente a estas figuras de escasa utilidad, durante décadas se impuso el empleo de la causal –fraudulenta– de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil, primacía que terminó con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947 que introdujo el divorcio de carácter vincular.

Las estadísticas manejadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación concluyen que, actualmente, un alto número de matrimonios está terminando por sentencia de divorcio, mientras que uno muy menor lo hace por declaración de nulidad (por ausencia de requisitos de validez, la nulidad por incompetencia fue derogada).

El divorcio vincular ofrece dos categorías. La primera es una “sanción” que castiga la/s conducta/s ejercida/s por uno de los cónyuges en contra del otro y/o los hijos, mientras que la segunda, un “remedio” previa acreditación de un plazo mínimo de cese de convivencia. Del divorcio remedio se desprenden dos subcategorías: a) un divorcio unilateral por cese de convivencia superior a tres años en que un cónyuge demanda al otro, y b) divorcio por cese de convivencia de común acuerdo, solicitud realizada por ambos cónyuges y que exige acreditar como mínimo, un año de separación. Entre todas estas posibilidades, de mayor a menor rapidez, el panorama es el siguiente:

- La vía más rápida y conveniente es la subcategoría de divorcio por cese de convivencia de común acuerdo. Como existe un ambiente amistoso entre los cónyuges, pueden conciliar sin problema las materias del artículo 21 de la Ley N° 19.947. Además, se suprimen algunos trámites,

como notificación personal del demandado y las dos audiencias.

- En término medio se encuentra la subcategoría de divorcio por cese de convivencia unilateral. Este tarda, aproximadamente, hasta cuatro meses, a menos que existan problemas de emplazamiento o probatorios –puede ocurrir cuando se demande compensación económica y no hay acuerdo entre las partes, continuando la recaudación de medios de prueba que acrediten el menoscabo económico alegado.
- La menor rapidez la detenta el juicio de divorcio sanción o por culpa del art. 54 de la Ley N° 19.947. Aunque esta categoría omite exigir plazos, requiere una estricta rendición de prueba sobre transgresión reiterada de los deberes matrimoniales.

Analizamos una segunda figura legal, introducida en 2015 por la Ley N° 20.830, llamada Acuerdo de Unión Civil (AUC). Es un contrato en que dos personas regulan sus relaciones. Aunque se creó considerando a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, el Servicio de Registro Civil e Identificación informó en 2017 que, de un universo superior a catorce mil acuerdos, un 77% lo celebraron parejas heterosexuales (once mil), mientras que un poco más de tres mil fue por personas del mismo sexo.

Aunque el AUC busca “equiparar” las relaciones de parejas homosexuales y heterosexuales, esto sigue siendo insuficiente en un país que se jacta de su constante progreso y apertura a la diversidad –ejemplo de ello es la creciente inmigración–. Por esta razón, en agosto de 2017 se daba inicio a la tramitación del Proyecto de Ley sobre Matrimonio Igualitario, el que también permitiría el ejercicio de un derecho de opción a parejas del mismo sexo, y de paso, asegurando el derecho fundamental de igualdad ante la ley.

Aprobar el matrimonio igualitario es un desafío mayor y asume la práctica de reformas a disposiciones legales vigentes. Aquí se destacó la discusión por la administración de la sociedad con-

yugal, institución que vulnera la igualdad entre las personas –actualmente, entre marido y mujer– porque fija inmediatamente el rol de administrador ordinario en una de ellas –marido– limitando al otro cónyuge a ejercerla en casos específicos –incluso hay casos en que la ley prefiere que recaiga en un tercero: cuando el marido es declarado interdicto por disipación–.

La percepción positiva de la sociedad frente a las uniones homosexuales y la posibilidad que ejerzan sus derechos civiles en igualdad de condiciones se incrementó con los años, por ejemplo, con la promulgación y posterior publicación de la Ley Zamudio y, recientemente, con la aprobación del Proyecto de Ley sobre Identidad de Género en el pasado mes de enero. Además, las nuevas generaciones presentan opiniones serias respecto a estas temáticas, como se desprende del estudio realizado por Educación Cívica y Formación Ciudadana, concluyendo que, a nivel latinoamericano, los niños, niñas y adolescentes chilenos son los que mayor apoyo manifiestan a las demandas de matrimonio igualitario y adopción homoparental. Y aunque este Proyecto de Ley se encuentra en fase inicial –discusión–, mi pregunta es ¿podremos derribar los prejuicios que nos caracterizan como una sociedad conservadora? El fuerte cambio social por el que está pasando Chile, ¿permitirá que toda persona en el país pueda amar y formalizar sus relaciones en un plano de respeto e igualdad?