

69

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derecho matrimonial

Jorge del Picó Rubio
Marcela Acuña San Martín

2023

AJ ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE



Jorge del Picó Rubio

Doctor en Derecho de la Universidad de Zaragoza y profesor de Derecho Civil de Familia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Es autor de diversas monografías, capítulos de libro y artículos en revistas especializadas indizadas, al tiempo que integra la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia, en calidad de miembro ordinario.

Marcela Acuña San Martín

Doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza y profesora de Derecho Civil de Familia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile). Es autora de diversas monografías, capítulos de libro y artículos en revistas especializadas indizadas, al tiempo que integra la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia, en calidad de miembro ordinario.



Derecho matrimonial

MATERIALES DOCENTES 69

© Jorge del Picó Rubio, Marcela Acuña San Martín, por los textos, 2023

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2023
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este material docente busca entregar una síntesis actualizada del derecho matrimonial chileno, en un formato académico que aborda los desafíos concretos que las sucesivas reformas legales conllevan para el trabajo judicial.

El orden de las materias tratadas obedece a una sistematización disciplinaria propia del derecho matrimonial, aplicando las valoraciones y perspectivas de las temáticas actuales, e incorporando los requerimientos específicos establecidos por la Academia Judicial. Se introduce la materia desde la realidad social de la pareja, para luego desarrollar el reconocimiento civil de dicha unión y la recepción legal en el derecho nacional. Se tratan de manera particular los sistemas civilmente reconocidos referidos a la unión afectiva sexual de la pareja.

Se han incluido todas las reformas legales dentro del contexto estructural del derecho matrimonial chileno, es decir, en cada materia se ha hecho referencia a los temas que han sido objeto de una reforma legal para facilitar una lectura sistemática del orden civil de la pareja, que considere de manera especial las tendencias de valorización personal de los sujetos celebrantes y el respeto de la autonomía de su voluntad en la dimensión de intimidad de su personalidad.

El trabajo considera la legislación vigente a 2023 y la jurisprudencia pertinente, con menciones a las referencias influyentes de instrumentos internacionales, las monografías escritas por ambos autores, y la doctrina de referencia usual dentro del derecho de familia.

Contenido

6	<i>Introducción</i>
8	CAPÍTULO 1
	La unión afectivo-sexual de pareja y su ordenación jurídica en el derecho matrimonial chileno
8	Persona, unión de hecho, unión civil y matrimonio
14	Unión de hecho y unión jurídicamente formalizada
23	El acuerdo de unión civil: Recepción legal del pacto de convivencia civil
31	El matrimonio: Visión general de la institución, sus fundamentos y su justificación jurídica y social
46	CAPÍTULO 2
	Régimen legal del matrimonio: Desarrollo particular del matrimonio como acto jurídico
46	Introducción al régimen legal del matrimonio
47	El matrimonio como acto jurídico
57	Requisitos del matrimonio y sistemas matrimoniales
63	Celebración del matrimonio: Sistemas matrimoniales, matrimonio civil y matrimonio religioso
73	CAPÍTULO 3
	El matrimonio como estado
73	El estado matrimonial: Efectos personales y patrimoniales
82	Bienes familiares
90	Convenciones matrimoniales y pactos de sustitución
94	Regímenes económicos del matrimonio
143	Momento crítico del matrimonio
154	CAPÍTULO 4
	La terminación del matrimonio y sus efectos civiles
154	Introducción
155	El divorcio

- 169 Disolución del matrimonio por voluntad del cónyuge de quien ha obtenido rectificación de partida de nacimiento por razones de identidad de género
- 170 La compensación económica

213 **CAPÍTULO 5**
Algunas cuestiones particulares del matrimonio desde la función judicial

- 226 *Glosario*
- 234 *Referencias*

Introducción

Este libro tiene como finalidad entregar una síntesis actualizada del derecho matrimonial chileno, utilizando un formato académico para abordar los desafíos concretos que las sucesivas reformas legales conllevan para el trabajo judicial. Se inscribe dentro del Programa de Perfeccionamiento de la Academia Judicial de Chile, destinado a quienes ya pertenecen al Poder Judicial, con la finalidad de promover la adquisición de nuevos conocimientos y el desarrollo de habilidades que permitan un mejor desempeño profesional. De este modo, se contribuye a dotar a los miembros del Poder Judicial de las destrezas y de los criterios básicos necesarios para desempeñar sus funciones, así como a fortalecer los principios que informan el quehacer jurisdiccional.

El orden de las materias tratadas en este trabajo obedece a una sistematización disciplinaria propia del derecho matrimonial, dentro del marco que brinda el derecho civil de familia. En el desarrollo de las materias aquí tratadas se aplican las valoraciones y perspectivas temáticas actuales, con una aproximación inclusiva de la pluralidad de visiones doctrinarias, e incorporando, en cada uno de los apartados en que se divide, los requerimientos específicos que la Academia Judicial ha establecido.

En particular, el libro introduce la materia desde la realidad social de la pareja, incorporando diversos aspectos debatidos contemporáneamente en relación con las personas que integran dicha unión afectivo-sexual. Luego, desarrolla el reconocimiento civil de dicha unión y la recepción legal en el derecho nacional, considerando al matrimonio en tanto acto jurídico y estado emergente a partir de dicho acto, y el acuerdo de unión civil como estatuto de la pareja. Considera, por tanto, una lectura particular de los sistemas civilmente reconocidos referidos a la unión afectivo-sexual de la pareja, que en el caso del matrimonio incluye los requisitos exigidos para la validez de su celebración civil luego de la entrada en vigor de la Ley 21.400, así como el régimen personal y económico del estado conyugal y de la terminación del matrimonio, con énfasis en el divorcio y sus efectos.

La elaboración de este libro ha priorizado la inclusión de las reformas legales realizadas luego de la entrada en vigor de la Ley 19.947 de 2004, dentro del contexto estructural del derecho matrimonial chileno, esto es, en cada materia que ha sido objeto de una reforma legal se hace la respectiva referencia, con el propósito de facilitar una lectura y estudio sistemático del orden civil de la pareja, que considera de manera especial las tendencias de valorización personal de los sujetos celebrantes y el respeto de la autonomía de su voluntad en la dimensión de intimidad de su personalidad. Incluye, por tanto, todas las temáticas y prioridades establecidas por la Academia Judicial de Chile, incorporadas dentro de un marco sistemático disciplinario que facilita su aplicación interpretativa y la integración.

El trabajo ha tenido en vista y consideración la legislación vigente, en especial las leyes 19.947, 21.120, 21.334, 21.367, 21.400 y 21.515, sin que esta mención tenga un carácter taxativo, así como la jurisprudencia que se ha estimado pertinente, con menciones a las referencias influyentes provenientes de instrumentos internacionales, las monografías previamente elaboradas por ambos autores y la doctrina de referencia usual en cada campo disciplinario específico dentro del derecho de familia.

Asimismo, se han tenido en consideración las orientaciones prácticas para el uso del lenguaje inclusivo de la Academia Judicial, basado en el *Manual para el uso del lenguaje inclusivo no sexista* del Poder Judicial de Chile.



Capítulo 1

La unión afectivo-sexual de pareja y su ordenación jurídica en el derecho matrimonial chileno

Persona, unión de hecho, unión civil y matrimonio

La persona en pareja: Tendencias tradicionales y contemporáneas sobre la identidad de las y los contrayentes en la perspectiva de la unión de pareja

Un estudio del matrimonio como institución del derecho matrimonial requiere una detención previa en la noción actual de la personalidad de quienes pretenden contraerlo. Tradicionalmente, el concepto de persona —y específicamente su recepción como persona natural en nuestro derecho civil— no ha sufrido mayores cambios ni ha suscitado debates sustantivos, salvo el referido a la capacidad relativa de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal durante los años de su vigencia y que, en cierta medida, aún subsiste con ocasión de los actuales regímenes patrimoniales matrimoniales.

Por otra parte, la incidencia e influjo de concepciones morales y religiosas en el derecho de la persona, la pareja y la familia ha sido constante. Tanto de manera explícita como implícita estas concepciones han sido un factor determinante que permite explicar, por ejemplo, la resistencia al cambio en cada uno de los institutos que a lo largo de los años han sido reformados en nuestro país. Así ha quedado en evidencia con ocasión de la filiación, la introducción del divorcio vincular o el reconocimiento civil de las uniones afectivas entre personas del mismo sexo.

Sin perjuicio de lo anterior, la noción de género y las teorías que han desarrollado su contenido y significado han influido —e incluso han sido determinantes— en la producción normativa más reciente en el campo de la persona, la pareja y la familia. Considerado el lado no sexual del sexo, el concepto de género refiere a «los significados culturales que acepta el cuerpo sexuado». El género se relaciona con aspectos de origen social (y no meramente biológicos), que aluden a lo que se espera

socialmente de una persona por tener una determinada forma corporal, constituyendo una expectativa que involucra roles y pautas de comportamiento socialmente condicionados (López Guzmán, 2016: 20; Butler, 2007: 50).

Adquiere importancia, entonces, la construcción del denominado *sexo psicológico* que todo sujeto tiene en una sociedad y cultura determinadas y que se identifica con las imágenes ideales de las demás personas (López Guzmán, 2016: 20; Noriega, 2005: 35; Del Picó, 2019: 55, 56, 60 y 61).

A partir de aquí, el sexo biológico ha adquirido una connotación de algo puramente «neutro, plasmable en diferentes maneras, sin incidencia alguna en la identidad del género de la persona, el cual viene a ser susceptible de recibir distintas modalidades de inclinación» (Noriega, 2005: 32). De manera consecuente, se establece que ser hombre o mujer no depende del sexo, sino del modo como cada persona quiera situarse en una sociedad concreta, en relación con la cultura y educación que ha recibido.

El ser humano tiende naturalmente a unirse en pareja. Antropológicamente la naturalidad de la unión es un hecho evidente que se remonta al origen de la humanidad. En sus inicios la unión se limitaba a la atracción sexual y la propensión instintiva a la mantención de la especie, en tanto que, en la actualidad, la unión de las personas en pareja se aprecia mayoritariamente como una opción abierta a la voluntad de ambos individuos, que con propósitos compartidos establecen fines igualmente consensuados (Duch y Mèlich, 2009: 14 y 15).

La historia humana es pródiga en motivaciones públicamente dominantes que han asentado el fundamento de la unión de pareja a través del tiempo. Entre ellas destacan la primaria atracción sexual, la necesidad de alianza, la pasión, el sentimiento romántico, las creencias religiosas, la búsqueda de seguridad personal y comunitaria, el interés económico; diversas y heterogéneas causas concurrentes unas con otras. La unión afectiva de pareja, sexualmente caracterizada, puede ser permanente, dando lugar a una relación entre dos sujetos cuyos efectos se proyectan a la sociedad de la cual forman parte.

Sexualidad y persona

La atracción sexual tiene una importancia fundamental en la formación primaria de la pareja, constituyendo a la vez un factor biológico que

insta a la satisfacción personal, y un acontecimiento personalista que define su esencialidad y enaltece la propia condición del ser humano.

Desde la perspectiva que brinda el derecho, primero la doctrina y luego el legislador, han avanzado en reconocer la relevancia de la sexualidad en la conformación de la personalidad y su correspondiente inclusión en la reserva del ámbito privado de la persona humana —progresivamente más cercana a la competencia moral que a la jurídica— salvo en lo que respecta a la tutela de dicha reserva en la esfera pública. En este último sentido, el derecho consolida la primacía progresiva de la autonomía personal y establece legalmente la garantía de la libertad sexual como una manifestación de la libertad humana. Lo anterior, con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico en su recepción positiva de los derechos sexuales y reproductivos progresivamente reconocidos y tutelados.

La unión sexual puede ser única, ocasional o permanente, con una misma persona, con diferentes personas, simultáneamente o de manera sucesiva, siendo la experiencia de la sexualidad un resultado de prácticas históricas, que han cambiado a lo largo del tiempo y que se han reflejado en diversos puntos de vista sobre la manera de vivirla.

La sexualidad es una experiencia de nuestro presente, cuya valoración y significado reconoce raíces en el cristianismo y parecidos notables con los códigos sexuales de griegos y romanos, lo que se proyecta a la preocupación moral sobre las prácticas sexuales. Al ser estos elementos de continuidad —la valoración diversa de la sexualidad— relevantes, es la experiencia de las personas lo fundamental, ya que si describimos una sociedad con base en lo que dicen sus códigos prescriptivos —y a si estos han sido obedecidos o no por el comportamiento real de los sujetos— se deja fuera la forma en que los individuos aceptan o rechazan la manera en la que viven en relación con ellos mismos (Vélez-Pellegrini, 2008: 46 y 47).

Homosexualidad y transexualidad

Justificamos este apartado por su incidencia en la comprensión de las fuentes materiales de la Ley 21.400, que regula en igualdad de condiciones el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley de Matrimonio Igualitario); el contexto y necesidad de la aprobación de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil; la legitimación jurídica de las rela-

ciones afectivo-sexuales con la derogación del artículo 365 del Código Penal, en 2022.¹

Como se adelantó, el género puede ser definido como el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo —biológica o psicológicamente— por lo que constituye una condición propia de la persona que se confunde con su identidad personal. Se distingue de la noción de orientación sexual, la que se entiende como la preferencia sexual del individuo, establecida principalmente —pero no exclusivamente— en la adolescencia, pudiendo ser genéricamente homosexual, heterosexual, bisexual, no binario y otras expresiones contemporáneamente identificadas.

Una perspectiva de la realidad centrada en el género, con la cual iniciamos este texto, ofrece una nueva lectura de la homosexualidad, favoreciendo una positiva realidad contemporánea gracias al predominio cultural de los conceptos anexos a la modernidad política, como la no discriminación y la inclusión positiva de las minorías sociales. Esto, por cuanto la perspectiva de género disminuyó o eliminó la dependencia de los sistemas de base integrista —hasta hace poco dominantes—, sustituyéndola por la idea de autonomía y libertad individual proyectada en la noción de ciudadanía activa como sujetos de derecho en su dimensión ciudadana.

Dicho lo anterior, en la perspectiva normativa de la disciplina, la homosexualidad se relaciona con la orientación sexual de una persona y con su comportamiento sexual asumido; se caracteriza por la atracción sexual hacia personas del mismo sexo, acompañada de un débil o nulo interés e impulso erótico por personas del sexo opuesto; en un sentido más comprensivo, se trata de la preferencia por la compañía sexual de una persona del mismo género (Vélez-Pelligrini, 2008; Del Picó, 2019; Butler, 1999: 9-31).

La perspectiva jurídica sobre la homosexualidad, específicamente en el campo legal, ha tenido una notoria evolución con un marcado énfasis inclusivo en las últimas décadas. En tal sentido, el tratamiento legal ha evolucionado desde la proscripción y penalización de la homosexualidad (tanto de la conducta como de la «condición»), hasta su aceptación

¹ La derogación del artículo 365 del Código Penal, el 24 de agosto de 2022, estuvo precedida por la reforma de dicho artículo en 1999, que suprimió la criminalización de la homosexualidad en Chile por medio de la sanción penal de la sodomía entre adultos, subsistiendo la especificidad discriminatoria respecto de los menores de dieciocho años.

como una diferencia legítima y la consiguiente despenalización absoluta de las conductas antes castigadas.²

Por otra parte, la transexualidad es considerada como un cambio de la identidad de género (Beloff, 2013: 434). La persona transexual es aquella que pertenece físicamente a un sexo, pero tiene el sentimiento de pertenecer al otro, razón por la cual se somete a la realización de tratamientos médicos o procedimientos quirúrgicos para lograr la adaptación de sus caracteres físicos a su identidad psicológica. No existe en las personas transexuales una inversión del instinto sexual, sino de la identidad sexual, lo que determina que no se busque un reconocimiento de una opción sexual diversa, sino ser considerada o considerado socialmente con el sexo que biológicamente no se tiene, buscando las relaciones entre un hombre y una mujer, y no entre iguales (López Guzmán, 2016: 20-28; Medina, 2001: 36-38).

Afectividad y pareja

La afectividad, junto con la atracción sexual, es uno de los elementos de la visión contemporánea de pareja que recepciona el derecho. En ella se conjugan armónicamente el afecto —entendido en su expresión difusa como *amor*— y la voluntad compartida que da origen al compromiso de mantener la unión a través del tiempo vital de los participantes, incluso cuando la atracción física se atenúa con el paso de los años, o derechamente se extingue.

2 Dentro de las formas genéricas identificadas con la homosexualidad, la comunidad formada por personas lesbianas ha tenido grandes diferencias en cuanto a la dirección de sus demandas, optando por priorizar la discriminación de género por sobre la lucha contra la homofobia, cuando en los hechos la una era un producto de la otra y ambas determinaban que la invisibilidad política de este colectivo se reforzara por su invisibilidad identitaria con respecto al conjunto de las minorías sexuales. Considérese, por su alta significación jurídica sobre la materia, el caso *Atala Riffo e Hijas con Chile*, en que se declaró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación en perjuicio de la jueza Karin Atala, a quien se le había retirado judicialmente la custodia de sus hijas menores de edad basado en argumentos discriminatorios en torno a su orientación sexual. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que a partir de una visión estereotipada sobre los alcances de la orientación sexual de la señora Atala se generó una injerencia arbitraria en su vida privada, «dado que la orientación sexual es parte de la intimidad de una persona y no tiene relevancia para analizar aspectos relacionados con la buena o mala paternidad o maternidad» (sentencia de la Corte IDH, caso *Atala Riffo e Hijas con Chile*, 24 de febrero de 2012). Asimismo, Bertoni y Zelada (2014).

Una persona puede sentir afecto por otra persona o incluso por una cosa. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho, la persona es un sujeto de derecho, en tanto que la cosa, primariamente, es un objeto. De aquí entonces que las relaciones entre sujetos que implican apropiación y disposición de uno de ellos implican la desnaturalización de la personalidad y constituyen un objeto al margen de la licitud jurídica y de la legitimidad moral en la sociedad contemporánea.

La valoración social de la afectividad y su expresión en la pareja se relaciona con los fines que esa misma sociedad atribuye a dicha relación, con la pretensión —consciente o inconsciente— de reciprocidad por parte del sujeto emisor respecto del sujeto receptor. La afectividad amorosa de pareja participa de esta pretensión de reciprocidad, pero suma, además, un elemento de satisfacción plena constituido por la unión sexual de los sujetos que son partícipes de ella.

Recepción jurídica de la afectividad

En la perspectiva del derecho matrimonial, amar a alguien puede ser un sentimiento poderoso, pero que solo interesa jurídicamente en la medida que se traduce en una decisión, un juicio y una promesa; vale decir, en un acto de voluntad. La mera consideración sentimental no brinda base suficiente para asentar la promesa de amarse eternamente, promesa que, de una u otra forma, recoge el derecho en los votos de compromiso perpetuo que contempla el matrimonio civil. Por esta razón, aunque generalmente es recogido de manera implícita en los convenios matrimoniales y pactos de unión civil, se promueve y tutela esencialmente el acto de voluntad, que garantice la continuidad del amor, justificando su materialización jurídica en la forma contractual (Del Picó, 2019: 60-63).

Efectos de las reformas de 2004 y 2021

En consonancia con esta tendencia, la posibilidad de poner término a una relación afectiva para iniciar una segunda o una tercera con idéntica validez jurídica implica reconocer que no es propio de la competencia del Estado condicionar o cuestionar la motivación de dicho cambio, el que se entiende originado y justificado en razones que permanecen dentro de la esfera de intimidad del individuo, siendo solo aceptable establecer los requisitos para la validez formal del acto jurídico respectivo.

Igual lectura debe hacerse en el caso de las reformas introducidas a los sistemas matrimoniales vigentes. Estas incluyen la eliminación del requisito de diversidad de sexo, ya que con ellas se desliga definitivamente al matrimonio de su conexión con la procreación como justificación social del interés y privilegio legal establecido en favor del matrimonio.

Actualmente, el matrimonio —el instituto civil privilegiado del vínculo de pareja— depende absolutamente del amor/sentimiento, pues hoy el instituto existe y subsiste en función estricta de la permanencia de la voluntad individual. Esta situación ha afectado el carácter inicialmente heterónimo de la relación de pareja del ordenamiento civil. Hoy la afectividad constituye un factor determinante de la construcción de la relación interpersonal de carácter no patrimonial y del sustento del vínculo ya construido; además, es una causa o antecedente causal de la finalización del vínculo, ya que siendo el amor el elemento base del matrimonio, su desaparición también se refleja en la terminación jurídica de este. Lo contrario, continuar el matrimonio sin amor, implica mantener la apariencia de algo inexistente y, por tanto, ineficaz.³

La afectividad, en su recepción en el derecho matrimonial, conlleva un intercambio personal de carácter sexual. De esta forma, al asumir que el matrimonio está integrado por la convivencia de la pareja —entendida como conyugalidad—, el centro de la atención de la vida de pareja está en el intercambio sexual y en el afecto, al momento de validar socialmente el vínculo de pareja y traducir esta valoración en un régimen ordenador privilegiado.

Unión de hecho y unión jurídicamente formalizada

Reconocimiento social de la unión de pareja

A través del tiempo y en todas las culturas, la unión de pareja ha tenido una reconocida importancia social, cuya justificación varía según la perspectiva disciplinaria desde la cual se analiza, o según el objeto que concita en su núcleo de atención. Así, la unión de pareja puede ser resaltada como un acontecimiento más o menos perdurable, caracterizado por el hecho mismo de la convivencia, motivada sexual y/o afectiva-

³ Véase Del Picó en relación con lo expuesto por Eduardo Sambrizzi y concordante con lo expresado por Federico Engels, en el sentido que, «si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, solo puede ser moral el matrimonio donde el amor persiste» (Del Picó, 2019: 38). Otra perspectiva en Martínez de Aguirre (1996: 35).

mente, y justificada luego por la existencia de la prole. Este hecho, puede ser reconocido por la comunidad, la sociedad o el Estado, brindando así legitimidad social a la unión por medio de su expresión socialmente más valorada: el matrimonio.

Existen diferentes lecturas disciplinarias en torno a la pareja. Así, desde una perspectiva filosófica, la unión de pareja es una parte fundamental del plan de vida de las personas, cuya motivación y eje central discurre entre la protección mutua, el intercambio sexual y la formación de la familia, hasta el logro de la plenitud del amor como expresión afectiva.

Por su parte, una perspectiva sociológica tradicional asume la unión de pareja matrimonial como una estructura social fuertemente influida por las visiones de los grupos de poder predominantes, donde destaca su pretensión de organizar la sexualidad de varones y mujeres en función de la crianza de los hijos e hijas que pudieran nacer de esa convivencia social. En un sentido económico, se destaca el impacto positivo del matrimonio en la conformación armoniosa de la sociedad, en especial si al matrimonio válidamente celebrado se asocia un régimen patrimonial de comunidad de bienes o, al menos, de distribución de los gananciales originados en la empresa familiar común.

Con notorio impacto contemporáneo, la perspectiva de género destaca que la diversidad de modelos identitarios de pareja y de familia vigentes se deben traducir en una propuesta igualitaria de conformación de la pareja. Esta propuesta no debe atender a roles preestablecidos y debe considerar la autodeterminación de la identidad genérica en relación con los afectos concurrentes y con el tipo de relación que se construye entre los cónyuges, definiendo al vínculo como un pacto entre dos individuos que buscan su plena realización a través del amor.

Finalmente, en la perspectiva jurídica, la unión de pareja que concentra el interés normativo es una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar o territorialmente establecida, entre dos personas —un hombre y una mujer en el derecho matrimonial tradicional o sin distinción de sexo o género en una parte importante de los ordenamientos civiles actuales— y reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que eventualmente pueda ser generada o adoptada. Así entendido, el derecho matrimonial tiene un nexo con la familia que se forma o se relaciona en torno a la pareja.



Reconocimiento jurídico de la unión de pareja

Sobre la base de los elementos aportados por las perspectivas disciplinarias precedentes, se configura una visión social contemporánea —generalmente compartida y valorada— de la unión de pareja en nuestro medio. Esta visión reconoce un sistema ideal de consolidación centrado en el matrimonio celebrado entre personas iguales ante la ley cuyo núcleo lo constituye una relación personal e íntima entre las y los cónyuges, a la que tiende denominarse de forma muy amplia como afecto o, específicamente, amor.

Además de la forma jurídicamente privilegiada del matrimonio, coexisten otras realidades más o menos formalizadas, como las uniones civiles no matrimoniales y las uniones de hecho, dando cuenta del modo en que actualmente, y de manera progresiva, se reconoce a los individuos la capacidad y posibilidad legal de elegir entre distintas formas de constitución civil de su vínculo de pareja, jurídicamente tuteladas.

Los conceptos de unión de hecho y régimen jurídico, atendiendo el significado *de facto* y *de iure* de cada expresión, aparecen como disonantes entre sí. Sin embargo, la realidad determina soluciones jurídicas más flexibles, siendo usual que —de modo independiente de la voluntad de los sujetos involucrados— la sociedad proceda a normar la relación de hecho; en particular, su origen y los efectos de su ruptura. Cabe, por tanto, distinguir dos situaciones susceptibles de regulación jurídica: i) los efectos de la ruptura de una unión de hecho y ii) la disposición de un régimen legal diferente al matrimonio.

La primera situación supone normar los efectos de la ruptura de la vida en común de dos personas, cuando no ha mediado entre ellas un compromiso formal reconocido por el derecho. Se justifica tal intervención por el interés social involucrado, que incluye enfrentar problemas de diversa naturaleza que reconocen origen en la ruptura, como los que se suscitan respecto del dominio sobre los bienes adquiridos con base en el esfuerzo común de las y los convivientes. Se estima también, que la ausencia de regulación puede dar lugar a la generación de efectos negativos para aquel o aquella conviviente que posea una situación económica precaria, y que por tal razón depende facultativamente de los recursos que su pareja le proporcionaba. En ese sentido, la desprotección de la o el conviviente social y económicamente más débil también es evidente



tras el fallecimiento de su conviviente, pues las normas de la sucesión intestada no le favorecen.⁴

La segunda situación —radicalmente diferente de la anterior y respecto de la cual no sería pertinente emplear la expresión «unión libre»— implica considerar un régimen específico que norme las relaciones mutuas en una pareja que comparte un vínculo afectivo y sexual, diferente del matrimonio, pero que se le asemeja toda vez que se constituye civilmente un vínculo entre quienes forman la pareja, desde el inicio de dicha unión. Jurídicamente, asume la forma de una unión civil no matrimonial o *more uxorio*, cuya expresión legal en Chile es el Acuerdo de Unión Civil (AUC).

Uniones de hecho

Las uniones de pareja naturales o fácticamente conformadas que carecen de formalización jurídica desde su inicio se denominan uniones concubinarias, uniones libres o uniones de hecho. Han sido definidas como:

La unión duradera, exclusiva y estable de dos personas, del mismo o diferente sexo o género, que poseen capacidad suficiente, y que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos, compartiendo con el matrimonio similitudes en los fines de auxilio mutuo y convivencia, y, cuando se trata de convivientes de distinto sexo o género, también la finalidad de procreación.⁵

Respecto de las causas de las uniones de hecho, pueden distinguirse variados fundamentos para las distintas motivaciones que concurren en quienes se unen fácticamente como pareja.⁶ Se destacan como factores principales los siguientes:

4 «Corte Suprema recurre a la equidad para compensar a una mujer cuyo conviviente murió sin haber testado en su favor», *El Mercurio Legal*, 14 de mayo de 2012, disponible en <https://bit.ly/3rOHnWs>.

5 Del Picó (2019: 82) con base en Estrada Alonso (1986). Considérese, además, Tapia (2011: 39), Barrientos Grandón y Novales Alquézar (2004: 65) y Ramos Pazos (2007: 627).

6 Para la apreciación de la magnitud del fenómeno, véase «Mujeres chilenas. Tendencias en la última década (Censos 1992-2002), Vol. II», Instituto Nacional de Estadísticas.

- Factores sociales: como el temor a disgustar al entorno familiar o social inmediato en caso de la elección de una pareja que su entorno juzga como perteneciente a otra clase social, raza o grupo religioso. Estos factores determinan fuertemente la decisión de pareja.
- Factores legales: tienen lugar cuando existe un matrimonio precedente no disuelto.
- Factores económicos: centrados en que el matrimonio implica un compromiso económico mayor.
- Factores ideológicos: sostenidos por quienes sustentan la búsqueda del amor libre y al margen de la normativa estatal.

Al igual que el matrimonio, las uniones de hecho se diferencian de las uniones sexuales ocasionales o esporádicas y también de la amistad carente de significación sexual, por la concurrencia de elementos básicos como la convivencia, la habitualidad de relaciones sexuales entre quienes conviven y, eventualmente, la disposición común para enfrentar el efecto procreativo de las relaciones sexuales, generando sociológicamente una familia. Respecto del matrimonio, existe una diferencia principal de orden cualitativo, que atiende a la calidad del compromiso de unión, el cual es jurídicamente diferenciado y regulado de modo diferente por el Estado.

Desde el punto de vista del interés social involucrado, la respuesta jurídica al fenómeno de las uniones de hecho está centrada, generalmente, en la posibilidad de establecer legalmente alguna forma de reconocimiento civil, ya sea al hecho mismo de la convivencia cuando esta pueda ser acreditada con una duración mínima a petición de uno de los convivientes para obtener algún beneficio social, o mediante su inscripción voluntaria en un registro público que sirva igualmente de base para el reconocimiento de algún derecho o beneficio derivado de dicha calidad de conviviente. En ambos casos la inscripción registral facilita la prueba del hecho convivencial —incluso sin declaración voluntaria sobre su ocurrencia por parte de los convivientes, como en el caso que constituya un hecho público y notorio— con alcances tanto civiles (hijos nacidos de convivientes y tratados como tales) como penales (configuración del feminicidio).

Una manera de justificar socialmente la normativa legal sobre uniones de hecho es su reconocimiento a nivel constitucional en algunas

legislaciones, por ejemplo, en Brasil en 1996 y en Uruguay en 2007, con el propósito de brindar seguridad jurídica a las familias en su más diversas expresiones, sin depender necesariamente de su relación con el matrimonio. Incluso, como en el caso de la unión marital de hecho en Colombia, la unión fáctica puede ser declarada mediante sentencia judicial, variando entre los diferentes sistemas legales en cuanto a la exigencia de un plazo mínimo de convivencia acreditada para requerir su declaración formal o, derechamente, sin requerir plazo alguno. En todo caso, lo común de estas normativas radica en la regulación de derechos y obligaciones para los convivientes y en que la mayor dificultad se presenta respecto a aquellas relaciones no inscritas, toda vez que el acto registral constituye evidencia acreditable de la convivencia.

En la **figura 1** se presentan las diferencias entre el matrimonio y las uniones de hecho, en un esquema que permite revisar de mejor manera como se desenvuelven ambas formas de unión ante la sociedad.



Figura 1. Tipos de unión de pareja. Fuente: Elaboración propia.

Sin perjuicio de lo anterior, las diferencias sociales entre las uniones civiles y las uniones de hecho han tendido a relativizarse a la par de la liberalización del derecho matrimonial, manteniendo vigencia parcial en costumbres sociales que aún permanecen arraigadas voluntariamente a códigos morales o religiosos, antes que por el efecto de una prescripción jurídicamente normativa.

Uniones civiles no matrimoniales

A diferencia de las uniones de hecho en sentido estricto, las uniones civiles tienden a asemejarse al matrimonio, por lo que se centra gran atención en justificar su existencia paralela con el instituto matrimonial. Generalmente, esto se debe a la legitimación progresiva de la unión entre personas del mismo sexo y, excepcionalmente, se trata de un medio de enfrentar socialmente las uniones de hecho y aminorar los efectos negativos de las rupturas.

En general, las uniones civiles no matrimoniales dan cuenta de la posibilidad legal de establecer pactos reguladores de la convivencia con voluntad de permanencia, que ordenen la vida futura de dos individuos adultos bajo un mismo techo, normando los distintos aspectos de su vida en común. En una perspectiva amplia, antes de la entrada en vigor de la Ley 20.400, se comprendía aquí la unión de parejas heterosexuales que, por razones justificadas en valores y principios particulares, no deseaban celebrar un matrimonio de acuerdo con las normas vigentes. Asimismo, se comprendía la unión de parejas heterosexuales impedidas de celebrar matrimonio debido a la existencia de un matrimonio precedente válido y no disuelto o anulado. Finalmente, en lo que ha constituido el antecedente general de las legislaciones dictadas sobre la materia, las uniones civiles no matrimoniales comprenden la unión de parejas de personas del mismo sexo o género, en una perspectiva de mayor inclusión.

El primer supuesto, referido a las uniones de hecho de manera estricta, considera la situación de las parejas constituidas al margen del derecho, ya sea por opción o por imposibilidad legal de su formalización. Aquí, si bien las situaciones se diferencian en la causa que les da origen, se asimilan en los efectos que genera su término, lo que justifica la dictación de normas que solucionen los problemas de índole patrimonial que se suscitan tras la ruptura de la convivencia (siempre que la legislación

común no regule la materia), evitando así la innecesaria dictación de un régimen especial.

El segundo supuesto considera la ordenación de la convivencia mediante normas jurídicas, presentes desde el inicio de la convivencia o a partir de algún momento de la convivencia ya iniciada, en ambos casos por voluntad de ambos convivientes. La iniciativa legislativa se expresa aquí en la disposición de pactos de unión de pareja civilmente reconocidos, que ordenan «la vida en común por un tiempo determinado, razonablemente prolongado y cuyo mínimo suele fijarse por la ley, que un hombre y una mujer llevan a cabo sin haber contraído matrimonio, por la que forman una familia, con o sin descendencia y a la vista de la comunidad» (Domínguez Martínez, 2009: 413). Son asimilables a los contratos, con un eje patrimonial notorio y un alejamiento de la dimensión familiar que caracteriza al matrimonio e incluso a las uniones de hecho. Críticamente, se ha sostenido que su existencia afectaría al matrimonio, al erigirse como una institución paralela que con la aprobación de leyes que consagran el matrimonio igualitario habría perdido su justificación social, persistiendo solo como un estatuto más bien simbólico para quienes rechazan la idea misma del matrimonio.

El tercer supuesto considera el reconocimiento civil de las uniones de personas del mismo sexo o género que se ven impedidas de celebrar matrimonio por incumplir con el requisito legal de diferencia de sexo de las personas que lo contraen. Esta es, con seguridad, la modalidad que históricamente ha tenido mayor justificación social, pero que con el correr de los años —y la notoria evolución hacia posturas más receptivas al reconocimiento civil de las uniones de pareja formadas por personas homosexuales— ha terminado por dar lugar al reconocimiento progresivo del matrimonio igualitario y la consiguiente eliminación del elemento de diferencia de sexo de los diferentes ordenamientos del derecho de familia en el derecho occidental. En particular, el derecho chileno ha tenido una notoria evolución en los últimos años en el tratamiento legal de la homosexualidad; los hitos más importantes son: la derogación del delito de sodomía entre personas adultas en las postrimerías del siglo XX,⁷ la aprobación legal de las uniones afectivas y convivencias entre

7 «Cuando en Chile tener relaciones homosexuales era un crimen: 20 años de la derogación del artículo 365 del Código Penal», *La Tercera*, 3 de abril de 2019, disponible en <https://bit.ly/43IuCR>. Durante años el artículo 365 del Código Pe-

personas del mismo sexo (AUC) y, finalmente, la entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Igualitario en 2021.⁸

Régimen civil de la unión de pareja en el derecho chileno

El derecho civil chileno contempla dos formas de reconocimiento de la unión afectivo-sexual entre dos personas con voluntad de permanencia: el matrimonio civil y el acuerdo de unión civil; y carece, a la fecha, de un estatuto que ordene específicamente a las uniones de hecho.

El matrimonio civil, incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en 1884 y reformado sustantivamente en 2004, es la forma privilegiada por el legislador —*favor iuris*— para disponer el orden social de la unión de pareja. El matrimonio ha sido ampliado ostensiblemente en su eficacia y extensión luego de la entrada en vigor de la Ley 21.400 en 2021, que dispone igualdad de condiciones para la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. El acuerdo de unión civil, por su parte, ha perdido parte de su justificación social, precisamente, por la legalización del matrimonio igualitario. Puede justificarse la extensión de su vigencia si es entendido como un estatuto de la pareja antes que como un contrato basal de la constitución familiar.

Atendiendo esta nueva realidad legal, y sin perjuicio del campo propio que posee cada estatuto, analizaremos sucintamente el acuerdo de unión civil, para luego extendernos latamente en el matrimonio civil, que luego de las últimas dos reformas ha recuperado parte importante de la centralidad social utilitaria.

nal representó simbólicamente la expresión normativa de la discriminación legal de las personas homosexuales, al criminalizar las relaciones sexuales entre persona del mismo sexo. En el periodo precedente a la aprobación de la nueva Ley de Matrimonio Civil, un eficaz movimiento ciudadano consiguió eliminar de la ley su principal efecto, suprimiendo el delito de sodomía en el caso de la relación consentida entre adultos, subsistiendo la especificidad discriminatoria respecto de los menores de dieciocho años, hasta el 24 de agosto de 2022, en que la norma legal fue definitivamente derogada.

8 La ley se promulgó durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera, quien destacó el hito de su aprobación expresando: «Es un buen día para la libertad y la familia en nuestro país». «Presidente Piñera promulga Ley de Matrimonio Igualitario», *La Tercera*, 9 de diciembre de 2021, disponible en <https://bit.ly/3Kkec3M>.

El acuerdo de unión civil: Recepción legal del pacto de convivencia civil

Introducción

La recepción de los pactos civiles de convivencia en el derecho chileno tomó forma con la dictación, en 2015, de la Ley 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil. El acuerdo fue concebido por el legislador como una respuesta a la necesidad principal de legalizar las uniones afectivas de pareja entre personas del mismo sexo,⁹ las que estaban impedidas de celebrar un matrimonio por no cumplir con el requisito legal de diferencia de sexo (exigido por la Ley de Matrimonio Civil vigente hasta diciembre de 2021).

En un segundo plano, otra de las prioridades del AUC era el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho, debate postergado desde 2004, para facilitar la aprobación de la Ley de Matrimonio Civil y legalizar el divorcio vincular, objeto principal del empeño legislador (Del Picó, 2015: 20).

La ley ha tenido diversas lecturas respecto de la finalidad y funcionalidad del acuerdo de unión civil. Una primera perspectiva lo destacó como una alternativa al matrimonio que permitiera la subsistencia de este con sus características tradicionales —en especial el elemento de diferencia de sexo— y alejara a la institución de la demanda por el matrimonio igualitario. Para otros, el AUC constituyó un paso previo para seguir bregando por la aprobación del matrimonio igualitario, lo que finalmente ocurrió en 2021.¹⁰

Desde un punto de vista evaluativo, el AUC formalizó jurídicamente una relación de pareja ya legitimada socialmente, satisfaciendo una necesidad social apremiante por la discriminación negativa de una minoría. Sin embargo, la posterior aprobación del matrimonio igualitario ha determinado una duplicidad de estatutos jurídicos de la pareja, por lo que es necesario establecer una clara diferencia entre ambos. En nuestra

9 «Primeras parejas en contraer el AUC cuentan cómo vivieron el histórico momento», *www.biobiochile.cl*, 22 de octubre de 2015, disponible en <https://bit.ly/3rQBqIz>.

10 «Nuestros hijos tendrán los mismos derechos que todos: Así fue el primer matrimonio igualitario en Chile», *www.cnnchile.com*, 10 de marzo de 2022, disponible en <https://bit.ly/3Qi58jR>.

opinión, la diferencia debe radicar en la consideración del AUC como un estatuto de la pareja y del matrimonio como un estatuto basal de la familia. Con todo, la persistencia de esta indeterminación en cuanto a sus respectivas especificidades funcionales deja abierto el camino para la derogación del acuerdo.

Definición

Conforme dispone el artículo 1 de la Ley 20.830, el acuerdo de unión civil es:

Un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.

En cuanto a su efecto principal, el inciso segundo del artículo 1 dispone:

Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26.

A partir de los elementos provistos por la ley, podemos definir el acuerdo de unión civil como la unión estable de dos personas mayores de edad, que no tengan vínculo matrimonial entre sí ni parentesco en la línea recta de los ascendientes y descendientes o en la colateral dentro del segundo grado de consanguinidad, incluyendo la filiación adoptiva, con base en una relación afectiva precedente y con independencia de su orientación sexual (Del Picó, 2015: 646).

Caracterización

El acuerdo de unión civil se enmarca en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad jurídica de los convivientes que concurren a su constitución civil, la no discriminación debido a su género o sexo, la consideración del interés superior del conviviente más débil y el resguardo de la intimidad de ambas o ambos convivientes.



El propósito principal del AUC, explícitamente establecido en el artículo 1 de la ley, es regular la vida afectiva en común de dos personas; particularmente, para brindarse ayuda mutua y solventar los gastos que irroge dicha convivencia, conforme a sus respectivas facultades o al régimen económico existente entre ellos. Asimismo, pueden existir otros propósitos o finalidades accesorias determinadas por las particularidades del modo de vida de ambos convivientes.

En cuanto a sus características específicas, podemos mencionar:

- Tiene naturaleza jurídica contractual.
- Es de carácter puro y simple, lo que impide la sujeción de la suscripción contractual a plazo, condición, modo o gravamen alguno.
- El sexo o género de los contrayentes es irrelevante jurídicamente.
- Tiene unidad de vínculo, lo que excluye la pluralidad de contrayentes.
- Formaliza jurídicamente la estabilidad y permanencia de la convivencia.
- Su motivación causal está en el afecto recíproco de los convivientes.
- Sus finalidades están abiertas a la determinación de las partes, sobre la base del cumplimiento extensivo de la regulación de los efectos jurídicos de su convivencia.
- Es posible disolverlo consensualmente por mutuo acuerdo de los convivientes civiles.

Requisitos

Considerando la distinción entre requisitos de existencia y validez, el acuerdo de unión civil es válido cuando ha sido suscrito por dos contrayentes legalmente capaces, que hayan consentido de manera libre y espontánea, y cumplido las formalidades legales pertinentes y es inexistente cuando es celebrado sin el consentimiento de los contratantes o en ausencia de la autoridad civil competente.

Al igual que en el matrimonio, la capacidad exigida para celebrar el acuerdo incluye elementos personales de carácter físico, como la aptitud mental y la capacidad para expresar claramente la voluntad del contrayente. Diferente es la situación en cuanto a la exigencia de la mayoría de



edad en el AUC, aspecto que lo diferenciaba del matrimonio civil hasta la reforma introducida por la Ley 21.515, de 28 de diciembre de 2022, que establece la mayoría de edad como un requisito esencial para la celebración del matrimonio.¹¹

Además de la mayoría de edad, la ley exige que los contrayentes del acuerdo tengan la libre administración de sus bienes, sin perjuicio de que el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo podrá celebrar, por sí mismo, este acuerdo (artículo 7 de la Ley 20.830). Junto con lo anterior, la ley exige que los contrayentes hayan consentido libre y espontáneamente en celebrar el acuerdo (artículo 8 de la Ley 20.830). El consentimiento libre e informado falta en caso de error en la identidad de la persona del otro contrayente y si ha habido fuerza, en los términos dispuestos por los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.

En cuanto a los elementos personales de naturaleza moral del AUC, estos comprenden: la prohibición de celebrarlo cuando una de las partes se encuentre casada o haya suscrito un AUC que se encuentre vigente; y la prohibición de celebrar el contrato entre los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Cabe incluir en este listado las restricciones que afectan a quienes tienen la patria potestad o la guarda de un hijo o hija y deben sujetarse a lo prescrito en los artículos 124 a 127 del Código Civil. Finalmente, fue derogada la norma que prohibía celebrar un nuevo AUC, cuando la mujer que haya convivido civilmente se encontrare embarazada, debiendo esperar el hecho del parto o un determinado plazo cuando no hubiere habido señales de preñez (artículos 7 a 10 de la Ley 20.830).

11 La Ley de Matrimonio Civil (LMC) de 2004, en la versión original del artículo 5 inciso segundo, dispuso que no podrán contraer matrimonio «los menores de dieciséis años». Dicha disposición, previa al aumento de edad dispuesto por la Ley 21.515 de 2022, ya había introducido un cambio importante respecto de lo dispuesto en la primitiva LMC de 1884, que fijaba la edad mínima en 12 y 14 para mujeres y varones respectivamente. Aquí el fundamento para establecer el umbral de edad suficiente para la celebración del matrimonio civil radicaba en la llegada de la pubertad y la consiguiente capacidad física para procrear, aun cuando se tratara de niños. Luego, la reforma de 2004 cambió dicho fundamento, radicándolo en la presumible madurez mínima para comprender la relevancia del vínculo que los contrayentes se proponen establecer civilmente, eliminando consecuentemente la diferencia de la edad requerida para hombres y mujeres. Sin embargo, al normar la relación de personas menores de edad, se mantuvo el germen de una causal de nulidad, civilmente corregida por la reforma introducida por la ya citada ley de 2022.

En cuanto a las formalidades legales, cabe distinguir las formalidades preliminares de las constitutivas. Las primeras incluyen la solicitud de hora para suscribirlo ante cualquier oficial del Registro Civil e Identificación, la manifestación de la voluntad de suscribir el acuerdo y la declaración de cumplimiento de los requisitos personales (información). Las segundas refieren a la celebración en sentido estricto, la que debe realizarse ante el oficial del Registro Civil, en presencia de dos testigos y posteriormente inscribirse en el registro especial que lleva este servicio (artículos 5 y 6 de la Ley 20.830).¹²

Según dispone el inciso segundo del artículo 5 de la Ley 20.830, en el acto de celebración, «los contrayentes deben declarar, bajo juramento o promesa, por escrito, oralmente o por lenguaje de señas acerca del hecho de no encontrarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente».

Los acuerdos de unión civil o contratos similares celebrados en el extranjero por personas del mismo o distinto sexo, tendrán validez en Chile siempre que sean inscritos en el Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil del Registro Civil y que no contravengan las normas sobre capacidad y consentimiento (artículo 12 de la Ley 20.830). El artículo 13 de la ley establece que los convivientes civiles que hayan celebrado un acuerdo o contrato de unión equivalente en territorio extranjero, «se considerarán separados de bienes, a menos que al momento de inscribirlo en Chile pacten someterse a la comunidad prevista en el artículo 15 de esta ley, dejándose constancia de ello en dicha inscripción».

Efectos

El principal efecto del acuerdo es conferir a los contrayentes el estado civil de *convivientes civiles* (inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20.830). Junto con ello, los principales efectos personales incluyen la satisfacción de los deberes mutuos de apoyo y contribución a los gastos generados por su vida en común y la consideración de la opinión de uno de los convivientes respecto de actuaciones de terceros que afecten al

12 El Registro Especial de Acuerdos de Unión Civil que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá incluir las siguientes referencias: nombre completo y sexo de los contrayentes; fecha, hora, lugar y comuna en la que se celebra este contrato; y la certificación realizada por el oficial del Registro Civil del cumplimiento de los requisitos establecidos para su celebración.

otro. Esto último es el caso de aquellas situaciones de naturaleza médica, como enfermedades o accidentes, o incluso la disposición de su cuerpo en el caso de donación de órganos y su sepultura (artículo 14 de la Ley 20.830).

Los efectos patrimoniales refieren al régimen patrimonial. La regla general es la separación total de bienes entre los convivientes, a menos que en el momento de celebrarse el AUC pacten expresamente su sometimiento a un régimen de comunidad.¹³ En ese caso, el régimen puede ser posteriormente sustituido por el de separación de bienes, mediante un pacto entre los convivientes, otorgado por escritura pública, el cual surtirá efectos entre las partes y respecto de terceros desde que dicha escritura se subinscriba al margen de la inscripción del acuerdo de unión civil, lo que debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación (inciso cuarto del artículo 15 de la Ley 20.830). En cuanto al régimen de los bienes, aquellos adquiridos a título oneroso durante la vigencia del AUC se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, con excepción de los muebles de uso personal necesarios del conviviente que los ha adquirido.¹⁴ Asimismo, para los efectos del acuerdo, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado, y a la comunidad formada por los bienes adquiridos a título oneroso se aplicarán las reglas del cuasicontrato de comunidad. Cabe destacar que la liquidación de los bienes comunes se puede efectuar de común acuerdo por los propios convivientes o sus herederos, y puede ser sometida al conocimiento de un juez partidario con el carácter de árbitro arbitrador (artículo 22 de la Ley 20.830).

Otros relevantes efectos civiles tienen lugar en materia de filiación y sucesión. En el ámbito de la filiación, cabe destacar que su tratamiento en la ley es más bien tangencial, pues la finalidad del acuerdo está esencialmente centrada en la pareja de los convivientes más que en la generación de efectos familiares o de parentesco. Sin perjuicio de ello, el artículo 4 de la Ley 20.830, en concordancia con el artículo 42 del Código Civil, dispone que, «entre un conviviente civil y los consanguíneos de

¹³ Aplican en este caso las normas del párrafo tercero del título XXXIV del libro IV del Código Civil, referidas al cuasicontrato de comunidad y las disposiciones contenidas en los números 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 20.830.

¹⁴ Véase artículo 15, números 1, 2 y 3, de la Ley 20.830.

la persona con la que está unida por un acuerdo de unión civil existirá, mientras este se encuentre vigente, parentesco por afinidad».

Por su parte, en materia sucesoria, el legislador dispone que cada conviviente civil, «será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente», lo que comprende la calidad de asignatario de la cuarta de mejoras (artículo 16 de la Ley 20.830).

Finalmente, el legislador reconoce diversos efectos de carácter social, por ejemplo: el reconocimiento de la condición de carga de un conviviente respecto del otro; la extensión al conviviente de la calidad de beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobrevivencia contemplada en el artículo 5 del Decreto Ley 3.500 (sistema de pensiones); el beneficio de exención de posesión efectiva para retirar saldos en determinadas cuentas del causante; la inclusión del conviviente civil como parte del grupo familiar para efectos de la política pública de concesión de beneficios solidarios; el beneficio reconocido al conviviente civil de un funcionario público de percibir la remuneración de su conviviente en caso de deceso; y la participación en la gestión para adquirir viviendas en programas habitacionales estatales.¹⁵

Término del acuerdo de unión civil

El acuerdo de unión civil termina por:

- Muerte natural o presunta de uno de los convivientes civiles.
- Matrimonio de los convivientes civiles entre sí cuando proceda.
- Declaración judicial de nulidad del acuerdo.
- Mutuo acuerdo de los convivientes civiles.
- Voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles.

Conforme dispone el artículo 28 de la Ley 20.830, el efecto principal de la terminación del acuerdo es poner fin a todos los derechos y obligaciones cuya titularidad y ejercicio deriven de la vigencia del contrato. Cabe señalar que, al igual que en el caso de la terminación del matrimonio civil, el artículo 27 de la ley reconoce la posibilidad de demandar compensación económica, en términos similares a lo dispuesto por la Ley de Matrimonio Civil del 2004, y que sean cumplidos los mismos

¹⁵ Véase los artículos 29, 30, 32, 33, 37 de la Ley 20.830.

requisitos, en particular la determinación del menoscabo económico. En ese sentido, dispone el artículo 27:

Si como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los convivientes civiles no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podría y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el término del acuerdo por las causales señaladas de las letras d), e) y f) del artículo precedente,¹⁶ se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la Ley 19.947.¹⁷

Con todo, si el acuerdo terminare por aplicación de lo previsto en la letra e) del artículo 26 de esta ley,¹⁸ la notificación de la terminación unilateral deberá contener mención de la existencia de este derecho, así como la constancia de la fecha en que fue subinscrita la terminación. En este caso, la compensación económica podrá demandarse ante el tribunal de familia competente, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha de subinscripción de la terminación del acuerdo de unión civil en el registro a que hace referencia el artículo 6.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo entre el matrimonio y el acuerdo de unión civil (**tabla 1**), que facilita conocer sus diferencias y permite caracterizar ambos estatutos civiles.

¹⁶ Las letras d), e) y f) del artículo 26 refieren al término del acuerdo de unión civil por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles y por declaración judicial de nulidad del acuerdo, respectivamente.

¹⁷ Referidos a la determinación de la existencia del menoscabo económico, la cuantía de la compensación y la forma de pago, principalmente.

¹⁸ Referida a la voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles.



Tabla 1. Cuadro comparativo entre el matrimonio y el AUC

	Matrimonio	Acuerdo de unión civil
Propósito del instituto normativo	Régimen civil de la unión afectiva y sexual de pareja, ordenada de manera funcional principalmente hacia la finalidad de formación de una familia. Es un estatuto civil basal de la constitución familiar.	Régimen civil de la unión afectiva de pareja. Es un estatuto civil de la unión de pareja.
Motivación causal	La motivación causal es el establecimiento del vínculo conyugal. El compromiso mutuamente expresado en torno a los fines del contrato de matrimonio es esencial.	La motivación causal es el afecto. El afecto mutuamente declarado es esencial.
Finalidades	La procreación es un fin del matrimonio. Las relaciones sexuales califican de modo ordinario la unión matrimonial en función del cumplimiento de la finalidad de procreación.	La procreación no es un fin del acuerdo de unión civil.
Funcionalidad familiar	El matrimonio tiene como propiedad la indisolubilidad intrínseca, y el carácter de perpetuidad, funcionales a la crianza de la prole.	El acuerdo no posee elementos o propiedades relacionados directa y explícitamente con la funcionalidad familiar.
Deber de fidelidad	Existe como deber jurídico mutuo de los cónyuges.	No existe como deber jurídico de los convivientes.
Representación en la celebración	En el caso del matrimonio en forma religiosa no está permitida la celebración mediante apoderado.	La celebración mediante apoderado es posible.
Régimen económico	El régimen patrimonial general es la comunidad de bienes.	La comunidad de bienes debe ser expresamente indicada. En caso contrario aplica la separación total de bienes.
Disolubilidad	Procede mediante acreditación de cumplimiento de una causal legal. La disolución por divorcio es realizada por medio de una sentencia judicial	Es disoluble por mutuo acuerdo.

El matrimonio: Visión general de la institución, sus fundamentos y su justificación jurídica y social

Concepto

El matrimonio es un estatuto legal, basado en un contrato, que regula las relaciones entre dos personas —un hombre y una mujer en el derecho matrimonial tradicional— justificado por el alto interés social comprometido y por el cual vela el Estado en función del bien común.

El matrimonio, en sus dos dimensiones, como acto jurídico y como estado de vida que inicia con dicho acto, constituye objeto de interés del

derecho de familia, del derecho sucesorio, del derecho de los contratos, del derecho de la seguridad social y del derecho tributario, por citar algunas perspectivas disciplinarias propiamente jurídicas.

En el concepto de matrimonio se cobijan las nociones de pacto matrimonial y de estado matrimonial, los que poseen una entidad significativa y materialmente diferenciada (**figura 2**).

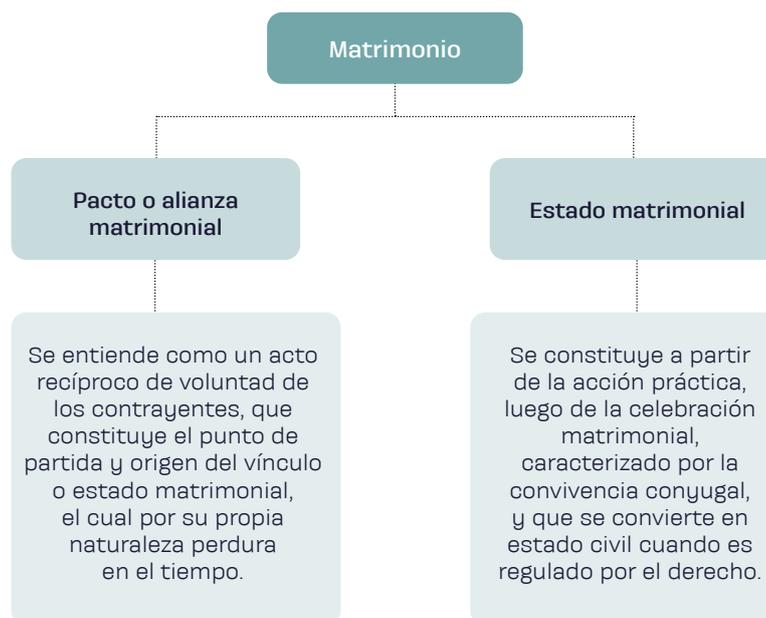


Figura 2. Dimensiones del matrimonio. Fuente: Elaboración propia.

El matrimonio ha sido entendido tradicionalmente como el acuerdo público de un hombre y una mujer para dar legitimidad social a sus relaciones conyugales, estableciendo derechos y deberes correlativos. Su forma particular de regulación en cada realidad social e histórica da cuenta de una notoria evolución que confluye en la actualidad en el matrimonio igualitario, el que muta uno de los elementos tradicionalmente constituyentes de la institución: la diferencia de sexo de quienes lo celebran.

Históricamente, los elementos fundamentales y distintivos del matrimonio han sido la heterosexualidad y la exogamia o prohibición del incesto. Otros fundamentos, declarados a través de la historia y hasta nuestros días, traen consigo un permanente debate sobre su naturaleza jurídica, sobre el carácter público o privado de la institución y sobre el reconocimiento del significado religioso del matrimonio.

La distinción sustantiva del matrimonio respecto de otras formas de unión, como el concubinato, radica en su *legitimidad social* histórica-

mente ligada a criterios dominantes de carácter económico, de alianza social, religiosos y morales. Incluso, se ha llegado a un criterio de mera legalidad formal y sin referencia a un determinado contenido preceptivo, así se aprecia en algunas tendencias actuales, que lo entienden liberado para su regulación autónoma por cada individuo.

Componentes de la idea de matrimonio

Desde la perspectiva de los requisitos exigidos, la noción de matrimonio se ha construido históricamente sobre la base de la *capacidad*, la *voluntad* y la *cohabitación* de dos personas. El matrimonio, en nuestro tiempo, mantiene dichos fundamentos como requisitos para su válida celebración, independientemente del sexo o género de quienes lo celebran.

La exigencia de una determinada capacidad de los sujetos contrayentes está íntimamente ligada con la tutela de la libertad de la persona, sumando aquí el consensualismo como base ineludible del vínculo matrimonial. La exigencia de la libertad absoluta de las personas que desean contraer matrimonio tiene origen en la relevancia jurídica del consentimiento en los actos jurídicos y en la noción contractual del matrimonio.

La voluntad ha adquirido un renovado realce como componente y requisito esencial del matrimonio, marcando una tendencia en el derecho matrimonial contemporáneo, a la par del respeto de las decisiones personales que son reconocidas como una parte del ámbito interno de los individuos. En particular se realza la relevancia del *ius connubii* —o derecho humano al matrimonio— y la motivación que induce a contraer matrimonio, tenga esta un carácter económico, religioso, afectivo sensorial o de genérica alianza.

La cohabitación o convivencia estable es el hecho jurídico sobre el cual se asienta el estado matrimonial y que permite la satisfacción de los fines tanto tradicionales como contemporáneos del instituto matrimonial. La convivencia de los cónyuges supone la realización de las acciones afectivas y de las relaciones sexuales que determinan la especificidad nuclear del matrimonio, además de la protección y ayuda mutua.

¿Es relevante para el derecho civil la motivación que induce a una persona a unirse en matrimonio? Al respecto, la tendencia dominante en la doctrina tradicional ha negado valor jurídico a la exigencia de expresión de una causa o motivación para celebrar el matrimonio, considerando que las incertidumbres que la teoría de la causa genera en el

derecho civil, se transfieren acrecentadas al derecho matrimonial. Sin embargo, podría existir base para su apreciación, especialmente si se considera el afecto recíproco como causa sustentadora de la relación matrimonial. Esta última propuesta no es pacífica si se tiene en cuenta que legislar sobre la base de un sentimiento —el amor o afecto recíproco— es complicado, principalmente, por la precariedad que implica basar una institución jurídica en una emoción naturalmente variable en el sujeto que la experimenta.

¿Existe una relación entre el matrimonio y la familia? Desde la perspectiva civil tradicional, el matrimonio ha sido considerado como la base principal sobre la cual se funda una familia, bien jurídico tutelado por medio de normas de orden público que configuran un *favor iuris* o privilegio de este contrato respecto de otros que persiguen objetivos que, en una visión general, pudieran guardar similitudes. En general, las leyes de matrimonio civil otorgan un privilegio a esta institución respecto de otras formas de unión de pareja, declarando que constituye la base de la familia, pero sin que tal afirmación implique un rechazo a otras maneras o formas de constituir una familia.

Esta perspectiva es correcta si se basa en asumir que la relación entre familia y matrimonio se establece a partir de la aceptación de la prelación de la comunidad familiar sobre la institucionalidad matrimonial. Una visión contraria solo contribuye a fortalecer una percepción crítica de la familia, marcada por el discurso esencialista que postula al matrimonio como constitución de la familia y, consecuentemente, su disolución como la disgregación familiar, es decir, todo lo contrario de considerar, correctamente, que la legitimidad social del matrimonio es el hecho familiar.

¿Cuál es la naturaleza jurídica del matrimonio? Las posiciones en torno a la naturaleza jurídica del matrimonio han evolucionado a la par de las condiciones previstas para su legitimación social en cada momento histórico determinado. De este modo, la evolución desde la naturaleza sacramental religiosa que lo caracterizó históricamente en el mundo cristiano europeo latino, hasta el predominio contemporáneo de la perspectiva institucional-contractual, permite resaltar dos hitos que inciden en la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio. Primero, la desacralización del matrimonio en la Roma imperial y su carácter eminentemente práctico, centrado en la concurrencia de la *affectio maritalis* y de un requisito factual, la convivencia. Luego, el advenimiento del

cristianismo que, por medio del derecho canónico, introdujo —durante un largo tiempo— dos elementos determinantes en la concepción dominante sobre el matrimonio: la indisolubilidad, como elemento esencial derivado del carácter sacramental, y la noción de contrato, entendido como acto emergente de una decisión libre de la persona capaz.

Contractualismo e institucionalidad del matrimonio

El debate doctrinario y judicial sobre la naturaleza jurídica del matrimonio ha tenido dos pilares principales, con sus consiguientes derroteros: la postura que considera al matrimonio esencialmente como un contrato y la que lo considera como una institución. Ambas visiones tienen implicancias teóricas y prácticas, y son determinantes para fijar una posición frente a los efectos de las reformas recientes al derecho de familia, en general, y al derecho matrimonial, en particular.

Posiciones contractualistas

Las posiciones contractualistas han postulado que, sin perjuicio de la relevancia social que ostenta y del significado que se le pueda atribuir desde una perspectiva religiosa, el matrimonio es un contrato, en la medida en que exige el concurso de voluntad de las y los contrayentes y que participa de todos los elementos esenciales de los contratos. Además, le son aplicables la teoría de la nulidad, la teoría de los vicios del consentimiento y las formas de terminación de los contratos, incluyendo el mutuo acuerdo de las y los contrayentes.

Destacan como críticas a la posición contractualista la profusa y ramificada regulación del matrimonio que constriñe la autonomía de la voluntad como principio de la contratación y que constituye una manera de justificar la intervención del Estado en el matrimonio. ¿Podría considerarse que el matrimonio es un contrato especial, concretamente un contrato de derecho de familia? Así lo considera al menos Cicu (1947), quien sostiene que el matrimonio comparte los caracteres del negocio jurídico en tanto que en ambos es necesario que la manifestación de voluntad se encuentre dirigida a un propósito que constituye la materia del respectivo negocio.¹⁹

¹⁹ La tesis es desarrollada a lo largo de su obra *El derecho de familia* de 1947, a su vez es criticada por De Ruggiero, 1977: 69.



El matrimonio como institución

En un sentido diferente, entrado el siglo XX, un sector de la doctrina reaccionó contra la concepción contractualista y sostuvo que el matrimonio no es un contrato, sino una institución, es decir, una situación jurídica cuyas normas están fijadas anticipadamente por el legislador, independientemente de la voluntad de los interesados, los que solo adhieren a ellas.

En esta concepción, las personas son libres para consentir en el matrimonio y otorgar su adhesión a dichas normas, pero una vez que este es celebrado, los efectos de la institución se producen automáticamente, con lo cual la relación matrimonial no podrá ser variada, interrumpida o concluida, ni aun en el supuesto de concurrencia de las voluntades de ambas partes. Aquí se limita la autonomía de la voluntad, restringiéndola exclusivamente a la adhesión a un proceso institucional iniciado, luego de lo cual la voluntad es impotente para modificar los efectos de la institución, los que se producen de manera automática.

Desde esta perspectiva, el matrimonio puede considerarse como un conjunto de reglas impuestas por el Estado, al que los individuos solo adhieren, sin posibilidad de modificarlas, y en que los efectos no dependen de su voluntad sino del propio Estado. En este sentido, serían normas de derecho público y, por tanto, no disponibles para las partes. La justificación de la postulación del carácter institucional del matrimonio radicaría en fundar con solidez la exigencia de indisolubilidad.

Teorías eclécticas

Otras visiones, de carácter mixto, postulan que la alternativa entre contrato e institución desaparece cuando se realiza la distinción entre el acto de celebración del matrimonio y el estado familiar constituido por dicho acto; es decir, entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, aludiendo al momento fundacional del pacto y al pacto mismo, al matrimonio que se hace y al matrimonio ya hecho.

Desde esta perspectiva, el matrimonio comprende una parte contractual y otra institucional de carácter social. El acto de constitución del matrimonio es un contrato —o negocio jurídico bilateral si se prefiere—, pues al igual que los contratos de naturaleza patrimonial, los requisitos que establece la legislación civil para su validez son plenamente



aplicables. Por su parte, el estado de vida en pareja o familiar que se constituye a partir del matrimonio es una institución social, fundada en el consentimiento de las partes, involucrando la regulación del soporte económico de la nueva comunidad y las relaciones entre sus miembros.

El matrimonio como sociedad

Finalmente, otras explicaciones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio lo han asimilado a una *sociedad*, calificando a las y los cónyuges como copartícipes de una suerte común y de unión solidaria, como un acto de Estado, que reconoce un estado civil a las personas naturales, y como un consorcio entre el Estado y los contrayentes (Ramos Pazos, 2010: 16). Esta aseveración se fundamenta en considerar que, dado que aquí juegan los intereses de las y los contrayentes y del Estado, aunque prepondera el de las y los contrayentes, es el Estado —a través de él o la funcionaria estatal— el que une a las partes en matrimonio.

La asimilación progresiva del matrimonio a los contratos disponibles en el derecho occidental constituye una tendencia en la cual destacan la opción legal de disolver el vínculo matrimonial sin expresión de causa y la disponibilidad del matrimonio, entendido como un contrato abierto a la recepción del contenido que mejor se adecúe a la motivación afectiva del sujeto contrayente. El contractualismo, en este sentido, desplaza las consideraciones antes dominantes, pues facilita la recepción de nuevas valoraciones sociales, como los intereses particulares de los distintos tipos de familias y de las comunidades en las cuales se insertan, mutando el anterior predominio moral y jurídico de una realidad ético-social que no se basaba estrictamente en la voluntad individual.

Elementos y propiedades del matrimonio

El concepto de matrimonio, desarrollado por la doctrina especializada en derecho matrimonial, ha considerado como elementos definatorios la diferencia de sexo y la unidad de quienes contraen el vínculo. Asimismo, ha reconocido como propiedades —atributos o cualidades esenciales— del matrimonio la fidelidad y la indisolubilidad del vínculo.

Las reformas que sucesivamente han configurado el nuevo derecho del matrimonio en Europa e Hispanoamérica, en su mayoría han reconocido legalmente la posibilidad de celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo o género y han determinado, en consecuencia,



la necesidad de revisar estos elementos y propiedades del matrimonio, cuya vigencia ha sido severamente cuestionada o, derechamente, concluida. Analizaremos la relevancia de estos cambios incluidos dentro de la sistemática del matrimonio civil.

La unión basada en la diferencia de sexos y el impacto de la noción de matrimonio igualitario

Tradicionalmente, el matrimonio ha sido concebido como el vínculo jurídico que se establece entre un hombre y una mujer, excluyendo las uniones entre personas del mismo sexo como base del matrimonio.

En esta visión tradicional, las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer han sido —junto con la voluntad expresada en el consentimiento matrimonial— una de las bases estructurales de la institución, fundamento a su vez de la comunidad familiar. En esta doctrina, se ha sostenido que la diferenciación sexual explica la atracción física y síquica entre un hombre y una mujer, de donde se desprende como algo «natural» que ambos decidan vivir juntos y fundar una familia.

De esta forma, la heterosexualidad constituye un fundamento de base antropológica del matrimonio, que considera como principios la diversidad de la modalización sexual de la persona humana, la complementariedad de tal diferenciación y la «inclinación natural» de los sexos entre sí en orden a la generación.

Las finalidades previstas en la norma jurídica se satisfacen cuando se cumplen las condiciones óptimas para facilitar la procreación, unida indisolublemente al propósito de asegurar la reproducción de la especie humana. Este objetivo —vivir juntos y fundar una familia (junto con la complementariedad de los sexos como finalidad en sí misma)— ha sido el fundamento principal del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial civil. El objetivo es, a la vez, coherente con los valores sostenidos por la mayoría ciudadana, constitutivos de una conciencia colectiva en un sistema democrático.

Sin embargo, la evolución valórica sobre la materia, inicialmente en Europa y luego también en América, ha determinado progresivamente la aceptación social, primero, de un debate público sobre la unión homosexual y luego de su correlato jurídico. Este correlato primero fue expresado en pactos civiles de convivencia sin distinción genérica y luego en la supresión del requisito de diferencia de sexo para celebrar matri-

monios civiles, bajo la denominación comunicacional de *matrimonio igualitario*. En la actualidad, en el derecho civil chileno, el elemento de diferencia de sexo no tiene aplicación legal luego de la entrada en vigor de la Ley 21.400 en 2021.

En varios sistemas legales, entre ellos el chileno, la eliminación contemporánea del elemento de diferencia de sexo ha considerado, entre otros fundamentos, que el objetivo de vivir juntos y fundar una familia no está ligado imprescindiblemente a la fecundidad de la relación heterosexual, como lo demuestra la posibilidad de la adopción y el reconocimiento histórico del matrimonio en artículo de muerte.

Asimismo, el argumento expresado en torno a la coherencia del sistema civil ordenador de la unión de pareja con los valores sostenidos por la mayoría ciudadana, aplica también en el caso del matrimonio igualitario. Así, la noción de diversidad de la modalización sexual de la persona humana no restringe, sino más bien brinda un argumento en favor de la inclusión de la homosexualidad como una modalidad propia de la naturaleza humana, asumiendo que la complementariedad de quienes integran una pareja no depende de la diferencia de sexo ni de roles predeterminados, así como la inclinación natural de los sexos entre sí en orden a la generación no afecta a realzar otras motivaciones y finalidades de la unión matrimonial.

Considerando lo anterior, el término matrimonio igualitario es la denominación usual para referirse al matrimonio civil desprovisto del elemento de diferencia de sexo y centrado por tanto en el vínculo jurídico que se establece entre dos personas unidas por una relación afectiva y sexual, quienes, independientemente de su sexo o género, expresan su voluntad para convivir y formar una familia.

Finalmente, se ha enfatizado que la institución matrimonial civil debe considerar igualitariamente los afectos que concurren en los partícipes de la unión matrimonial, siendo inválida toda pretensión estatal de calificar el tipo de sentimiento recíproco entre las y los contrayentes civiles.

La unidad del matrimonio y la prohibición legal de la poligamia

La unidad es un requisito o propiedad esencial del vínculo matrimonial, cuya principal consecuencia se expresa en el impedimento de contraer nuevas nupcias civilmente válidas cuándo existe un vínculo matrimonial previo no disuelto. La unidad consiste en que las partes que se unen

en el matrimonio sean una persona por cada parte, rechazando la pluralidad de individuos que exceden a la pareja formada por dos personas.

En el derecho matrimonial tradicional, este elemento se traduce en el requisito que exige la participación de un solo hombre con una sola mujer, consecuencia deducida de la naturaleza y fines del matrimonio, ya que solo de esta manera puede el matrimonio cumplir su función de integración de los sexos y sus fines de mutuo auxilio, procreación y educación de la prole.

En la actualidad, especialmente en los países que junto con establecer el matrimonio igualitario procuraron brindar tutela jurídica al principio de libertad religiosa, el tema ha quedado abierto en sus consecuencias, especialmente si la redacción normativa induce a interpretaciones extensivas, como en el caso chileno con la expresión «dos personas».

Relacionada con la unidad, tiene interés la debatida cuestión de la ilegalidad de la poligamia, referida a la simultaneidad de dos o más matrimonios con igual pretensión de validez civil. Actualmente, en el derecho chileno la poligamia es ilegal, pues la unidad excluye la simultaneidad de vínculos, se trate ya de otro matrimonio o simplemente de un concubinato.

Sobre el fundamento que asiste a la prohibición de la poligamia, cabe señalar que la tolerancia social, más o menos amplia, respecto de uniones paralelas al margen del matrimonio, nunca ha repercutido en un demanda de legalización de formas polígamas. Más aun, estas formas son rechazadas por contradecir el principio de igualdad en su aplicación a la dignidad personal del hombre y de la mujer, la que —en la perspectiva binaria— es afectada en el evento de ser contraído el vínculo matrimonial por un hombre con varias mujeres o viceversa, el hombre que es afectado si una mujer tiene vínculos con varios hombres. El fundamento de su prohibición radica en considerar que la poligamia constituye un error de la concepción misma del matrimonio, ya que exige suponer que uno de los sujetos que contrae el vínculo no goza de una dignidad suficiente que permita justificar una entrega completa, única y excluyente del otro u otra.

Desde la lógica paradigmática de la afectividad, la persona destinataria del impulso sentimental puede, naturalmente, ser un sujeto de atención, más de un sujeto de atención, varios sujetos de atención o una sucesión de sujetos de atención. El amor, por tanto, puede ser dirigido a varias personas, planteando el problema jurídico sobre la validez de la



poligamia en la sociedad occidental, y en Chile en particular, y configurando una proyección de la heteronomía que entra en directa colisión con la autonomía que deriva del predominio progresivo de la afectividad como fundamento de la decisión vincular del sujeto.

Exclusividad y fidelidad

El matrimonio se concibe como una unión exclusiva entre las y los cónyuges, entendida como un bien jurídico que es protegido por el deber de fidelidad.

La fidelidad se entiende como el requerimiento y deber de exclusividad entre las y los cónyuges respecto de las relaciones sexuales y de las manifestaciones afectivas propias de la relación de una pareja. Su vigencia como principio ordenador de las relaciones de pareja en el seno de la sociedad ha sido protegida jurídicamente mediante la sanción penal y civil del adulterio, esto es, el acto de sostener relaciones sexuales con varón o mujer que no sea su cónyuge. La exclusividad, carácter esencial del matrimonio protegido por la fidelidad, se identifica con el amor conyugal total, afirmado como una exigencia elemental de la naturaleza biológica y personal del ser humano, aun cuando los detractores de dicha posición suman mayoría, amparados en el análisis particular de su comportamiento histórico.²⁰

Respecto de los efectos del deber de fidelidad, cabe considerarlos en una doble dimensión. Primero, la fidelidad conlleva un deber de recíproca disponibilidad de las y los cónyuges para las relaciones sexuales, el que incluye el derecho y el deber de consumar el matrimonio. Segundo, implica un deber de exclusividad de las relaciones sexuales entre las y los cónyuges, debiendo abstenerse ambos de sostener tales relaciones con terceras personas.

Estabilidad en el matrimonio e indisolubilidad

La propiedad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial asume el convencimiento previo de las y los cónyuges de suscribir un compromiso cuya duración es vitalicia, justificado por la necesidad de estabilidad que exige el matrimonio. Entendida como la perpetuidad del vínculo

²⁰ En los primeros, considérese Lacruz (2010: 65) y Viladrich (1997: 90). En contrario, Bianchi (2005: 107-120).



conyugal constituido válidamente, la estabilidad es un criterio ordenador y una propiedad caracterizadora del matrimonio.

La doctrina reconoce dos dimensiones principales de la indisolubilidad, las que involucran a su vez dos efectos relevantes: un compromiso de estabilidad de la relación y un compromiso matrimonial asumido a perpetuidad. La indisolubilidad así entendida asume que la aplicación de cualquier modalidad, especialmente las de tipo condicional, conspira contra el principio. Lo mismo con la posible celebración de un matrimonio a plazo; en efecto, el denominado matrimonio a prueba —que es también una forma de matrimonio sujeto a condición— constituye un rechazo al propósito de estabilidad.

La indisolubilidad se interpreta como un compromiso matrimonial asumido a perpetuidad. Se asume que el matrimonio es celebrado con la intención de procurar su proyección por toda la vida de las y los cónyuges, como una consecuencia de la donación total que comprende el pacto conyugal, y que en este caso se proyecta a la totalidad existencial. Por tanto, conspira contra esta dimensión el matrimonio temporal, es decir, aquel celebrado por un lapso determinado, como el que se aprecia en los matrimonios previamente concertados, simulados o de complacencia, que persiguen principal o únicamente otorgar la nacionalidad de uno de los cónyuges al otro.

Un debate abierto se relaciona con la aparente antinomia entre la indisolubilidad como propiedad matrimonial y la legalización del divorcio vincular. Una clave útil para resolver este problema es considerar la distinción —elaborada a partir de la doctrina del derecho canónico— entre disolubilidad interna y disolubilidad externa. En efecto, la disolubilidad interna admite que las y los cónyuges, por su mera voluntad, puedan disolver el vínculo matrimonial válidamente contraído, en tanto que la disolubilidad externa requiere de una tercera persona que goza de autoridad suficiente y que competentemente declara la disolución del matrimonio.

Una cuestión de interés se ha abierto con ocasión de la factibilidad de incluir en los pactos prenupciales un compromiso de las y los cónyuges en orden a no recurrir al divorcio, cuando este se encontrare entre las opciones legales de resolución de las crisis conyugales. La justificación de esta posibilidad se basa en la libertad contractual y en su utilidad para precaver una eventual causal de nulidad canónica —en el caso de



contrayentes de religión católica— por afectar precisamente la propiedad esencial de la indisolubilidad del matrimonio, mediante el acto de reserva del divorcio, que se traduce en simulación. En contra se ha señalado que este tipo de cláusulas privan del derecho de terminar el contrato por la misma vía y razones que motivaron su celebración, particularmente por la concurrencia o desaparición de las razones tenidas en consideración por los cónyuges para celebrarlo, entre ellas la existencia (y desaparición) del afecto. Además, este acuerdo presume el fracaso del compromiso, posibilidad que en los hechos es el fundamento para legalizar el divorcio. La inclusión legal en Chile de este tipo de cláusulas fue rechazada durante la tramitación de la Ley de Matrimonio Civil que se promulgó en el año 2004 .

Fines del matrimonio

El matrimonio ha evolucionado de una unión con carácter de alianza entre familias para cumplir un propósito y contenido marcadamente económico y de seguridad, pasando por el periodo romano clásico en que la existencia del matrimonio se basaba en el concurso de la afectividad y de la cohabitación mientras ambas duraran, hasta derivar en el matrimonio consensual moderno que persigue fines eminentemente ligados a la formación de una familia, la convivencia sexual y la ayuda mutua.

Contemporáneamente, la tendencia a la disponibilidad del contenido de la institución matrimonial, y por tanto de sus fines, ha flexibilizado en extremo su justificación finalista, manteniendo un mínimo común denominador en la unión afectiva y la convivencia sexual.

Como se ha adelantado, los fines del matrimonio han comprendido como núcleo la procreación y las relaciones sexuales, diferenciándose la apreciación en una y otra sede respecto de la eventual prioridad asignada a un fin respecto de otro, así como en las finalidades secundarias que cada cultura ha constituido en torno de estas dos finalidades esenciales.

Las fórmulas propuestas para señalar la finalidad del matrimonio son diversas. Así, respecto de la procreación, se considera que su inclusión finalista se relaciona con una concepción social del matrimonio, en tanto que respecto del auxilio mutuo y la vida en común, se considera que ambas finalidades están enfocadas primariamente en el beneficio de los individuos contrayentes. La fórmula recogida en el Código Civil chileno



es trilateral, pues distingue como fines del matrimonio la generación o reproducción, la convivencia y el mutuo auxilio.²¹

El contexto histórico ha sido determinante en el asentamiento de diferencias conceptuales y valorativas. Las finalidades atribuidas al matrimonio han sufrido el impacto de las actuales concepciones sociales dominantes sobre la familia, la pareja y el matrimonio.

Tradicionalmente, en la sociedad, la entidad familiar se ha justificado en la continuidad generacional expresada en la existencia de unos intereses familiares y económicos que debían ser atendidos. En consecuencia, se determinó que el matrimonio debe facilitar y preservar la reproducción dentro de un cierto marco razonable a los ojos del legislador, entendiendo este que dicha razonabilidad estaba dada por la exclusividad de las relaciones sexuales, el conocimiento público de las relaciones de filiación y la legitimidad consiguiente que, como paraguas protector, garantizaba el matrimonio. Por tanto, coinciden en la visión tradicional de las finalidades del matrimonio: la provisión de un marco socialmente aceptable para las relaciones sexuales, para la procreación y subsiguiente educación de la prole y el mutuo auxilio de las y los cónyuges.

La procreación es uno de los fines tradicionales atribuidos al matrimonio, lo que justifica la gran importancia social del vínculo jurídico conyugal, al reconocerlo como base de la constitución familiar. En una concepción compleja, la procreación es la disposición voluntaria y comprometida de fundar una familia, con hijas o hijos naturales o adoptivos, aceptándolos, criándolos y educándolos. Como finalidad del matrimonio, se proyecta en la crianza y educación de las hijas e hijos, lo que supone asegurar por parte de ambos padres o madres,²² la realización de todas las acciones que les sean posibles para brindar bienestar a su descendencia. La voluntad de proceder en este sentido se manifiesta en el momento en que se expresa el consentimiento matrimonial, considerando las condiciones personales de cada contrayente, como su edad, factor que puede incidir en la postergación temporal de la decisión de tener hijos.

²¹ Dispone el artículo 102 del Código Civil: «El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente».

²² «Segundo Juzgado de Familia de Santiago acoge reclamación de maternidad y ordena inscripción de hijo de pareja lesbomaternal», *www.pjud.cl*, 23 de julio de 2021, disponible en <https://bit.ly/3Qhp3j4>.



Se ha cuestionado la finalidad de procreación, principalmente, por la valoración prioritaria del afecto mutuo entre dos personas, como razón y fin del matrimonio. Se ha argumentado en tal dirección, mencionando los ejemplos de matrimonios celebrados en situación de muerte inminente,²³ y en general, los matrimonios celebrados por adultos mayores, cuya edad dificulta y disminuye las posibilidades de engendrar hijos de modo natural. Sin embargo, los argumentos precedentes se devuelven en contra de la impotencia perpetua e incurable, es decir, la incapacidad de realizar el acto conyugal con todos sus elementos esenciales y que es incurable por medios ordinarios lícitos que no hagan peligrar la vida o sean perjudiciales para la salud de un modo grave, circunstancia que figuraba en la antigua ley como impedimento absoluto para celebrar el matrimonio.

La valoración contemporánea del sentimiento afectivo como motivación justificante del matrimonio es uno de los factores de mayor incidencia en la nueva apreciación de los fines de esta institución. En efecto, la revalorización del vínculo afectivo tiene relevancia tanto para constituirlo —particularmente si se acepta la aplicación de la noción de causa— como para asegurar su permanencia, derivándose a partir de ello la finalidad de satisfacción en mayor o menor grado de las expectativas ligadas a la afectividad. Sobre esta base, tanto la inexistencia de afecto como su insatisfacción plena se han considerado causales suficientes para demandar la disolución del vínculo.

23 «La difícil historia de amor que unió a Pedro Aguirre Cerda y su prima Juana hasta la muerte», *La Tercera*, 13 de febrero de 2023, disponible en <https://bit.ly/3OwGPom>.



Capítulo 2

Régimen legal del matrimonio: Desarrollo particular del matrimonio como acto jurídico

Introducción al régimen legal del matrimonio

Este capítulo trata sobre el régimen legal del matrimonio, esto es, la configuración del sistema nacional a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Matrimonio Civil (LMC o Ley 19.947), en 2004, sistema que fue reformado por algunas leyes que le sucedieron y de manera sustantiva por la Ley 21.400, que estableció el matrimonio igualitario en 2021 (figura 1).¹

Para una revisión del régimen civil del matrimonio es necesario tener presente el estudio dogmático del apartado precedente, que ilustra sobre los fundamentos de los institutos aquí descritos y sobre las complejidades involucradas en las reformas posteriores.



Figura 1. Evolución del vínculo conyugal en Chile.
Fuente: Elaboración propia.

¹ Para la evolución del régimen civil del matrimonio en Chile, véase Del Picó (2015: 37-72).

El matrimonio como acto jurídico

Definición legal del matrimonio

El matrimonio es definido legalmente en el artículo 102 del Código Civil, concepto legal no modificado durante casi 150 años, hasta 2021. El texto actual de la norma es el siguiente:

El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas [antes decía «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.

Son elementos de la definición legal de matrimonio civil:

- Su consideración contractual y solemne, determinando la aplicación de los requisitos generales de la teoría del contrato, así como el carácter esencial de las formalidades prescritas.
- Su constitución por la unión de dos personas, lo que determina la irrelevancia jurídica del género o sexo de los contrayentes para la válida celebración, y la consideración implícita de la unidad como elemento, a diferencia del carácter explícito de la redacción precedente ya derogada.
- La caracterización del matrimonio civil por sus propiedades de actualidad e indisolubilidad, las que subsistieron luego de la reforma legal de 2021, y determinan la inadmisibilidad de modalidades al momento de su celebración y la precisión de indisolubilidad intrínseca junto con su disolubilidad extrínseca.
- Su orientación al logro de ciertos fines socialmente valorados, a saber, la convivencia, la ayuda mutua y la procreación, que subsiste de manera explícita, determinando el sentido del contrato.

Características definatorias sustantivas del contrato matrimonial

A partir de un pacto celebrado por sujetos capaces, el contrato matrimonial da origen a una unión o vínculo social reconocido jurídicamente con los caracteres que la propia ley establece. Así, solo son válidas las uniones pactadas por quienes la ley declara capaces y siempre que pres-



ten el consentimiento en la forma debida. Esto distingue al matrimonio del concubinato y de otras formas de unión de pareja.

En la noción de pacto —cuya especificidad es el consentimiento— se comprende el objetivo de constituir una unión de carácter marital, diferente de otro tipo de asociaciones o uniones interpersonales reconocidas por el derecho.

El pacto conyugal es un acto recíproco de voluntad entre contrayentes, que da origen al vínculo o unión matrimonial; no debe confundirse con el vínculo, unión o estado al cual da origen, de carácter interpersonal, privilegiado socialmente y protegido por el Estado. El vínculo, recogido como unión en la definición del Código Civil, es un efecto del pacto que, si se acepta como antecedente, es su causa.

El término unión remite a la vinculación conyugal entre dos personas. La ley lo define además como actual, indisoluble y perpetuo, alejándose así de otras uniones asimilables, como la convivencia de facto. Esta característica fundamentalmente conyugal diferencia al matrimonio de otras uniones, como las de carácter patrimonial, religioso, artístico o político, entre otras.

Naturaleza jurídica del matrimonio civil

El Código Civil emplea la expresión contrato en términos explícitos, por lo que no se admite duda alguna respecto al sentido y alcance eminentemente civil del matrimonio. Este último se define como un contrato de orden público y de adhesión, ya que las partes no establecen libremente las condiciones y efectos del contrato; su celebración implica consentir en su ejecución y elegir al otro u otra contrayente, pero no se puede expresar opinión ni siquiera respecto de sus efectos fundamentales. Debido a ello, se ha preferido clasificar al matrimonio como un contrato en sentido amplio, es decir, como un acto nacido de la voluntad de dos personas y reglamentado por la ley civil.

El derecho matrimonial chileno aplica una concepción del matrimonio que, a la vez que reconoce en él la presencia de la naturaleza contractual, especialmente en el acto de celebración y específicamente en el momento constitutivo, valida también la visión institucional, básicamente referida al matrimonio como estado de vida que reconoce su origen en el acuerdo de voluntades entre cónyuges. A nuestro juicio, tal es el sentido correcto de entender la institución, pues esta se concibe mejor si se



le reconoce una especificidad de contrato del derecho de familia, con las características que este le impone.

Elementos y propiedades que caracterizan al matrimonio en el derecho civil chileno

La definición legal de matrimonio no fue alterada por la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, lo que sí ocurrió luego de la entrada en vigor de la Ley 21.400, en diciembre de 2021. Esta última reguló en igualdad de condiciones el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que afectó directamente el elemento de diferencia de sexo que caracterizaba precedentemente al matrimonio civil. A partir de aquí, en Chile, el matrimonio legal admite ciertos caracteres referidos a sus elementos y propiedades.

Tradicionalmente, el primer elemento distintivo del matrimonio era la diferencia de sexo, la cual hoy es jurídicamente irrelevante, al igual que su extensión a la diferencia genérica. En efecto, actualmente el matrimonio no se define como un vínculo entre un hombre y una mujer en el Código Civil, sino entre dos personas. Hasta diciembre de 2021, el fundamento legal del elemento de diferencia de sexo estaba en el artículo 102 del Código Civil, que disponía expresamente: «El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen».

De manera concordante, la exigencia era reafirmada por la disposición del artículo 80 inciso primero de la LMC, que prescribía lo siguiente:

Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán lo que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.²

El segundo elemento tradicionalmente caracterizador del matrimonio ha sido la unidad. Este elemento subsiste luego de la reforma de 2021, lo que implica que el matrimonio se puede celebrar entre un hombre y una mujer, una mujer y una mujer, un hombre y un hombre, entre

² Corresponde al texto original del artículo 80 de la Ley 19.947, el que fue modificado por el artículo 2 letra c) de la Ley 21.400, publicada en el *Diario Oficial* el 10 de diciembre de 2021, que elimina la frase: «Siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer».

dos personas no binarias, o una persona no binaria y otra binaria. Con todo, por la sustitución de su consagración legal explícita («un hombre y una mujer»), por una implícita («dos personas»), el fundamento legal de la unidad se encuentra abierto a la interpretación judicial. Las consecuencias civiles del requisito de unidad son la aceptación del compromiso de formar una comunidad de vida y el rechazo de la celebración de matrimonios por más de dos personas.

Respecto de la formación de una comunidad de vida, las y los contratantes deben estar capacitados síquicamente para entenderla como tal y asumirla en consecuencia. El caso contrario constituiría el supuesto de la causal de nulidad establecida en el artículo 5 número 3 de la Ley de Matrimonio Civil.³

En cuanto al rechazo de la celebración de matrimonios por más de dos personas, el elemento de unidad implica la nulidad de los matrimonios múltiples, así como la exclusión legal de toda forma de poligamia o poliandría, incluyendo las comunidades afectivas. La prohibición se materializa jurídicamente en la consagración del impedimento de vínculo cuando existe previo vínculo matrimonial no disuelto (artículo 5 número 1 de la Ley 19.947). Si bien el matrimonio, en teoría, puede ser monógamo o polígamo, en el derecho occidental predomina absolutamente la monogamia.

La fidelidad, en tanto propiedad matrimonial, subsiste como una derivación lógica de las finalidades de procreación y vida en común, presumiendo el propósito de ambos cónyuges de sostener relaciones sexuales, con carácter de habitualidad, exclusividad y respeto mutuo. La habitualidad implica que las relaciones sexuales deben sucederse en el tiempo. La exclusividad, que tales relaciones deben producirse únicamente entre las y los dos cónyuges de un modo consentido. Las relaciones sexuales sostenidas (en forma ocasional o permanente) por uno de los cónyuges con otra persona, implican una violación del deber de fidelidad que caracteriza al matrimonio.

Cabe destacar que la derogación del delito de adulterio, algunos años antes de la entrada en vigor de la LMC, ya había restado fuerza a la exigencia

3 El artículo 5 número 4 de la Ley 19.947, dispone: «Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía síquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio».



bilidad del deber de fidelidad. Hoy, su carácter civil declarativo es el único remanente de un deber que ha mutado por su ineficacia jurídica, en norma moral, sometido al escrutinio autónomo de la propia conciencia.

La indisolubilidad, por su parte, ha sido una propiedad distintiva del matrimonio civil chileno, especialmente relevante antes de la Ley de Matrimonio Civil de 2004. Aunque en apariencia se percibe como un contrasentido la permanencia de la mención a la indisolubilidad luego de la regulación del divorcio vincular, existen argumentos a favor de la opción asumida por el legislador:

- Desde la celebración del matrimonio se considera que las y los contrayentes explicitan una voluntad de unión vitalicia, por cuanto este carácter es propio de la especificidad del matrimonio y no de otra forma de convivencia socialmente regulada, como la unión de hecho. Puestos en la situación contraria, nada impediría que el matrimonio pudiese ser acordado con un plazo que incluyera fecha de expiración. La seriedad del compromiso orientado hacia la celebración del matrimonio se manifiesta en la aceptación de esta característica específica del contrato por parte de ambos o ambas contrayentes al momento de su celebración.
- En la legislación chilena el matrimonio no puede ser disuelto por la mera voluntad de una persona o de ambos cónyuges, ya que se exige la concurrencia de una causal prevista en la ley y la posterior dictación de la sentencia judicial que admite el divorcio; es el juez el que dispone la procedencia del divorcio en representación del Estado. Esto determina que el carácter de indisoluble debe ser asumido en su acepción de indisponibilidad por parte de las y los cónyuges en lo que se refiere a los modos de terminación legalmente aceptados.

Las reformas recientes y los caracteres del matrimonio legal

Una mirada general respecto del sistema legal vigente luego de las reformas legales permite destacar algunos aspectos nuevos además de la modificación de la definición legal del artículo 102 del Código Civil.

En tal sentido, además de algunos elementos no discutidos mayormente, como la solemnidad del acto, su naturaleza contractual y los fines de convivencia y ayuda mutua, quedan abiertos al debate:



- La persistencia de la naturaleza civil del vínculo: tal exigencia no fue afectada por la introducción de la forma religiosa como opción válida de celebración del matrimonio, pues sigue siendo uno de los actos regidos por la ley civil, independientemente del derecho de opción reconocido a los contrayentes en lo que respecta al lugar en que se produce el momento constitutivo del vínculo civil.
- La indisolubilidad como carácter definitorio: se entiende vigente en cuanto a su imposibilidad legal en su dimensión intrínseca, esto es, por las y los propios cónyuges.
- La vigencia de la finalidad de procreación: se mantiene su vigencia pese a la introducción del matrimonio igualitario y a la derogación del impedimento de impotencia perpetua e incurable.
- La precisión sobre los alcances del elemento de unidad: debe ser precisada por interpretación sistemática, al perder precisión su referencia legal por la derogación de la redacción precedente de la norma que lo consagraba en términos explícitos.

Los fines del matrimonio y las reformas legales de 2004 y 2021

Las principales reformas legales en el campo del derecho matrimonial chileno han sido la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, que sustituyó a la ley antes vigente desde 1884, y la reciente reforma de 2021, que introdujo el matrimonio igualitario. Sin perjuicio de la evidente incidencia en el régimen de los requisitos exigidos para la validez del matrimonio, ambos procesos reformativos son tributarios de nuevas tendencias dominantes en la disciplina y responden a la evolución de las costumbres sociales, especialmente de los valores que informan y orientan a las instituciones del derecho de familia y la persona, con un sello distintivo marcadamente más liberal.

En tal sentido, si bien los fines del matrimonio no han sido objeto de reforma, al menos en cuanto a la redacción de los textos respectivos contenidos en la definición legal del artículo 102 del Código Civil, lo cierto es que la determinación del sentido y alcance de cada uno de los fines matrimoniales debe ser realizada considerando estas nuevas tendencias, costumbres y valores, incluyendo los sentidos y precisiones que la doctrina ha advertido y que la jurisprudencia ha incorporado competentemente.

Convivencia

Bajo la expresión «vivir juntos», la ley señala como finalidad del matrimonio la vida en común, dando cuenta —como se verá— de la orientación de la convivencia hacia la formación de una comunidad de vida. La concordancia del artículo 102 del Código Civil con las disposiciones de la Ley 19.947 requiere considerar que la unión conyugal, junto con la procreación, tiene como finalidades la convivencia y ayuda mutua entre cónyuges, unidas las tres en la noción de comunidad de vida.

Así, la unión conyugal regulada por la Ley de Matrimonio Civil tiene por finalidad la constitución de una comunidad de vida que, orientada a la procreación y el bienestar de las y los cónyuges, conlleva la ayuda mutua de sus integrantes, generando las mejores condiciones para la crianza de sus hijos e hijas y para proveer el auxilio mutuo en las circunstancias adversas de la vida. La comunidad de vida realiza obras en el interés de ambos cónyuges y de la prole, finalidad que es jurídicamente cautelada. La vida en común, finalmente, supone la voluntad de las y los cónyuges de vivir juntos en una comunidad ligada por el mutuo afecto, aun cuando el derecho no exija ni defina el afecto a propósito del consorcio matrimonial.

La recepción legal del concepto de comunidad de vida tiene lugar por medio del artículo 5 número 3 de la LMC, el que con ocasión de la regulación de los requisitos de validez del matrimonio dispone:

No podrán contraer matrimonio: [...] 3.º Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que, por un trastorno o anomalía síquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio.

La vida en común implica vivir juntos, cuando ello es posible de un modo racional y con una prudente consideración de las dificultades cotidianas de la convivencia. De esta manera, la vida en viviendas separadas por mera voluntad de uno o ambos cónyuges viola este principio.

Procreación

La referencia finalista a la procreación se mantiene invariable, requiriendo precisiones especialmente luego de la reforma de 2021, aun cuando ya la de 2004 anticipó un problema interpretativo con ocasión de la



eliminación del impedimento de impotencia perpetua e incurable. En efecto, la finalidad de procreación pierde eficacia por la derogación del impedimento legal en 2004 y requiere ser interpretada luego de la entrada en vigor de la ley que consagra el matrimonio igualitario en 2021.

La derogación del impedimento —junto con atender la evidencia aportada por los avances experimentados por la ciencia y la tecnología en materia de sexualidad humana y fecundación— fue determinada por la desvalorización pública del ligamen entre matrimonio y procreación, en claro beneficio de la prioridad asignada a la afectividad como fundamento del vínculo conyugal, independientemente de la capacidad de consumir relaciones sexuales procreativas. Ahora bien, sin perjuicio de su eliminación, la impotencia podría, sin embargo, ser alegada como causal de nulidad del matrimonio, con dos fundamentos distintos:

- Su consideración como factor inductor a error por parte de la otra u otro contrayente, concretamente en el supuesto de error en alguna cualidad personal de la otra u otro contrayente (artículo 8 número 2 de la Ley 19.947).
- Su consideración como supuesto constitutivo de la causal de nulidad por incapacidad derivada de trastorno o anomalía síquica.

Auxilio mutuo

La ayuda o auxilio mutuo es una consecuencia directa de la vida en común y del afecto mutuo. Los regímenes económicos matrimoniales, en particular la comunidad de bienes y la sociedad de gananciales, vienen en brindar el necesario soporte económico al compromiso de vida asumido por la pareja.

En cuanto a la afectación de esta finalidad matrimonial por las reformas, cabe señalar que, al igual que ocurre con la convivencia, el auxilio mutuo podría entenderse afectado por la eventualidad de la disolución legalizada del matrimonio a través del divorcio. En su consideración básica, esta finalidad exige la entrega plena de ambos integrantes de la pareja, el deber de una vida sexual exclusiva y excluyente, el deber de apoyo y socorro en circunstancias difíciles y la natural compañía en los acontecimientos que enriquecen la vida en pareja y familia. En tal entendimiento, tanto la convivencia como la ayuda mutua se encuentran involuntariamente limitadas en su proyección en el tiempo, por la vigencia del divorcio.



Caracterización sintética del matrimonio legal

Naturaleza jurídica contractual

Al analizar la naturaleza jurídica del matrimonio, hemos visto las razones que justifican su carácter contractual, a las cuales se une la explícita declaración en tal sentido contenida en la definición del artículo 102 del Código Civil. Esta característica determina no solo la aplicación de la teoría general del contrato, sino, además, lo referido a las formas de terminación, incluyendo por cierto el mutuo acuerdo de los contrayentes. El objeto del contrato matrimonial es la unión conyugal.

Carácter solemne

Para ser válido, el contrato matrimonial debe celebrarse conforme a las formas especiales legalmente previstas. Estas formalidades consideran: la realización de actos preliminares, coetáneos y posteriores a la celebración; la participación de un sujeto con autoridad para conducir la celebración y declarar la efectividad de su realización; la presencia de testigos; y la inscripción posterior del matrimonio en un registro público. A partir de la entrada en vigor de la LMC, el legislador ha permitido que la celebración en sentido estricto, vale decir el momento concreto en el cual las y los contrayentes prestan su consentimiento, pueda realizarse tanto en sede civil como eclesiástica, correspondiente en este último caso a la celebración en forma religiosa regulada por el artículo 20 de dicha ley.

Ausencia de modalidades

La unión derivada del contrato de matrimonio es actual, es decir, produce sus efectos en forma inmediata luego de su válida celebración siendo inadmisibles establecer modalidades como el plazo, la condición o el modo. Particularmente, en cuanto al plazo, no se puede establecer en el acto de celebración un plazo a partir del cual se producirían los efectos y consecuentemente se tornarían exigibles los derechos y deberes del matrimonio, no solo por la naturaleza del instituto matrimonial, sino por contrariar las bases de estabilidad y seguridad del sistema jurídico. Respecto de las cláusulas modales, ninguno de los o las contrayentes puede pretender que se realicen unas ciertas prestaciones por el consen-



timiento que presta. En otros casos, como en el matrimonio religioso, el modo no puede ser asimilado al rito. Finalmente, se entiende que el consentimiento matrimonial es condicionado cuando uno o ambos contrayentes tienen la intención, actual o virtual, de subordinar el nacimiento del vínculo matrimonial al cumplimiento o verificación de una circunstancia o hecho determinado e incorpora esa intención al consentimiento en su proceso de formación.

Irrelevancia del sexo y del género de los contrayentes

En conformidad a la reforma introducida por la Ley 21.400, el matrimonio puede celebrarse entre dos personas del mismo o de distinto sexo o género. En esta parte, nos remitimos a lo dicho en el capítulo precedente, que tiene plena aplicación en el derecho nacional.

Indisolubilidad

La unión conyugal derivada del contrato de matrimonio es legalmente indisoluble, por cuanto el matrimonio no puede legalmente terminarse por la mera voluntad de uno o de los dos cónyuges. Es indisponible para los cónyuges en lo que se refiere a los modos de terminación legalmente aceptados, toda vez que se exige la concurrencia de una causal prevista en la ley y la posterior dictación de la sentencia judicial que —en representación del Estado—admite el divorcio. Como se adelantó, la indisolubilidad debe ser interpretada en esta acepción de indisponibilidad por parte de las y los cónyuges, conocida como disolubilidad intrínseca.

Duración vitalicia

La unión derivada del contrato de matrimonio es, en principio, vitalicia; las y los contrayentes deben expresar solemnemente su voluntad de unión vitalicia, esta expresión es propia de la especificidad del matrimonio y no de otra forma de convivencia socialmente regulada. Se diferencia así, por ejemplo, de la unión de hecho. En concreto, el matrimonio no puede tener fecha de expiración ni es válida la modalidad de matrimonio a plazo.



Orientación al cumplimiento de los fines específicos de convivencia, auxilio mutuo y procreación

El derecho civil chileno ha reconocido como fines del matrimonio, la convivencia o vivencia en común, enmarcada en ella la ordenada realización de la sexualidad conyugal, la procreación —incluyendo aquí la educación de la prole— y el auxilio mutuo. Los tres se aprecian consistentemente como fines esenciales del matrimonio, sin una jerarquización preestablecida.

Requisitos del matrimonio y sistemas matrimoniales

El matrimonio como acto jurídico: Incidencia de las reformas legales

Hemos indicado que el matrimonio puede ser analizado en las dos dimensiones que informan su complejidad: como un acto jurídico y como un estado. En cuanto acto jurídico, es un contrato que se rige —en general— por la teoría del contrato civil, siendo aplicables las normas comunes contempladas en el Código Civil. En cuanto estado de vida, es una institución civilmente regulada, que inicia luego de la válida celebración del contrato y hasta su terminación, en los términos usados por el legislador.

El estudio analítico del matrimonio como un acto jurídico —con mayor precisión, como un contrato— comprende los requisitos que determinan su válida celebración, y la caracterización del sistema legal en que se inscribe. Seguiremos, por tanto, este orden. En tanto acto jurídico de familia regulado por el derecho civil, el matrimonio exige el cumplimiento de un conjunto de requisitos legalmente establecidos para que la producción de efectos civiles sea jurídicamente reconocida, es decir, para que tenga carácter vinculante. Estos requisitos son:

- La existencia de una determinada capacidad de las personas para realizar el acto, relacionada con la función y los fines que la institución procura cumplir.
- La voluntad de las y los contrayentes, que debe concretarse en el «consentimiento matrimonial».
- Las formas o solemnidades que, externamente, deben revestir al acto.



Los requisitos legales para celebrar el matrimonio no afectan el *ius connubii*, toda vez que el legislador cumple con su obligación de cautelar el ejercicio del derecho también respecto de los demás, garantizando su ordenado ejercicio práctico. Asimismo, al velar por la ausencia de impedimentos matrimoniales, se asegura que las y los contrayentes tengan la capacidad necesaria para contraer válidamente un matrimonio.

La Ley 19.947 de 2004 introdujo importantes cambios en el régimen del matrimonio civil, modificando sustantivamente la manera en que la ley de 1884 regulaba la capacidad matrimonial, la formación del consentimiento y el modo de manifestarlo. En materia de capacidad legal destaca el aumento de la edad mínima para contraer matrimonio, la reformulación e introducción de nuevos impedimentos para contraerlo y la posibilidad de manifestar la voluntad de contraer matrimonio por medio de lenguaje de señas. En materia de consentimiento, se refuerza la libertad de las y los contrayentes mediante la actualización de las normas que precaven vicios derivados del error o la fuerza y principalmente en la compleja e integral consideración de las causales de incapacidad. Finalmente, en lo que respecta a las formalidades de la celebración, se introduce uno de los cambios más significativos de la reforma: la aceptación legal de dos formas de celebración del matrimonio con igual eficacia jurídica.

La Ley 21.400 de 2021, por su parte, introdujo el matrimonio igualitario, determinando para tal propósito la derogación del requisito de diferencia de sexo contenida en el Código Civil y, de paso, restando el carácter explícito del elemento de unidad matrimonial. Sin embargo, y pese a existir evidentes contradicciones, la Ley de Matrimonio Igualitario (LMI) no estableció ninguna especificidad necesaria ni diferencia clara con el acuerdo de unión civil, a la vez que no innovó respecto de la sociedad conyugal, dejando subsistente incluso las denominaciones accesorias a la precedente normativa.

Régimen de los requisitos del matrimonio: Importancia jurídica, requisitos de validez y de existencia

Supuestos de inexistencia subsistentes tras las reformas legales

La doctrina nacional ha establecido una distinción básica entre requisitos de existencia y de validez, cuya aceptación ha suscitado un prolongado debate doctrinario, recogido también en los fallos judiciales. Las

condiciones o requisitos que se exigen para la existencia del matrimonio no son los mismos que se necesitan para su validez, puesto que un matrimonio en ciertos casos puede ser nulo y producir, sin embargo, efectos civiles, «porque existe a los ojos de la ley, aunque lleve en sí un vicio que puede dar lugar a la declaración de su nulidad y, como consecuencia, a su disolución; mientras que un matrimonio que no tiene existencia a los ojos de la ley, no puede producir efectos jamás» (Claro Solar, 1945: 296 y 298).

La diferencia entre matrimonio nulo y matrimonio inexistente es relevante por cuanto la calificación de validez refiere a la existencia defectuosa, viciada, de un acto jurídico; el acto existe, pero sin valor para el derecho. El matrimonio es nulo, por vicios de constitución, pudiendo eventualmente ser declarado putativo en presencia de buena fe. En la tradición jurídica chilena, el matrimonio que adolece de nulidad puede gozar del privilegio de producir efectos civiles en favor de los hijos e hijas o, cuando es putativo, en favor de la o el cónyuge que lo celebró de buena fe y mientras su vicio no se declara judicialmente.

Con base en la doctrina que considera la posibilidad de declarar la inexistencia de un acto jurídico, los requisitos para que el matrimonio exista —o requisitos de existencia— son el consentimiento de las partes contrayentes y la solemnidad que debe revestir al acto.

La distinción tradicional ha variado con la entrada en vigor de la Ley 21.400, al legalizar las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, subsistiendo las otras causales de inexistencia. Además de los casos mencionados, el matrimonio sería inexistente en caso de celebrarse con ausencia de un ministro o ministra del culto religioso. La inexistencia no aplicaría en el supuesto de no inscripción para los casos de matrimonio civil celebrados en forma religiosa, por cuanto existiría el matrimonio, aunque privado de sus efectos civiles.

Asimismo, uno de los casos en que aplicaría la distinción entre matrimonio inexistente y nulo corresponde al matrimonio religioso cuyo consentimiento no fuere ratificado dentro del plazo legal ante oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación. Siendo el matrimonio un negocio jurídico solemne, el incumplimiento de la formalidad da lugar a la nulidad, siendo nulo el matrimonio celebrado sin la intervención de un funcionario o funcionaria, así como la presencia de testigos.



Requisitos de validez

Los requisitos de validez matrimonial se encuentran establecidos genéricamente en el artículo 4 de la Ley de Matrimonio Civil, dentro del capítulo II referido a la regulación de la celebración del matrimonio, en los siguientes términos:

La celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes sean legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y que se hayan cumplido las formalidades que establece la ley.

De la lectura de la norma se desprende que los requisitos de validez del matrimonio son:

a) Capacidad matrimonial. Los requisitos de capacidad se encuentran prescritos en los artículos 5, 6 y 7 del primer párrafo del capítulo II de la LMC. Las incapacidades son absolutas cuando afectan a toda persona, y relativas cuando afectan a personas concretas entre sí, lo que permite distinguir elementos de carácter físico (edad, aptitud mental y capacidad de expresión física de la voluntad) y elementos de carácter moral referidos a aspectos de orden ético de la sociedad (ausencia de parentesco próximo y ausencia de vínculo matrimonial válido vigente, entre otros).

Son incapacidades absolutas —o impedimentos dirimentes absolutos— aquellas que inhabilitan a una persona para contraer matrimonio con cualquier otra. Se encuentran establecidas en el artículo 5 de la LMC, en los siguientes términos:

No podrán contraer matrimonio:

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

Por su parte, son incapacidades relativas —o impedimentos dirimentes relativos— aquellas que inhabilitan a una persona para contraer matrimonio con ciertas y determinadas personas. La reforma de 2004 no innovó respecto de las disposiciones derogadas, regulando la materia en los artículos 6 y 7, referidas al parentesco y a razones de indignidad de uno o ambos contrayentes.

El artículo 6 de la Ley 19.947 de 2004,⁴ referido al parentesco:

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 artículo 7, que regula los casos de indignidad, dispone:

El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su cónyuge, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.

Finalmente, las prohibiciones legales —denominadas impedimentos impeditivos— en la doctrina tradicional, no se encuentran reguladas en la Ley de Matrimonio Civil, sino en diversos artículos del Código Civil. Se caracterizan porque a diferencia de las incapacidades, su trasgresión o incumplimiento no trae consigo la nulidad del matrimonio, sino determinadas sanciones para el trasgresor.⁵

b) El consentimiento libre y espontáneo. El consentimiento matrimonial es la concordancia de las dos declaraciones de voluntad, de ambos contrayentes, de querer contraer matrimonio como acto jurídico.⁶ En sede legal, la naturaleza contractual del matrimonio exige un marco normativo que asegure la libertad de la voluntad de ambos contrayentes, evitando los vicios que pudieren afectar dicha libertad. La LMC, en el inciso primero del artículo 2, exige que la manifestación del consenti-

4 Véase, además, lo establecido en las leyes 7.613, 16.346, 18.703 y 19.620, sobre adopción.

5 Véanse los artículos 105 a 107 y 109 a 115 del Código Civil, en concordancia con el artículo 9 de la Ley 19.947. Asimismo, las disposiciones de la Ley 21.264, *Diario Oficial*, 11 de septiembre de 2020.

6 Sobre el consentimiento matrimonial, véase Mondaca Miranda (2014: 99-138).

miento matrimonial se realice en forma libre y plena, en los siguientes términos: «Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes».

Procede distinguir el supuesto de ausencia de consentimiento de los vicios que impiden la libertad de la voluntad.

- Ausencia de consentimiento. El consentimiento requerido por la Ley de Matrimonio Civil debe ser específicamente dirigido a la celebración del matrimonio y a constituir el estado matrimonial, según se colige de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 de la ley, en concordancia con los fines previstos en el artículo 102 del Código Civil. El supuesto de incumplimiento del requisito legal es la ausencia de consentimiento, lo que puede suscitarse cuando un contrayente guarda silencio al ser requerida su conformidad con la celebración del matrimonio o cuando la o el contrayente entiende que celebra un contrato diferente del matrimonio.
- Vicios del consentimiento. Los vicios que impiden la libertad para expresar la voluntad, como la fuerza y el error, presentes en la normativa civil común, adquieren particular relevancia en la celebración matrimonial, en particular el error en una cualidad personal, que ha sido desarrollado con especial interés por la doctrina especializada.⁷ A nuestro juicio, el dolo no tiene aplicación específica, por la dificultad inherente que reviste la calificación en este tenor de actitudes o acciones tendientes a causar una impresión favorable en la pareja elegida, restando objetividad a su apreciación y alegato.

Cabe destacar que la simulación no está incluida entre los vicios del consentimiento matrimonial. Un matrimonio es simulado cuando las partes excluyen deliberadamente la producción de los efectos que el ordenamiento jurídico le atribuye, por lo que no puede exigirse el cumplimiento de los deberes anexos al estatus de cónyuge. Tanto la simulación como la reserva mental —supuestos de apariencia similar, pero de entidad diferente— consisten en una divergencia consciente entre declaración y voluntad interna, de acuerdo con la otra parte en la simulación, o sin conocimiento de esta en la reserva mental. Lo anterior remite a la necesidad de congruencia entre el consentimiento interno y la manifestación externa de voluntad, en el mismo individuo, debiendo

⁷ Para un análisis en profundidad de la materia, véase Mondaca Miranda (2015).

descartarse la situación derivada de la incapacidad de manifestar claramente la voluntad. Desde una perspectiva civil, el acuerdo simulatorio deja desprovisto de todo sentido al consentimiento prestado, el que en rigor no puede llamarse consentimiento matrimonial porque es una mera apariencia, a diferencia del consentimiento matrimonial prestado para alcanzar una finalidad empírica como es adquirir una determinada posición social o económica u obtener facilidades para adquirir una nacionalidad, pero sin la exclusión de los efectos del matrimonio.

c) Formalidades que establece la ley. Las formalidades de la celebración del matrimonio y el régimen aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero se analizan en detalle en el apartado siguiente.

Celebración del matrimonio: Sistemas matrimoniales, matrimonio civil y matrimonio religioso

Forma de celebración del matrimonio y su especial relevancia jurídica

Cumplimentados que sean los requisitos personales exigidos a las y los contrayentes, el acto en que se celebra el matrimonio debe cumplir determinadas formalidades que varían según cuál sea el sistema matrimonial en que se inscribe y caracteriza. Es en esta etapa en que la forma adquiere una relevancia notoria, la que se aprecia en la intervención de una tercera persona con autoridad para celebrar o concelebrar el acto, de los respectivos testigos, y en la existencia de unos procedimientos debidamente normados. Los procedimientos legales determinan los requisitos que anteceden a la celebración, aquellos referidos al momento en que se presta el consentimiento y los que lo suceden.

La definición legal del artículo 102 del Código Civil dispone que el matrimonio es un contrato solemne, por lo que deben cumplirse determinadas formalidades y requisitos para que este produzca efectos civiles. En efecto, y como se ha adelantado, no basta el mero consentimiento, sino que este debe prestarse ante una determinada autoridad, siguiendo formas prefijadas o establecidas en la ley, consintiendo de un modo libre y espontáneo y con el propósito de celebrar este contrato y no otro. Además, se exige que las y los contrayentes sepan, con mayor conocimiento que respecto de otros contratos, cuáles son los derechos y deberes a que se comprometen.

Sistema matrimonial chileno

Un sistema matrimonial es la ordenación jurídica de la institución realizada por el Estado. Con mayor precisión, «es la fórmula jurídica empleada por el legislador para delimitar los términos de la obligatoriedad y eficacia de los diversos regímenes matrimoniales —civiles, religiosos, o civiles y religiosos al mismo tiempo— que concurren en el seno de un ordenamiento» (Ferrer Ortiz, 1994: 899). Estos sistemas se caracterizan en función de las vinculaciones que establecen entre el matrimonio religioso y el matrimonio civil y por los caracteres y particularidades que reviste la forma exigida para la válida celebración del matrimonio.

Se distinguen el sistema facultativo, el sistema de matrimonio civil con forma optativa civil o religiosa, el sistema de matrimonio civil obligatorio y el sistema de matrimonio de carácter religioso. En Chile, el sistema matrimonial es un sistema facultativo —también denominado anglosajón— consistente en un sistema civil como orden matriz y dos formas de celebración. Este formato permite la prestación del consentimiento en sede estrictamente civil y en sede eclesiástica.

Celebración del matrimonio legal

Las formalidades establecidas por la ley para la celebración del matrimonio legal son, primero, la celebración del mismo ante una persona revestida de autoridad en calidad de ministro de fe pública en el sistema chileno; puede ser un oficial del Servicio de Registro Civil e Identificación o un ministro o ministra de un culto religioso autorizada para tal efecto. Segundo, el cumplimiento de ciertos actos según la etapa de la celebración: preparación, realización y registro del matrimonio.

Etapa preparatoria del matrimonio

Comprende los actos preliminares de la celebración, regidos por normas comunes aplicables tanto al matrimonio estrictamente civil como al religioso. Estos actos son: la manifestación, la información y la preparación para el matrimonio (cuando procediere).

La manifestación es el acto en que dos personas capaces dan a conocer al oficial del Registro Civil su voluntad de contraer matrimonio en conformidad a la ley. Debe ser efectuada directamente por los sujetos interesados en celebrar el matrimonio, pues se trata de un acto perso-

nalísimo que tiene validez tanto para la ceremonia que se realizará en el propio Registro Civil como en una entidad religiosa.

La información, por su parte, es el acto en que dos testigos dan fe del hecho de no afectar impedimentos a las dos personas que desean contraer matrimonio.

Por último, la preparación para el matrimonio comprende la realización de cursos dictados por el Registro Civil —o por otras entidades indicadas en la ley— cuyo objetivo es promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial, con el fin de contribuir a que las personas que deseen formar una familia conozcan las responsabilidades que asumirán de la forma más conveniente para acometer con éxito las exigencias de la vida en común (artículo 11 de la LMC).

Etapa constitutiva del matrimonio

Es la fase en que se realiza la celebración del matrimonio en sentido estricto, corresponde al momento en que se produce la prestación del consentimiento, lo que puede ocurrir tanto en sede civil como eclesiástica. Toda la preparación tiene su culminación en el momento en que se produce el consentimiento matrimonial, el cual constituye el acto jurídico principal al que se supeditan todos los actos que le anteceden o suceden.

El procedimiento legal de la celebración dispone que: «Inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes, deberá procederse a la celebración del matrimonio» (artículo 15 de la Ley 19.947). Con todo, el matrimonio puede realizarse apenas se rinda la información, luego que conste que quienes testifican han dado cuenta de la ausencia de impedimentos y prohibiciones. Usualmente, las y los contrayentes rinden la información y la manifestación en un solo acto, en el momento en que concurren a comunicar su interés en celebrar el matrimonio al Registro Civil. Realizada esta gestión, se fija el día de la celebración dentro del plazo legal de noventa días; si transcurre ese tiempo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que realizar nuevamente las diligencias o trámites preparatorios, con la excepción de los cursos de preparación al matrimonio.

Etapa registral del matrimonio

Comprende las formalidades que permiten el registro o inscripción en el libro de los matrimonios del Registro Civil, tanto del matrimonio cele-

brado en sede civil como en sede eclesiástica, los que deberán ser inscritos en la forma que establece el párrafo sexto del Reglamento de la Ley de Matrimonio Civil.⁸ En el caso del matrimonio estrictamente civil, la inscripción se realiza por el mismo oficial del Registro Civil que intervino en la manifestación, información y celebración del matrimonio, inmediatamente después de haber levantado el acta de la celebración del matrimonio. Dicha inscripción debe contener las menciones indicadas en el artículo 39 de la Ley sobre Registro Civil, siendo esenciales las que se refieren al lugar y fecha de la inscripción, la identificación de las y los contrayentes, la identificación de los testigos, su testimonio sobre la ausencia de impedimentos y la firma de las y los contrayentes, de los testigos y del oficial del Registro Civil.

La inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa deberá ser requerida personalmente por las y los cónyuges, ante cualquier oficial del Registro Civil, dentro del plazo de ocho días desde la fecha de celebración del matrimonio religioso. Si no se realiza la gestión en el plazo legal, el matrimonio religioso no producirá efectos civiles. La ley también exige algunos requisitos adicionales, consistentes en la verificación que realizará el oficial del Registro Civil del efectivo cumplimiento de los requisitos legales para la validez del matrimonio en el campo civil, y la ratificación del consentimiento prestado precedentemente ante el ministro de culto de su confesión.

En ambos casos, estrictamente civil y eclesiástico, el o la oficial del Registro Civil informará a las y los cónyuges sobre los derechos y deberes que les corresponden de acuerdo con la ley, sobre los regímenes económicos del matrimonio y, en forma privada, sobre la posibilidad que tienen de reconocer a los hijos o hijas comunes nacidos antes del matrimonio.

Celebraciones especiales

Una de las reformas relevantes introducidas por la Ley de Matrimonio Civil de 2004 consiste en la aceptación legal de distintas formas de manifestación del consentimiento. El Estado asume como criterio de política pública la consideración positiva de la diferencia social

8 Decreto 673 del Ministerio de Justicia, que Aprueba normas reglamentarias sobre matrimonio civil y registro de mediadores, publicado en el *Diario Oficial* el 30 de octubre de 2004.

como un aspecto relevante que debe ser observado plenamente en las ceremonias civiles, mediante el respeto del principio de integración y de no discriminación. Esto se ha traducido en el reconocimiento de los derechos para contraer matrimonio de las personas pertenecientes a minorías étnicas originarias, personas con discapacidad auditiva y personas que no entiendan la lengua castellana, y solicitar que, tanto las diligencias preliminares como la celebración misma, se realicen en el idioma o sistema de comunicación legalmente aceptado en cada caso, por medio de un intérprete.

Tabla 1. Etapas del matrimonio

Etapa	Preparatoria del matrimonio	Constitutiva del matrimonio	Registral del matrimonio
Características	<ul style="list-style-type: none"> • Comprende actos preliminares de la celebración. • Son normas comunes aplicables tanto a la celebración del matrimonio estrictamente civil como al religioso. • La manifestación es el acto en que dos personas capaces dan a conocer al oficial del Registro Civil su voluntad de contraer matrimonio en conformidad a la ley. • La información es el acto en que dos testigos dan fe del hecho de no afectar impedimentos. • La preparación para el matrimonio comprende la realización de cursos de preparación para el matrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Fase en que se realiza la celebración del matrimonio en sentido estricto. • Corresponde al momento en que se produce la prestación del consentimiento. • Puede ser en sede civil o en sede eclesiástica. • La celebración se debe realizar inmediatamente después de rendida la información y dentro de los noventa días siguientes. • Si el matrimonio no se efectúa, habrá que realizar nuevamente las diligencias o trámites de manifestación e información, con la excepción de los cursos de preparación al matrimonio. 	<ul style="list-style-type: none"> • Comprende las formalidades que permiten el registro o inscripción, tanto del matrimonio celebrado en sede civil como en sede eclesiástica. • Se inscribe en el libro de los matrimonios del Registro Civil. • La inscripción del matrimonio estrictamente civil se realiza por el mismo oficial del Registro Civil que intervino en la manifestación, información y celebración del matrimonio, inmediatamente después de haber levantado el acta de la celebración del matrimonio. • La inscripción del matrimonio celebrado en forma religiosa deberá ser requerida personalmente por las y los cónyuges dentro del plazo de ocho días, contados desde la fecha de celebración del matrimonio religioso, ante cualquier oficial del Registro Civil, ya que, si no se realiza la gestión en el plazo legal, el matrimonio religioso no producirá efectos civiles.

Fuente: Elaboración propia.

Celebración del matrimonio en la forma estrictamente civil

La celebración del matrimonio en la forma estrictamente civil se llevará a cabo ante el o la oficial del Registro Civil que intervino en la realización de las diligencias de manifestación e información y ante dos testigos, parientes o extraños. El matrimonio puede llevarse a efecto en el local que ocupe el Registro Civil en la ciudad en que tengan su residencia las y los contrayentes, en otra ciudad si así lo desean o en el lugar que señalen las y los futuros contrayentes, como la vivienda de uno de ellos, siempre que se hallare ubicado dentro de su territorio jurisdiccional.

Toda la ceremonia debe celebrarse en un mismo acto, sin que sea posible realizarla en momentos sucesivos. La ausencia del funcionario civil determina la inexistencia del matrimonio y la celebración por un funcionario no competente —por ejemplo, un juez o una jueza— determina la nulidad del acto. El silencio de uno de los contrayentes no tendrá valor, en caso alguno, como expresión de consentimiento. Con todo, otros actos, como la lectura de los artículos del Código Civil referidos al matrimonio por una o un funcionario distinto al oficial, o que el ministro de fe olvida declararlos unidos en matrimonio, serán considerados meras formalidades.

Finalmente, la celebración del matrimonio en artículo de muerte podrá realizarse ante el oficial del Registro Civil, sin los trámites previos de la manifestación e información.

El matrimonio celebrado en forma religiosa y su actual validez civil

Una de las innovaciones introducidas por el legislador en 2004 fue el reconocimiento de validez civil al matrimonio celebrado en sede eclesíástica, variando así la histórica postura laicista estricta hasta entonces dominante, que establecía la precedencia absoluta del matrimonio civil obligatorio. El artículo 20 de la LMC reconoció la celebración del matrimonio en sede de alguna religión civilmente organizada, cumplidos que sean los requisitos establecidos al efecto.⁹

⁹ La cuestión del reconocimiento del matrimonio civil y, posteriormente, las competencias respecto del registro del matrimonio religioso, la precedencia de la celebración respecto del matrimonio civil y la procedencia del divorcio vincular, marcaron un siglo y medio de diferencias políticas, doctrinarias y judiciales en

Régimen legal del matrimonio religioso para su validez civil

El reconocimiento del matrimonio religioso es regulado en el artículo 20 de la LMC, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 19.630. La norma reconoce eficacia civil a los matrimonios celebrados ante entidades religiosas, cumplidos que sean los requisitos legales en ella indicados:

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, desde su inscripción ante un oficial del Registro Civil.

El acta que otorgue la entidad religiosa en que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos, y la fecha de su celebración, deberá ser presentada por aquellos ante cualquier oficial del Registro Civil, dentro de ocho días, para su inscripción.

Si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno.

El oficial del Registro Civil verificará el cumplimiento de los requisitos legales y dará a conocer a los requirentes de la inscripción los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a esta ley.

Los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión.

De todo lo anterior quedará constancia en la inscripción respectiva, que también será suscrita por ambos contrayentes.

Solo 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.

nuestro país. Hasta 2004 se habían sucedido el predominio del matrimonio religioso católico —así no objetado por Bello— el reconocimiento de matrimonios no religiosos en un ámbito privado, la aprobación del matrimonio civil obligatorio con un riguroso control de la precedencia del matrimonio religioso en las leyes de 1884, la separación de la iglesia y el Estado en 1925 y la aprobación de la Ley de Cultos en 1999. La Ley 19.947 modificó nuevamente el régimen de matrimonio civil obligatorio, introduciendo el sistema denominado en el derecho comparado como optativo o anglosajón, que permite la celebración válida del matrimonio en sede civil y en sede religiosa, marcando una de las características fundamentales del actual sistema matrimonial chileno.

Por tanto, constituyen requisitos para la validez del matrimonio religioso:

- Celebración ante entidad religiosa que goce de personalidad jurídica de derecho público.
- Cumplimiento de los requisitos de capacidad y libre consentimiento que exige la ley civil.
- Celebración del matrimonio religioso ante un ministro de culto habilitado.
- Levantamiento de acta matrimonial.
- Presentación personal del acta ante el Registro Civil por parte de los contrayentes.
- Verificación del oficial civil del cumplimiento de los requisitos legales.
- Ratificación de los cónyuges del consentimiento antes prestado en sede eclesiástica.
- Inscripción del matrimonio por el oficial civil.

Breve referencia al matrimonio en la Iglesia católica

El matrimonio religioso católico se rige por las disposiciones del Código de Derecho Canónico, sin perjuicio de las facultades que tiene la Conferencia Episcopal de Chile para establecer normas sobre diferentes aspectos, como el examen de los contrayentes, las proclamas matrimoniales y otros medios oportunos para realizar las investigaciones que deben preceder al matrimonio, para que el párroco respectivo pueda asistir al matrimonio. El Código de Derecho Canónico establece que, antes de la celebración del matrimonio, debe constar que nada se opone a su celebración válida y lícita. Luego, la forma válida de celebración del matrimonio considera la manifestación del consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, ante un testigo cualificado, que generalmente es un sacerdote autorizado, quien pide y recibe tal consentimiento en nombre de la Iglesia, y ante dos testigos. Lo que distingue al matrimonio en el seno de la Iglesia católica, es que el centro lo constituye la manifestación del consentimiento matrimonial de los esposos.



Matrimonio celebrado por otras confesiones religiosas

Las entidades religiosas minoritarias pueden celebrar matrimonios religiosos con validez civil, en tanto hayan obtenido el reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público, lo que regula la Ley 19.638 de 1999. Este cuerpo legal ha permitido que puedan gozar del estatuto de personas jurídicas de derecho público no solo las iglesias evangélicas — de tradición histórica y pentecostal— sino también todas aquellas confesiones que así lo soliciten y que cumplan los requisitos establecidos por la ley.

Las comunidades religiosas evangélicas han mantenido la secuencia tradicional de la realización de los matrimonios, celebrando primero la ceremonia civil y luego procediendo a una bendición de la unión conyugal por parte del ministro de culto de la iglesia respectiva. Esta posición se explica por las circunstancias históricas del surgimiento de estas entidades en el marco de la reforma luterana, uno de cuyos pilares fue justamente la desacralización del matrimonio y el reconocimiento de la tutela estatal sobre las cuestiones referidas al estado civil. Pese a lo anterior, es usual en Chile la realización de matrimonios por parte de iglesias evangélicas.

Régimen aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero y a los matrimonios entre extranjeros en Chile

La norma legal vigente sobre la materia, el artículo 80 de la LMC, determina el derecho aplicable a la celebración del acto matrimonial y distingue entre los requisitos legales que regulan la forma de celebración y los requisitos legales que abordan aspectos sustantivos del sistema matrimonial aplicable o requisitos de fondo del matrimonio. La norma, reformada en 2021 por la Ley de Matrimonio Igualitario, dispuso la eliminación de la exigencia de diversidad de sexo en la celebración matrimonial en el extranjero para su posterior validez en Chile (artículo 2 letra c de la Ley 21.400).¹⁰

¹⁰ «Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno. Sin embargo, podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 de esta



Los matrimonios celebrados en Chile —y sus efectos personales y patrimoniales— se registrarán por la ley chilena, incluyendo los matrimonios en que ambos contrayentes son extranjeros, cuando uno de quienes lo celebran tienen nacionalidad chilena e, incluso, a personas de otras nacionalidades no residentes que celebran el matrimonio en Chile.¹¹

La aplicación práctica de la ley se apreciará en aquellos casos de matrimonios entre personas de diversa nacionalidad, quienes en caso de conflicto pueden alegar la preeminencia del estatuto que más les favorezca, pudiendo presentarse a conocimiento judicial la colisión entre estatutos basados en la nacionalidad o en el domicilio.

Dispone el artículo 81 de la LMC:

Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se registrarán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile.

En forma concordante con la norma anterior, el artículo 82 prescribe:

El cónyuge domiciliado en Chile podrá exigir alimentos del otro cónyuge ante los tribunales chilenos y de conformidad con la ley chilena. Del mismo modo, el cónyuge residente en el extranjero podrá reclamar alimentos del cónyuge domiciliado en Chile.

Las normas transcritas constituyen normas resolutorias de conflicto en materia de efectos del matrimonio, las cuales regulan aspectos susceptibles de colisión referidos tanto a los derechos y deberes de los cónyuges como al régimen matrimonial.

En cuanto al lugar de la celebración, si es en el territorio nacional aplica la ley chilena a la celebración del matrimonio por parte de personas de nacionalidad chilena o de otras nacionalidades. En el caso de la celebración en el extranjero, las formalidades que lo rigen son las dispuestas en la ley del país respectivo, razón por la cual un matrimonio celebrado en el extranjero que no cumpla con los requisitos formales exigidos por la ley de dicho país no tendrá validez en Chile, aun cuando el defecto de forma no sea considerado como causal de nulidad del acto.

ley. Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los las y los contrayentes».

11 «Población extranjera residente en Chile llegó a 1.482.390 personas en 2021, un 1,5% más que en 2020», *www.ine.cl*, 12 de octubre de 2022, disponible en <https://bit.ly/4532aDP>.

Capítulo 3

El matrimonio como estado

El estado matrimonial: Efectos personales y patrimoniales

El estado matrimonial

Los que tradicionalmente se identifican como efectos del matrimonio se vinculan con el matrimonio como institución civilmente regulada en cuanto estado de vida que inicia luego de la válida celebración del contrato y dura hasta su terminación. Este estado comprende el conjunto de deberes, derechos y facultades situadas en la persona de cada uno de las o los cónyuges, así como los de tipo patrimonial vinculados principal —aunque no exclusivamente— con los regímenes económicos del matrimonio. De ahí que se aluda al estado matrimonial como una relación de contenido complejo (Diez-Picazo y Gullón, 2012: 89). Con todo, al encontrarse asociados a la comunidad de vida, varios de estos efectos se suspenden en caso de separación de las o los cónyuges.

Por su parte, en el caso del acuerdo de unión civil se identifican también derechos y deberes personales y de tipo patrimonial regulados en los artículos 14 y 15 de la Ley 20.830 de 2015, respectivamente. Estas normas conforman un estatuto de efectos del acuerdo de unión civil que es más reducido que el reglamentado en el Código Civil para el matrimonio.

En la regulación de este conjunto de deberes, derechos y facultades —así como en su aplicación práctica e interpretación— debe reflejarse la garantía de igualdad entre todas las personas, hombres y mujeres, reconocida en la Constitución Política de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.¹

¹ Dentro de esos instrumentos internacionales se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que reconoce la «igualdad de derechos y

Cabe advertir que, además del régimen legal de los efectos civiles familiares, personales y patrimoniales constitutivos del estatuto matrimonial, el estado civil de cónyuge genera —en el ámbito civil— efectos filiativos y sucesorios.² Asimismo, en diversas áreas del derecho este estado también da lugar a una serie de efectos y consecuencias, por ejemplo, el acceso a prestaciones de seguridad social como pensiones de sobrevivencia o prestaciones familiares, o las inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio o asunción de ciertos cargos o funciones en las que se busca evitar los conflictos de interés y resguardar el principio de probidad (lo propio sucede con los convivientes civiles). Lo anterior, evidencia que los efectos derivados del estado matrimonial son amplios y suponen transversalidad en el ordenamiento jurídico en atención al «factor familia» subyacente.

Régimen legal de los efectos personales del matrimonio

El régimen legal de los efectos personales del matrimonio está regulado en los artículos 131 y siguientes del Código Civil (libro I, título «Obligaciones y derechos entre los cónyuges»). Tales normas están orientadas por dos principios: el de igualdad, que se manifiesta en el carácter recíproco de los derechos y deberes que se consagran, y el de solidaridad familiar en cuanto unidad o adhesión a un interés y proyecto de vida en común.

Los efectos personales rigen solo en la perspectiva interna de la comunidad de vida conyugal, sin trascendencia exterior, y se han caracterizado tradicionalmente por su marcado contenido ético (Mondaca, 2016: 159). Lo anterior exige una apreciación de los principios conforme a los valores sociales de cada momento histórico, lo que no les resta juridicidad.

la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo» (artículo 17.4).

2 A título ejemplar téngase presente la presunción legal de paternidad del marido del artículo 184 del Código Civil, a la que expresamente se remite el artículo 21 de la Ley de Acuerdo de Unión Civil. En el ámbito sucesorio, la concurrencia del cónyuge sobreviviente con los hijos o con los ascendientes del cónyuge difunto en el primer o segundo orden de la sucesión intestada, respectivamente, según los artículos 988 y 989 Código Civil; la calidad de legitimario conforme al artículo 1182 Código Civil; y el derecho de adjudicación preferente del artículo 1337 regla décima del Código Civil.

En cuanto a la naturaleza de los deberes personales, existe discusión entre una posición tradicional y otra más moderna. Según la primera, no se trataría propiamente de obligaciones jurídicas típicas —semejantes a las de derecho patrimonial— al carecer de coercibilidad, sin perjuicio de que su incumplimiento tenga asignadas sanciones civiles específicas en el ámbito familiar y sucesorio (considerando el principio de especialidad del derecho de familia). Por su parte, la posición moderna entiende que se trata de obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento puede causar daños a las o los cónyuges y, en consecuencia, abre la puerta al ejercicio de una acción indemnizatoria; el principio de especialidad del derecho de familia no es un obstáculo al principio general de responsabilidad que abarca todo el ordenamiento jurídico (Acuña San Martín, 2015: 1-3; Vargas Aravena, 2015: 57-100).

Los efectos personales están constituidos por los deberes recíprocos de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto y protección, vivir en el hogar común, cohabitación y auxilios y expensas para la *litis*.

Deber de fidelidad

Este deber se encuentra consagrado en los artículos 131 y 132 del Código Civil y se denomina también *deber de guardarse fe*, en cuanto a destinarse exclusiva y recíprocamente entre las y los contrayentes (Rodríguez, 2017: 171). Su contenido dice relación con la lealtad en el ámbito sexual, lo que implica no cometer adulterio, aunque el deber no se agota solamente en omitir dicha conducta. La infidelidad —esto es, la infracción al deber de fidelidad— está constituida también por otras conductas de gran significación que dan cuenta de la falta de lealtad entre las o los cónyuges.³

3 Sentencia de la Corte Suprema, rol 15.889-19, 3 de junio de 2020: «Sexto: Que el incumplimiento del deber de fidelidad del otro cónyuge, como causal de divorcio, se configura con la acreditación de la concurrencia de situaciones que demuestren no solo la ruptura del compromiso de lealtad sexual que implica el matrimonio, situación que coincide con la definición de adulterio que entrega el artículo 132 del Código Civil, que lo confina a la existencia de trato carnal de uno de los cónyuges con un tercero, sino también cualquier otro hecho que implique una relación que no guarde los límites de lo común o habitual con alguien ajeno al vínculo matrimonial, que dé cuenta de una proximidad sentimental impropia al deber matrimonial de guardarse fe entre los cónyuges. Tal perfil reúne indubitadamente la relación sentimental que el recurrente mantuvo, conclusión afirmada en el cúmulo de indicios asentados por la magistratura del fondo».

Conforme al artículo 132 del Código Civil: «El adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley prevé», precisando la norma, luego de la modificación introducida por la Ley 21.400, que «comete adulterio la persona casada que yace con otra que no sea su cónyuge».⁴ Así, en el actual sistema, el adulterio constituye una infracción de carácter civil.⁵

La infracción es constitutiva de causal de separación judicial (artículo 26 de la LMC) y de divorcio culpable si el incumplimiento del deber de fidelidad es grave, reiterado, y hace intolerable la vida en común (artículo 54 número 2 de la LMC). En el caso de la separación judicial, no puede invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida, es decir, la exigibilidad del deber personal de fidelidad se suspende en caso de separación por cuanto su ejercicio es incompatible con la vida separada de las o los cónyuges (artículo 33 de la LMC).

Por lo demás, tal como indica el inciso segundo del artículo 155 del Código Civil, la infracción al deber de fidelidad habilita a la mujer casada en sociedad conyugal para pedir la separación judicial de bienes.

Deber de socorro recíproco

El artículo 131 establece: «Los cónyuges están obligados a [...] socorrerse». Estamos en presencia de un deber especialmente ligado a la obligación que pesa sobre las y los cónyuges de darse alimentos en función de lo dispuesto por el artículo 321 número 1 del Código Civil. Se trata, por tanto, de un deber de contenido patrimonial cuando se refiere a los alimentos.⁶

4 Antes de la modificación de la Ley 21.400, el inciso primero del artículo 132 del Código Civil disponía: «Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con una mujer que no sea su cónyuge».

5 Hasta 1994 el adulterio era un delito consagrado en el artículo 375 del Código Penal, conforme al cual, cometía adulterio la mujer casada que yacía con varón que no era su marido y el que yacía con ella sabiendo que era casada. La Ley 19.335 de 2004 suprimió el adulterio como delito penal derogando los artículos 375 a 381 del Código Penal.

6 El artículo 14 de la Ley 20.830 también establece que los convivientes estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos, no constituyendo este un efecto personal y recíproco entre los convivientes, sino una obligación económica respecto de la vida convivencial.

La forma de satisfacer el deber de socorro depende del régimen económico del matrimonio y de la situación convivencial. Así, la sociedad conyugal es obligada al mantenimiento de los cónyuges y, por tanto, el marido —como su administrador— deberá proporcionar alimentos a la mujer con cargo a la sociedad conyugal (artículo 1740 número 5 del Código Civil). En cambio, si los cónyuges están casados con separación de bienes o en régimen de participación en los gananciales: ambos o ambas deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a las facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos o ellas medie, pudiendo el tribunal reglar la contribución si fuere necesario (artículo 134 del Código Civil).

En caso de estar los cónyuges separados judicialmente se debe distinguir la conducta de los o las cónyuges en relación con la causa de la separación: quien no ha dado causa a la separación tiene derecho a que el otro le provea de alimentos según las reglas generales (artículo 174 del Código Civil), y por el contrario, quien ha dado lugar a la separación por su culpa tiene derecho a que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación. En este caso, el juez o jueza 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 (artículo 175 del Código Civil). Finalmente, si están separados de hecho, el artículo 160 del Código Civil impone a ambos el deber de proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades económicas.

Conforme a las normas comentadas este deber entre cónyuges no cesa en caso de separación de hecho o judicial, es decir, se mantiene mientras el matrimonio esté formalmente vigente. Su infracción es causal de separación judicial (artículo 26 de la LMC) y de divorcio culpable si el incumplimiento del deber es grave, reiterado y hace intolerable la vida en común (artículo 54 número 2 de la LMC). Además, según dispone el inciso segundo del artículo 155 del Código Civil, su infracción habilita a la mujer casada en sociedad conyugal para pedir la separación judicial de bienes. Todo lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las normas que regulan el derecho de alimentos y las sanciones al alimentante incumplidor, en lo que fueren pertinentes.



Deber de ayuda mutua

Conforme dispone el artículo 131 del Código Civil, las o los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. A diferencia del deber anterior, de carácter patrimonial, este refiere a los cuidados y atenciones personales constantes que las o los cónyuges deben darse durante la vigencia del matrimonio (Ramos Pazos, 2005: 127). Estos cuidados se requieren especialmente en situaciones difíciles y representan una evidencia de la solidaridad conyugal recogida como finalidad del matrimonio en el artículo 102 del Código Civil cuando alude a auxiliarse mutuamente.

En los matrimonios de personas de distinto sexo que tienen vigente un régimen de sociedad conyugal, el incumplimiento de este deber por parte del marido autoriza a la mujer para pedir la separación judicial de bienes (artículo 155 del Código Civil). En todos los demás casos, el incumplimiento por parte de cualquiera de los cónyuges puede ser constitutivo de causal culpable de separación judicial o de divorcio.⁷

7 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 425-2021, 20 de julio de 2021: «Cuarto: Que, no obstante, en el tópico de malos tratamientos graves está bien direccionada la opinión del Ministerio Público judicial, toda vez que circunscrita la pretensión de M.A.N. a la causal prevista en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, por concurrir las circunstancias de sus números 1 y 2, lo cierto es que la declaración de los testigos de la actora, C.G.N. y M.G.N., permite comprobar los graves y malos tratamiento de obra y psicológicos que sufrió la cónyuge durante la convivencia común que precisamente hizo intolerable la vida matrimonial. Los dos testigos son hijos de las partes, [...] y refieren trabajar bajo dependencia del padre. Están contestes en que desde niños les constan los actos de violencia física y verbal sobre la actora, menoscabándola y no considerando su opinión. C.G.N. precisa, además, que su madre siempre se mantuvo “sumisa”, ya que “siempre trató de mantener a su familia junta”. M.G.N. explica que desde niña vio cómo su padre insultaba a su madre y que siempre hubo peleas. Ambos testigos aseveran que la causa de esos malos tratos tuvo su origen en las permanentes infidelidades de su padre, lo que provocó una profunda depresión en su madre que debió tratar medicamente. De allí que se visualiza suficientemente la existencia unidireccional de un patrón conductual fuertemente lesivo del padre hacia la madre. Todo lo que aparece concordante además con la constancia en Carabineros [...] que data de 2 de agosto de 2017, dos años antes de la señalada en la sentencia, al día siguiente de que el marido abandonara el hogar común. Y los efectos traumáticos se evidencian, asimismo, con el certificado de atención los días 17 de abril del 2019 y 1 de mayo del 2020, suscrito por el siquiatra R.M. del Centro de Terapia Integral, que indica que atiende a la demandante desde abril del 2019, por pánico, miedos y ansiedad de varios meses de evolución». En razón de esas consideraciones la Corte estimó que: «Concorre en la especie la causal

Deber de respeto y protección recíproca

Señala el inciso segundo del artículo 131 del Código Civil que las o los cónyuges «se deben respeto y protección recíprocos».⁸ Se falta al respeto conyugal tanto desde el punto de vista físico (con empujones, golpes, etcétera) como desde el punto de vista espiritual (con insultos, menosprecio, conductas injuriosas o tratos vejatorios). El deber refiere a los llamados *malos tratos de palabra y de obra*, los que pueden ser públicos como privados.

El incumplimiento grave de este deber que, además, torne intolerable la vida en común constituye causal para demandar separación o divorcio (artículo 26 y 54 de la LMC) y autoriza la mujer casada en sociedad conyugal para demandar la separación judicial de bienes, y el infractor puede ser objeto de un proceso por violencia intrafamiliar.

Deber de vivir en el hogar común

Según precisa el artículo 133 del Código Civil: «Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asistan razones graves para no hacerlo».

La norma acepta que puedan existir razones que justifiquen que las o los cónyuges no vivan en el mismo hogar y que tales razones graves no afectan la comunidad de vida conyugal si se mantiene el ánimo de hacer vida en común. Ante la duda respecto a la existencia o no de dicho ánimo, al juez o jueza le corresponderá la calificación de las razones y de su gravedad.

En caso de que el incumplimiento de este deber se traduzca en abandono continuo, reiterado y no justificado del hogar común puede constituir causal de separación judicial o de divorcio culpable (artículos 26 y 54 LMC).

del artículo 54 número 1 de la Ley de Matrimonio Civil, al constituir la violencia física y psicológica que se ha dado por establecida por medio de malos tratamientos graves en contra de la cónyuge, una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, a que se refieren los artículos 102 y 131 del Código Civil, en especial la consideración recíproca de respeto y protección».

8 Antes de la entrada en vigor de la Ley 18.802 de 1989, la norma solo imponía a la mujer el deber de respeto a su marido; el marido, en cambio, debía protección a su mujer.



Según dispone el artículo 33 de la Ley de Matrimonio Civil, el deber de vivir en el hogar común se suspende cuando las o los cónyuges se encuentran separados por cuanto su ejercicio es incompatible con la vida separada de las o los cónyuges.

Deber de cohabitación

La cohabitación alude a la convivencia sexual de la pareja. Para parejas de distinto sexo, este deber encuentra su fundamento en la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil que señala la procreación como uno de los fines de la institución. La cohabitación es el «débito conyugal». Su incumplimiento puede llegar a constituir causal de separación judicial (artículo 26 inciso primero de la LMC) y de divorcio culpable si torna intolerable la vida en común (artículo 54 número 2 LMC).

Según el artículo 33 de la LMC, este deber se suspende cuando las o los cónyuges se encuentran separados por cuanto su ejercicio es incompatible con la vida separada.

Deber de auxilio y expensas para la litis

El artículo 136 del Código Civil establece:

Los cónyuges serán obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensas judiciales. El marido deberá, además, si está casado en sociedad conyugal, proveer a la mujer de las expensas para la *litis* que esta siga en su contra, si no tiene los bienes a que se refieren los artículos 150, 166 y 167, o ellos fueren insuficientes.

De la norma transcrita, se extraen dos deberes. Primero, que el deber de auxilio para la *litis* pesa sobre ambas o ambos cónyuges, ya sea que obren en calidad de demandante o de demandado, pues la norma no distingue la posición procesal que se tenga. No se refiere a proporcionar expensas sino otro tipo de auxilios como, por ejemplo, colaborar en la obtención de medio de prueba (Ramos Pazos, 2005: 130). Segundo, el deber que pesa exclusivamente sobre el marido casado en sociedad conyugal de proveer a su mujer de expensas cuando esta haya ejercido una demanda en su contra. La excepción está por el caso en que la mujer tenga patrimonios especiales suficientes para asumir los gastos.

Como se anticipó, en la regulación del acuerdo de unión civil se identifican también derechos y deberes entre los cónyuges. En el ám-

bito personal, específicamente el artículo 14 de la Ley 20.830 establece que los convivientes civiles se deben ayuda mutua. Agrega que estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común, de conformidad a sus facultades económicas y al régimen patrimonial que exista entre ellos; no constituyendo este un efecto personal y recíproco entre los convivientes, sino una obligación económica respecto de la vida convivencial. Como se aprecia en la **tabla 1**, en la Ley 20.830 existe una reducida referencia a los efectos personales en comparación con el estatuto matrimonial.

Tabla 1. Síntesis comparativa de los efectos personales del matrimonio y del acuerdo de unión civil

Deber	Matrimonio	Acuerdo de unión civil
Fidelidad	Sí	No
Socorro	Sí	No
Ayuda mutua	Sí	Sí
Respeto y protección recíprocos	Sí	No
Vivir en el hogar común	Sí	No
Cohabitación	Sí	No
Auxilios y expensas para la <i>litis</i>	Sí	No

Fuente: Elaboración propia.

Régimen legal de los efectos patrimoniales

En general, los efectos patrimoniales del matrimonio se refieren a los regímenes económicos del matrimonio, pero también incluyen las reglas de naturaleza patrimonial que se aplican con independencia del régimen. Estas reglas quedan comprendidas en lo que se ha venido a denominar *régimen matrimonial primario*, el que se constituye por el conjunto de normas que se aplican a las relaciones patrimoniales de las o los cónyuges cualquiera sea el régimen matrimonial bajo el cual se encuentran casados. Estas normas son el soporte esencial económico del matrimonio y reflejan la importancia de la familia como comunidad y del principio de solidaridad familiar.⁹

⁹ Diez-Picazo y Gullón apuntan que parece equívoco denominarlo régimen matrimonial primario, ya que no existe un régimen simple en oposición a otros más complejos, más bien refiere a las disposiciones generales en materia patrimonial matrimonial (2012: 136).

En este apartado se analizarán primero dos instituciones generales —bienes familiares y capitulaciones matrimoniales—, y luego, cada uno de los regímenes económicos regulados en el Código Civil para el matrimonio, con especial detenimiento en el estatuto de la sociedad conyugal.

En estricto rigor, los efectos patrimoniales del matrimonio también incluyen otras instituciones como el derecho de alimentos entre cónyuges, que es derivación del deber personal de socorro recíproco, y los derechos sucesorios recíprocos, pero no serán abordados en esta obra por presentar una extensión e individualidad propia.

Respecto de la propiedad, goce y administración de bienes en el acuerdo de unión civil, la Ley 20.830 considera dos regímenes patrimoniales posibles: el de comunidad que puede estipularse al tiempo de la celebración del acuerdo,¹⁰ y el de separación total de bienes como régimen legal; además se hacen aplicables las normas de los artículos 141 a 149 del Código Civil relativas a los bienes familiares. La Ley 20.830 no regula pactos patrimoniales (capitulaciones) previos a la celebración del acuerdo de unión civil, pero sí en el acto de su celebración para pactar comunidad; durante la vigencia del acuerdo se permite el pacto de sustitución del régimen inicial (artículo 15).

Bienes familiares

La vivienda familiar es una institución jurídica que se funda y sustenta en la existencia de una familia. Se trata de una institución protectora de la familia, que tiene una función existencial, en tanto cobija a sus integrantes y les permite desarrollarse dignamente. Tan esencial es para el mantenimiento de la familia que se superpone a otros bienes jurídicos como la propiedad y es independiente del régimen económico del matrimonio.

Esta esencialidad de la residencia familiar —y de los bienes que la guarnece— ha motivado el establecimiento de regímenes jurídicos es-

¹⁰ En dicha comunidad los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se consideran indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido. Se tiene por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado. A la comunidad así formada, se aplican las reglas del párrafo 3.º del título XXXIV del libro IV del Código Civil.

peciales al respecto, que ofrecen diversidad de reglamentaciones.¹¹ Así, en algunos casos se encuentra acotado a la familia matrimonial, en otros aparece ampliamente regulado; puede requerir acuerdo o declaración judicial de afectación u operar de pleno derecho; puede decir relación solo con la vivienda y su ajuar, o vincular todo un patrimonio familiar. No obstante, en todos los casos se trata de ciertos bienes inmuebles y muebles que cumplen una función familiar asistencial directa, al permitir y favorecer la convivencia familiar por constituir la residencia principal de la familia y satisfacer las necesidades vitales más inmediatas de sus integrantes, como el alojamiento y la convivencia diaria (Martínez de Aguirre, 2008: 206). En consecuencia, en su consagración prima el interés familiar por sobre el individual (Corral Talciani, 2007: 55).

En el ordenamiento chileno la regulación de estos bienes sujetos a un estatuto jurídico especial se encuentra en el párrafo segundo del libro I del título VI del Código Civil, «De los bienes familiares», incorporado en 1994 por la Ley 19.335, publicada en el *Diario Oficial* el 23 de septiembre de 1994. Tal regulación contempla un sistema de afectación y desafectación seguido de la inscripción registral correspondiente.¹² Este sistema genera un marco protector y de publicidad cuyas normas son de orden público, como se constata de lo dispuesto en el artículo 149 del Código Civil al señalar que «es nula cualquiera estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo».¹³

Bienes que pueden ser declarados familiares

Según establece el artículo 141 del Código Civil, son bienes familiares: el inmueble de propiedad de cualquiera de las o los cónyuges que sirva

11 Algunos antecedentes de derecho comparado sobre la protección de la vivienda familiar se pueden ver en Corral Talciani (2007: 47 y ss.).

12 Sobre el modelo de constitución de bienes familiares en nuestro país, se puede ver Acuña San Martín (2011).

13 El artículo 141 del Código Civil fija un ámbito de aplicación amplio al establecer que determinados bienes pueden ser declarados bienes familiares «cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio»; como bien advierte la doctrina nacional, lo anterior cobra mayor relevancia en los regímenes de participación en los gananciales o separación de bienes, pues en ambos las o los cónyuges pueden —en principio— disponer libremente de sus bienes, no así en la sociedad conyugal, donde es normal la enajenación del inmueble por el marido con el consentimiento de la mujer. Véase Tomasello Hart (1995: 146).

de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen que han sido declarados así por sentencia judicial. Los tribunales han precisado que el inmueble a ser afectado puede ser de dominio individual de uno de los cónyuges, como de dominio común:

La expresión que se utiliza en este último texto legal, «inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges», resulta comprensiva de las dos hipótesis en discusión, esto es, tanto de aquella en que el bien materia de la afectación es de dominio exclusivo de uno de ellos como de ambos, no existiendo razones que justifiquen una determinación en el sentido contrario, esto es, restringiendo la aplicación de la institución de los bienes familiares únicamente a los casos de dominio o propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, la que resultaría, por lo demás, ajena a la finalidad de protección y de amparo del hogar de la familia, en caso de conflictos dentro de ella.¹⁴

Cualquiera sea el caso, la afectación no es independiente del título de ocupación, en cuanto los bienes deben ser de propiedad de uno o ambos cónyuges.

Además del dominio, se requiere como condición de finalidad que dichos bienes sirvan de residencia principal de la familia. De ahí derivan dos aspectos a destacar: el carácter principal y familiar de dichos bienes. Respecto de lo primero, el inmueble debe ser actualmente el lugar de cohabitación principal del grupo familiar; se excluye el uso accidental u ocasional de un inmueble. De ello también se deriva que no puede afectarse más de un inmueble como bien familiar (Troncoso Larronde, 2007: 266), pues, aunque la familia tenga varios inmuebles que habita en diversas temporadas y con diversos objetivos, solo uno constituye su residencia principal. Será entonces residencia principal aquella en que se satisfacen ordinaria y diariamente las necesidades vitales más inmediatas de la familia; solo esa vivienda puede ser declarada bien familiar.

El carácter familiar, por su lado, se vincula con la idea esencial de la institución, la existencia de una familia a la cual se protege y cobija. La familia es la principal beneficiaria de la afectación de un inmueble en bien familiar; el cimiento que justifica la institución de los bienes familiares responde a un compromiso protector con la familia.¹⁵ De esta

14 Sentencia de la Corte Suprema, rol 28901-2022, 30 de junio de 2022.

15 Sentencia de la Corte Suprema, rol 7488-2018, 14 de enero de 2019.

forma, mientras exista la familia, se debe mantener dicho amparo; *a contrario sensu*, si no existe familia, o si el hogar no es habitado en absoluto por miembros de la familia, no procedería su afectación como bien familiar y sí procederá una desafectación.¹⁶

Así entonces, luego del divorcio —como la familia continúa, pues lo único que se disuelve es el vínculo matrimonial— se debe mantener la protección de la vivienda para aquellos hijos o hijas que son menores de edad y la o el excónyuge que los tenga a su cuidado.¹⁷

Sistema de afectación

En el ordenamiento jurídico nacional, las formalidades para afectar los bienes a que hace referencia el inciso primero del artículo 141 del Código Civil —el inmueble de propiedad de cualquiera de las o los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo garantizan— como bienes familiares son dobles: por un lado, el sometimiento a un proceso judicial ante los tribunales de familia;¹⁸ y, por otro, la anotación marginal en la inscripción de dominio respectiva.¹⁹

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, rol 5275-2009, 21 de septiembre de 2009.

¹⁷ De la familia original se pasa a una familia derivada, constituida por hijos o hijas menores de edad y uno de los progenitores; en estos casos para la Corte Suprema, «la familia que la ley tutela es aquella parte subsistente del núcleo original que se cobijó en el inmueble, constituida por los hijos comunes y al menos uno de los cónyuges». Si producto de la separación, hijos o hijas se dividen y unos pasan a vivir con un progenitor y los restantes con la otra u otro, la afectación del bien familiar se debe mantener en favor de hijos o hijas menores de edad, aunque sean de un menor número: «Luego del término de la convivencia, se formaron dos familias, cada una con una residencia principal, de modo que pretender que la vivienda de la consorte carece de dicha calidad por el solo hecho de habitarla menos cantidad de miembros, no puede ser válida, si se repara que en ese predio mora la única hija menor de edad del matrimonio», sentencia de la Corte Suprema, rol 33305-2016, 4 de julio de 2016. En este caso, los litigantes se casaron en 1994, tuvieron tres hijos (19, 17 y 12 años); en 2013 cesó su convivencia y el marido abandonó el hogar —de su dominio— con los dos hijos mayores, quedando en el inmueble la mujer con la hija menor de edad.

¹⁸ Conforme al artículo 8 número 14 de la Ley 19.968 de 2004, son de competencia de los tribunales de familia las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos.

¹⁹ Comenta Tomasello que este sistema difiere del contemplado en el proyecto del ejecutivo de 1991 y también de la indicación sustitutiva de 1992, los que proponían que la declaración de desafectación se hiciera por cualquiera de los cónyuges mediante escritura pública, anotada al margen de la inscripción de dominio respectiva (1995: 148).

Los bienes resultan afectados definitivamente desde el día en que queda ejecutoriada la resolución del Tribunal de Familia que así los declara, siendo la afectación perfecta entre cónyuges.²⁰ La o el cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración de un bien como bien familiar deberá indemnizar los perjuicios causados al otro cónyuge, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponderle (artículo 141 inciso final del Código Civil).

En el caso especial del artículo 146 del Código Civil, la afectación de derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia tiene carácter extrajudicial. Sin perjuicio de ello, es igualmente un acto formal, pues se hace por declaración de cualquiera de las o los cónyuges contenida en escritura pública. A lo anterior acompaña igualmente un mecanismo de publicidad consistente en la anotación marginal a la inscripción social si se trata de sociedad de personas o en la inscripción en el registro de accionistas, si se trata de sociedades anónimas.

Sistema de desafectación de bienes familiares

Así como la constitución de bienes familiares no opera de *facto* sino mediante la satisfacción de formas específicas, la desafectación sigue igual criterio, aunque con mayor amplitud, por cuanto el legislador permite la desafectación convencional o judicial (artículo 145 del Código Civil). En el primer caso, y tratándose de inmuebles, la desafectación opera por declaración de común acuerdo que debe constar en escritura pública anotada al margen de la inscripción de propiedad respectiva. Si no media acuerdo, la o el cónyuge propietario puede pedir al juez o jueza de familia la desafectación, fundando su petición en que el referido bien no está actualmente destinado a los fines que le son propios. Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, quien sea propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular la petición correspondiente al tribunal.

²⁰ La subinscripción mediante anotación marginal en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo tiene una clara y relevante finalidad de publicidad, pues, tratándose de inmuebles, la declaración es una cuestión de interés también para los acreedores del propietario; la declaración produce efectos respecto de ellos y les resulta oponible, desde la correspondiente anotación. Véase Ramos Pazos (2005: 341).

Distintas resoluciones han incorporado dentro de su fundamentación la consideración de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud de la cual todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas, tribunales e instituciones o autoridades administrativas en relación con niños, niñas y adolescentes, deben serlo en atención al interés superior de estos. Por lo tanto, al resolver la desafectación del bien familiar, el juez o la jueza debe observar si dicha decisión tiene una repercusión positiva o negativa en la situación de los niños, niñas y adolescentes involucrados.²¹ Se ha insistido en el objetivo de resguardar el interés de los hijos e hijas comunes y de la o el cónyuge al que le corresponde su cuidado.²²

La desafectación de bienes familiares debe ser rechazada si, pese al divorcio de las partes, no se prueba que el bien respectivo no es la residencia principal de la familia subsistente a la crisis matrimonial, carga que le corresponde al que solicita la desafectación. Del mismo modo, no se justifica la mantención de tal calidad cuando los bienes respectivos han dejado de satisfacer la finalidad normativa. El propietario de los bienes debe formular la petición judicial correspondiente, basado en que el bien no cumple con los fines que indica el artículo 141 del Código Civil.²³

Se ha agregado una tercera modalidad de desafectación: la desafectación tácita, que se produce por la enajenación voluntaria o forzada de un bien familiar que le hace perder *ipso facto* tal calidad, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido. El fundamento de esta causal de desafectación es la pérdida de una de las condiciones para que un bien se constituya en familiar, esto es, que sea de propiedad de una o uno de los cónyuges: «No puede subsistir la calificación de bien familiar con motivo de una subasta pública —o de una enajenación voluntaria que ha cumplido con todos los requisitos legales—, al haber desaparecido el dominio de uno de los cónyuges».²⁴

21 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 673-2010, 20 de diciembre de 2010.

22 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 126-2014, 30 de junio de 2014.

23 Sentencia de la Corte Suprema, rol 9010-2018, 29 de abril de 2019.

24 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 642-05, 2 de septiembre de 2005. El 21 de septiembre de 2006, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación deducido en contra de la referida sentencia.

El legislador no se pronuncia sobre la desafectación de los derechos y acciones a que se refiere el artículo 146 del Código Civil, ante lo cual habría que entender que podrá realizarla la o el cónyuge que los constituyó, mediante equivalente declaración unilateral que conste en escritura pública. Además podrán formularla las o los cónyuges de común acuerdo por escritura pública. También podría operar por declaración de la justicia a petición de la sociedad o del cónyuge titular de los derechos y acciones, en este caso, el principal fundamento será que el inmueble de propiedad de la sociedad respectiva ya no es la residencia principal de la familia. Finalmente, en caso de enajenación voluntaria o forzada por parte de la sociedad del inmueble en cuestión, procedería la desafectación tácita de los derechos y acciones del socio o accionista. En todos los casos será necesario proceder a la cancelación de la anotación marginal o inscripción efectuada.

Efectos de la afectación de bienes familiares

Si bien es cierto que a partir de la afectación no se forma un patrimonio familiar especial, sí quedan los bienes sujetos a un estatuto jurídico especial en términos de disposición, uso y goce. En efecto, de la constitución formal de determinados bienes en bienes familiares se sigue una serie de consecuencias para el propietario, cabe destacar la prohibición de gravar y enajenar voluntariamente o de prometer gravar o enajenar dichos bienes sin la autorización, específica y dada por escrito, del cónyuge no propietario o del juez o jueza en subsidio. Igual autorización formal se requiere para la celebración de contratos de arrendamiento, comodato o cualquier otro que conceda derechos personales de uso o de goce sobre los referidos bienes (artículo 142 del Código Civil). Se trata de una afectación o limitación de la gestión del bien, esto es, de la facultad de realizar actos de disposición y administración, pero no se altera la titularidad del dominio ni la facultad de goce (Corral Talciani, 2007: 63).

La autorización que la norma legal requiere debe ser específica para el acto en cuestión; puede manifestarse por escrito, por escritura pública si el acto exigiere dicha solemnidad o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. La o el cónyuge no propietario puede prestar su autorización incluso por mandatario especial cuyo mandato conste por escrito o por escritura pública, según el caso. Como clara-

mente el legislador no pretende que la constitución de bienes familiares afecte el derecho de propiedad en su esencia, establece la posibilidad de que la voluntad del cónyuge no propietario pueda ser suplida por el juez o jueza en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia (artículo 144 del Código Civil).

La disposición del bien hecha por el titular del dominio, en contravención de las exigencias legales, autoriza al no propietario —cuya voluntad de autorizar no se haya expresado de conformidad a la ley— a pedir la rescisión del acto (artículo 143 del Código Civil). Con base en esta sanción de nulidad relativa, la doctrina entiende que la exigencia de la voluntad del cónyuge no propietario es un requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor del acto en consideración a la calidad o estado de la persona que lo ejecuta o acuerda (artículo 1682 del Código Civil) (Tomasello Hart, 1995: 155). Complementa esta interpretación la presunción de mala fe que pesa sobre los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine (artículo 143 inciso segundo del Código Civil), siendo evidente que la mala fe se origina con motivo de la anotación en el Registro de Propiedad.

La afectación no transforma el bien familiar en inembargable, por lo que la sola constitución de bienes familiares no causa perjuicio a terceras personas (Ramos Pazos, 2005: 343), quienes pueden perseguir el pago de sus créditos en el patrimonio de la o el cónyuge deudor, incluidos los bienes familiares de que sea propietario. Sin embargo, cada vez que en virtud de una acción ejecutiva deducida por un tercero acreedor se disponga el embargo de algún bien familiar de propiedad del cónyuge deudor, el tribunal dispondrá que se notifique personalmente el mandamiento correspondiente al cónyuge no propietario. Las y los cónyuges gozan del beneficio de excusión y, en consecuencia, se podrá exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor o deudora (artículo 148 del Código Civil). Aparece aquí la relevancia que reviste la anotación registral del bien familiar, toda vez que permite su conocimiento al tribunal y el cumplimiento de la obligación legal que le impone la disposición.

Durante el matrimonio, el juez o jueza puede constituir —prudencialmente a favor de la o el cónyuge no propietario— derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. Se trata de limitaciones al dominio eminentemente temporales. Para adoptar esta decisión, así

como para la fijación del plazo que le pone término a estas limitaciones, la judicatura debe tomar en especial consideración el interés de los hijos o hijas, cuando los haya, y las fuerzas patrimoniales de las o los cónyuges (artículo 147 del Código Civil). En este caso, lo que el legislador persigue es asegurar que el aprovechamiento de estos bienes quede radicado en quién mejor convenga, atendidos los intereses más necesitados de protección (Tomasello Hart, 1995: 199). La declaración judicial que confiere los derechos de usufructo, uso o habitación sobre tales bienes —que nunca puede formularse extinto el matrimonio por expresa exigencia normativa— sirve como título para todos los efectos legales.

En el caso de los derechos y acciones, desde la afectación se requerirá la voluntad de ambas o ambos cónyuges para realizar cualquier acto como socio o accionista de la sociedad respectiva, siempre que dicho acto tenga relación con el bien del que la sociedad sea propietaria y que constituye la residencia familiar (artículo 146 inciso segundo del Código Civil).²⁵

Convenciones matrimoniales y pactos de sustitución

Convenciones o capitulaciones matrimoniales

Reguladas en los artículos 1715 a 1722 del Código Civil, las capitulaciones matrimoniales son «las convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración» (artículo 1715). Se trata de convenciones, esto es, actos jurídicos bilaterales y no necesariamente contratos que vinculan a las o los cónyuges y —eventualmente— a terceras personas que contraten con ellas o ellos. No pueden estar sujetas a condición, plazo o modo alguno.

Para su otorgamiento se requiere la misma capacidad que es necesaria para contraer matrimonio —actualmente, se debe tener 18 años—²⁶ pudiendo prestarse el consentimiento personalmente o a través de mandatario. La persona que se encuentra bajo curaduría requiere autorización de su curador para celebrar las capitulaciones (artículo 1721).

Las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio pueden ser de objeto variado con los límites que señala el artículo 1717 del Código Civil:

²⁵ Corral Talciani califica esta norma de oscura por ofrecer dudas al generar dificultades para conocer qué actos que se refieren al inmueble son realizados por uno de las o los cónyuges «como socio o accionista» (2007: 64 y 65).

²⁶ Ley 21.515 publicada en el *Diario Oficial* el 28 de diciembre de 2022.

las buenas costumbres y las leyes, en consecuencia, no pueden ir en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a un cónyuge respecto del otro u otra o de descendientes comunes. Por ejemplo, la mujer casada en sociedad conyugal no puede renunciar en las capitulaciones a la facultad de pedir la separación de bienes (artículo 153) ni a los derechos que tengan el carácter de irrenunciable.

Las capitulaciones anteriores al matrimonio pueden versar, entre otros temas, sobre:

- La separación total o parcial de bienes (artículo 1720 inciso primero).
- Las donaciones por causa de matrimonio (artículo 1406).
- La renuncia de la mujer a los gananciales (artículo 1719 y 1721).
- La concesión a la mujer de una suma de dinero o pensión periódica de la que pueda disponer libremente cuando se encuentre casada en sociedad conyugal (artículo 1720 inciso segundo en relación con artículo 167).
- La exclusión de algunos bienes muebles de la comunidad o de la administración del marido en sociedad conyugal (artículo 1725 número 4).
- La indicación de adquirir con valores propios de una o uno de los cónyuges determinados bienes que no ingresan al haber social (artículo 1727 número 2).
- La modificación de las reglas sobre expensas ordinarias y extraordinarias de educación de descendientes (artículo 1744).
- Las obligaciones y limitaciones a la administración del marido de los bienes sociales y de los bienes de su mujer (artículo 1749).

Por su parte, las capitulaciones otorgadas en el mismo acto del matrimonio solo pueden tener por objeto pactar separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales (artículo 1715 inciso segundo del Código Civil).

Los pactos que refieren al régimen de sociedad conyugal solo son aplicables a los matrimonios de personas de distinto sexo, conforme a las modificaciones establecidas por la Ley 21.400. En las capitulaciones matrimoniales de personas del mismo sexo no se puede pactar régimen de sociedad conyugal (artículo 1715 inciso final). Sin embargo, como por el hecho del matrimonio se entienden separadas totalmente de bienes,



en sus capitulaciones pueden pactar un régimen de participación en los gananciales (artículo 135 inciso segundo).

En cuanto a las solemnidades, las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio deben constar en escritura pública, la que debe subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. La subinscripción marginal debe hacerse al momento de la celebración del matrimonio o dentro de los treinta días siguientes (artículo 1716 inciso primero primera parte).

La inscripción dentro de plazo no es un simple requisito de publicidad, sino que constituye solemnidad del acto para su validez entre las partes y respecto de terceros. Las capitulaciones son eficaces entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse el matrimonio o dentro de los treinta días siguientes (artículo 1716 inciso primero). Las capitulaciones otorgadas en el acto del matrimonio solo requieren como solemnidad que el pacto conste en la inscripción matrimonial sin lo cual no tendrán valor.

Una vez celebrado el matrimonio no podrán alterarse las capitulaciones, aunque concurra el consentimiento de las y los contrayentes intervinientes, salvo en los casos de sustitución expresamente permitidos en el inciso primero del artículo 1723 del Código Civil. Sin embargo, pueden alterarse válidamente antes de contraído el matrimonio por medio escrituras que sigan las mismas solemnidades de las capitulaciones (artículo 1722). Las convenciones dejan de producir efectos si el matrimonio es declarado nulo, salvo en caso de matrimonio putativo respecto de la o el cónyuge de buena fe que lo contrajo con justa causa de error.

Los matrimonios celebrados en el extranjero se miran en Chile como separados de bienes (artículo 135 inciso final), a menos que otorguen capitulaciones modificando esa regla. Para ello es necesario, primero, la inscripción del matrimonio en el registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago para lo cual se exhibirá a la o el oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. Desde la fecha de esa inscripción se cuenta el plazo para la subinscripción marginal de las capitulaciones (artículo 1716 inciso segundo).

El matrimonio celebrado en el extranjero entre personas de distinto sexo puede en el mismo acto de inscripción de su matrimonio pactar sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales; si en

cambio, se ha celebrado entre personas del mismo sexo, las capitulaciones solo podrán pactar el régimen de participación en los gananciales.

Pactos de sustitución del régimen económico matrimonial

Durante el matrimonio, las y los cónyuges pueden sustituir el régimen de bienes del matrimonio. Si el matrimonio es de personas de distinto sexo, las sustituciones posibles son sociedad conyugal por participación en los gananciales o por separación total de bienes; separación de bienes por participación en los gananciales; participación en los gananciales por separación total de bienes. Si el matrimonio es entre personas del mismo sexo, se permite expresamente sustituir el régimen de separación de bienes que opera por el solo ministerio de la ley por el de participación en los gananciales (artículo 135 inciso segundo del Código Civil); siendo igualmente posible sustituir el régimen de participación que se hubiere otorgado en las capitulaciones por la separación de bienes, por cuanto no hay norma que se oponga a ello y no se afecta con el pacto la ley, ni las buenas costumbres, ni derechos de las y los cónyuges.

El pacto de sustitución es solemne y no puede quedar sujeto a condición, plazo o modo alguno. Las solemnidades necesarias para que produzca efectos entre las partes y respecto de terceros son: el otorgamiento de escritura pública y la subinscripción de esta al margen de la respectiva inscripción matrimonial. El plazo para realizar la subinscripción es de treinta días contados desde la fecha de la escritura.²⁷ Una vez celebrado el pacto, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de las y los cónyuges, es decir, es irrevocable.

Cumplidas las solemnidades, el pacto de sustitución de régimen es oponible a terceros. No obstante, en caso alguno perjudicará los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cualquiera de las y los cónyuges.

²⁷ En términos semejantes, el artículo 15 de la Ley 20.830 regula el pacto de los convivientes civiles para sustituir el régimen de comunidad por el de separación total de bienes, el cual, debe otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se subinscriba al margen de la respectiva inscripción del acuerdo de unión civil, para cuyo efecto la subinscripción solo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto de cada uno de los convivientes civiles.

En la misma escritura pública en que se pacta separación de bienes o participación en los gananciales las y los cónyuges pueden liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa a la vez, según el caso.

Regímenes económicos del matrimonio

Introducción al orden económico del matrimonio

Los regímenes económicos del matrimonio o regímenes patrimoniales matrimoniales corresponden al estatuto jurídico que regla las relaciones pecuniarias y los intereses económicos de las o los cónyuges entre sí y respecto de terceros (Ramos Pazos, 2005: 134). También se le denomina régimen de bienes del matrimonio. Básicamente, las preguntas a las que estos regímenes dan respuesta son: ¿Qué suerte corren los bienes que las o los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio y los que adquieren durante su vigencia? ¿Quién administra los bienes? ¿Cómo se responde de las deudas contraídas en beneficio de la familia común y de las deudas en general contraídas durante la vigencia del matrimonio? ¿Qué derechos económicos tienen al terminar el matrimonio o al terminar el régimen de bienes?

Los regímenes matrimoniales se estiman siempre necesarios para el matrimonio, de tal modo que, si los cónyuges no lo establecen, la ley proporciona la solución dependiendo de si el matrimonio es celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo (artículo 135 del Código Civil). Establecido por la ley o por las partes el régimen económico del matrimonio entra a operar el estatuto configurado por el legislador, con lo cual, la autonomía de voluntad es limitada en este ámbito.

Como indican Barros (1991) y Ramos Pazos (2005) se distingue entre:

- Regímenes de comunidad: Todos los bienes que las o los cónyuges aportan al matrimonio, y los que adquieren durante él, pasan a constituir un fondo común que pertenece a la pareja y que se divide entre ellos una vez disuelta la comunidad (la que puede ser universal o restringida).
- Regímenes de separación de bienes: Cada cónyuge tiene su patrimonio que administra con amplia libertad, no existiendo patrimonio común.
- Regímenes sin comunidad: Cada cónyuge conserva sus propios bienes, pero todos los bienes son administrados por el marido,

salvo los bienes reservados cuya administración corresponde a la mujer.

- Régimen dotal: Caracterizado por la existencia de dos clases de bienes, los dotales que la mujer aporta al matrimonio y entrega al marido para las necesidades familiares y los parafernales que la mujer conserva en su poder y por tanto administra.
- Regímenes de participación en los gananciales (modernos): Durante la vigencia del régimen cada cónyuge tiene su propio patrimonio y lo administra con libertad, pero a su extinción el que ha adquirido bienes de mayor valor debe compensar al que ha obtenido menos. Se reconocen dos grandes modalidades: la de comunidad diferida de bienes y la de modalidad crediticia.

La legislación chilena actual regula tres regímenes de bienes: la sociedad conyugal aplicable solo a matrimonios de personas de distinto sexo (artículo 135 del Código Civil conforme a la modificación de la Ley 21.400), la separación de bienes y el régimen de participación en los gananciales, aplicables a todo tipo de matrimonios.²⁸

²⁸ Según Tapia (2007), en nuestro país la codificación decimonónica reconoció en el Código Civil un modelo prácticamente único de familia, fundada en el matrimonio y en la sociedad conyugal, que otorgaba al marido preponderantes facultades económicas y personales sobre la mujer y los hijos, lo que guardaba correspondencia con una economía principalmente agrícola. Con posterioridad, la evolución social fue haciendo insuficiente esa regulación. Son innumerables los cambios sociales que hicieron variar esta situación, pero generalmente se citan la urbanización, la industrialización y el acceso de la mujer al mercado laboral, como los hitos claves. Este último fenómeno fue potenciado, desde la segunda mitad del siglo XX, por las técnicas anticonceptivas, que permitieron a la mujer decidir postergar la maternidad en beneficio de proyectos laborales. La respuesta del derecho chileno frente a estos cambios fue progresiva. En esencia, durante el siglo XX, junto con abrirse la posibilidad del pacto de separación total de bienes, se introdujeron correctivos a la sociedad conyugal. Estos correctivos intentaban dar cuenta de una realidad social: la introducción de la mujer al mercado laboral, creándose, por ejemplo, el patrimonio reservado de la mujer casada. Posteriormente, con una agudización y quizá una aceleración de los cambios sociales en esta materia, especialmente, el aumento del porcentaje de mujeres que trabaja y el comienzo de la masificación de un modelo de familia en que ambos cónyuges trabajan y comienzan a compartir responsabilidades respecto del hogar y de los hijos o hijas, o delegan todo o parte de esas tareas en terceros, se acoge el régimen de participación en los gananciales, como alternativo a la sociedad conyugal y a la separación total de bienes.

Régimen de separación de bienes

Según dispone el artículo 159 del Código Civil, la separación de bienes es:

El régimen en virtud del cual los cónyuges administran con plena independencia el uno del otro, los bienes que tenían antes del matrimonio, los que adquieran durante este a cualquier título y los que resulten de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos y los que adquieran, durante el régimen.

En este régimen existen dos patrimonios independientes que cada cónyuge administra libremente con amplias facultades y sin restricción (artículo 159 y 173 del Código Civil); no existe un fondo común, cada cónyuge conserva el dominio de los bienes que aporta al matrimonio y de aquellos que adquiere durante la vigencia del régimen. Como consecuencia de la administración independiente cada cónyuge se beneficia o perjudica de sus propios actos: se beneficia por los aumentos y ha de sufrir las disminuciones sin afectar el patrimonio de su cónyuge. Lo anterior no impide que una o uno de los cónyuges pueda conferir a la otra u otro la administración de una parte de sus bienes, en cuyo caso, se generan las obligaciones propias del simple mandatario para la o el cónyuge administrador (artículo 162 del Código Civil).

La administración libre de este régimen tampoco se contradice con la necesidad de dar curador para la administración de bienes a alguno de las o los cónyuges en todos los casos en que siendo solteras o solteros necesitarían de curador para administrarlos, conforme a las reglas generales de capacidad (artículo 163 del Código Civil). En todo caso, se debe tener presente la limitación establecida en el artículo 503 del Código Civil en cuanto el marido y la mujer no podrán ser curadores el uno del otro si están totalmente separados de bienes, inhabilidad que no rige en caso de separación convencional, pudiendo el juez o jueza, deferir la guarda al marido o a la mujer.

Los acreedores de un cónyuge no tienen acción para perseguir los bienes del otro por obligaciones contraídas por el primero, a menos que: el cónyuge no deudor haya accedido a la obligación caucionándola o se haya beneficiado de la obligación. En este último caso, será responsable a prorrata del beneficio obtenido por la obligación contraída. Dentro



del beneficio que le puede reportar a un cónyuge la obligación contraída por el otro, se considera no solo el beneficio de carácter personal sino también el beneficio en favor de la familia común (artículo 161 del Código Civil).

En el régimen de separación de bienes cada cónyuge debe contribuir a la sustentación de la familia común a proporción de sus facultades, por lo tanto, no se trata de contribuir necesariamente en partes iguales, sino según sean las facultades económicas de cada una o uno (artículos 160 y 134 del Código Civil). En caso de ser necesario, el tribunal debe reglar la contribución.

Según su origen, la separación de bienes puede ser judicial, legal o convencional (artículo 152 del Código Civil). Respecto de los bienes que comprende, la separación de bienes puede ser total o parcial, como se desprende del artículo 1720 del Código Civil; aunque la separación parcial no existe como régimen autónomo, pues se trata de situaciones de administración separada de bienes por la mujer vigente el régimen de sociedad conyugal.

Separación judicial de bienes

Es aquella que se produce en virtud de una resolución judicial de carácter ejecutoriada que haya sido dictada en un juicio seguido por la mujer en contra del marido cuando están casados bajo el régimen de sociedad conyugal. Solo puede demandar la separación judicial de bienes la mujer, pues en general está establecida como una medida de protección contra los actos del marido que es jefe de la sociedad conyugal. La excepción se regula en el artículo 19 inciso primero número 1 de la Ley 14.908, en virtud del cual el titular de la pensión podrá solicitar al tribunal competente que se decrete la respectiva separación de bienes de los cónyuges cuando se hubieran decretado por dos veces algunos de los apremios de los artículos 14 y 16 de la misma ley. En este caso, aunque es poco frecuente, es posible que la mujer sea deudora de alimentos y el marido —en representación de los hijos— sea el acreedor que requiere los apremios.

Esta separación siempre es total, no hay separación de bienes judicial parcial, y una vez decretada tiene carácter irrevocable, así se establece en el artículo 165 del Código Civil. Además, según dispone el artículo 153, el derecho a demandar la separación, concurriendo causal legal, es



irrenunciable e imprescriptible: «La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes».

Las causales legales para demandar la separación judicial se encuentran taxativamente señaladas por el legislador en los artículos 155, 450 y 1762 Código Civil, y en el artículo 19 de la Ley 14.908. Conforme al artículo 155 son causales para demandar la separación de bienes:

- La insolvencia o administración fraudulenta del marido (supone dolo).
- El incumplimiento culpable por parte del marido de las obligaciones que imponen los artículos 131 y 134 (supone la imputabilidad de la conducta de incumplimiento de deberes personales del matrimonio).
- El incurrir el marido en alguna causal de separación judicial, según los términos de la Ley de Matrimonio Civil (se entiende aplicable a la causal culpable de separación).
- La ausencia injustificada del marido por más de un año (comprende no presencia en el hogar común, ignorancia del paradero y falta de comunicación).
- La existencia de separación de hecho de los cónyuges, sin mediar ausencia (comprende no compartir deliberadamente el hogar y la vida conyugal).
- El mal estado de los negocios del marido por consecuencia de especulaciones aventuradas, de una administración errónea o descuidada o cuando hay riesgo inminente de ello.

Por su parte, el artículo 450 autoriza a la mujer cuyo marido disipador sea sujeto a curaduría para pedir la separación de bienes. Asimismo, el artículo 1762 del Código Civil, dentro del párrafo de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, faculta a la mujer que no desea tomar sobre sí la administración extraordinaria de la sociedad, ni someterse a la dirección de un curador, para pedir la separación de bienes.

La acción de separación de bienes es de carácter patrimonial y el juicio de separación es de conocimiento de los Tribunales de Familia, en procedimiento ordinario de la Ley 19.968. Como reconoce el artículo 156 del Código Civil, el juez o jueza puede, «a petición de la mujer, tomar las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses

de esta, mientras dure el juicio». Esta regla constituye una excepción a lo señalado en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil toda vez que la mujer no necesita acompañar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que reclama. Por lo demás, en el caso de ausencia injustificada o separación de hecho el juez o la jueza puede, en cualquier tiempo, a petición de la mujer y procediendo con conocimiento de causa, tomar iguales providencias antes de que se demande la separación de bienes, exigiendo caución de resultas a la mujer si lo estimare conveniente.

En el juicio de separación de bienes, la mujer demandante tiene la carga de la prueba; son admisibles todo tipo de pruebas legales, con la salvedad de la prueba confesional cuando la separación es demandada por mal estado de los negocios del marido (artículo 157 del Código Civil). No obstante, para esa misma causal, el inciso final del artículo 155 admite que el marido puede oponerse a la separación prestando fianza o hipotecas que aseguren suficientemente los intereses de la mujer.

Frente a la interrogante de si es posible que intente la acción de separación una persona distinta de la cónyuge, o si ello no es posible por tratarse de una acción de familia personalísima, la Corte Suprema ha clarificado que, si bien se trata de una acción que se tramita ante los tribunales de familia, se trata de una acción de carácter patrimonial y no de una acción referida exclusivamente a la persona de la cónyuge que tenga por objeto derechos inherentes a ella. La finalidad de la acción es modificar el régimen patrimonial pactado entre los cónyuges, a fin de separar sus patrimonios. Por ello, si la mujer está sujeta a procedimiento concursal de liquidación y ello la priva automáticamente de administrar sus bienes y ejercer por sí acciones patrimoniales, el liquidador en dicho proceso tiene un interés legítimo que le permite ejercer la acción de separación, pues conforme a lo resuelto en el proceso concursal es quien representa los derechos de la deudora en cuanto pueda interesar a la masa, y claramente interesa si se vincula con su patrimonio.²⁹

Conforme al artículo 158 del Código Civil, una vez decretada la separación se procederá a la división de los gananciales y al pago de recompensas o al cálculo del crédito de participación en los gananciales, según cual fuere el régimen al que se pone término. Esto es así porque la sentencia produce la disolución tanto de la sociedad conyugal como del

29 Sentencia de la Corte Suprema, rol 15189-2018, 12 de agosto de 2019.

régimen de participación en los gananciales (artículos 158, 1764 número 3 y 1792-27 número 5 del Código Civil).³⁰

Los efectos propios de la separación de bienes se producen entre los cónyuges desde que se encuentre ejecutoriada o firme la sentencia respectiva; respecto de los terceros, los efectos de la separación son oponibles desde que la sentencia se subinscriba al margen de la partida de matrimonio de los cónyuges. Tales efectos —de administración libre e independiente de su patrimonio por cada cónyuge (artículo 159 y 173 Código Civil)— se producen hacia el futuro, es decir, la sentencia no produce efecto retroactivo y, en consecuencia, es irrevocable. Declarada por sentencia judicial firme o ejecutoriada, la separación de bienes entre los cónyuges no se puede revocar ni por decreto judicial ni por acuerdo de los cónyuges.

Separación legal de bienes

Es la que opera por el solo ministerio de la ley como efecto o consecuencias de alguna otra situación jurídica que afecta a las y los cónyuges. Nuestro ordenamiento contempla tres casos de separación legal de bienes.

En primer lugar, se produce la separación de bienes cuando se declara la separación judicial entre las y los cónyuges conforme a las normas de la Ley de Matrimonio Civil. Uno de los efectos de la sentencia que declara la separación judicial es el término de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre las y los cónyuges.³¹ Tras la separación judicial el matrimonio continúa y, como advertimos, el régimen de bienes es necesario en todo matrimonio. Por eso, las y los cónyuges van a quedar sujetos ahora al régimen de separación total de bienes sin que sea necesario que se declare de forma explícita este efecto en la sentencia firme o ejecutoriada que declara la separación judicial del matrimonio.

30 «Corte Suprema confirma fallo que acogió demanda por incumplimiento de contrato de liquidación de sociedad conyugal», *www.pjud.cl*, 1 de abril de 2022, disponible en <https://bit.ly/3rNB4lU>.

31 Artículo 34 de la LMC: «Por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 del Código Civil».



La mujer administra los bienes de forma separada conforme al artículo 159 del Código Civil e incorpora a su patrimonio lo que haya obtenido de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales. Y queda sujeta a los artículos 161, 162 y 163 del Código Civil.

La eventual reanudación de la vida en común, luego de la sentencia de separación matrimonial, no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales; por tanto, se mantienen la separación legal de bienes. Lo que sí permite el artículo 40 de la LMC es que, reanudada la vida en común, las y los cónyuges pacten participación en los gananciales en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil, sustituyendo la separación legal de bienes que se había producido. Lo mismo indica el inciso segundo del artículo 165 del Código Civil, constituyendo un caso de excepción a la irrevocabilidad propia de las separaciones judicial y legal.

El segundo caso de separación legal de bienes se refiere a los matrimonios celebrados en el extranjero, los que conforme al artículo 135 inciso tercero del Código Civil se miran como separados de bienes en Chile. Sin perjuicio de ello, esta separación legal no es inmodificable; pues al momento de inscribir el matrimonio en la primera sección del Registro Civil de la comuna de Santiago se les permite cambiar la separación total de bienes de carácter legal por sociedad conyugal o participación en los gananciales. Este es el único caso en que la sociedad conyugal puede nacer después de celebrado el matrimonio y, aunque la norma legal no lo advierte, hay que entender que solo es posible en caso de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas de distinto sexo, para no ser contraria al ordenamiento nacional.

Finalmente, el tercer caso se aplica a los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo. Según establece el inciso segundo del artículo 135 del Código Civil,³² por el hecho del matrimonio, se entenderán separadas totalmente de bienes, sin perjuicio de su facultad de optar por el régimen de participación en los gananciales en las capitulaciones matrimoniales o de sustituirlo por este durante la vigencia del matrimonio, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1723 del Código Civil. En estos matrimonios la separación de bienes es el régimen legal.

32 Norma establecida en virtud de la Ley 21.400.

Separación convencional de bienes

La separación convencional tiene su origen en un acuerdo de voluntades de los esposos o esposas y de las o los cónyuges, según el momento de la manifestación de voluntad; puede pactarse válidamente antes del matrimonio, al momento de su celebración o durante la vigencia del matrimonio para sustituir la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, conforme al artículo 1723 Código Civil. La separación puede ser de carácter total o parcial, aunque ya se ha advertido que la separación parcial no es en realidad un régimen independiente.

El pacto de separación de bienes que se realiza antes del matrimonio y el que se otorga durante su celebración constituyen una capitulación matrimonial, por lo tanto, quedan sujetos a los requisitos, formalidades y solemnidades propias de este tipo de convención. Se trata de un pacto que puede ser modificado con posterioridad, conforme al artículo 1723, por un nuevo pacto que sustituye el régimen que estuviera vigente (sociedad conyugal o participación en los gananciales) y debe cumplir con los requisitos legales. Se permite que en la misma escritura donde consta el pacto de separación de bienes se pueda liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales). Según dispone artículo 165 inciso segundo del Código Civil, este pacto admite por una sola vez el acuerdo para pactar el régimen de participación en los gananciales.

Régimen de participación en los gananciales

Los regímenes de participación —cuyo origen es atribuido al derecho consuetudinario húngaro y fundamentalmente a la ley francesa del año 1907— se caracterizan porque vienen a constituir una solución que combina los principios tanto de los sistemas comunitarios, como de los regímenes de separación; consagran la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial, sin desatender el respeto a la individualidad de cada cónyuge.

Atendiendo a la forma como se liquida la participación y a los efectos que se generan al cesar esta, se distingue entre: participación con comunidad diferida y participación en modalidad crediticia o con compensación de beneficios (Barros, 1991). En la primera, nace una comunidad limitada en el tiempo al finalizar el sistema para el solo efecto de ser



liquidada y dividida entre las y los cónyuges, o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos de la o el fallecido. En la segunda, la participación en modalidad crediticia, no se forma una comunidad al finalizar el sistema, sino que procede un ajuste de cuentas, proceso contable realizado a través de la comparación de los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, de cuyo resultado dependerá la extensión de la participación.³³

En nuestro país, el régimen de participación en los gananciales en modalidad crediticia se introdujo por medio de la Ley 19.335 publicada en el *Diario Oficial* el 23 de septiembre de 1994 que comenzó a regir el 24 de diciembre de 1994.

Concepto y características

El régimen de participación en los gananciales es aquel en que los patrimonios de las y los cónyuges durante el matrimonio se mantienen separados y cada uno administra, goza y dispone libremente, pero una vez disuelto el régimen se compensa el valor de los gananciales obtenidos hasta concurrencia de los de menor valor, y la o el cónyuge que obtuvo menos tiene derecho a participar en la mitad del excedente del que obtuvo más.³⁴ Su regulación está principalmente contenida entre los artículos 1792-2 y 1792-19 del Código Civil.

En consecuencia, cada cónyuge conserva la facultad de administrar libremente sus bienes sujetos a ciertas restricciones que de forma expresa establece la ley. Al término del régimen se deben determinar las utilidades netas que obtuvo cada cónyuge a título oneroso durante su vigencia y compensar los gananciales obtenidos. De esa compensación surge un crédito en numerario a favor de quien obtuvo menos gananciales, por la diferencia respectiva. Se trata de una participación limitada a las ganancias con compensación de beneficios; no se forma una comunidad diferida de bienes, sino que tiene lugar un ajuste de cuentas, que tiene

33 Un comentario respecto de los países en que se han recepcionado estas dos modalidades en Schmidt Hott, 1995: 43 y ss.

34 Para Rodríguez Grez, este régimen es «aquel en el cual ambos cónyuges conservan la facultad de administrar sus bienes, sin otras restricciones que aquellas consagradas expresamente en la ley, debiendo, al momento de su extinción, compensarse las utilidades que cada uno obtuvo a título oneroso, configurándose un crédito en numerario a favor de aquel que obtuvo menos gananciales, de modo que ambos participen por mitades en el excedente líquido» (2014: 236).

por finalidad, comparando los patrimonios —originarios y finales— de cada cónyuge, determinar si hubo o no gananciales y participar en la diferencia respectiva. De esta forma se consigue equiparar a ambos cónyuges en el goce de los beneficios económicos que la pareja ha alcanzado durante la vida matrimonial.

Constituye un sistema convencional y alternativo que vino a ampliar el régimen contractual existente en nuestro país. Su origen siempre es convencional, es decir, requiere acuerdo de voluntad de los cónyuges. Como ha señalado Vidal Olivares, «su estructura, contenido y funcionalidad viene establecido por la ley de orden público; sin embargo, su aplicación depende del acuerdo expreso de voluntades» (2004: 421). Este régimen puede pactarse en las capitulaciones matrimoniales o durante la vigencia del matrimonio como pacto de sustitución del artículo 1723 del Código Civil. Los matrimonios contraídos en el extranjero pueden pactarlo al inscribir su matrimonio en el registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, dejando constancia de ello en dicha inscripción.

Durante la vigencia del matrimonio funciona como un régimen separatista: cada cónyuge conserva sus facultades de administración, pudiendo usar, gozar y disponer de sus bienes, como lo estime conveniente, sin perjuicio de ciertas restricciones especialmente establecidas por la ley, permaneciendo separados los patrimonios de cada cónyuge (lo que ocurre también al finalizar la participación). A su terminación, genera la distribución paritaria de las utilidades que a título oneroso se han obtenido durante su vigencia, lo que crea a favor de quien logró menores utilidades un crédito compensatorio destinado a equilibrar el beneficio que, en definitiva, le correspondería a cada cónyuge. Se genera un derecho personal en favor de quien obtuvo menos utilidades.

Administración de bienes

Vigente el régimen de participación en los gananciales, de conformidad al artículo 1792-2 Código Civil, cada uno los cónyuges administra y goza y dispone libremente de lo suyo, lo que constituye una de las características esenciales de este régimen matrimonial, por lo tanto, siendo una norma de orden público, no puede ser alterada. Lo anterior, no obsta —porque es un pacto lícito— a que uno de los cónyuges confiera al otro mandato para la administración de todo o una parte de sus bienes, operando en dicho caso las normas del simple mandato. Asimismo, la



administración separada no afecta el deber general que pesa sobre ambos o ambas cónyuges de proveer a las necesidades de la familia común, atendidas sus facultades económicas.

Cada cónyuge es dueño de sus bienes y los administra libremente, sin perjuicio de los siguientes casos en que se requiere autorización del otro cónyuge:

a) Cauciones personales a obligaciones de terceros. Ninguno de las y los cónyuges puede otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge. La norma se refiere a cauciones personales, con lo cual se excluye de la limitación a las cauciones reales.

La autorización debe sujetarse a lo prevenido en los artículos 142 inciso segundo y 144 del Código Civil, es decir, la voluntad que consiente debe ser expresa, interviniendo directa y explícitamente en el acto o contrato, o debe contar por escrito o por escritura pública, si así lo exigiera el acto que se celebra.

En caso de negativa injustificada que no se funde en el interés de la familia, o en caso de imposibilidad, se puede suplir la autorización del cónyuge por la del juez o jueza, con conocimiento de causa y con citación del otro cónyuge. El otorgamiento de cauciones sin cumplir con el requisito legal se sanciona con nulidad relativa, contándose el cuadrenio desde el día en que la o el cónyuge que alega la rescisión tuvo conocimiento del acto. No obstante, en caso alguno podrá alegarse la nulidad del acto transcurridos diez años desde la fecha de la celebración (artículos 1792-3 y 1792-4 del Código Civil).

b) Enajenación del bien familiar. Si un bien es declarado bien familiar, la o el cónyuge propietario no puede enajenarlo ni gravarlo voluntariamente, ni prometer enajenarlo ni gravarlo, sin la autorización de la otra u otro, aplicando las reglas de los artículos 142, incisos primero y segundo, y 144 del Código Civil. Estas exigencias constituyen una auténtica limitación a las facultades de administración y disposición separada, pero no tiene su origen en el régimen sino en la afectación de bien familiar. Conforme al artículo 1792-4, la infracción acarrea la nulidad relativa del acto.

c) Actos de enajenación del artículo 1792-15. Durante la vigencia del régimen de participación, se requiere autorización de la otra u otro cónyuge para la ejecución o celebración de los actos de enajenación con-

templados en el artículo 1792-15 Código Civil, de lo contrario, le resultan inoponibles.

Si no se cuenta con la autorización respectiva, se agregarán imaginariamente en el patrimonio final de quien realizó alguno de los referidos actos, los montos de las disminuciones de su activo que sean consecuencia de ellos. Las agregaciones referidas deben considerar el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación.

Se trata de tres casos que tendrán lugar al término del régimen de participación en los gananciales, precisamente al momento de calcular el patrimonio final de cada cónyuge. Con todo, la falta de autorización en estos casos, no afecta la validez de los actos; la sanción es la inoponibilidad respecto del otro u otra cónyuge, por ello se realiza una acumulación imaginaria del monto de las distribuciones en el activo del patrimonio en que han tenido lugar las operaciones indicadas, a fin de realizar el ajuste de cuentas netas.

Patrimonio originario

Conforme lo señala el artículo 1792-6 inciso segundo:

Se entiende por patrimonio originario de cada cónyuge el existente al momento de optar por el régimen de participación en los gananciales que establece este título y por su patrimonio final, el que exista al término de dicho régimen de participación en los gananciales.

Se trata de aquel patrimonio del cual es titular cada cónyuge al momento de pactar la participación en los gananciales, o sea al iniciarse el régimen. Su contenido y monto resulta de deducir del valor total de los bienes de que la o el cónyuge es titular al inicio del régimen, el valor total de las obligaciones de que sea deudor a esa misma fecha, así lo dispone el artículo 1792-7. Por eso el patrimonio originario es neto y corresponde el valor real de todos los bienes, previa deducción de las obligaciones. El legislador, al ordenar la deducción del valor de las obligaciones existentes al iniciarse el régimen, habla de las obligaciones de que la o el cónyuge es deudor, sin precisar qué obligaciones quedan comprendidas bajo la regla pudiendo ser toda clase de obligación —naturales, de garantía, sujetas a condición, indeterminadas, ilíquidas, etcétera— o solo las determinadas, líquidas y actualmente exigibles. Deducidas las obligaciones, el valor resultante será el que corresponda al patrimonio

originario; en la medida que el pasivo no supere el activo, pues si lo supera, como se adelantó, el patrimonio originario no tendría valor.

Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio se estimará carente de valor.

Conforme a los artículos 1792-7 y 1792-8 del Código Civil, los bienes que comprende y se agregan al patrimonio originario son:

1) Todos los bienes del cónyuge al momento de iniciarse el régimen sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales.

2) Los bienes adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que estuviesen gravadas (inciso segundo del artículo 1792-7 del Código Civil). Las donaciones, herencias o legados, con que se hubiere favorecido a una o uno de los cónyuges, vigente el régimen de participación en los gananciales, comprendiendo incluso algunas donaciones remuneratorias, conforme al artículo 1792-9 del Código Civil.

De lo anterior es posible concluir que los gananciales tienen naturaleza onerosa, ya que las liberalidades a favor de una o uno de los cónyuges recibidas durante la vigencia del régimen, al ser incorporadas al patrimonio originario, se excluyen del cálculo de los gananciales.

Si las liberalidades están gravadas con cargas pecuniarias, la agregación deberá hacerse con deducción del valor de la carga. Las cargas que graven las adquisiciones gratuitas y que se paguen vigente el régimen integran el patrimonio final de quien es favorecido por la liberalidad. La expresión *carga* empleada por el legislador debe entenderse en sentido amplio, más allá de las cargas modales propiamente tales, comprendiendo las deudas hereditarias, los impuestos y todo otro valor a que sea obligado la o el cónyuge beneficiario con ocasión de la liberalidad.

3) Los bienes adquiridos, aún a título oneroso, vigente la participación en los gananciales, si la causa o título de adquisición es anterior al inicio del régimen.

Dentro de este tercer grupo de bienes, se comprenden, conforme a la enumeración no taxativa del artículo 1792-8 del Código Civil (semejante a la del artículo 1736 que regula la sociedad conyugal) los siguientes:

1. Los bienes que uno de los cónyuges poseía antes del régimen de bienes, aunque la prescripción o transacción con que los haya hecho suyos haya operado o se haya convenido durante la vigencia del régimen.



2. Los bienes que se poseían antes del régimen de bienes por un título vicioso, siempre que el vicio se haya purgado durante la vigencia del régimen de bienes por la ratificación o por otro medio legal.
3. Los bienes que vuelven a una o uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato o por haberse revocado una donación.
4. Los bienes litigiosos cuya posesión pacífica haya adquirido cualquiera de las o los cónyuges durante la vigencia del régimen.
5. El derecho de usufructo que se haya consolidado con la nuda propiedad que pertenece al mismo cónyuge.
6. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes de la vigencia del régimen. Lo mismo se aplica a los intereses devengados antes y pagados después.
7. La proporción del precio pagado con anterioridad al inicio del régimen, por los bienes adquiridos de resultas de contratos de promesa.

Patrimonio final

Es el que existe al término del régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-6 inciso segundo del Código Civil) y comprende la totalidad de bienes que en ese momento aparezcan a nombre de o estén siendo poseídos por uno los cónyuges. Según el artículo 1792-14, la conformación de este patrimonio resulta de deducir el valor total de las obligaciones que exista al término del régimen de participación en los gananciales del valor total de los bienes. Habrá entonces un patrimonio final bruto, que comprende todos los bienes y obligaciones, y un patrimonio final líquido, resultante de haber restado el pasivo al activo. Para llegar al patrimonio final líquido, las operaciones que se han de realizar se encuentran contenidas en los artículos 1792-14, 1792-15, 1792-16 del Código Civil, principalmente.

Ingresa a este patrimonio, incrementando los gananciales:

- Los frutos de los bienes que pertenecen a cada cónyuge, incluidos los frutos que producen los bienes que conforman el patrimonio originario. De este modo los frutos benefician a ambos o ambas cónyuges.
- Las minas denunciadas por una o uno de los cónyuges, en semejante situación a la del artículo 1730 en materia de sociedad conyugal.

- Las donaciones remuneratorias por servicios que den acción para su cobro, toda vez que su verdadera naturaleza es el de ser una remuneración.

Luego, para formar el patrimonio final se deduce el valor total de las obligaciones que existen a la fecha del término del régimen, valorando, reevaluando y reajustando prudencialmente las obligaciones a la fecha del término de la participación en los gananciales, siguiendo las reglas del artículo 1792-13. La prueba del pasivo queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 1792-16. 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.

La ley contempla una serie de agregaciones a este patrimonio con distintas finalidades:

- Agregaciones por vía imaginaria: Serán aquellas que tengan un carácter meramente contable, que solo tienen un efecto práctico para establecer la diferencia entre patrimonios, a fin de calcular los gananciales, o cuando los bienes sean insuficientes para pagar el crédito. Son consecuencia de la inoponibilidad de los actos que contempla el artículo 1792-15.
- Agregaciones por vía de sanción: Se refiere a ellas el artículo 1792-18, en caso de ocultamiento, distracción de bienes o simulación de obligaciones, se suma al patrimonio final el doble del valor de aquellos. Se trata de una sanción civil, por el hecho ilícito, con la finalidad de disminuir los gananciales, por lo mismo, la sanción de agregación es sin perjuicio de la responsabilidad civil extracontractual que puede perseguir la o el cónyuge inocente en contra de quien ha realizado alguno de los actos.
- Agregación de atribuciones de derechos sobre bienes familiares: Conforme al artículo 1792-23: «Para determinar los créditos de participación en los gananciales, las atribuciones de derechos sobre bienes familiares, efectuadas a uno de los cónyuges en conformidad con el artículo 147 del Código Civil, serán valoradas prudencialmente por el juez».

Los bienes que componen el activo final líquido se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes (artículo 1792-17). La valorización puede ser hecha por los cónyuges o por un ter-



cero designado por ellos y, en subsidio, por el juez o jueza. En el caso del artículo 1792-15, la valorización se hará al momento de la consumación del delito civil. Para los efectos de acreditar este patrimonio final líquido se aplica lo dispuesto en el artículo 1792-16 y la presunción de dominio de bienes muebles adquiridos durante el régimen del artículo 1792-12 del Código Civil.

Determinación y cálculo de los gananciales

El ganancial es la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge (artículo 1792-6 inciso primero Código Civil). Son utilidades económicas obtenidas a título oneroso, de modo que solo se considera el aumento obtenido por cada cónyuge que tenga como antecedente una causa o título oneroso. Estas utilidades se determinan al finalizar el régimen de participación en los gananciales, ya sea de común acuerdo o por una tercera persona designada para tal efecto; en subsidio, puede ser hecha por el juez o jueza (artículo 1792-17 incisos tercero y cuarto Código Civil). Lo mismo sucede con la valoración del pasivo.

Los gananciales se calculan mediante una operación contable que indique la diferencia entre el patrimonio originario y el patrimonio final. La ley establece algunas situaciones y reglas en cuanto al cálculo de los gananciales en el artículo 1792-19, a saber:

- Si el patrimonio final fuere inferior al originario, solo el cónyuge respectivo soportará la pérdida, pues se entiende que ello deriva de una mala administración. En el caso en que no existan utilidades en los patrimonios, cada uno soportará las deudas que contrajo en su administración, sin adeudar nada al otro.
- Si solo uno los cónyuges ha obtenido gananciales, el otro u otra participará de la mitad de su valor. El que hizo buena administración está obligado a compartir la mitad de sus utilidades con el otro u otra.
- Si ambos cónyuges hubiesen obtenido gananciales, estos se compensan legalmente hasta la concurrencia de los de menor valor y aquel que hubiere obtenido menores gananciales tendrá derecho a que el otro le pague, a título de participación, la mitad del excedente.



En los dos últimos casos surge un crédito de participación en los gananciales que la ley concede a la o el cónyuge que a la expiración del régimen ha obtenido gananciales por un monto inferior al del otro u otra cónyuge —o no ha obtenido ganancial alguno—, con el objeto de que el otro u otra cónyuge le pague en dinero efectivo a título de participación, la mitad del exceso.

La compensación de gananciales da origen al crédito de participación, que es un derecho personal, mediante el cual, cada cónyuge obtiene la mitad neta de la suma correspondiente a los gananciales de ambos cónyuges.

Crédito de participación

Extinguido el régimen, y cumpliéndose la condición (suspensiva) de obtener al menos uno o una de los cónyuges gananciales, nace para el otro u otra el derecho personal o crédito de participación, por una suma que corresponde al 50% de la diferencia que se determine entre las utilidades netas obtenidas. Este crédito se encuentra protegido por un privilegio de cuarta clase conforme al artículo 2481 número 3 Código Civil.³⁵ Con todo, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1792-25 del mismo Código, esto es, que el crédito de participación se paga con posterioridad al pago de las obligaciones contraídas durante su administración separada; por tanto, no se perjudica a los acreedores estando vigente el régimen.

Como se adelantó, el crédito de participación se origina al término del régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-20 del Código Civil);³⁶ su determinación resulta después de haber liquidado el régimen fijando precisamente las utilidades que se han obtenido en su vigencia. Terminado el régimen cualquiera de las o los cónyuges o sus herederas o herederos deberán demandar en juicio sumario que se liquiden los gananciales para determinar a cuánto asciende el crédito de participación (artículo 1792-26). La acción para pedir la liquidación

35 Artículo 2481 número 3 del Código Civil: «La cuarta clase de créditos comprende los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de este o, en su caso, los que tuvieron los cónyuges por gananciales».

36 Vigente el régimen de participación en los gananciales, el eventual crédito es de carácter condicional; su nacimiento dependerá de que existan gananciales. De ahí que el legislador le dé carácter de intransferible e irrenunciable.

prescribe en cinco años contados desde el término del régimen, plazo que no se suspende entre las y los cónyuges, pero sí a favor de las herederas o herederos menores de edad.

El inciso primero del artículo 1792-21 establece que el crédito se paga en dinero, sin perjuicio de la procedencia de una dación en pago, conforme a las reglas generales. Como la generalidad de los créditos, una vez nacido a la vida del derecho, puede ser renunciado, transmitido y enajenado, incluso antes de su liquidación.

Habiéndose liquidado el régimen, la o el beneficiado puede exigir el pago inmediato del crédito, sin perjuicio de lo cual el juez o jueza puede conceder un plazo al deudor de hasta un año para pagar en aquellos casos en que se compruebe que el pago inmediato significa un grave perjuicio para el deudor o los hijos e hijas comunes. Para resguardar los derechos de la parte acreedora se exige que se caucione el cumplimiento de la obligación, ya sea por el propio deudor o deudora o por una tercera persona. En todo caso, la suma a pagar en el plazo determinado por el juez o jueza se reajustará, ya que la cantidad debe expresarse en unidades tributarias mensuales (UTM).

Si la parte deudora no paga, se procede al cumplimiento forzado. Para ello, el artículo 1792-24 del Código Civil establece sobre qué bienes se puede perseguir el pago del crédito y fija un orden de prelación: en primer lugar, dinero; si el dinero no es suficiente, hay que recurrir a los bienes muebles; si con ello no alcanza, se recurre a los bienes inmuebles; si aún no es suficiente, se recurre a las donaciones entre vivos a través de la acción de revocación de donación contra quien donó sin el consentimiento del otro u otra, pudiendo recurrirse a la acción pauliana, en lo que fuere procedente.

Finalmente, cabe destacar que el crédito no constituye renta para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta. Asimismo, se debe tener presente que los cónyuges deben declarar sus rentas de manera independiente.

Término del régimen de participación en los gananciales

El régimen de participación en los gananciales termina por las causales enumeradas en el artículo 1792-27 del Código Civil y, a partir de ahí, se producen los siguientes efectos:

- Se mantiene la separación de patrimonios, es decir, no hay lugar a la formación de una comunidad de gananciales (comunidad diferida). Así lo dispone el artículo 1792-5.

- Se presumen comunes todos los bienes muebles adquiridos durante el régimen, cualquiera sea el título de adquisición (oneroso o gratuito) y que existan en poder de las y los cónyuges al momento de su terminación, salvo los de uso personal (artículo 1792-12). Atendidas las circunstancias del caso, al juez o jueza corresponde calificar el carácter de «uso personal».³⁷ La presunción de comunidad es simplemente legal; admite prueba en contrario, aceptándose solo medios escritos que digan relación con dos aspectos: que se trata de un bien mueble de uso personal y que el bien no es común, sino de propiedad exclusiva.
- Se fijan los gananciales de cada cónyuge. Conforme al inciso segundo del artículo 1792-5, a la fecha de disolución del régimen, se determinarán los gananciales obtenidos durante su vigencia. El momento relevante es la fecha de terminación del régimen, no pudiendo considerarse ni los bienes adquiridos ni las deudas contraídas con posterioridad.
- Compensación del valor de los gananciales. Si al finalizar el régimen, las y los cónyuges han obtenido ganancias, estas se compensan hasta el monto de las de menor valor.
- Nacimiento del crédito de participación en los gananciales. Se trata de una situación jurídica condicionada, en el entendido que el crédito de participación solo nace después de la terminación del régimen y en la medida que haya diferencia de ganancias entre las y los cónyuges.

Sociedad conyugal

Es el régimen legal de bienes de aquellos matrimonios que se celebran entre personas de distinto sexo y puede definirse como la sociedad de bienes que se forma por el hecho de contraer matrimonio y a falta de

³⁷ Para develar el sentido de esta regla resulta muy útil el texto original del artículo 1739 del Código Civil. La norma excluía de la presunción a los bienes muebles de uso personal necesario, alcanzando a los de uso personal, pero no necesarios; es decir, bienes muebles suntuarios o prescindibles, como joyas, una gran biblioteca, una colección de armas o de relojes, etcétera. En el caso de la participación en los gananciales el legislador no hace esta distinción, por lo que, en opinión de Vidal Olivares, se excluyen de la presunción todos los bienes muebles de uso personal, sean necesarios o no (2004: 445).



pacto en contrario (artículos 135 y 1718 del Código Civil). Considerando su naturaleza jurídica y objeto se define como un «régimen patrimonial de bienes, establecido en la ley, que se contrae por el solo hecho del matrimonio si no se pacta otro régimen diverso alternativo, y que tiene por objeto consagrar una comunidad de gananciales entre los cónyuges» (Rodríguez Grez, 2014: 53).

Para su formación no requiere una declaración de voluntad de los cónyuges, salvo en el caso del artículo 135 del Código Civil, para matrimonios contraídos en el extranjero por personas de distinto sexo. Su duración está determinada por la ley: comienza con el matrimonio y concluye por alguna de las causales establecidas en el artículo 1764 del Código Civil. Quienes lo contraen no pueden acelerar o retardar su disolución, salvo si ejercen el derecho de sustitución que confiere el artículo 1723.

Respecto a su naturaleza jurídica, se han elaborado argumentos para identificarla con figuras tradicionales, como una sociedad civil, una persona jurídica o una comunidad; sin embargo, hay que aceptar que la sociedad conyugal presenta características que la diferencian de otras figuras y que tiene su propia individualidad.

Vigente la sociedad conyugal se generan una serie de efectos para los cónyuges que no tienen ocurrencia en otros regímenes económicos del matrimonio y que se derivan de la confusión patrimonial que se produce solo en este régimen. Por ello, por ejemplo, el legislador sanciona con nulidad el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente. Por lo mismo, la Superintendencia de Seguridad Social ha sostenido que el contrato de trabajo entre cónyuges no separados de bienes, en el cual el marido actúa como empleador de su mujer, es susceptible de declararse nulo para efectos previsionales:

Se daría el contrasentido de que los dineros que constituyan la remuneración tendrían su origen en la sociedad conyugal formada por ambos cónyuges y la percepción de ellos por la cónyuge importaría el reintegro de esos mismos dineros a la sociedad conyugal, toda vez que en la especie no nos hallaríamos en presencia de la figura que describe el artículo 150 del Código Civil (patrimonio reservado de la mujer casada). De ese modo, no se daría uno de los supuestos esenciales de una relación



laboral, cual es, el pago de una remuneración como contraprestación a los servicios prestados.³⁸

Patrimonios de la sociedad conyugal

En toda sociedad conyugal se distinguen tres patrimonios: el patrimonio social o común, el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer. Eventualmente, se pueden añadir otros dos: el patrimonio reservado de la mujer que ejerce una profesión, industria o comercio separado de su marido y el patrimonio de la mujer conforme a lo dispuesto en los artículos 166, 167 y 252 del Código Civil.

Además, el haber de la sociedad conyugal admite una importante clasificación, atendiendo a la forma en que los bienes entran a formar parte de ella. Hay bienes que entran irrevocablemente a formar dicho haber y son, en general, los frutos y ganancias producidos y obtenidos durante el matrimonio. Estos bienes constituyen el haber absoluto —o real y efectivo— de la sociedad conyugal. Hay otros bienes que entran al haber social, pero respecto de los cuales la o el cónyuge propietario conserva un crédito por el valor de los mismos; crédito que hará efectivo al disolverse la sociedad conyugal y que se denomina «recompensa». Estos bienes forman un haber relativo —o aparente— y son, principalmente, los bienes muebles que la o el cónyuge tenían al momento de casarse y los bienes muebles adquiridos a título gratuito durante el matrimonio. El artículo 1725 del Código Civil regula, fundamentalmente, el activo de la sociedad.

Paralelamente, existe un pasivo social y un pasivo personal de cada cónyuge. Las deudas pueden ser personales del marido o de la mujer y, sin embargo, ser la sociedad la obligada al pago, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes. La situación del pasivo es distinta entre cónyuges y respecto de terceros: en el primer caso se genera la contribu-

38 Superintendencia de Seguridad Social, Oficio 62409, 6 de junio de 2015. En el mismo oficio la Superintendencia aclara que «el solo hecho de que los contratantes se encuentren unidos por vínculo matrimonial, no invalida el contrato de trabajo. Lo determinante, en estos casos, es la relación que se da entre los patrimonios de los sujetos. En el caso de la sociedad conyugal, la confusión parcial que se produce entre el patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer —que es administrado por el marido— impide la existencia de un vínculo laboral y, por ende, la utilización de una licencia médica».



ción a la deuda; en el segundo, la obligación a la deuda. La contribución a la deuda, vale decir, la determinación del patrimonio que en definitiva soportará el gravamen, es una cuestión de relaciones internas o privadas entre los cónyuges. La obligación a la deuda, en cambio, es una cuestión entre la sociedad deudora y la o el tercero acreedor y consiste en determinar si el acreedor tiene derecho a perseguir el patrimonio social o solo puede accionar contra el patrimonio personal del cónyuge deudor. El artículo 1740 del Código Civil reglamenta esencialmente el pasivo de la sociedad conyugal.

Haberes de la sociedad conyugal

Son haberes de la sociedad conyugal: el haber absoluto o real y el haber aparente o relativo.

a) Haber absoluto o real. Forman este haber aquellos bienes que entran al patrimonio de la sociedad conyugal de manera definitiva e irrevocable, sin derecho a recompensa en favor del cónyuge que los hizo ingresar, comprendiendo las siguientes partidas:

- El producto directo del trabajo de los cónyuges: Dispone el número 1 del artículo 1725 del Código Civil que componen el haber de la sociedad conyugal los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio. Quedan comprendidos los productos del trabajo cualquiera sea la forma de la remuneración —salvo el trabajo que la mujer realiza separadamente del marido (artículo 150 del Código Civil)— y siempre que el trabajo que lo genera se haya prestado durante la vigencia de la sociedad conyugal, aunque se pague después de su disolución.
- Las donaciones remuneratorias, en la parte equivalente al servicio prestado: Son donaciones de este tipo las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de aquellos que suelen pagarse (artículo 1433 del Código Civil). La donación remuneratoria ingresa al haber social cuando fue hecha debido a servicios que hubieran dado acción en contra de la persona servida.
- Otras indemnizaciones del trabajo: Se trata de las jubilaciones y pensiones de retiro, las indemnizaciones por accidentes del trabajo y la suma que se pague al trabajador por años de servicio al ponerse término al contrato de trabajo. Ellas representan la remu-

neración que ganaba el trabajador. No siguen esta regla las jubilaciones o pensiones de gracia, dado que son donaciones.

- Bienes raíces o muebles adquiridos a título oneroso: Conforme lo preceptuado en el artículo 1725 número 5 del Código Civil, ingresan al haber real todos los bienes raíces adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, hayan sido adquiridos por el marido o por la mujer, incluso pueden estar inscritos a nombre de esta última. Respecto de los bienes muebles se comprenden las cosas corporales, fungibles o no, los créditos, las acciones, los establecimientos de comercio y la propiedad intelectual o industrial. Para aplicar esta regla, no se toma en cuenta si los bienes fueron adquiridos con bienes sociales o con bienes propios de cada cónyuge, lo relevante es el título de adquisición y que esta se haya producido durante la vigencia de la sociedad. Para determinar la época de adquisición se debe atender a la causa o título de la misma y no a la incorporación definitiva. Cuando el proceso de adquisición comenzó antes de la existencia de la sociedad conyugal y se completa durante su vigencia, el bien pertenecerá al haber de la o el cónyuge respectivo o al haber aparente, según el caso.³⁹ Una situación actualmente controvertida en tribunales es la

39 El artículo 1736 inciso primero del Código Civil dispone: «La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella», contemplando, de manera no taxativa, casos de excepción a la regla general del artículo 1725 del Código Civil. Por el contrario, si la causa o título de la adquisición tiene lugar durante la sociedad y la adquisición se retarda por ignorancia o por haberse impedido o entorpecido injustamente, el bien ingresa al haber real, aunque la sociedad conyugal se hubiere disuelto (artículo 1737 inciso primero del Código Civil). El principio enunciado se aplica a los frutos que, sin dicha ignorancia o impedimento hubiera debido percibir la sociedad y que después de disuelta, se hubieren restituido a la o el cónyuge o a sus herederos o herederas (artículo 1737 inciso segundo). Si la adquisición se hace con bienes de la sociedad y de uno de los cónyuges, esta o este deberá la recompensa respectiva. Si los bienes son muebles entran al haber de la sociedad, la que deberá al adquirente la correspondiente recompensa, con lo cual los bienes muebles ingresarán al haber relativo de la sociedad conyugal. Por ende, las excepciones del artículo 1736 solo rigen en su integridad para los bienes inmuebles. Se alteran también las reglas generales (bien raíz adquirido a título oneroso que ingresa al haber absoluto), en los casos contemplados en los artículos 1728 y 1729, el primero referido al cónyuge que, teniendo un inmueble, adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal un terreno contiguo a dicho predio; el segundo para el caso de que la o el cónyuge tenga un bien propio proindiviso con otros comuneros y durante

de los animales domésticos que la pareja había adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, al no ser del todo claro su consideración de cosas —específicamente de muebles *semovientes* al tenor del artículo 567 del Código Civil— o de seres sintientes integrantes de la familia y no bienes personales;⁴⁰ en España existe hoy regulación expresa al respecto.⁴¹

- Los frutos de los bienes sociales y propios, devengados durante el matrimonio: Ingresan al haber real todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza, devengados durante el matrimonio (artículo 1725 número 2). Para determinar si el fruto se devengó o no durante la vigencia de la sociedad se aplica la regla del inciso segundo del artículo 1737. Ingresan al haber real tanto los frutos naturales como civiles y tanto los que provienen de los bienes propios de cada cónyuge como de los bienes sociales. Los frutos de los bienes sociales son de la sociedad por accesión (artículos 646 y 648). La sociedad conyugal tiene un derecho de goce sobre los bienes propios de cada cónyuge; el marido percibe los frutos por ser administrador de los intereses sociales. Lo mismo sucede cuando la mujer administra la sociedad conyugal.
- La parte del tesoro que según la ley pertenece al dueño del terreno en caso de que el terreno pertenezca a la sociedad.⁴²
- Las minas denunciadas durante la vigencia de la sociedad por uno de los cónyuges o por ambos (artículo 1730).

b) Haber aparente o relativo. Es aquel integrado por aquellos bienes que entran a formar parte del patrimonio social, pero confieren al

la vigencia de la sociedad conyugal adquiera a título oneroso las cuotas de los restantes comuneros.

40 «8.º Juzgado Civil de Santiago acoge demanda de cese de bien común y ordena tenencia compartida de mascotas», *www.pjud.cl*, 1 de julio de 2022, disponible en <https://bit.ly/44ZRDdd>.

41 La Ley 17/2021 introdujo modificaciones al Código Civil español en aras del reconocimiento de los animales como seres vivos dotados de sensibilidad; los modificados artículos 90, 91, 94 bis y 103 del Código Civil español contemplan el destino y el cuidado de los animales de compañía en casos de crisis matrimoniales, teniendo siempre en cuenta expresamente el bienestar de los mismos.

42 La regulación del descubrimiento de un tesoro se encuentra en los artículos 625 a 628 del Código Civil, en el ámbito de la ocupación como modo de adquirir el dominio de las cosas.

cónyuge propietario un crédito contra la sociedad conyugal que se hace efectivo a la época de su disolución. Integran el haber relativo las siguientes partidas:

- Bienes muebles que la o el cónyuge aportare al matrimonio (artículo 1725 números 3 y 4 del Código Civil). Excepcionalmente, pueden ingresar al haber propio, si así lo hubieren pactado en las capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio (artículo 1725 número 4, inciso segundo).
- Bienes muebles adquiridos durante la sociedad conyugal, a título gratuito, por la o el cónyuge. La sociedad se obliga a la recompensa correspondiente (artículos 1725 números 3 y 4; 1726 y 1732). Así entran las cosas corporales muebles, fungibles o no; los créditos que tienen por objeto un bien mueble y las acciones para perseguir el cobro de perjuicios (porque son muebles); los créditos por obligaciones de hacer (artículo 581); el derecho de prenda, el derecho de usufructo que recae en muebles; los bienes muebles adquiridos mediante la prescripción, entre otras.
- Donaciones remuneratorias de cosas muebles (artículo 1738).
- Parte del tesoro que la ley asigna al descubridor (artículo 1731) cuando el tesoro haya sido descubierto por uno de los cónyuges, ya sea en bienes de la sociedad conyugal o de un tercero.⁴³

El artículo 1739 Código Civil establece una *presunción de dominio* en favor de la sociedad conyugal, que comprende toda cantidad de dinero, de cosas fungibles, de especies, créditos, derechos y acciones que existan en poder de uno de los cónyuges al disolverse la sociedad. El inciso final de la norma hace extensiva la presunción respecto de los bienes que la o el cónyuge adquiriera a título oneroso una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación.

Además, el inciso cuarto del artículo establece una presunción en favor de las y los terceros que celebren contratos a título oneroso con uno de los cónyuges: tratándose de bienes muebles, si la o el cónyuge contratante hizo entrega o tradición del bien respectivo al tercero de buena fe, el tercero estará cubierto de toda reclamación que los cónyuges intenten

43 La ley asimila el hallazgo de un tesoro a una adquisición a título gratuito y como se trata de bienes muebles, ingresan al haber relativo o aparente de la sociedad conyugal.



fundada en que el bien es social o del cónyuge no contratante. Sin embargo, no se presumirá la buena fe cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público (por ejemplo, el de vehículos motorizados o el de naves o aeronaves).⁴⁴

Como la presunción es simplemente legal, podrá acreditarse que el bien es propio de la mujer o del marido. La prueba podrá producirse por la o el tercero que desea perseguir bienes propios de la mujer por ser su acreedor o por los mismos cónyuges al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal. La ley admite cualquier medio de prueba, salvo la confesión, sea personal o de consuno (artículo 1739 número 2). Esta confesión no será oponible a terceras personas, pero tendrá valor entre los cónyuges.

Bienes propios de cada cónyuge

El haber propio se encuentra formado por aquellos bienes que no entran al haber real ni al haber aparente de la sociedad conyugal. El dominio de estos bienes corresponde al cónyuge que los adquirió y su administración corresponde al marido, salvo en caso de administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

Los aumentos y mejoras que experimenten estos bienes pertenecen a quien sea propietario, del mismo modo, al propietario le corresponde sufrir la pérdida fortuita de los bienes. Además, los acreedores del cónyuge no propietario no pueden embargar los bienes que conforman el haber propio; disuelta la sociedad conyugal esos bienes se retiran en especie.

Son bienes propios de cada cónyuge:

- Los bienes raíces que tienen al momento de contraer matrimonio. Ello se deduce *a contrario sensu* del artículo 1725 del Código Civil. Lo mismo aplica a los bienes inmuebles adquiridos durante la sociedad conyugal, pero cuya causa o título de adquisición es anterior a ella (artículo 1736).
- Los bienes raíces adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito (artículos 1726 y 1732). La donación

⁴⁴ Estas normas buscan proteger a los terceros que de buena fe contratan con uno de los cónyuges. Falta la buena fe si el bien figura en un registro público a nombre del otro cónyuge.

hecha a un cónyuge, aunque sea hecha en consideración al otro, incrementa el haber propio de la o el donatario; la misma regla se aplica a otras gratuidades, como las herencias o legados. Si la donación, herencia o legado fuere hecha a ambos cónyuges, incrementará el haber de cada uno proporcionalmente.

- Los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa (artículo 1727 número 3). El aumento producido por la industria humana da lugar a una recompensa en favor de la sociedad conyugal (artículo 1746), en cambio, el aumento que proviene de causas naturales no da lugar a recompensa alguna (artículo 1771).
- Los bienes muebles excluidos de la comunidad en las capitulaciones (artículo 1725 número 4). La exclusión a título singular —la ley exige designar los bienes excluidos— puede comprender bienes presentes o futuros, corporales o incorporales.
- Los bienes que entran a sustituir a otros bienes por subrogación conforme al artículo 1727 número 1 y 2 del Código Civil.

Subrogación

Es el mecanismo que tiene por objeto conservar la integridad del patrimonio de la o el cónyuge, evitando que los bienes adquiridos con dineros propios sean sociales. Consiste en la sustitución de un inmueble por otro o por valores que pasan a ocupar la situación jurídica del bien anterior o anteriores.

En principio, el bien raíz que se adquiere a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal (artículo 1725 número 5 del Código Civil), salvo que sea debidamente subrogado por otro inmueble de propiedad de la o el cónyuge o si es comprado con valores propios destinados a este objeto en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio (artículo 1727 número 1 y 2).

La subrogación puede operar de dos formas:

- Inmueble a inmueble. Consiste en cambiar un inmueble propio por otro que se adquiere durante el matrimonio y que viene a ocupar el lugar del bien propio. Conforme regula el artículo 1733 del

Código Civil, puede hacerse por permuta o por compra, siendo necesario que en la escritura —de permuta o de compraventa, según el caso— se exprese el ánimo de subrogar. Además, debe existir cierta proporcionalidad entre los valores de los bienes que se subrogan. Si la subrogación se hace en bienes de la mujer, se exige su autorización.⁴⁵

- Inmueble a valores. Esta forma se encuentra regulada en los artículos 1727 número 2 y 1733 inciso segundo del Código Civil y supone adquirir —durante la vigencia de la sociedad conyugal— una cosa con valores propios de uno de los cónyuges, valores que deben haber sido destinados a la subrogación en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.⁴⁶ Tal como en el caso anterior, en la escritura de compraventa del inmueble debe dejarse constancia de la inversión de los valores destinados a la subrogación y del ánimo de subrogar. Además, debe existir cierta proporcionalidad entre los valores destinados y el inmueble que se adquiere (artículo 1733 inciso sexto).

La ley acepta un margen de desproporción entre el valor del inmueble propio y el subrogado, o entre los valores propios y el inmueble adquirido con ellos, excedido el cual no hay subrogación, así se desprende del inciso sexto del artículo 1733 del Código Civil:

Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad obligada a recompensar al cónyuge por el precio de la finca enajenada, o por los valores invertidos, y conservando este el derecho de llevar a efecto la subrogación, comprando otra finca.

45 Como modalidad de la subrogación por compra, en la práctica podría darse una subrogación por anticipación, consistente en comprar primero un bien raíz y después vender un inmueble propio para pagar su precio. Para que el bien adquirido quede excluido del haber absoluto de la sociedad conyugal deben concurrir todos los requisitos del artículo 1733 del Código Civil, especialmente la manifestación del ánimo de subrogar.

46 A partir del tenor expreso del número 2 del artículo 1727 del Código Civil se ha hecho presente que no parece posible circunscribir el caso exclusivamente a inmuebles, cuando la propia ley no lo hace (Rodríguez Grez, 2014: 87 y 88).

Pasivo de la sociedad conyugal

El pasivo social está constituido por las deudas sociales; sin embargo, hay que considerar que desde el punto de vista del tercero acreedor no hay pasivo social, porque a su respecto la sociedad conyugal no existe. El acreedor puede perseguir el patrimonio del marido o, si corresponde, los bienes propios de la mujer, pero no le es posible demandar el cumplimiento de su crédito en el patrimonio social, porque este se confunde con el del marido (artículo 1750 del Código Civil).

Las obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales y sobre los bienes propios del marido constituyen la regla general; estas son:

- Toda deuda contraída por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal (artículo 1740 número 2).
- Toda obligación contraída por el marido antes del matrimonio (artículo 1740 número 3).
- Toda deuda contraída por la mujer con mandato general o especial del marido (artículo 1751 inciso primero). No obstante, si las terceras personas con quienes contrató la mujer mandataria prueban que el contrato cedió en utilidad personal de ella o que la mujer actuó a nombre propio al ejecutar el mandato, sin dar a conocer su calidad de mandataria (artículo 2151 inciso segundo), se comprometerán también sus bienes propios, entendiéndose por tales solo aquellos que se encuentren bajo su administración (fundamentalmente, los bienes de los artículos 150, 166 y 167), y no los bienes propios de la mujer administrados por el marido, conforme se puede desprender del inciso primero del artículo 137.
- Toda deuda contraída por los cónyuges conjuntamente o en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido (artículo 1751 inciso tercero). Según la norma, estos contratos «no valdrán contra los bienes de la mujer» salvo cuando quienes contrataron con los cónyuges logren probar que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer. En ese caso, el acreedor puede perseguir los bienes de la mujer que se encuentran bajo la administración de esta.

Por otra parte, las obligaciones que dan acción sobre los bienes sociales, sobre los bienes propios del marido y, además, sobre los bienes propios de la mujer, son:



- Las contraídas por el marido durante la vigencia de la sociedad conyugal, en virtud de un contrato que cede en beneficio personal de la mujer (artículo 1750, inciso segundo); por ejemplo, las contraídas por el marido para pagar deudas de la mujer anteriores al matrimonio.⁴⁷
- Las obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio. Estas deudas deben pagarse por la sociedad conyugal conforme al artículo 1740 número 3 y pueden perseguirse también sobre los bienes propios de la mujer conforme al inciso segundo del artículo 1750. Se comprenden también en este grupo las deudas propiamente personales de la mujer en todo lo que cedan en beneficio del marido o de la sociedad.
- Las obligaciones que tienen por fuente un delito o cuasidelito cometido por la mujer. Pueden ser pagadas con bienes sociales (artículos 1740 número 3 y 1748) y pueden perseguirse en los bienes propios de la mujer, conforme al derecho de garantía general patrimonial de todo acreedor (artículos 2465 y 2469 del Código Civil).
- Las obligaciones de la mujer que tienen por fuente la ley (como los alimentos) o un cuasicontrato (como en una comunidad).

Una vez pagada la deuda, hay que determinar a qué patrimonio debe en definitiva imputarse. Es una cuestión interna que concierne a los cónyuges y que debe resolverse al momento de la disolución de la sociedad conyugal. Es un problema de contribución a las deudas. El principio general es que todas las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal por el marido o por la mujer, con mandato especial o general de aquel, son deudas sociales (artículo 1740 número 2). Por tanto, habrá deudas que la sociedad pague provisionalmente y que luego tenga derecho a reembolsarse y habrá otras deudas que afectan al patrimonio social sin derecho a reembolso o recompensa. Ello da lugar a distinguir un pasivo definitivo y un pasivo provisorio.

El pasivo definitivo está formado por las deudas sociales, es decir, aquellas deudas que paga la sociedad durante su vigencia y que, a su

47 En todo caso, y aunque puede ser controvertido, parece que cada cónyuge solo puede comprometer los bienes de la mujer que se encuentren bajo su directa administración, y no bajo la administración de la o el cónyuge que no ha contratado.

disolución, afectan al patrimonio social, sin derecho a recompensa.⁴⁸ El pasivo provisorio, en cambio, está formado por las deudas personales de cada cónyuge que la sociedad pagó en su oportunidad (*obligación a las deudas*), pero que, en definitiva, debe soportar el patrimonio de cada cónyuge (*contribución a las deudas*).⁴⁹

Las recompensas

Son las indemnizaciones pecuniarias a que están obligados entre sí los patrimonios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal. Emanan de la existencia de un activo y un pasivo relativo de la sociedad conyugal, al existir bienes que entran a la sociedad generando un crédito a favor del cónyuge aportante y deudas personales que la sociedad está obligada a pagar con derecho a reembolsarse. Existen, por tanto, recompensas de la sociedad a favor de la o el cónyuge, de los cónyuges entre sí, y de uno de los cónyuges a favor de la sociedad (**figura 1**). El objetivo de las recompensas es evitar el enriquecimiento de un patrimonio a expensas de otro o donaciones simuladas que pudieran hacerse entre cónyuges para perjudicar a terceras personas. También es una forma de evitar los abusos del marido que podría emplear dineros de la mujer en su propio beneficio y se corrigen los excesos de una mala administración (artículo 1748 del Código Civil).

Dentro del proceso de liquidación de la sociedad conyugal, cada cónyuge —por sí o por sus herederos o herederas— tiene derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber. Las restituciones deben hacerse tan pronto fuere posible luego de la terminación del inventario y avalúo y hasta un año después contado desde dicha terminación, aunque la jueza o el juez puede ampliar o restringir este plazo a petición de los interesados, previo conocimiento de causa (artículo 1770 del Código Civil).

48 Dentro de este pasivo se encuentran las deudas de los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 1740 del Código Civil. Toda deuda contraída durante el matrimonio por el marido o por la mujer con mandato del marido se presume social, por tanto, para destruir la presunción, es necesario demostrar que el contrato cedió en beneficio exclusivo de la o el cónyuge (artículo 1750 inciso segundo del Código Civil).

49 Se comprenden en el pasivo relativo o provisorio las deudas del numeral 3 del artículo 1740 y a las deudas de los artículos 1742, 1746, 1747 y 1748 del Código Civil, entre otras.

Recompensas que la sociedad debe a los cónyuges	Recompensas que la y el cónyuge deben a la sociedad	Recompensas de cónyuge a cónyuge
<ul style="list-style-type: none"> • Por el dinero, cosas fungibles y especies muebles que aportan al matrimonio o que adquieren a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal. • Por los bienes inmuebles apreciados en las capitulaciones matrimoniales para que la sociedad restituya su valor en dinero. • Por el valor de un bien propio de la o el cónyuge que recibe la sociedad (artículo 1741), salvo que ese valor se haya empleado en hacer una subrogación (artículo 1733) o en otro negocio personal de la o el cónyuge de quien era la cosa vendida (como en el pago de sus deudas personales). • Por el pago de deudas sociales con bienes propios, y cuando la sociedad obtiene un provecho injustificado con los bienes propios de la o el cónyuge, salvo, cuando el provecho consiste en frutos naturales de los bienes propios, ya que esos frutos son bienes sociales (artículo 1725 número 2). 	<ul style="list-style-type: none"> • Por el pago que la sociedad ha hecho de las deudas personales de cada cónyuge (artículo 1740 número 3). La recompensa equivale al desembolso reajustado (artículo 1734), sin abonar los intereses devengados que son de cargo de la sociedad sin derecho a recompensa (artículo 1740 número 1). • Por toda donación que el marido o la mujer hicieron de cualquier parte del haber social y toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de una tercera persona que no sea descendiente común (artículos 1742 y 1747). • Por los precios, saldos, costas judiciales y expensas que se hicieron en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a la o el cónyuge y todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que ella cubra, anexas a la adquisición de una herencia (artículo 1745)*. • Por las expensas de toda clase que se hayan hecho en sus bienes propios (artículo 1746)**. • Por los perjuicios que la o el cónyuge hubiere causado a la sociedad con dolo o culpa grave. La recompensa asciende al monto del perjuicio (artículo 1748)***. 	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando con los bienes de un cónyuge, se pagan deudas del otro, sea de manera voluntaria o forzada. • Cuando por dolo o culpa grave de la o el cónyuge se pierden o deterioran bienes propios del otro u otra (artículo 1771). • Cuando con el producto de la enajenación de bienes propios de ella o él se adquieren durante la vigencia de la sociedad conyugal bienes para el otro o la otra cónyuge o se destinan a la reparación de sus bienes.

*De conformidad con el artículo 1740 número 3 del Código Civil, estos gastos se presumen efectuados por la sociedad, pero la o él cónyuge puede probar que los cubrió con bienes propios o con los mismos bienes hereditarios.

**No dan lugar a recompensa las cargas o reparaciones usufructuarias hechas en los bienes de la o el cónyuge, que son de cargo de la sociedad sin derecho a recompensa, y el aumento de valor de los bienes propios que se deba a causas naturales.

***Corresponderá probar los elementos de la indemnización, incluyendo el dolo o la culpa grave, a quien alega haber sufrido el daño según las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

Figura 1. Distribución de las recompensas. Fuente: Elaboración propia.

Cuando los bienes sociales son insuficientes para el pago de las recompensas a que tiene derecho la mujer, puede esta perseguir los bienes del marido (artículo 1773 inciso segundo), en cuyo caso la adjudicación respectiva será traslativa de dominio y no declarativa (Rodríguez, 2017: 446). Además, la mujer goza de una preferencia de cuarta clase.⁵⁰

Administración de la sociedad conyugal

Por regla general, la administración de la sociedad conyugal corresponde al marido. Él es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los bienes de la mujer, aunque sujeto a limitaciones (artículo 1749 número 1 del Código Civil). Esta administración se denomina ordinaria. Excepcionalmente, en el caso del artículo 138 inciso segundo Código Civil, la mujer tendrá a su cargo la administración ordinaria. Por otro lado, existe la administración extraordinaria, que se produce cuando es nombrado un curador al marido, que entra a administrar los bienes sociales. Ese curador puede ser la mujer.

El sistema de administración de la sociedad conyugal representa una discriminación civil contra la mujer, que le impide ordinariamente, sin justificación razonable, administrar sus bienes propios y los bienes sociales en igualdad de condiciones con el marido. Siguiendo las expresiones de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer,⁵¹ advertimos que tal discriminación contra la mujer:

Viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, [...] dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

⁵⁰ Artículo 2481 del Código Civil: «La cuarta clase de créditos comprende: 3.º Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de este o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales».

⁵¹ Adoptada por Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por Chile. Decreto 789, *Diario Oficial*, 9 de diciembre de 1989.

Conforme a la Convención, los Estados parte se obligan a reconocer a la mujer en materias civiles una capacidad idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades en su ejercicio, iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes (artículo 15.2), y los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución (artículo 16 letra c), todo lo cual no ha sido atendido en las normas legales vigentes en nuestro país sobre administración de la sociedad conyugal.⁵²

Administración ordinaria de la sociedad conyugal

La administración ordinaria corresponde al marido por el solo hecho de contraer matrimonio en régimen de sociedad conyugal y comprende los bienes sociales y los bienes propios de la mujer (artículo 1749 del Código Civil).⁵³ Esta administración termina con la disolución de la sociedad conyugal, a menos que durante su vigencia el marido caiga en interdicción o se ausente o se produzca a su respecto la apertura de un procedimiento concursal, circunstancias en las cuales la administración será ejercida por el curador o por el administrador o liquidador concursal, según el caso. El marido administra como dueño, sin deber de rendir cuentas; no obstante, los artículos 1748 y 1771 del Código Civil lo obligan a indemnizar a la sociedad conyugal o a la mujer los perjuicios que cause con dolo o culpa grave.

Por lo demás, las reglas de administración son distintas según se trate de bienes sociales o de bienes propios de la mujer. Respecto de los bienes

52 El mismo principio de igualdad de derechos se manifiesta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución 2.200, de 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, que en el artículo 23.4 establece: «Los Estados partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos». Decreto 778, *Diario Oficial*, 29 de abril de 1989.

53 En esta parte se evidencia la histórica exclusión de la mujer pues si bien conserva el dominio de sus bienes propios está despojada de la administración, lo que se traduce en un dominio vacío, carente de la más esencial de las facultades que es la de libre disposición: «Históricamente la mujer ocupó un lugar y un rol en el espacio privado y allí no era dueña ni de su cuerpo, ni de su sexualidad, ni de su reproducción, ni de sus hijos, ni de sus cosas» (Secretaría de Género del Poder judicial, 2018: 60).

sociales el marido tiene amplias facultades de administración y la mujer, por sí sola, no tiene derecho alguno sobre ellos;⁵⁴ más aún, al marido corresponde ejercer los derechos que le correspondan a la mujer que se casare, siendo socia de una sociedad civil o comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 150 (artículo 1749 del Código Civil). Sin perjuicio de lo anterior, el marido necesita autorización de la mujer para los siguientes actos:

- Enajenar voluntariamente bienes raíces sociales;
- gravar bienes raíces sociales con hipotecas, censos o servidumbres u otros gravámenes reales (usufructo, uso o habitación);
- prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales;
- donar bienes sociales, salvo que se trate de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social;
- arrendar o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, y los rústicos por más de ocho años, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido;
- obligar los bienes sociales, constituyéndose avalista, codeudor solidario, fiador u otorgar cualquier otra caución respecto a obligaciones contraídas por terceras personas. Sin esta autorización, el marido obliga solamente sus bienes propios.

La autorización de la mujer puede ser expresa o tácita. En el primer caso es siempre solemne, debiendo constar por escrito —y por escritura pública, si el acto que autoriza exige esa solemnidad— además, debe ser específica para el acto y otorgada antes de su celebración o compareciendo la mujer al acto mismo de venta. La autorización tácita se produce cuando interviene o comparece la mujer de cualquier modo en la celebración del acto. También podría prestar autorización por medio de un mandatario, en cuyo caso, el mandato debe ser especial y constar

54 Durante la vigencia de la administración ordinaria, la mujer capaz puede comprometer los bienes sociales cuando actúa a nombre del marido con mandato general o especial de él, o cuando actúa conjuntamente con él o se constituye en fiadora o en codeudora solidaria con el marido (artículo 1751 del Código Civil). También obliga a los bienes sociales cuando compra al fiado bienes muebles destinados al consumo ordinario de la familia hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere obtenido del acto, quedando comprendido dentro de este beneficio, el de la familia común, en la parte en que de derecho ella haya debido proveer (artículo 137 del Código Civil).

por escrito o por escritura pública, según la naturaleza del acto que se autoriza.

Cuando la mujer se niega a prestar la autorización sin justo motivo o si se encuentra impedida de prestarla, como acontece por demencia o ausencia, y de la demora se siguiere perjuicio a la sociedad conyugal, la autorización puede ser suplida por la justicia. En caso de negativa injustificada de la mujer, el juez dará la autorización previa audiencia a la que será citada esta, lo que implica que debe ser notificada y oída en el respectivo proceso. La autorización de la mujer para que se donen bienes sociales no puede ser suplida por el juez o jueza salvo que la mujer esté impedida de manifestar su voluntad. Para estos casos, el tribunal competente será el del domicilio de la mujer.

Por regla general, la falta de autorización de la mujer ocasiona la nulidad relativa del acto o contrato realizado por el marido, pues se infringe una formalidad habilitante. La acción de nulidad prescribe en el plazo de cuatro años, contados desde la disolución de la sociedad conyugal. Si la mujer o sus herederos o herederas fueren incapaces, el cuadrienio empezará a correr desde que cese la incapacidad, pero en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato (artículo 1757 en relación con los artículos 2509 y 2520 del Código Civil).

La demanda de nulidad se interpondrá por la mujer en contra del marido y de su adquirente, si lo hubiere. La sentencia que declara nulidad afecta al tercero que adquirió el bien de manos del marido si aún conserva la cosa; en cambio, si hubiere a su vez enajenado la cosa, la mujer tendría que deducir la acción de nulidad y también la acción reivindicatoria para recuperar la cosa del subadquirente. Lo anterior, solo en la medida en que se hubiere disuelto la sociedad conyugal, pues esto permitiría a la mujer tener la titularidad de derechos equivalentes al 50% de la cosa y tener, entonces, la legitimación activa para interponer la acción reivindicatoria.

En dos casos la sanción por la omisión de autorización de la mujer no es la nulidad relativa del acto, sino la inoponibilidad. Así ocurre cuando el marido sin autorización de la mujer arrienda o cede la tenencia de un bien raíz por un plazo que exceda los máximos establecidos por el artículo 1749, en cuyo caso el contrato será inoponible a la mujer en el exceso (artículo 1756 inciso primero y 1757 inciso primero). El segundo escenario se produce cuando el marido constituye una caución personal

o real sobre muebles para garantizar obligaciones de terceras personas sin la autorización de la mujer, acarreado como resultado que solo resultarán obligados sus bienes propios, no pudiendo hacerse efectiva la caución en los bienes sociales por resultarle inoponible la caución (artículo 1749 inciso quinto).

Respecto de sus bienes propios el marido conserva las mismas facultades de administración que tenía siendo soltero, salvo que los frutos que generen dichos bienes ingresan al haber social y quedan —en consecuencia— sujetos a las limitaciones de administración. Además, un inmueble que sea bien propio del marido puede ser afectado como bien familiar si sirve de residencia principal a la familia, lo que generará limitaciones en la administración y disposición.

Respecto de los bienes propios de la mujer el marido ejerce administración ordinaria (artículo 1749 del Código Civil), es decir, la mujer conserva el dominio, pero no tiene facultades de administración. El marido no está obligado a rendir cuenta de la administración ordinaria que haga de los bienes de la mujer y solo responde de los perjuicios que cause en ellos con dolo o culpa grave. De esta forma, el marido puede ejecutar libremente actos de mera administración, percepción de pagos (artículo 1579) y arrendamientos o cesiones de la tenencia de los bienes raíces urbanos por menos de cinco años y los rústicos por menos de ocho años, incluidas las prórrogas pactadas (artículo 1757). Sin embargo, conforme establecen los artículos 1754 a 1756 del Código Civil, respecto de los bienes propios de la mujer, existen actos de administración en los que el marido requiere consentimiento de la mujer —o de la justicia por impedimento de aquella— bajo sanción de nulidad relativa en caso de omisión de la autorización (artículo 1757), así para:

- Enajenar o gravar bienes inmuebles (artículo 1754);
- enajenar y gravar otros bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie (artículo 1755);
- enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer (artículo 1749 inciso tercero);
- provocar la partición en que tenga interés la mujer (artículo 1322);
- proceder a nombrar partidador de los bienes en que su mujer sea comunera (artículo 1326);
- subrogar en bienes de la mujer (artículo 1733).



Lo anterior no obsta a que —en las capitulaciones matrimoniales— el marido faculte a su cónyuge para que administre sus bienes propios, en todo o en parte, o para disponer libremente de una determinada pensión periódica.

El juez o jueza puede autorizar a la mujer para que actúe por sí misma, previa audiencia a la que será citado el marido, en caso de negativa injustificada del marido en la realización de actos que conciernen exclusivamente a sus bienes.⁵⁵ En esos casos, la mujer solo obliga sus bienes propios,⁵⁶ y los activos de sus patrimonios de los artículos 150, 166 y 167 (138 bis) y no los bienes sociales o los bienes propios del marido.⁵⁷

Administración extraordinaria de la sociedad conyugal

La administración extraordinaria es la que efectúa un curador o curadora en caso de suspensión de la administración ordinaria por incapacidad o ausencia indefinida del marido (artículos 138 y 1758 del Código Civil). El discernimiento de la curatela del marido da lugar, por el solo ministerio de la ley, a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, que puede ser ejercida por la mujer como curadora del marido o por un tercero. La mujer puede ser curadora de su marido cuando este ha sido declarado interdicto por demencia o por sordera o sordomudez, así como cuando hay prolongada ausencia del marido (artículos 138 y 1758). Nombrada curadora, la mujer tendrá la administración de la sociedad conyugal.

Si la administración versa sobre bienes sociales la mujer no administra como dueña (así lo hace el marido conforme al artículo 1749 Código Civil), sino como curadora de bienes ajenos,⁵⁸ extendiéndose su

55 El Código Civil no se pronuncia sobre la sanción en caso de actuación de la mujer en actos que involucren sus bienes propios sin contar con autorización de la justicia. La doctrina se encuentra dividida entre quienes se inclinan por la nulidad relativa (Rodríguez Grez, 2014: 137-140) y quienes defienden la nulidad absoluta de los actos (Ramos Pazos, 2005: 226 y ss.).

56 Se configura una excepción al artículo 1754 del Código Civil en cuanto prohíbe a la mujer realizar actos sobre sus bienes propios que administre su marido.

57 La misma posibilidad de recurrir a la justicia se aplica para nombrar partidor, provocar la partición y para concurrir en ella en los casos en que la mujer tenga parte en la herencia (artículo 138 bis inciso final).

58 Ello supone, la aplicación —en lo que fuere pertinente— de los artículos 390 y siguientes del Código Civil, los que plantean exigencias especiales para una serie de actos; por ejemplo, venta en pública subasta de bienes raíces (artículo 394 del

responsabilidad hasta la culpa leve inclusive (artículo 391). Conforme al inciso primero del artículo 1759 la mujer tiene iguales facultades que el marido; obliga a la sociedad y al marido, a menos que se pruebe que los actos o contratos cedieron en su utilidad; está sujeta a las mismas limitaciones que el marido; y en todos los casos en que el marido administrador requeriría actuar autorizado por la mujer, esta requiere autorización judicial con conocimiento de causa, bajo idénticas sanciones en caso de omisión (nulidad relativa o inoponibilidad), obligando sus bienes propios y los que administra conforme a los artículos 150, 166, 167, 252 y 1724 del Código Civil. La acción de nulidad corresponde al marido, y sus herederos o herederas y cesionarios, y prescribe en cuatro años contados desde que cesa el hecho que motivó la curaduría (artículo 425 y 1759 inciso cuarto). La acción de nulidad no puede ejercerse transcurridos diez años desde la celebración del acto o contrato.

La mujer administra libremente sus bienes propios cualquiera sea su naturaleza (muebles o inmuebles). En cambio, respecto a la administración de los bienes propios del marido, debe sujetarse a las reglas de la curaduría (artículo 1759 inciso final),⁵⁹ y no se hace dueña de los frutos que produzcan tales bienes, porque ellos ingresan al haber de la sociedad.

Finalmente, la curaduría del marido y, en consecuencia, la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, corresponden a un tercero, cuando el marido es menor de edad,⁶⁰ está declarado en interdicción por disipación (artículo 450) o cuando la mujer se excusa o es incapaz de desempeñar la curaduría. En estos casos, la tercera persona administra extraordinariamente la sociedad conyugal según las normas de administración de los curadores. Todo lo anterior, es sin perjuicio de la facultad de la mujer de pedir la separación de bienes (artículo 1762 en relación con los artículos 450, 463, 470 y 477 del Código Civil).

La administración extraordinaria cesa cuando desaparece la causa que produjo la curaduría recobrando el marido sus facultades de administración, previo decreto judicial (artículo 1763). Cesa también cuando se extingue la sociedad conyugal.

Código Civil), o aceptación de herencias con beneficio de inventario (artículo 397).

⁵⁹ Debe rendir cuenta de su administración, (artículos 415 y 417 del Código Civil) y responde de culpa leve en la administración.

⁶⁰ Situación que ya no debería presentarse, con motivo de la modificación de la edad para contraer matrimonio que estableció la Ley 21.515.

Disolución de la sociedad conyugal

Conforme al artículo 1764 del Código Civil, se disuelve la sociedad conyugal:

- 1.º Por la disolución del matrimonio;
- 2.º por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, según lo prevenido en el título «Del principio y fin de las personas»;
- 3.º por la sentencia de separación judicial o de separación total de bienes: sí la separación es parcial, continuará la sociedad sobre los bienes no comprendidos en ella;
- 4.º por la declaración de nulidad del matrimonio;
- 5.º por el pacto de participación en los gananciales o de separación total de bienes, según el título XXII-A del libro cuarto y el artículo 1723.

Disuelta la sociedad conyugal se forma una comunidad entre marido y mujer, o entre los excónyuges, o entre la o el cónyuge sobreviviente y los herederos o herederas del otro, según el caso. La comunidad comprende todos los bienes sociales —raíces y muebles—, los bienes reservados de la mujer y los frutos de dichos bienes producidos hasta el día de la disolución, los frutos de los bienes sociales y los frutos producidos hasta el día de la disolución por los bienes que la mujer administre como separada parcialmente de bienes (artículo 1772 del Código Civil).⁶¹ Todo ello, sin perjuicio de la presunción de dominio que existe a favor de la sociedad de los bienes muebles que la o el cónyuge adquiera a título oneroso una vez disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación (artículo 1739 inciso final). La administración de estos bienes se rige por las reglas de la comunidad, pudiendo la mujer enajenar libremente sus bienes propios, cuya administración ha recuperado.

Disuelta la sociedad procede la liquidación de la comunidad conforme a las reglas de la partición de los bienes hereditarios (artículo 1776 del Código Civil), salvo que la mujer o sus herederos o herederas renuncien

61 Se ha señalado por los tribunales que las normas de los artículos 1764, 1774, 1776 del Código Civil «demuestran que la mujer es comunera desde la disolución misma de la sociedad conyugal, sin distinción alguna de si en la masa se encuentran bienes muebles o bienes inmuebles, y sin exigencia alguna de inscripciones de los inmuebles adquiridos a título oneroso y singular por el marido, durante la vigencia del régimen, para la formación de tal comunidad en que es titular la mujer». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 16179-2019, 6 de enero de 2022.

a los gananciales.⁶² En dicho caso, los bienes de la sociedad conyugal y los del marido se confunden respecto de terceras personas y respecto de la mujer, perdiendo esta todo derecho a los gananciales y, en general, a todos los bienes sociales, incluso a los frutos de sus bienes propios, los que se entienden conferidos al marido para el mantenimiento de la familia común (artículo 1753). Con todo, la mujer no pierde el dominio de sus bienes propios —que tiene el derecho de recuperar en especie—, tampoco pierde el dominio de sus bienes reservados ni los frutos de ellos, ni de los bienes adquiridos con dichos bienes; tampoco pierde el derecho a cobrar las recompensas que le adeude la sociedad (artículo 1784).

La renuncia a los gananciales es el derecho que compete a la mujer, o a sus herederos o herederas, que se ejerce mediante un acto jurídico unilateral en que manifiesta su voluntad de no llevar parte alguna de los gananciales habidos durante la sociedad conyugal, manifestación que puede hacerse en las capitulaciones matrimoniales, después de disolverse la sociedad conyugal (artículo 1719) o después de subinscrita la escritura de sustitución de régimen del artículo 1723 del Código Civil. En su virtud la mujer pierde —desde la disolución de la sociedad— todo derecho a participar en las utilidades producidas por la administración del marido. Si se expresa en las capitulaciones lleva las solemnidades de estas; en cambio, sí se efectúa después de disuelta la sociedad conyugal, la ley no exige solemnidad alguna, por lo que tiene carácter consensual.

Asimismo, con la renuncia la mujer queda libre de responsabilidad por el pasivo social, lo que no incluye: sus deudas personales, las deudas que afecten sus bienes reservados y su responsabilidad por las recompensas que ella adeude a la sociedad o al marido. La renuncia de la mujer a los gananciales es total e irrevocable y puede ejercerse siempre que no haya entrado a su patrimonio parte alguna del haber social a título de gananciales (artículo 1782 inciso primero),⁶³ por lo que no existe un plazo legal para la renuncia. Las y los herederos de la mujer pueden efectuar una renuncia parcial (artículo 1785).

62 Tampoco habrá liquidación de la comunidad cuando los cónyuges o excónyuges enajenan de consuno de los bienes comunes y cuando el único heredero de uno de los cónyuges sea el viudo o viuda.

63 Se entiende que entra una parte del haber social a título de ganancial, por ejemplo, si vendido un inmueble adquirido durante la sociedad conyugal la mujer recibe la mitad del precio. Así en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol 944.2021, 2 de agosto de 2022.

En cualquier caso, la renuncia puede rescindirse en caso de manifestación hecha por engaño (dolo), error o si hubo fuerza o si no se cumplieron las formalidades habilitantes en caso de la mujer incapaz. Según señala el artículo 1782 del Código Civil, la acción para pedir la rescisión prescribe en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad y no, como hubiera sido lógico, desde la manifestación de voluntad viciada.

Más adelante, el artículo 1767 señala: «La mujer que no haya renunciado a los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario». A partir de esta norma resulta que la aceptación de los gananciales puede ser expresa, tácita o presunta. La aceptación expresa se puede hacer en escritura pública o privada o por algún medio en que conste explícitamente la voluntad; la aceptación tácita resulta de la ejecución de actos que presupongan la calidad de socio de la sociedad conyugal, como si la mujer pide la liquidación de la comunidad; y la presunta resulta del hecho de no renunciar a los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad. Cualquiera sea la forma, la aceptación se entiende hecha desde la disolución de la sociedad conyugal, por la totalidad de los gananciales y con carácter puro y simple, sin perjuicio del beneficio de inventario que limita la responsabilidad de la mujer por las deudas sociales hasta el monto de lo que recibe a título de gananciales (artículo 1777 del Código Civil).

Liquidación de la sociedad conyugal

La liquidación de la sociedad conyugal comprende el conjunto de operaciones destinadas a separar los bienes de los cónyuges y de la sociedad (formación de acervos), dividir las utilidades (gananciales) y pagar las deudas. Para ello es necesario la facción de inventario y la tasación de los bienes, la formación de la masa partible y la división del activo y del pasivo comunes. Dispone el artículo 1765 del Código Civil:

Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte.

Para el inventario se aplica el plazo y la forma establecida en la regulación de la sucesión por causa de muerte (artículo 1765 del Código



Civil en relación con artículos 1253 y 382 y siguientes del mismo Código y artículos 858 a 865 del Código de Procedimiento Civil). El inventario debe o no ser solemne según si hay o no cónyuges o herederos menores de edad, dementes o con otra inhabilidad; si todos son capaces resulta suficiente el inventario simple, aunque su valor en juicio es limitado (artículo 1766 del Código Civil). Como indica el artículo 1765, el inventario —solemne o simple— debe contener una relación completa de todos los bienes que usufructuaba la sociedad conyugal o de que era responsable, a lo que se suman los bienes reservados de la mujer que pasan a ser gananciales. El artículo 1768 del Código Civil sanciona ciertas conductas en la confección del inventario.

El artículo 657 del Código de Procedimiento Civil permite que la tasación sea hecha por los comuneros (aunque entre ellos haya incapaces) o por peritos. Esa evaluación determina el activo que se divide por mitades.

Para la formación de la masa partible es necesario formar los acervos, distinguiendo entre:

- **Acervo bruto:** Es el que se forma acumulando imaginariamente todos los bienes muebles e inmuebles que existan en poder de los cónyuges al disolverse la sociedad (sociales, propios y reservados de la mujer), los frutos de los bienes y las cosas adquiridas con dichos frutos; todos los créditos que se adeudan a la sociedad, incluyendo las recompensas e indemnizaciones a su favor (artículo 1769).
- **Acervo líquido:** Es aquel que se dividirá entre los cónyuges y que se determina deduciendo del acervo bruto: los bienes propios de la y el cónyuge (artículo 1770) y sus aumentos (artículo 1771, salvo lo dispuesto en el artículo 1746); los precios, saldos y recompensas de los que la sociedad es deudora respecto de los cónyuges (artículo 1770 y 1773, que consagran derechos especiales de la mujer en estas deducciones);⁶⁴ y el pasivo social que se deduce imaginariamente.

64 Artículo 1773 del Código Civil: «La mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos precedentes; y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a la mujer o al marido, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma.

La mujer, no siendo suficientes los bienes de la sociedad, podrá hacer las deducciones que le correspondan, sobre los bienes propios del marido, elegidos de común acuerdo. No acordándose, elegirá el juez».

Así formado, el acervo líquido constituye el ganancial que se divide por mitades entre la y el cónyuge (artículo 1774), salvo que hubieren convenido una forma diferente de división o que producto de una sanción ella o él pierdan una porción (artículo 1768). Si el pasivo social no hubiere sido pagado, debe dividirse entre la y el cónyuge conforme a lo dispuesto en los artículos 1777 a 1779 del Código Civil. En esta parte se debe tener presente que, a favor de la mujer, el legislador ha establecido el beneficio de emolumento del artículo 1777, conforme al cual ella solo responde de las deudas sociales con terceros hasta la concurrencia de su mitad de gananciales. Demandada en exceso la mujer por una o un tercero, a ella corresponderá probar el exceso que se le exige por sobre su mitad de gananciales. El beneficio de emolumento puede renunciarse una vez disuelta la sociedad.

Tratándose de inmuebles que se adjudican en el acto de partición en virtud de la liquidación de los gananciales, es necesaria la inscripción en el registro conservatorio (artículo 687 inciso final del Código Civil), pero no como forma de efectuar la tradición (el acto particional es declarativo, no traslativo), sino para mantener la historia de la propiedad y como mecanismo de publicidad para que terceras personas tomen conocimiento de la adjudicación; de lo contrario, todo lo realizado por la y el cónyuge como acto de partición de la sociedad conyugal les será inoponible.⁶⁵

Patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal

Los profesores Aedo y Mondaca definen este patrimonio como:

Aquel formado por el conjunto de bienes que la mujer casada en sociedad conyugal adquiere con su empleo, oficio, profesión o industria separados del marido, lo que adquiere con ellos y los frutos de unos y otros (2016: 369).

Se encuentra regulado en el artículo 150 del Código Civil, norma de orden público, conforme a la cual la mujer casada —de cualquiera edad— puede dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria y si desempeña ese empleo o ejerce una profesión,

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema, rol 2252-2019, 20 de abril de 2021.



oficio o industria, separados de los que ejerce o desempeña su marido, se considerará separada de bienes respecto de ese ejercicio y de lo que en él obtenga, aunque se haya hecho una estipulación en contrario. De ahí emanan los requisitos para que se produzca por el solo ministerio de la ley esta formación excepcional de patrimonio separado que la mujer administra, estos son, esencialmente: trabajo o industria remunerado, separado del marido y desarrollo durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Integran este patrimonio reservado:

- Todas las remuneraciones o emolumentos que provengan directamente del trabajo realizado por la mujer separado del de su marido, cualquiera sea la denominación con que se designen (honorarios, comisiones, desahucios, indemnizaciones por accidentes de trabajo o por años de servicio, etcétera).
- Todos los bienes muebles e inmuebles que la mujer adquiera con los dineros obtenidos de ese trabajo separado del marido.
- Los frutos naturales y civiles que produzcan los bienes reservados.

Al mismo tiempo, todos los actos o contratos celebrados por la mujer en esta administración separada comprometerán los bienes comprendidos en ella y los que administre con arreglo a las disposiciones de los artículos 166 y 167 del Código Civil, constituyendo el pasivo de este patrimonio. Estos actos o contratos no obligarán a los bienes del marido sino cuando él hubiere accedido como fiador, o de otro modo, a las obligaciones contraídas por la mujer y también cuando se hubiere beneficiado de las obligaciones contraídas por esta a prorrata del beneficio que hubiere reportado, comprendiendo en este beneficio el de la familia común, en la parte en que haya él debido proveer a las necesidades de esta (artículo 161 del Código Civil). Por el contrario, los acreedores del marido no pueden perseguir los bienes de este patrimonio reservado de la mujer, salvo que prueben que el contrato celebrado por el marido cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

La mujer administra este patrimonio como separada de bienes, es decir, conforme al artículo 159 del Código Civil, sin injerencia del marido, pudiendo realizar libremente los actos que estime, a cualquier título, teniendo además capacidad procesal personal para la defensa de su patrimonio. Por tanto, sus acreedores deben dirigir su acción contra la mujer y no contra el marido.



Considerando que por lo general la mujer casada en sociedad conyugal carece de facultades de administración y disposición sobre sus bienes —toda vez que sus bienes propios los administra el marido—, a ella le corresponderá acreditar que actúa en el ámbito de su patrimonio reservado.⁶⁶ A estos efectos, pueden resultar útiles: el contrato de trabajo, la iniciación de actividades, su declaración de renta, el pago de patente comercial, entre otros. Junto con ello, la ley protege a las terceras personas que contratan con la mujer de toda reclamación que pudieren interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios, fundada en la circunstancia de haber obrado la mujer fuera de este patrimonio, siempre que no se trate de bienes comprendidos en los artículos 1754 y 1755 del Código Civil (bienes propios de la mujer que administra el marido), y que se haya acreditado por la mujer que ejerce o ha ejercido un empleo, oficio, profesión o industria separados de los de su marido. Dicha acreditación debe hacerse mediante instrumentos públicos o privados, a los que se hará referencia en el instrumento que se otorgue al efecto.

En torno a la oportunidad para que la mujer declare o deje constancia que actúa con su patrimonio reservado, recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago ha ampliado la interpretación del artículo 150 del Código Civil, entendiendo que puede hacerse en un acto posterior complementario al adquisitivo. Esta postura es distinta de la sostenida por parte de la doctrina y por el Conservador de Bienes Raíces, quienes han sostenido que no corresponde que una vez efectuada la compraventa esta se complemente señalando que la mujer hizo la compra haciendo uso de su patrimonio reservado, pues ello altera la publicidad registral originada en la escritura de compraventa y su inscripción.⁶⁷ El punto es delicado sobre todo por el tiempo que puede mediar entre el acto y la complementación posterior que puede alterar el estatuto regulatorio.

Al disolverse la sociedad conyugal nace para la mujer —y sus herederos— un derecho de opción que le permite conservar su patrimonio reservado renunciando a los gananciales de la sociedad conyugal o, por el contrario, participar de la liquidación de la comunidad, con lo cual,

⁶⁶ Así lo dispone el inciso tercero del artículo 150 del Código Civil: «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».

⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 16122-2018, 18 de marzo de 2020.

el patrimonio reservado pasa a formar parte de los gananciales que se dividen por mitades entre el marido y la mujer. En este último caso, conforme al inciso final del artículo 150 del Código Civil, el marido responderá de las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada hasta concurrencia del valor de la mitad de los bienes que existan al disolverse la sociedad. Con arreglo al artículo 1777, para gozar de este beneficio que limita su responsabilidad, el marido deberá probar el exceso de la contribución que se le exige.

Separación parcial de bienes de los artículos 166 y 167 del Código Civil

Conforme al artículo 166 del Código Civil, si la mujer casada recibiera una donación, herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido, y si dicha donación, herencia o legado fuere aceptada por la mujer, se aplican respecto a esas cosas las normas de la separación de bienes de los artículos 159 a 163 del Código Civil. Sin embargo, una vez disuelta la sociedad conyugal las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes.

Los acreedores del marido no pueden perseguir los bienes que la mujer administre en virtud de este artículo, salvo que prueben que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común. A la mujer pertenecen los frutos de las cosas donadas, heredadas o legales que administra en virtud de esta disposición y todo lo que con ellos adquiera, pero disuelta la sociedad conyugal se aplicarán a dichos frutos y adquisiciones las reglas del artículo 150, es decir, si la mujer acepta los gananciales, los frutos y adquisiciones se confunden con los gananciales y entran a la división por mitades con el marido.

El artículo 167 del Código Civil establece la administración separada por la mujer cuando en las capitulaciones matrimoniales se hubiere estipulado que ella administre separadamente alguna parte de sus bienes. A esa administración y bienes se aplican las reglas del artículo 166 del mismo Código.

Los actos y contratos de la mujer relativos a los bienes de los artículos 166 y 167 solo dan acción sobre ellos, sin que se extienda la responsabilidad a los bienes del marido a menos que este se haya obligado conjunta,



solidaria o subsidiariamente con la mujer o que se haya beneficiado él o la familia común en la parte que a él le correspondía proveer. Por su parte, igual que con las donaciones, herencias o legados, los acreedores del marido no tienen acción sobre estos bienes que la mujer administra, salvo que prueben que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común.

Se produce también una separación parcial de bienes cuando la mujer casada en sociedad conyugal ejerce la patria potestad de los hijos e hijas y en virtud de ello tiene la facultad de usar sus bienes y percibir sus frutos. La mujer se considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga. Según señala el artículo 252 del Código Civil, esta separación se rige por las normas del artículo 150 del mismo Código.

En suma, tal como se expresó al iniciar el análisis de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio como estado, en el caso del acuerdo de unión civil se identifican también derechos y deberes personales y patrimoniales, aunque con un carácter más reducido. Habiendo examinado latamente la situación del matrimonio, en la **tabla 3** se ofrece una síntesis comparativa con el acuerdo de unión civil.

Tabla 3. Síntesis comparativa del régimen legal de los efectos patrimoniales

	Matrimonio	Acuerdo de unión civil
Bienes familiares	Regulados en los artículos 141 a 149 del Código Civil dentro de las obligaciones y derechos entre los cónyuges.	Se aplican por remisión del artículo 15 de la Ley 20.830 a los artículos 141 a 149 Código Civil.
Capitulaciones patrimoniales	Reguladas en los artículos 1715 a 1722 del Código Civil pudiendo ser previas o coetáneas con la celebración del matrimonio.	El inciso primero del artículo 15 de la Ley 20.830 regula la posibilidad de que los contrayentes sometan de forma expresa a las reglas de la comunidad que se indican su AUC.
Pactos de sustitución de régimen económico	Regulado en el artículo 1723 Código Civil. Permite sustituir el régimen de sociedad conyugal por el de separación total de bienes o el de participación en los gananciales; el de separación de bienes por participación en los gananciales; o el de participación en los gananciales por el de separación total de bienes.	Regulado en los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 15 de la Ley 20.830, permite sustituir el régimen de comunidad por el de separación total de bienes.

Tabla 3. Síntesis comparativa del régimen legal de los efectos patrimoniales (continuación)

	Matrimonio	Acuerdo de unión civil
Separación de bienes	Regulada en los artículos 152 y siguientes del Código Civil. Puede tener origen legal, judicial o convencional. En caso de matrimonios de personas del mismo sexo constituye el régimen legal (artículo 135 inciso segundo).	Regulada en el artículo 15 de la Ley 20.830. Puede tener origen legal o convencional.
Régimen de comunidad de bienes	No	Regulado en el artículo 15 de la Ley 20.830. Solo tiene origen convencional. Comprende solo bienes adquiridos a título oneroso vigente el acuerdo.
Régimen de sociedad conyugal	Regulado solo para los matrimonios de personas de distinto sexo en artículos 135 a 140 y 1725 a 1785 del Código Civil. Para los matrimonios de personas de distinto sexo constituye el régimen legal.	No
Régimen de participación en los gananciales	Regulado en artículos 1792-1 a 1792-27 Código Civil.	No

Fuente: Elaboración propia.

Momento crítico del matrimonio

Crisis de la vida conyugal e intervención social

La convivencia de la pareja durante el estado matrimonial —que se origina civilmente con la celebración del matrimonio— puede ser afectada por diversos acontecimientos que perturban su normalidad, los que al ser reiterados y graves terminan por causar una crisis en la convivencia marital, que identificamos como un momento crítico del matrimonio.

Si las o los cónyuges mantienen el conflicto dentro de los límites de su esfera privada, la intervención pública solo se justificará cuando sean afectados bienes sociales jurídicamente tutelados, tal como ocurre con un eventual atentado contra la vida y la integridad física y síquica de ambos cónyuges, o con el incumplimiento del deber de alimentos y protección respecto de los hijos.

En el supuesto indicado, de intervención pública justificada, la opción de la sociedad en favor de la permanencia del vínculo matrimonial o, en su defecto, de lograr una convivencia armónica y responsable de los miembros del grupo familiar tras la ruptura, se evidencia en diversas normas orientadas por estos propósitos; por ejemplo, aquella que insta a

la judicatura a procurar entendimientos entre las o los cónyuges o la que dispone un mecanismo alternativo a la vía judicial, como la mediación. Asimismo, el interés social está presente en las medidas de reparación e indemnización a favor del cónyuge que se encuentra en una situación de mayor debilidad económica en el momento de producirse la ruptura.

Concepto de separación

La separación conyugal es la ruptura de la comunidad de vida establecida por dos personas unidas por el matrimonio. Tiene lugar en aquellos casos en que, permaneciendo el vínculo matrimonial, se rompe la comunidad de vida originada legalmente a partir de la celebración del matrimonio.

Su origen radica en el acuerdo de voluntades de ambos cónyuges o en un acto unilateral de uno de ellos, motivado tanto por una falta atribuida a uno de ellos o por cesar en ambos la voluntad de convivir como cónyuges. En los dos supuestos indicados, la consecuencia es la separación de cuerpos y la consiguiente suspensión de las relaciones sexuales, objeto principal de la unión conyugal.

Desde una perspectiva jurídica estricta, la separación conlleva una suspensión de la vida en común, permaneciendo ambos cónyuges casados, razón por la cual la ineficacia que produce no es definitiva; los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio como sí ocurre en los casos de nulidad y divorcio. En otras palabras, la separación produce la suspensión de la eficacia del matrimonio y no necesariamente su término definitivo e irrevocable, por cuanto siguen vinculados o relacionados entre sí por este vínculo.

La ley ha dispuesto que, frente a la ocurrencia de la separación conyugal, los cónyuges puedan acreditar la mera separación de hecho o solicitar la declaración judicial de separación. En consecuencia, la separación puede ser una situación meramente fáctica, en cuyo caso corresponde hablar de una *separación de hecho*, o puede tener su origen en una resolución judicial, en cuyo caso corresponde hablar de una *separación judicial*.

Separación de hecho

La separación de hecho constituye una situación fáctica que se caracteriza por la simple separación de cuerpos ocurrida entre las o los cónyuges.



ges, unida —en la mayoría de los casos— a un distanciamiento físico de uno de ellos respecto de la residencia común.

Se deben distinguir el abandono de hecho, originado en la voluntad de uno de los cónyuges y, frecuentemente unido a una conducta transgresora de los deberes matrimoniales; la separación convencional, caracterizada por la concurrencia de la voluntad favorable de ambos cónyuges en orden a cesar la cohabitación; y el abandono de hecho recíproco, que refiere a aquellos casos en que, sin mediar pacto previo o declaración conjunta de voluntad, ambos cónyuges dejan de cumplir sus obligaciones recíprocas, sin que dicho incumplimiento sea necesariamente idéntico o proporcional.

Asimismo, se debe distinguir la separación de hecho del *cese de la convivencia*, toda vez que la convivencia no supone para la pareja estar juntos en todo momento sino conservar la voluntad de reunirse nuevamente en caso de ausencia. En un sentido inverso, no hay convivencia cuando se rompe la unidad, a pesar de que ambos cónyuges sigan pernoctando bajo el mismo techo, como ocurre en el caso de parejas afectadas por una situación de precariedad económica que les impide separar vivienda e incluso lecho luego de la ruptura, lo que no debe obstar para declarar judicialmente el cese de la convivencia.

La ley trata la separación de hecho con el objetivo de ordenar la situación patrimonial de las o los cónyuges individualmente considerados, sus relaciones mutuas y la situación en que quedarán los hijos e hijas comunes —si los hubiere— como consecuencia de la separación, normándolas según si existen o no acuerdos que regulen tales situaciones.⁶⁸ Cabe destacar también que la fijación de la fecha en que ocurre el cese de la convivencia es importante para contabilizar el plazo legal requerido para demandar el divorcio, tanto en los casos en que concurre la voluntad de ambos cónyuges o la mera declaración unilateral.

Separación judicial

La separación judicial se caracteriza por tener su origen en una declaración judicial, cumplidos que sean los presupuestos legales de proce-

⁶⁸ Según dispone el artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, si las o los cónyuges se separan 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».

dencia. No tiene su origen en un acuerdo bilateral, el que de existir solo constituye un antecedente complementario del fundamento de la decisión judicial que declara el cese de la convivencia.

Una vez firme la sentencia, la separación judicial determina la suspensión de algunos efectos del matrimonio, sin afectar la permanencia del vínculo conyugal. En consecuencia, subsisten todos los derechos y obligaciones personales que existen entre las o los cónyuges, con la excepción de aquellos cuyo ejercicio resulta incompatible con la vida separada, como los deberes de cohabitación y de fidelidad.

Justificación de la separación judicial

Se justifica su existencia legal por diferentes razones. En primer lugar, es un sistema autónomo de solución de las crisis conyugales, configurando una alternativa al divorcio que disuelve el matrimonio civil. En segundo lugar, constituye una etapa transicional entre la separación de hecho y la ruptura definitiva, previa a demandar el divorcio, brindando adicionalmente un periodo de reflexión legalmente impuesto para luego dar curso al divorcio.

Procedencia y tipos de separación judicial

Se podrá solicitar al tribunal cuando concurra y sea acreditada una falta imputable a la otra u otro cónyuge o cuando hubiere cesado la convivencia, razón por la cual se puede hablar de separación causal en el primer caso y de separación convencional en el segundo.

La separación causal aplica cuando se acredita una falta imputable a un cónyuge, pudiendo la separación ser demandada por la otra u otro cónyuge siempre que la falta «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» (artículo 26, inciso primero, Ley 19.947). En este caso la acción para demandar la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal respectiva, tiene un carácter irrenunciable y no podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

La separación convencional, por su parte, tiene lugar cuando se ha producido el cese de la convivencia, pudiendo cualquiera de las o los cónyuges solicitar al tribunal que declare la separación. Si no es posible



solicitar conjuntamente la declaración de la separación por cese de la convivencia, especialmente en ausencia de acuerdo regulador, este derecho se podrá ejercitar en el procedimiento judicial destinado a regular las relaciones mutuas de las o los cónyuges separados o las relaciones de estos con sus hijos o hijas, o en aquel que se origine por una denuncia por violencia familiar producida entre las o los cónyuges o entre alguno de estos y los hijos o hijas.

Régimen económico

Respecto del régimen económico, si las o los cónyuges se encuentran casados bajo el régimen de sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisionales necesarias para la protección del patrimonio familiar, así como para asegurar el bienestar de cada uno de los miembros que la integran, sin que esto implique afectar el derecho de solicitar alimentos o de pedir la declaración de bienes familiares, cuando así proceda en conformidad a la ley. Asimismo, el juez o la jueza al declarar la separación deberá también pronunciarse sobre el régimen de relaciones mutuas futuras de las o los cónyuges separados, con especial atención en los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. Finalmente, a petición de parte y previa rendición de la prueba necesaria para tal efecto, podrá también el juez liquidar el régimen matrimonial que hubiere existido entre las o los cónyuges, considerando que si hubiere hijos o hijas, deberá establecer el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos o hijas aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado, debiendo observar en todos estos pronunciamientos los criterios de integralidad y suficiencia.

Cese de la convivencia

El cese de la convivencia se entiende como la separación personal voluntaria de dos personas unidas por el vínculo matrimonial.⁶⁹ Se entiende por separación personal la cesación voluntaria de la vida conyugal y de los actos propios de esta que le otorgan dicho carácter, en especial las relaciones sexuales.

⁶⁹ Para la noción de separación personal, véase Arcos Vieira (2000: 63).



El momento en que ocurre el cese de convivencia es relevante, toda vez que a contar de esta fecha se contabilizará el plazo exigido por la ley tanto para proceder a la separación judicial como al divorcio, debiendo considerarse si existe o no acuerdo entre las o los cónyuges para establecer la fecha del cese de la convivencia.

Existencia de acuerdo de los cónyuges para fijar la fecha del cese de convivencia

Si este acuerdo existe, deberá constar por escrito en escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante un notario, en un acta extendida ante oficial del Registro Civil o mediante transacción aprobada judicialmente. Si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad. La declaración de nulidad de una o más cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados, no afectará el mérito de aquel para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia. Por otro lado, respecto de la prueba del cese de la convivencia, no es indispensable la existencia de un antecedente escrito, sin perjuicio de la conveniencia de su acompañamiento si las partes disponen de él.

Inexistencia de acuerdo para fijar el cese de la convivencia

Al contrario, si el acuerdo no existe, el cese de la convivencia tendrá fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso y situaciones contempladas en el artículo 23 de la LMC. En ausencia de demanda o acuerdo entre los cónyuges, se considerará la expresión de voluntad de uno de ellos de poner fin a la convivencia a través de escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario o acta extendida ante oficial del Registro Civil o dejando constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, siempre que se notifique al otro u otra cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente, practicándose la notificación según las reglas generales (artículo 25 de la Ley 19.947).



Convenio regulador

Se define al convenio o acuerdo regulador, como un negocio jurídico propio del derecho de familia, en virtud del cual las o los cónyuges regulan las consecuencias derivadas de la separación (Del Picó, 2019: 499).

Jurídicamente, es un convenio privado entre cónyuges —introducido por la Ley de Matrimonio Civil de 2004— cuyo propósito es regular los efectos de su separación tanto respecto de ellos como de los hijos e hijas. Este convenio constituye un claro reconocimiento de autonomía a la voluntad conjunta de los cónyuges para configurar el marco jurídico que regirá los aspectos relevantes de su vida futura como pareja, así como de su familia. Cabe resaltar que la ausencia de acuerdo otorga a los cónyuges el derecho de solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas se extienda a otras materias concernientes a dichas relaciones o las relaciones con sus hijos o hijas.

Régimen legal del acuerdo o convenio regulador

El régimen legal del convenio está contenido en el primer párrafo del capítulo III de la LMC, artículos 21 a 24, dentro de la regulación de la separación de hecho. La ley prescribe que el objeto del acuerdo es regular las relaciones mutuas de las o los cónyuges, en su nuevo estado de separados.

En tanto marco general, el convenio deberá comprender todas las relaciones económicas que subsistirán entre las o los propios cónyuges luego de la separación, como ocurre con el aporte para el pago de las deudas comunes. En tanto marco especial, el legislador incluyó taxativamente a los alimentos que se deban, así como también las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

Respecto de la situación de hijos e hijas, en caso de haberlos, el convenio 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 aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado» (artículo 22 de la Ley 19.947).

Requisitos de completitud y suficiencia del acuerdo o convenio regulador

El convenio debe regular en forma completa y suficiente tanto las relaciones mutuas de los cónyuges como respecto a sus hijos o hijas.



Se entiende *completo* el acuerdo si las o los cónyuges disponen sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio. En el caso que hubiere hijos o hijas, el acuerdo será completo cuando considere a lo menos el régimen aplicable a los alimentos de los hijos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con sus hijos o hijas aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado.

El acuerdo es *suficiente* si sus disposiciones resguardan el interés superior de los hijos, procuran aminorar el eventual menoscabo económico ocasionado por la ruptura y establece relaciones equitativas hacia el futuro entre las o los cónyuges.

Actuaciones judiciales destacadas

El acuerdo será evaluado por la judicatura al declarar la separación, procediendo en la sentencia a subsanar sus deficiencias o a modificarlo, si a su juicio fuere incompleto o insuficiente, con especial atención a la observancia de los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables.

Cabe recordar que, en el caso de falta de acuerdo, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como bienes familiares y alimentos debidos a los hijos, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con los hijos. En tales casos, según dispone el artículo 24 de la LMC, estas materias de conocimiento conjunto se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten, debiendo el juez —en la resolución que reciba la causa a prueba— fijar separadamente los puntos que se refieran a cada una de las materias sometidas a su conocimiento. Finalmente, la sentencia deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso.⁷⁰

Efectos de la separación

Para establecer los efectos de la separación conyugal, cabe distinguir según se trate de la separación de hecho o de la separación judicial.

70 Véase artículos 22, 23 y 24 de la Ley 19.947.

Separación de hecho

La separación de hecho genera como efectos la ineficacia de la alegación de adulterio para impetrar la separación judicial, la exclusión de la figura jurídica del abandono de hogar y la constitución de causa para demandar el divorcio y la separación judicial. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, esta separación no excluye la presunción de paternidad ni implica el cese de otros deberes y derechos.

Separación judicial

Por su parte, la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre las y los cónyuges, pues sigue vigente el contrato matrimonial, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, como ocurre con los deberes de cohabitación y de fidelidad, los que se suspenden. Cabe destacar que por la separación judicial termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre las y los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1470 del Código Civil.

Respecto de la sucesión, el derecho de las y los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial, exceptuándose el caso de quien hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en cuyo caso el juez o jueza a cargo efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción. No se alterará la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos o hijas.

Finalmente, en cuanto al momento a partir del cual se producen los efectos de la separación judicial, estos se producen desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la decreta. Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia ejecutoriada en que se declare la separación judicial deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial, momento a partir del cual la separación judicial será oponible a terceros y las o los cónyuges adquirirán la calidad de separados. En todo caso, esta nueva calidad no los habilita para volver a contraer matrimonio.



Reconciliación de los cónyuges separados

La reconciliación es la remoción —por propia voluntad de las y los cónyuges— de las causas legales que permitieron solicitar la separación, mediante la recuperación de la armonía o normalidad conyugal, que encuentra su cauce habitual en la convivencia matrimonial.

Si la vida en común entre los cónyuges se reanuda con ánimo de permanencia, la reconciliación pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial, o a la ya decretada, restableciendo en este último caso el estado civil de casadas o casados. Luego de la separación judicial, la reanudación de la vida en común no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, pero las y los cónyuges podrán pactar este último régimen en conformidad con el artículo 1723 del Código Civil. Finalmente, la reanudación de la vida en común no impide que las y los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si esta se funda en hechos posteriores a la reconciliación.

Según el tipo de separación, la reanudación de la convivencia causa diferentes efectos.

Separación judicial basada en falta imputable

Si se ha decretado la separación judicial luego de alegarse por uno de los cónyuges la existencia de una falta imputable a la otra u otro cónyuge que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos o hijas que torne intolerable la vida en pareja, la reanudación de la vida en común solo será oponible a terceros cuando se revoque judicialmente dicha sentencia, a petición de ambos cónyuges, y se practique la subinscripción correspondiente en el Registro Civil.

Separación judicial basada en una separación de mutuo acuerdo

Si se ha decretado judicialmente la separación de mutuo acuerdo, para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceras personas, ambos cónyuges deben dejar constancia del hecho de la reconciliación en un acta extendida ante el oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción matrimonial. El oficial comunicará estas circunstancias al tribunal competente, el que ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación.

¿Estado civil de separada o separado?

La separación constituye un estado en la vida de la pareja que, en la mayoría de los casos observados, es transitorio; se puede producir la reconciliación de las o los cónyuges, o puede constituirse en una vía de tránsito hacia la ruptura definitiva, refrendada por el acto judicial que decreta el divorcio.

La consideración de la separación judicial como un nuevo estado civil ha sido ampliamente debatida en la doctrina, sin haber visos de acuerdo en su aceptación. Si se acepta su existencia, cabría preguntarse en qué ámbitos este nuevo estado habilita al separado o separada para ejercer derechos o contraer obligaciones civiles, aplicando la definición del artículo 304 del Código Civil. Por otra parte, si se rechazara, cabe preguntarse por el sentido de su inserción en la ley.

La calificación de la separación judicial como un estado civil es una opción útil que contribuye a ampliar el espectro de alternativas posibles para regular la situación que sucede a un quiebre matrimonial, una señal de respeto a la pluralidad social vigente en el nuevo ordenamiento jurídico matrimonial.

Sin perjuicio del debate que este nuevo estado ha generado en doctrina, los antecedentes de la discusión parlamentaria de la ley dan cuenta de la voluntad del legislador de establecer una institución legal diferenciada del estado de divorciado, divorciada, soltero o soltera. Asimismo, la norma del reformado artículo 305 del Código Civil, distingue la separación judicial como un nuevo estado civil, al incluirlo expresamente en su inciso primero, en los siguientes términos:

El estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte y de nacimiento o bautismo.

El estado civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación.

El estado civil de padre, madre o hijo se acreditará o probará también por la correspondiente inscripción o subinscripción del acto de reconocimiento o del fallo judicial que determina la filiación.

La edad y la muerte podrán acreditarse o probarse por las respectivas partidas de nacimiento o bautismo, y de muerte.

Capítulo 4

La terminación del matrimonio y sus efectos civiles

Introducción

Régimen de la terminación del matrimonio en la Ley de Matrimonio Civil de 2004

El régimen legal de la terminación del matrimonio está contenido en el párrafo segundo de la Ley de Matrimonio Civil y se caracteriza por la incorporación del divorcio vincular, objetivo principal de este cuerpo normativo.¹

El artículo 42 de la ley dispone que el matrimonio termina:

- 1.º Por la muerte de uno de los cónyuges;
- 2.º por la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados en el artículo siguiente;
- 3.º por sentencia firme de nulidad;
- 4.º por sentencia firme de divorcio, y
- 5.º por voluntad del cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la Ley 21.120, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de dicho cuerpo legal.

La LMC trata la terminación del matrimonio por muerte presunta, por sentencia firme de nulidad y por sentencia firme de divorcio, remitiendo la muerte natural al régimen común. Considerando el objetivo principal de este trabajo, centraremos la atención en el divorcio y en la causal basada en la rectificación dispuesta por la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

¹ La denominación *terminación* del matrimonio fue propuesta por el insigne civilista René Abeliuk Manasevich, quien brindó asesoría profesional a los comisionados durante el periodo prelegislativo de la LMC de 2004.



El divorcio

Concepto

Desde una perspectiva jurídica civil, el divorcio es un modo legal para poner término al vínculo matrimonial, originado en una declaración judicial basada en la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas y permite, a quienes un día fueron cónyuges, volver a contraer libremente un nuevo matrimonio igualmente válido ante el derecho que el anteriormente celebrado.

La noción general de divorcio remite a la idea de separación definitiva entre quienes han compartido una vida marital. Sin embargo, el divorcio civil solo puede existir cuando ha sido declarado judicialmente, pues no tiene validez el divorcio de hecho, es decir la mera separación de cuerpos a la cual las o los cónyuges atribuyen el efecto de disolver el vínculo matrimonial que los une.

El efecto principal de la declaración judicial del divorcio es poner término al matrimonio civil, pudiendo ambos cónyuges contraer nuevas nupcias, sin que afecte la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella (artículo 53 de la LMC). Esta es la diferencia principal entre la separación y el divorcio, ya que la primera no pone término al vínculo civil.

Las causas legales del divorcio tienen su origen en un hecho ocurrido durante la vida matrimonial, que significa, evidencia o da cuenta de graves desavenencias entre los cónyuges. El origen del término remite a la divergencia u oposición surgida en el seno de la relación conyugal, lo que determina que cada quien tome su propio camino en la vida en forma separada de quien, hasta ese momento, era su cónyuge.

En Chile, al igual que en los países que le antecieron en su legalización, el reconocimiento del divorcio vincular estuvo precedido de un intenso debate social y parlamentario, con posturas fuertemente confrontadas.² Con todo, cabe resaltar que el Estado solo otorga un reconocimiento jurídico a la nueva realidad que surge tras la ruptura, sin calificar ni valorar las razones que aparecen detrás de la voluntad de ruptura del vínculo, ya sea que tal motivación sea compartida por las o los cónyuges o sea el producto de la decisión unilateral de uno de ellos o ellas.

² «10 años de la Ley de Divorcio: La tormenta que no fue», *La Tercera*, 9 de mayo de 2014, disponible en <https://bit.ly/47bi2WY>.

El divorcio legal ha sido introducido en nuestro derecho como una solución para aquellos casos en que se ha producido un quiebre irremediable y absoluto de la relación conyugal: sea porque se acredita una falta grave cometida por una o uno de los cónyuges, por la concurrencia de la voluntad de ambos cónyuges unido al transcurso de un periodo de un año desde el cese de la convivencia o por la voluntad unilateral de una o uno de los cónyuges cuando ha transcurrido un plazo no inferior a tres años desde que cesó la convivencia.

Distinciones, clasificaciones y especificidad del sistema legal chileno sobre el divorcio

Cabe distinguir diversos sistemas legales sobre el divorcio y algunas especificidades dentro de cada sistema en particular. Los sistemas con expresión de causa —como el chileno— son aquellos en que se exige una causa para acceder al divorcio, la que normalmente es señalada por la ley. En los sistemas sin expresión de causa, en cambio, es suficiente la mera voluntad de divorciarse de alguno de los cónyuges, o de ambos, sin que sea necesario acreditar ni invocar motivación alguna.

Una segunda clasificación usual en la doctrina distingue el divorcio por culpa, el divorcio consensual y el divorcio remedial. El divorcio por culpa o divorcio sanción considera la realización de un acto culpable por parte de una o uno de los cónyuges, que se juzga como constitutivo de una violación de los deberes conyugales, y que conlleva una sanción correspondiente con el propósito de restablecer las relaciones de justicia en la pareja. La concepción del divorcio sanción es concordante con el matrimonio entendido como una institución, indisponible en cuanto tal, y cuya ruptura no puede ser librada a la voluntad autónoma de las o los cónyuges. Históricamente, esta concepción ha estado basada en la existencia de una causa, que considera la necesidad de determinar la culpa o responsabilidad que cabe a uno de los cónyuges en la ruptura conyugal que motiva la solicitud de divorcio.

El divorcio consensual, por su parte, se basa en el reconocimiento del derecho de las o los cónyuges de poner término al matrimonio —entendido como un contrato— del mismo modo como se le dio origen, vale decir, por la voluntad concurrente y coincidente de ambos cónyuges. Finalmente, el divorcio remedial considera al divorcio como un remedio social justificado por la necesidad de terminar con una situación de



convivencia conyugal intolerable, en la cual no se imputan culpas, sino que se recurre a la constatación de un hecho objetivo, el cese de la convivencia, de un modo verificable.

En Chile, el sistema adoptado es de tipo causalista, es decir, el divorcio solo se puede demandar en aplicación de ciertas causas legalmente establecidas. Asimismo, el legislador ha incorporado en la normativa tanto la perspectiva del divorcio entendido como una sanción como aquella que concibe al divorcio como un remedio jurídico ante un problema social mayor.

Un aspecto que caracteriza al sistema chileno es que no impone el divorcio como vía única y obligatoria para ordenar la realidad que surge de una ruptura, sino que posibilita la subsistencia de la validez del vínculo indisoluble, respecto del cónyuge que decide mantenerse en el estado de separación, contemplado en la ley por medio de la separación judicial.

Divorcio sanción o por culpa: Requisitos legales

La LMC regula el divorcio sanción en el artículo 54, que dispone:

El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

La introducción legal del divorcio sanción, también denominado impropriamente «divorcio por culpa» por parte de la doctrina y alguna legislación nacional posterior a la LMC, ha concitado argumentos en contra y a favor.

En el primer sentido, se ha indicado que es en extremo difícil establecer criterios aceptables de asignación de culpas o responsabilidades en solo uno de los cónyuges, tanto como indicar con precisión cual fue la causa última de una determinada conducta que conduce finalmente a una ruptura; sobre todo si aplicamos una lógica de reacciones sucesivas a un acto del otro cónyuge que es estimada ofensiva o violatoria de la vida conyugal. Cabe señalar que el propio legislador ha incurrido en el error de incorporar el término «culpa» al momento de dictar la Ley 21.367, que «suprime la causal de conducta homosexual en el divorcio por culpa». Por el contrario, en favor de su introducción, se alega su

fuerza moral, pues la denominación preserva el principio de justicia en las relaciones interpersonales que sostiene que el derecho no puede amparar a quien pretende obtener beneficios de su propia culpa.

Con todo, el artículo 54 de la LMC constituye una causal subjetiva genérica cuya procedencia exige el cumplimiento copulativo de los siguientes requisitos:

- Que la falta sea imputable a uno de los cónyuges;
- que se acredite la violación de deberes conyugales; y
- que la convivencia como pareja sea imposible de mantener.

El primer requisito exige acreditar la existencia de una falta imputable a una o uno de los cónyuges, basada en la ocurrencia de ciertos hechos que admiten un juicio de reproche, y para cuya mejor comprensión y concreción la ley señala varios ejemplos orientadores sin carácter taxativo. La falta implica un incumplimiento de los deberes que surgen de la conyugalidad o de la filiación derivado del hecho de que uno de los cónyuges no ajustó su conducta a los parámetros habituales de culpa leve, base que rige las relaciones generales del derecho privado. La constitución del agravio que implica la falta determina que el divorcio por esta causal deba ser demandado por uno de los cónyuges, no procediendo la interposición de una acción conjunta.

El segundo requisito —la violación grave de los deberes y obligaciones matrimoniales que impone el matrimonio legal— comprende, entre otros, la transgresión del deber de fidelidad conyugal y los deberes y obligaciones para con los hijos o hijas, en caso de haberlos, como la obligación de brindar o proveer alimentos. La gravedad de la falta implica que su ocurrencia produce un trastorno apreciable y evidente al interior de la vida conyugal, que impide o dificulta en extremo la posibilidad de una reconciliación efectiva. Las faltas calificadas de leves, que no trascienden más allá de la apreciación del cónyuge, no serían suficientes para calificar como violación grave de los deberes y obligaciones indicados. Es el caso de alegar la infidelidad sobre la base de tratos que denotan preferencia respecto de una compañera o compañero de trabajo por parte de una o uno de los cónyuges, pero que no se extienden a la consumación de relaciones sexuales.

El tercer requisito, la imposibilidad sobreviniente de la vida en común, implica que se ha generado una interrelación personal que impide la convivencia; para su consideración requiere que el o la afectada así



lo señale, pues se trata de un requisito subjetivo, pues el grado de tolerancia que es admisible para el cónyuge afectado no es posible de ser medido y catalogado en su gravedad.

Revisaremos a continuación los ejemplos, no taxativos, que la ley señala, partiendo por una breve referencia a la conducta homosexual, ya derogada como causal fundante del divorcio sanción. En efecto, en la versión original de la LMC se incluyó un precepto que permitía fundar el divorcio sanción en la conducta homosexual de uno de los cónyuges, norma legal solo suprimida en el año 2021.³ Esta norma —sancionatoria en los hechos— fue mayoritariamente rechazada por la doctrina especializada, no solo por la clara y abierta discriminación en perjuicio de una parte de la población y la dificultad práctica de su prueba, sino también porque la causal se constituía por el comportamiento externo objetivo y no por la mera condición o inclinación homosexual; así se desprende de la historia fidedigna de la Ley 19.947. Además, la norma era evidentemente innecesaria desde un punto de vista práctico, ya que la conducta reprochable se encontraba comprendida en el número 2 del artículo 54, al constituir toda relación sexual extramatrimonial una forma de infidelidad.⁴

Dicho lo anterior, las causales indicativas contempladas en la Ley de Matrimonio Civil son las siguientes:

3 Véase la Ley 21.367, que suprime la causal de conducta homosexual en el divorcio por culpa, promulgada el 6 de agosto de 2021 y publicada en el *Diario Oficial* el 16 de agosto de 2021. «Será ley: Cámara baja aprueba iniciativa que elimina la orientación sexual como causal de divorcio culposo», *www.elmostrador.cl*, 29 de julio de 2021, disponible en <https://bit.ly/3qou3Ol>.

4 Véase la sentencia de la Corte Suprema en Recurso de casación en el fondo, 7 de mayo de 2014, rol 7795-2013. En el considerando tercero la Corte dispone: «Que, en lo que concierne a la causal propiamente tal, se debe tener presente que no la conforma la condición o tendencia homosexual; pues, según dan cuenta las actas que recogen el debate al interior de la Comisión de Constitución del Senado, en segundo trámite constitucional, lo que configura es un “comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación homosexual”. La orientación sexual del individuo, esto es, la atracción que tiene como objeto de enamoramiento, predominante o exclusivo, a una persona del mismo sexo, no conforma la causal, por lo tanto, lo que se debe probar es que el cónyuge que se pretende demandar exteriorizó una conducta homosexual, la que puede interpretarse como un conjunto de actos que constituyan habitualidad, por lo que la conducta homosexual puede ser definida como la participación de una persona en actividades sexuales predominante o exclusivamente con miembros de su propio sexo».

a) Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o síquica de la o el cónyuge o de alguno de los hijos o hijas: comprende los actos de violencia ocurridos al interior de la comunidad familiar, respecto de los cuales cabe distinguir el atentado contra la vida del cónyuge, sus hijos o hijas, y la comisión de reiterados maltratos, que cubren desde el intento de homicidio hasta proferir insultos, amenazas o cualquier forma de relación de convivencia desnaturalizada, que produzca un grave daño en la integridad síquica de la otra u otro cónyuge o de sus hijos e hijas.

b) Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio: los actos que constituyen una transgresión grave de los deberes que involucra el matrimonio comprenden, entre otros, el abandono, la infidelidad y la negativa a acompañar al cónyuge en la eventualidad de enfermedad o accidente.

El abandono continuo o reiterado del hogar común es una transgresión grave de los deberes del matrimonio, pues conlleva la ruptura de los deberes de convivencia o cohabitación y socorro. El abandono existe, en el sentido jurídico de la palabra, cuando los hechos que le hayan precedido o que le sucedan, demuestren la clara y firme intención de romper la vida común.

La infidelidad es una transgresión grave a los deberes matrimoniales y se evidencia en la ruptura del compromiso de lealtad sexual asumido por ambos cónyuges al contraer el matrimonio, el que exige mantener relaciones sexuales exclusivas con el otro u otra cónyuge.⁵ Respecto de los actos que constituyen infidelidad, consideramos que la base objetiva

⁵ La prueba de la infidelidad es en extremo difícil, ya que tal como lo destaca Hunter, en todo conflicto familiar existirán siempre dos versiones de los hechos. El proceso judicial, según destaca este autor, «debe servir de instrumento para la reconstrucción de los hechos que constituyen el objeto de la prueba, única forma de propender a la justicia de la decisión en una tradición racionalista de la prueba», que en el caso de la infidelidad en un juicio de derecho de familia, constituirá «una razón suficiente no solo para poner término al matrimonio (cuando haga intolerable la vida en común) sino además para privar o disminuir al cónyuge de una eventual compensación económica» (2015: 84 y 85). Para un análisis en profundidad de estas dificultades probatorias en la infidelidad, véase Hunter Ampuero, 2015: 83-108. Sobre la materia probatoria, considérese la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica en materia de familia, considerando los principios de la lógica y las máximas de experiencia, en Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 31 de julio de 2015, rol 285-2015, considerando octavo.

que se debe considerar es la consumación de relaciones sexuales por parte de un cónyuge o una cónyuge con una persona ajena a la pareja conyugal. La inclusión de otras acciones tiende a considerar como aspecto enjuiciable a los sentimientos y afectos alojados en la intimidad absoluta de las personas y, desde un punto de vista práctico, estos se encuentran en el terreno de la máxima subjetividad y, por consiguiente, son de difícil prueba.⁶

c) 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: comprendiendo la participación del cónyuge demandado como autor, cómplice o encubridor en los delitos de homicidio, lesiones, abandono de niños y personas desvalidas y violación, entre otros. Debe involucrar una grave ruptura de la armonía conyugal.

d) Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos o hijas: esta causal es muy discutible, especialmente por el prejuicio de la relación vinculante culpable o dolosa del cónyuge con las sustancias indicadas. La adicción a las drogas, o el alcoholismo, son patologías y, en tal sentido, la o el cónyuge que abandona bien podría a su vez ser requerido como infractor del deber de ayuda y socorro en estado de necesidad. Por tal motivo, la interpretación correcta debe entender a la causal como haciendo referencia a aquellos casos en que la situación se convierte en una carga personal que la ley estima excesiva para una persona normal.

⁶ Sin embargo, existen pronunciamientos judiciales en dicho sentido: «Que el incumplimiento del deber de fidelidad del otro cónyuge, como causal de divorcio, se configura con la acreditación de la concurrencia de situaciones que demuestren no solo la ruptura del compromiso de lealdad sexual que implica el matrimonio, situación que coincide con la definición de adulterio que entrega el artículo 132 del Código Civil antes citado, que los confina a la existencia de trato carnal de uno de los cónyuges por un tercero, sino también cualquier otro hecho que implique una relación que no guarde los límites de lo común o habitual con alguien ajeno al vínculo matrimonial, que dé cuenta de una proximidad sentimental impropia al deber matrimonial de guardarse fe entre los cónyuges. Tal perfil reúne indubitablemente la relación sentimental que la propia demandada reconoce mantener con un tercero de desde fines de 2012, según se establece en el fallo recurrido». Véase Sentencia de la Corte Suprema en Recurso de Casación en el Fondo (acogido), rol 1552-2016, 15 de julio de 2016, considerando undécimo.

e) *Tentativa para prostituir al cónyuge o a los hijos e hijas*: incluye aquellos casos en que se ha comprobado el intento o tentativa de corromper al cónyuge, sus hijos o hijas, sean naturales, adoptados o descendiente de cualquiera de los cónyuges, induciéndoles a que se dediquen a la prostitución o al comercio sexual. Comprende todo acto conducente a exponer o entregar a la persona para la pública comisión de actos deshonestos, aunque no implique pago o remuneración, y se entiende como una violación del deber de velar por el interés superior de los hijos e hijas y del deber de respeto y protección recíproca entre las y los cónyuges.

Divorcio por cese de la convivencia

Recogido en el artículo 55 de la LMC, se basa en la consideración de una causa objetiva y acreditable basada en el cese de la convivencia durante un determinado lapso, aceptando al divorcio como el remedio de una situación insostenible para la pareja y desechando el supuesto de culpabilidad conyugal que inspira al divorcio sanción. En otras palabras, el divorcio por cese de la convivencia aplica cuando existe una perturbación grave de las relaciones matrimoniales —derivada o no de la culpa de las o los cónyuges— que torna difícil o sin objeto la comunidad matrimonial y tiene como finalidad remediar la imposibilidad de la vida en común y no la imputación de culpa en tal suceso a uno o ambos cónyuges.

Asimismo, constituye una aplicación del principio contractual al matrimonio, entendiendo que, si dos personas deciden unirse mediante un contrato matrimonial, bien pueden también decidir cesar los efectos de dicho vínculo contractual del mismo modo en que se le dio origen: por el consentimiento de ambos cónyuges. Sin perjuicio de esto, debe enfatizarse que la causal de divorcio no es el mutuo acuerdo de las partes, sino el cese de la convivencia. De esta manera, la conformidad que manifiestan los cónyuges tiene el sentido y propósito de declarar haber cesado la convivencia, deberán necesariamente justificar que tal cese de convivencia efectivamente ha ocurrido, por los medios que el legislador ha establecido y que ya hemos tratado en un apartado precedente con ocasión del momento crítico del estado matrimonial.⁷

⁷ Véase Sentencia de la Corte Suprema, rol 7964-2010, de 20 de enero de 2011. La sentencia indicada, en su considerando primero, expresa: «Se confunde la naturaleza jurídica del divorcio con los requisitos que se exige para solicitarlo. Explica que el

El fundamento de la inclusión de esta modalidad en la LMC radica en la voluntad del legislador de dar solución al problema social derivado del conflicto grave e irreversible de una pareja, admitiendo como un hecho público que se ha producido la ruptura definitiva del vínculo conyugal y que las causas que originaron o motivaron la decisión de suspender o terminar irreversiblemente la vida en común corresponden a la esfera de la intimidad de ambos integrantes de la pareja, no siendo procedente que el Estado las determine e impute a ninguno de los cónyuges.

Se diferencia del divorcio sanción en que no tiene en cuenta la eventual existencia de una o un cónyuge infractor, sin perjuicio de que deberá probarse el cese de la convivencia, pues, como se ha dicho, no basta la voluntad de las o los cónyuges. La causal de cese de convivencia puede ser alegada de común acuerdo por las o los cónyuges, en cuyo caso se exige el transcurso de un lapso mayor a un año, acompañado de un acuerdo completo y suficiente sobre el régimen de vida futura de la pareja y su familia, en los términos ya vistos en el precedente apartado sobre la separación conyugal.

En caso de que solo una o uno de los cónyuges quiera solicitar el divorcio basado en el cese de la convivencia, se deberá acreditar el transcurso de tres años contados desde dicho cese. Al igual que cuando existe mutuo consentimiento, el cese de la convivencia es la causa objetiva sobre la cual se sustenta la demanda de divorcio. Se diferencia en que solo un cónyuge desea poner término al matrimonio, no pudiendo la otra u otro impedir que se declare, sin perjuicio de la excepción contenida en el artículo 55 inciso tercero de la LMC.

Por tanto, las diferencias del divorcio unilateral respecto del divorcio por mutuo consentimiento son: i) la extensión del periodo de separación o cese efectivo de la convivencia por un lapso superior a los tres años, ii) que no se exige el acuerdo de las o los dos cónyuges y, iii) que se reconoce a la jueza o juez la facultad para negar el divorcio sí, durante el cese de la convivencia, la persona requirente ha incumplido su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos o hijas comunes, pudiendo haberla cumplido.

mal llamado divorcio de común acuerdo no responde en cuanto a su fundamento a la sola voluntad de las partes, sino que principalmente a la acreditación del tiempo requerido del cese de la convivencia».



Respecto del cese de la convivencia rigen los mismos requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento y para el divorcio por voluntad unilateral, es decir, se deberá acreditar que ha cesado su convivencia por los medios descritos en los artículos 22 y 25 de la LMC.⁸ La reanudación de la vida en común de las o los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refieren estos artículos.

Cláusula de dureza restringida contenida en la Ley de Matrimonio Civil

La cláusula de dureza es un criterio restrictivo aplicado al derecho a demandar el divorcio en la modalidad unilateral, atendiendo a razones de equidad o del mejor interés social. En términos generales, en la experiencia comparada y en la doctrina esta cláusula se traduce en la facultad del juez o la jueza de postergar o negar el divorcio, cuando su declaración pueda ocasionar un perjuicio grave al cónyuge demandado unilateralmente de divorcio. Entre las causas que posibilitan esta facultad denegatoria se encuentran la precariedad de los medios disponibles para la subsistencia económica de los hijos, hijas o del cónyuge luego del divorcio, y el temor fundado de que una enfermedad en estado terminal se agrave por la demanda de divorcio, siempre que exista una relación de causalidad con el hecho del divorcio.⁹

La LMC de 2004 introdujo una variante muy moderada de esta norma de rigor, fundada en razones de equidad social y con el fin de aminsonar los efectos en las personas más vulnerables de la familia afectada por un quiebre o ruptura matrimonial. Tal es el caso contemplado en el artículo 55 inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil chilena, que reconoce al juez o jueza la posibilidad de negar la solicitud de divorcio

8 Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley no tendrán limitaciones en los medios de prueba necesarios para acreditarlo, pudiendo recurrir a los medios tradicionales, como la prueba testimonial y documental, siempre que ellos permitan al juez o jueza formarse plena convicción sobre el hecho y se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas de la notificación de la demanda en una causa por alimentos que se deban, bienes familiares, cuidado personal o en cualquier procedimiento destinado a reglar las relaciones mutuas entre cónyuges o entre estos y sus hijos o hijas.

9 Esta limitación al régimen de divorcio está presente en leyes civiles contemporáneas, como el Código Civil alemán y el francés.



por estimar que el demandante no ha cumplido fielmente con sus obligaciones familiares legales, pudiendo hacerlo.

Respecto de la procedencia de la cláusula de dureza, dispone el artículo 55 inciso tercero:

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

Por tanto, se alude al incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del titular de la acción de divorcio, exigiendo: i) que se trate de una demanda de divorcio por cese de la convivencia unilateralmente solicitada;¹⁰ ii) que sea precedida de una solicitud de parte (el juez o la jueza no puede actuar de oficio en esta materia); iii) que se acredite que la o el demandante no ha dado cumplimiento a la obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado o de los hijos e hijas comunes; iv) que se acredite que tal incumplimiento de la obligación alimentaria ha tenido lugar pudiendo el demandado cumplirla; v) que conste que el incumplimiento de la obligación no ha sido excepcional sino reiterado; vi) que se produjo durante el cese de la convivencia;¹¹ y, vii) que el tribunal verifique el incumplimiento de la obligación, con las características señaladas, procediendo a abrir un término probatorio que permita acreditar la ocurrencia efectiva de los hechos alegados en el juicio. Cabe señalar que la Corte Suprema ha resuelto que no aplica la cláusula de dureza cuando el incumplimiento de la obligación alimenticia ha ocurrido antes de la entrada en vigencia de la ley que establece la indicada sanción, esto es, la LMC de 2004.¹²

¹⁰ Procede, por tanto, el rechazo judicial cuando se trate de una demanda de divorcio por mutuo consentimiento o por falta imputable al otro u otra cónyuge.

¹¹ Si se produjo durante el periodo de convivencia conyugal, no procede alegarlo con posterioridad.

¹² La sentencia dispone, en lo pertinente, lo siguiente: «Que, por lo demás respecto a la cláusula de dureza, esta Corte ha resuelto que el artículo 55 inciso tercero de la Ley 19.947, al negar la acción de divorcio al cónyuge que no ha cumplido en forma reiterada con su obligación alimenticia, le está imponiendo una sanción que de conformidad al artículo 9 del Código Civil, no puede tener aplicación cuando el incumplimiento ha ocurrido antes de la entrada en vigencia de la ley que establece

Efectos de la sentencia de divorcio

El efecto más importante del divorcio es poner término al vínculo jurídico que ha unido a las o los cónyuges desde la celebración del matrimonio.

En general, el régimen de los efectos está contenido en los artículos 59 y 60 de la LMC, en concordancia con lo prescrito en el artículo 53 de la misma ley. Además, se deben considerar las normas pertinentes del Código Civil y las disposiciones legales que conforman el derecho de familia. Los efectos jurídicos tendrán lugar a contar del momento en que quede firme la sentencia, sin perjuicio de lo cual la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados una vez se realice la subinscripción de la sentencia ejecutoriada al margen de la respectiva inscripción matrimonial (artículo 59, inciso segundo, Ley 19.947). Los efectos de la sentencia de divorcio son:

- ***Término del matrimonio válidamente celebrado:*** El artículo 42 número 4 de la LMC dispone que por la sentencia de divorcio termina el matrimonio válidamente celebrado y, en consecuencia, cesan las obligaciones y derechos que les eran aplicables a los cónyuges según lo dispuesto en el título VI del Código Civil, en especial los artículos 131 a 140. Subsiste algún debate sobre la situación de los bienes familiares, cuya desafectación podrá solicitar la o el ex-cónyuge propietario en conformidad a lo dispuesto en el artículo 145 inciso tercero del Código Civil.
- ***Fin de las obligaciones y derechos patrimoniales basados en el matrimonio:*** El divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se basa en la existencia del matrimonio, según dispone el artículo 60 de la LMC. Por tanto, concluye definitivamente el régimen económico del matrimonio si se mantenía vigente, terminando el régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales. El efecto extintivo de derechos y obligaciones de carácter patrimonial entre las o los

la sanción (rol 996-2006). Ello por cuanto no es posible sancionar con una pena, civil o penal, por una conducta que al momento en que se desarrolló no se encontraba penada, ya que se atentaría gravemente contra el principio de la seguridad jurídica que los tribunales deben cautelar». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, recurrida de apelación y confirmada, 15 de enero de 2015, rol 314-2015, considerando octavo.

cónyuges es más restrictivo que lo dispuesto por el artículo 60, toda vez que excluye los efectos propios del régimen patrimonial del matrimonio y no incluye aquellos derivados antes o durante el matrimonio en que la calidad de cónyuges haya sido esencial para la celebración del contrato, salvo que las partes lo hayan previsto de modo expreso. Lo anterior determina la primacía del principio de subsistencia de los derechos accesorios de contenido patrimonial entre las o los cónyuges, cualquiera sea su origen, pudiendo exigirse en forma paralela a la compensación económica, salvo que se acuerde en contrario por las partes.

- **Fin de derechos sucesorios:** Termina el derecho que tienen las o los cónyuges a sucederse en forma recíproca.
- **Fin de la obligación alimenticia:** Efecto explícitamente indicado en el artículo 60 de la LMC.
- **Revocación de donaciones por causa del matrimonio:** El artículo 1790 del Código Civil, en su inciso segundo, dispone que se autoriza la revocación de «todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa verificada la condición señalada en el inciso precedente, esto es, que de la donación y de su causa haya constancia en escritura pública».
- **Inalterabilidad de la filiación ya determinada:** Según dispone el artículo 53 de la LMC, no se afecta en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella, manteniendo plenamente su vigencia las leyes referidas a la materia, como las referidas a los derechos y obligaciones entre los padres y sus hijos e hijas contenidas en el título IX del libro I del Código Civil y demás normas complementarias.
- **Nuevo estado civil:** En materia de estado civil, la LMC creó el nuevo estado civil de divorciado. Para oponerlo a terceros es necesaria la subinscripción de la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio, situación excepcional contemplada en el artículo 59 inciso segundo de la LMC.¹³

13 La norma dispone: «La sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial», luego de lo cual será oponible a terceros. En especial, debe destacarse que a partir del momento



- **Eventual procedencia de reparaciones civiles:** Respecto de los casos comprendidos en el artículo 54 de la LMC, se discute en doctrina la posibilidad de demandar reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales, vale decir, reclamar judicialmente por los perjuicios que la terminación del matrimonio por divorcio culposo ha ocasionado al cónyuge que de buena fe ha cumplido cabalmente con los deberes matrimoniales y que se ve injustamente afectado por la actuación reprochable de su pareja.
- **Irretroactividad:** Los preceptos de la Ley de Matrimonio Civil carecen de aplicación retroactiva atendiendo lo dispuesto en el principio general del artículo 9 del Código Civil. Por lo tanto, no es posible obtener el cumplimiento de un fallo de divorcio emitido en el extranjero antes de la entrada en vigor de la LMC, por ser contrario a las leyes chilenas vigentes al momento de su dictación.
- **Intangibilidad de los matrimonios religiosos:** La ley no se pronuncia respecto de la eventual disolución del vínculo de carácter religioso que se hubiera constituido válidamente de acuerdo con las normas de derecho eclesiástico particular de una determinada entidad religiosa, cuando se hubiere cumplido con lo dispuesto en las normas contenidas en el artículo 20 de la Ley 19.947 y su reglamento. En particular, el vínculo canónico se mantiene incólume, pues el pronunciamiento judicial es referido al matrimonio civil y solo a los efectos civiles del matrimonio religioso, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 20, que dispone: «Los efectos del matrimonio así inscrito se regirán, en todo, por lo prescrito en esta ley y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia». Por tanto, tratándose de matrimonios religiosos en los cuales recae una sentencia de divorcio, se entenderá que esta dispone la cesación de los efectos civiles, sin tocar el significado religioso que este posee.

en que se practique la subinscripción y así conste, las o los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados, pudiendo volver a contraer matrimonio si así lo desean.

Disolución del matrimonio por voluntad del cónyuge de quien ha obtenido rectificación de partida de nacimiento por razones de identidad de género

Dispone el numeral 5 del artículo 42 de la LMC que el matrimonio termina por voluntad de la o el cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación de la Ley 21.120, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de dicho cuerpo legal. Al respecto, cabe recordar que la Ley 21.400 de 2021 introdujo un nuevo título IV bis a la Ley 21.120 denominado «De la solicitud de disolución del vínculo matrimonial», reemplazando los artículos 18 y 19 de esta última ley.

Un aspecto distintivo de este cambio normativo es que la disolución del matrimonio no se produce como un efecto legal necesario de la sentencia judicial o de la resolución administrativa que acoge la solicitud de rectificación del sexo y nombre con que una persona casada aparece individualizada en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género.¹⁴ Para que el término del matrimonio se produzca es necesario que así lo solicite el o la cónyuge de la persona que ha obtenido la rectificación concurriendo al tribunal con competencia en materias de familia correspondiente al domicilio de cualquiera de las o los cónyuges.

La solicitud se podrá formular dentro del plazo de seis meses contado desde la información de la resolución administrativa del Servicio de Registro Civil e Identificación que acoge la solicitud de rectificación de una persona con vínculo matrimonial vigente.¹⁵

La solicitud de disolución del matrimonio se tramita conforme al procedimiento ordinario del título III de la Ley de Tribunales de Familia. Recibida la solicitud, el juez o la jueza la admitirá a tramitación y citará a las o los cónyuges a audiencia preparatoria de juicio. La sentencia definitiva se dictará con el solo mérito de la solicitud, y procede en el mismo

¹⁴ La Ley 21.120 de 2018 originalmente consideraba como causal directa de término del matrimonio la sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género, de modo coherente con la inexistencia de los matrimonios de personas del mismo sexo, lo que cambió a partir de la Ley 21.400.

¹⁵ Desde la entrada en vigor de la Ley 21.515 de 2022 el procedimiento de la Ley 21.120 para mayores de edad siempre es administrativo, estén o no casados; se reserva el procedimiento judicial para menores de edad, que no pueden estar casados conforme a la incapacidad de minoría de edad que genera la Ley 21.515.



acto a declarar la terminación del matrimonio en virtud de la causal del numeral 5 del artículo 42 de la LMC, entendiéndose a quienes comparecen como divorciados o divorciadas para todos los efectos legales.

Del hecho de que la judicatura se pronuncia con el solo mérito de la solicitud de disolución, cabe colegir que el objetivo de la audiencia preparatoria no es la discusión de tal solicitud, sino de los efectos del término del matrimonio. Lo anterior se ve avalado por la propia ley en cuanto señala que, en la sentencia, el juez o la jueza debe regular los efectos de la terminación del matrimonio y resolver cualquier otra materia que se hubiere ventilado en el procedimiento. Dentro de estas materias puede corresponder al tribunal pronunciarse sobre la procedencia, monto y forma de pago de la compensación económica que uno de los o las cónyuges demande.

La demanda de compensación —y el pronunciamiento judicial al respecto— se rige por las normas del párrafo 1.º del capítulo VII de la LMC, artículos 61 y siguientes, y las del párrafo 4.º del título III de la Ley 19.968. También habría que entender que el tribunal debe resolver lo pertinente respecto a la situación personal y patrimonial de los hijos o hijas comunes menores de edad que las o los comparecientes tengan.

Los efectos personales y patrimoniales derivados de la terminación del matrimonio regulados en la sentencia definitiva podrán ser impugnados de acuerdo con el régimen de recursos aplicable a los asuntos contenciosos en materias de familia.

La compensación económica

Introducción

Uno de los problemas que han debido enfrentar las legislaciones que regulan el divorcio es el del *mantenimiento posdivorcio*, intentando evitar la pobreza que muchas veces se produce respecto de las o los excónyuges y de los hijos o hijas que tengan en común. En su origen, la solución en las sociedades europeas para los matrimonios heteronormados va desde la imposición de sistemas de comunidad de bienes que básicamente evitan la dependencia de las mujeres respecto de sus anteriores maridos; la regulación de pensiones compensatorias (con fundamento puramente indemnizatorio o de persistencia de la solidaridad entre excónyuges); hasta el principio de que después del divorcio cada cónyuge



será responsable de su propio mantenimiento o principio de la autorresponsabilidad (Roca Trías, 2006: 17-18).

La solidaridad familiar que funcionaba vigente el matrimonio —y que justificaba legalmente, entre otros, el deber de socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida y el respeto y protección recíprocos— cesa con el divorcio. De estos deberes se derivaba una obligación alimenticia, que por tratarse de una obligación de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, termina con el divorcio, del mismo modo que se pierde la vocación hereditaria (artículo 6o de la LMC).

La LMC reguló, como un efecto o consecuencia posible del divorcio, el nacimiento del derecho a una compensación para quien ha sufrido un menoscabo económico producido por causas jurídicamente relevantes. La corrección del desmedro económico no opera a todo evento o por la sola razón de haber existido un matrimonio, sino solo si se dan, respecto de alguna o alguno de los cónyuges, las circunstancias especiales que la ley establece. No es el divorcio en sí mismo lo que es indemnizable o respecto del cual se pide una reparación, pues el divorcio es una institución lícita permitida y reglamentada en la ley.¹⁶

Su procedencia es independiente del régimen de bienes que hubiera operado vigente el matrimonio y de la situación socioeconómica de entrada al mismo.¹⁷ A diferencia de otros efectos del divorcio, que pueden tener carácter previo o provisional, la compensación tiene siempre ca-

16 La doctrina que distingue entre los daños que produce el divorcio en sí mismo y los daños que se producen con ocasión de los hechos que dan lugar al divorcio (por ejemplo, el incumplimiento de deberes conyugales) estima que los primeros no pueden ni deben ser indemnizados, ya que no existe la antijuridicidad del hecho, al ser el divorcio una solución que la ley suministra ante la ruptura del matrimonio; en consecuencia, no puede ser considerado una fuente generadora de daño (Herane Vives, 2006). Volviendo sobre la compensación económica, resulta que ninguno de los daños referidos puede ser indemnizado por medio de ella, pues su finalidad es diversa y su fuente específica.

17 Veloso Valenzuela (2006) ilustra sobre opiniones vertidas en la discusión parlamentaria en orden a la improcedencia de la compensación económica en caso de haber existido entre los cónyuges régimen de sociedad conyugal, lo que finalmente no prosperó por los distintos objetivos que persiguen dichas instituciones. En efecto, la distribución de gananciales al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal disuelta cumpliría el propósito de compartir los ingresos generados en el pasado; la compensación económica, en cambio, pretende relaciones equitativas hacia el futuro, aun cuando para ello debe mirar hacia atrás.



rácter definitivo, esto es, solo procede en virtud del divorcio declarado judicialmente, debiendo constar en la sentencia respectiva, constituyendo una prestación posmatrimonial, un paliativo frente al problema del menoscabo económico. Desde su fijación, constituye para la o el beneficiario un crédito personalísimo.

El fundamento central de la compensación económica en la LMC pareciera ser el carácter resarcitorio de perjuicios patrimoniales ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos o hijas y a las labores del hogar común durante el matrimonio. Estos perjuicios se manifestarían, por un lado, en pérdidas económicas derivadas de no haber podido una o uno de los cónyuges dedicarse a una actividad remunerada o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería durante el matrimonio y, por otro, en el coste de oportunidad laboral, referido a las oportunidades económicas futuras de aquel o aquella cónyuge.¹⁸ Su objetivo no es una igualdad ideal o asegurar un *modus vivendi* a perpetuidad ni menos una indemnización por la pérdida de la convivencia. Su naturaleza es meramente compensatoria, ligada al dato objetivo de la existencia de un menoscabo económico producido por causas legales específicas.

Conviene precisar que, si bien la compensación económica se estudia como el efecto patrimonial más importante del divorcio, no es una institución cuya procedencia se restrinja solo a esa hipótesis. La LMC también la contempla para el caso de nulidad de matrimonio; además de considerarse su eventual procedencia tanto en la Ley 20.830 como en la Ley 21.120, las cuales se remiten a la LMC en cuanto a la regulación (**tabla 1**).

Tabla 1. Síntesis de situaciones en que es procedente la demanda de compensación económica

Cuerpo legal	Situación y norma
Ley de Matrimonio Civil	Artículo 61 de la Ley 19.947: Nulidad del matrimonio Divorcio
Ley de Acuerdo de Unión Civil	Artículo 27 de la Ley 20.830: Término del acuerdo por mutuo acuerdo Término del acuerdo por voluntad unilateral Nulidad del acuerdo
Ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género	Artículo 19 de la Ley 21.120: Cuando se solicita la disolución del vínculo matrimonial por la o el cónyuge de la persona que obtuvo la rectificación de sexo y nombre registral por razones de identidad de género.

Fuente: Elaboración propia.

¹⁸ En este sentido, véase la sentencia de la Corte Suprema, 2 de julio de 2008, rol 3506-2008.

Concepto

La compensación económica es:

El derecho de familia que asiste al cónyuge que durante el matrimonio ha sufrido un menoscabo económico al no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, para exigir del otro, al tiempo de la nulidad o divorcio, una prestación económica que corrija su carencia (Acuña San Martín, 2019: 318 y 319).

Es un derecho de familia, para la o el cónyuge económicamente más débil al tiempo del término del matrimonio, que procede por la concurrencia de los presupuestos legales; es excepcional, de cargo de la otra u otro cónyuge,¹⁹ y su objetivo es corregir la carencia económica de aquel o aquella. Solo puede ser procedente en caso de nulidad o divorcio.²⁰ Además, requiere para su configuración de una rigurosa concatenación de presupuestos cuya concurrencia debe aparecer probada en el proceso.

Fijada la compensación económica por sentencia judicial o acuerdo de las partes aprobado por el tribunal, nace el derecho personal —o de crédito— para la o el cónyuge más débil, que le otorga el poder o facultad de exigir su satisfacción. Antes de su determinación, la o el cónyuge más débil solo tiene una mera expectativa en relación con tal derecho.

La expresión *compensación económica* también se emplea por el legislador para referirse a la suma de dinero o prestación que se reconoce a título de compensación.

¹⁹ La eventualidad de verse afecto al pago de una compensación por desequilibrio o compensación económica desproporcionada puede constituir un incentivo para no divorciarse, incluso para no contraer matrimonio. Lo propio puede ocurrir respecto del acuerdo de unión civil, pues procede la compensación de acuerdo al artículo 27 de la Ley 20.830.

²⁰ También puede proceder en el caso de término del matrimonio conforme al artículo 19 de la Ley 21.120. Respecto del AUC puede proceder cuando este ha terminado por mutuo acuerdo, declaración unilateral de voluntad o declaración de nulidad.

Naturaleza jurídica

La compensación no tiene carácter alimenticio ni carácter indemnizatorio vinculado a la causa del divorcio;²¹ tampoco es un mecanismo resarcitorio de la responsabilidad civil contractual o extracontractual y, por lo mismo, es compatible con una eventual responsabilidad civil.²² Se trata de un derecho que establece un medio de corrección del desmedro económico, de resarcimiento del menoscabo, que tiene configuración propia fijada por ley.

Su fundamento es el principio de equidad, que impide a quienes alguna vez formaron una comunidad de vida —que quizás dio nacimiento a nuevos integrantes— aparecer luego del divorcio como dos personas extrañas (Céspedes y Vargas, 2008: 452). Se trata de reparar el menoscabo o desmedro económico sufrido por uno de los cónyuges, que se ha producido por circunstancias matrimoniales específicas, y que puede externamente quedar de manifiesto o ser más evidente al observar un desequilibrio o disparidad entre las partes, pero este desequilibrio no es su fundamento ni su causa inmediata. La corrección permite que las o los cónyuges puedan enfrentar la situación futura e individual; de esta manera, se protege al que tiene la condición de «más débil».

Conforme a su naturaleza, la compensación económica no está destinada a indemnizar cualquier daño económico entre las o los cónyuges:

Que la compensación económica reconoce como fundamentos el desequilibrio económico entre los cónyuges, causado por la terminación del matrimonio y la necesidad o carencia de medios de uno de ellos

21 Así lo ha precisado la jurisprudencia: «No es la compensación económica una institución creada para reparar este tipo de perjuicio y puede la actora, si así lo estima, perseguir la responsabilidad del demandado de acuerdo a las normas generales del Código Civil, en la sede y de acuerdo al procedimiento correspondientes, pero lo que no puede pretender es que el supuesto perjuicio que le habrían irrogado los malos tratos del demandado le sean indemnizados por la vía del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 2010, rol 890-2010.

22 En ese sentido Vidal Olivares (2009b: 18-20). Por su parte, Corral Talciani (2007: 25 y 26) precisa que la compensación no tiene naturaleza alimenticia o asistencial y que tampoco es una manifestación del enriquecimiento sin causa o una forma de responsabilidad civil contractual objetiva por lucro cesante o pérdida de una chance; en definitiva, se adscribe dentro de las indemnizaciones por sacrificio, esto es, un supuesto de indemnización por afectación autorizada de derechos ajenos.

para asegurar su subsistencia futura y el trabajo realizado por ellos en pro de la familia. Sin embargo, la misma no puede hacerse extensiva a la indemnización por daños económicos ocasionados durante el matrimonio, al no haber sido prevista esta institución en dichos términos por el legislador, según se aprecia del claro tenor del artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil, el que circunscribe la procedencia de este derecho al menoscabo económico sufrido a causa de no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, como consecuencia de su dedicación al cuidado de los hijos y/o del hogar común.²³

Resalta la idea de la dedicación de una o uno de los cónyuges al proyecto de vida que fue común y que estimaba durable, de modo que hay una suerte de legitimidad de la protección del sacrificio y de esa perspectiva de continuidad que el cónyuge consideró tan valiosa que ameritó su postergación personal a favor de la familia, beneficiando al otro u otra cónyuge. En opinión de la Corte Suprema, lo que justifica este resarcimiento de orden económico es la actitud que algún cónyuge adoptó en pro de la familia y la consecuente postergación personal.²⁴

Se ha propuesto un fundamento doble: el empobrecimiento de una o uno de los cónyuges por no haber podido desarrollar en forma plena una actividad remunerada al haberse dedicado a la familia y que lo deja en un plano de desigualdad para rehacer la vida futura separada, revelándose ante la sociedad y el derecho como la o el cónyuge más débil; y, por otro, la protección de la confianza de aquel cónyuge respecto de una comunidad estimada para toda la vida y que justificó su sacrificio (Vidal Olivares, 2009: 22 y ss.).

En definitiva, el derecho a la compensación de la o el cónyuge más débil se explica, en primer término, en la desigualdad manifestada en el menoscabo, en el empobrecimiento y, luego, en el sacrificio personal en provecho de la comunidad matrimonial de la cual formó parte. En efecto, el menoscabo económico y la dedicación de uno de los cónyuges a las tareas del hogar o al cuidado de sus hijos o hijas, así como la imposibilidad de trabajo pleno en igual periodo —elementos legales de la configuración de la compensación—, son las cuestiones que deben ser probadas para la admisión del derecho.

23 Sentencia de la Corte Suprema, 28 de enero de 2011, rol 7636-2010.

24 Sentencia de la Corte Suprema, 5 de marzo de 2019, rol 20326-2018.



Una vez establecida la compensación, surge para el cónyuge deudor una obligación de contenido patrimonial, impuesta por ley, concedida en los eventos previstos por ella y que se funda en la equidad (Céspedes y Vargas, 2008: 451). Debe pagar la compensación porque ha resultado en cierta medida beneficiado durante el matrimonio, esa dedicación del otro cónyuge le ha permitido desarrollarse profesionalmente y lograr una mejor posición económica.

Estos mismos fundamentos permiten entender por qué, en caso de separación de hecho o judicial, no se da lugar a la compensación económica. Si bien la confianza en la continuidad de la comunidad de vida se ve igualmente afectada y se puede generar a propósito de la vida separada probablemente un menoscabo o un empobrecimiento, la diferencia radical está en que el mantenimiento del vínculo conyugal no hace desaparecer las expectativas que genera el matrimonio y ambos cónyuges mantienen los deberes de socorro recíproco; se siguen devengando alimentos entre ellos o ellas, se pueden afectar bienes familiares respecto del inmueble que sigue sirviendo de residencia principal de la familia y siguen conservando la vocación hereditaria.

Configuración legal

El artículo 61 de la LMC establece:

Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa.

A partir de ahí, el menoscabo económico, la imposibilidad de desarrollo en plenitud de alguna actividad lucrativa o remunerada y la dedicación al cuidado de los hijos e hijas o del hogar común (trabajo doméstico) conforman una red de condicionantes de concurrencia necesaria para hacer operativo el derecho, tal como lo muestra la **figura 1** (Acuña San Martín, 2019: 330 y ss.). La compensación económica es una



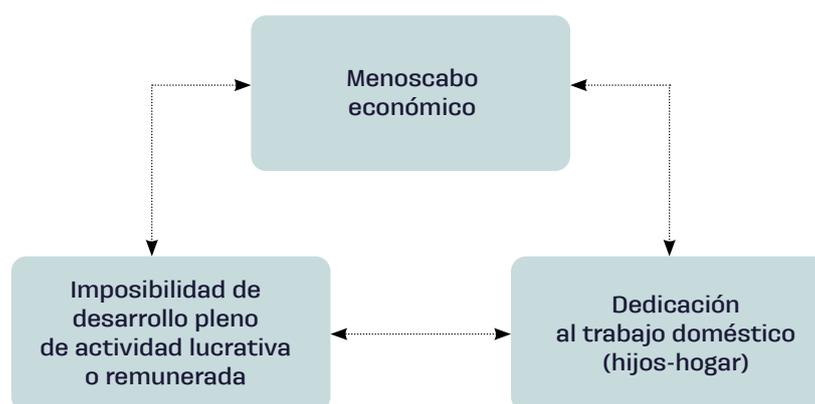


Figura 1. Red causal de condicionantes para la procedencia de la compensación económica. Fuente: Elaboración propia.

institución de derecho estricto, que solo procede cuando concurren los presupuestos legales.

Quien demanda la compensación deberá probar la concurrencia de los antecedentes fácticos que la hacen procedente de acuerdo con esta configuración. El proceso de divorcio o de nulidad de matrimonio representan la condición objetiva inicial u oportunidad para solicitar la compensación.

El menoscabo económico

El requisito esencial del derecho —y presupuesto esencial de la acción— es el menoscabo económico de un cónyuge.²⁵ No es el divorcio el que genera el menoscabo, este se ha producido con anterioridad, durante la convivencia conyugal y consiste en no haber podido realizar actividades que generan ingresos en ese periodo (por las razones y en los términos legales); el divorcio solo lo hace visible.²⁶

²⁵ En este sentido: «Fluye como requisito esencial para la procedencia de la compensación económica, la existencia de menoscabo en el cónyuge que la solicita, entendido este como el efecto patrimonial negativo que se produce en aquella de las partes que no pudo trabajar o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, por dedicarse a la familia. Así, este presupuesto aparece ligado al empobrecimiento de uno de los cónyuges, a consecuencia de las circunstancias antes descritas y que se manifiestan al concluir el vínculo matrimonial». Sentencia de la Corte Suprema, 10 de septiembre de 2013, rol 3521-2013.

²⁶ En el ordenamiento argentino la situación es diversa; se entiende que el divorcio es la causa del desequilibrio: «El cónyuge a quien el divorcio produce un

En la Ley de Matrimonio Civil, el proceso de divorcio se constituye en el factor habilitante para el ejercicio de la acción de compensación cuando durante el matrimonio se hubiere generado el menoscabo referido en la ley. Las circunstancias económicas sobrevenidas o las variaciones posteriores en la fortuna de las o los excónyuges no dan derecho a la compensación si no lo hubo antes, al tiempo de decretarse el divorcio; más aún, no procederá tampoco compensación aun cuando el menoscabo económico existiera al tiempo de la ruptura si no es solicitada y se resuelve sobre ella en la sentencia de divorcio, por operar la preclusión procesal del derecho.

El menoscabo económico es un efecto patrimonial que consiste en un empobrecimiento, en una pérdida que se produce durante el matrimonio por las circunstancias domésticas descritas en la ley, pero que se manifiesta o se visibiliza al tiempo del divorcio (antes permanece oculto y contenido).²⁷ En términos prácticos, se traduce en dos hechos: la carencia de medios para hacer frente al mantenimiento de una vida futura separada, y la disparidad económica entre su situación al término del matrimonio, y su situación antecedente.

En 2016, la Corte Suprema rechazó un recurso en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones que había confirmado la decisión del Tribunal de Familia en orden a acoger la acción de divorcio y rechazar la reconventional de compensación económica, en razón de que la recurrente no sufrió menoscabo económico y reafirmó que:

No es función de la compensación económica garantizarle el mismo estándar de vida que tenía cuando estaba en convivencia matrimonial, puesto que lo que se persigue con dicho instituto es proveer al cónyuge débil de una base económica para iniciar una vida separada y futura autónoma, cuestión que en este caso no se hace necesario por cuanto dicha base económica la demandante de compensación, ya la posee.²⁸

Tal menoscabo debe ser real y objetivo y, por tanto, como cualquier cuestión de hecho, deberá ser probado en el juicio por la parte que lo

desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación» (artículo 441 Código Civil y Comercial argentino).

27 Una alusión sintética a las cinco principales posiciones sobre el significado de menoscabo económico se ofrece en Vidal Olivares (2008).

28 Sentencia de la Corte Suprema, 23 de junio de 2016, rol 32970-2016.



alega.

La imposibilidad de desarrollo de actividad lucrativa o remunerada

El artículo 61 de la LMC requiere que la o el excónyuge que reclama la compensación económica durante el matrimonio no haya podido desarrollar una actividad remunerada en absoluto o que haya podido hacerlo en menor medida de lo que podía y quería. Es justamente esta imposibilidad absoluta o parcial la que origina un menoscabo económico en la o el cónyuge más débil, en relación con la o el otro cónyuge que pudo desarrollarse profesionalmente, trabajar y ser remunerado. La imposibilidad relevante para efectos de la compensación económica es también específica (Acuña San Martín, 2019: 333 y ss.):

- Debe ser una consecuencia directa de haberse dedicado al cuidado de los hijos o hijas o a las labores propias del hogar común. No puede tener otra causa.
- Debe relacionarse con el desarrollo de actividades que generan ganancia económica para quien las realiza, esto es, un aumento patrimonial efectivo, lo que sucede con las actividades remuneradas o lucrativas. No da lugar a compensación que las circunstancias domésticas referidas en la norma hayan implicado un obstáculo para el desarrollo de actividades de otra naturaleza, como las de índole recreativas, de desarrollo artístico, espiritual, cultural, etcétera.
- La actividad que no se pudo desarrollar debe haber sido de ejercicio directo por parte de la o el cónyuge acreedor, ya sea referida a un trabajo dependiente y subordinado o independiente y liberal o de ambos a la vez o sucesivamente.
- Es indiferente que la actividad que no se pudo desarrollar plenamente haya sido una actividad que necesariamente se realiza fuera del hogar o que se haya tratado de un trabajo que puede desarrollarse desde el hogar (teletrabajo, por ejemplo). Haber trabajado desde la propia casa es irrelevante para la configuración de este requisito; dicha circunstancia no elimina *per se* la imposibilidad normativa que da lugar a la compensación.²⁹

29 La jurisprudencia ha precisado al respecto: «En ese contexto, el hecho que la demandante reconventional hubiere desempeñado dicho trabajo “desde su casa” –



- La inactividad puede haber sido absoluta o relativa, esto es, la imposibilidad puede haber consistido en un obstáculo total al desarrollo de una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o puede haberse tratado de una limitación temporal o parcial al desarrollo de la actividad: la o el cónyuge beneficiario pudo haber desarrollado una actividad lucrativa o remunerada, pero en menor medida de lo que podía y quería.
- La o el cónyuge que reclama la compensación debe haber estado en condiciones objetivas y subjetivas de haber realizado efectivamente la actividad en cuestión: debe tratarse de una actividad que hubiera podido ciertamente realizar por estar cualificado para ello (por ejemplo, profesionalmente) y que, además, hubiera querido realizar.
- Legalmente no se exige una prueba concreta y específica de haber tenido la oportunidad laboral, por ejemplo, con ofertas laborales reales.³⁰ Tampoco se puede rechazar la demanda porque no se acredite cuál era la actividad que podría haber desarrollado y la cantidad de ingresos que podría devengar en forma mensual; tales antecedentes son indiferentes para dar lugar a la compensación,³¹ aunque pueden ser relevantes para fijar su cuantía.
- La imposibilidad de desarrollo de la actividad lucrativa o remunerada no requiere haber sido permanente; puede o no haberse prolongado durante toda la vigencia del matrimonio o puede haber afectado al cónyuge durante algún periodo específico de la vida matrimonial, como es el caso del periodo de lactancia y crianza de hijos o hijas en su primera infancia. No ameritan compensación económica aquellas pérdidas esporádicas y habituales de trabajo

sea porque haya tenido que cuidar a sus hijos, o porque la naturaleza del negocio en verdad lo permitía—, resulta del todo irrelevante, ya que para el caso que nos ocupa, lo que interesa es que la solicitante desarrolló la actividad lucrativa mencionada, en forma directa y permanente, generando ingresos que se fueron incrementando con el tiempo». Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2010, rol 170-2010.

³⁰ La jurisprudencia ha determinado: «Que la actora reconvencional debe ser compensada del menoscabo económico sufrido con el matrimonio, aun cuando el dedicarse a la familia haya sido una opción de vida, ya que no es exigencia una prueba concreta y específica de haber tenido la oportunidad laboral». Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 16 de febrero de 2011, rol 519-2010.

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, 10 de julio de 2018, rol 41802-2017.



remunerado o lucrativo por circunstancias normales de suspensión, como los periodos de licencias médicas.

- Finalmente, el requisito de impedimento debe ponderarse considerando antecedentes objetivos que consten en el juicio y no debe examinarse con relación a la aquiescencia u oposición del otro u otra cónyuge.³² Es indiferente que la imposibilidad laboral se deba a una decisión personal, a un acuerdo entre las o los cónyuges o a una imposición de parte de la otra u otro.³³

La dedicación al cuidado de los hijos o hijas y al hogar

La imposibilidad de desarrollo laboral debe ser consecuencia necesaria de haberse dedicado, la o el cónyuge desmejorado, al cuidado de los hijos o hijas o a las labores propias del hogar común; esta será su causa específica y concreta. Se estima de justicia resarcir o aminorar el real menoscabo sufrido por una o un cónyuge a causa de la postergación profesional en aras del bienestar de la familia común.

A diferencia de lo que ocurre con cualquier actividad remunerada o lucrativa que se hubiera podido desarrollar, el trabajo en el hogar no genera ingresos; no obstante, la norma es exigente, pues solo si alguno de estos trabajos domésticos impidió el desarrollo de una actividad remunerada en forma total o parcial, el menoscabo económico que como consecuencia de ello se produzca es jurídicamente relevante a efectos de la compensación. Aunque haya existido la dedicación a esos trabajos domésticos durante el matrimonio y de ello obre prueba en el proceso, si no ha devenido un menoscabo económico como consecuencia directa de aquellos, aunque haya existido la referida imposibilidad, no habrá lugar a la compensación (Acuña San Martín, 2019: 337).

³² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 10 de septiembre de 2010, rol 168-2010.

³³ La jurisprudencia ha reconocido que: «El presupuesto consistente en no haber ejercido un trabajo remunerado no es menester que haya sido producto de una imposición del cónyuge a quien se demanda de compensación económica, ya que la norma no lo exige ni es una institución que suponga la culpa del cónyuge obligado, como ocurre en materia de responsabilidad civil. En consecuencia, basta con que no haya trabajado, producto de haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar común, siendo indiferente que se deba a una decisión personal, un acuerdo entre los cónyuges o una imposición de parte del otro» (Sentencia de la Corte Suprema, 10 de diciembre de 2018, rol 2829-2018).

La dedicación al cuidado de los hijos o hijas o a las labores propias del hogar común a que alude la norma —que genéricamente constituye «trabajo doméstico»— presenta los siguientes caracteres:

- Se trata de circunstancias que pueden operar conjunta o separadamente; esto es, para tener derecho a la compensación económica no es imprescindible la existencia de hijos o hijas del matrimonio (Orrego Acuña, 2004), por cuanto igualmente en su ausencia una o un cónyuge pudo haberse dedicado a las labores propias del hogar común.
- Puede haber sido una opción personal, el resultado de un acuerdo de voluntades entre las o los cónyuges o haber sido impuesta por las circunstancias, siendo aquello indiferente a la compensación.³⁴
- No es indispensable que el trabajo doméstico haya sido realizado en forma personal exclusiva por la o el cónyuge beneficiario de la compensación, sin apoyo del otro u otra cónyuge o de una tercera persona, o que la o el cónyuge que la reclama no hubiera contado durante el matrimonio con los servicios de colaboradores (asesora del hogar, por ejemplo).
- La norma supone que la distribución de funciones y roles en la familia matrimonial no ha sido equivalente, sino disociada, asumiendo una o uno de los cónyuges las labores del hogar y el otro u otra las de mantenimiento económico. La o el cónyuge acreedor del derecho ha tenido una dedicación preferente a las labores familiares, de tal modo que si estas hubieran sido distribuidas de

34 Sentencia de la Corte Suprema, 7 de febrero de 2018, rol 35307-2017. Antes, sentencia de la Corte Suprema, 13 de diciembre de 2010, rol 5765-2010, cuyo considerando séptimo expresa: «Que la interpretación realizada por los jueces del fondo, no se ajusta al verdadero sentido y alcance que tiene en las normas que contemplan la institución en estudio, pues establece exigencias que la ley no contempla, al concluir que en la especie a la actora no le asiste el derecho a reclamar compensación económica debido a que el no haber desarrollado una actividad económica durante el matrimonio, en su caso, obedeció a una decisión personal. En efecto, los jueces del grado al sustentar su decisión en tal fundamento, están requiriendo de una voluntad, intención o acuerdo especial entre las partes que se aparta del texto de la norma, para la cual basta que uno de los cónyuges no hubiere desarrollado actividad remunerada o lucrativa o lo hubiere hecho en menor medida de lo que podía y quería por dedicarse al cuidado de los hijos y/o hogar común; circunstancias todas que en el caso sublite al emanar irrefutablemente del mérito de los antecedentes, han sido asentadas como presupuestos fácticos».

modo equivalente entre ambos cónyuges, y ambos, en consecuencia, no hubieran podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa en plenitud, no se daría el supuesto legal para que uno reclame compensación del otro: «Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, *uno de los cónyuges*».

- No es necesario que los hijos que se cuidan sean hijos biológicos y comunes.³⁵ Procede la compensación, si se prueba el menoscabo económico por imposibilidad de realizar actividad lucrativa o remunerada cuando él o la demandante de compensación prueba que ello se debió al cuidado de hijos del otro cónyuge.
- Finalmente, la dedicación al cuidado de los hijos o hijas o a las labores del hogar puede haber sido total o parcial, lo que incidirá en el monto de la compensación, pero no en su procedencia, pues la norma no exige dedicación absoluta, ni exclusiva. Es errado entender «que para ser acreedora [del derecho de compensación] era necesario que se abocara únicamente al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, ya que, en definitiva, importa imponer un requisito —la exclusividad— que no está establecido en la ley».³⁶

Normativamente, y en función del principio de corresponsabilidad parental, el cuidado de los hijos corresponde a ambos o ambas progenitoras de consuno en la vida matrimonial (artículo 224 del Código Civil):

Es un deber ineludible de ambos padres concurrir de consuno al cuidado personal de la crianza y educación de los hijos y a proveer las necesidades de la familia común según sus facultades, desde que uno de ellos asume el cuidado exclusivo de los hijos comunes y las tareas del hogar desatendiendo sus potencialidades laborales, se rompe el equilibrio de los deberes de los cónyuges, lo que debe ser compensado.³⁷

Bajo el esquema de familia «tradicional», como se entendía hasta hace poco, existe una distribución de funciones que muchas veces está condicionada por las circunstancias naturales de desarrollo de sus hijas e hijos, así como por las exigencias de satisfacción de sus necesidades ma-

35 Sentencia de la Corte Suprema, 26 de septiembre de 2022, rol 95116-2021.

36 Sentencia de la Corte Suprema, 10 de agosto de 2017, rol 19206-2017.

37 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, 17 mayo 2012, rol 76-2012.

teriales, existiendo el antecedente histórico de una dedicación materna preferente hacia las hijas e hijos, y una paterna orientada a la obtención de recursos de sustento de la familia.

La dedicación a las labores propias del hogar se refiere a la administración y organización de este y no necesariamente a actividades físicas y domésticas dentro del inmueble que constituye el albergue de la familia; comprende todo aquello que implique llevar adecuadamente el hogar conyugal, debiendo tratarse del hogar que conjuntamente habitan los y las cónyuges, y no de otras propiedades de uno, otro o ambos.

En suma, si bien el menoscabo económico es el núcleo central de la compensación, no basta que una o uno de los cónyuges haya sufrido un menoscabo económico, sino que este debe haberse producido, necesariamente, como consecuencia de la imposibilidad de desarrollo de actividad remunerada o lucrativa y esta inactividad lucrativa total o parcial no puede haber tenido otra causa que la de haberse dedicado al cuidado de sus hijos e hijas o del hogar común; todo ello, durante la vigencia del matrimonio y no en fecha posterior.³⁸

Determinación de la compensación económica:
Puede ser convencional o judicial

*Determinación convencional*³⁹

Conforme al artículo 63 de la LMC tanto la compensación como su monto y forma de pago pueden ser convenidos por las y los cónyuges. La determinación convencional es la opción preferida por el legislador, quien además no establece parámetros o criterios respecto del contenido material de estos convenios. Aunque resulte dudoso, puede estimarse que podrían las y los cónyuges convenir una compensación económica aun cuando no se dieran cabalmente y en forma estrictamente copulativa los presupuestos de un menoscabo económico. Las y los cónyuges no están obligados a declarar las razones de la estipulación de tal o cual compensación económica. En sede de divorcio, el inciso segundo del

³⁸ Por ejemplo, en sentencia de 21 de enero de 2011, rol 199-2010, la Corte de Apelaciones de La Serena revocó una sentencia del juez de familia que concedía compensación económica, pues todos los atestados y el contenido de la documental que obraban en el proceso se encontraban referidos a periodos posteriores a la cesación de la vida en común de los cónyuges.

³⁹ Se sigue lo planteado en Acuña San Martín (2019: 345 y ss.).



artículo 55 de la LMC se limita a reconocer la existencia del menoscabo económico, sin ligarlo, necesariamente, a alguna causa que pudiera haberlo originado.

Asimismo, su monto podría no guardar relación con la valoración razonada y explícita de las circunstancias que enumera el artículo 62 de la LMC, al no existir exigencia en este sentido; y su forma de pago podría diferir de los modos establecidos en el artículo 65 de la misma ley, que aparecen orientados solo a regir la decisión judicial. Esta estimación, en todo caso, encuentra al menos una objeción formal, dado que la disposición que permite la convención entre las o los cónyuges sobre la compensación económica —artículo 63 de la LMC— se ubica a continuación de las normas que configuran legalmente el derecho y fijan parámetros para su cuantía. El problema práctico es si la compensación convencional protege o no efectivamente al cónyuge más débil, aspecto que puede salvar el juez o la jueza de familia por medio de sus facultades cautelares en la materia.

El acuerdo de compensación puede producirse antes de iniciar el juicio (en el acuerdo completo y suficiente o convenio regulador de los efectos del divorcio), o puede alcanzarse entre las partes durante el proceso, ya sea porque uno de los cónyuges se allana a lo pedido por la otra u otro en la demanda o en la reconvencción, o porque, llamados a conciliación, convienen en la compensación. La ley establece tres condiciones expresas para la validez y eficacia de los referidos acuerdos: que ambas o ambos cónyuges sean mayores de edad, que el acuerdo conste en escritura pública o acta de avenimiento, y que sean sometidos a la aprobación judicial.

Se presenta, además, siempre una cuarta condición, consistente en que las estipulaciones de las partes sean *suficientes*. Para el caso de divorcio, el legislador asimila la suficiencia al hecho de procurar aminorar el menoscabo económico (artículo 55 inciso segundo de la LMC). No obstante, se ha estimado que, a diferencia de lo que sucede en la separación judicial, para el caso de divorcio la suficiencia viene dada porque el convenio «compense el menoscabo y establezca relaciones equitativas hacia el futuro» (Vidal Olivares, 2009: 70). El acuerdo sería suficiente en la medida que repare, y no solo aminore, el menoscabo.

Se excluye la posibilidad de autorregulación cuando uno o ambos cónyuges son menores de edad, en un claro intento de protección de quien, siendo más débil, pudiera ver vulnerado su derecho a compensación al

concurrir con su voluntad a un acuerdo que no le favorece, ya sea porque acepta un monto o una forma de pago que no aminora el menoscabo sufrido o porque por su ignorancia accede a no pedir compensación aun cuando exista menoscabo. Esta exigencia perderá sentido cuando las o los actuales cónyuges menores de edad alcancen los dieciocho años, por cuanto, a partir de la Ley 21.515 las y los menores de dieciocho años no podrán contraer matrimonio (artículo 5 número 3 de la LMC).⁴⁰

El acuerdo es solemne y debe constar en escritura pública para el evento que se acuerde de modo previo al inicio del juicio, o en acta de avenimiento para los otros casos. Esta exigencia de formalidad no se presenta respecto de los demás acuerdos posibles en sede de divorcio, como es el caso del convenio regulador. Justamente uno de los eventos en los que es posible que sean los cónyuges quienes alcancen acuerdos sobre la compensación, su monto y forma de pago, se produce cuando ambos solicitan de común acuerdo el divorcio por cese efectivo de su convivencia y acompañan el convenio regulador de sus efectos: este convenio deberá contener el acuerdo de compensación económica, revestir la forma de escritura pública y someterse a aprobación judicial.

El acuerdo —conste o no en el convenio regulador— debe ser sometido a la aprobación judicial. Al respecto, alguna doctrina entiende que, dada la autonomía de las o los cónyuges, el juez debe aprobar sin más el acuerdo (Veloso Valenzuela, 2006: 184 y 185); otros, por el contrario, estiman que el juez o la jueza debe valorar el acuerdo y controlar su contenido de acuerdo con el criterio de suficiencia y, en caso de valorarlo como insuficiente, está facultado para modificarlo, subsanarlo o completarlo (Acuña San Martín, 2019: 200 y ss.; Vidal Olivares, 2007: 206). Esta última posición parece más ajustada a los principios que gobiernan la actuación judicial en materia de familia, donde claramente se deja ver que en caso de conflicto entre los principios de autonomía privada y protección del interés de la o el cónyuge más débil, el legislador ha tomado partido y ha impuesto la necesidad de resolver estas materias —incluyendo la aprobación o no de los acuerdos— cuidando proteger siempre el interés superior de la o el cónyuge más débil, (artículo 3 inciso primero de la LMC).

40 Ley 21.515 que modifica diversos cuerpos legales para establecer la mayoría de edad como un requisito esencial para la celebración del matrimonio, publicada en el *Diario Oficial* el 28 de diciembre de 2022.

Determinación judicial

A falta de acuerdo, corresponde al juez o jueza determinar tanto la procedencia de la compensación como su monto (artículo 64 de la LMC), pero aquello no es una actividad que el tribunal puede resolver de oficio, sino que deberá ser solicitada por la parte interesada en alguna de las oportunidades procesales pertinentes.

Para decidir sobre la compensación, el tribunal debe necesariamente evaluar la presencia de los presupuestos legales de procedencia del derecho y verificar la existencia del menoscabo. Conforme al artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, para establecer la existencia del menoscabo, y sobre todo la cuantía de la compensación, se considerará especialmente:

- La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges.
- La situación patrimonial de ambos.
- La buena o mala fe.
- La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario.
- Su situación en materia de beneficios previsionales y de salud.
- Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral.
- La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

Se trata de una lista abierta de circunstancias, que no restringe las situaciones de hecho que puede apreciar el juez o la jueza. La enunciación legal de circunstancias limita la posibilidad de arbitrariedad judicial en la labor cuantificadora —que es estrictamente discrecional— debiendo quedar expresado en la sentencia el juicio lógico que condujo a fijar tal o cual monto.

El listado evidencia un permanente debate entre circunstancias que constituyen una medida diferencial entre las partes (situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe) y otras, que atienden a la observación situacional parcializada y no comparativa (la edad, estado de salud; situación en materia de beneficios provisionales y de salud; cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral solo respecto de la o el cónyuge beneficiario). Algunas se refieren al pasado de las o los cónyuges, otras miran el presente y otras se refieren a su proyección de futuro. No existe un orden de prelación entre la variedad de criterios recogidos por el legislador; el tribunal debe considerarlos todos y aplicar



los que estime procedente conforme al mérito del proceso.

En la determinación judicial, hay que tener presente lo dispuesto en el inciso final del artículo 62 de la LMC conforme al cual: «Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto». No se trata solamente de que, en los hechos, uno de los cónyuges haya ocasionado con su conducta el divorcio, es además indispensable que la sentencia se dicte conforme al artículo 54 antes mencionado. El legislador no priva tajantemente del derecho a la compensación a quien haya dado lugar a la causal de divorcio por su culpa, sino que recurre a la actividad valorativa y discrecional del juez o la jueza, quien pondera la gravedad de la causal culpable y las circunstancias que se refieren a la compensación; siendo llamado en esta ponderación a evitar que se produzcan abusos.

Circunstancias del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil

La duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges

La duración del matrimonio y de la vida en común es una circunstancia objetiva cuyo eje central es el tiempo de convivencia efectiva entre las y los cónyuges, pudiendo presentarse dos eventos compensables: que haya precedido al matrimonio vida en común no conyugal, en cuyo evento ambos periodos serán relevantes; o que, vigente formalmente el matrimonio, en algún periodo de tiempo no haya existido vida en común, como ocurre durante la separación de hecho o judicial previa al divorcio, en cuyo caso, ya no será relevante la duración formal del matrimonio (que puede ser extensa), sino el tiempo de efectiva vida matrimonial.

La duración del matrimonio no puede observarse desligada de la vida en común o convivencia efectiva. Durante esa vida en común es donde puede haberse producido la dedicación al cuidado de los hijos o hijas y al hogar que impidió el desarrollo laboral o profesional que terminó provocando el menoscabo económico. Por ello, en la cuantificación judicial del menoscabo, el periodo de convivencia efectiva —más allá del matrimonio— resulta central, entendiéndose que mientras más extensa sea, más probabilidades de menoscabo se dan.⁴¹

41 Sentencia de la Corte Suprema, 17 de agosto de 2022, rol 91561-2021.

Con base en estos razonamientos, en sentencia del 26 de diciembre de 2013, rol 252-2012, la Corte de Apelaciones de Antofagasta rebajó el monto de la compensación fijada previamente por el tribunal de familia:

Por cuanto al tiempo de fijar el monto de la compensación económica ha de considerarse, conforme a los parámetros del artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, en especial que, pese a que la duración del matrimonio es de 28 años, la vida en común de los cónyuges fue inferior a cuatro años, que sumados a la convivencia efectiva antes del matrimonio alcanza a siete años en palabras de la cónyuge demandante reconvenzional.

En cuanto a sus características, se trata de una circunstancia no patrimonial que, por tanto, aisladamente no contribuye en la determinación del monto de la cuantía de la compensación económica, aun cuando, se sugiere como criterio que mientras más largo el tiempo de convivencia efectiva, mayor será el menoscabo sufrido por la o el beneficiario y, por consiguiente, el monto de la compensación (Turner Saelzer, 2006: 494). Esta cuestión es bastante dudosa si se piensa que el tiempo de postergación laboral por dedicación al hogar o a los hijos e hijas no siempre guarda relación con la duración de la convivencia, evidenciándose en la actualidad una tendencia a postergar tanto la llegada de los hijos o hijas como la dedicación al hogar común a favor de un mayor desarrollo profesional individual por parte de ambas o ambos cónyuges. Puede haber matrimonios con largos años de convivencia efectiva, pero sin dedicación al trabajo doméstico o a la inversa, unos de breve duración, que, no obstante, implicaron para la o el cónyuge más débil una dedicación doméstica total, con la imposibilidad de desarrollo laboral. Lo fundamental será evaluar esta circunstancia juntamente con el resto de los factores.

Situación patrimonial de ambos

Es una condición objetiva analizada en términos comparativos; se observa tanto el patrimonio del eventual acreedor o acreedora como el del eventual deudor o deudora de la compensación. Si del análisis de la situación patrimonial resulta una considerable desproporción entre el patrimonio entre cónyuges al tiempo del divorcio y se presume que la dedicación de uno o una de ellas a las labores domésticas y su pos-



tergación profesional contribuyeron de cierto modo al incremento del patrimonio del otro u otra, la ley obliga a compensar la carencia, no en búsqueda de una equivalencia total o de garantizar la mantención del estatus económico de la vida conyugal, pero sí de un retorno a la proporcionalidad que permita iniciar una vida autónoma. La mera constatación de un desnivel patrimonial entre las o los cónyuges no hace automáticamente procedente la compensación; se deberá determinar si existe el menoscabo jurídicamente relevante.

En el análisis de este criterio puede ser relevante el resultado del régimen económico del matrimonio, pues en los regímenes que consideran algún tipo de participación el resultado de su liquidación o determinación de créditos de participación integra la situación patrimonial de ambas o ambos cónyuges.

Con todo, la aplicación de este criterio no es clara ni pacífica,⁴² se requiere un análisis judicial con el debido cuidado y dentro de un contexto más amplio de valoración de diversas circunstancias, por cuanto, una condición económica menoscabada no necesariamente es consecuencia de la imposibilidad señalada en el artículo 61 de la LMC. Por lo mismo, como ha expresado la Corte Suprema es un error «atender exclusivamente a la existencia de desigualdad económica entre los cónyuges para determinar la procedencia o improcedencia de la compensación econó-

42 La Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de 8 de abril de 2011, rol 260-2010, rebajó el monto de la compensación económica fijada por el juez de familia, entre otras razones, en atención a los gananciales que correspondían a la requirente de la liquidación de la sociedad conyugal y que debían estimarse antes de fijar el monto de la compensación, pues aquellos tienen una función correctiva que reconoce el trabajo realizado durante el matrimonio. Por lo ilustrativo, citamos el considerando octavo del fallo: «Que, sin extremar las cosas, este tribunal de alzada considera que en la especie se dan las condiciones señaladas en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil para la procedencia de la compensación económica; sin embargo, discrepa con el juez de primera instancia en la ponderación de las circunstancias prescritas en el artículo 62 de la misma ley para fijar su monto. En tal sentido se estima que es necesario, en primer lugar, atender al régimen patrimonial de los cónyuges, en este caso sociedad conyugal, y si existen en la especie bienes que liquidar y, por tanto, gananciales, lo que en la especie ocurre. Adicionalmente, debe tenerse presente que el matrimonio tuvo solo una hija y una duración de alrededor de catorce años de vigencia del matrimonio, además la mujer ha estudiado dos profesiones u oficios y tiene en la actualidad menos de cuarenta años, y su única hija estudia en la Universidad Andrés Bello, sede Valparaíso, cuyos gastos financia el padre, por lo que hoy no requiere dedicarse al cuidado personal de su hija, y se encuentra en condiciones, quizá no fáciles, pero reales, de reinsertarse en el mercado laboral».

mica». ⁴³

Por su parte, la sola independencia económica de las o los cónyuges o la existencia de ingresos económicos de ambas o ambos no excluye la posibilidad de compensación, del mismo modo que una situación económica modesta del deudor o deudora no implica automáticamente el rechazo de la compensación; aunque pueden ser aspectos relevantes para determinar el monto y la forma de pago (artículo 66 de la LMC).

Cuando han pasado largos años de separación, el tiempo en el cual debe ser analizada la situación patrimonial de ambas o ambos cónyuges para los efectos de definir la presencia de menoscabo no es el tiempo presente, coetáneo con la acción de divorcio, sino el tiempo en que se produjo la separación.

La buena o mala fe

Se trata de una circunstancia subjetiva referida a ambas o ambos cónyuges y que, entendiendo el contexto dentro del cual se circunscribe (determinación del menoscabo y fijación del monto de la compensación), aparece referida también al tiempo de la convivencia efectiva. Por su propia naturaleza, otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez o jueza, quienes deben tener claro que la compensación no opera como una indemnización por culpa, porque sus presupuestos constitutivos tienen que ver con circunstancias propias de la vida conyugal.

Considerando el divorcio por culpa, en el inciso segundo del artículo 62, la LMC señala: «Si se decretare el divorcio en virtud del artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habría correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto». El juez se encuentra facultado para decidir —previa ponderación de las circunstancias que originaron la ruptura y valoración de la conducta de las o los cónyuges— la denegación de la compensación o, a lo menos, la rebaja en su monto, aun cuando en los hechos se hubiere probado el menoscabo y las demás exigencias causales.

En tanto criterio corrector, la mala fe actuaría como un elemento que podría excluir la procedencia de la compensación o limitar su monto (Turner Saelzer, 2006: 499). La buena fe, en cambio, podría actuar para aumentar el monto de compensación para la o el cónyuge más débil,

43 Sentencia de la Corte Suprema, 25 de julio de 2016, rol 18612-2015.

una vez determinada la procedencia de la compensación.

Considerando la regulación expresa del inciso segundo del artículo de la 62 LMC, algunos autores niegan la procedencia de esta circunstancia para el evento de divorcio, por encontrarse ya regulada la situación del divorcio culpable, restringiendo su aplicación solo al caso de nulidad de matrimonio (Corral Talciani, 2007: 33; Turner Saelzer, 2006: 498). Así se ha señalado que el factor de la buena o mala fe se introdujo al advertirse que la compensación procedería también en caso de nulidad matrimonial por la inconsecuencia que generaría autorizar que quien contrae matrimonio de mala fe pueda beneficiarse con una compensación derivada de la disolución que podía prever y esperar (Corral Talciani, 2007: 33).

La edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario

La edad y el estado de salud son dos circunstancias objetivas no patrimoniales que solo observan la situación de la o el beneficiario de la compensación, aquel que la ley estima cónyuge más débil. Estas dos circunstancias pueden ayudar al juez o jueza a valorar el real estado de debilidad de la o el cónyuge. Lo normal será que a mayor edad se presente mayor exposición o deterioro del estado de salud; por otro lado, a mayor edad serán menores las oportunidades laborales de la o el beneficiario. Ambos hechos contribuyen directamente en las dificultades para enfrentar el futuro y constituyen, además, circunstancias que no son superables en el tiempo.

Estas circunstancias debieran tener una mayor influencia en la adopción de la modalidad de compensación y sobre todo en su forma de pago, de tal modo de hacer efectiva la protección de la o el cónyuge más débil; establecer un elevado número de cuotas que, en definitiva, extiende en el tiempo la satisfacción del derecho con la consecuente eventualidad de obtener su pago, no satisface esos requerimientos.

Situación en materia de beneficios previsionales y de salud

Es una consideración objetiva patrimonial de dos circunstancias generadas en el pasado del cónyuge beneficiario de la compensación, que dan cuenta de uno de los perjuicios de la imposibilidad de haber desarrollado una actividad lucrativa o remunerada, aumentando la fragilidad de esa o ese cónyuge para encarar su futuro.

Estas circunstancias permiten proyectar la situación de la o el cónyuge para evaluar el efecto del menoscabo. Han sido ampliamente utilizadas por los tribunales y dan cuenta de la función de la compensación en tanto busca corregir un menoscabo económico manifestado en una desigualdad, en una carencia, a fin de prevenir un perjuicio futuro o favorecer una subsistencia básica independiente, al menos inicialmente.

Así, se ha sentado la idea de que no es ajeno al ordenamiento que una situación previsional desmedrada evidencie el menoscabo económico, por el contrario, un «vacío previsional [...] es un factor relevante a la hora de evaluar el menoscabo económico que exigen los artículos 61 y 62 de la Ley 19.947».⁴⁴ Con todo, una laguna previsional no es, por sí sola, un dato suficiente para demostrar que el solicitante estuvo imposibilitado de desarrollar una actividad lucrativa por la causa legalmente relevante (cuidado de los hijos o hijas o del hogar común).

Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral

Este criterio observa el futuro productivo de la o el titular del derecho desde un punto de vista objetivo (Rodríguez Grez, 2009: 400), a fin de determinar el efecto del menoscabo y como la imposibilidad pasada de desarrollo laboral pleno puede influir en la situación futura, particularmente, en el costo de oportunidad laboral. Estos factores tienen una relación directa con la edad y estado de salud de quien sea beneficiario o beneficiaria, pues, a mayor edad y peor estado de salud, menores posibilidades existirán de acceso al mercado laboral.

La valoración de esta circunstancia consta de dos fases: una destinada a verificar las posibilidades de inserción en un mercado laboral específico con un determinado nivel de preparación, y otra para precisar la cuantía de la remuneración que se obtendría. En conjunto, estas fases permiten concluir si será posible para el cónyuge satisfacer sus necesidades en el futuro (Turner Saelzer, 2006: 503).⁴⁵

La cualificación profesional también determina el rango de las expectativas razonables de la o el cónyuge beneficiario, en cuanto al monto de la compensación. Desde este punto de vista, si ambas o ambos cónyuges tienen distinta cualificación profesional, valorados de modo diverso en

44 Sentencia de la Corte Suprema, 23 de diciembre de 2015, rol 917-2015.

45 Turner Saelzer advierte sobre la necesidad de alejar la compensación de una suerte de garantía o aseguramiento de un cierto estatus económico.

el mercado laboral, no puede pretender uno que se compense el mayor valor que recibe la otra persona y que está justificado con su particular cualificación. Asimismo, la «compensación económica no está llamada a paliar o resolver la disparidad de remuneraciones entre una y otra actividad de los cónyuges»;⁴⁶ es un hecho que la compensación no está llamada a solucionar si el trabajo de una o uno de los cónyuges durante el matrimonio era peor remunerado que el de la otra u otro.

La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge

Nuevamente el legislador mira al pasado y, lógicamente, debe tratarse del periodo de convivencia efectiva de las o los cónyuges. Se trata de la colaboración o asistencia gratuita a las actividades lucrativas de la otra u otro cónyuge (por ejemplo, comerciales o empresariales). Se trata de una circunstancia distinta del deber personal de socorro y auxilio mutuo propio del matrimonio y de las labores domésticas que configuran el derecho de compensación conforme al artículo 61 de la LMC.

Los tribunales han precisado que «ha de entenderse por colaboración, el despliegue activo de conductas de cooperación para el resultado lucrativo del otro cónyuge», lo que no se cumple, por ejemplo, con la sola circunstancia de que la parte demandante de compensación sea socia o socio de las sociedades que formaron junto con quien fuera su cónyuge.⁴⁷

El importe de la compensación económica

La determinación del monto de la compensación económica es un problema práctico que exige un esfuerzo adicional a los tribunales en cuanto a la justificación de la cuantía de la compensación ya determinada, que no se satisface con la cita de los criterios del artículo 62 de la LMC que han sido probados y, por tanto, considerados en la sentencia. La pregunta clave inicial debiera ser hacia donde se observa para cuantificar el menoscabo y calcular el monto de la compensación. La respuesta no es tan evidente, pues si bien los presupuestos de la compensación dan cuenta de la situación pasada durante el matrimonio (artículo 61 de la LMC) en tér-

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema, 14 de octubre de 2015, rol 1620-2015.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema, 23 de junio de 2016, rol 32970-2016.

minos de configurar un menoscabo jurídicamente relevante, la mayoría de los criterios o circunstancias del artículo 62 de la LMC se refieren a la situación presente y especialmente de vida futura de la o el beneficiario.

Con Pizarro Wilson (2009), nos inclinamos a sostener que el esfuerzo para cuantificar la compensación económica debe centrarse en observar la imposibilidad laboral y dedicación (que él denomina *sacrificio*) de la o el cónyuge requirente durante la vida matrimonial. A partir de ahí, la «mirada debe focalizarse en el pasado, en la magnitud del menoscabo económico padecido por el cónyuge requirente. La cuantía está determinada por la mensura del sacrificio que por el divorcio carece de causa que lo justifique» (Pizarro Wilson, 2009: 41 y 42).

Las circunstancias del artículo 62 LMC colaboran en poner en actualidad y perspectiva la afectación de ese menoscabo, o como han dicho los tribunales:

Para determinar la real dimensión de la reparación reclamada y la cuantía de la compensación, es necesario realizar un examen tanto retrospectivo como futuro de las consecuencias que dicho menoscabo ha tenido en la vida del cónyuge solicitante, debiendo tenerse en consideración los criterios o parámetros que contempla el artículo 62 de la Ley de Matrimonio Civil, a fin que el *quantum* de la compensación económica satisfaga los requerimientos de equidad y repare íntegramente el menoscabo económico efectivo sufrido por el cónyuge acreedor.⁴⁸

Será mayor el menoscabo —y, por consiguiente, el monto de la compensación— cuanto mayor sean sus efectos desfavorables futuros, y esos efectos se pueden precisar delineando la situación de futuro probable con base en las circunstancias del artículo 62 LMC, entre otras posibles. Las circunstancias de futuro, por sí solas, no pueden determinar el *quantum* de la compensación; deben ser vinculadas al efecto económico negativo de la postergación o imposibilidad pasada. Así:

Puede ocurrir que el pasado en la relación conyugal excluya en forma íntegra la compensación, pues si bien el futuro se ve precario [no hay previsión, ni beneficios de salud, la edad es avanzada, no se tiene cualificación profesional ni experiencia laboral alguna], el menoscabo es irrelevante [o inexistente] para justificar la compensación (Pizarro Wilson, 2009: 42).

48 Sentencia de la Corte Suprema, 7 de mayo de 2014, rol 12250-2013.

La regulación del *quantum* de la compensación económica es una cuestión de hecho, cuyo establecimiento corresponde privativamente a las o los jueces del grado y que, por lo mismo, escapa del control que debe efectuar la Corte Suprema, salvo que se denuncie de manera eficiente la vulneración a las reglas de la sana crítica.⁴⁹

Procedimiento de determinación del importe de la compensación

La fijación prudencial del monto de la compensación se hace conforme a las reglas de la sana crítica. No se trata de una determinación arbitraria, pues se deben observar las normas que regulan dicho proceso.

Lo que dejó de ganar o percibir el requirente es el primer criterio que el juez debe tener en cuenta, calculando el probable ingreso obtenido en el trabajo no desarrollado. Según alguna doctrina, el valor del trabajo doméstico efectivamente realizado constituiría un óptimo posible de compensar.⁵⁰ Sin embargo, hay que observar esta cuestión con cuidado, pues nada se adelanta sobre la forma de valorización de dicho trabajo y, además, en muchos casos no es tanto el valor del trabajo doméstico realizado como sí el valor de la actividad lucrativa o remunerada que se dejó de realizar, total o parcialmente, lo que determina el menoscabo que debe ser cuantificado.

La Corte Suprema reconoce que los esfuerzos en determinar la forma de establecer la cuantía de la compensación, es decir, cómo mensurar la medida del menoscabo experimentado durante la vida conyugal, pueden seguir cualquiera de las dos posibilidades que sugiere la doctrina. La primera se traduce en valorizar, con las dificultades que conlleva, el trabajo realizado sin remuneración por la parte demandante de compensación económica, esto es, avaluar el trabajo doméstico. Este sería el primer elemento y fundamental para el cálculo; sin perjuicio de ser un presupuesto de procedencia, puede ser, al mismo tiempo, un criterio importante para la valorización del menoscabo. La otra operación posible de realizar consiste en determinar el costo alternativo de haberse

49 Sentencia de la Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, rol 4148-2014.

50 Concluye Turner Saelzer (2006: 219) que solo en la medida en que ese trabajo se vea efectivamente reflejado en el monto de la compensación y, por tanto, corresponda verdaderamente al trabajo doméstico realizado, se estará concretando el principio de equiparar el trabajo doméstico con el remunerado, vigente el matrimonio.

dedicado al cuidado de los hijos e hijas o del hogar; es decir, ya no lo que se hizo —trabajo doméstico—, sino lo que se dejó de hacer. Este criterio aumentará la cuantía de la compensación si se trata, por ejemplo, de una persona que antes del matrimonio tenía un trabajo o expectativas de tenerlo, en función de su preparación.⁵¹

Legitimando ambas opciones, la Corte Suprema ha señalado que, cualquiera sea la opción que se tome para valorizar el menoscabo sufrido por el o la solicitante, corresponde aplicar también los criterios correctores contemplados en el artículo 62 de la LMC.⁵² La Corte ha insistido en que las y los sentenciadores del fondo se encuentran obligados, por imperativo legal, no solo a dar razones que sustenten su decisión relativa a la procedencia de los presupuestos fácticos del instituto de la compensación económica, sino también a la justificación del monto o *quantum* indemnizatorio, atendida la regla de la lógica conocida como el principio de la razón suficiente. Este principio supone que cualquier afirmación o proposición debe estar necesariamente fundamentada o probada, como garantía del derecho al debido proceso.⁵³

Características del importe de la compensación

El importe de la compensación económica finalmente determinado debe corresponder a un monto en dinero, fijo, racional y proporcional a las circunstancias de las partes, sin perjuicio de la forma de pago que se establezca.

En diversas oportunidades, la Corte Suprema ha debido invalidar sentencias por la indeterminación en el monto de la compensación. Así, por ejemplo, en junio de 2009, conociendo de un recurso de casación, invalidó la sentencia que condenaba al recurrente —a título de compensación económica— a mantener a la excónyuge como carga de salud a su costa hasta que esta cumpliera sesenta años y, luego de esa fecha, a pagarle mensualmente un ingreso mínimo mensual de por vida.⁵⁴ En abril de 2018 señaló que la fijación de la compensación económica no permite concluir que, en el caso concreto, se hubiere reparado el menoscabo económico que se genera al término del matrimonio, al con-

51 Sentencia de la Corte Suprema, 21 de junio de 2018, rol 39439-2017.

52 Sentencia de la Corte Suprema, 21 de junio de 2018, rol 39439-2017.

53 Sentencia de la Corte Suprema, 20 de septiembre de 2018, rol 2455-2018.

54 Sentencia de la Corte Suprema, 1 de junio de 2009, rol 3079-2009.

denar al demandado a la constitución de un derecho real de usufructo vitalicio en favor de la actora, sin haber especificado, previamente, el detrimento experimentado, a través de un monto o suma determinada.⁵⁵ Y, en septiembre del mismo año, invalidó la sentencia que condenó al demandado, fijando como compensación la totalidad de los derechos reales y personales sobre un inmueble de este, sin señalar ni razonar en forma específica acerca de la determinación del monto al que ascendía el menoscabo y cómo se encontraría satisfecho con la modalidad reglada.⁵⁶ En estas sentencias se hace presente la carencia de explicitación del proceso lógico racional para llegar a esas determinaciones y la ausencia de un monto fijo a título de compensación.

La idea de que la compensación no sea vitalicia se relaciona con la no extinción por la muerte de la o el beneficiario, de tal suerte que, si su monto no alcanza a ser satisfecho durante su vida, al no ser vitalicia, la diferencia no pagada no se extingue, sino que se transmite como un crédito personal a sus herederas o herederos. Del mismo modo, la deuda de compensación se transmite como deuda hereditaria a las herederas o herederos del excónyuge deudor.

La sentencia debe fijar siempre la suma o importe único a título de compensación; dicha determinación es esencial y otorga certeza jurídica tanto al deudor o deudora como al acreedor o acreedora del derecho personal que se genera. Del mismo modo, la sentencia debe dar cuenta del razonamiento en torno al monto específico. Además, el monto determinado en la sentencia es inmodificable con posterioridad, cualesquiera sean las circunstancias posteriores de quien sea deudor o acreedor.

Este especial carácter del modelo chileno es contrapuesto a alguna de las modalidades de pago que reconocen otras legislaciones, que son en esencia indeterminadas en su monto. Lo que sí es posible en nuestro medio es que el monto fijado no sea líquido, sino liquidable, esto es, susceptible de ser calculada mediante simples operaciones aritméticas.⁵⁷

55 Sentencia de la Corte Suprema, 8 de abril de 2018, rol 42058-2017.

56 Sentencia de la Corte Suprema, 20 de septiembre de 2018, rol 2455-2018. La pensión por desequilibrio regulada en el Código Civil español puede quedar establecida de modo vitalicio o temporal, esta última opción es inusual.

57 Sentencia de la Corte Suprema, 4 de noviembre de 2015, rol 6817-2015.

Forma y pago de la compensación económica

La compensación económica es un derecho patrimonial y ello determina que su objeto consista en una prestación de naturaleza patrimonial, comprensiva siempre de una suma determinada, relativa a una cuantía de dinero, con independencia de su forma final de pago. Para el caso de la determinación judicial, tanto las modalidades como la forma de pago están fijadas por ley, mediante opciones que normalmente serán representativas de una prestación de dar.

Modalidades de compensación

Las partes tienen libertad para determinar la modalidad que mejor estimen a fin de satisfacer la compensación económica que hubieren estipulado en sus acuerdos, desde que el artículo 63 de la LMC establece que tanto la determinación de la compensación como su monto y forma de pago pueden ser convenidos primeramente por las partes, sin sujeción a norma restrictiva alguna al respecto, salvo en lo que se refiere a la necesaria aprobación judicial que, como se dijo, debiera implicar control de su contenido en vista de la efectiva protección de la o el cónyuge más débil.

En su determinación, el juez puede establecer como modalidades alguna de las opciones del artículo 65 de la LMC o la del artículo 80 de la Ley 20.255, entendiéndose, en todo caso, que ello estará condicionado o relacionado con lo pedido por la o el cónyuge requirente. Así tenemos como modalidades posibles:

a) La entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes (artículo 65 número 1 LMC). Esta primera modalidad contiene tres opciones: entregar una suma de dinero, en una o varias cuotas; entregar acciones de que el deudor o deudora pueda ser titular en alguna sociedad anónima o por acciones; entregar otros bienes de propiedad del deudor o deudora, los que pueden tener carácter corporal o incorporeal debido a la inexistencia de limitaciones en la norma. En relación con esta modalidad, hay que tener presente que el incremento patrimonial originado en el pago de una compensación económica —ya sea convenida por las o los cónyuges, ya sea decretada por sentencia judicial— es un ingreso no constitutivo de renta. Según establece el artículo 17 número 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, son ingresos no constitutivos de renta: «Las compensaciones económicas convenidas por los cónyuges o los conyugi-

vientes civiles en escritura pública, acta de avenimiento o transacción y aquellas decretadas por sentencia judicial».⁵⁸

b) La constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor (artículo 65 número 2 de la LMC). La constitución de estos derechos no perjudicará a los acreedores que la o el cónyuge propietario hubiere tenido a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge beneficiario tuviere en cualquier tiempo.⁵⁹ La doctrina estima que debe evitarse esta modalidad, porque origina una relación posdivorcio, debiendo el cónyuge deudor —nudo propietario— esperar el vencimiento de un plazo para recuperar la propiedad plena. Además, se inmoviliza un bien dejándolo fuera del mercado y se dificulta la circulación de los bienes respectivos, entre otros reparos (Pizarro Wilson, 2009: 159).

El encabezado del referido artículo 65 de la LMC, conforme al que, «el juez determinará la forma de pago de la compensación, para lo cual podrá establecer las siguientes modalidades», permite dos interpretaciones:

- Que el tribunal tiene libertad para elegir solo entre las dos alternativas que el legislador señala (Vidal Olivares, 2009: 71);
- que la disposición señala dos modalidades que se pueden utilizar, sin ser taxativas,⁶⁰ pudiendo por tanto el juez establecer una modalidad distinta, con tal de que permita igualmente cumplir la función correctora o resarcitoria de toda compensación. Esta última opción no ha tenido en general implicancias prácticas; se ha utilizado por excelencia la primera modalidad y, dentro de ella, mayoritariamente la entrega de una suma de dinero. No obstante, de modo aislado se ha señalado por la Corte Suprema: «De la lectura de la norma se advierte que la enumeración allí contemplada, no es taxativa, y no podría ser de otra forma, por las distintas po-

⁵⁸ Agregado por Ley 20.239, de 8 de febrero de 2007. Conforme al artículo 2 de la Ley 20.239, las compensaciones económicas que se benefician con el tratamiento tributario dispuesto por el número 31 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, son aquellas que se pagaron o paguen a los cónyuges en virtud de las normas de la Ley 19.947, a contar del 17 de noviembre de 2004. Así en Dictamen 1.838, de 27 de mayo de 2009, del Servicio de Impuestos Internos de Chile.

⁵⁹ Algunos comentarios sobre esta norma de protección de intereses de terceros en Vidal Olivares (2009: 74).

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema, 9 de mayo de 2011, considerando noveno.

sibilidades que, para cada caso particular, pueden concurrir para permitir el pago en comento, siempre que quede a salvo el interés del cónyuge acreedor y no se altere la finalidad de la institución».⁶¹

c) *Traspaso de fondos de la cuenta de capitalización individual.* La Ley 20.255, de 2008 —que establece la reforma previsional— ha dedicado el párrafo II, titulado «Compensación económica en materia previsional en caso de nulidad y divorcio», dentro del título III, «Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes»,⁶² al criterio de los beneficios previsionales y eventual compensación. Conforme al artículo 80 de la referida ley:

Al considerar la situación en materia de beneficios previsionales a que se refiere el artículo 62 de la Ley 19.947, sobre matrimonio civil, y ello origine total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación, el juez, cualquiera haya sido el régimen patrimonial del matrimonio, podrá ordenar el traspaso de fondos desde la cuenta de capitalización individual afecta al Decreto Ley 3.500, de 1980, del cónyuge que deba compensar a la cuenta de capitalización del cónyuge compensado o de no existir esta, a una cuenta de capitalización individual, que se abra al efecto.

Se trata de traspasos desde la cuenta de capitalización individual obligatoria. Además, continúa la norma:

Dicho traspaso, no podrá exceder del 50% de los recursos acumulados en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, respecto de los fondos acumulados durante el matrimonio.

El compendio de Normas del Sistema de Pensiones se refiere, en el capítulo VI del título VII del libro II, al sistema de traspaso de fondos por compensación económica,⁶³ para cuyo efecto, dentro de los 15 días hábiles siguientes de recibida una orden de compensación económica desde los tribunales, la administradora deberá traspasar los fondos ordenados por el juez o la jueza desde la cuenta de capitalización individual de la o

61 Sentencia de la Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, rol 4148-2014.

62 Algunas críticas a esta disposición se encuentran en Pizarro Wilson (2009: 160-162).

63 Modificado por la Norma de Carácter General 126, de fecha 1 de septiembre de 2014.

el excónyuge compensador a la cuenta de la o el excónyuge compensado. Al respecto, se distinguen tres situaciones:

- Si ambas o ambos excónyuges se encuentran afiliados en la AFP notificada por los tribunales, los movimientos entre cuentas deberán efectuarse simultáneamente y utilizando el valor cuota del día hábil antecedente a la fecha en que se realizan los cargos o abonos, según corresponda, de los respectivos fondos.
- Si están afiliados en AFP distintas, la AFP notificada por los tribunales deberá traspasar los fondos ordenados por la judicatura desde la cuenta de capitalización individual de cotizaciones obligatorias de la o el excónyuge compensador a la AFP en que se encuentre vigente la cuenta de capitalización individual de la o el excónyuge compensado.
- Finalmente, si la o el excónyuge compensador está afiliado en la AFP notificada y la o el excónyuge compensado no está en ninguna administradora, ni tampoco impone en una caja o régimen previsional del antiguo sistema, la AFP que recibió la orden de compensación deberá traspasar los recursos a la AFP adjudicataria, que deberá crear una cuenta de capitalización individual de afiliado voluntario a nombre de la o el excónyuge compensado y abonar en dicha cuenta los fondos ordenados por el juez o la jueza.

Cualquiera sea el caso, los fondos traspasados por compensación económica no estarán afectos a ningún tipo de cobro de comisiones.

Adicionalmente, el artículo 81 de la citada Ley 20.255 establece una obligación especial a la Superintendencia de Pensiones de colaboración con los tribunales de familia al señalar:

La Superintendencia de Pensiones deberá tener a disposición de los tribunales estudios técnicos generales que contribuyan a resolver con bases objetivas la situación previsional que involucre a cónyuges. De estimarlo necesario, el juez podrá requerir al citado organismo antecedentes específicos adicionales.

La Superintendencia establecerá, mediante norma de carácter general, los procedimientos aplicables en los traspasos de fondos, apertura de las cuentas de capitalización individual que se requirieran y demás aspectos administrativos que procedan.

Forma de pago de la compensación

Elegida la modalidad de compensación, corresponde determinar la forma de pago. De las modalidades de compensación establecidas en la ley, la regla general es la prestación en dinero; en consecuencia, las reglas legales sobre forma de pago se refieren precisamente a ella. El pago en una cuota —o de contado— es la opción preferente del legislador, entendiéndose que con ello se satisface la finalidad de resolver el conflicto patrimonial entre las o los cónyuges de una sola vez o en el menor tiempo posible (Vidal Olivares, 2009a: 72),⁶⁴ al mismo tiempo que se protege efectivamente al cónyuge más débil. Respecto de su cumplimiento, la judicatura puede otorgar un prudente y breve plazo. La Corte Suprema señala:

Como regla general, la compensación será pagada de una sola vez y, por excepción, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil, el legislador autoriza su pago en cuotas periódicas, sin embargo, la propia ley señala que debe establecerse alguna forma de reajustabilidad; exigencia a la que no se ha dado cumplimiento por los sentenciadores, al haberse fijado únicamente cuotas de un valor nominal para su solución.⁶⁵

La tendencia jurisprudencial, sin embargo, ha optado por la alternativa legal consistente en la división del monto en cuotas (Pizarro Wilson, 2009: 150), atendiendo con ello no a la situación del acreedor o acreedora —que es la o el cónyuge más débil— sino a la situación patrimonial del deudor, pues dicha forma de pago cede en su beneficio.

Al pago en cuotas se refieren los artículos 65 número 1 y 66 de la LMC. El primero establece que cuando al fijar la entrega de una suma de dinero como modalidad de pago de la compensación, el tribunal puede establecer que su entero se haga en varias cuotas reajustables, respecto de las cuales debe fijar seguridades para su pago. El valor de cada cuota debe expresarse en alguna unidad reajutable. La decisión de fijar el pago en cuotas es discrecional y supone que ha habido una petición al respecto por parte del deudor o deudora. Por su parte, la fijación de seguridades de pago es imperativa para el juez o la jueza, quien debe

64 Se evita perpetuar el conflicto o que, con ocasión del pago de la compensación, surjan otros conflictos que puedan afectar el interés de los hijos comunes.

65 Sentencia de la Corte Suprema, 9 de mayo de 2011, ya citada.

establecerlas siempre, sea ello pedido o no por el o la acreedora de la compensación.

Conforme a la norma residual, en cambio, el tribunal puede haber fijado cualquiera de las modalidades de pago del artículo 65 —entrega de dinero, acciones u otros bienes, o constitución de derechos de usufructo, uso o habitación—, pero si el deudor o deudora no tiene bienes suficientes para solucionarla, el juez o la jueza podrá dividir el monto de la compensación en cuantas cuotas fuere necesario y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable (artículo 66 inciso primero de la LMC). Todo ello deberá quedar expresado en la sentencia de divorcio.

En el primer caso del artículo 65 de la LMC, hay ciertas restricciones a la modalidad de cuotas: primero, porque la norma impulsa a generar un número reducido (varias cuotas) y, segundo, porque siempre deben fijarse seguridades para su pago, lo que constituye, en definitiva, una medida de protección para la o el cónyuge más débil, que se constituye en acreedor o acreedora. El artículo 66 de la LMC, en cambio, abre la posibilidad a la fijación de un elevado número de cuotas (cuantas fuere necesario) y nada exige sobre fijación de medidas especiales de seguridad por parte de la judicatura, pues el propio legislador se encarga de determinar una. En efecto, la norma residual expresa, en su inciso segundo, que el pago de la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que igualmente se declarará en la sentencia. El deudor o deudora autónomamente puede ofrecer una garantía y, en dicho evento, el juez o la jueza deberá evaluar su procedencia en relación con el efecto que se busca producir; en caso de rechazo de la garantía ofrecida, o cuando el deudor o deudora nada ofrezca, opera automáticamente la consideración de alimentos respecto de las cuotas.

En cualquiera de los casos en que se permite el pago en cuotas, estas necesariamente deben quedar expresadas en alguna unidad reajutable, no resultando suficiente la sola fijación de cuotas de un valor nominal producto de la división del monto fijo de la compensación en pesos, por el número de cuotas en que se divide su pago.

Cuando la modalidad de compensación determinada por el tribunal es la constitución de derechos de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad de la o el cónyuge deudor, el pago de la compensación se producirá, de modo normal, mediante el otorgamien-

to de los instrumentos respectivos donde consten tales derechos y la necesaria facilitación pertinente del disfrute de los mismos, por el tiempo que se fije en la sentencia y que debe ser correspondiente al monto de la compensación. Se entiende que el tribunal podrá fijar esta modalidad de pago cuando así ha sido pedido y se le han proporcionado los antecedentes suficientes para su correcta fijación.

Del carácter alimenticio de las cuotas

Cuando el legislador establece que «la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento», claramente está diciendo que la compensación no es alimentos, como no lo son tampoco las cuotas en que se divide. La consideración de la cuota como alimentos lo es —restrictivamente— solo para efectos de su cumplimiento, de modo que no es posible atribuirle otro alcance más allá de lo dispuesto por el legislador o pretender extraer de aquello una supuesta naturaleza jurídica del derecho distinta de la puramente resarcitoria.

Que las cuotas se consideren alimentos solo para efecto de su cumplimiento no es poco decir, pues ello implica que —en lo que fuera pertinente— se somete cada cuota a las disposiciones sobre cumplimiento de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, lo cual conlleva la aplicación al deudor o deudora de las medidas y apremios previstos en dicha ley para forzar el pago.

La situación más compleja es la posibilidad de arresto nocturno (artículo 14 de la Ley 14.908). Parte importante de la doctrina se inclina por la procedencia del arresto con base en el tenor claro, preciso y sin distinción del inciso segundo del señalado artículo 66 de la LMC (Acuña San Martín, 2019: 379 y ss.). La intención del legislador aparece clara en cuanto a posibilitar la efectiva protección de la o el cónyuge más débil cuando la compensación se ha fijado en cuotas, por medio del recurso a todas medidas y apremios que establece la Ley 14.908; de ahí la asimilación de las cuotas a alimentos que hace el artículo 66 de la LMC. La jurisprudencia, sin embargo, se manifiesta oscilante en la materia. Algunas sentencias han seguido el predicado propuesto:

Existiendo una taxativa, especial y específica disposición legal que determina que las cuotas de la compensación económica declarada por sentencia deben ser consideradas como alimentos para el efecto de cumplimiento, es plenamente procedente imponer al deudor, como medida



de apremio, el arresto nocturno, en la forma que lo indica dicha norma legal, dado que consta fehacientemente que, quien tiene la obligación contraída, no ha dado cumplimiento a su obligación en la forma pactada, no habiendo pagado ninguna de las cuotas a que se comprometió, desde el mes de julio del año 2009, por lo que es dable apremiarlo en la forma que establece la disposición legal recién citada, no resultando pertinente el análisis interpretativo que el juez otorga al artículo 66 de la Ley 19.947, si se considera el claro y literal tenor de esta disposición.⁶⁶

En igual sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia más reciente, considera:

Existiendo una disposición legal que determina que las cuotas de la compensación económica deben ser consideradas como alimentos para los efectos de su cumplimiento, artículo 66 inciso segundo de la Ley de Matrimonio Civil 19.947, resulta procedente imponer al deudor, como medida de apremio, el arresto nocturno.

En esta causa las partes habían llegado a un acuerdo sobre la forma de pago, estableciendo ellas los montos y fechas de pago de cada cuota, y el deudor, según se acreditó, no había dado cumplimiento a su obligación en la forma pactada respecto de la segunda de las cuotas a que se comprometió. Por ello, la Corte revocó lo resuelto por el tribunal de familia, al considerar posible apremiarlo en la forma que indica el artículo 14 de la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, esto es, con arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. La Corte hizo, además, un pronunciamiento sobre el artículo 7 número 7 de la Conven-

66 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, 15 de septiembre de 2010, rol 26-2010, considerando séptimo. La Corte revocó la resolución apelada, de fecha 17 de julio de 2010, por la cual se había denegado la solicitud de arresto efectuada por la actora. En su lugar, se declaró que se hace lugar a lo solicitado, imponiéndose el arresto nocturno del demandado como medida de apremio, por el tiempo que el juez regule; todo ello con costas. El juez del grado había desestimado la solicitud de cumplimiento de compensación económica deducida por la recurrente, sin perjuicio de reconocer el derecho que le asiste a aquella de solicitar otras medidas con el fin de obtener el completo pago de lo demandado, fundando su resolución en el marcado carácter indemnizatorio que ostentaría la compensación económica, y en disposiciones que protegen y aseguran la libertad individual, por sobre el tenor literal del artículo 66 de la LMC, citando la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

ción sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que había sido citada por la jueza *a quo* para fundar su rechazo al arresto nocturno, en tanto dice que nadie será detenido por deudas, e indica:

Es necesario recordar que el mismo artículo mencionado señala que: «Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios». De manera que ese argumento no es aplicable en la especie y, así las cosas, no cabe sino revocar la resolución apelada.⁶⁷

Otras resoluciones han hecho primar el Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 25 de marzo de 2011, acogió un recurso de amparo a favor del deudor de la compensación.⁶⁸

Seguridades para el pago de la compensación

En general, un problema que presenta la forma de pago en cuotas es el de su efectivo cumplimiento y el de la reacción jurídica ante un incumplimiento. Lo anterior adquiere mayor fuerza en el caso de la compensación económica, ya que, por un lado, la LMC no fijó un plazo máximo para el pago de la compensación y, por otro, no otorgó al crédito por compensación económica ninguna preferencia de pago. Se trata de un crédito valista, que genera una acción personal para perseguir su pago, respecto del cual la o el cónyuge beneficiario, sometido al régimen común de las obligaciones, concurre con otros de la misma naturaleza ante una situación patrimonial complicada del deudor o deudora y siempre después de los créditos preferentes y privilegiados. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha expresado:

En la legislación nacional no se establece ninguna preferencia para el pago de un crédito originado con ocasión de una sentencia por compensación económica, pues se trata de un crédito común o valista. Así, este crédito no goza de ninguna clase de preferencia. El beneficiario está

67 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de febrero de 2011, rol 10-2011, considerando quinto.

68 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 25 de marzo de 2011, rol 162-2011.



en la misma situación que cualquier otro acreedor del cónyuge deudor, pues la ley no considera a este crédito entre los privilegiados.⁶⁹

Se acrecientan los efectos nocivos cuando la cantidad de cuotas en que se divide el monto de la compensación es numerosa, pues se perpetuará la problemática y con ello, se mantiene el conflicto judicial y extrajudicial entre personas que ya no son parte de una misma familia. Ello permite advertir la relevancia del establecimiento de plazos razonables para el pago.

Sobre las seguridades para el pago, pese a que la doctrina entiende que pueden ser de cualquier tipo (garantías y cauciones) y cualquier mecanismo o medida que de certeza al acreedor acerca del pago, evitando o previniendo el incumplimiento, o la insatisfacción definitiva del crédito (Vidal Olivares, 2009: 79), la jurisprudencia ha establecido restricciones. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de San Miguel se ha manifestado a favor de la improcedencia de la cláusula de aceleración:

No resulta procedente incluir en el pago decretado una cláusula de aceleración, que hace exigible el total de la compensación para el caso en que no se pague alguna de las cuotas, como señala el fallo recurrido en su parte resolutive, por cuanto dicha garantía no fue solicitada por la actora reconvenzional en su demanda, ni los artículos 65 y 66 de la Ley 19.947 facultan al juez para establecerla. A este respecto, es del caso señalar que el inciso segundo del artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil expresa que «la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieran ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago, los que se declarará en la sentencia». Esta norma no hace más que corroborar la improcedencia de la cláusula de aceleración como seguridad para el pago de las cuotas adeudadas, establecida de oficio por el tribunal *a quo*.⁷⁰

La argumentación de la Corte deja entrever la posibilidad de una cláusula de aceleración cuando el pago en cuotas ha sido determinado en el acuerdo de compensación a que lleguen las partes, validado por su propio consentimiento y con la aprobación judicial; también se aplicaría al caso en que ello sea pedido expresamente en la demanda o en la re-

69 Sentencia de la Corte Suprema, 1 de octubre de 2018, rol 15200-18.

70 Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 22 de diciembre de 2010, rol 687-2010.

convención. Conforme a esta jurisprudencia, en cambio, no procedería la cláusula cuando el pago en cuotas se hace conforme al artículo 66 de la LMC.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Rancagua, luego de haber fijado como forma de pago cien cuotas mensuales de veinte mil pesos cada una, estableció que el no pago íntegro y oportuno de una de las cuotas haría exigible el total del saldo insoluto.⁷¹

Resulta claro, conforme al artículo 65 de la LMC, que pesa sobre el juez o la jueza que determina el pago en cuotas el deber de fijar seguridades de cumplimiento efectivo y oportuno; seguridades respecto de las cuales existe amplia discrecionalidad, al no existir norma legal limitativa más allá de la realidad de hecho examinada por el tribunal. Cuando, en cambio, la división en cuotas resulta del dato fáctico de no tener el deudor o deudora bienes suficientes para solucionar el monto del crédito, el juez o la jueza no tiene la referida obligación de fijación de garantías, aunque ellas pueden ser ofrecidas por el propio deudor o deudora. En su defecto, la ley establece que la cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento.

Renuncia de la compensación económica

Dos cuestiones resultan evidentes y, por tanto, no controvertidas: por un lado, la posibilidad de condonación de la compensación decretada en sentencia firme, al tratarse de un derecho personal de crédito que mira el interés de la o el acreedor renunciante y no estar prohibida su renuncia; por otro lado, la renuncia tácita del derecho a la compensación, esto es, aquella que se produce cuando el eventual beneficiario o beneficiaria no acciona para obtener en la sentencia una declaración en su favor y se produce, entonces, la preclusión procesal de su derecho. Lo anterior se explica porque al tratarse de asuntos patrimoniales entre cónyuges, el tribunal está llamado a obrar conforme al principio dispositivo que rige la materia, no pudiendo inmiscuirse sin que haya petición de parte, con la salvedad de su obligación de informar.

Respecto de la renuncia expresa se pueden presentar dos situaciones: que la renuncia se efectúe luego de sobrevenida la crisis matrimonial o antes de esta.

⁷¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 16 de marzo de 2016, rol 30-2016.



Renuncia posterior a la crisis matrimonial

Este tipo de renuncia es absolutamente válida. Servirán como instrumentos de concreción de esa voluntad tanto el convenio regulador como un pacto extrajudicial o los acuerdos a que arriben las partes durante el proceso. Se trata de una renuncia que deberá ser aprobada por el tribunal, salvo que constituya un acuerdo insuficiente en los términos del artículo 55 inciso segundo de la LMC.

Renuncia anterior a la crisis matrimonial

Se trata de aquella renuncia anticipada, es decir, que se produce vigente el matrimonio, antes de la crisis conyugal. Esta renuncia podría constar en las capitulaciones matrimoniales o en eventuales acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. En relación con esta posibilidad, conviene tratar dos cuestiones en forma separada, la de su validez y, en caso afirmativo, la de su intangibilidad.

Una parte de la doctrina se inclina por la validez de la renuncia anticipada con fundamento en el artículo 12 del Código Civil, aceptando un papel creciente a la voluntad de las y los cónyuges para regular aspectos matrimoniales y extramatrimoniales (Pizarro Wilson, 2006: 30 y 31). Por otro lado, están aquellos que sostienen la invalidez de la renuncia anticipada fundados en diversos argumentos: se habla de un derecho personalísimo de la o el cónyuge beneficiario sobre el que no proceden actos de disposición; sin embargo, esta argumentación es discutible, por cuanto, en estricto rigor, el derecho personalísimo en cuestión nace en virtud de la sentencia firme que concede la compensación y no antes (Corral Talciani, 2007: 36). La no admisión de la renuncia anticipada se funda también en el carácter de orden público de las normas que integran el estatuto matrimonial, que prohíbe las renunciaciones no expresamente autorizadas por ley, como sería este caso; se alude a la infracción al inciso segundo del artículo 1717 del Código Civil, que significaría renunciar anticipadamente al derecho a reclamar la compensación por lesionar un derecho que la ley concede a una o uno de los cónyuges respecto del otro (Rodríguez Grez, 2009: 402).

En cuanto a la intangibilidad de la renuncia anticipada, por las mismas razones de coherencia normativa, si aquella fuera admisible, estimamos que dichos pactos o renunciaciones siempre pueden ser objeto de

revisión al tiempo del divorcio, ya sea por las mismas partes o por el tribunal. Las partes —en virtud de su autonomía— podrán modificar por nuevo convenio uno anterior, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El juez llamado a aprobar los acuerdos a que lleguen las o los cónyuges para regular las consecuencias del divorcio, podrá no aprobarlos teniendo en especial consideración que puedan resultar gravemente perjudiciales para uno de ellos, en tanto resultan insuficientes al no resarcir el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y no establecer relaciones equitativas hacia el futuro entre las o los cónyuges cuyo divorcio se solicita (artículo 55 inciso segundo de la LMC). Por otro lado, conforme a una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en vista al tiempo del acuerdo, el rol protector de la judicatura respecto de la o el cónyuge más débil, conforme al artículo 3 de la LMC, lo obligaría a actuar cuando resulte evidente la producción de un efecto manifiestamente indeseado. Así, aun cuando existiere una renuncia anticipada, si se solicita y se prueba en juicio el menoscabo producido por las causas legales, el juez o la jueza debería dar lugar a la compensación.

Extinción de la compensación económica

Necesario es distinguir entre la extinción del derecho a demandar la compensación y la extinción de la compensación ya determinada. El primero se extingue por caducidad cuando no se ejerce en las oportunidades procesales pertinentes. También se extingue cuando fallece la o el cónyuge beneficiario antes de la sentencia firme de divorcio; cuando se desiste de la acción intentada en la demanda o en la reconvenición, y cuando el tribunal rechaza la pretensión destinada a obtener una compensación.

La extinción de la compensación ya determinada —por las partes o por el juez— podría producirse, en términos generales, por tres motivos diversos, a saber:

- Causas generales de extinción de obligaciones: como la remisión de la deuda por el acreedor, el pago efectivo, el mutuo disenso, la novación, etcétera, dado su carácter personal y disponible. Estas causales de extinción del derecho en general no han dado origen a problemas jurídico prácticos importantes; no obstante, la aplicación de la prescripción extintiva ha llegado a conocimiento de los tribunales respecto del cómputo de los plazos, tratándose de pago

en cuotas.⁷² La Corte de Apelaciones de Santiago ha considerado que el plazo de prescripción no debe computarse desde que la sentencia quedó ejecutoriada, cuando para el cumplimiento de la obligación se otorgó un plazo al demandado o demandada, debe computarse desde que se hizo exigible, y habiéndose establecido cuotas mensuales, la acción respecto de cada una prescribe desde que aquella se hizo exigible.⁷³

- Causas especiales pactadas por las propias partes en sus acuerdos de compensación económica: en estos casos, será la voluntad manifestada la que disciplinará los términos del acuerdo de extinción.
- Causas legales que el legislador estime a bien regular: es el caso del Código Civil español.⁷⁴ Nuestro legislador se pronuncia respecto de causas especiales de extinción de la compensación. La regla general será la extinción por las mismas causales generales indicadas.

Además, conforme a su naturaleza, la compensación se extingue por el pago único o de todas las cuotas en que se hubiere fraccionado o por la entrega de las acciones u otros bienes en que consista. En cuanto a los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes que sean de propiedad del deudor o deudora, la extinción se producirá cuando se agote, en el disfrute de tales derechos, el importe de la compensación determinada en la sentencia. No afecta a la compensación determinada el nacimiento de nuevos hijos o hijas del deudor o deudora o la formación de una nueva familia, matrimonial o no, por este o por el acreedor o acreedora.

⁷² Comentado en Marcela Acuña San Martín, «¿Qué reglas son aplicables al crédito de compensación económica, en especial a su prescripción?», *El Mercurio Legal*, 2017.

⁷³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de mayo de 2017, rol 10979-2016.

⁷⁴ El artículo 101 del Código Civil español establece: «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

Capítulo 5

Algunas cuestiones particulares del matrimonio desde la función judicial

Introducción

Hemos estimado pertinente separar algunas notas que profundizan lo tratado en el cuerpo principal de este trabajo, teniendo en consideración el interés judicial, ya sea en la profundización de ciertas materias, la especificidad procesal, la emergente problematización que generan o su interpretación. El orden de su disposición es aleatorio, sin perjuicio de su vinculación particular con las materias contenidas en el texto central y con los institutos del derecho matrimonial.

La acción de divorcio

La acción de divorcio se caracteriza porque la titularidad es personalísima, no admite representación y su ejercicio pertenece exclusivamente a las o los cónyuges. Cualquiera de ellos puede demandar el divorcio, salvo cuando se invoque alguna de las causales contempladas en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, en cuyo caso la acción corresponde solo al cónyuge inocente, es decir, al que no hubiere incurrido en la falta cuya existencia se alega. En el caso de los menores de edad y de los interdictos por disipación, el artículo 58 de la ley dispone que los cónyuges sean hábiles para ejercer por sí mismos la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes.

Asimismo, la acción de divorcio es irrenunciable. Este aspecto fue muy discutido durante su tramitación legislativa, en que se postuló la posibilidad de que la renuncia fuera una opción posible al momento de celebrar el matrimonio; la moción fue rechazada por la inconsistencia que implica someter a dos contrayentes ilusionados con la significación del vínculo que están celebrando, a la perspectiva anticipada de su posible fracaso.



La acción de divorcio es imprescriptible, es decir, no se extingue por el mero transcurso del tiempo. Por ello, en el caso del divorcio por causales específicas, en particular, la demanda de divorcio podría fundarse en hechos acontecidos en cualquier momento del periodo que media entre la celebración del matrimonio y la demanda respectiva.

Finalmente, la acción de divorcio podría tener un efecto retroactivo, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 2 transitorio de la LMC, que prescribe que la causal es aplicable a todos los matrimonios celebrados luego de la entrada en vigor de la ley, así como también a los que fueron celebrados bajo el imperio de la ley derogada.

Interpretación de la unidad matrimonial

La exigencia de la unidad genera algunos problemas de interpretación legal. Tal es el caso en que una persona perteneciente a una minoría religiosa —o la entidad civilmente reconocida que le represente— alegue la eventual antinomia entre la norma de la LMC y la dispuesta en el artículo 20 de la Ley 19.638 (Ley de Cultos) aduciendo como base la subsistencia del artículo 20 de la LMC que reconoce la vigencia de ordenamientos jurídicos precedentes a 1999 de estas comunidades. En contra se sostiene que, si una entidad religiosa pretendiere celebrar en forma religiosa un matrimonio polígamo, aduciendo el respeto a un precepto religioso erigido en conformidad al principio de autonomía reconocido por la Ley de Cultos, este sería inválido de cara al ordenamiento civil, por afectación del orden público, la moral y las buenas costumbres.

La ausencia de explicitación de la unidad como elemento del matrimonio en la ley —y su sustitución por la limitación a dos personas— no solo deja abierta la interpretación sobre la prohibición de la poligamia y la poliandria (la que deberá ser declarada por interpretación sistemática) sino, además, al introducir el término persona, la determinación futura de su significado seguirá accesoriamente al que se asigne al término persona.

Subsistencia de la propiedad matrimonial de la indisolubilidad

Considerando la inmutabilidad de la definición legal de matrimonio, se debe interpretar la permanencia del artículo 102 del Código Civil, asu-



miendo la imposibilidad de disolución intrínseca del matrimonio. Para que proceda el divorcio debe concurrir la acreditación del cumplimiento de una causal precisa de terminación del vínculo, como es el cese de la convivencia, y su imprescindible declaración por una tercera persona investida jurídicamente de la autoridad para ello, como ocurre con la sentencia firme de divorcio.

¿Cómo se debe interpretar la subsistencia de la indisolubilidad luego de la introducción del divorcio vincular? El tema se presenta como un problema emergente a partir de la aparente inconsistencia en que incurre el legislador al mantener el carácter de indisoluble del matrimonio, en el marco de una ley que consagra la disolubilidad del vínculo jurídico por medio del divorcio.

El problema expuesto estaría formalmente zanjado desde el momento en que el propio legislador mantuvo el carácter indisoluble del matrimonio contenido en la definición del artículo 102 del Código Civil, sin perjuicio de que también se ha sostenido que al consagrar el divorcio incluso en la modalidad unilateral, el legislador derogó en forma tácita el carácter indisoluble del matrimonio.

Nuestra opinión se inclina por asumir que la permanencia de la indisolubilidad como propiedad del matrimonio, se vincula con la permanencia de su estructura esencial como negocio jurídico, que impide que las y los cónyuges puedan poner término al contrato, requiriendo para concretar tal propósito necesariamente el pronunciamiento de una tercera persona, esto es el juez o jueza de familia, quien verificará el cumplimiento de la causal legalmente requerida. Asimismo, esta visión es concordante con la diferenciación entre disolubilidad extrínseca (por una tercera persona, lo que habilita la LMC) e intrínseca (por las y los cónyuges), lo que es impedido por la propiedad legal de indisolubilidad, aún vigente.

Inscripción del matrimonio y efectos civiles

La inscripción, en tanto trámite administrativo, no provoca efectos civiles en sentido estricto, sino asienta las bases para el pleno reconocimiento del matrimonio, el que existe desde el momento en que se presta válidamente el consentimiento.

Los efectos civiles admiten una diferencia en cuanto al momento a partir del cual se producen. En el caso del matrimonio celebrado en



sede civil son producidos inmediatamente, en tanto los actos de celebración e inscripción son sucesivos dentro de una misma ceremonia. En el matrimonio religioso, en cambio, pueden quedar suspendidos, considerando que la celebración se realiza en un acto y la inscripción en otro, pudiendo entre ambos actos mediar un lapso hasta de ocho días, a menos que se produzca la sucesión inmediata de los actos de celebración e inscripción, lo que es permitido por la ley.

Cabe destacar que la inscripción es un medio privilegiado de prueba de la celebración de los actos jurídicos relevantes para las personas, especialmente si tienen repercusión en terceras personas, ya que provee a los contrayentes de un título de legitimación válido para actuar en el tráfico jurídico de un modo normal y habitual, previniendo la bigamia,¹ y cumpliendo una función genérica de publicidad en beneficio de terceros.

Questiones abiertas por la Ley 21.400
y otras normas legales. Incidentes en aspectos de género
y no discriminación

La entrada en vigor de la Ley de Matrimonio Igualitario abre varias cuestiones relevantes que se relacionan con la dimensión religiosa del matrimonio en nuestro actual sistema. En efecto, dos son los problemas principales que se abren a un debate próximo: la pérdida del carácter explícito del elemento de unidad y la eventual antinomia entre las leyes de matrimonio civil y la de constitución jurídica de entidades religiosas.

El primer problema se materializa con la posibilidad de alegar la legalidad de la poligamia amparada en los preceptos religiosos que así lo permiten respecto de fieles musulmanes, fundado legalmente en el artículo 20 de la Ley 19.638 y en la falta de explicitación de la unidad en la actual redacción del artículo 102 del Código Civil.

El segundo problema remite a la eventual antinomia entre el derecho de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando se pretenda ejercer dicho derecho en la forma religiosa de celebración, en entidades religiosas que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como es el caso de la Iglesia católica, materia que ya cuenta

¹ «Corte Suprema rechaza nulidad de matrimonio por bigamia», *El Mercurio Legal*, 6 de junio de 2012, disponible en <https://bit.ly/3Dz7bs5>.



con algunos precedentes que advierten de un problema inminente.

Matrimonio celebrado en el extranjero y nuevo régimen legal del matrimonio

Algunas situaciones particulares resaltan luego de la entrada en vigor de las leyes de matrimonio civil y de matrimonio igualitario. En este sentido, y en conformidad a las normas locales vigentes, son inválidos en Chile aquellos matrimonios meramente consensuales celebrados en el extranjero, aun cuando se alegue la afectación del *ius connubii*, por cuanto el matrimonio en el derecho civil chileno es un contrato solemne.

En un sentido contrario al indicado precedentemente, tendrán validez en Chile los matrimonios cuya celebración se enmarque en sistemas matrimoniales que reconocen validez a la celebración del matrimonio religioso, siempre que las legislaciones estatales respectivas le reconozcan este carácter y el consiguiente efecto.

Existen también excepciones al principio general sobre la materia, al privilegiar la ley chilena en dos situaciones concretas, cuyo fundamento jurídico es la contravención del orden público del Estado de Chile:

- La primera es una excepción relativa a los requisitos en materia de capacidad matrimonial, en virtud de la cual se prescribe la anulabilidad de los matrimonios celebrados en país extranjero en contravención con las disposiciones contenidas en los artículos 5, 6 y 7 de la misma ley, que regulan las causales de incapacidad matrimonial, proscribiendo los matrimonios celebrados por menores de edad y las uniones polígamas, por citar dos ejemplos (artículo 80 inciso segundo de la LMC).
- La segunda es una excepción referida a la calificación del consentimiento, al negar validez a los matrimonios que se hayan celebrado en el extranjero, sin el consentimiento libre y espontáneo de las o los contrayentes. Se debe tener en vista lo dispuesto por el artículo 8 de la misma ley, en relación con los casos en que falta el consentimiento, para fijar los requisitos que deberán ser cumplidos por las y los contrayentes. Entre estos, aplicará la inclusión del error en las cualidades personales, en los términos utilizados por la Ley 19.947 (artículo 80 inciso final de la LMC).



El concepto de familia y los bienes familiares

Respecto de la comprensión de la voz *familia*, si bien en alguna oportunidad se argumentó que no es posible extender los efectos de los bienes familiares más allá de la existencia de la propia institución en que se funda su existencia, esto es, el matrimonio,² actualmente se entiende que si bien los bienes familiares están previstos legalmente para los casos en que existe matrimonio entre las y los involucrados (lo cual se evidencia en su ubicación regulatoria), lo cierto es que con ellos se intenta proteger más a la familia que a la relación conyugal, sobre todo en situaciones de crisis familiar:

La razón que sirve de fundamento a la posibilidad de afectar bienes con el carácter de familiares, no es la existencia del matrimonio *per se*, sino la posibilidad de surgimiento de conflictos que ocasionen su ruptura, de manera que se trata de una institución que busca amparar la estabilidad de la vivienda de la familia en crisis, que si bien puede funcionar como herramienta preventiva, tiene por objeto tutelar de modo efectivo a aquellos miembros de la familia, que desde un punto de vista patrimonial, en relación a la habitación, queden en peor situación como consecuencia del quiebre matrimonial.³

Luego de un proceso separación, nulidad o divorcio, la familia subsiste, «permaneciendo vigente en relación a los hijos, a quienes la ley busca asegurar su protección con la extensión de sus efectos más allá del término del matrimonio, si se dan los presupuestos legales que justifican tal proceder».⁴ La familia derivada del matrimonio subsiste en relación con los hijos o hijas luego del divorcio y es digna de igual protección que la familia matrimonial que le antecedió y le dio origen.

La interpretación actual sugiere el abandono de la idea de la familia matrimonial como beneficiaria exclusiva y excluyente de los bienes familiares. Se concreta un concepto de familia dinámico e inclusivo tanto de relaciones familiares posteriores al divorcio, como de familias derivadas de vínculos diversos al matrimonio, como ocurre con el acuerdo de unión civil conforme al artículo 15 inciso final de la Ley 20.830. Por

² Voto disidente en sentencia de la Corte Suprema, de 15 de abril de 2009, rol 1086-2009.

³ Sentencia de la Corte Suprema, 14 de enero de 2019, rol 7488-2018.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema, 12 de septiembre de 2011, rol 4316-2011.

lo mismo, y con justa razón, se ha entendido que no se cumple con la finalidad normativa si el inmueble solo se habita por uno los cónyuges y no hay hijos o hijas, pues ha dejado de ser el hogar familiar; en consecuencia, si bien resulta indiscutible que la existencia de una familia no está supeditada al hecho de que existan hijos o hijas, es lo cierto que desde que la pareja se separa, la familia, como tal, no puede entenderse constituida por una sola persona:

La familia, como tal, no puede entenderse constituida por cada uno de los cónyuges individualmente considerados, ya que desde esa perspectiva estaría en condiciones de ser «la familia» tanto uno como el otro cónyuge, siendo esta la situación que se debe analizar a la hora de determinar si se cumple el requisito previsto en el artículo 141 del Código Civil.⁵

Bienes familiares, derechos y acciones

Conforme al artículo 146 del Código Civil, pueden también ser afectados como bienes familiares los derechos o acciones que las o los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia. Esta afectación —que no recae en inmuebles de propiedad de uno de los cónyuges, sino de la sociedad civil o comercial propietaria— pretende evitar que, por medio de una propiedad indirecta, a través de formas societarias, se eluda el estatuto de los bienes familiares (Corral Talciani, 2007: 67).

Lo que se afecta son los derechos en sociedades de personas o las acciones en sociedades de capital que pertenezcan (esos derechos o acciones) a las o los cónyuges conjunta o individualmente, en la medida que la sociedad en cuestión sea la propietaria del inmueble en que reside la familia.

Puede tratarse de sociedades de cualquier naturaleza, civiles o comerciales, colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, anónimas o por acciones, tanto nacionales como extranjeras, y cualquiera sea el

5 Sentencia de la Corte Suprema, 24 de septiembre de 2018, rol 1292018. En igual sentido, entre otras, sentencia de la Corte Suprema, 4 mayo de 2009, rol 1968-09; sentencia de la Corte Suprema, 21 de septiembre 2009, rol 5275-09; sentencia de la Corte Suprema, 8 de julio de 2016, rol 6837-2016; sentencia de la Corte Suprema, 24 de abril de 2019, rol 22177-2018.



valor o cuantía de los derechos o acciones.⁶ La ley no contempla la posibilidad de que se afecten derechos o acciones que las o los cónyuges tengan en sociedades propietarias de bienes muebles que guarnecen el hogar, pues la referencia normativa en este caso es exclusiva a los inmuebles.

La jurisprudencia ha extendido la aplicación del artículo 146 del Código Civil a las empresas individuales de responsabilidad limitada, bajo la consideración de que la ley que las regula —Ley 19.857 de 2003— establece que les son aplicables las disposiciones legales que rigen a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada.⁷ En consecuencia, también pueden afectarse los derechos que la o el cónyuge constituyente o titular tenga en la empresa individual respecto de un bien inmueble transferido inicialmente o adquirido posteriormente por la empresa individual, siempre que constituya residencia principal de la familia.

Formalidades para afectar un determinado bien como bien familiar

La o el cónyuge interesado en afectar un determinado bien como bien familiar debe presentar su demanda individualizando completamente el bien inmueble, especialmente en cuanto al dominio, y justificando su carácter de residencia principal. La demanda se tramita conforme al procedimiento ordinario aplicable a todos los asuntos contenciosos regulados en los artículos 55 y siguientes de la Ley 19.968. La sola afectación del inmueble que sirve de residencia principal de la familia no implica de modo automático la afectación de los bienes muebles que lo guarnecen si no se ha solicitado y obtenido simultáneamente su afectación (Corral Talciani, 2007: 51; Schmidt Hott, 2004: 239), razón por la cual será necesario que la demanda aluda a ellos.

Explica Ramos Pazos (2005: 337 y 338) que, para algunos autores es necesario presentar conjuntamente con la demanda un inventario de los bienes muebles, los que deberán aparecer individualizados en la resolución declarativa respectiva, dando satisfacción con ello a un principio mínimo de seguridad jurídica; en cambio, para otros, no es necesario

⁶ Corral Talciani (2007: 54) plantea, sin embargo, la improcedencia de la afectación parcial de una parte de esos derechos o acciones.

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 25 de junio de 2009, rol 192-2009.

ni conveniente tal nivel de individualización, por cuanto se trata más bien de una universalidad de hecho cuya individualización no ha sido requerida por el legislador y que puede ir variando en su composición con el tiempo.

En cuanto a su composición, se entiende por «muebles que la guarnecen» los bienes a que hace referencia el artículo 574 del Código Civil referido a los bienes que forman el ajuar de una casa. La Corte Suprema ha sentenciado, con base en los artículos 574 y 1121 del Código Civil, que se colige que los bienes muebles de una casa o los que guarnecen la residencia familiar son aquellos que la visten y se encuentran en ella, con excepción de los que tienen un carácter personal o profesional; es evidente que la institución de los bienes familiares se orienta a no privar a la familia de su vivienda y amoblado, esto es, a mantener, en la medida de lo posible, la estabilidad del ambiente familiar, sin distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son.⁸

Presentada la demanda, la judicatura debe citar a los interesados a la audiencia preparatoria. Cuando la familia tiene hijos o hijas, el tribunal podría citar y oír a aquellos que tienen suficiente juicio y discernimiento, dado su evidente interés en el asunto como miembros de la familia y considerando que de ese modo se posibilita— en términos del artículo 16 de la Ley 19.968— el ejercicio y goce efectivo de sus derechos y garantías, entre ellas su participación en los asuntos que le conciernen. Si no se formula oposición el tribunal debe resolver en la misma audiencia.

Formulada oposición, o si el juez estima que faltan antecedentes para resolver, citará a la audiencia de juicio y probados los requisitos que se establecen en el inciso primero del artículo 141 del Código Civil, esto es, que el inmueble es de propiedad de algunos de las o los cónyuges y que sirve de residencia principal de la familia, declarará el inmueble y los muebles que lo guarnecen —si así se ha pedido— como bienes familiares. Desde que queda ejecutoriada la sentencia definitiva respectiva los bienes adquieren, en forma definitiva, el carácter de bienes familiares.

Para impedir que la o el cónyuge propietario pueda frustrar la solicitud mientras se resuelve sobre la afectación en la sentencia definitiva, el legislador establece que la sola interposición de la demanda transformará, provisoriamente, en familiar el bien de que se trate. Se produce, por tanto, una afectación legal de naturaleza provisoria, en la que no media

⁸ Sentencia de la Corte Suprema, 31 de mayo de 2007, rol 1245-07.

intervención del juez o jueza y que opera aún antes de ser notificada la demanda. El juez o jueza en su primera resolución debe disponer que se anote al margen de la inscripción del inmueble la precedente circunstancia, lo que obviamente solo se producirá respecto del inmueble, pues los muebles por su naturaleza no están sometidos a sistema registral. El Conservador de Bienes Raíces practicará la subscripción con el solo mérito del decreto que, de oficio, le notificará el tribunal.

Problemas interpretativos sobre la desafectación de bienes familiares

Se han generado dudas interpretativas en relación con el último inciso del artículo 145 del Código Civil agregado por la LMC, que dispone:

Igual regla se aplicará si el matrimonio se ha declarado nulo, o ha terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. En tales casos, el propietario del bien familiar o cualquiera de sus causahabientes deberá formular al juez la petición correspondiente.

La expresión «igual regla» que emplea este nuevo inciso es la que genera dudas interpretativas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Estas dudas inciden en una indeterminación de la solución normativa, respecto de los requisitos de procedencia de la solicitud de desafectación de bienes que, al tiempo de la sentencia de nulidad o divorcio, estaban constituidos en bienes familiares.

Podría entenderse que «igual regla» a la del inciso segundo se aplicara en caso de nulidad de matrimonio o divorcio, en términos que la o el excónyuge propietario puede pedir la desafectación fundado en que el bien no está destinado a los fines del artículo 141 del Código Civil, lo que siempre deberá probar. También podría considerarse que en el caso de nulidad o divorcio, «igual regla» se refiere a la necesidad de iniciar ante un juez o jueza competente un proceso de desafectación en base al antecedente objetivo de las sentencias de nulidad o divorcio, sin ser necesario acreditar otras circunstancias.

La Corte Suprema,⁹ en sentencia de abril de 2009 —desde ahí es doctrina constante—, desestimó un recurso y confirmó el fallo de apelación señalando que es un hecho establecido y no cuestionado por el recu-

9 Sentencia de la Corte Suprema, 15 de abril de 2009, rol 1086-09.

rente, que el inmueble declarado bien familiar constituye la residencia principal de la familia, al continuar viviendo allí la demandada y el hijo de las partes, circunstancia que justifica el proceder de los jueces del fondo en orden a asegurar la protección que la ley le brinda a este y a la excónyuge que tiene a su cargo el menor. Refiriéndose en específico a la institución de los bienes familiares la Corte expresó:

Que si bien ella está prevista para los casos en que existe matrimonio entre los involucrados, lo cierto es que con ella se intenta asegurar a la familia mediante la subsistencia en su poder de bienes indispensables para su desarrollo y existencia, prescindiendo del derecho de dominio que sobre los mismos tenga uno de los cónyuges. En efecto, este instituto pretende asegurar a la familia un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar la vida con normalidad, ejerciendo los roles y funciones que les correspondan, aun después de disuelto el matrimonio, a fin de evitar el desarraigo de la que ha sido la residencia principal de esta (considerando séptimo).

Añadió la Corte que «constituye también una garantía o forma de protección para el cónyuge más débil o para el que tenga el cuidado de los hijos, en casos de separación de hecho o de disolución del matrimonio».

Prueba de los bienes que componen el patrimonio originario

Dispone el artículo 1792-11 del Código Civil que, al momento de pactar el régimen de participación en los gananciales, deberá efectuarse un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario. Se trata de una medida de protección a los intereses de las y los cónyuges, pues su objeto es preconstituir la prueba del patrimonio originario (Vidal Olivares, 2004: 426). A falta de inventario, el patrimonio originario puede probarse mediante otros instrumentos, tales como registros, facturas o títulos de crédito. Serán admitidos otros medios de prueba si se demuestra que, atendidas las circunstancias, no se estuvo en situación de procurarse un instrumento, lo que supone probar previamente si se ha estado imposibilitado de obtener un instrumento en el que conste el dominio del bien.



Terminación del matrimonio y sistemas legales: Ponderación judicial

El sistema matrimonial chileno reconoce la validez del matrimonio religioso celebrado en sede eclesiástica, en lo que al momento constitutivo refiere y en la medida de que sean cumplidos los demás requisitos legales. La situación enfrentada por la jueza o juez en el momento de la dictación de una sentencia que declara el divorcio de dos personas que celebraron matrimonio civil en forma religiosa, se resuelve de la siguiente manera:

- La sentencia de divorcio no debe pronunciarse respecto de la validez del matrimonio religioso, en sus aspectos sustantivos referidos al *corpus* de creencias de la entidad en cuya sede y formato se ha celebrado el matrimonio.
- Procede que, sobre el caso, el juez declare el cese de los efectos civiles del matrimonio válidamente celebrado, por eficacia de la demanda de divorcio cumplidos que sean los requisitos legales de procedencia de la acción.

Hechos a probar para la procedencia de la compensación económica

A partir de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley de Matrimonio Civil se han determinado las exigencias o elementos legales de procedencia de la compensación económica. Tales exigencias constituyen una red causal de condicionantes (Acuña San Martín, 2019: 330 y ss.), de modo tal que la concurrencia de todas ellas habilita al juez o jueza para acoger la demanda de compensación. Desde el punto de vista probatorio, esas exigencias o elementos legales constituyen los hechos a probar por el demandante de compensación.

La Corte Suprema reiteradamente ha venido confirmando lo anterior, así en sentencia de noviembre de 2022:

La institución de que se trata está establecida de manera tal que es necesario que el solicitante pruebe que durante el matrimonio, o parte de él, se dedicó al cuidado de los hijos y, si no los hubo, a las labores necesarias para mantener el hogar común, resultando indiferente que lo haya sido por decisión personal o porque las circunstancias del matrimonio se lo exigieron; que como consecuencia de lo anterior no pudo desarrollar una



actividad económica ya que las labores propias del hogar o el cuidado de los hijos le requirió una dedicación total, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, provocándole un obstáculo parcial para desarrollar plenamente una actividad económica; y, por último, que de lo anterior resulte o se provoque un detrimento de carácter patrimonial.¹⁰

La convivencia efectiva como criterio a ponderar judicialmente en la cuantificación del menoscabo

En la cuantificación judicial del menoscabo resulta central el periodo de convivencia efectiva —más allá del matrimonio—, entendiéndose que mientras más extensa sea, más probabilidades de menoscabo habrá. La ponderación judicial de esa convivencia efectiva está enunciada en el artículo 62 de la Ley de Matrimonio civil: «la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges» y exige observar en forma amplia no solo el periodo formal de duración del matrimonio, sino todo el periodo de relación, que puede ser más extenso o muy breve.

Al respecto, se ha expresado que pueden presentarse dos eventos: que al matrimonio haya precedido convivencia prematrimonial durante la cual se han producido los presupuestos del menoscabo económico, en cuyo caso ambos periodos serán relevantes a efectos de la compensación; o que la convivencia matrimonial haya cesado por separación, aun cuando se mantenga formalmente el vínculo, en cuyo caso, lo relevante no será la duración formal del matrimonio, sino la convivencia efectiva. En definitiva, la duración del matrimonio no puede observarse desligada de la vida en común o convivencia efectiva (Acuña San Martín, 2019: 352 y 353).

En sentencia de la Corte Suprema se refuerza la idea señalando:

El periodo de la convivencia de los cónyuges aparece como central en su análisis, a los efectos de determinar la existencia del menoscabo y su cuantificación, entendiendo que mientras más extensa ella sea, más probabilidades de menoscabo se dan, no así, cuando la convivencia es muy breve, aunque la duración del matrimonio se ha ya extendido por largos años.¹¹

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema, 8 de noviembre de 2022, rol 4659-2022. En igual sentido sentencia de la Corte Suprema, 28 de septiembre de 2022, rol 46610-2022.

¹¹ Sentencia de la Corte Suprema, 17 de agosto de 2022, rol 91561-2021.

Glosario

El glosario que se desarrolla a continuación entrega —ordenados alfabéticamente— algunos conceptos y definiciones frecuentemente utilizados en el estudio de las materias de derecho matrimonial y, en general, de la persona y la familia. Las voces seleccionadas han sido extraídas del texto central de este trabajo. En cada caso, para establecer la autoría de las definiciones o conceptos, debe considerarse la respectiva referencia en el cuerpo central del material docente, toda vez que algunas han sido redactadas por los autores y otras corresponden a distintos autores o autoras indicados en cada cita.

Abandono de hecho: Aquel originado en la voluntad de uno de los cónyuges y, frecuentemente, unido a una conducta transgresora de los deberes matrimoniales.

Abandono de hecho recíproco: Aquel que tiene lugar cuando, sin mediar pacto previo o declaración conjunta de voluntad, ambos cónyuges dejan de cumplir sus obligaciones recíprocas, sin que necesariamente dicho incumplimiento sea idéntico o proporcional.

Acuerdo de unión civil (AUC): Pacto civil de convivencia suscrito por dos contrayentes legalmente capaces, de igual o distinto sexo o género, que de manera libre y cumpliendo las normas fijadas por la ley formalizan jurídicamente una relación de pareja.

Bienes familiares: Bienes muebles e inmuebles que cumplen una función familiar asistencial directa, al permitir y favorecer la convivencia familiar por constituir la residencia principal de la familia y satisfacer sus necesidades vitales más inmediatas, como el alojamiento y la convivencia diaria. Son bienes familiares el inmueble de propiedad de cualquiera de las o los cónyuges que sirva de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen y que han sido declarados así por sentencia judicial.

Cese de la convivencia: Separación personal voluntaria de dos personas unidas por el vínculo matrimonial, quienes cesan la vida conyugal y los actos propios que le otorgan dicho carácter, en especial las relaciones sexuales. Si este acuerdo de separación existe, deberá constar

por escrito en escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario u oficial del Registro Civil, o mediante transacción aprobada judicialmente.

Cohabitación o convivencia estable: Hecho jurídico sobre el cual se asienta el estado matrimonial, permitiendo la satisfacción de los fines tradicionales y contemporáneos de la institución. La convivencia de los cónyuges evidencia el implícito de la realización de las acciones afectivas y las relaciones sexuales («débito conyugal») que determinan la especificidad nuclear del matrimonio, además de los fines de protección y ayuda mutua.

Compensación económica: Derecho de familia que asiste al cónyuge que durante el matrimonio ha sufrido un menoscabo económico al no haber podido desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería, por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común, para exigir del otro, al tiempo de la nulidad o divorcio, una prestación económica que corrija su carencia.

Convenio o acuerdo regulador: Negocio jurídico propio del derecho de familia en virtud del cual las o los cónyuges regulan las consecuencias derivadas de la separación.

Convenciones o capitulaciones matrimoniales: Acuerdos de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración.

Consentimiento matrimonial: Concordancia de las declaraciones de voluntad de ambos contrayentes de querer contraer matrimonio, como acto jurídico.

Deber de ayuda mutua: Cuidados y atenciones personales constantes que las o los cónyuges deben darse durante la vigencia del matrimonio, en especial en situaciones difíciles. Representa una evidencia de la solidaridad conyugal recogida como finalidad del matrimonio.

Deber de socorro recíproco: Obligación que pesa sobre las y los cónyuges de darse alimentos. La forma de satisfacer este deber depende del régimen económico del matrimonio y de la situación convivencial.

Divorcio: Término del vínculo matrimonial a partir de una declaración judicial basada en la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas y que permite a quienes un día fueron cónyuges volver a contraer libremente un nuevo matrimonio, igualmente válido ante el derecho. Solo puede existir cuando ha sido declarado judicialmente.

Divorcio de hecho: Mera separación de cuerpos a la cual las o los cónyuges atribuyen el efecto de disolver el vínculo matrimonial que los une.

Efectos personales: Aquellos que rigen solo en la perspectiva interna de la comunidad de vida conyugal sin trascendencia exterior y se han caracterizado tradicionalmente por su marcado contenido ético, lo cual exige apreciarlos conforme a los valores sociales de cada momento histórico, sin restarle juridicidad. Entran en esta categoría los deberes recíprocos de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respecto y protección, vivir en el hogar común, cohabitación y auxilios y expensas para la *litis*.

Estado matrimonial: Situación espacio-temporal que se constituye a partir de la celebración matrimonial, que se convierte en estado civil cuando es regulado por el derecho y está marcada por la convivencia conyugal.

Fidelidad: Propiedad del matrimonio constituida por el propósito de ambos o ambas cónyuges de sostener relaciones sexuales, con carácter de habitualidad, exclusividad y respeto mutuo. La habitualidad implica que las relaciones sexuales deben sucederse en el tiempo y la exclusividad, que tales relaciones deben producirse exclusivamente entre las y los dos cónyuges de un modo consentido.

Ganancial: Diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge. Son utilidades económicas obtenidas a título oneroso, de modo que solo se considera el aumento obtenido por cada cónyuge que tenga como antecedente una causa o título oneroso.

Género: Significados culturales que acepta el cuerpo sexuado, relacionándose por tanto con aspectos de origen social y no meramente biológicos, que dan cuenta de lo que la sociedad espera de una persona por la forma corporal que posee, dando así origen a roles, pautas y normas de comportamiento socialmente condicionados.

Homosexualidad: Orientación sexual de una persona y con el comportamiento sexual asumido, caracterizándose por la atracción sexual preferencial por las personas del mismo sexo y por un débil o nulo interés e impulso erótico por el sexo opuesto, derivando en la preferencia por la compañía sexual de una persona del mismo sexo o, en un sentido más comprensivo, del mismo género.

Información: Acto en el que dos testigos dan fe del hecho de no afectar

impedimentos a dos personas que desean contraer matrimonio.

Manifestación: Acto personalísimo en que dos personas capaces interesadas en celebrar el matrimonio dan a conocer al oficial del Registro Civil su voluntad de contraerlo en conformidad a la ley. Tiene validez tanto para la ceremonia que se realizará en el propio Registro Civil como ante una entidad religiosa.

Matrimonio: Estatuto legal basado en un contrato solemne que regula las relaciones entre dos personas, justificado por el alto interés social comprometido y por el cual vela el Estado en función del bien común. Debe cumplir con determinadas formalidades y requisitos para que produzca efectos civiles, como el consentimiento libre y espontáneo de las o los contrayentes el que se debe expresar ante una determinada autoridad bajo las formas prefijadas o establecidas en la ley, con el propósito de celebrar este contrato y no otro por lo que se exige que las y los contrayentes conozcan cuáles son los derechos y deberes a que se comprometen.

Matrimonio igualitario: Denominación usual para referirse al matrimonio civil desprovisto del elemento de diferencia de sexo y centrado, por tanto, en el vínculo jurídico que se establece entre dos personas que, independientemente de su sexo o género, expresan su voluntad para convivir y formar una familia.

Matrimonio simulado: Pacto que excluye deliberadamente de la producción de los efectos que el ordenamiento jurídico le atribuye al matrimonio, por lo que no puede exigirse el cumplimiento de los deberes anexos al estatus de cónyuge.

Matrimonio temporal o de conveniencia: Matrimonio celebrado por un lapso determinado, como el que se aprecia en los matrimonios previamente concertados, simulados o de complacencia, que persiguen principal o únicamente otorgar la nacionalidad de uno de los cónyuges al otro.

Orientación sexual: Preferencia sexual del individuo, establecida principalmente, pero no exclusivamente, en la adolescencia, pudiendo ser genéricamente homosexual, heterosexual, bisexual, no binario y otras expresiones contemporáneamente identificadas.

Pacto conyugal: Acto recíproco de voluntad entre los contrayentes que da origen al vínculo o unión matrimonial.



Pacto o alianza matrimonial: Acto recíproco de voluntad de los contrayentes, que constituye el punto de partida y origen por tanto del vínculo o estado matrimonial, el cual por su propia naturaleza perdura en el tiempo.

Perspectiva de género: Tendencia ideológica o corriente de pensamiento contemporánea que destaca que la diversidad de modelos identitarios de pareja y de familia vigentes se deben traducir en una propuesta igualitaria de conformación de la pareja, sin roles preestablecidos y con autodeterminación de la identidad genérica en relación con los afectos concurrentes como con el tipo de relación que se construye entre los cónyuges, definiendo al vínculo como un pacto entre dos individuos que buscan su plena realización a través del amor.

Preparación para el matrimonio: Refiere a la realización de cursos de preparación para el matrimonio dictados por el Servicio de Registro Civil e Identificación o por otras entidades indicadas en la LMC, cuyo objetivo es promover la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial con el fin de contribuir a que las personas que deseen formar una familia conozcan las responsabilidades que asumirán de la forma más conveniente para acometer con éxito las exigencias de la vida en común.

Recompensas: Indemnizaciones pecuniarias a que los patrimonios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, están obligados entre sí. Emanan de la existencia de un activo y un pasivo relativo de la sociedad conyugal, al existir bienes que entran a la sociedad generando un crédito a favor del cónyuge aportante y deudas personales que la sociedad está obligada a pagar con derecho a reembolsarse. Existen, por tanto, recompensas de la sociedad a favor de la o el cónyuge; de los cónyuges entre sí; y de la o el cónyuge a favor de la sociedad.

Reconciliación: Remoción por propia voluntad de las y los cónyuges de las causas legales que permitieron solicitar la separación, mediante la recuperación de la armonía o normalidad conyugal, que encuentra su cauce habitual en la convivencia matrimonial.

Régimen de participación en los gananciales: Régimen económico del matrimonio en que los patrimonios de las y los cónyuges se mantienen separados y cada uno administra, goza y dispone libremente durante el estado matrimonial, pero una vez disuelto el régimen se compensa el valor de los gananciales obtenidos hasta concurrencia de

los de menor valor, y la o el cónyuge que obtuvo menos tiene derecho a participar en la mitad del excedente del que obtuvo más.

Regímenes económicos del matrimonio o regímenes patrimoniales matrimoniales: Estatutos jurídicos que reglan las relaciones pecuniaras de las o los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

Requisitos de validez: Requisitos legalmente exigidos para que el contrato matrimonial produzca efectos civiles. Comprenden la capacidad legal de los contrayentes, la manifestación del consentimiento en forma libre y espontánea y el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley.

Renuncia a los gananciales: Derecho que compete a la mujer, o a sus herederos o herederas, que se ejerce mediante un acto jurídico unilateral en que manifiesta su voluntad de no llevar parte alguna de los gananciales habidos durante la sociedad conyugal. En el caso de la mujer, la renuncia es total e irrevocable y puede ejercerse siempre que no haya entrado a su patrimonio parte alguna del haber social a título de gananciales, mientras que las y los herederos de la mujer pueden efectuar una renuncia parcial.

Separación causal: Modalidad de separación matrimonial que aplica cuando se acredita una falta imputable a un cónyuge, pudiendo la separación judicial ser demandada por la otra u otro cónyuge. En este caso la acción para demandar la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal respectiva, tiene un carácter irrenunciable y no podrá invocarse el adulterio, cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

Separación convencional: Modalidad de separación matrimonial que tiene lugar cuando se produce el cese de la convivencia, pudiendo cualquiera de las o los cónyuges solicitar al tribunal que declare la separación.

Separación conyugal: Ruptura de la comunidad de vida establecida por dos personas unidas por el matrimonio. Conlleva una suspensión de la vida en común, permaneciendo ambos cónyuges casados, razón por la cual la ineficacia que produce no es definitiva, ya que no pueden contraer nuevo matrimonio como sí ocurre en los casos de nulidad y divorcio.

Separación de bienes: Régimen en virtud del cual los cónyuges administran con plena independencia el uno del otro, los bienes que te-



nían antes del matrimonio, los que adquieran durante este a cualquier título y los que resulten de la liquidación de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre ellos y los que adquieran, durante el régimen.

Separación de hecho: Situación fáctica, caracterizada por la simple separación de cuerpos ocurrida entre las o los cónyuges, unido en la mayoría de los casos a un distanciamiento físico de uno de ellos respecto de la residencia común.

Separación judicial: Separación de los cónyuges que se caracteriza por tener su origen en una declaración judicial, cumplidos que sean los presupuestos legales de procedencia. Se puede solicitar al tribunal cuando concurra y sea acreditada una falta imputable a la otra u otro cónyuge o cuando hubiere cesado la convivencia, razón por la cual se puede hablar de separación causal en el primer caso y de separación convencional en el segundo.

Separación judicial de bienes: Se produce en virtud de una resolución judicial de carácter ejecutoriada en un juicio seguido por la mujer en contra del marido cuando están casados bajo el régimen de sociedad conyugal. Solo la mujer puede demandar la separación judicial de bienes, pues en general está establecida como una medida de protección contra los actos del marido que es jefe de la sociedad conyugal.

Sistema matrimonial: Ordenación jurídica del matrimonio realizada por el Estado para delimitar los términos de la obligatoriedad y eficacia de los diversos regímenes matrimoniales que concurren en el seno de un ordenamiento (civiles, religiosos, o civiles y religiosos al mismo tiempo).

Sociedad conyugal: Régimen legal de comunidad de bienes que forman personas de distinto sexo por el hecho de contraer matrimonio. Por regla general, la administración de la sociedad conyugal corresponde al marido y, excepcionalmente, a la mujer.

Subrogación: Mecanismo que tiene por objeto conservar la integridad del patrimonio de la o el cónyuge, evitando que los bienes adquiridos con dineros propios sean sociales. Consiste en la sustitución de un inmueble a otro o a valores que pasan a ocupar la situación jurídica del bien anterior o anteriores.

Transexual: Persona que cambia su identidad de género.

Unión civil no matrimonial: Pactos civiles reguladores de la convivencia con voluntad de permanencia, que ordenan la vida futura de dos

individuos adultos bajo un mismo techo, normando los distintos aspectos de su vida en común.

Unión de pareja: Relación estable de cohabitación sexual y domiciliar o territorialmente establecida entre dos personas, reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que eventualmente pueda ser generada o adoptada.

Vida en común: Convivencia en una misma vivienda de dos personas de un modo racional y con una prudente consideración de las dificultades cotidianas de la convivencia.



Referencias

- Acuña San Martín, Marcela (2011). «Régimen de constitución de los bienes familiares en Chile: ¿Un sistema judicial y registral pertinente?». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 725: 1493-1517.
- . (2019). *Efectos jurídicos del divorcio*. 2.^a ed. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2021). «Criterios judiciales recientes de afectación y desafectación de bienes familiares en caso de divorcio». En Alejandra Illanes y Álvaro Olivares (directores), *Estudios de derecho de familia V* (pp. 477-492). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aedo Barrena, Cristian y Alexis Mondaca (2016). «Régimen económico del matrimonio». En Jorge del Picó (director), *Derecho de Familia* (pp. 235-416). Santiago: Thomson Reuters.
- Arcos Vieira, María Luisa (2000). *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*. Madrid: Aranzadi.
- Barrientos Grandón, Javier (2011). *Derecho de las personas: El derecho matrimonial*. Santiago: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- . (2013). *Código de la familia*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing.
- Barrientos Grandón, Javier y Aránzazu Novales Alquézar (2004). *Nuevo derecho matrimonial chileno*. 2.^a ed. Santiago: Lexis Nexis.
- Barros, Enrique (1991). «Por un nuevo régimen de bienes del matrimonio». *Estudios Públicos*, 43: 139-166.
- Beloff, Mary (2013). «Comentarios al artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos». En Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Santiago: Fundación Konrad Adenauer/Tribunal Constitucional de Chile.
- Bertoni, Eduardo y Carlos Zelada (2014). «Artículo 11 Protección de la honra y de la dignidad». En Christian Steiner y Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (pp. 282-284). Santiago: Fundación Konrad Adenauer/Tribunal Constitucional de Chile.

- Bianchi, Paolo (2005). *¿Cuándo es nulo el matrimonio?* Traducción de Javier Ferrer Ortiz. Pamplona: EUNSA.
- Butler, Judith (2007). *El género en disputa*. Barcelona: Paidós.
- Castán Tobeñas, José (1994). *Derecho civil español, común y foral, V, Derecho de familia, vol. 1*. Madrid: Reus.
- Céspedes, Carlos y David Vargas (2008). «Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación de Chile y España». *Revista Chilena de Derecho*, 35 (3): 439-462.
- Claro Solar, Luis (1931). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo I*. Santiago: Cervantes.
- Corral Talciani, Hernán (2001). *Ley de Divorcio. Las razones de un no*. Santiago: Universidad de los Andes.
- . (2005). «La familia en los 150 años del Código Civil chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 32 (3): 429-438.
- . (2007a). «La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial». *Revista Chilena de Derecho*, 34 (1): 23-40.
- . (2007b). *Bienes familiares y participación en los gananciales*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Cicu, Antonio (1947). *El derecho de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Court Murasso, Eduardo (2004). *Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Santiago: Legis.
- De Ruggiero, Roberto (1978). *Instituciones de derecho civil. Tomo II, volumen II*. Trad. de la 4.^a ed. italiana por Ramón Serrano y José Santa Cruz. Madrid: Reus.
- Del Picó Rubio, Jorge (2013). *Régimen legal de las Iglesias y otras entidades religiosas*. Santiago: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- . (2015). *Derecho matrimonial chileno*. 2.^a ed. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2019). *Tratado de derecho conyugal*. Santiago: Thomson Reuters.
- Diez-Picazo, Luis (1984). *Familia y derecho*. Madrid: Civitas.
- Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón (2012). *Sistema de derecho civil. Volumen IV. Tomo I. Derecho de familia*. 11.^a ed. Madrid: Tecnos.
- Domínguez, Carmen, Hernán Corral, Carlos Peña y Cristian Maturana (2004). *Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- Domínguez Martínez, Jorge (2009). *Derecho civil (familia)*. México: Porrúa.

- Duch, Lluís y Joan Carles Mèlich (2009). *Ambigüedad del amor*. Madrid: Trotta.
- Estrada Alonso, Eduardo (1986). *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*. Madrid: Civitas.
- Ferrer Ortiz, Javier (coordinador) (1986). *El matrimonio canónico en el ordenamiento español*. Pamplona: Eunsa.
- . (1994). «El sistema matrimonial». En Jorge de Otaduy (coordinador), *Tratado de derecho eclesiástico*. Pamplona: Eunsa.
- Gómez de la Torre, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (directora) (2013). *Parejas homosexuales: ¿Unión civil o matrimonial?* Santiago: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- González Castillo, Joel (2012). *La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro (director científico) (2017). *Aportaciones adicionales a nuevos horizontes en el derecho privado*. Valparaíso: Universitarias de Valparaíso.
- Hernández Paulsen, Gabriel (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Santiago: Arcis.
- Hernández Paulsen, Gabriel y Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores) (2016). *Estudios sobre la nueva Ley de Acuerdo de Unión Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- Herane Vives, Francisco (2006). «Reparación por incumplimiento de los deberes matrimoniales». En Hernán Corral y María Rodríguez (coordinadores), *Estudios de derecho civil II* (pp. 181-193). Santiago: Lexis Nexis.
- Hunter Ampuero, Iván (2015). «La prueba de la infidelidad en el divorcio culposo: Un caso de dificultad probatoria explicada con un caso real». *Revista de Derecho de Familia*, 3 (7): 83-108.
- Labaca Zabala, María Lourdes (2004). *La familia polígama islámica en la legislación española* [Tesis doctoral]. Universidad de Oviedo.
- Lacruz Berdejo, José Luis (2010). *Elementos de derecho civil*. Parte general, volumen II. Madrid: Civitas.
- Lepin Molina, Cristián (2013). *Compensación económica. Doctrinas esenciales*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing.
- López Burniol, Juan José (1989). «Concepto, naturaleza y contenido del convenio regulador de las relaciones conyugales paternofiliales y pa-

- trimoniales». En Pedro Juan Viladrich Bataller (coordinador), *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*. Pamplona: EUNSA.
- López Guzmán, José (2016). *Transexualismo y salud integral de la persona*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Martínez de Aguirre, Carlos (coordinador) (2008). *Curso de derecho civil IV: Derecho de familia..* 2.^a ed. Madrid: Colex.
- . (1996). *Diagnóstico sobre el derecho de familia*. Madrid: Rialp.
- Medina, Graciela (2001). *Uniones de hecho. Homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Mondaca Miranda, Alexis (2014). «Evolución legislativa de los vicios de voluntad a propósito del matrimonio». *Revista de Derecho de Familia*, 3: 99-138.
- . (2015). *El error en las cualidades en el derecho matrimonial chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2016). «Efectos del matrimonio, aspectos generales y efectos personales». En Jorge del Picó (director), *Derecho de familia* (pp. 157-168). Santiago: Thomson Reuters.
- Mondaca Miranda, Alexis y Cristián Aedo (editores) (2019). *Estudios de derecho de familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales*. Santiago: Thomson Reuters.
- Noriega, José (2005). *El destino del Eros*. Madrid: Palabra.
- Orrego Acuña, Juan (2004). *Análisis de la nueva Ley de Matrimonio Civil*. Santiago: Metropolitana.
- . (2004). *La compensación económica en la ley de matrimonio civil*. *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae), 8: 133-150.
- Pérez Adán, José y Javier Ros Codoñer (2003). *Sociología de la familia y de la sexualidad*. Valencia: Edicep.
- Pizarro Wilson, Carlos (2009). «El pago de la compensación económica en la jurisprudencia nacional». En Marcelo Rojas Vásquez (editor), *Cuadernos de análisis jurídico* (pp. 149-162). Santiago: Universidad Diego Portales.
- . (2009). «La cuantía de la compensación económica». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 22: 35-54.
- Prieto Martínez, Vicente (2008). *Libertad religiosa y confesiones*. Bogotá: Temis.
- Ramos Pazos, René (2005). *Derecho de familia, Tomo I*. 5.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2007) *Derecho de familia, Tomo II*. Santiago: Jurídica de Chile.

- Riveros Ferrada, Carolina (2018). *La compensación económica*. Santiago: DER.
- Roca Trías, Encarna (2006). «Derecho ante la diversidad de formas familiares en el siglo XXI». *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 41: 7-30.
- Rodríguez, María Sara (2017). *Manual de derecho de familia*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Rodríguez Grez, Pablo (2009). «Ley de Matrimonio Civil: Interpretación, efectos e insuficiencias». *Actualidad Jurídica*, 20: 365-444.
- Rodríguez Duplá, Leonardo (2019). *La primacía del amor. Estudios sobre la ética y la antropología de Max Scheler*. Madrid: Avarigani.
- . (2014). *Regímenes patrimoniales*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Rodríguez, María Sara (2017). *Manual de derecho de familia*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Roig, Montserrat (1985). *El feminismo*. Barcelona: Salvat.
- Ruiz Tagle, Pablo (1990). «Un lugar para el amor en el Estado liberal». En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (pp. 29-45). Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.
- Secretaría de Género del Poder Judicial (2018). *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Disponible en <https://bit.ly/3PP58HJ>.
- Siles, Catalina y Claudio Alvarado (2014). *Matrimonio en disputa: 5 claves para el debate*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Schmidt Hott, Claudia (1995). «Los sistemas económicos del matrimonio». *Gaceta Jurídica*, 182: 17-36.
- . (2004). *Instituciones de derecho de familia*. Santiago: Lexis Nexis.
- Svensson, Manfred y Catalina Siles (2014). *Vivir juntos. Reflexiones sobre la convivencia en Chile*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Tapia, Mauricio (2007). «Análisis crítico del proyecto de reforma a la sociedad conyugal y creación del régimen de comunidad de gananciales». *Boletín Microjuris* 199. Disponible en <https://bit.ly/3MKXhZ>
- . (2011). «Del derecho de familia hacia un derecho de las familias». En Hernán Corral (coordinador), *Estudios de derecho civil, tomo V* (pp. 35-42). Santiago: Abeledo Perrot.
- Tavares da Silva, Regina y Úrsula Basset (2018). *Familia e pessoa: Uma questao de principios*. Sao Paulo: YK.
- Tena Piazuelo, Isaac (2000). *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

- Tomasello Hart, Leslie (1995). *El régimen de participación en los gananciales. La reforma de la Ley 19.335*. Santiago: Jurídica Conosur.
- Troncoso Larronde, Hernán (2007). *Derecho de familia*. 10.^a edición. Santiago: Lexis Nexis.
- Turner Saelzer, Susan (2006). «Las circunstancias del artículo 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil: Naturaleza y función». En Juan Andrés Varas y Susan Turner, *Estudios de derecho civil* (pp. 481-507). Santiago: Lexis Nexis.
- Turner Saelzer, Susan y Juan Varas (2014). *Estudios de derecho civil IX*. Santiago: Thomson Reuters/Legal Publishing.
- Valdés, Ximena y Teresa Valdés (editoras) (2005). *Familia y vida privada*. Santiago: Flacso.
- Vargas Aravena, David (2015). «Del resarcimiento en Chile de los daños causados en el matrimonio». *Ius et Praxis*, 21 (1): 57-100.
- Vélez-Pelligrini, Laurentino (2008). *Minorías sexuales y sociología de la diferencia. Gays, lesbianas y transexuales ante el debate identitarios*. Barcelona: Montesinos/Ediciones de Intervención Cultural.
- Veloso Valenzuela, Paulina (2006). «Algunas reflexiones sobre la compensación económica». *Actualidad Jurídica*, 13: 171-187.
- . (2011). *Derecho de familia. Tratado de jurisprudencia y doctrina, Tomos I, II y III*. Santiago: Thomson Reuters.
- Vidal Olivares, Álvaro (2004). «La participación en los gananciales. Estudio del régimen económico matrimonial y de su inserción en el sistema de regímenes económicos en derecho de la familia chileno». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), 45: 417-471.
- . (coordinador) (2006). *El nuevo derecho chileno del matrimonio*. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2007). «La compensación económica. Autonomía privada y tutela judicial». *Derecho Mayor*, 6: 195-207.
- . (2008). «La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial». *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), 31: 289-321.
- . (2009a). «Forma de pago y protección del derecho a la compensación económica por divorcio o nulidad». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 12: 69-99.
- . (2009b). «La compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica». En Marcelo Rojas Vásquez (editor), *Cua-*

- dermos de análisis jurídico* (pp. 17-77). Santiago: Universidad Diego Portales.
- Viladrich Bataller, Pedro Juan (1997). *La agonía del matrimonio legal*. Pamplona: EUNSA.
- Villagrasa Alcaide, Carlos (coordinador) (2011). *Derecho de familia*. Barcelona: Bosch.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano y Matilde Cuenca Casas (directores) (2017). *Tratado de derecho de la familia, volumen II. Las crisis matrimoniales*. Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor.
- Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis (2019). *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*. Madrid: Wolters Kluwer/Bosch.



Derecho matrimonial
Jorge del Picó Rubio y Marcela Acuña San Martín
por los textos, 2023



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Macarena Buzeta, Verónica Carrasco
Ana María González y Marco Antonio Coloma

