

## INFORME DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATOLICA DE VALPARAISO SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE MATRIMONIO CIVIL

El presente informe, concerniente al proyecto de Ley de Matrimonio Civil en actual consideración de la H. Cámara de Diputados, ha sido emitido a petición de su Exce-lencia Reverendísima, el Gran Canciller de la Universidad, Monseñor Jorge Medina, por los profesores del Departamento de Derecho Privado de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, presidido por el Director de la Escuela, señor Alejandro Guzmán, e integrado por el señor José Antonio Galván, Jefe del Departamento; la señora Inés Pardo de Carvallo y los señores Rafael Valenzuela, Patricio Boffil, Eduardo Niño, Eduardo Uribe, Teodoro Rinsche y Alvaro Vidal. Se integró al examen el profesor de Derecho Canónico, señor Carlos Salinas. Actuó como secretario de actas el señor Vidal. El profesor Guzmán redactó el informe final.

### COMENTARIO GENERAL

El proyecto sustituye la vigente Ley de Matrimonio Civil de 10 de enero de 1884. En él conviene distinguir dos partes para efectos del análisis; la primera comprende los párrafos 1 a 7 (artículos 1 a 30); la segunda es el párrafo 8 (artículos 31 a 40), dejando a un lado el párrafo 9 ("Disposiciones varias") y las llamadas "disposiciones transitorias".

I. *Exposición sumaria y juicio de la primera parte.* 1. Las normas de la aquí denominada primera parte siguen muy de cerca a las de la vigente ley de 1884, con algunas modificaciones. Preliminarmente, cabe hacer notar que entre tales modificaciones no se cuenta alguna que elimine el carácter indisoluble que actualmente posee el matrimonio (art. 2 N° 1). Por lo demás, la exposición de motivos del proyecto afirma de manera reiterada la indisolubilidad del vínculo y ofrece variadas argumentaciones en su apoyo.

Por lo dicho, esta parte del proyecto puede ser considerada como una revisión de la ley en vigor. En este sentido, las reformas más importantes que le introduce son las que siguen:

a) La capacidad para contraer matrimonio ya no es la pubertad, o sea, 12 años en la mujer y 14 en el varón, sino la mayoría de edad, esto es, 18 años (art. 2).

b) Se reemplaza el actual impedimento que afecta a "Los que sufrieren de impotencia perpetua e incurable", por otro, que incide en "Los que sufrieren de inmadurez física o psicológica para la consumación del matrimonio, sea respecto de cualquier persona, o sea sólo respecto del otro contrayente" (art. 2 N° 3). Ello, por cierto, tiene importancia para el régimen de nulidad del matrimonio.

c) Se introduce como nuevo impedimento el que ataca a "Los que, por una grave falta de capacidad para representarse los efectos del matrimonio o de voluntad para autodeterminarse, no tuvieren suficiente aptitud para prestar el consentimiento matrimonial" (art. 2 N° 6). También esta nueva causa afecta la validez del matrimonio.

d) Se reconoce no haber libre y espontáneo consentimiento, y por ende nulidad del matrimonio: "Si por parte de uno de los contrayentes ha existido justificada ignorancia, debidamente comprobada, de una grave desviación de conducta del otro que impida o haga muy difícil la vida en común, tales como su bisexualismo, alcoholismo o drogadicción graves o la intención positiva de impedir la procreación" (art. 6 N° 3)

e) El Oficial del Registro Civil competente para la celebración del matrimonio deja de ser aquel del domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes, pues, según el proyecto, cualquier oficial es competente (art. 14, cfr. art. 7 inc. 1).

f) Como consecuencia de lo anterior, deja de ser causa de nulidad la incompetencia del Oficial ante quien se celebraron las nupcias. La reforma está destinada a eliminar los conocidos procesos imaginarios de nulidad.

g) Se eliminan y modifican algunas causas de divorcio no vincular y se agregan otras.

2. En general, pero sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en el comentario especial, las nuevas ideas legislativas que contiene esta primera parte merecen un juicio favorable. Es digna de ser destacada la decisión del proyecto en orden a no innovar en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio y a eliminar la fuente del verdadero "divorcio jurisprudencial" actualmente existente, fundado en los ya recordados procesos imaginarios de nulidad por incompetencia del Oficial del Registro Civil; pero también su tendencia a modernizar las causas de nulidad. En este último punto es ostensible la influencia del derecho matrimonial canónico, que por su perfección, derivada de larga y decantada tradición y experiencia, debe ser considerado como ejemplar y modelo.

II. *Exposición sumaria y juicio de la segunda parte.* 1. La aquí llamada segunda parte queda integrada, como se dijo, por el párrafo 8 del proyecto, rubricado "De las familias surgidas fuera del matrimonio" (arts. 31 a 40). Se trata enteramente de una novedad, pues el proyecto legisla sobre las familias de hecho, esto es, fundadas en una mera convivencia estable no matrimonial o concubinato.

Las principales características con que este fenómeno viene tratado en el proyecto son las que siguen:

a) Se otorga un limitado reconocimiento legal a las convivencias no matrimoniales entre hombre y mujer. En efecto, aquel se confiere sólo a los convivientes (o consortes como los llama el proyecto en su art. 31 inc. final) que (i) se encuentren impedidos de contraer válidamente matrimonio entre sí por estar afectadas por los

impedimentos de hallarse ligados por vínculo matrimonial no disuelto o de no poder expresar claramente su voluntad de palabra o por escrito (art. 31 N° 2); y que (ii) tengan al menos un hijo común (art. 31 N° 3). De esta manera, las convivencias entre personas no afectadas por impedimentos, en especial las de los solteros, no están reconocidas; y tampoco lo están aquéllas de que no resultaron hijos.

b) Además, se exige que la convivencia haya sido pública, en hogar común y por un período no inferior a cinco años (art. 31 N° 4).

c) Las convivencias que reúnan dichos requisitos necesitan ser declaradas como tales por sentencia judicial (art. 31 N° 5), dictada en procedimiento aparentemente no contencioso (art. 37). En el sistema del proyecto, esta sentencia aparece como un requisito constitutivo, aunque tiene naturaleza meramente declarativa bajo otros aspectos, y hace que la convivencia no sea un mero hecho sino un estado jurídico, la trascendencia de lo cual se verá más adelante.

d) Para casi todos los efectos, la familia de hecho es asimilada al matrimonio en el proyecto (art. 33). En especial, los hijos nacidos en esta convivencia son legítimos (art. 34 N° 2).

e) En cuanto al régimen patrimonial de la convivencia, el proyecto habla de "comunidad de bienes", con lo cual se entendería la comunidad *pro indiviso* o cuasi-contrato de comunidad, pero le aplica las disposiciones del libro IV, título XII del Código Civil, es decir, las normas sobre sociedad conyugal, con excepción de los párrafos 1 y 7 (art. 34 N° 4).

f) El reconocimiento de la convivencia extingue la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que regía en el matrimonio de los convivientes.

g) La familia reconocida se extingue por sentencia fundada en alguna de las causas que, en el matrimonio, permiten el divorcio no vincular (art. 35), dictada en procedimiento contencioso (art. 38). Lo mismo hace la muerte natural o presunta de alguno de los convivientes o consortes (art. 35).

2. La expresión de un juicio sobre esta segunda parte del proyecto exige ciertas distinciones. En un plano teórico, se presentan la idea de legislar sobre las convivencias no matrimoniales entre hombre y mujer, por un lado, y las relaciones entre el matrimonio y dichas convivencias no matrimoniales, por otro. En el plano del proyecto está la manera de legislar que él ofrece sobre esas convivencias y esas relaciones.

a) Por lo que atañe al plano teórico, los informantes se manifiestan de acuerdo con la idea de legislar acerca de las convivencias no matrimoniales entre hombre y mujer. Ellas son un hecho de la vida social, que de todas formas existen y existirán, aunque la ley las silencie. Como quiera que tales convivencias ofrecen problemas jurídicos de envergadura, que conciernen a las personas de los convivientes, a sus eventuales hijos y a sus bienes, y puesto que no siempre son jurídicamente ilícitas, no es justo que la ley las ignore, negándose a enfrentar y a regular específicamente tales problemas. Pero esta regulación exige, a juicio de los informantes, una condición, a saber: la perseverancia en una nítida distinción entre matrimonio y familia matrimonial, de una parte y unión no matrimonial y familia fundada en ella, de otra. La razón de esta perseverancia es que una asimilación entre ambas formas equivale a la abolición del matrimonio; con la agravante de que, si el matrimonio es indisoluble, como ocurre en Chile, esa asimilación envuelve la legitimación de la bigamia e incluso de la poligamia.

En consecuencia, el proyecto, en cuanto ofrece la idea de legislar sobre convivencias no matrimoniales, merece un juicio favorable. Pero en cuanto asimila al matrimonio la convivencia que regula, sólo merece repudiación, acerca de lo cual se insistirá más adelante.

b) Por cuanto concierne a la manera en que el proyecto estatuye sobre las convivencias no matrimoniales, también el juicio es enteramente negativo. Aquél se limita a sancionar la convivencia de personas que no pueden casarse por estar ya casadas, dejando a un lado el caso de los que no pueden expresar voluntad de palabra o por escrito (que es criticable por otras razones, como se verá). O sea, prácticamente viene a exigir que exista un matrimonio amparando, así, a quienes rompieron la fidelidad conyugal, que en nuestro país es un deber jurídico (art. 131 CC.); pero niega su tutela a los solteros (propriadamente tales, a los viudos y a los anulados), que al convivir no quebrantan ninguna ley civil. Para hacer tal discriminación, sin embargo, no existe razón alguna.

En seguida, el proyecto exige la existencia de un hijo al menos, nacido de la convivencia o adoptado; y nuevamente no se ve razón para privar de reconocimiento a los concubinatos sin hijos, para los cuales subsisten varios de los problemas personales y patrimoniales que ofrecen aquellos con hijos.

En fin, el proyecto no trata al concubinato como lo que esencialmente es, a saber: un hecho que puede tener consecuencias de derecho (igual, en este sentido, a la posesión de las cosas), el cual, por ende, se crea, se conserva y se extingue de hecho. Por el contrario, lo trata como un estado o situación de derecho, en parte reconocido o declarado y en parte constituido mediante un acto jurídico, como es la sentencia judicial, emitida en un procedimiento que sólo puede originarse previo acuerdo de los interesados ("consortes e hijos comunes o adoptados" dice el art. 37), lo que lo acerca al contrato; y que se extingue también mediante otro acto jurídico, como es la sentencia de disolución (art. 35 N° 2). En materia de constitución, pues, el proyecto está en abierta contradicción con su exposición de motivos, que afirma ver en la convivencia un mero hecho independiente de la voluntad de las partes (pp. 5 y 7).

Si a lo anterior se agrega lo ya observado, de que el proyecto asimila la familia de hecho que regula a la familia matrimonial, entonces eso permite interpretar, en términos realistas, que él ofrece la posibilidad de un segundo matrimonio con el nombre de "familia reconocida", cuyas partes no se llaman "cónyuges" sino "consortes", pero que, fuera de la diferencia de los nombres, posee un mismo estatuto concerniente a los efectos. Como el matrimonio de los consortes o convivientes permanece subsistente, eso implica una bigamia consentida, aunque disfrazada. Con esta peculiar característica: desde el momento en que nada del proyecto impide constituir simultánea o sucesivamente más de una familia reconocida, nada tampoco impide la poligamia.

La exposición de motivos del proyecto se esfuerza por establecer unas diferencias entre el matrimonio y la "familia reconocida" (pp. 8 s). Pero las diferencias que ofrece, algunas verdaderas, otras aparentes y unas terceras falsas, no apuntan principalmente al estatuto de ambos estados una vez constituidos (salvo por lo que se refiere a su extinción), sino más bien a su constitución. Ello por una razón que no pudo menos que imponerse: cualquiera que sean las diferencias para constituir ambos estados, lo cierto es que, una vez constituidos, ya no hay diferencias, con la excepción señalada, pudiéndose, así, reiterar que la "familia reconocida" es propia-

mente un segundo matrimonio con subsistencia del anterior, si bien bajo otro nombre.

El proyecto, pues, partiendo de una premisa fundamental, cual es la de mantener la indisolubilidad del matrimonio, llega a una consecuencia inédita en el derecho comparado de los países de tradición monogámica, cual es la introducción de la poligamia.

Por estas razones básicas y por las que se dirán en el comentario particular, los informantes son del parecer de sugerir y aconsejar que el párrafo 8 del proyecto y todas sus disposiciones conectadas con el mismo sean rechazadas, sin perjuicio de recomendar el estudio de un texto del todo nuevo, que regule la convivencia no matrimonial lícita (porque puede haber una ilícita, como la del padre e hija) entre cualquier hombre y cualquier mujer como estado de hecho distinto del estado jurídico que es el matrimonio.

Desde un punto de vista sistemático, es recomendable que la convivencia no matrimonial sea tratada en una ley aparte. En efecto, no parece propio que ella, siendo algo esencialmente distinto al matrimonio, aparezca regulada en una ley sobre matrimonio civil.

### COMENTARIO ESPECIAL

Seguidamente se examinará el texto del proyecto, según el orden de sus artículos, con el objeto de hacer notar las imperfecciones técnicas que presente. Como no está en el requerimiento de este informe ofrecer redacciones sustitutivas, ellas, por lo ordinario, se evitan.

*Art. 1 inc. 1:* El actual art. 1 inc. 1 de la ley de 1884, que reza así: "El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles" se explica históricamente en el contexto del derecho anterior, que reconocía efectos civiles al matrimonio canónico. Dicho artículo quiso establecer que, en adelante, sólo el matrimonio celebrado con arreglo a la ley de 10 de enero de 1884 produciría tales efectos, de modo que el canónico, aunque fuera matrimonio, no los produciría. La nueva norma ya carece de justificación, porque nadie afirma que un matrimonio que no sea el civil genere efectos. Por lo demás, tal como está redactada, es contradictoria con el sistema jurídico. De acuerdo con éste, un acto viciado es eficaz mientras la nulidad no sea declarada por sentencia judicial. Así, un matrimonio que no se ajuste a "las disposiciones de la presente ley" produce sus efectos mientras no haya una sentencia; en consecuencia, lo que dice el nuevo art. 1 inc. 1 es falso.

*Art. 1 inc. 2:* Corresponde al art. 2 de la ley de 1884, que también se explica históricamente, pues su sentido es que el conocimiento de los asuntos matrimoniales no corresponde a la jurisdicción canónica. Hoy carece de justificación y es superflua, porque no se discute que las contiendas a que dé lugar una ley sobre matrimonio civil sólo correspondan a los tribunales civiles.

*Rubrica del Parr. 2:* En la ley vigente y en el proyecto no existen prohibiciones, que sólo aparecen en el Código Civil (arts. 124 ss.); por ende, una referencia a las "prohibiciones" en la rúbrica es falsa.

Por otro lado, igual que en la ley vigente, en el proyecto no se distingue entre incapacidades e impedimentos y se mezclan ambos géneros en un mismo artículo. Convendría establecer la distinción positivamente, ya que así se procede en los tratados de derecho y en las cátedras.

*Art. 2 N° 1:* Es un impedimento.

*Art. 2 N° 2:* Es una incapacidad. Se deja constancia que en el proyecto la incapacidad es la minoría de edad y no la impubertad, como en la ley vigente, y se estima positivo el cambio, porque ayuda a impedir matrimonios entre personas psicológicamente inmaduras.

*Art. 2 N° 3:* Es un impedimento. En la ley vigente se trata de la impotencia perpetua e incurable, y es bajo este respecto que debe juzgarse al nuevo artículo, que quiso ampliar la actual disciplina.

La expresión "inmadurez física" es incorrecta, porque en Chile la madurez física para relaciones sexuales se presume de derecho con la pubertad. No poder realizarlas después es impotencia, no inmadurez, y la disposición piensa en aquélla, no en ésta, aunque emplee la expresión "inmadurez física". No se ve qué otro impedimento físico, fuera de lo que se llama impotencia, hay que quepa en el sentido que quiso encubrirse bajo dicha expresión, por lo que se sugiere mantener la terminología tradicional.

No es conveniente introducir la expresión "consumación del matrimonio", que puede prestarse a discusiones.

Convendría decidir la antigua disputa acerca de si el impedimento se refiere sólo a la *impotentia coeundi* o incluye también la *impotentia generandi*, de la misma manera en el proyecto decide expresamente que el impedimento abarca tanto la impotencia absoluta (con cualquier persona) como la relativa (respecto del otro cónyuge).

Es muy discutible el concepto de "inmadurez psicológica" para consumir, o sea, para tener relaciones sexuales, que usa el precepto. En materia matrimonial puede hablarse de madurez o inmadurez para contraer el estado conyugal, atendido el cúmulo de deberes y limitaciones que impone, pero no parece que se pueda hacer lo propio concerniente a dichas relaciones.

*Art. 2 N° 4:* Es una incapacidad, aunque propiamente se trata de un problema de ausencia de expresión de un consentimiento.

*Art. 2 N° 5:* Es una incapacidad. Se debería usar la ocasión para eliminar el científicamente anticuado término "demente". Se hace presente que hay situaciones, como la ebriedad o el drogamiento ocasionales, que cuando existen en el preciso momento de contraerse el matrimonio, toman en incapaz al contrayente. Por ello mejor sería hablar de "privación de razón", como en el art. 1.005 CC. a propósito del otorgamiento de testamento.

*Art. 2 N° 6:* La norma quiso inspirarse en el canon 1.095 del Código de Derecho Canónico, pero lo hizo de una manera del todo desdichada. La redacción propuesta es muy oscura y abigarrada. ¿Qué significa "representarse los efectos del matrimonio"? ¿Qué es "falta de capacidad para autodeterminarse"? Por otro lado, la incapacidad propuesta se limita a la prestación del consentimiento matrimonial, que es un acto que se agota en un momento, cuando de lo que se trata es de una incapacidad

para el estado matrimonial y para el cumplimiento de los deberes y aceptación de las limitaciones que impone, o sea, para una situación permanente.

*Art. 3:* Corresponde al actual art. 5. Pero son superfluas las palabras "hasta" e "inclusive" en la frase: "Los colaterales por consanguinidad, hasta el segundo grado inclusive" del N° 2, porque en el parentesco colateral por consanguinidad no puede existir el primer grado. Debe decirse simplemente "Los colaterales por consanguinidad en segundo grado".

*Art. 4:* Reproduce el actual art. 6. Pero las palabras "asesino" y "asesinato" no son legales. Es mejor decir "...con el autor o cómplice del homicidio de su marido o mujer".

Se hace presente que el proyecto elimina el impedimento de adulterio (que, según la reforma introducida por el art. 29 letra a) de la Ley 19.335 al actual art. 7 de la Ley de Matrimonio Civil, ahora es temporal, pues dura cinco años). Teniendo en cuenta que el art. 132 CC. continúa considerando al adulterio como una infracción grave al deber de fidelidad, no se observa la razón de la supresión.

*Arts. 5 y 6:* En estas disposiciones se trata de un problema de consentimiento y no de incapacidad o impedimento; por ende, sistemáticamente están mal localizadas. La ley vigente, con mejor aunque no con óptima técnica, trata los temas de estos artículos a propósito de la nulidad. Pero lo más conveniente sería incluirlos en un párrafo especial dedicado precisamente al consentimiento matrimonial, en donde también debería tener su lugar el propuesto art. 2 N° 4, en la forma sugerida precedentemente.

Pese a todo, se los comenta ahora.

*En relación con el Art. 5:* El matrimonio puede celebrarse aunque un contratante no ofrezca libre y espontáneo consentimiento; en consecuencia, lo que dice el art. 5 es falso. Distinto resulta que un matrimonio que se celebre así pueda ser anulado con posterioridad. Mejor fuera concebir una redacción positiva para el precepto, como si se dijera que el consentimiento exigido para la celebración del matrimonio debe ser libre y espontáneo.

*En relación con el art. 6 N° 1:* En materia de error matrimonial se distingue el error en la persona física de un contratante, el error en su persona o personalidad social y moral y el error en sus cualidades consideradas determinantes por el otro para contraer. El proyecto se limita a reproducir el actual art. 33 N° 1, que ha motivado dudas en cuanto al alcance del error a que se refiere, por lo cual sería conveniente eliminar las dudas prescribiendo exactamente acerca de qué error se trata.

Por otro lado, igual que la ley vigente, nada dice el proyecto sobre el dolo. Aun cuando es cierto que éste, para ser jurídicamente relevante, debe inducir a un error, sobre el cual hay norma, es ocasión ésta para pronunciarse sobre el alcance que tiene el dolo en la celebración de un matrimonio.

*En relación con el art. 6 N° 2:* No hay razón para limitar el vicio a la ignorancia, pues también puede tratarse de un error. Tampoco la hay para exigir justificación de la ignorancia (o error), porque ello puede hacer muy difícil la configuración del vicio. La frase "debidamente comprobada" es innecesaria, pues en derecho todo y siempre debe ser debidamente comprobado; lo que no se comprueba debidamente no existe.

*En relación con el Art. 6 N° 3:* La segunda parte del precepto, que comienza con “asimismo”, es superflua, pues la primera, que empieza con “si ha habido”, ya incluye lo que dice la segunda.

*En relación con el Art. 6 N° 4:* Aunque el precepto recoge lo que expresa el actual art. 33 N° 3, con el agregado del secuestro, parece superfluo, pues un matrimonio celebrado en situación de raptó o secuestro adolece de fuerza, ya reconocida como vicio en la norma anterior.

*Art. 7 Inc. 1:* Se debe eliminar la referencia a “las personas cuya autorización fuere necesaria”, pues, habiéndose fijado la capacidad matrimonial en la mayoría de edad, nunca un contrayente estará en el caso de tener que pedir autorización para sus nupcias. Ahí mismo, en la frase final, se debe agregar el hecho de no tener impedimentos como objeto de la manifestación.

*Art. 7 Inc. 2:* Está mal (e inelegantemente) redactado cuando dice “procurará que tomen conciencia acerca... del grado de libertad con que han debido tomar la decisión”. Debería decir: “y se cerciorará de la libertad con que han debido tomar la decisión de contraer matrimonio”, pues no se trata de recomendar la libertad, sino de verificar si la hay.

*Art. 9:* Dado que la capacidad matrimonial se alcanza con la mayoría de edad, con que también se alcanza la general capacidad para actos y contratos, ningún contrayente estará en situación de tener que requerir autorización para capitular, por lo que la norma es inútil.

En sustitución de este artículo, debería reproducirse el art. 29 N° 2 de la Ley 19.335, que agregó un nuevo inciso al art. 10 de la Ley de Matrimonio Civil, por el cual se dispone que, en el acto de las nupcias, el Oficial debe informar a los contrayentes acerca de los distintos regímenes patrimoniales del matrimonio, con el objeto de que, con conocimiento, elijan uno al cual someterse.

*Art. 10:* La información también debería recaer sobre la ausencia de impedimentos.

*Art. 12 N° 5:* Es más claro referir la incapacidad testimonial a “los condenados en sentencia firme por crimen o simple delito...”.

*Art. 13:* La remisión al art. 5 es errónea, porque el nuevo art. 5 no contiene un impedimento o una incapacidad, sino que alude nada más que a los vicios del consentimiento. La razón del art. 13 es que los chilenos respeten en el extranjero las normas sobre impedimentos e incapacidades, no velar por su libre y espontáneo consentimiento.

*Art. 14:* Se debe adecuar el contenido de la norma al art. 34 de la Ley de Registro Civil, que permite celebrar el matrimonio en lugares distintos a la oficina pública y a la casa de alguno de los contrayentes.

*Art. 15:* Resultaría útil reproducir el art. 37 de la Ley de Registro Civil, concierne a la pregunta que debe formularse a los contrayentes acerca de si tienen hijos que legitimar.

*Art. 18:* Sería conveniente rebajar el plazo actualmente exigido (y conservado en el proyecto), que es de 15 años, a 10, en concordancia con el plazo de ese número de

años que establece el art. 88 del Código Civil y, en general, con todos los plazos máximos de consolidación de situaciones en ese código.

*Art. 19:* La disposición es superflua, pues toda nulidad es sólo procedente por causas tipificadas. Util, en cambio, sería incluir una disposición reemplazante que estableciera la no aplicación de las reglas sobre nulidad de las obligaciones establecidas en el Código Civil (art. 1681 ss.), sobre todo atendida la eliminación en el proyecto del actual art. 39 de la ley vigente, que hace aplicable en general las normas de dicho código en lo que no fueren contrarias a la ley.

*Art. 20:* Debería decirse “impedimentos o incapacidades”.

Art. 21: Se recomienda reemplazar la expresión “impedimentos” por “hecho”, pues de lo que se trata que exista al tiempo de la celebración del matrimonio es el hecho constitutivo de impedimento (o de incapacidad). Cfr. art. 23 inc. 2.

*Art. 22 Inc. 1:* Aunque se repita el derecho vigente en esta norma, se sugiere revisar la amplia legitimación concedida para la acción de nulidad. Quizá debería eliminarse a los ascendientes de los presuntos cónyuges y al ministerio público como legitimados; y en cuanto a la legitimación concedida a “cualquiera que tenga interés en ello”, tal vez podría limitársela para los casos en que el impedimento o la incapacidad sean de orden público (por ejemplo, si hay vínculo anterior no disuelto). Parece enorme que cualquier interesado en la nulidad pueda pedir ésta por causas de orden más privado, como la del N° 6 del art. 2, si los cónyuges no desean hacerla efectiva, por estar bien avenidos, por ejemplo.

*Art. 22 Inc. 3:* La frase “esto es, en vista de la inminencia de muerte de uno de los contrayentes”, explicativa del concepto de matrimonio en artículo de muerte, nada agrega a ese concepto que es técnico y conocido; parece, pues, superflua.

*Art. 23 Inc. 3:* Si se decide cambiar de localización el art. 6 del proyecto, debe modificarse la referencia que se hace al número 6.

*Art. 23 Inc. 2:* Se debe agregar una frase que diga expresamente que el plazo de prescripción de la acción de nulidad del matrimonio de un menor se cuenta desde que éste llegó a la edad de 18 años, similar a la contenida en la vigente ley, referida a la pubertad. En efecto, no es seguro ni claro que, de acuerdo con la fórmula general usada en este inciso, el inicio del cómputo en el caso indicado deba hacerse desde el cumplimiento de los 18 años por parte de aquel que se casó siendo menor.

También se echa de menos una norma que fije el momento en que empieza el cómputo del plazo de prescripción en la hipótesis de matrimonios celebrados con vicios en el consentimiento (art. 6). Si hubo error, el plazo se cuenta desde la celebración; si hubo ignorancia o fuerza, desde que cesaron.

El artículo debería ser redactado en cuatro incisos, así: el primero dedicado a la regla general sobre imprescriptibilidad; el segundo, a las excepciones en el caso de los arts. 2 N° 4 y 6; el tercero, a las excepciones en los casos de nulidad por vicios en el consentimiento; y el cuarto, a la excepción en caso de matrimonio en artículo de muerte.

*Párrafo 7:* En la rúbrica del párrafo, que es “Del divorcio”, y en cada lugar en que aparezca la palabra “divorcio”, ésta debería ser sustituida por “separación legal” o “separación decretada por sentencia judicial”, atendida la doble acepción que tiene

dicha palabra, para aludir al vincular y al no vincular. En la ley vigente y en el proyecto, esa palabra es empleada en la segunda acepción; pero entre los iletrados se presta a confusiones y a la incomprensión de que, habiéndose divorciado los cónyuges, no puedan volver a casarse.

En general, se estima acertada la eliminación de la vigente distinción entre divorcio perpetuo y temporal, que opera el proyecto, manteniendo una figura única.

*Art. 26:* En general, se estima que debería usarse la ocasión para prescindir de la técnica adoptada por la ley vigente y conservada en el proyecto, consistente en la tipificación y enumeración casuística de causas de divorcio no vincular, de guisa de describir una genérica y amplia causa, cuya aplicación al caso concreto quede sujeta a la valoración judicial de los hechos invocados. De esta manera se evita el riesgo de dejar fuera de consideración hechos graves no descritos en las causas legalmente tipificadas. Se advierte que esta proposición concuerda con la técnica usada en el Código de Derecho Canónico (cáns. 1.151 ss.).

*Art. 26 N° 1:* Por estar comprendida en el N° 2, esta causa resulta superflua.

*Art. 26 N° 2:* Se debería hablar de "incumplimiento culpable" a fin de mantener uniformidad con la terminología usada por el art. 155 CC.

*Art. 26 N° 3:* Esta causa también está comprendida en el N° 2 y procede su eliminación.

*Art. 26 N° 4:* Se debe generalizar la causa con recurso a una fórmula del tipo "conducta sexual desviada de uno de los cónyuges".

*Art. 26 N° 5:* La exigencia de repetición en los malos tratamientos introduce un principio de dificultad en la tipificación y en la prueba. Basta un mal tratamiento para pedir el divorcio, pero el afectado verá si lo pide o no; cuando no haya reiteración, lo más probable es que opte por no solicitarlo; y por pedirlo en caso contrario; en tal hipótesis, empero, le será suficiente probar que hubo mal tratamiento al menos una vez.

*Art. 26 N° 6:* Es suficiente hablar de "hijos" y no se observa la razón de exigir que sean comunes; pueden ser de sólo uno de los cónyuges y aún así se mantiene la razón para pedir la separación.

*Art. 26 N° 7:* Es más claro y preciso decir: "condenación firme o ejecutoriada".

*Art. 26 N° 8:* No debe interesar si el alcoholismo o la drogadicción son graves o no lo son; lo importante es que, fuere cual fuere su gravedad, impidan la convivencia. También debe desecharse la tentación de decir "impedir gravemente", porque en un impedimento no hay grados o niveles de gravedad; es suficiente que los mencionados vicios impidan la convivencia para dar lugar a la separación.

Por otro lado, podría generalizarse la formulación de esta causa con el agregado de una frase del género: "u otros vicios semejantes".

*Art. 26 N° 9:* La Ley 19.335 derogó esta causa de la lista contenida en el art. 21 de la vigente ley (N° 10), y con mérito, porque es contradictoria con el deber legal y moral de ayuda y socorro entre los cónyuges. No se ve la razón de restablecerla.

*Art. 29:* La expresión "la fecha" es superflua.

*Art. 30 Inc. 1:* Es más claro decir "cuando los cónyuges volvieren a hacer vida común". No se trata de meramente consentir en reunirse; es necesario reunirse efectivamente y esto significa hacer vida común.

Por otro lado, hay que tener presente que uno de los efectos del divorcio es la disolución de la sociedad conyugal, de modo de pasar los cónyuges al régimen de separación de bienes. Hasta la Ley 18.802 de 1989, la cesación del divorcio (perpetuo), hacía volver a los cónyuges al régimen de sociedad; pero con la reforma introducida por esa ley al art. 165 CC., una vez producida la separación de bienes (por cualquier causa y, por ende, también por divorcio perpetuo), ésta es irrevocable, de manera que dicha cesación no restituye la sociedad conyugal. El tenor literal del art. 30 inc. 1 del proyecto no respeta esta nueva disciplina del art. 165 CC. y a lo más podría llegarse a ella por la vía interpretativa; mas, como el asunto podría tornarse en discutido, mejor sería dejar establecido expresamente que la regla de que la reconciliación de los cónyuges hace cesar el divorcio y sus efectos, reconoce como excepción al efecto de la separación de bienes que produjo el divorcio; de esa manera se armoniza positivamente este art. 30 inc. 1 con el art. 165 CC.

En fin, puesto que el art. 4 N° 4 de la Ley de Registro Civil exige la inscripción de la sentencia que constituye el divorcio en el Registro de Matrimonios, en reemplazo del inc. 2 del proyecto debería redactarse una norma que mandara a los cónyuges separados formular una declaración de haberse reconciliado, y su inscripción en el mismo registro. De lo contrario, los terceros no tienen cómo enterarse que el divorcio ya no subsiste.

*Art. 31 N° 2:* No hay razón para limitar el reconocimiento legal de las familias no matrimoniales sólo a aquellas surgidas de una convivencia entre hombre y mujer que no pueden contraer matrimonio por estar ya casadas con otros o por no poder expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito. Dicho de manera positiva, no se ve por qué no otorgar similar reconocimiento a los convivientes solteros, que lo son por no haber contraído jamás matrimonio, porque se anuló el que contrajeron o porque enviudaron.

Hay que dejar constancia de una crítica moral que además merece el proyecto: desde el momento en que precisamente exige que al menos uno de los convivientes esté casado, legitima el adulterio, máxime cuando, como se verá, el plazo de la convivencia es de 5 años, que es el mismo durante el cual permanece el impedimento de contraer nupcias entre adúlteros, de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 19.935. En otras palabras, según el proyecto, el adulterio reiterado es requisito para el reconocimiento de la convivencia, lo que parece inmoral.

En relación con la mencionada causa concerniente a la voluntad, que incapacita para el matrimonio, aceptar su eficacia constitutiva de la convivencia ofrece problemas difíciles de resolver. Quien no puede expresar su voluntad para contraer nupcias, tampoco puede expresarla para convivir, ni siquiera conviviendo efectivamente, porque no puede saberse si actúa realmente con libertad; de llegar a saberse, es porque el sujeto de que se trate puede expresar su voluntad y entonces ya no le afecta la incapacidad.

En general, debe decirse que la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la convivencia no matrimonial debe ser fruto de una reflexión autónoma, desligada del sistema de incapacidades, impedimentos y prohibiciones del matrimonio, aunque en varios casos resulte que haya coincidencia. Así, por ejemplo, es evidente que debe haber diferencia de sexos entre los convivientes y que éstos no deben

estar ligados por ciertos parentescos. Pero en materia de edad, quizá el requisito deba continuar siendo la pubertad, a diferencia de la exigida para el matrimonio, que, en el proyecto, es la mayoría de edad. Y no es tan claro que no pueda haber una convivencia reconocida con el autor o cómplice en el homicidio de su marido o mujer.

*Art. 31 N° 3:* Esta norma es restrictiva, y deja fuera de reconocimiento a quienes conviven y no tienen hijos o si sólo uno de los convivientes los tiene. Debe tenerse presente que aquí se habla sólo de “hijo común”, pero que se está pensando también en los adoptados, como lo señala la exposición de motivos (p. 7).

*Art. 31 N° 4:* Véase lo dicho a propósito del N° 2. El plazo de cinco años exigido es un indicio claro del espíritu del proyecto en orden a crear un estado jurídico similar al matrimonio, con el nombre de familia surgida fuera del matrimonio, desde el momento en que precisamente cuando cesa el impedimento de contraer matrimonio entre adúlteros es cuando se puede pedir el reconocimiento de la convivencia.

*Art. 31 N° 5:* Es indudable que, dada una convivencia, ordinariamente el asunto podrá ser controvertido y dar lugar, por ende, a una sentencia judicial; pero no necesariamente. En el proyecto, en cambio, la sentencia es exigida como un requisito. Ello es un nuevo indicio de que él no considera a la “familia de hecho” propiamente como un hecho, sino como un estado jurídico, creando así un estatuto cuasi matrimonial, que, atendidas sus consecuencias, viene a ser un nuevo matrimonio vigente el anterior.

*Art. 31 Inc. final:* La expresión “en cuyo beneficio” debe ser reemplazada por “respecto de quienes”. Si hay sentencia judicial, hay juicio y por ende controversia; es decir, la declaración puede no ser un beneficio para alguna de las partes.

La expresión “de hecho”, incongruente con la rúbrica del párrafo 8, puede ser sustituida por “conforme con las reglas de este párrafo”.

Se hace presente que, tradicionalmente, la voz “consorte” es sinónima de “cónyuge”.

*Art. 32:* En este caso ni intencionalmente se puede hablar de “consorte” que fallece, porque, en el sistema del proyecto y en la hipótesis de su art. 32, el conviviente que fallece todavía no es consorte en la acepción que da a esta palabra dicho proyecto.

En cualquier caso, toda la norma es criticable porque contradice al art. 31 N° 4. Según aquélla, bastaría la convivencia de una semana o de un mes para que el fallecimiento de uno de los convivientes permitiera el reconocimiento, lo que ofrece previsibles problemas jurídicos a la familia matrimonial de uno o ambos convivientes y a los terceros. Si se exige un plazo, éste debe ser mantenido sin excepciones. En el evento en que se insistiera en la excepción, ésta debería consistir en la exigencia de un plazo inferior, pero dilatado, por ejemplo, tres años.

*Art. 33:* En el sistema del proyecto, salvo el caso muy raro de la convivencia con alguien que no puede expresar su voluntad claramente de palabra o por escrito, se supone la hipótesis de que uno o ambos convivientes estén casados; de esta manera, puede ocurrir que coexistan uno o dos matrimonios con una o dos convivencias al menos; pero, como nada impide que un conviviente o ambos cumplan los requisitos del art. 31 con respecto a varias personas, entonces también puede darse la coexis-

tencia de uno o dos matrimonios con tres convivencias, al menos; pero también con un número superior teóricamente indefinido.

Ahora bien, el art. 33 del proyecto aplica a las convivencias las normas que el libro I, títulos VI a XI del Código Civil establece para el matrimonio. Si se observa la situación creada desde el punto de vista de los efectos, aquello equivale a reconocer la existencia simultánea de tantas uniones lícitas cuantos verdaderos matrimonios más convivencias reconocidas hayan, que pueden ser de número indefinido, como se dijo.

Lo anterior es poligamia. Ahora bien, pueden calcularse las consecuencias jurídicas que traerá aparejada esta poligamia, como se ve a través de estos ejemplos:

a) La multiplicación de derechos y deberes incompatibles en su ejercicio simultáneo. Así, el casado que convive tendrá el deber de fidelidad y de vivir en un hogar común con su cónyuge y con su conviviente, aunque es evidente que no puede cumplir simultáneamente esos deberes con más de una persona.

b) La presunción de paternidad establecida por los artículos 180 y 333 CC. continuará vigente simultáneamente, aunque es ostensible lo inicuo de esta simultaneidad. En efecto, el marido que convive será presumido padre de los hijos que tengan su mujer y su conviviente, cuando lo más probable es que sólo sea verdadero padre de los hijos de su conviviente.

c) Los derechos sucesorios del cónyuge y de los consortes sobrevivientes podrían llegar a consumir el acervo hereditario en perjuicio de los hijos.

*Art. 34 Encabezamiento:* Mientras no haya sentencia, la familia no está reconocida; consecuentemente, hay contradicción en el encabezamiento cuando se habla de "sentencia que reconozca y declara la existencia de una familia reconocida"; debe decirse "familia surgida fuera del matrimonio".

Por otro lado, es dudoso que la sentencia tenga por función "reconocer y declarar", es decir, que tenga naturaleza declarativa; desde el momento en que el art. 31 N° 5 la exige como requisito, adquiere, en efecto, un cierto carácter constitutivo.

*Art. 34 N° 3:* La norma es inconstitucional. Atendido lo dispuesto por el art. 19 N° 24 de la Constitución Política, resulta inadmisibles que el cónyuge legítimo vea disuelto (con efecto retroactivo además) su régimen de sociedad conyugal o de participación en los gananciales, y por tanto extinguidos los derechos que tenía según uno u otro régimen, que incluso pudo haber sido objeto de capitulaciones matrimoniales (las cuales son un contrato intangible), todo ello con prescindencia de su voluntad o sin culpa suya, como sería el caso.

*Art. 34 N° 4 Inc. 1:* Desde luego hay que decir que la norma no es clara acerca del régimen a que somete los bienes de la convivencia. Ella habla de "una comunidad de bienes" y con eso parece referirse a la comunidad o copropiedad *pro indiviso*; pero después le aplica las disposiciones del libro IV, título XII del Código Civil, que regulan la sociedad conyugal, la cual no es una comunidad del tipo precedentemente señalado. Debe aclararse la naturaleza de la figura a que se quiso recurrir.

En seguida debe advertirse lo siguiente: como la norma crea el régimen de comunidad desde el inicio de la convivencia, es decir, con efecto retroactivo, sería inconstitucional, por atentar contra el art. 19 N° 24 de la Constitución Política, si es que se da carácter contencioso al reconocimiento de la familia surgida fuera del matrimonio (vid. lo que se dice a propósito del art. 37). En efecto, hasta el momento de la sentencia, los bienes de los convivientes eran de propiedad singular; dictada la

sentencia, pasan a ser comunes desde el inicio de la convivencia; o sea, cada conviviente es privado del dominio de una mitad en cada bien de que antes era dueño singular y exclusivo. Cuando esto se operara contra su voluntad (como ocurre si el reconocimiento es contencioso), se vulnera el mencionado artículo constitucional.

Por otra parte, es inexacto decir que la comunidad se forma con todos aquellos bienes adquiridos por cada consorte desde el inicio de la convivencia, puesto que si se les aplican las normas del libro IV, título XII del Código Civil, entre las cuales se cuentan aquellas de los artículos 1.725 ss., resulta que los bienes que, según tales normas, son propios de los cónyuges, aunque se adquieran durante el matrimonio, también seguirán siendo propios de los convivientes, aunque se adquieran durante la convivencia. En todo caso, dada la redacción del precepto, esta conclusión puede ser discutida y entonces la crítica es que no resulta clara la disposición y que se prestará a innumerables litigios.

No se debe hablar de “mujer” en la frase final del inciso, porque en la terminología del Código Civil esa palabra significa siempre la cónyuge; se debe decir “consorte” o “conviviente”.

*Art. 35 N° 2:* Atendido que la convivencia no matrimonial, que regula el proyecto, en sus efectos es equivalente al matrimonio, se hace presente que esta norma establece una suerte de divorcio vincular de dicha convivencia, fundado en las causas que permiten el divorcio no vincular en el verdadero matrimonio.

Como ya se ha dicho, bajo el nombre de familia surgida fuera del matrimonio el proyecto esconde un matrimonio. Ahora es menester agregar que este último tiene carácter disoluble. En efecto, esta disolución por sentencia equivale a lo que sería el divorcio vincular en el matrimonio.

Nuevamente el proyecto demuestra su incomprensión acerca del carácter del concubinato. Siendo éste un hecho, se disuelve de hecho; y ello ocurre cuando cesa efectivamente la convivencia; no se requiere, pues, expresión de causas y menos una sentencia. Otra cosa es que después se pueda discutir judicialmente si cesó o no la convivencia; pero la sentencia siempre será declarativa de la cesación ocurrida y nunca constitutiva de la disolución.

*Art. 36:* Si la comunidad de bienes a que se refiere el art. 34 N° 4 es una comunidad o copropiedad *pro indivisa*, no puede disolverse por la disolución de la familia reconocida, como dice el proyecto, porque una comunidad así sólo se disuelve por partición, confusión o destrucción de la cosa común. Si nada de esto ocurre, en efecto, ¿en qué estado quedarían los bienes comunes una vez disuelta la familia reconocida, que no fuera el mismo de comunidad *pro indivisa* en que ya estaban?

*Art. 37:* Debe advertirse que la redacción “consortes e hijos comunes o adoptados”, por ser conjuntiva, significa que el reconocimiento deben pedirlo ambos consortes en unión con sus hijos comunes o adoptados, no cualquiera de los mismos separadamente. En consecuencia, para el proyecto, la petición de reconocimiento de la familia extramatrimonial supone una previa convención entre sus miembros. Pero se presenta el problema de que uno de ellos pueda no estar de acuerdo en pedir el reconocimiento, pudiendo por tanto paralizarlo.

Por otro lado, ¿se trata el reconocimiento de un acto contencioso o voluntario? El empleo de la palabra “acción” (y de “juicio” en el art. 39) depone por lo primero; la legitimación conjunta de los consortes y de los hijos habla por lo segundo. Pero si es contencioso, ¿a quién corresponde la legitimación pasiva? No al cónyuge o cón-

yuges e hijos legítimos de los convivientes, porque lo que dice el art. 39 supone que ellos no son partes en el juicio de reconocimiento, sino terceros a quienes hay que oír. Tampoco la legitimación pasiva puede corresponder al otro consorte, porque el art. 37 dice que la acción es conjunta de ambos. Se está, pues, en presencia de una acción y de un juicio sin demandado. Si el acto es no contencioso, no puede hablarse de acción ni de juicio.

En esta materia se observa de nuevo la poca claridad que tiene el proyecto acerca de la naturaleza de hecho que es propia del concubinato, convivencia o consorcio. Si es un hecho, su reconocimiento jamás puede quedar supeditado a la voluntad de alguien, porque los hechos existen o no existen objetivamente, no porque se quiera o no; por ende, su reconocimiento no pertenece a la jurisdicción voluntaria y supone un proceso cuyas partes son precisamente los convivientes, quienes lo traban entre sí cuando no consiguieron arreglar sus asuntos extrajudicialmente.

Téngase presente, en fin, que antes del reconocimiento no se puede hablar de consortes, como hace el proyecto aquí, sino de convivientes.

*Art. 38:* Como ya se dijo, en materia de concubinato la acción no es para pedir que se disuelva, como expresa el proyecto, sino para que se declare la disolución ya operada de hecho. En todo caso, la fórmula conjuntiva: "la acción... corresponde a los consortes" indica que la disolución (judicial) aquí tratada exige la voluntad de ambos consortes; pero ello es incompatible con el carácter contencioso que tiene esta disolución, atendidas las causas por las cuales procede, según el art. 35 N° 2 en relación con el 26, que implican contienda entre partes. En consecuencia, dentro del sistema del proyecto, la acción debería darse "al consorte inocente". Mas, atendidos a la verdadera naturaleza de concubinato que debe tener esta convivencia, en una correcta reglamentación debe darse a cualquiera, porque la disolución de aquél es un hecho que no exige causas y que es suficiente verificar, como antes se dijo.

Se debe reemplazar la conjunción "y" de la frase "y a sus herederos" por "o"; con la actual redacción, la legitimación es conjunta para los consortes y sus herederos, lo cual resulta absurdo.

¿Prescribe la acción tratada en esta norma?

*Art. 39:* Es demasiado restrictiva la audiencia aquí dispuesta. Puede haber hijos con interés en ser escuchados, que provengan de un matrimonio anterior ya disuelto o que sean adoptados. Mejor sería escuchar a todos los que tienen o pueden tener interés en que no se reconozca a la familia extramatrimonial.

Deben tenerse presente los efectos procesales que atribuye a esta audiencia el art. 38 del proyecto de Ley sobre Tribunales de Familia y que, en verdad, resultan algo afrentosos para la familia legítima.

*Disposiciones transitorias:* No se estimó procedente examinar esta parte del proyecto, cuyo destino final dependerá del texto principal que se apruebe. Tan sólo se hace presente que no se trata de "disposiciones transitorias", es decir, destinadas a fijar la disciplina jurídica aplicable a ciertos hechos producidos bajo la antigua ley durante la vigencia de la nueva. De su sola lectura se aprecia que, en realidad, aquí se contienen normas modificatorias del Código Civil y otras leyes, que son, por ende, permanentes, no transitorias.

## RECOMENDACIONES

En conclusión, se recomienda:

1. Aprobar la idea de revisar la vigente Ley de Matrimonio Civil, manteniendo la indisolubilidad del matrimonio.

2. No aprobar los párrs. 1 a 7 (arts. 1 a 30) del proyecto tales cuales han sido presentados, pues merecen severos reparos técnicos y de redacción, debiendo someterse su texto a un minucioso examen, que quizá deba conducir a la formulación de uno enteramente nuevo.

3. Desechar sin más el párr. 8 (arts. 31 a 40) del proyecto debido a que contiene una inaceptable concepción y regulación de las uniones no matrimoniales estables entre hombre y mujer, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como moral.

4. Aceptar la idea de legislar sobre dichas uniones, sobre la base de una madura reflexión científica y política previa, vertida en un texto técnicamente correcto.