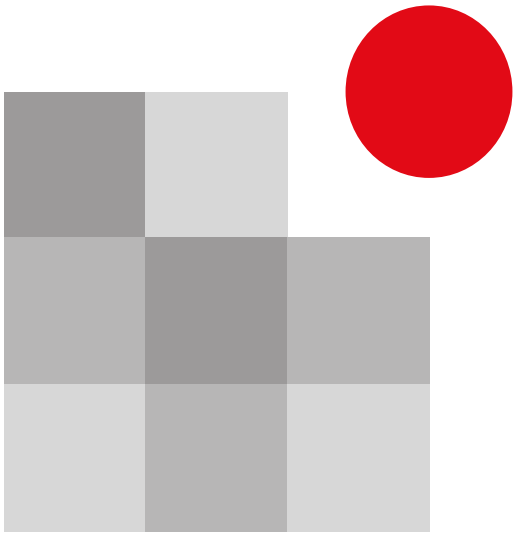
RAMO: DERECHO DE FAMILIA



iPLACEX
instituto profesional

UNIDAD I
FAMILIA, GENERALIDADES Y MATRIMONIO

CLASE 01

1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE DERECHO DE FAMILIA

La familia, como concepto sociológico, es una institución milenaria, de importancia innegable, donde una comunidad de vida se establece entre el hombre y la mujer que hacen una vida en común entre ciertos parientes de sangre. Sin embargo, debieron pasar miles de años antes de que esta unidad recibiera una organización jurídica como tal.

Como se deduce de su misma regulación, la familia jurídicamente reglamentada puede no coincidir con aquél grupo familiar que resulta de la vida familiar o los lazos de sangre.

Por ejemplo

En Chile, se ha notado una evolución desde una familia extensa a una familia nuclear. Incluso, en los últimos años se ha presenciado un explosivo aumento de las familias monopaternales. Todo esto quiere decir que es muy difícil acercar un concepto de familia que integre todas las realidades que se dan en la sociedad.

La legislación chilena, por su parte, no ha definido explícitamente a la familia, ni siquiera a nivel constitucional, donde el legislador si se preocupó de incorporar a la familia, llevando a muchos juristas a intentar una definición que logre abarcar todos los detalles, como lo hizo don Manuel Somarriva Undurraga, señalando que la familia *es un conjunto de personas unidas por vínculo de matrimonio, del parentesco o de la adopción.*

- *El Derecho de Familia*

El derecho de familia se lo define como el:

Es el conjunto de normas que regulan las relaciones personales y patrimoniales que mantienen entre sí y respecto de terceros los miembros de la familia.

También, dentro del derecho de familia entendido como una rama del derecho, existen los denominados derechos de familia, que son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que dentro del grupo familiar mantiene cada uno de los miembros con los demás para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar.

En este contexto, dentro de la legislación chilena, el derecho de familia goza de lo que se puede llamar como *constitucionalización*. Esto quiere decir que el derecho de familia goza de un marco jurídico impuesto por la Constitución Política, marco específico por el cual todas las otras leyes deben regirse.

De esta forma, el artículo 1º de la Constitución Política de la República, en su inciso 2º, señala que la familia *es el núcleo fundamental de la sociedad*. Además, en la parte final del mismo artículo se señala que es deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta.

En este sentido, la nueva ley de matrimonio civil coincide con la norma constitucional que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el matrimonio es la base principal de la familia, lo que permite deducir que la familia es parte fundamental de la sociedad. De esta manera como centro de intereses es protegido por el Estado y el Derecho.

Por último, cabe señalar que de esta constitucionalización del derecho de familia se siguen importantes efectos, como que toda la legislación chilena debe inspirarse en el marco que proporciona la Constitución Política, que toda interpretación de la ley de familia debe hacerse de acuerdo a la norma fundamental, es decir, protegiendo a la familia y fortaleciéndola.

- *Contenido Jurídico de la Noción de Familia*

Con respecto al contenido jurídico de la noción de familia se traduce en averiguar quiénes son las personas que integran esta institución. Para ello será necesario partir por señalar que el legislador no dio un concepto de familia, sin embargo en diversas disposiciones del Código Civil se hace referencia a ésta.

En este sentido el artículo 42 del Código Civil señala que *"en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta y sus consanguíneos de uno y otro sexo, mayores de edad".* También el artículo 815 inciso 3 al referirse al derecho real de habitación, señala que la familia comprende al cónyuge y a los hijos. Reafirmando lo anterior, el artículo 983 del Código Civil señala que son llamados a la sucesión intestada (herencia) a los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso y el Fisco.

Continuando con lo anterior, existen diversos conceptos dados por la doctrina jurídica sobre lo que debe entenderse por familia. De esta manera una definición comúnmente establecida es la que señala que familia "*es el conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco o por el matrimonio".*

Otros autores señalan que la familia "*jurídicamente es el conjunto de personas unidas por el matrimonio, o por la filiación, o por el parentesco o la simple unión conyugal, resultando ellas mismas del matrimonio o de la filiación*". Este concepto concibe a la familia en un sentido más amplio.

En un sentido restringido, familia excluye a los colaterales limitándose solamente a los cónyuges y a los descendientes, también se le denomina familia nuclear.

- *Naturaleza Jurídica de la Familia*

Existen distintas teorías creadas por lo autores, que sirven para determinar cual es el carácter jurídico de la familia, lo que conlleva a la aplicación de diversas consecuencias jurídicas. A continuación se presentan las principales teorías que explican el origen de la familia y su carácter jurídico.

a) Teoría de la Familia como Persona Jurídica. Para esta teoría la familia sería una persona distinta de los integrantes que la componen, siendo titular de derechos patrimoniales como extramatrimoniales. Sin embargo, la mayoría de la doctrina de los autores no acepta esta teoría, porque la familia por sí misma no tiene capacidad para ejercer derechos y obligaciones.

b) Teoría de la Familia como Organismo Jurídico. Esta teoría señala que la familia es anterior al Estado, porque ésta surge como una necesidad imperante en todo ser humano el cual consiste en organizarse y crear vínculos de reciprocidad y comunidad entre ellos. Por cierto, con su principal interés y objetivo el cual es mantener la familia.

c) Teoría de la Familia como Institución Social. Esta teoría señala que la familia es una institución que forma parte de la sociedad, que posee sus fines propios y donde el Estado tiene un deber de protección. La mayoría de la doctrina se suma a esta postura.

- *Características del Derecho de Familia*

Una vez analizadas las principales nociones de familia y el concepto de derecho de familia, corresponde tomar conocimiento con las principales características que identifican al derecho de familia.

En la siguiente figura se presentan las características del derecho de familia.

Figura Nº 1: Características del Derecho de Familia

Características

- Es un derecho público, por lo que sus normas son imperativas e inderogables, normas de orden público.
- Es de contenido eminentemente ético y moral. Por ejemplo, dentro del derecho de familia se pueden encontrar normas sin sanción alguna u obligaciones incoercibles. Sin embargo, no se debe a un error del legislador, sino a una actuación deliberada: dejar que el sentimiento ético o la sociedad influyan en la persona obligada.
- En el derecho de familia, prevalece el interés común, es decir, el del grupo familiar, por sobre el interés individual de cada uno de los integrantes.
- El derecho de familia no comparte el principio de autonomía de la voluntad ni el principio de igualdad de las partes. De ahí que en el derecho de familia existan relaciones de superioridad y de dependencia.
- Los derechos de familia, aquellos derechos subjetivos, son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Un ejemplo de esto es el derecho de alimentos.
- Los actos del derecho de familia son, por regla general, solemnes, a diferencia del derecho privado, donde son generalmente consensuales.
- Es una disciplina de estados, es decir, crea condiciones subjetivas de carácter universal, las personas ocupan una posición dentro de la familia y de la comunidad toda.
- Los derechos que nacen de la familia, más que facultades son deberes establecidos en beneficio de la familia.

- *Materias del Derecho de Familia*

El derecho de familia ha seguido un proceso de separación del derecho civil donde se originó. En los últimos años se puede apreciar un esfuerzo del legislador por convertir al derecho de familia en una rama del derecho autónoma, con principios y materias que le son propias.

De esta forma, algunas de las materias que se regulan en el Derecho de Familia son:

- El matrimonio.
- El parentesco.
- El estado civil.
- Las relaciones patrimoniales.
- Las relaciones de parentesco.
- El derecho de alimentos.
- La filiación.

Realice ejercicio del nº 1 al 5

CLASE 02

- *Principales Leyes de Familia*

En la actualidad, el principal cuerpo legal que contiene las normas del derecho de familia es el Código Civil. En el Libro Primero, Título III trata de los esponsales para seguir con los siguientes títulos con el matrimonio, filiación y patria potestad, entre otras materias.

No obstante el esfuerzo del Código Civil por brindar una legislación completa, se ha hecho necesaria la existencia de leyes complementarias. Algunas de ellas son:

- Ley de Registro Civil.
- Ley de Matrimonio Civil de 1884 (que fue reemplazada por la Nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004)

- Ley que dicta normas sobre adopción de menores, de 1999. (última modificación año 2007).

- Ley que crea los Tribunales de Familia, de 2005.

- *El Parentesco*

El parentesco es definido como la relación de familia que existe entre dos personas. Cabes señalar que el parentesco puede ser de dos clases: por consanguinidad y por afinidad.

Por un lado, el *parentesco por consanguinidad*, también llamado natural, se funda en la relación de sangre que existe entre dos personas, cuando una desciende de la otra o ambas de un antepasado común. En este sentido el artículo 28 del Código Civil señala lo siguiente:

> El parentesco por consanguinidad es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados.

Por otro lado, el *parentesco por afinidad*, *o parentesco legal*, es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consaguíneos de su marido o mujer.

De esta forma, se puede entender que los cónyuges no son parientes entre sí y que el parentesco por afinidad subsiste aun después de la muerte.

Del análisis de la ley se deduce que el legislador ha dado muchísima más importancia al parentesco por consanguinidad, ya que, el parentesco por afinidad no confiere derechos. Incluso, la ley considera al parentesco por afinidad como un impedimento para contraer matrimonio, a pesar de no existir vínculos de sangre.

Por último, existe una tercera forma de parentesco, y es el que se realiza por medio de la *adopción,* en este punto se debe tener presente que la adopción confiere el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes.

- *Línea y Grado de Parentesco*

La llamada línea de parentesco describe la serie de parientes que descienden unos de otros (línea recta) o de un tronco común (línea colateral).

> *Por ejemplo*
>
> El nieto y el abuelo son parientes en línea recta, mientras que los primos son parientes en línea colateral.

Por el contrario, el grado es la distancia que existe entre dos parientes o el número de generaciones existentes entre dos personas. La principal importancia de conocer el grado de parentesco es que mientras más cercanos se encuentren dos parientes, más derechos le otorga la ley.

El parentesco por línea recta se cuenta por el número de generaciones, mientras que para determinar el parentesco colateral se sube al tronco común y después se baja al pariente cuyo grado se desea conocer. De esta forma, el grado mínimo entre parientes colaterales es el segundo grado. No hay parientes colaterales en primer grado.

Por ejemplo

Entre el nieto y el abuelo existe un parentesco en línea recta de grado. En cambio, entre primos hermanos, existe un parentesco colateral de cuarto grado.

Por último, respecto al parentesco por afinidad, se aplican las mismas reglas. Así, la línea y el grado de afinidad de una persona con el consanguíneo de su marido o mujer se califican por la línea o grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el respectivo consanguíneo.

2. EL MATRIMONIO

El matrimonio se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 102 y siguientes y en la ley 19.947, que establece la nueva Ley de Matrimonio Civil, derogando la antigua ley que databa de 1884.

- *Principales Innovaciones de la Ley Nº 19.947*

La principal innovación de la ley Nº 19.947 es la incorporación de la institución del divorcio a la legislación chilena como causal de terminación del matrimonio.

Sin embargo, el divorcio no es la única innovación de esta ley, si bien está relacionada con otras materias las cuales se mencionan a continuación:

a) Establece cursos de preparación para el matrimonio.

b) Aumenta la edad mínima para casarse a 16 años.

c) Reconoce efectos civiles al matrimonio religioso.

d) Suprime el rapto como vicio del consentimiento.

e) Incorpora el error en las cualidades determinantes del otro contrayente como vicio del consentimiento.

f) Suprime la causal de nulidad de matrimonio basada en la incompetencia del Oficial del Registro Civil.

g) Suprime como incapacidades para el matrimonio la impotencia perpetua e incurable y el adulterio.

h) Incorpora nuevas causales de nulidad.

i) Regula la separación de hecho y crea la separación judicial de los cónyuges.

j) Establece reglas sobre compensación económica a favor del cónyuge más débil en caso de nulidad de matrimonio o divorcio de los cónyuges.

k) Incluye reglas sobre conciliación y mediación en los juicios sobre separación y divorcio.

l) Radica los juicios sobre separación, nulidad de matrimonio y divorcio en los juzgados de familia.

- *Concepto de Matrimonio*

La nueva Ley de Matrimonio Civil, a pesar de todas sus innovaciones, no modificó la definición de matrimonio que da el Código Civil. De esta manera el artículo 102 del Código Civil señala que el matrimonio es:

> Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

- *Naturaleza Jurídica del Matrimonio*

Estudiar que es jurídicamente el matrimonio, implica analizar las diversas teorías que opinan sobre su naturaleza jurídica. En este sentido, se mencionan a continuación las teorías que definen y determinan la naturaleza jurídica del matrimonio.

a) El Matrimonio como Contrato. Esta teoría señala que el matrimonio simplemente es un contrato, lo que conlleva a la aplicación de las normas vigentes según la teoría general del contrato. La doctrina le quita validez a esta postura en primer lugar porque en cualquier contrato los contratantes son libres para fijar las condiciones del mismo, en cambio en el matrimonio las condiciones y efectos se encuentran establecidos en forma obligatoria por la ley. En segundo lugar, los contratos pueden disolverse de común acuerdo sin mayor problema, en cambio en el matrimonio su disolución de común acuerdo debe reunir ciertos requisitos legales, de lo contrario es imposible disolverlo.

b) El Matrimonio como Institución. Esta teoría postula que el matrimonio es otra institución como la familia, que forma parte de la sociedad. De esta manera, se tratará de un contrato de adhesión a un cuerpo normativo fijado por la ley, pero no un contrato, ya que limita la libertad de los agentes, y por ende no lo pueden modificar como cualquier acuerdo entre partes.

c) El Matrimonio como Acto de Estado. Esta teoría señala que se trata de un acto de Estado, toda vez que se manifiesta a través de un funcionario estatal el Oficial del Registro Civil, el cual es el encargado de unir a las personas en matrimonio.

d) El Matrimonio como Híbrido de Contrato e Institución. Esta teoría adopta una posición ecléctica o intermedia entre dos posturas. Ésta, señala que el matrimonio es una combinación y complementación entre el contrato y la institución, de esta manera lo que le falta a una, lo complementa la otra.

e) El Matrimonio como Acto Jurídico. Simplemente esta postura señala que el matrimonio es un acto jurídico que posee una naturaleza contractual. Lo anterior se fundamenta señalando que el matrimonio es un acto voluntario que realizan los contrayentes con el fin de producir efectos jurídicos buscados por las partes y los cuales tendrán efectos en toda la sociedad.

- *Características del Matrimonio*

Una vez analizado el concepto de matrimonio y su naturaleza jurídica, corresponde tomar conocimiento con las principales características que identifican a esta institución.

En la siguiente figura se esquematizan las características que definen a la institución del matrimonio.

Figura Nº 2: Características del Matrimonio

Características

- Es un contrato, si bien en la realidad dista mucho de los contratos que aborda el derecho privado. Así, por ejemplo, en el matrimonio está completamente ausente el principio de autonomía de la voluntad, instituciones típicas de los contratos como la resciliación (término de mutuo acuerdo) no se aplican al matrimonio.
- Es un contrato solemne, si se acepta que el matrimonio sea un contrato, uno muy especial por cierto, debe entenderse como contrato solemne. Es solemne por cuanto la ley exige una serie de formalidades para su celebración, como lo es la presencia del Oficial del Registro Civil y los testigos.
- El matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer. De forma que la ley estima que es esencial al matrimonio la diferencia de sexo entre los contrayentes, además de la monogamia, es decir, debe tratarse de un hombre y una mujer. Incluso, este elemento esencial del matrimonio se ve reafirmado cuando la ley 19947 exige para que el matrimonio celebrado en el extranjero produzca efectos en Chile, se trate de una unión de un hombre y una mujer.
- El matrimonio tiene carácter indisoluble, a pesar que la ley de matrimonio civil permite el divorcio de un matrimonio válidamente contraído.
- El matrimonio tiene como finalidad, entre otras, la de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

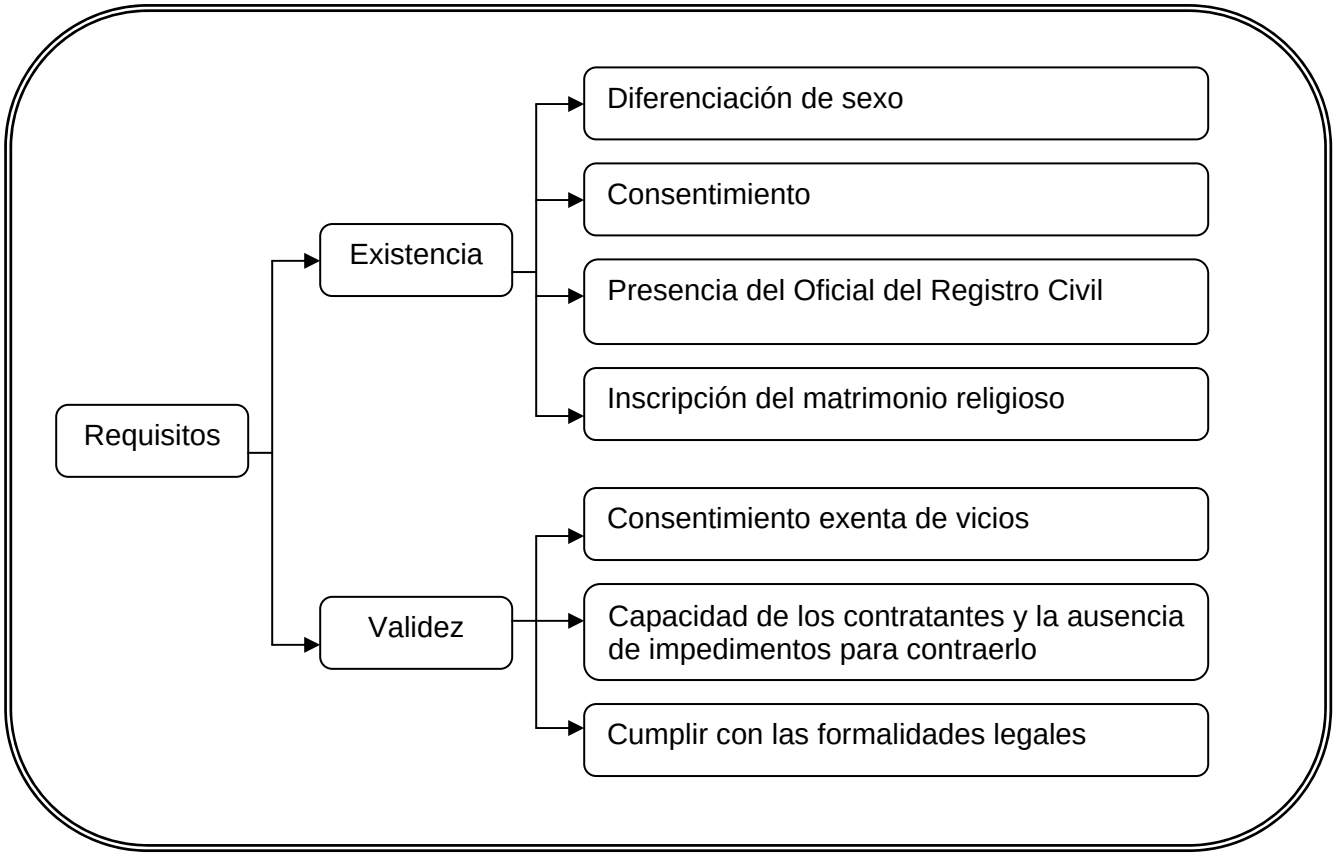
A continuación se hará referencia a los requisitos o condiciones de existencia y validez que debe cumplir un matrimonio celebrado en Chile según la ley Nº 19.947.

CLASE 03

2.1. Requisitos del Matrimonio

Si bien la nueva ley de matrimonio civil no distingue expresamente entre requisitos de existencia y validez, estos se pueden deducir de sus propias normas. Así, se puede entender que la omisión de los requisitos de existencia produce inexistencia, es decir, el matrimonio no llega a existir, mientras que la omisión de los requisitos de validez (o su cumplimiento parcial) produce nulidad, es decir, el matrimonio existe, pero viciado.

Figura Nº 3: Requisitos del Matrimonio



A continuación se desarrollarán cada uno de los requisitos exigidos para la existencia y validez del matrimonio.

- *Requisitos de Existencia*

Como ya se había mencionado en la figura anterior, los requisitos de existencia del matrimonio son los siguientes:

a) La Diferencia de Sexo entre los Contrayentes. Este requisito proviene de la misma definición de matrimonio del Código Civil, el Código Civil reconoce esta unidad entre un hombre y una mujer, es decir, heterosexual. Asimismo, el artículo 80 de la nueva ley de matrimonio civil reafirma expresamente esta exigencia. Consecuencia de lo anterior, la diferencia de sexos es un requisito esencial para la celebración del matrimonio, ya que si se celebra con personas de un mismo sexo no tendrá ninguna existencia.

b) El Consentimiento de los Contrayentes. El vicio del consentimiento es una causal de nulidad, por lo que sólo la falta de consentimiento es capaz de generar inexistencia del matrimonio, como si el Oficial del Registro Civil declara casados a los contrayentes no obstante uno de ellos manifiesta su voluntad contraria o no manifiesta su voluntad.

En este contexto cabe preguntarse si es posible celebrar un matrimonio por medio de un mandatario. Frente a esta inquietud el Código Civil, es expreso al señalar en su artículo 103, que *autoriza a contraer matrimonio por mandatario*, pero éste debe estar especialmente facultado para tal efecto, lo que quiere decir que el mandato debe ser otorgado expresamente para la celebración del matrimonio.

Por último, la ley es estricta y exige que el mandato se constituya por *escritura pública* y que se mencione el nombre; apellido; profesión y domicilio de los contrayentes y del mandatario.

c) La Presencia del Oficial del Registro Civil. Esto quiere decir que solamente debe celebrarse el matrimonio ante un Oficial del Registro Civil para ser existente, es decir, no se podría contraer matrimonio ante un notario. El único funcionario autorizado por la ley para sancionar un matrimonio es el Oficial del Registro Civil, tanto así, que su ausencia es causal de inexistencia, es decir, el matrimonio no nace a la vida jurídica. En este sentido el artículo 17 de la ley de matrimonio civil señala expresamente que "*el matrimonio se celebrará ante el Oficial del Registro Civil, que debe ser el mismo que intervino en la realización de las diligencias de la manifestación e información".*

En este contexto cabe distinguir dos situaciones:

- El matrimonio celebrado de manera religiosa no inscrito: simplemente este matrimonio no produce efectos civiles, ya que nunca se inscribió, y por lo tanto no interesa si el ministro de culto se encontraba facultado para realizarlo.

- El matrimonio celebrado de manera religiosa inscrito: lo único que señala la ley Nº 19.947 respecto del ministro del culto ante quien se celebra el matrimonio religioso es

que se efectúe ante entidades religiosas de derecho público. Se debe tener presente que si bien no se exige ningún requisito especial, el matrimonio, debe celebrarse ante una entidad religiosa de derecho público y no ante un ministro de culto, porque podría tratarse de una celebración no reconocida o de no competencia del Estado.

d) La Inscripción del Matrimonio Religioso. El artículo 20 de la ley de matrimonio civil es bastante claro al expresar que los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público carecen de todo reconocimiento civil si no se procede a la inscripción ante un Oficial del Registro Civil, de lo contrario no producirá ningún efecto civil.

En este sentido, cabe señalar que lo que se inscribe es el matrimonio y no el acta matrimonial, de esta forma si no se inscribe dentro del plazo señalado en la ley, ese matrimonio no producirá ningún tipo de efecto, mucho menos civil. Además, la ley del registro civil establece las menciones (esenciales) que debe contener la inscripción de matrimonio, éstas son: el acta otorgada por la entidad religiosa; el documento que acredite la personería del ministro de culto; el hecho de haberse otorgado ante el Oficial del Registro Civil, la ratificación del consentimiento ante el ministro de culto y la firma de los requirentes de la inscripción y la del Oficial del Registro Civil.

- *Requisitos de Validez*

Una vez analizados los requisitos de existencia del matrimonio que permiten su nacimiento a la vida jurídica, corresponde estudiar aquellos requisitos que establecen la validez del matrimonio, éstos se mencionan a continuación.

– Consentimiento Libre y Espontáneo. De acuerdo a ello, el artículo 4 de la ley de matrimonio civil establece

> La celebración del matrimonio exige que ambos contrayentes… hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo.

Este requisito se refiere a que el consentimiento debe prestarse exento de vicios. Así, la ley se dedica a enumerar los vicios del consentimiento que afectan al matrimonio, los cuales son el error y la fuerza. Con respecto al dolo, la tradición jurídica ha señalado que es normal que en las relacionales prematrimoniales las personas exageren sobre algunos atributos, ello no es razón suficiente para establecerlo como vicio del consentimiento.

1) El Error

El error como vicio del consentimiento ya existía en la ley anterior, pero la ley 19.947 incorporó el error respecto de las cualidades personales del otro contrayente. Cabe señalar

que el error debe ser determinante, es decir, que sea tan importante que sin él la persona no se hubiese casado, y además debe tener lugar en el momento de celebración del matrimonio.

En cuanto a las distintas posibilidades de error en el consentimiento, éstas se mencionan a continuación.

a) Error acerca de la *identidad de la persona del otro contrayente*, es decir, cuando uno de los contrayentes se equivoca respecto de la persona física del otro. En caso de producirse una situación que comprenda esta hipótesis, sólo el contrayente que incurre en el error tendrá derecho a la acción de nulidad para invalidar el matrimonio. Esta acción de nulidad prescribe en el término de 3 años, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error.

b) Error acerca de alguna de las *cualidades personales del otro contrayente*, éste exige que, en el tiempo de la celebración del matrimonio, hubiera existido un error, es decir, un falso concepto o juicio en uno de los contrayentes. Este error debe recaer sobre alguna cualidad personal del otro contrayente.

   Estas cualidades personales pueden ser de diversa naturaleza, comprendiendo las de carácter físico y de carácter moral, pero siempre que haya sido determinante para prestar el consentimiento, es decir, la persona que sufre el error ha hecho de esa característica un aspecto esencial para prestar su consentimiento al matrimonio.

   Continuando con lo anterior, la ley dejó establecidos algunos criterios para juzgar aquellas cualidades personales y su carácter determinante. De esta manera el error debe tratarse en primer lugar de una cualidad personal determinante en *orden a la naturaleza de matrimonio,* es decir, respecto de aquellos elementos que caracterizan al matrimonio como comunidad de vida.

   En segundo lugar, debe tratarse de una cualidad personal determinante en orden a los *fines del matrimonio*, es decir, cuando su ausencia impide que se forme el matrimonio. Esto quiere decir que cualquier cualidad personal que no aparezca como vinculada a la naturaleza o fines del matrimonio no puede ser estimada como determinante para prestar el consentimiento matrimonial, es decir, su ausencia no obstaculiza la formación del matrimonio.

   Por último, cabe señalar la diferenciación que efectuaba la antigua ley de matrimonio, la cual establecía que la impotencia coendi (imposibilidad de realizar el acto sexual) imposibilitaba la celebración del matrimonio. En cambio, la impotencia generandi (imposibilidad de fecundar) no imposibilitaba la celebración del matrimonio. Vinculado con lo anterior, en la actualidad surge una duda en relación a estas situaciones, ya que podrían considerarse como errores en las cualidades personales del contrayente.

– Simulación en el Matrimonio (falta de consentimiento)

Toda manifestación o declaración de voluntad debe realizarse de forma real y seria, de lo contrario se caería en una mentira o simulación, en la cual existe una evidente contradicción entre la voluntas real o interna y la voluntad externa o declarada. En este sentido cabe señalar que existen dos tipos de simulación: la total o absoluta y la parcial o relativa.

En este contexto la ley de matrimonio civil del año 2004 no dispuso ninguna norma orientada a regular el tema de la simulación. Sin embargo, de acuerdo al ius conubii (derecho a contraer matrimonio) y a los principios generales del derecho común, se pueden encontrar diversos casos de simulación que afectan el consentimiento, provocando la inexistencia o la nulidad del matrimonio. Estos casos se mencionan a continuación.

a) Inexistencia por simulación total: este caso procede cuando un hombre y una mujer se ponen de acuerdo para celebrar un matrimonio en forma ficticia, sin manifestar su real voluntad de ius conubii. De acuerdo con este caso, se puede afirmar que no existió real consentimiento, por la falta de voluntad real y seria, en consecuencia es inexistente el matrimonio.

b) Nulidad por simulación total unilateral: esta nulidad procede cuando una sola de las partes ha mentido respecto al ius conubii y engañó a la otra persona simulando un matrimonio. En este caso se puede observar a simple vista, que existe un engaño o error respecto de las condiciones o cualidades personales del otro contrayente, por cuanto implica una falta de seriedad. De esta forma, procede la nulidad del matrimonio fundada en un error, el cual sufrió el cónyuge burlado, sin perjuicio de la prescripción de tres años que posee para alegarla.

Cabe agregar la disposición penal que penaliza o sanciona el delito de simulación de celebración del matrimonio, el cual señala: *"el que engañare a una persona simulando la celebración de un matrimonio con ella, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo*", lo cual implica el castigo por parte del Ordenamiento Jurídico a este tipo de acciones.

A continuación se explicará otra forma de afectar el consentimiento en el matrimonio, la fuerza.

2) La Fuerza

La fuerza se la puede definir como:

Toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona, sobre sus bienes o sobre otras personas vinculadas con ella, que hubiere sido determinante para contraer el matrimonio.

El artículo 8 de la ley de matrimonio civil señala: *"falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: Nº 3 si ha habido fuerza, según los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa que hubiere sido determinante para contraer el vínculo".*

Continuando con lo anterior, la nueva ley de matrimonio civil, al aplicar la fuerza como vicio del consentimiento en el matrimonio recurre a los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, éstos contienen ciertos requisitos para que la fuerza efectivamente vicie el consentimiento.

De acuerdo con lo anterior, resulta interesante mencionar cuales son tales los requisitos son:

a) La fuerza debe ser *actual e inminente*. Esto significa que la fuerza debe existir necesariamente al tiempo de la celebración del matrimonio.

b) La fuerza debe ser *grave*, lo que significa que debe ser capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Entonces, se mira como fuerza grave todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

c) La fuerza debe ser *determinante* en la celebración del matrimonio.

d) La fuerza puede ser *obra de cualquier persona* o incluso de una circunstancia externa.

Entonces, la aplicación de fuerza física sobre uno de los contrayentes también constituye falta de consentimiento, donde la voluntad expresada no es la propia, sino una ajena.

– Capacidad Legal de los Contrayentes

De acuerdo a la ley chilena, contraer matrimonio es un derecho esencial de las personas, lo que significa que todas las personas pueden contraer matrimonio, salvo las excepciones legales, por supuesto.

Así, la ley sólo se dedica a expresar quienes no pueden contraer matrimonio. A estas incapacidades se les denomina impedimentos y se clasifican en impedimentos dirimentes e impidientes.

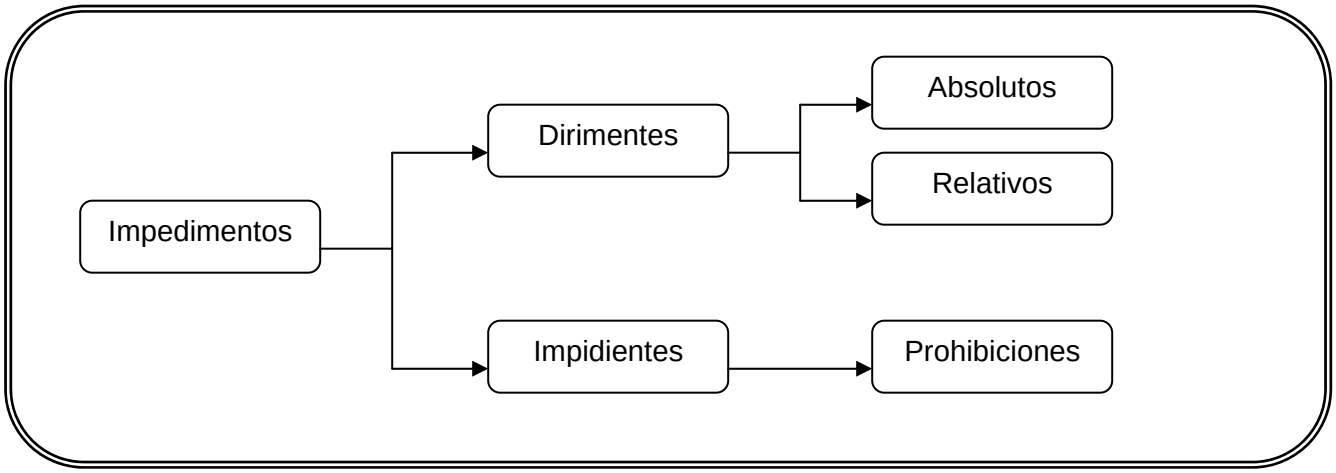
Los impedimentos dirimentes son aquellos que optan a la celebración del matrimonio de tal suerte que si no se respetan, la sanción es la nulidad del vínculo matrimonial.

En cambio, los impedimentos impidientes son:

Los impedimentos impidientes son las prohibiciones y su incumplimiento no produce nulidad sino otro tipo de sanción.

Continuando con lo anterior, los impedimentos dirimentes pueden ser absolutos o relativos. De esta forma, serán absolutos cuando obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, por el contrario serán relativos cuando impiden contraer matrimonio con una persona determinada.

Figura Nº 4: Impedimentos Dirimentes e Impidientes



Realice ejercicio del nº 6 al 13

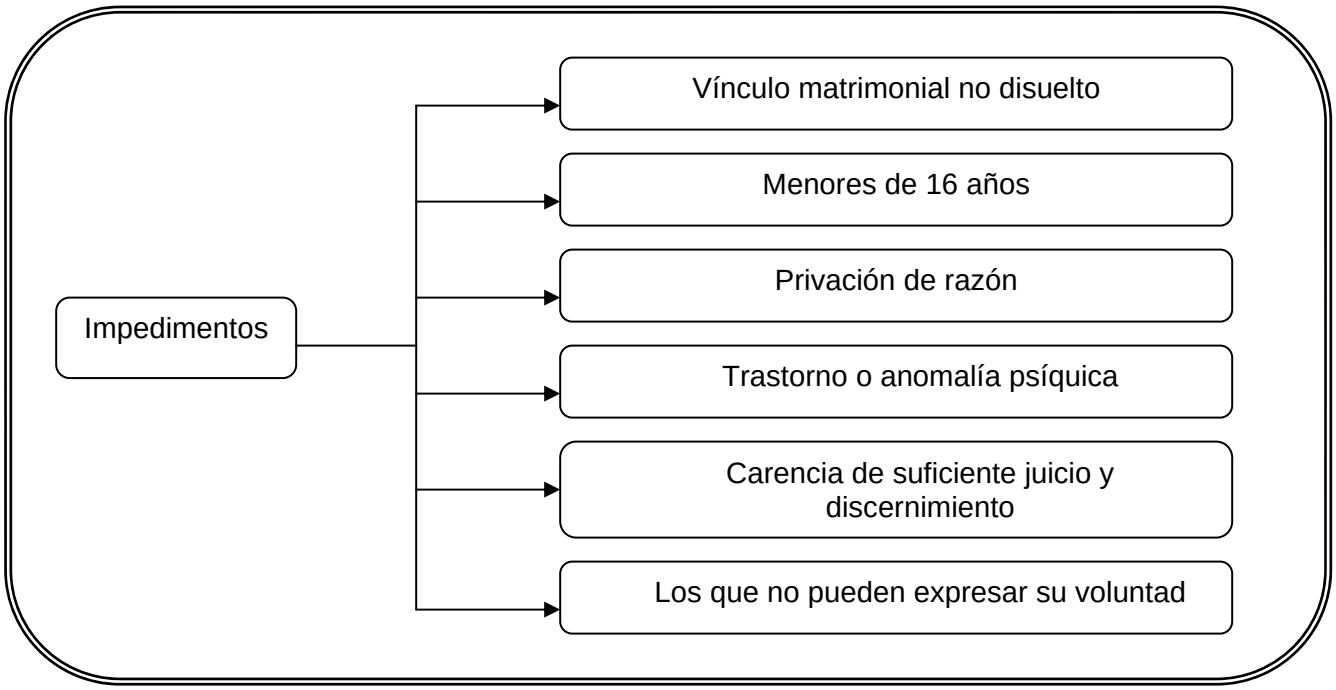
CLASE 04

1) Los Impedimentos Dirimentes Absolutos

Los impedimentos dirimentes absolutos, como ya se había mencionado, son aquellos que impiden la celebración del matrimonio con toda persona. Es importante saber, eso sí, que para que estos impedimentos tengan el efecto de un vicio del consentimiento, es decir, que afecten la validez del matrimonio, deben existir al momento de la celebración.

En la siguiente figura se esquematizan los impedimentos absolutos.

Figura Nº 5: Impedimentos Dirimentes Absolutos



A continuación se abordarán cada uno de los impedimentos dirimentes absolutos que impiden la formación y celebración del matrimonio.

a) El Vínculo Matrimonial No Disuelto. El vínculo matrimonial no disuelto constituye la ratificación del matrimonio monogámico en la sociedad chilena, prohibiendo la poligamia[1] y la poliandria[2]. En su virtud se prohíbe a un hombre que contraiga simultáneamente matrimonio con varias mujeres y que una mujer contraiga matrimonio con varios hombres

[1] Es un tipo de relación amorosa y sexual entre más de dos personas, por un período significativo de tiempo, o por toda la vida.

[2] Una mujer que está en matrimonio con varios hombres.

simultáneamente. De esta forma, siempre que uno de los cónyuges se halle vinculado por un matrimonio anterior no disuelto, no podrá contraer nuevo matrimonio.

Eso sí, y esto es importante, para que se produzca la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio por existir un vínculo matrimonial anterior no disuelto, es esencial que dicho primer matrimonio sea válido.

Este impedimento de vínculo matrimonial no disuelto producirá la nulidad del segundo matrimonio, pero para que esta nulidad produzca efectos debe ser declarada por una *sentencia judicial*. Esto significa que mientras no se declare la nulidad por sentencia judicial el segundo matrimonio es válido.

De la misma forma, los contrayentes podrían validar el segundo matrimonio solicitando se declare nulo el primer matrimonio, pero mientras la sentencia judicial no lo declare así, el primer matrimonio será perfectamente válido.

Por último, cabe destacar que el Código Penal sanciona el hecho que una persona contraiga matrimonio estando válidamente casado con el *delito de bigamia*, por el cual será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

b) Los Menores de 16 años. Si uno de los contrayentes es menor de 16 años el matrimonio no será válido, por lo tanto será nulo. La nueva ley de Matrimonio Civil innovó en cuanto a la ley anterior, ya que ésta establecía la edad mínima para contraer matrimonio de acuerdo a la pubertad de los contrayentes, es decir, centrando la atención en la capacidad para procrear de éstos.

La nueva ley determinó alterar el criterio y centrarlo en la edad y madurez de los contrayentes para comprender y comprometerse con los derechos y deberes del matrimonio, estableciendo como edad mínima para celebrar matrimonio los 16 años.

c) La Privación de Razón. De acuerdo a la ley, no pueden contraer matrimonio los que se hallaren privados del uso de razón. La ley, al hablar de privación de razón, se refiere a la enajenación mental. Incluso, podría tratarse de una privación de razón temporal que se presenta en el momento de prestar el consentimiento para el matrimonio.

En la ley anterior, que databa de 1884, se contemplaba esta capacidad bajo el concepto de "*dementes",* término que presentaba ciertas complicaciones que fueron subsanadas por la nueva ley.

De este modo, el concepto de privación de razón es más amplio, puesto que incluye a la demencia y a otras enfermedades o enajenaciones mentales, sean permanentes o temporales, estén o no declarados en interdicción por un tribunal. Esto significa que incluye perfectamente a quienes hayan contraído matrimonio en estado de ebriedad, bajo efectos de estupefacientes, hipnotizados, etc.

d) El Trastorno o Anomalía Psíquica. Esta causal se encuentra en el mismo numeral que la anterior y consiste en un trastorno o anomalía psíquica la cual debe estar fehacientemente diagnosticada y ser de tal gravedad que los contrayentes sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio.

La causal de trastorno o anomalía psíquica comparte ciertos conceptos con la causal de privación de razón, lo que se debe a que en realidad comparten el mismo numeral: art. 5 Nº 3º. Así, para ambas causales la ley exige que sean *graves*, de tal manera que los contrayentes sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. Además, ambas causales deben estar *fehacientemente diagnosticadas*, es decir, por un facultativo debidamente especializado.

e) La Carencia de Suficiente Juicio y Discernimiento. No se podrán casar quienes carecieren de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

Este numeral de la ley (art. 5º Nº 4) establece una causal subjetiva, puesto que no está relacionada con alguna medida objetiva. Así, cualquier cónyuge podría pedir la nulidad del matrimonio en base a que el otro cónyuge carecía de suficiente juicio y discernimiento, pero, he aquí lo importante, sin importar la edad.

Así es, la ley no exige una edad mínima o máxima para alegar esta causal de forma que, por ejemplo, incluso una persona mayor de edad puede carecer de suficiente juicio y discernimiento.

Como se puede observar, esta causal tiene cierta relación con la del art. 5º Nº 2, que impide casarse a los menores de 16 años. Pues bien, con ambos numerales la ley se preocupa de abarcar los dos criterios, el objetivo con el Nº 2 y el subjetivo con el Nº 4.

f) Los que No Pueden Expresar su Voluntad. En el Nº 5 del artículo 5º, la ley termina con la causal que está dirigida a quienes no pueden expresar su voluntad, por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas.

Esta causal ya existía en la ley de 1884, pero a diferencia de la ley actual, aquella señalaba que no podían contraer matrimonio por incapacidad los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad.

Así, se puede ver la innovación de la ley de matrimonio civil, incorporando el derecho de los sordomudos que no pueden expresarse a contraer matrimonio, siempre que puedan manifestarse por lenguaje de señas.

Finalmente, es importante señalar una última innovación de la ley 19.947. En la ley de 1884 se incluía una causal de nulidad, denominada comúnmente, causal de impotencia perpetua e incurable. Esta causal no se incorporó a la nueva ley de matrimonio civil, ya

que se estimó que estaba directamente vinculada a la vida sexual de la pareja, además que los adelantos tecnológicos la habían tornado obsoleta.

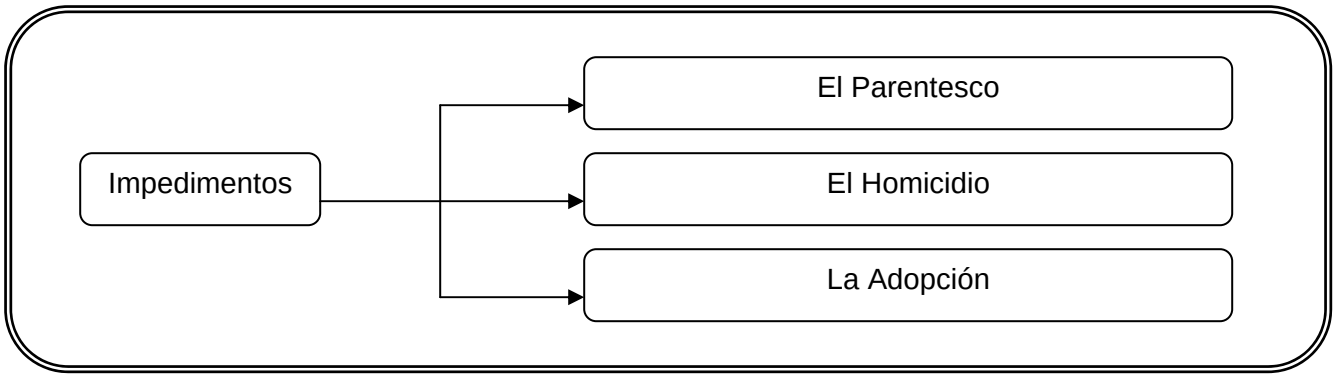
A continuación se analizarán los impedimentos dirimentes relativos.

2) Los Impedimentos Dirimentes Relativos

La clasificación de los impedimentos se hace entre dirimentes absolutos y relativos, siendo estos últimos los impedimentos que inhabilitan a una persona a contraer matrimonio con ciertas y determinadas personas.

Continuando con lo anterior, son impedimentos relativos los que se mencionan en la siguiente figura:

Figura Nº 6: Impedimentos Dirimentes Relativos



a) El Parentesco. No pueden contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

Esto quiere decir que no se pueden casar entre sí los hermanos, pero si pueden casarse los primos, ya que el mínimo que exige es la colateralidad por consanguinidad en segundo grado.

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

En esta causal existen varios conceptos importantes. Así, por ejemplo, la ley establece que el cónyuge sobreviviente no se podrá casar con el imputado contra quien se hubiere

formalizado investigación, es decir, la ley no espera a que una sentencia establezca con toda seguridad que tal persona fue efectivamente el responsable del homicidio del marido o la mujer del cónyuge sobreviviente.

En este contexto, el imputado es aquella persona a quien se le atribuye la responsabilidad de un delito y es una calidad que se adquiere desde el primer momento de la primera actuación del procedimiento en su contra. De esta forma, se diferencia del condenado en que éste último lo es a partir de la sentencia judicial que lo declara como tal.

En la segunda parte de este numeral, la ley se preocupa de los condenados, es decir, en este caso hubo una sentencia condenatoria. Además, se incluye a los cómplices y encubridores del delito, ampliando aún más la aplicación de la causal de nulidad.

c) La Adopción. La adopción es también una causal de impedimento relativo. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley. Un efecto importante de la adopción es que ésta extingue todos los vínculos de la filiación de origen del adoptado, para todos los efectos civiles, exceptuando los impedimentos para contraer matrimonio.

Pero esto no significa que no se apliquen los mismos impedimentos en relación a su nueva filiación. De esta forma, también se le aplica la causal de parentesco.

Para finalizar cabe señalar que al igual que como sucedió con los impedimentos absolutos, la nueva ley de matrimonio civil no incorporó una causal que sí se encontraba en la ley de 1884: el *adulterio.* El adulterio, según lo establece el artículo 132 del Código Civil, constituye una "*grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio y da origen a las sanciones que la ley contempla. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge".*

De acuerdo con lo anterior y en conformidad con la ley antigua, no podía contraer matrimonio el que haya cometido adulterio con su partícipe en esa infracción, durante el plazo de cinco años contado desde la sentencia que así lo establezca. Por el contrario, la ley 19947 definitivamente no incorporó esa causal de impedimento relativo.

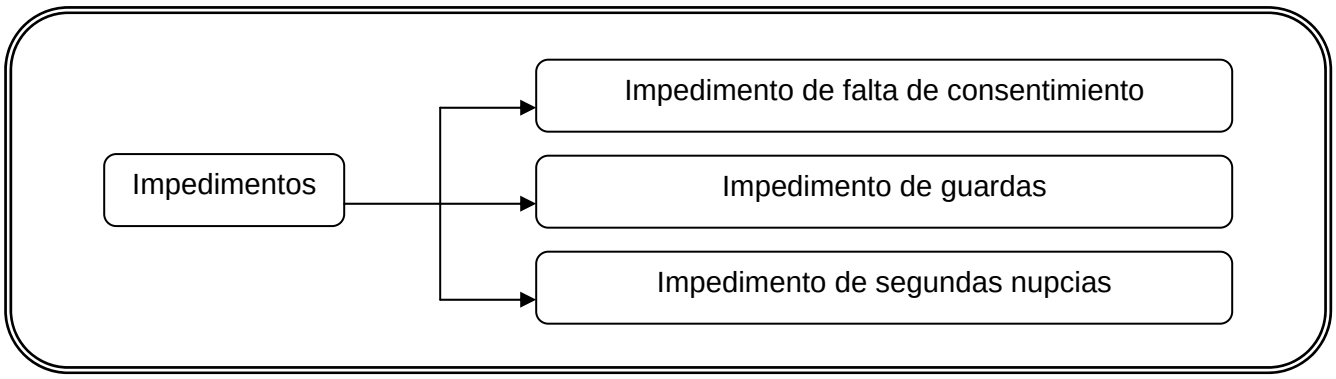
CLASE 05

3) Impedimentos Impidientes (Prohibiciones)

Las prohibiciones, también llamadas impedimentos impidientes no afectan la validez del matrimonio, es decir, no son causales de nulidad, pero su infracción trae como resultado otras sanciones.

Continuando con lo anterior, las prohibiciones son las que se mencionan en la siguiente figura:

Figura Nº 7: Impedimentos Impidientes: Prohibiciones



A continuación se explicarán cada una de las prohibiciones que impiden la celebración del matrimonio.

a) Falta de Consentimiento de Terceros. El Código Civil establece que para que los menores de 18 años puedan contraer matrimonio deben contar con el consentimiento de ciertas personas. La ley se refiere a los menores de 18 años y mayores de 16, puesto que los menores de 16 se ven impedidos por la causal del art. 5º Nº 2.

   Este consentimiento debe ser expreso y puede otorgarse en el momento de la celebración del matrimonio o con anterioridad, pero en este caso, debe constar por escrito. Incluso, si se ha prestado el consentimiento con anterioridad, puede ser revocado hasta antes de la celebración del matrimonio. Además, en este consentimiento debe individualizarse determinadamente a la persona que será el otro cónyuge.

   Finalmente, y cuando llegue el momento de hacer la inscripción en el Registro Civil, deberá dejarse constancia del consentimiento prestado en dicha inscripción.

   Respecto de las personas que deben prestar el consentimiento para el matrimonio de un menor de 18 años y mayor de 16 años, se mencionan las siguientes:

1) Los padres. Si ambos están vivos entonces ambos deben prestar su consentimiento. Si no existe acuerdo entre ellos, la ley señala que prima la opinión partidaria de la realización del matrimonio. Si falta uno, el otro será el encargado de consentir.

2) El o los ascendientes de grado más próximo. Estos parientes son los encargados de prestar su consentimiento cuando los padres faltan. Si no existe acuerdo entre ellos, se sigue la misma regla anterior.

3) La ley señala que se entiende que faltan el padre, la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente o por hallarse ausente del territorio de la República y no esperarse su pronto regreso o por ignorarse el lugar de su residencia.

4) Incluso, la ley señala un caso especial en que se debe entender que falta el padre o la madre. Esta situación se produce cuando la paternidad o maternidad haya sido determinada judicialmente contra su oposición y cuando estén privados de patria potestad por sentencia judicial o que, por su mala conducta, se hallen inhabilitados para intervenir en la educación de sus hijos.

5) El curador general. Si también faltaren los ascendientes entonces, deberá prestar su consentimiento el curador general. Y también cuando el menor provenga de una filiación no determinada. Ahora, si el menor careciere de curador general, el consentimiento para la celebración del matrimonio lo dará el Oficial de Registro Civil que debe intervenir en su realización.

6) Estos últimos dos órdenes (el curador general y el Oficial del Registro Civil) son aplicables también a los hijos cuya filiación no ha sido determinada respecto de ninguno de sus padres, ya que ahí se entiende que faltan. Es decir, es la aplicación de la regla general, del mismo orden.

En este contexto cabe preguntarse ¿qué sucede si se niega el consentimiento? La oposición al matrimonio de las personas llamadas a prestar su consentimiento se denomina *disenso*.

Continuando con lo anterior, el padre, la madre o los ascendientes no necesitan justificar el disenso. En cambio, el curador general y el Oficial del Registro Civil tienen la obligación de expresar la causa por la cual niegan su consentimiento al matrimonio del menor. En todo caso, el Código Civil se preocupa de enumerar las causales de disenso que estos funcionarios pueden invocar.

De esta manera, las causales que dan lugar al disenso, son las siguientes:

- La existencia de cualquier impedimento legal.

- El no haberse practicado alguna de las diligencias que la ley exige para el caso de las segundas nupcias.

- El grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia.

- La vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse.

- El haber sido condenada esa persona por delito que merezca pena aflictiva.

- No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

Una vez expresadas las razones por parte del curador general o el Oficial de Registro Civil, en su caso, el menor tiene derecho a que la causal invocada sea calificada por el juez.

Así, si en el juicio no se justifica la causal invocada para el disenso, el Juez debe dar de inmediato la autorización para el matrimonio, y si la persona que debe prestar el consentimiento no concurre a la audiencia, se entiende que retira el disenso, salvo que se trate del Oficial del Registro Civil, ya que éste está obligado a asistir.

En cuanto a los efectos que tiene la falta de asenso[3] la ley establece sanciones para el caso en que falta el consentimiento, de quien de acuerdo a la ley debe prestarlo. Los efectos de esta falta de consentimiento se traducen naturalmente en sanciones civiles y penales para el menor. Sin embargo, y esto es muy importante, la falta de consentimiento no afecta la validez del matrimonio.

En cuanto a las sanciones civiles en caso que el menor se case sin la autorización, se mencionan a continuación:

- El Desheredamiento. Si un menor contrae matrimonio sin la autorización de un ascendiente estando obligado a obtenerla, puede ser desheredado por cualquiera de éstos y no sólo por aquél cuyo consentimiento debió obtener. La sanción se extiende al caso en que el ascendiente muera sin dejar testamento. En este caso, el menor no llevará más de la mitad de lo que le habría correspondido en la sucesión del difunto.

- La Revocación de Donaciones. El ascendiente cuyo consentimiento para el matrimonio debió obtener el menor y no lo hizo, puede revocar las donaciones que le hubiere hecho a éste. A diferencia del desheredamiento, esta sanción sólo la puede efectuar el ascendiente cuyo consentimiento no se obtuvo.

[3] El asenso es el consentimiento favorable al matrimonio.

– Pese a la gravedad, este hecho no priva al menor del derecho de alimentos.

El funcionario civil o eclesiástico que autorice un matrimonio prohibido por la ley o en que se hayan llenado las formalidades que ella exige para su celebración será castigado con las penas de relegación menor en su grado medio y multa.

b) El Impedimento de Guardas. Otra de las prohibiciones es la comúnmente denominada es el impedimento de guardas. Ésta se encuentra establecida en el artículo 116 del Código Civil, la que consiste en que el guardador (tutor y curador) y sus descendientes no pueden contraer matrimonio con el pupilo menor de 18 años, mientras la cuenta de la administración de guarda no haya sido aprobada judicialmente.

En todo caso, si el matrimonio es autorizado por el o los ascendientes cuyo consentimiento es necesario para contraerlo no existe el impedimento. De esta forma, se puede afirmar que el impedimento de guardas busca proteger a los incapaces y su patrimonio.

En el caso de infracción a esta prohibición, se privará al guardador de la remuneración que le corresponde por el ejercicio de la guarda. De acuerdo a la ley, la remuneración corresponde a la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo.

c) El Impedimento de Segundas Nupcias. La persona que tenga hijos de un precedente matrimonio, bajo su patria potestad o bajo tutela o curaduría, y desea volver a casarse debe proceder a la facción de inventario solemne de los bienes que esté administrando y que pertenezcan a dichos hijos como herederos del cónyuge difunto o cualquier otro título.

En este contexto, para la confección del inventario se nombrará un curador especial, aunque los hijos no tengan bienes de ninguna clase en poder del padre y la madre.

De esta manera, el Oficial del Registro Civil no permitirá el matrimonio del que trata de volver a casarse mientras no exhibe el nombramiento del curador especial. En todo caso, quien trata de volver a casarse puede acreditar, mediante información sumaria de testigos que no hay hijos del precedente matrimonio que estén bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría.

Continuando con lo anterior, la ley no sanciona con la nulidad el matrimonio que se celebra en contravención de esta prohibición, como ya sucede con las anteriores. Sin embargo, la sanción se aplica al viudo, divorciado o quien hubiere anulado su matrimonio y casado en contravención de la prohibición de segundas nupcias, disponiendo la ley que se le prive de su derecho a suceder como legitimario o como heredero abintestato a su hijo.

En todo caso, se debe distinguir si el hijo muere habiendo dejado testamento o no. Si no dejó testamento alguno, el padre o la madre pierden su derecho sin más. En cambio, si ha dejado testamento, pero nada ha dicho respecto del padre o la madre como herederos, nada podrán reclamar. Esto porque para ello deberían ejercer la acción de reforma de testamento, que sólo es ejercida por los legitimarios, y es precisamente la sanción a la contravención de esta prohibición de segundas nupcias excluir al padre o madre de la categoría de legitimarios.

Sólo en el caso en que el hijo deje un testamento instituyendo al padre o la madre como herederos éstos pueden suceder, ya que se entiende que el hijo ha perdonado la causal de indignidad para suceder.

Esta sanción se aplica exclusivamente cuando el hijo muere sin descendencia, puesto que de acuerdo a las reglas que rigen la sucesión, los hijos excluyen a todo otro heredero, con excepción del cónyuge.

Continuando con lo anterior, el impedimento de la viuda, es un corolario del impedimento o prohibición de las segundas nupcias, aplicándose tanto a la viuda como a la mujer divorciada o anulada en su matrimonio, pero tiene un objetivo adicional: impedir las dudas sobre la paternidad de los hijos.

De esta forma, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la declaración de disolución o nulidad.

En todo caso, de este plazo de doscientos setenta días, se podrán descontar todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.

De acuerdo al Código Civil, el embarazo de la mujer tiene una duración mínima de 180 días y una máxima de 300. Además, en materia de filiación presume como del marido los hijos que nacen después de celebrado el matrimonio y a los que nacen dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

Así, si no se estableciere este impedimento o prohibición y nace un hijo antes de transcurridos 300 días de la disolución del matrimonio, si la mujer ha contraído nuevo matrimonio, dicho hijo podría ser tanto del primer marido como del segundo.

La sanción a estas infracciones es que tanto la mujer como su nuevo marido son solidariamente responsables a la indemnización de los perjuicios ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad.

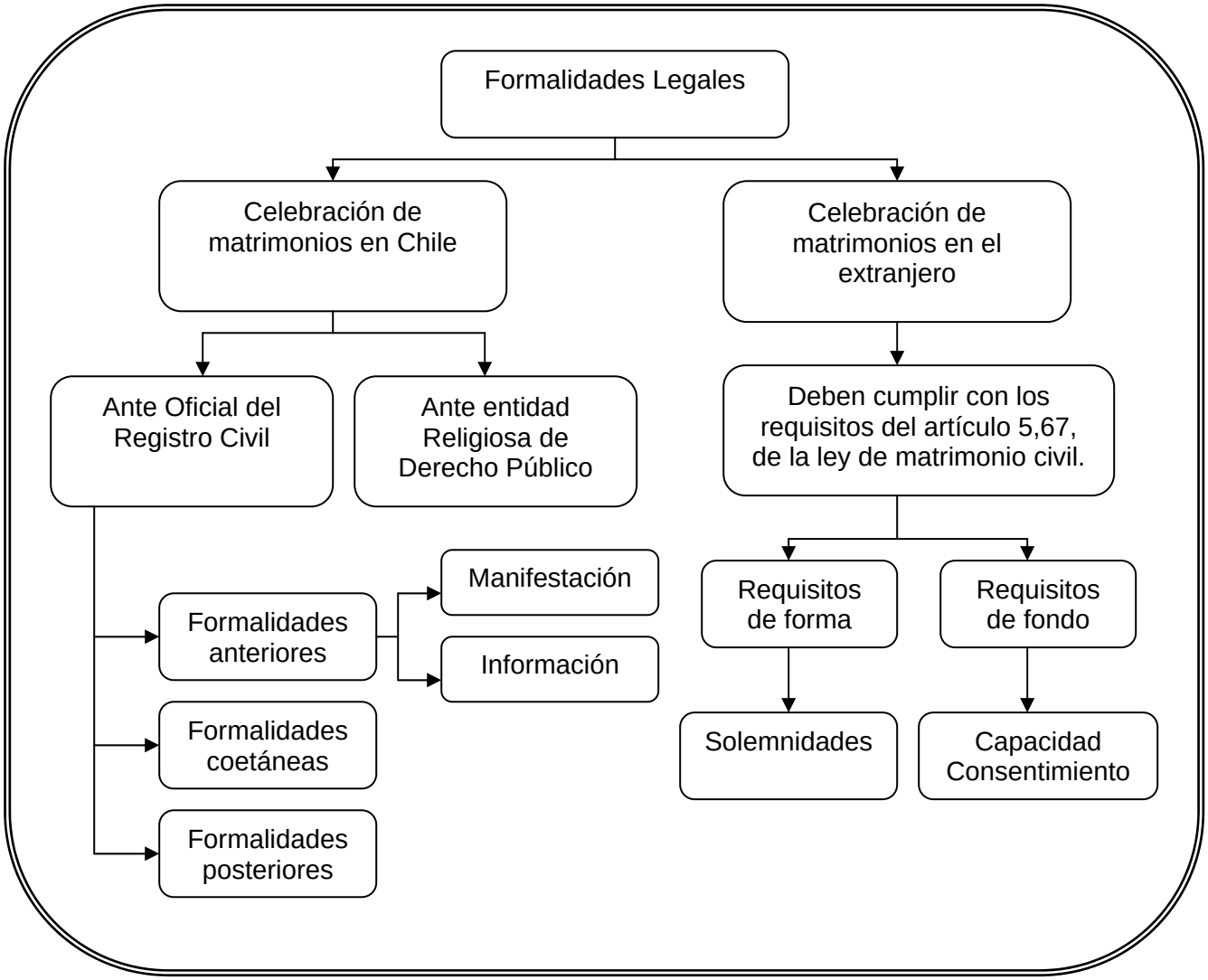
Además, el Oficial del Registro Civil impedirá la celebración del matrimonio de la mujer si ésta no justifica no estar comprendida en el impedimento.

CLASE 06

– Formalidades Legales

Las formalidades que la ley exige al matrimonio deben clasificarse en las ordenadas antes de la celebración, las coetáneas a ésta o las posteriores al matrimonio.

Figura Nº 8: Formalidades Legales



1) Formalidades Previas al Matrimonio. La Manifestación e Información

Deberán observarse previamente al matrimonio los siguientes actos solemnes:

a) La *manifestación* es el aviso verbal, escrito o por medio de lenguaje de señas que, de los propósitos de contraer matrimonio, dan al Oficial del Registro Civil quienes quieren contraerlo.

En este contexto, cuando la manifestación se hace por escrito o con lenguaje de señas, el Oficial del Registro Civil debe levantar acta completa de ella, la que debe ser firmada por él y los interesados, si supieren y pudieren hacerlo, y además, autorizada por dos testigos.

Además, las personas pertenecientes a una etnia indígena pueden solicitar que la manifestación, la información para el matrimonio y la celebración de éste se efectúen en su lengua materna. Si este fuere el caso, y como sucede cuando uno o los dos contrayentes no conocieren el idioma castellano, o fueren sordomudos que no pudieren expresarse por escrito, la manifestación (y la información y celebración) debe hacerse por medio de una persona habilitada para interpretar su lengua, o por quien conozca el lenguaje de señas.

En el acta debe dejarse constancia del nombre, apellido y domicilio del intérprete, o de quien conozca el lenguaje de señas.

Respecto del contenido de la manifestación, cabe señalar que la harán los interesados en contraer matrimonio indicando sus nombres y apellidos; el lugar y la fecha de nacimiento; su estado de solteros, viudos o divorciados y, en estos dos últimos casos, el nombre del cónyuge fallecido o de aquel con quien contrajo matrimonio anterior, y el lugar y la fecha de la muerte o sentencia de divorcio, respectivamente; su profesión u oficio; los nombres y apellidos de los padres, si fueren conocidos; los de las personas cuyo consentimiento fuere necesario, y el hecho de no tener incapacidad o prohibición legal para contraer matrimonio.

¿Qué Oficial del Registro Civil es competente?

Anteriormente, esto es, antes de la nueva ley de matrimonio civil, la manifestación debía hacerse ante el Oficial del Registro Civil del domicilio o residencia de cualquiera de ellos donde hayan vivido los últimos tres meses anteriores a la fecha de la manifestación, quien era también competente para la información y para la celebración del matrimonio. Actualmente, es competente cualquier Oficial del Registro Civil.

b) Información sobre Finalidades del Matrimonio

La *información* sobre las finalidades del matrimonio se realiza en el mismo acto de la manifestación y en ella el Oficial del Registro Civil entrega a los futuros contrayentes información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes matrimoniales existentes.

Asimismo, deberá prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea *libre y espontáneo* y deberá comunicarles además la existencia de cursos de preparación para el matrimonio, si no se acredita que los han realizado. En todo caso, los futuros contrayentes podrán eximirse de estos cursos de común acuerdo, declarando que conocen suficientemente los deberes y derechos del estado matrimonial.

En todo caso, la infracción a este deber no acarreará la nulidad del matrimonio ni del régimen patrimonial, lo que viene a confirmar una de las características del derecho de familia, no hay sanciones para muchas de sus disposiciones, ya que se trata casi de normas éticas.

Respecto de los cursos de preparación para el matrimonio, éstos promueven la libertad y seriedad del consentimiento matrimonial, y tienen por objeto especialmente que los contrayentes conozcan los derechos y deberes que impone el vínculo y tomen conciencia de las responsabilidades que asumen.

Continuando con lo anterior, estos cursos pueden ser dictados por el Servicio del Registro Civil, por entidades religiosas con personalidad jurídica de derecho público, instituciones de educación públicas o privadas reconocidas por el Estado o por personas jurídicas sin fines de lucro cuyos estatutos comprendan la realización de actividades de promoción y apoyo familiar.

Por último, el contenido de los cursos que no dicte el Registro Civil será determinado libremente por cada institución y debe ajustarse a la Constitución y la ley.

c) La Información

A diferencia de la información acerca de las finalidades del matrimonio, esta *información* es la comprobación, mediante dos testigos, del hecho que los futuros contrayentes no tienen impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio.

En consecuencia, al momento de presentarse o hacerse la manifestación, los interesados en contraer matrimonio rendirán información de dos testigos por lo menos, sobre el hecho de no tener impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio.

2) Formalidades Coetáneas a la Celebración del Matrimonio

La única formalidad coetánea al matrimonio es la celebración propiamente tal. En este sentido, la ley señala que inmediatamente después de rendida la información y dentro de los *noventa días siguientes* podrá procederse a la celebración del matrimonio. Si ha transcurrido dicho plazo sin que el matrimonio se haya efectuado, habrá que repetir las formalidades anteriores.

Cabe señalar que de acuerdo a la ley del Registro Civil, el matrimonio se puede efectuar en el local de la oficina del Oficial del Registro Civil o en el lugar que señalen los futuros contrayentes, siempre que se encuentre ubicado dentro de su territorio jurisdiccional.

De esta manera, el matrimonio se celebrará ante *dos testigos*. Los testigos deben ser hábiles. La regla general es que cualquier persona es hábil para ser testigo.

Continuando con lo anterior, corresponde señalar cuáles son las personas que según la ley de matrimonio civil no pueden ser testigos. Las personas que no pueden ser testigos de un matrimonio son las siguientes:

a) Los menores de 18 años.

b) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.

c) Los que se hallaren actualmente privados de razón.

d) Los que hubieren sido condenados por delito que merezca pena aflictiva y los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.

e) Los que no entendieren el idioma castellano o aquellos que estuvieren incapacitados para darse a entender claramente.

Estas personas además no pueden ser testigos para las diligencias o formalidades previas al matrimonio.

Vinculado a lo anterior en el *día de la celebración* y delante de los contrayentes y testigos, el Oficial del Registro Civil dará lectura a la información de los testigos y reiterará la necesidad respecto que el consentimiento sea libre y espontáneo.

En este contexto, el Oficial debe manifestar privadamente a los contrayentes que pueden reconocer a los hijos comunes nacidos antes de la celebración del matrimonio. A continuación, el Oficial del Registro Civil deberá leer los artículos 131, 133 y 134 del Código Civil, artículos que se refieren a los deberes conyugales. Además, preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley.

Finalmente, el Oficial del Registro Civil levantará *acta* de todo lo obrado, la cual deberá ser firmada por él, los testigos y los cónyuges, si pudieren y supieren firmar. Luego, procederá a inscribirlo en los libros del Registro Civil.

3) Las Formalidades Posteriores a la Celebración del Matrimonio. Se refiere a la inscripción del acta de matrimonio. De esta forma, la inscripción debe incluir las siguientes menciones, entre otras:

- El nombre y apellidos paterno y materno de cada uno de los contrayentes y el lugar en que se celebre el matrimonio.

- El hecho de no tener ninguno de los cónyuges impedimento o prohibición legal para contraer matrimonio.

- El nombre y apellido de la persona cuyo consentimiento fuere necesario.

- El nombre de los hijos que hayan reconocido en este acto.

- El testimonio de haberse pactado separación de bienes o participación en los gananciales, cuando la hubieren convenido los contrayentes en el acto del matrimonio.

- La firma de los contrayentes, de los testigos y del Oficial del Registro Civil.

Los vicios en que pueda incurrir en el acta o en la inscripción, o incluso su omisión, no producen la nulidad del matrimonio, desde que éste quedó perfeccionado, es decir, cuando el Oficial del Registro Civil los declaró casados en el nombre de la ley.

4) Formalidades del Matrimonio Religioso

De acuerdo al artículo 20 de la ley 19.947, los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, desde su inscripción ante un Oficial de Registro Civil.

En este contexto, los requisitos que se exigen para que se produzca el reconocimiento del matrimonio religioso son los siguientes:

La entidad religiosa debe otorgar un acta en la que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez. Esta acta deberá estar suscrita por ministro de culto ante quien hubieren contraído matrimonio religioso los requirentes expresando, entre otras cosas, la individualización de la entidad religiosa ante la que se celebró el matrimonio, la fecha y lugar de celebración, el nombre y los apellidos del ministro de culto.

El acta debe ser presentada por los contrayentes ante cualquier Oficial de Registro Civil dentro *de ocho días* para su inscripción. Este plazo se cuenta desde la celebración del matrimonio, de modo que si el acta no es inscrita dentro de dicho plazo, el matrimonio no producirá efecto civil alguno.

En todo caso, el Oficial del Registro Civil no efectúa la inscripción de forma automática, y deberá verificar el cumplimiento de los requisitos legales y sólo podrá denegar la inscripción si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos que la ley exige.

En este contexto, el Oficial del Registro Civil debe dar a conocer a los requirentes de la inscripción de los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a la ley, de la misma forma como lo hace en el matrimonio civil. Además, los comparecientes deben ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto.

Por último, de todo lo obrado debe dejarse constancia en la inscripción, la que debe ser firmada por ambos contrayentes.

5) Formalidades del Matrimonio celebrado en el Extranjero

La ley de matrimonio civil señala que el matrimonio celebrado en el extranjero podrá ser declarado nulo por Chile si no cumple con los requisitos señalados en los artículos 5,6, y 7 de la ley (impedimentos dirimentes).

Continuando con lo anterior, se pueden señalar como requisitos los de forma; de fondo y los efectos del mismo. En relación a los requisitos de forma son los que se exigen en el artículo 17 del Código Civil, esta norma señala que *"la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento (Código de Procedimiento Civil)".*

En cuanto a los requisitos de fondo, es decir, la capacidad y el consentimiento de las partes, se manejan por las normas establecidas en el lugar de celebración, sin embargo tienen que respetarse las reglas determinadas en Chile, es decir, no debe existir impedimentos dirimentes.

Por último, en cuanto a los efectos, el matrimonio celebrado en el extranjero reuniendo todos los requisitos previamente enunciados, tiene plena validez en Chile, siempre y cuando sea celebrado entre varón y mujer.

A continuación se hará referencia a las formas de suspensión de la convivencia y la terminación del matrimonio. En cuanto a las formas de suspensión se encuentran la separación de hecho y judicial, y las formas de terminación del matrimonio son la muerte de uno de los cónyuges; la muerte presunta de uno de los cónyuges; la sentencia firme de nulidad; la sentencia firme de divorcio y la muerte de uno de los cónyuges.

Realice ejercicio del nº 14 al 19

CLASE 07

2.2. La Suspensión de la Convivencia en el Matrimonio

La suspensión de la convivencia en el matrimonio, sin que importe una disolución del vínculo matrimonial se puede producir por la separación. De acuerdo con la ley chilena, la separación de los cónyuges puede darse de dos maneras: la separación de hecho y la separación judicial.

1) De la Separación de Hecho

La separación de hecho tiene lugar por voluntad de uno o de ambos cónyuges, sin que medie sentencia judicial, y sea que hayan regulado o no mediante acuerdo sus relaciones mutuas.

Como se puede observar, la separación de hecho puede ser convencional o no, según si se produce por común acuerdo de los cónyuges o por la decisión unilateral de uno de ellos.

Con respecto a las relaciones que señala la ley, al reglamentar la situación de la separación de hecho, busca que los cónyuges regulen las relaciones que tienen entre sí y con los hijos, además del cuidado de éstos últimos, el derecho-deber del padre o madre que vive separado de los hijos de mantener con ellos una relación directa y regular, los alimentos para los hijos y para el cónyuge más débil, la administración de los bienes sociales y de la mujer cuando están casados en sociedad conyugal, etc.

En todo caso, los acuerdos de los cónyuges deben respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables, como sucede con el derecho de alimentos, la facultad de pedir la separación judicial de bienes, etc.

Si la separación se produce por la decisión *unilateral* de uno de los cónyuges, la reglamentación de las relaciones mutuas será hecha por el juez. Cabe señalar que, la regulación hecha por un juez procederá a petición de cualquiera de los cónyuges. Es más, cualquiera de éstos podrá solicitar que el procedimiento judicial que se sustancie para reglar las relaciones mutuas, como los alimentos que se deben, se extienda a otras materias concernientes a sus relaciones mutuas o a sus relaciones con sus hijos.

En cuanto al procedimiento aplicable, estas materias de conocimiento conjunto deben ajustarse al mismo proceso establecido para el juicio en el cual se susciten. Además, en estos procedimientos, respecto de la resolución que reciba la causa a prueba, el juez debe fijar separadamente los puntos que se refieran a cada una de las materias sometidas a su conocimiento, y la sentencia debe pronunciarse sobre todas las cuestiones debatidas en el proceso.

Cuando se habla de separación en la nueva ley de matrimonio civil adquiere especial importancia la determinación de la fecha cierta de cese de convivencia. Así, cuando la regulación de la separación de hecho se hace judicialmente, el cese de la convivencia tendrá fecha cierta a partir de la notificación de la demanda.

Si, por el contrario, la separación de hecho es *convencional*, los cónyuges regularán de común acuerdo sus relaciones mutuas. En este sentido el artículo 21 de la ley de matrimonio civil señala que *"si los cónyuges se separaren de hecho, podrán de común acuerdo regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio*".

Respecto de estos acuerdos, la ley no exige solemnidad alguna, sin embargo, la prudencia recomienda que sean escriturados. Estos acuerdos también otorgan fecha cierta para el cese de la convivencia, sin embargo, debe constar en escrito en una escritura pública o acta extendida y protocolizada ante notario público, acta extendida ante un Oficial del Registro Civil o en una transacción aprobada judicialmente.

En todo caso, si el cumplimiento del acuerdo se requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, como cuando se constituyen derechos reales sobre inmuebles, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla con tal formalidad.

2) De la Separación Judicial

La separación judicial es la que se produce en virtud de sentencia judicial firme y que el juez puede decretar a petición de uno de los cónyuges o de ambos, en su caso, cuando concurran algunas de las causales establecidas en la ley.

– Causales de Separación Judicial de los Cónyuges

Las causales de separación judicial señaladas por la ley de matrimonio civil, son las que se mencionan a continuación.

a) La Falta Imputable al Otro. Si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes u obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

En este caso, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no ha dado lugar a la causal. Es importante señalar, eso sí, que el adulterio no es causal de separación judicial cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

b) Cuando haya Cesado la Convivencia. En este caso, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación. Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto sus hijos. De esta manera, el acuerdo será *completo* si regula todas las materias que deban regular en caso que presenten un acuerdo en una separación de hecho. El acuerdo será *suficiente* si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita.

En cuanto al procedimiento judicial, si los cónyuges están casados bajo el régimen de sociedad conyugal, cualquiera de ellos podrá solicitar al tribunal la adopción de las medidas provisorias que estime conducentes para la protección del patrimonio familiar y el bienestar de cada uno de los miembros que la integran.

Además, en la sentencia, el juez deberá resolver todas y cada una de las materias que se señalan en el artículo 21, a menos que ya se encuentren reguladas o no procediere regulación judicial de alguna de ellas.

El juez, además, liquidará el régimen matrimonial que hubiere existido entre los cónyuges, si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria para tal efecto.

– Características de la Acción de Separación

En cuanto a las características de la acción de separación, cabe mencionar que se trata de una acción personalísima; irrenunciable e imprescriptible. Personalísima porque solamente la puede pedir el cónyuge involucrado, irrenunciable porque se trata de una acción que no se puede renunciar a cambio de nada y por último imprescriptible porque se puede pedir siempre sin un plazo para su interposición, ya que las causales que dan origen a la separación, se pueden dar en cualquier momento.

En relación al contenido de la sentencia que se pronuncia sobre la acción de separación, ésta regula las siguientes materias:

a) Establecidas en el artículo 21 de la ley de matrimonio civil, salvo aquellas en que no procediere regulación de algún tipo.

b) Debe determinar la liquidación del régimen matrimonial (sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales) que haya existido entre los cónyuges si se le hubiere solicitado y rendido prueba para tal efecto.

– Efectos de la Separación Judicial

La separación judicial produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada la sentencia que la decreta. En todo caso, la sentencia ejecutoriada en que se declare la separación judicial deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Una vez efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la calidad de separados.

Se debe tener presente que la calidad de separados no los habilita para volver a contraer matrimonio con otra persona.

Cabe señalar que la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden.

Otro efecto de la separación judicial es que con ella termina la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubiere existido entre los cónyuges.

Continuando con lo anterior, el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial, excepto en el caso del cónyuge que hubiere dado lugar a la separación por su culpa.

En cuanto a la filiación, la separación judicial mantiene la filiación ya determinada y los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con sus hijos.

Finalmente, el hijo concebido una vez declarada la separación judicial de los cónyuges no goza de la presunción de paternidad que establece el Código Civil. Pero, si concurre el consentimiento de ambos, el nacido podrá ser inscrito como hijo de los cónyuges.

– De la Reanudación de la Vida en Común

La ley 19.947 trata a la reanudación de la vida en común como una renuncia que hacen los cónyuges a su separación, de forma que vuelven con su vida en común, pero con ánimo de permanencia.

Cabe señalar que si la separación judicial fue decretada por falta imputable al otro cónyuge, la reanudación de la vida en común sólo es oponible a terceros cuando se revoca judicialmente dicha sentencia, a petición de ambos cónyuges y se practica la subinscripción correspondiente en el Registro Civil.

Por el contrario, si la separación judicial fue decretada por cese de la convivencia, para que la reanudación de la vida en común sea oponible a terceros, basta que ambos cónyuges dejen constancia de ella en acta extendida ante el Oficial del Registro Civil y que ésta se subinscriba al margen de la inscripción matrimonial. En este caso, el Oficial del Registro Civil debe comunicar estas circunstancias al tribunal competente, quien ordenará agregar el documento respectivo a los antecedentes del juicio de separación.

– Efectos de la Reanudación en Común

En cuanto a los efectos de la reanudación en común, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada. Ahora, si la separación ya había sido judicialmente declarada, se restablece el estado civil de casados.

En todo caso, la reanudación de la vida en común, producida luego de la separación judicial, no revive la sociedad conyugal ni la participación en los gananciales, pero los cónyuges, si así lo desean, pueden pactar este último régimen por una sola vez.

Se debe tener presente que la reanudación de la vida en común no impide que los cónyuges puedan volver a solicitar la separación, si ésta se funda en hechos posteriores a la reconciliación de los cónyuges.

CLASE 08

2.3. De la Terminación del Matrimonio

De acuerdo a la ley 19.947 el matrimonio puede terminar por las siguientes causales:

a) La muerte de uno de los cónyuges.

b) La muerte presunta de uno de los cónyuges.

c) La sentencia firme de nulidad.

d) La sentencia firme de divorcio.

e) La muerte de uno de los cónyuges.

Respecto de la letra e), cabe señalar que al morir uno de los cónyuges, nace el estado civil de *viudo* para el cónyuge sobreviviente y el matrimonio termina.

Además, la muerte tiene efectos patrimoniales, ya que se produce una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, si es que entre los cónyuges ha

existido sociedad conyugal. Por último, se producen los efectos propios de la sucesión por causa de muerte.

De acuerdo a su importancia, solamente se hará referencia a la muerte presunta de uno de los cónyuges; la nulidad y el divorcio.

- *Muerte Presunta de uno de los Cónyuges*

La ley señala que el matrimonio terminará una vez transcurridos *10 años* desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido, fijada en la sentencia que declara la presunción de muerte.

En todo caso, el matrimonio también termina si se acredita que han transcurrido *cinco años* desde la fecha de las últimas noticias del desaparecido, y se pruebe que han transcurrido 70 años desde su nacimiento.

El mismo plazo de *5 años* desde la fecha de las últimas noticias se aplicará cuando la presunción de muerte se ha declarado en el caso de una persona que después que recibió una herida grave en la guerra o sobrevino otro peligro semejante no se ha sabido más de ella.

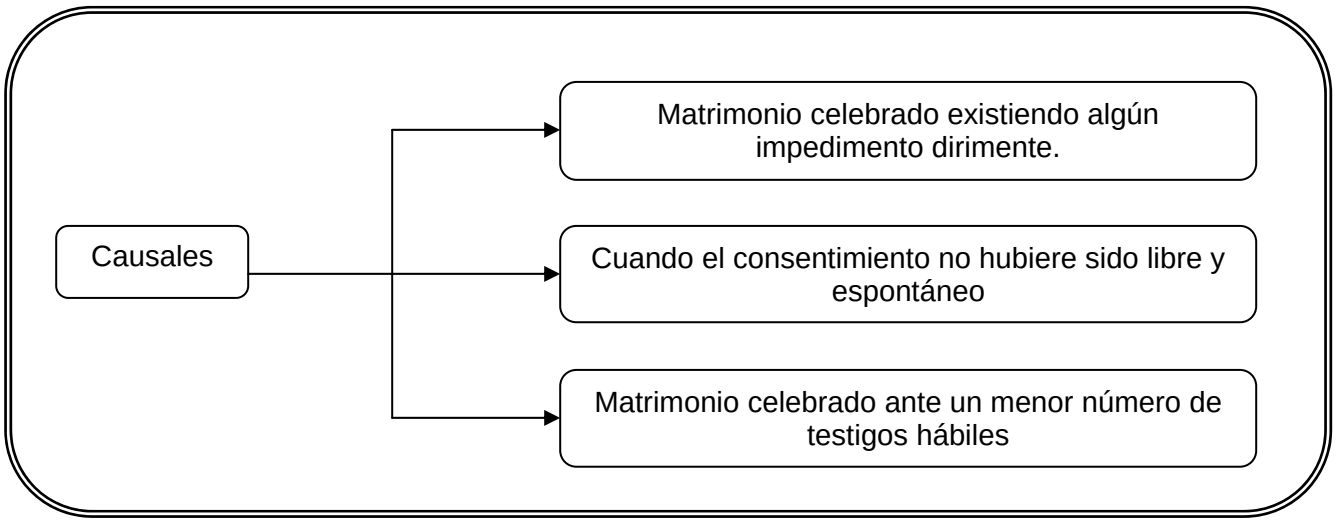
Además, la ley se pone en los casos de pérdida de nave o aeronave que no apareciere a los seis meses de la fecha de las últimas noticias que de ella se tuvieron y del de sismo o catástrofe que provoque o haya podido provocar la muerte de numerosas personas en determinadas poblaciones o regiones, ya que dispone que el matrimonio terminará transcurrido *un año* desde el día presuntivo de muerte.

Uno de los efectos de la muerte presunta de uno de los cónyuges es que si se produce la disolución del matrimonio por causa de ésta, el cónyuge del desaparecido contrae matrimonio con un tercero, la validez de éste no se verá afectada aunque se llegue a probar que el desaparecido falleció en una fecha posterior a aquella en que se celebró dicho matrimonio.

- *La Nulidad del Matrimonio*

El matrimonio terminará por la nulidad declarada en sentencia judicial. Respecto de las causales que dan lugar a la nulidad del matrimonio son las que se esquematizan en la siguiente figura.

Figura Nº 9: Causales de Nulidad del Matrimonio



A continuación se explicarán cada una de las causales que dan lugar a la nulidad del matrimonio.

1) El matrimonio celebrado existiendo algún impedimento dirimente. El artículo 44 letra a) señala que el matrimonio podrá ser declarado nulo cuando alguno de los contrayentes tenga alguna de las incapacidades señaladas en los artículos 5º, 6º o 7º de la ley 19.947 al momento de la celebración. Esto significa que el matrimonio es anulable cuando alguno de los contrayentes incurriere en alguna de las causales de impedimentos absolutos o relativos al momento de la celebración.

2) Cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo. En este caso, el matrimonio es anulable cuando se incurre en error o en fuerza, como vicios del consentimiento.

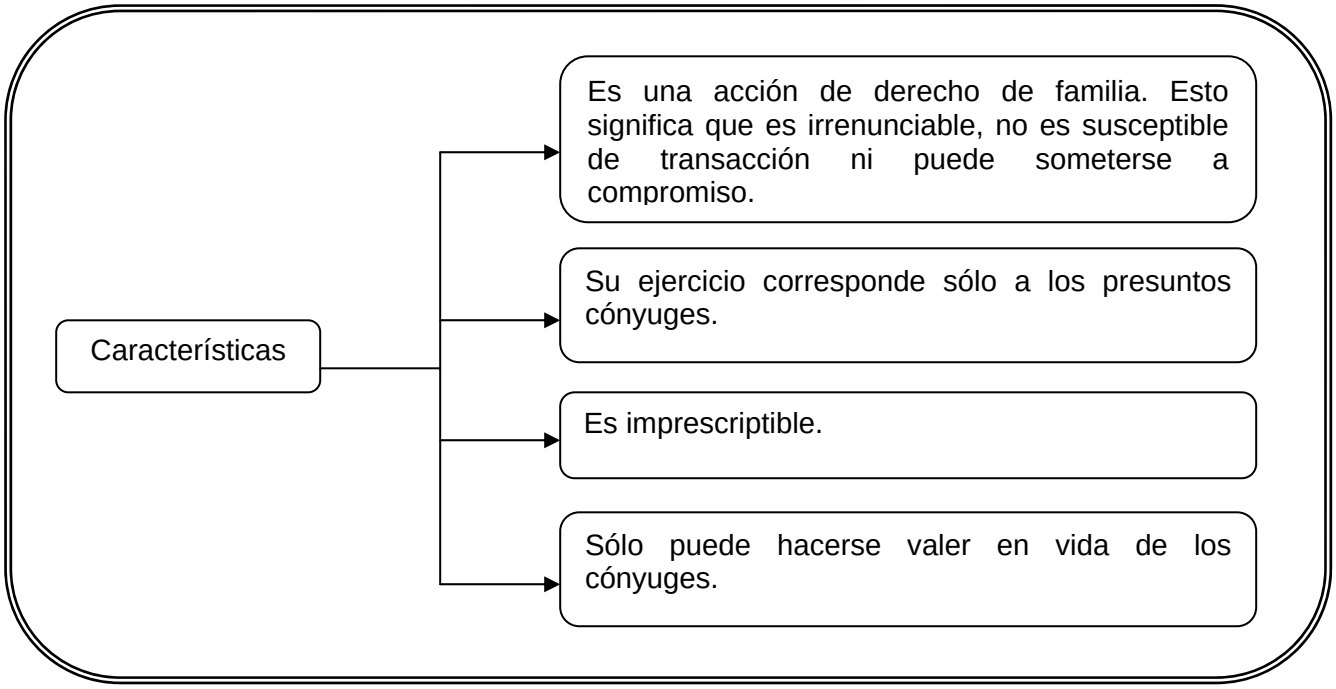
3) El matrimonio celebrado ante menor número de testigos hábiles que los que señala la ley. La ley exige la concurrencia de dos testigos hábiles a la celebración del matrimonio.

– Acción de Nulidad de Matrimonio

La nulidad es una institución de suma importancia dentro del derecho matrimonial. Es por esto que la nulidad de un matrimonio debe ser declarada judicialmente. Lo anterior quiere decir que no opera por el sólo ministerio de la ley.

Respecto de la acción de nulidad, ésta se encuentra revestida de una serie de características. Éstas se esquematizan en la siguiente figura.

Figura Nº 10: Características de la Acción de Nulidad



– Personas que Pueden Ejercer la Acción de Nulidad

La regla general es que la acción de nulidad corresponde *a cualquiera de los* presuntos *cónyuges*. Sin embargo esta regla general tiene las siguientes excepciones:

1) La nulidad fundada en matrimonio de menores de 16 años podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges o por alguno de los ascendientes, pero una vez alcanzados los 16 años por ambos contrayentes, la acción se radicará únicamente en el o los que lo contrajeron sin tener esa edad.

2) La acción de nulidad fundada en alguno de los vicios del consentimiento corresponde exclusivamente al cónyuge que los ha sufrido.

3) Cuando se invoca la causal de un vínculo matrimonial no disuelto, corresponde también la acción de nulidad al cónyuge anterior o a sus herederos.

4) Si se funda en las causales de impedimentos relativos, la acción puede ser alegada por cualquier persona, en el interés de la moral y la ley.

Continuando con lo anterior, se ha dicho que la acción de nulidad es imprescriptible. Sin embargo, para esta regla también se encuentran excepciones:

- La causal fundada en que uno o ambos de los contrayentes era menor de edad prescribe en el plazo de *un año*, contado desde la fecha que el cónyuge inhábil para contraer matrimonio hubiere adquirido la mayoría de edad.

- Si la causal invocada es un vicio del consentimiento, la acción prescribe en *3 años*, contados desde que hubiere desaparecido el hecho que origina el vicio de error o la fuerza.

- Si se invoca la causal de vínculo matrimonial no disuelto, la acción prescribe en *un año* contado desde el fallecimiento de uno de los cónyuges.

- Por último, si la causal es la falta de testigos hábiles, la acción prescribe en *un año*, contado desde la celebración del matrimonio.

Asimismo, la regla general señala que la acción de nulidad sólo se puede intentar en vida de los cónyuges. No obstante, esta regla también sufre una excepción: cuando la nulidad se funda en vínculo matrimonial no disuelto.

La acción de nulidad se puede intentar después de la vida de los cónyuges porque si no se permitiera ejercerla, existirían dos matrimonios perfectamente válidos y dos líneas de descendencia matrimonial y dos sociedades conyugales, etc.

– Efectos de la Sentencia que Declara la Nulidad

La sentencia judicial que declara la nulidad debe subinscribirse a margen de la inscripción matrimonial. Esta formalidad tiene por objetivo dar a conocer a terceros la terminación del matrimonio. Eso sí, la infracción a esta exigencia no acarrea la nulidad de un nuevo matrimonio.

Continuando con lo anterior, el principal efecto de la nulidad es que los cónyuges quedan en la misma situación que tenían al momento de casarse, lo que se traduce en:

a) El matrimonio celebrado después de la declaración de nulidad es perfectamente válido.

b) No existe vínculo por afinidad entre cada cónyuge y los consanguíneos del otro.

c) No hay derechos hereditarios entre los cónyuges.

d) No existe sociedad conyugal, formándose entre los cónyuges una comunidad que debe ser liquidada de acuerdo a las reglas generales.

e) La filiación de los hijos concebidos dentro del matrimonio anulado sería extramatrimonial.

– El Matrimonio Putativo

El matrimonio putativo es una institución que surge a partir de la situación de desprotección en que quedan los hijos de un matrimonio anulado. De esta manera, una vez declarada la nulidad, los cónyuges deben volver al mismo estado en que se hallarían si no se hubieren casado, lo que significa, entre otras cosas, que los hijos que en ese estado hubieren concebido tendrían filiación no matrimonial.

El matrimonio putativo, entonces, permite en que el matrimonio nulo celebrado ante Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo. Si el cónyuge deja de tener buena fe, el matrimonio deja de producir dichos efectos civiles.

Los requisitos que sirven para determinar si se está frente a un matrimonio putativo, son los que se mencionan a continuación.

a) Un matrimonio nulo.
b) Que se haya celebrado o ratificado ante un Oficial del Registro Civil.
c) Buena fe de parte de uno de los contrayentes a lo menos.
d) Justa causa de error.
e) Para algunos autores, declaración judicial de putatividad.

– Efectos del Matrimonio Putativo

Los efectos del matrimonio putativo se pueden analizar desde dos puntos de vista. Un primer punto de vista dice relación con los efectos que se producen en relación a los hijos, y un segundo punto de vista se efectúa en razón de los cónyuges.

En cuanto al primer punto, los hijos concebidos durante el matrimonio putativo de los padres mantendrán la filiación matrimonial. Los efectos que produce el matrimonio putativo respecto de los hijos son permanentes, se mantienen aun cuando desaparezca la putatividad. Esto porque el estado civil es permanente.

En relación al segundo efecto, el matrimonio putativo produce los mismos efectos civiles del válido mientras se mantenga la buena fe a lo menos en uno de los cónyuges. Si la buena fe desaparece en ambos, cesan los efectos del matrimonio putativo.

CLASE 09

- *El Divorcio*

El divorcio es, en palabras sencillas, la disolución absoluta y duradera del vínculo del matrimonio. Lo anterior significa que los cónyuges pueden perfectamente contraer nuevas nupcias.

Este divorcio es también conocido como divorcio vincular, puesto que afecta directamente al vínculo del matrimonio.

Sin embargo y de acuerdo a la ley 19.947 el divorcio pone término al matrimonio, pero no afecta en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

– Causales del Divorcio

Para determinar las causales del divorcio, previamente se debe realizar una comparación entre los dos tipos o clases de divorcios existentes.

1) El Divorcio como Sanción. El artículo 54 de la ley 19.947 señala que el divorcio puede 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.

   Además, señala la ley, se incurre en la causal señalada en los siguientes casos, entre otros:

   - El atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.

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

   - La condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal. Algunos de los delitos contenidos en dichos Títulos son el aborto, violación, incesto, matrimonios ilegales, homicidios, entre otros.

   - La conducta homosexual.

- El alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

- La tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Cabe señalar que en cuanto a estas causales, debe tenerse en cuenta que no se aplica la exigencia de un plazo de cese de convivencia matrimonial, ya que ésta se contempla solamente en el caso del divorcio como remedio.

2) El Divorcio como Remedio. La causal del divorcio como remedio se encuentra en el artículo 55. Las casuales que dan lugar al divorcio remedio son las que se mencionan a continuación.

   a) Cuando ambos cónyuges solicitan la declaración del divorcio de común acuerdo. En este caso deben acreditar que han cesado la convivencia entre ellos durante un lapso mayor a un año y acompañar un acuerdo que regule sus relaciones mutuas y las relaciones con los hijos. Este acuerdo debe ser completo y suficiente, de la misma forma que el acuerdo que se exige en la separación de hecho convencional, es decir que se deben regular los alimentos y materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio, en caso que hayan hijos se debe incluir los alimentos, el cuidado personal y la relación directa y regular que mantendrá con los hijos respecto del padre que no viva con su o sus hijos.

   b) Cuando lo solicite cualquiera de los cónyuges por haber cesado la convivencia conyugal, durante a lo menos tres años. En todo caso, el juez correspondiente podrá denegar el divorcio cuando la verifique, a petición de la parte demandada, que el demandante, durante el cese de la convivencia ha incumplido, reiteradamente, su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo. Por último, los tres años que exige la ley se cuentan desde el cese de la convivencia.

– Prueba del Cese de Convivencia

El cese de la convivencia se prueba por la fecha de la escritura pública, acta extendida y protocolizada ante notario público, acta extendida ante un Oficial del Registro Civil o transacción aprobada judicialmente en que consten los acuerdos regulatorios de las relaciones mutuas de los cónyuges sobre alimentos, régimen de bienes, alimentos, cuidado y relación directa y regular con los hijos.

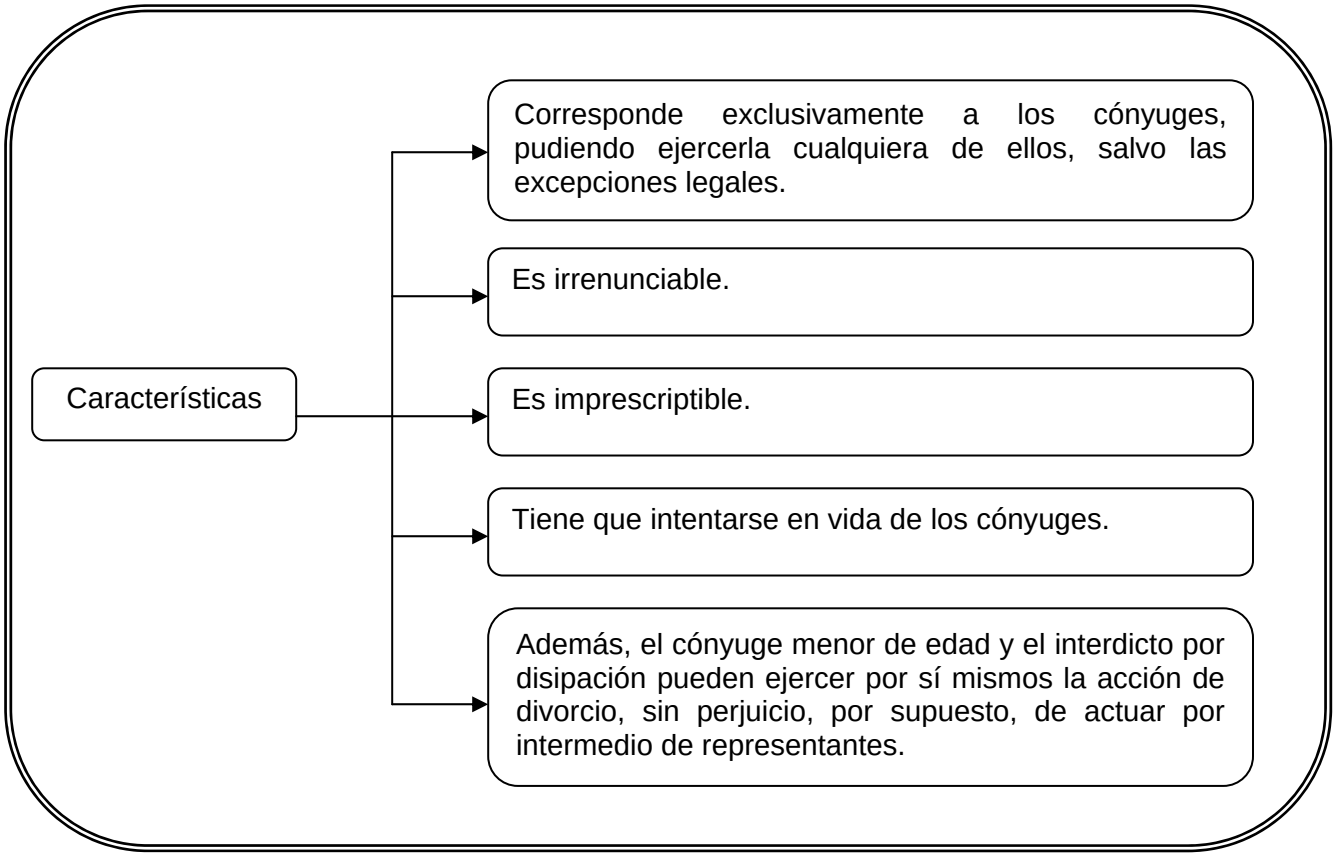
Para el caso que no haya habido acuerdo, el cese de la convivencia también se fija en la fecha de notificación de la demanda de alimentos, demanda de tuición o la demanda de régimen de visitas de los hijos, o por la demanda de separación de bienes en caso que hubieren estado casados en régimen de sociedad conyugal.

Por último y en defecto de todo lo anterior, el cese de convivencia adquiere fecha cierta desde que cualquiera de los cónyuges haya dejado constancia de su intención de poner término a su convivencia mediante gestión judicial voluntaria de la separación judicial.

– Características de la Acción de Divorcio

La acción de divorcio presenta las características que se mencionan en la siguiente figura.

Figura Nº 11: Características de la Acción de Divorcio



– Efectos del Divorcio

En relación a los cónyuges, el divorcio produce sus efectos desde que queda ejecutoriada (que ya no proceden recursos legales en su contra) la sentencia que lo declare. En todo caso, el divorcio será oponible a terceros desde que la sentencia que lo declara se subinscriba al margen de la inscripción del matrimonio.

Finalmente, es desde aquella subinscripción que los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados y pueden contraer nuevo matrimonio.

Es importante destacar que el divorcio no afecta la filiación ya determinada de los hijos ni los derechos y obligaciones que emanan de ella. De esta forma, los hijos comunes del matrimonio disuelto continúan siendo de filiación matrimonial.

De esta manera, el divorcio pone fin a los derechos de carácter patrimonial que se basan en el matrimonio, como sucede con los derechos de alimentos y los derechos sucesorios de los cónyuges.

Además, la sentencia de divorcio autoriza para revocar todas las donaciones que por causa de matrimonio se hubieren hecho al cónyuge que dio motivo al divorcio por su culpa, siempre que la donación y su causa constaren en escritura pública.

Finalmente, el ex cónyuge propietario de un bien declarado familiar puede pedir su desafectación una vez declarado el divorcio.

– La Compensación Económica

Se conoce como compensación económica al derecho que tiene el cónyuge para que se le compense el menoscabo económico sufrido como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudiendo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería.

Esta compensación económica corresponde tanto en el divorcio como en la nulidad.

– Características de la Compensación Económica

En primer lugar, se trata de una compensación económica, pero eso no quiere decir que sea un derecho de alimentos.

En segundo lugar, sólo tiene lugar cuando se ha puesto término al matrimonio por la declaración de nulidad de éste o por sentencia de divorcio. Esto quiere decir que no procede en caso de separación judicial.

Por supuesto, es necesario que durante el matrimonio uno de los cónyuges se haya dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, lo que le impidió desarrollar una actividad remunerada o lucrativa, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, de forma que al producirse la terminación del matrimonio por nulidad o divorcio, se le produce un menoscabo económico.

La compensación económica se establece porque uno de los cónyuges que se dedicó al cuidado de los hijos, dejó de trabajar o lo hizo en menor medida, además estuvo desprovista de todo beneficio previsional y de competencia laboral en el mercado independiente.

– Procedencia de la Compensación Económica

La compensación económica procede cuando los cónyuges, siendo mayores de edad, convienen una compensación y su monto de común acuerdo. Este acuerdo debe constar en escritura pública o acta de avenimiento, las que deben someterse a la aprobación judicial.

Por el contrario, si no se produce un acuerdo entre los cónyuges sobre la compensación económica, o si son menores de edad, la procedencia y monto se determinará en el juicio de nulidad o de divorcio, según corresponda.

Respecto a la forma o procedimiento a seguir, el cónyuge que desee obtener la compensación económica puede pedirla en la correspondiente demanda. Si no lo hace, el juez debe informar a los cónyuges que les asiste este derecho en la audiencia de conciliación, en cuyo caso se procede a la complementación de la demanda. Cabe señalar que también puede solicitarse en la reconvención.

Si se acoge la demanda de nulidad o divorcio, el juez deberá, en su sentencia, pronunciarse sobre la compensación económica, determinando su procedencia y su monto, y la forma de pago.

– Cómo se Determina la Compensación Económica

Para determinar el menoscabo económico que es la base de la compensación y el monto de ésta, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) La duración del matrimonio y la duración de la vida en común de los cónyuges.

b) La situación patrimonial de ambos cónyuges.

c) La buena o mala fe de éstos.

d) La edad y estado de salud del cónyuge beneficiado.

e) La situación de éste en materia de beneficios previsionales y de salud.

f) Su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral.

g) La colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge.

h) Si el divorcio es decretado por una falta imputable al otro cónyuge que constituye una violación grave a los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, el juez puede denegar la compensación económica que le habría correspondido al cónyuge culpable o disminuir prudencialmente el monto de ella.

– Forma de Pago de la Compensación Económica

En la sentencia que pone fin al matrimonio a través de la declaración del divorcio y que se pronuncia sobre la compensación económica, el juez también debe determinar la forma de pago de ésta.

Continuando con lo anterior, la entrega de una suma de dinero, acciones u otros bienes, pueden ser enterados en una o varias cuotas reajustables. Será el mismo tribunal el que adoptará las seguridades para su pago.

Si se trata de la constitución de un derecho de usufructo, uso o habitación, respecto de bienes que sean de propiedad del cónyuge deudor, los acreedores que éste hubiere tenido al momento de su constitución no se verán perjudicados, ni aprovechará a los acreedores del cónyuge beneficiario.

Si sucediera que el cónyuge deudor de la compensación no tuviere bienes suficientes para pagar el monto de ella en las formas señaladas anteriormente, el juez puede dividir dicho pago en cuantas cuotas fuere necesario, debiendo para ello tomar en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresar el valor de cada cuota en alguna unidad reajustable.

En este último caso, las cuotas serán consideradas alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido otras garantías para su efectivo y oportuno pago.

CLASE 10

3. PROCEDIMIENTO ANTE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Se señalan algunos aspectos del procedimiento ordinario ante los tribunales de familia.

- El artículo 87 de la ley 19.947 señala que es competente para conocer de las acciones de separación, nulidad o divorcio, el juzgado con competencia en materias de familia, del domicilio del demandado.

- Una característica esencial a estos procedimientos es que se trata de juicios reservados, a menos que el juez, fundadamente y a petición expresa de las partes resuelva lo contrario.

- El proceso puede comenzar por demanda oral o escrita. En cuanto a la demanda reconvencional siempre debe ser escrita.

- Una vez recibida la demanda, el tribunal citará a las partes a una audiencia preparatoria.

- Las partes deben concurrir personalmente a esta audiencia, sin perjuicio de la presencia de sus patrocinantes y apoderados.

- En la audiencia preparatoria se ratifica oralmente la demanda y se contesta oralmente.

- Si en la audiencia preparatoria no se logra una solución, se dictará una resolución que cita a juicio.

- Una vez concluida la audiencia de juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, pero puede diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días.

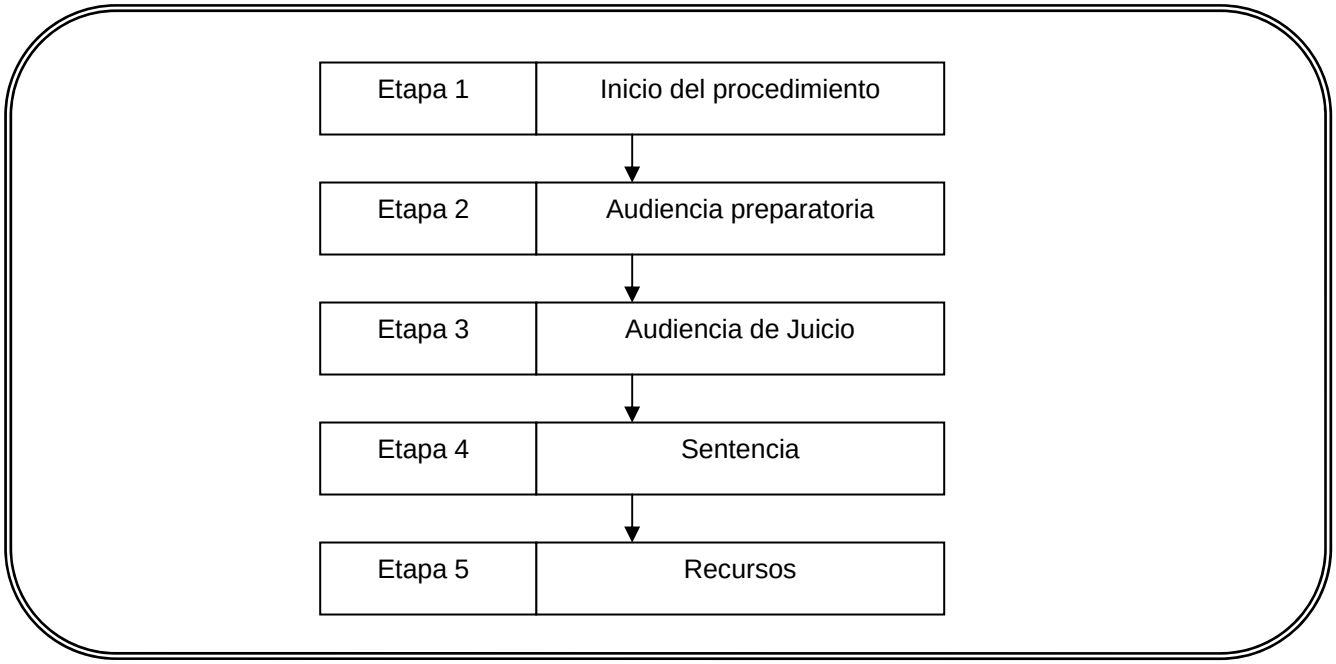
- Por último, cuando la sentencia que da lugar a la separación judicial, a la nulidad o al divorcio no sea apelada, debe elevarse necesariamente en consulta al tribunal superior, y si éste estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del asunto y procederá como si se hubiera interpuesto apelación. De lo contrario, aprobará la sentencia.

A continuación se desarrollarán de forma más acabada el procedimiento ante los tribunales de familia.

- *Etapas del Procedimiento Ordinario ante los Tribunales de Familia*

En el procedimiento ordinario regulado en el Título III, párrafo cuarto de la ley que regula los Tribunales de Familia es posible identificar ciertas etapas que conforman su tramitación, las cuales se ilustran en la siguiente figura.

Figura Nº 12: Etapas que conforman el Procedimiento Ordinario



– Inicio del Procedimiento

El procedimiento ordinario ante los tribunales de familia se puede iniciar a través de la demanda o de una medida cautelar.

En el caso en que se inicie por demanda, ésta puede ser oral o escrita. En el primer caso, un funcionario del tribunal levantará un acta en la cual pondrá por escrito la pretensión del demandante, quien la firmará previa lectura de la misma (artículo 56 LTF).

La demanda deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1) Individualización de la persona que la presenta: se exige que la demanda contenga el nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante, de las personas que lo representen y de la naturaleza de la representación. Por ejemplo: Francisco Javier Sanhueza, separado, Constructor civil, domiciliado en Aguas Clara 33 Temuco.

2) Individualización de la persona contra quien se dirige: por ejemplo, María Carolina Soto Pacheco, separada, dueña de casa, domiciliada en Las Nieves 2025, Temuco.

3) Exposición clara de las peticiones y de los hechos en que se funda: por ejemplo, "*con fecha 20 de septiembre de 1980, contraje matrimonio con doña María Carolina Soto Pacheco, que producto de este matrimonio nacieron 2 hijos, Francisco Javier y María Carolina, ambos de apellido Sanhueza Soto, de 15 y 13 años respectivamente.*

Que con fecha 05 de enero de 2006, a raíz de diferencias insuperables en nuestra convivencia, tomamos la decisión junto a la demandada de separarnos, lo que significó trasladarme a un nuevo domicilio dentro de esta misma ciudad.

Lamentablemente las relaciones no han sido buenas en estos últimos meses, ya que la demandada no me ha permitido hacer uso a mi derecho de mantener una relación directa y regular con mis hijos, los cuales siguen viviendo con su madre en el hogar familiar. Es por esto, que pido se regule la relación directa y regular con mis dos hijos, es decir se establezca un régimen de visitas que me permita acompañarlos en su proceso de crecimiento".

4) Presentación de Documentos: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 parte final de la Ley de Tribunales de Familia, la parte demandante puede acompañar los documentos que digan relación con la causa.

Por ejemplo

Para acreditar el hecho que pagó mensualmente la pensión de alimentos acordada con la demanda es que vengo en acompañar copia de los siguientes documentos:

a) Certificado de mensualidad por $400.000, de marzo a junio del presente, del colegio Alemán de la ciudad, que corresponde a la colegiatura de mis dos hijos.

b) Depósitos bancarios de enero a junio, en la cuenta 11-0214-528 del Banco de la Nación, por la suma de $600.000, cuenta que corresponde la demanda".

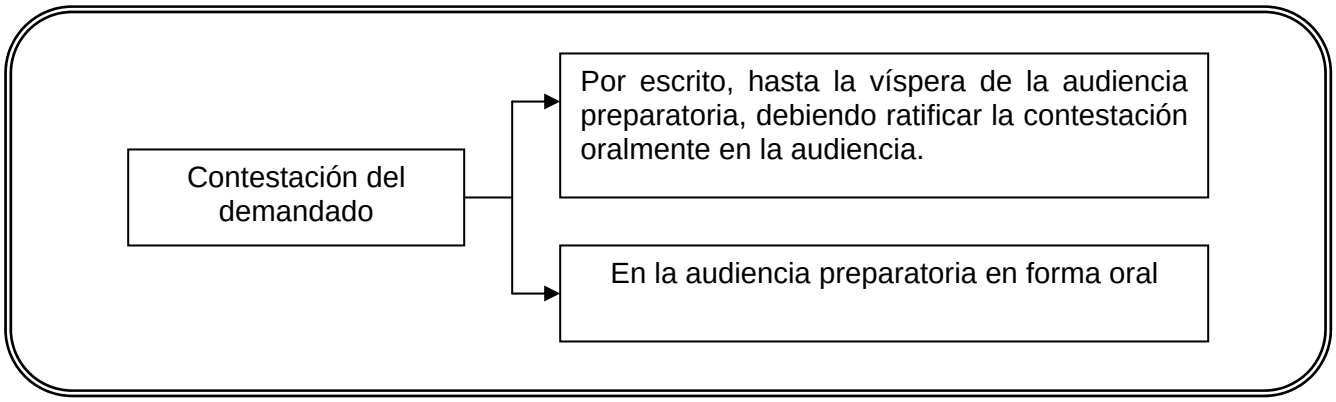
Recibida la demanda, el tribunal citará a las partes a una audiencia preparatoria, la que deberá realizarse en el más breve plazo posible. Esta resolución se notifica a ambas partes, al demandante por el estado diario, mientras que al demandado, por tratarse normalmente de la primera notificación en el proceso, personalmente.

Para efectos de la primera audiencia, y ante la posibilidad de que no sea notificada oportunamente la parte demandada, la ley prevé que se fijen dos fechas, de manera que la segunda de ellas proceda sólo en el caso de que las partes no hayan sido notificadas con una antelación mínima de 10 días.

En la misma resolución que cita a audiencia preparatoria se hace constar a las partes que ella se celebrará con quienes asistan, afectándole a la inasistente todas las resoluciones que se dicten en la audiencia, sin necesidad de posterior notificación.

Notificada la demanda, el demandado tiene dos posibilidades para realizar la contestación de la demanda, las cuales se describen en la figura siguiente:

Figura Nº 13: Posibilidades que tiene el Demandado para Contestar la Demanda

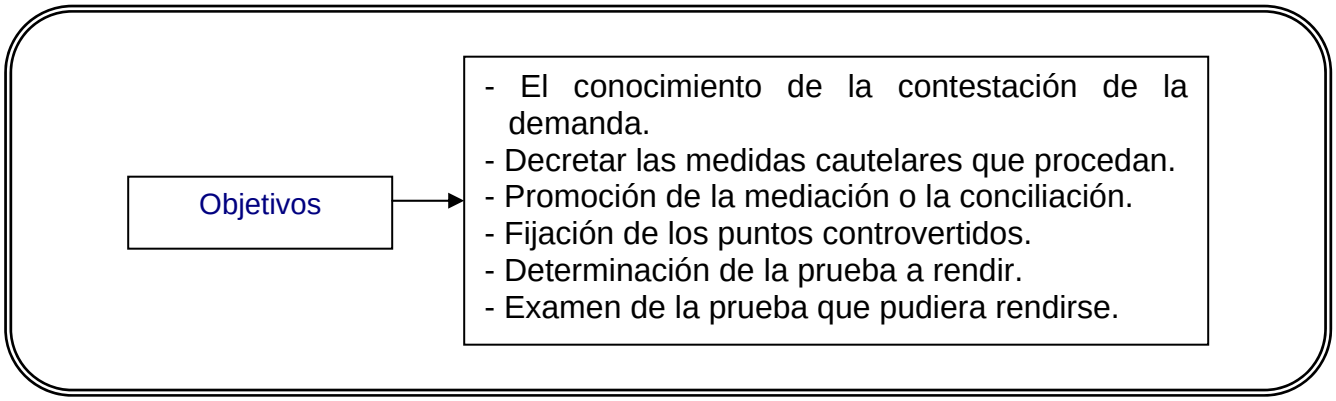


– Audiencia Preparatoria

El resto del procedimiento se lleva a cabo esencialmente a través de dos audiencias sucesivas: la primera de ellas, de carácter preliminar, tiene por objeto preparar adecuadamente el juicio y provocar la conciliación entre las partes si la causa no se ha derivado a mediación; y la audiencia siguiente, denominada de juicio, cuyo objeto es que en ella se rinda íntegramente la prueba, se formulen alegaciones por las partes y se dicte sentencia.

La Ley de Tribunales de Familia, establece en su artículo 60 que las partes deben comparecer personalmente a la audiencia preparatoria, excepcionalmente puede eximirse a una parte por resolución fundada.

Figura Nº 14: Objetivos que persigue la Audiencia Preparatoria



Por aplicación del principio de concentración, la ley ha establecido diversos trámites dentro de la audiencia preparatoria. Ellos son:

- La parte demandante debe ratificar oralmente el contenido de la demanda.

- La parte demandada puede contestar la demanda en forma oral o ratificar en forma oral la contestación hecha por escrito.

- Decretar las medidas cautelares que procedan, de oficio o a petición de parte, excepto que se hubieran decretado antes, caso en el cual debe resolverse su mantención.

- Promover, a iniciativa del tribunal o a petición de las partes, la sujeción del conflicto a mediación familiar, suspendiéndose el procedimiento judicial en caso de darse lugar a ésta.

- Promover, por parte del tribunal, la conciliación total o parcial, conforme a las bases que éste proponga a las partes.

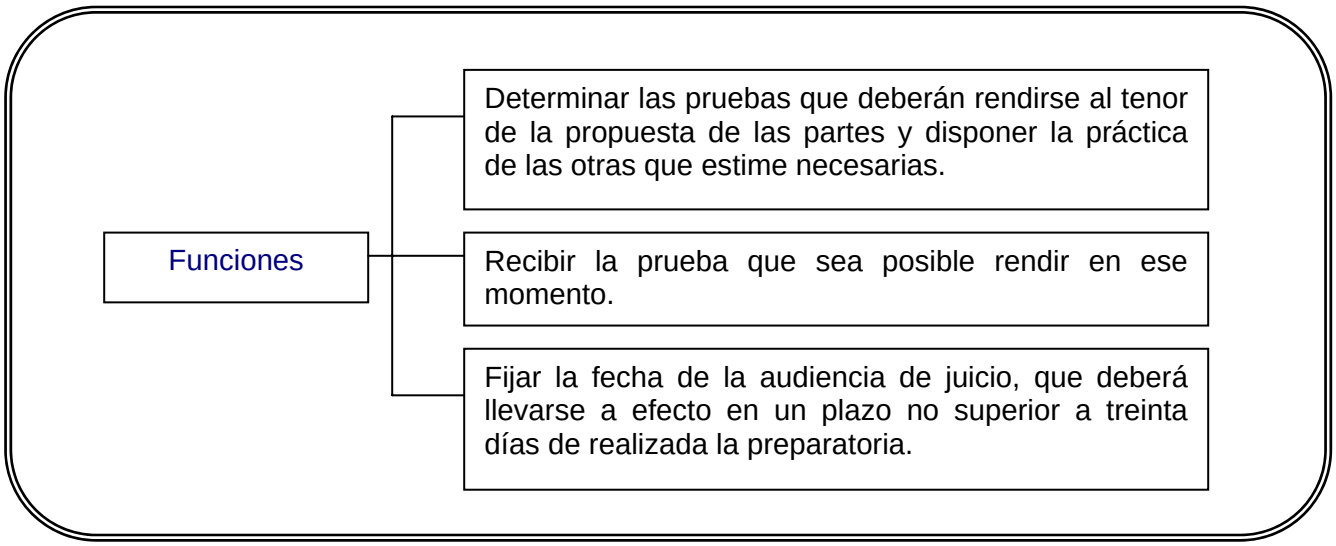
- Determinar el objeto del juicio.

- Fijar los hechos que deben ser probados, así como las convenciones probatorias que las partes hayan acordado.

La Ley de Tribunales de Familia establece la factibilidad que las partes den por probados o acreditados ciertos hechos, los cuales no podrán ser discutidos en la audiencia del juicio, a través de las denominadas convenciones probatorias. Estas deben ser aprobadas por el juez (artículo 30 Ley de Tribunales de Familia).

En relación a la presentación de pruebas, al juez de familia, se le facultad para excluir aquellas pruebas manifiestamente impertinentes, o que tuviesen por objeto acreditar hechos públicos y notorios, o resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales (artículo 31 Ley deTribunales de Familia).

Figura Nº 15: Tareas que debe cumplir el Juez de Familia en la Audiencia Preparatoria en relación a las Pruebas



Al término de la audiencia preparatoria, el juez dicta una resolución que contiene:

a) La o las demandas que deban ser conocidas en el juicio, así como las contestaciones que hubiesen sido presentadas, fijando el objeto del juicio.

b) Los hechos que se den acreditados por aplicación de convenciones probatorias.

c) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio.

d) La individualización de quienes deberán ser citados a la audiencia respectiva.

– Audiencia de Juicio

La audiencia de juicio se llevará a efecto en un solo acto, pudiendo prolongarse en sesiones sucesivas sólo si fuese necesario, y tendrá por objeto recibir la prueba admitida por el tribunal y la decretada por éste.

El día y hora fijado en la audiencia preparatoria, el juez se constituirá con la presencia del demandante y del demandado, los que serán asistidos por sus letrados cuando corresponda.

Durante la audiencia el juez de familia, de conformidad con lo establecido por el artículo 63 de la Ley de Tribunales de Familia, procederá a:

- Verificar la presencia de las personas que hubiesen sido citadas a la audiencia y declarar iniciado el juicio.

- Señalar el objeto de la audiencia, advirtiendo a las partes que deben estar atentas a todo lo que se expondrá en el juicio.

- Disponer que los testigos y peritos que hubiesen comparecido hagan abandono de la sala de audiencia.

- Adoptar las medidas necesarias para garantizar su adecuado desarrollo, pudiendo disponer la presencia en ellas de uno o más miembros del consejo técnico.

- Podrá además, en interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones.

CLASE 11

- *La Prueba*

El párrafo tercero del Título III de la Ley de Tribunales de Familia, regula la prueba, estableciendo disposiciones generales acerca ésta (normas sobre libertad, ofrecimiento, exclusión y valoración de prueba, y sobre convenciones probatorias), y disposiciones especiales sobre prueba testimonial y pericial, sobre la declaración de las partes y otros medios de prueba. Finalmente el artículo 64 de la Ley de Tribunales de Familia ubicado dentro del párrafo cuarto del Libro III desarrolla la forma de cómo se va a producir la prueba en la audiencia de juicio oral.

– Disposiciones Generales acerca de la Prueba

El artículo 28 de la Ley establece el principio de libertad de prueba, según el cual todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley, esto es, cualquier medio digno de producir fe transcribir norma.

La incorporación de este principio en materia de familia, constituye una de las grandes innovaciones que incorpora la Ley de Tribunales de Familia, ya que se aparta del régimen de prueba legal o tasada aplicable en materia civil, en virtud del cual sólo se pueden hacer valer en juicio los medios de prueba establecidos taxativamente en la ley.

En el derecho chileno, en materia civil, considerando como civil, toda materia que se excluye del tema penal, la regla esta dada por el artículo 341 del CPC y artículo 1698 inciso segundo del Código Civil, que señalan en forma clara y taxativa los únicos medios de prueba a través de los cuales los jueces pueden formar su convicción.

La gran innovación en materia de familia, la constituye la circunstancia que los jueces no tienen limitación alguna en los medios a través de los cuales pueden adquirir la convicción, con la única exigencia que se trate de un medio que sea apto para producir fe.

Por aplicación de este principio las partes pueden ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene la generación, además, de otros medios de que tengan conocimiento y que no dependen de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas tales como:

- Pericias.
- Documentos.
- Certificados.
- U otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

También el juez tiene la facultad para decretar de oficio, que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulten necesarios producir en atención al conflicto de que se trate.

En lo referente a las convenciones probatorias y a la exclusión de la prueba, reguladas en los artículos 30 y 31 de la Ley, se hace referencia a lo señalado respecto a este tema en la audiencia preparatoria del juicio.

La ley consagra en el artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia un sistema probatorio de *Sana Crítica*, lo que impone al juez la obligación de ajustarse a los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados al momento de resolver el conflicto sometido a su conocimiento.

En la sentencia el Juez debe señalar los medios de prueba mediante los cuales se den por acreditados cada uno de los hechos, a fin de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que se llegara en la sentencia. Lo anterior guarda absoluta correspondencia tanto con el artículo 66 de la Ley de Tribunales de Familia, que señala el

contenido que debe especificar el fallo que se dicte y el Acta Acordado de la Corte Suprema, de 30 de septiembre de 1920, sobre forma de las sentencias.

– Disposiciones Especiales sobre la Prueba

La Ley de Tribunales de Familia regula específicamente, los siguientes medios de prueba:

a) Prueba Testimonial (artículo 33 al 44).

La prueba testimonial se basa en la declaración de terceros, llamados testigos, *"se puede decir que los testigos son personas ajenas al juicio que declaran acerca de la verdad o falsedad de los hechos discutidos en el pleito*[4]"

Toda testigo tiene legalmente tres obligaciones:

- *Comparecer*: es decir, acudir al llamamiento judicial, ya que si un testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa, se procederá a apercibirlo con arresto por falta de comparecencia. Además podrá imponérsele el pago de las costas causadas por su ausencia.

- *Declarar*: el testigo que se negare a declarar, sin justa causa, será sancionado con las penas señaladas en el artículo 240 CPC, es decir reclusión menor en su grado medio a máximo.

- *Decir verdad*: sobre lo que se le preguntare y, el de no ocultar los hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración.

El artículo 35 establece quienes se encuentran exentos de la obligación de concurrir al tribunal:

– El Presidente de la República y los ex presidentes; los Ministros de Estado, los senadores y diputados; los miembros de la Corte Suprema, los integrantes del Tribunal Constitucional, el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional.

– Los Comandantes en jefe de las fuerzas armadas, el director general de Carabineros de Chile y el Director general de la Policía de Investigaciones de Chile.

– Los chilenos o extranjeros que gozaren en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia.

[4] Benavente, Dario. "El Juicio Ordinario", Pág. 83 En: Rodriguez Papic. Op. Cit. Pág. 163

– Los que, por enfermedad grave u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallaren en imposibilidad de hacerlo.

Estas personas declaran en conformidad a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley, el que establece que las personas mencionadas en las letras a), b) y d) serán interrogadas en el lugar en que ejercieren sus funciones o en su domicilio. Las personas mencionadas en la letra c) declararán por informes si consintieren a ello voluntariamente.

El artículo 37 de la Ley de Tribunales de Familia establece el principio de no autoincriminación, en virtud del cual, todo testigo tendrá derecho a negarse a responder aquellas preguntas que pudieren acarrearle peligro de persecución criminal a él a su cónyuge, conviviente, a sus ascendientes, descendientes, a sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, a su pupilo o a su guardador, a su adoptante o a su adoptado.

Los testigos deben prestar juramento o promesa de decir verdad. El juez debe hacerle ver al testigo los alcances de su juramento y de su obligación de ser veraz como asimismo respecto de las penas con que la ley castiga al falso testimonio. No se tomará juramento o promesa a los testigos menores de 18 años. Se hará constar en el registro la omisión del juramento o promesa.

Respecto al desarrollo de la prueba testimonial, ésta comenzará con la individualización del testigo, señalando en especial:

- Sus nombres y apellidos.
- Edad.
- Lugar de nacimiento.
- Estado civil.
- Profesión, industria o empleo.
- Y su residencia o domicilio.

El testigo debe dar razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declare, expresando si los ha presenciado, si los dedujo de antecedentes que fueron conocidos o si los ha oído referir de otras personas, sin ocultar nada de lo que pudiese conducir al esclarecimiento de los hechos.

Si bien no existen testigos inhábiles para declarar en este procedimiento, según el artículo 40 de la ley, igual las partes están facultadas para dirigir preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, existencia de vínculos que pudieran afectar su imparcialidad o algún otro defecto de idoneidad.

Constituye esta una notable excepción con respecto a la regulación actualmente existente en materia civil en donde se encuentran rigurosamente señaladas las causales tanto de inhabilidad absoluta como relativa de los testigos, las que alegadas y probadas llevan al juez al momento de fundamentar su fallo a excluir del análisis de la prueba rendida la declaración prestada por testigos inhábiles.

El testigo niña, niño o adolescente sólo serán interrogados por el Juez, debiendo las partes dirigir por su intermedio las preguntas. Excepcionalmente puede el Juez autorizar el interrogatorio directo cuando estime que por su grado de madurez el niño, niña o adolescente, no se verá afectada su persona.

De conformidad con el artículo 5° letra b) de la Ley de Tribunales de Familia, el Consejo Técnico de cada Tribunal de Familia, debe asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente.

b) Prueba Pericial (artículos 45 al 49)

Es perito, un *"técnico que auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos cuando media una imposibilidad física o se requieren conocimientos especiales en la materia".* [5]

En esta materia a diferencia de lo existente en el actual sistema civil los peritos son propuestos por las partes sin obligación de recurrir a una lista oficial de peritos en la materia. En el ámbito civil existe una nómina de peritos aprobada que se publica periódicamente a la que las partes y el juez deben recurrir para solicitar su nombramiento.

Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia o arte.

Las partes están facultadas para solicitar los informes de peritos de su confianza, que estimen pertinentes y, solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia del juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional de éste.

Del mismo modo el juez puede decretar, de oficio o a petición de parte, la elaboración de un informe de peritos a algún organismo público u organismo acreditado ante él, ante el Servicio Nacional de Menores que reciba aportes del Estado, siempre que estime indispensable el peritaje para la adecuada resolución del conflicto (artículos 29 y 45).

El juez admite la prueba pericial cuando concurran los requisitos generales de admisibilidad de las solicitudes de prueba y considere que los peritos otorgan garantías de

[5] Alsina, Tomo II, Pág. 350 En: Rodriguez Papic, Op. Cit. Pág. 234

seriedad y profesionalismo. Del mismo modo el tribunal podrá limitar el número de peritos, cuando resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

Respecto al contenido del informe, este debe ser escrito, a fin de ponerlo en conocimiento de la parte contraria y, debe emitirse con objetividad, ateniéndose a los principios de la ciencia o arte o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito.

Debe acompañarse con a lo menos tres días de anticipación a la audiencia del juicio, en caso de ser decretados por el Juez y de acuerdo a la remisión que hace el artículo 46 inciso final Ley de Tribunales de Familia al artículo 315 Código Procesal Penal:

Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, este deberá entregarse por escrito y contener:

- La descripción de la persona, hecho o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallase.

- La relación circunstanciada de todos los procedimientos practicados y su resultado.

- Las conclusiones que, en vista de tales datos, formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitase fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe.

Constituye un deber para los peritos concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe. De este modo la prueba pericial está compuesta por dos actos: uno que es el informe propiamente tal y el otro por la declaración que el perito hace respecto del primero.

Sólo en los casos excepcionales señalados, se faculta al perito para no concurrir a declarar a la audiencia de juicio, siempre y cuando alguna de las partes solicite fundadamente que la comparencia del perito es indispensable y no puede ser substituida por la sola incorporación del informe.

El informe de peritos debe ser exhibido y leído en el debate, audiencia de juicio, con indicación de su origen (artículo 64).

Al igual que los testigos, los peritos no podrán ser inhabilitados. Puede en todo caso durante la audiencia dirigírsele preguntas orientadas a determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor científico o técnico de sus conclusiones.

En materia civil, la situación es diferente ya que de acuerdo a lo establecido en el artículo 413 CPC, no podrán ser peritos:

- Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio.

- Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiera está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo.

Los peritos, al igual que los testigos, son individualizados por el Juez quién le tomará el juramento o promesa de decir verdad.

En todo caso los peritos son interrogados por las partes o los litigantes y, a continuación, el juez podrá efectuar preguntas al perito, con la finalidad de pedir aclaraciones o adiciones a sus testimonios.

En relación a los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos, éstos les corresponderán a la parte que los presente.

CLASE 12

c) Declaración de las Partes (artículos 50 al 53)

Cada parte podrá solicitar del juez la declaración de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticias y que guarden relación con el objeto del juicio.

Las preguntas que se realicen a las partes, se formularán de manera afirmativa o interrogativa, con la debida precisión y claridad, sin incorporar calificaciones ni valoraciones, de modo tal que puedan ser entendidas sin dificultad.

La labor del juez en este tipo de prueba será la de resolver sobre las objeciones que se formulen, previo debate, referidas a la debida claridad y precisión de las preguntas y a la pertinencia de los hechos por los cuales la parte haya sido requerida para declarar.

Se debe tener presente que si la parte no comparece, da respuestas evasivas o se niega a declarar, el juez podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos contenidos en las afirmaciones de la parte que solicitó la declaración (artículo 52).

Es importante mencionar que el artículo mencionado anteriormente planteó la duda de si era necesario acompañar un pliego de preguntas o posiciones respecto de las declaraciones que deban prestar las partes citadas a tal efecto, para poder hacer efectivo el apercibimiento de dar por reconocido los hechos en los casos señalados en el artículo citado.

Frente a este problema de aplicación práctica, la Excelentísima Corte Suprema resolvió en el Auto Acordado respecto al funcionamiento de los tribunales de Familia: *"que , únicamente para el caso de la incomparecencia de la parte debidamente citada y con el sólo objeto de hacer procedente la sanción prevista en el artículo 52 de la ley N° 19.968, la parte que solicite la respectiva declaración debe presentar, por escrito al tribunal, en sobre cerrado y con a lo menos dos días hábiles de anticipación a la audiencia de juicio, un listado o minuta de preguntas redactadas en forma asertiva.*

En el evento de la incomparecencia, el pliego será leído en la audiencia, pudiendo el juez, de oficio o ante incidente formulado por las partes, rechazar las preguntas que considere impertinentes o inútiles, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 53 de la Ley Nº 19.968. Por consiguiente, si la parte debidamente citada concurre a la audiencia de juicio, la declaración se realizará sin sujeción al referido listado o minuta de preguntas[6]".

Finalmente el Juez está facultado para que una vez concluida la declaración de las partes, dirija todas aquellas preguntas destinadas a obtener aclaraciones o adiciones a sus dichos. Asimismo, cuando no sea obligatoria la intervención de los abogados, las partes, podrán efectuarse recíprocamente preguntas y observaciones que sean pertinentes para la determinación de los hechos. Con la salvedad que el juez podrá rechazar, de oficio, las preguntas que considere impertinentes o inútiles.

d) Otros Medios de Prueba (artículo 54)

La ley establece en su artículo 54 los denominados medios de prueba no regulados expresamente, señalando que pueden ser admitidos como pruebas las películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de imágenes o de sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio para producir fe.

Correspondiendo al juez determinar la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

Estos medios de prueba pueden ser exhibidos en la audiencia a fin de que sean reconocidos por los declarantes o se refieran a su conocimiento.

[6] Auto acordado relativo al funcionamiento de los juzgados de familia, 30 de septiembre 2005. Acta N ° 104 - 2005.

– Producción de la Prueba en la Audiencia de Juicio

La prueba se rendirá en el orden que fijen las partes, comenzando por el demandante. Sólo al final se rendirá la prueba ordenada por el juez.

En forma más detallada se tendrá que la producción de la prueba en la audiencia de juicio será:

- Producción de la prueba de testigos y peritos: durante la audiencia, los testigos y peritos serán identificados por el juez, quien les tomará el juramento o promesa de decir verdad.

- A continuación, serán interrogados por las partes, comenzando por la que los presenta. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe y luego se autorizará su interrogatorio por las partes.

- El juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, una vez que fuesen interrogadas por los litigantes, con la finalidad de pedir aclaraciones o adiciones a sus testimonios.

- Incorporación a la audiencia de juicio de los documentos: así como el informe de peritos en su caso, serán exhibidos y leídos en el debate, con indicación de su origen.

- Producción de otros medios de prueba: Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. El juez podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegurare el conocimiento de su contenido. Todos estos medios podrán ser exhibidos a los declarantes durante sus testimonios, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento.

Practicada la prueba, el juez podrá solicitar a un miembro del consejo técnico que emita su opinión respecto de la prueba rendida, en el ámbito de su especialidad.

Finalmente, las partes formularán, oralmente y en forma breve, las observaciones que les merezca la prueba y la opinión del miembro del consejo técnico, así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás.

– Sentencia

Una vez concluidas las alegaciones de las partes, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando los principales fundamentos tomados en consideración para dictarla.

Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiese prolongado por más de dos días, el juez podrá postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión será comunicada.

Respecto a la redacción del fallo, el juez podrá deferir su redacción hasta por un plazo de cinco días, ampliable por otros cinco por razones fundadas, fijando la fecha en que tendrá lugar la lectura de la sentencia, la que podrá efectuarse de manera resumida.

En relación al contenido de la Sentencia, la ley se encarga de precisar lo que ésta deberá contener:

- Lugar y fecha en que se dicta.
- Individualización completa de las partes.
- Síntesis de los hechos y alegaciones de las partes.
- Análisis de la prueba rendida, hechos que estime probados y razonamiento que conduce a tal conclusión.
- Razones legales y doctrinarias que sirven de fundamento al fallo.
- Resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del tribunal.
- Pronunciamiento sobre costas o gastos.

El cumplimiento de estos requisitos es muy importante, ya que la omisión de cualquiera de ellos, es causal del recurso de casación o invalidación de ésta.

– Recursos

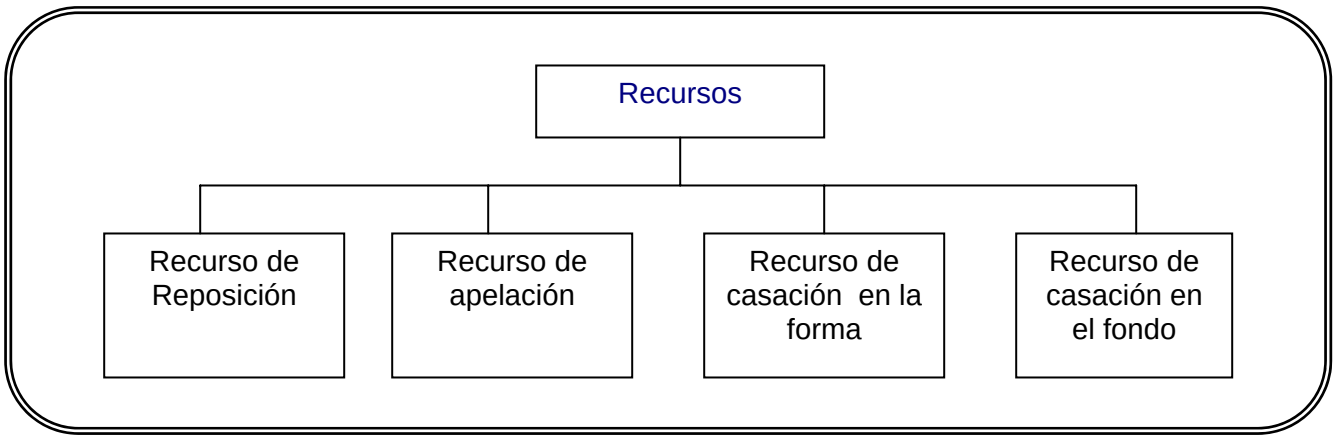
Las resoluciones judiciales pronunciadas en los Tribunales de Familia pueden ser impugnadas por las partes a través de los recursos procesales y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte incompatible con los principios del procedimiento que establece la ley.

El recurso es el "*acto jurídico procesal de parte o de quién tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su dictación*"[7]

Dentro de los recursos apelables en los Tribunales de Familia se tienen los siguientes:

[7] Maturana Miquel, Cristian. "Los Recursos". Facultad de derecho Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal. Pág. 3.

Figura Nº 16: Recursos Apelables en los Tribunales de Familia



a) Recurso de Reposición

Este recurso es de aquellos denominados de enmienda, es decir, tiene por objeto solicitar a un tribunal que modifique la resolución judicial en aquella parte que le causa agravio. Además, se caracteriza por que se interpone y es conocido por el mismo tribunal que dictó la resolución, así recogiendo estas características se ha definido como:

> El acto jurídico procesal de impugnación, que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o la deje sin efecto[8].

La solicitud de reposición ante los tribunales de Familia, deberá presentarse dentro de tercero día de notificada la resolución, salvo que dentro de dicho término tenga lugar una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse y resolverse durante la misma.

Si el recurso de reposición se deduce en contra de una resolución pronunciada en la audiencia, este se interpondrá y resolverá en el mismo acto.

b) Recurso de Apelación

Este recurso, también es de enmienda, es decir, busca que un tribunal modifique una resolución judicial en aquello que le causa agravio a la parte, pero a diferencia del recurso de reposición, este recurso se interpone ante el mismo tribunal que dicto la resolución para que sea conocido por su superior jerárquico.

[8] IDEM. Pág. 60.

Dentro de las materias apelables en materia de familia, sólo se tienen:

- La sentencia definitiva de primera instancia.

- Las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación.

- Las resoluciones que se pronuncien sobre medidas cautelares.

El recurso de apelación que debe entablarse por escrito, se concederá por regla general en el solo efecto devolutivo, lo que significa que el recurso no suspende el cumplimiento de la resolución de que se trata.

Sin embargo hay excepciones en que la interposición del recurso de apelación se concederá en ambos efectos, es decir, suspenderá el cumplimiento de la resolución apelada mientras no se resuelva el recurso, tratándose de:

- Las sentencias pronunciadas en materias de filiación.
- Autorización para la salida del país de niños, niñas y adolescentes.
- El procedimiento de adopción de la Ley 19.620.
- Las acciones de separación, nulidad, divorcio
- Las declaraciones de interdicción.

Fiablemente respecto al conocimiento y fallo del recurso, el tribunal de alzada conocerá y fallará la apelación sin esperar la comparecencia de las partes, las que se entenderán citadas por el solo ministerio de la ley a la audiencia en que se conozca y falle el recurso.

c) Recurso de Casación en la Forma

El recurso de casación es un recurso de Nulidad, es decir, busca invalidar, dejar sin efecto una resolución por haberse dictado sin observar los requisitos establecidos para su validez. El Código de procedimiento Civil, en el artículo 765 señala que este recurso es de dos clases: de casación en el fondo y casación en la forma.

El recurso de casación en la forma*: es el acto jurídico procesal de la parte agraviada, destinado a obtener del tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido formalidades esenciales que la ley establece*[9]

[9] IDEM Pág. 180.

Ante los Tribunales de Familia el recurso de casación en la forma procederá según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, aunque con las siguientes modificaciones: sólo podrá intentarse en contra de las sentencias definitivas de primera instancia y de las interlocutorias de primera instancia que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación; se reducen las causales que lo hacen procedente; y, se atenúa la exigencia de patrocinio de abogado, la que se entenderá satisfecha por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa.

d) Recurso de Casación en el Fondo

El recurso de casación en el fondo es un "acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de ley que ha influido substancialmente en los dispositivo del fallo, y que las remplace por otras resoluciones en que la ley se aplique correctamente."[10]

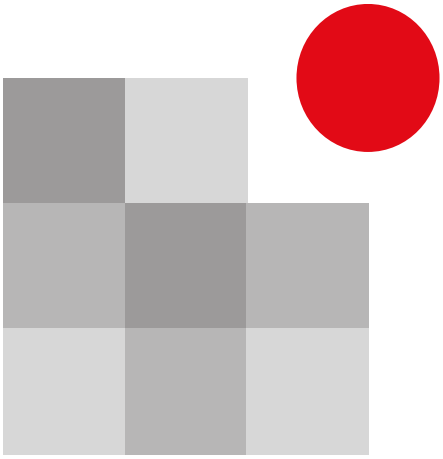
La Ley de Tribunales de Familia no incorporo ninguna norma que modifique en esta materia las normas generales que regulan este recurso, razón por la cual se entiende que son plenamente aplicables las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil sobre la materia, esto es, los artículos 764 y siguientes del éste código.

Por último se entenderá cumplida la exigencia de patrocinio de los recursos de casación, prevista en el inciso final del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, por la sola circunstancia de interponerlos el abogado que patrocine la causa.

Realice ejercicio del nº 20 al 30

[10] IDEM Pág. 209.

RAMO: DERECHO DE FAMILIA



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD II

EFECTOS DEL MATRIMONIO: RELACIONES PERSONALES Y PATRIMONIALES

CLASE 01

1. RELACIONES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES

El matrimonio implica deberes y derechos. Es más, el Código Civil se encarga de repetirlo en diversos artículos, señalando, por ejemplo, que no puede casarse sin el consentimiento de quienes están llamados a prestarlo "quien no tiene los medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio".

Asimismo, en el artículo 5 Nº 4 de la ley 19947, el legislador señala que no pueden contraer matrimonio, bajo pena de considerarlo inexistente, quienes carecieren de suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

De esta forma, se puede entender que el matrimonio no es una institución que siente las bases para formar una familia o fortalecer una situación económica, ya que la ley entiende que de tan importante institución necesariamente se suceden deberes y obligaciones para los cónyuges.

Eso sí, estos deberes y obligaciones no tienen un carácter patrimonial o pecuniario, ya que se trata más bien de normas de conductas que los cónyuges deben seguir y respetar.

1.1 Deberes de los Cónyuges

A continuación se examinarán cada uno de los deberes que existen entre los cónyuges, a saber:

- Deber de fidelidad.

El artículo 131 del Código Civil señala "Los cónyuges están obligados a guardarse fe...". Esto significa que los cónyuges están obligados a convivir exclusivamente entre sí y no con terceros. La infracción o incumplimiento de este deber de fidelidad resulta en el adulterio.

El adulterio, de acuerdo al artículo 132, constituye una grave infracción al deber de fidelidad. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge.

Por supuesto, y como sucede con muchas normas del Derecho de Familia, no existe forma alguna de obligar directamente a un cónyuge a guardar fidelidad al otro.

Sin embargo, la infracción al deber de fidelidad tiene otros efectos. Así, el artículo 155 inciso 2º del Código Civil autoriza a la mujer a solicitar al juez la separación de bienes cuando el marido incumple su deber de fidelidad.

De la misma forma, el artículo 26 de la ley 19.947 señala que es causal de separación judicial la violación grave de un cónyuge a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio.

Finalmente, el artículo 54 de la misma ley, dispone que será causal de divorcio: “por falta imputable al otro, la trasgresión grave y reiterada al deber de fidelidad del matrimonio”.

Así, el abandono reiterado y continuo es una forma de trasgresión grave.

Como se puede ver, en el caso del divorcio, el legislador ha señalado un requisito adicional: *la falta reiterada*. A diferencia de la separación, en el caso del divorcio, la falta debe ser continua y reiterada. Dicha distinción se puede entender como una manera de establecer las diferencias entre la separación y el divorcio, es decir, la gravedad que representa cada situación para el matrimonio.

- Deber de socorro.

El deber de socorro, que también se encuentra en el artículo 131 del Código Civil, consiste en la obligación de proporcionarse los auxilios económicos necesarios para vivir, ya sea los cónyuges como la familia en común.

En todo caso, el marido y la mujer deben proveer las necesidades de la familia en común atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes con el que hayan celebrado el matrimonio. Incluso, si llegase a ser necesario, será el mismo juez quien regule la forma en que se hace esta contribución.

Si el régimen es de sociedad conyugal, el marido, como administrador de la sociedad conyugal, debe atender a los gastos de mantenimiento de su mujer y de la familia común.

En cambio, si los cónyuges están casados en régimen de separación de bienes o de participación en los gananciales, cada cónyuge debe atender a sus gastos, sin perjuicio de que si uno carece de bienes debe ser auxiliado por el otro y que, por supuesto, ambos deben proveer a las necesidades de la familia en proporción a sus necesidades.

La aplicación práctica de este deber es el derecho de alimentos que regula el artículo 321 del Código Civil.

- Deber de ayuda mutua.

En el mismo artículo 131 del ya citado código se menciona también el deber de ayuda mutua, es decir, que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

Esta asistencia o ayuda se refiere a los cuidados personales de un cónyuge para con el otro.

- Deber de respeto y protección recíprocos.

El deber de protección es recíproco y comprende la prestación de amparo físico y moral.

¿A qué se refiere todo esto?

El deber de respeto consiste en que los cónyuges, en sus relaciones públicas y privadas, deben guardar la consideración y el trato que se identifica con una sana y armoniosa convivencia.

- Deber de hacer vida en común.

De acuerdo al artículo 133 del Código Civil, uno de los artículos que el Oficial del Registro Civil debe leer a los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, establece que ambos contrayentes tienen el derecho y la obligación de vivir en un hogar común.

Esta obligación de los cónyuges cesa cuando a alguno le asistan razones graves para no vivir en él. Por supuesto, la ley especifica a qué se refiere con razones graves, lo que es una ventaja pues queda a criterio del juez y las cambiantes apreciaciones sociales.

Realice ejercicios nº 1 al 3

2. REGÍMENES MATRIMONIALES

El matrimonio es una comunidad de vida entre dos personas, el cual tiene efectos personales y patrimoniales. Y son estos últimos efectos los que se traducen en los regímenes patrimoniales. Estos regímenes y sus reglas y normas legales, son, en definitiva, los que determinan la forma en que se tratan los intereses patrimoniales dentro del matrimonio.

2.1.Tipos de Regímenes Matrimoniales

En Chile, los regímenes matrimoniales son: régimen de sociedad conyugal, régimen de separación total de bienes y régimen de participación en los gananciales.

2.1.1 La Sociedad Conyugal

La sociedad conyugal es el 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.

La ley señala que por el solo hecho de contraer matrimonio, y siempre que los cónyuges no hayan estipulado separación total de bienes o participación en los gananciales, se contrae sociedad conyugal.

En todo caso, cabe señalar que existe un caso especial en que la sociedad conyugal nace a partir de un pacto de los contrayentes. Esto sucede respecto de los que se han casado en el extranjero, ya que la ley los estima casados en régimen de separación de bienes.

- Naturaleza Jurídica.

La sociedad conyugal no es precisamente una sociedad como se define en el Código Civil. La sociedad conyugal, en realidad, es una institución particular, ya que no es ni una sociedad ni una comunidad aunque mantiene características que la asemejan a estas.

A continuación, se establecerán las diferencias entre una sociedad civil y una sociedad conyugal.

Cuadro Nº 1: Sociedad Civil v/s Sociedad Conyugal

Sociedad Civil	Sociedad Conyugal
La sociedad civil se inicia por el pacto de las partes y se puede pactar por un tiempo indeterminado.	La duración de la sociedad conyugal esta determinada por la ley, ya que se inicia con el matrimonio y termina por alguna de las causales que determina la ley.
La sociedad civil no tiene limitaciones sobre quien la integra.	La sociedad conyugal solo puede existir entre el marido y la mujer.
La sociedad civil puede continuar con los herederos del socio que falta.	La sociedad conyugal se termina cuando falta el marido o la mujer.
En la sociedad civil, los socios no pueden renunciar anticipadamente a los beneficios, ya que esto es un elemento esencial.	La mujer puede renunciar anticipadamente a los beneficios.
En la sociedad civil es de la esencia que se estipulen aportes en común, de lo contrario no puede haber una sociedad.	La sociedad conyugal no se necesita estipulación de aportes ni exige que se haga.
Los beneficios se reparten a prorrata de los aportes.	Los gananciales se dividen por mitades, cualquiera que sea el monto de los aportes y aunque alguno de los cónyuges no haya aportado nada.
Los socios responden de las obligaciones sociales con todos sus bienes.	El marido responde ilimitadamente y la mujer no responde sino con sus bienes propios.
Todos los socios administran con iguales facultades.	El marido administra los bienes.
El patrimonio social es distinto al patrimonio de los socios individualmente considerados.	El patrimonio de la sociedad conyugal se confunde con el del marido.

Otra característica que separa a la sociedad conyugal de la sociedad civil, es que la primera no constituye una persona jurídica. De esta forma, como el patrimonio particular del marido esta confundido con el haber social, los socios no contratan con la sociedad conyugal, sino con el marido, ya que el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales. De la misma forma, los cónyuges no actúan a nombre de la sociedad, sino a nombre propio.

Realice ejercicio nº 4

CLASE 02

- Las Capitulaciones Matrimoniales

Las capitulaciones matrimoniales son lo mismo que las convenciones matrimoniales, es decir, convenciones de carácter patrimonial que celebran los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración. Entonces, su objeto es modificar el régimen normal de bienes.

Las convenciones matrimoniales se pueden pactar antes o en el acto de celebrar matrimonio, y esta clasificación contiene importantes efectos, ya que en las que se celebran en el acto de matrimonio sólo se puede pactar régimen de separación de bienes.

Las características de las Capitulaciones Matrimoniales son:

- La duración de las capitulaciones matrimoniales es indefinida. Estas rigen durante todo el matrimonio.

- Obligan a los cónyuges y a los terceros que contratan con ellos.

- No son condicionales. Para que produzcan efectos es esencial que se contraiga matrimonio.

- Pueden versar sobre cualquier materia de carácter patrimonial, siempre que no contenga estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No pueden contener acuerdos sobre los deberes y obligaciones personales establecidos en la ley respecto de los contrayentes ni de los hijos ni tampoco referirse a situaciones anteriores al matrimonio ni posteriores al mismo.

- Son siempre solemnes, ya que deben celebrarse por escritura pública, excepto cuando se convienen al momento de contraerse matrimonio, y deben suscribirse en la respectiva partida de matrimonio.

- Requisitos de Validez de las Capitulaciones Matrimoniales

Los requisitos de validez de las convenciones matrimoniales pasan por la capacidad de las partes y las solemnidades.

a) Capacidad de las partes

¿Quiénes pueden ser partes en las capitulaciones matrimoniales? Por supuesto que sólo quienes vayan a contraer el matrimonio, es decir, los esposos.

Los esposos celebrarán personalmente las capitulaciones matrimoniales, aún cuando sean incapaces. Esto distingue a las convenciones matrimoniales de los otros contratos, ya que en los últimos, los incapaces no pueden contratar por sí solos.

Entonces, la capacidad para pactar convenciones matrimoniales es la misma que para contraer matrimonio. De esta forma, el menor de 18, pero mayor de 16 años es perfectamente capaz de pactar convenciones matrimoniales.

Sin embargo, la ley establece que la persona llamada a prestar su consentimiento para el matrimonio del menor es también llamada a prestar su consentimiento para la convención matrimonial.

El Art. 1721 inciso 1º del Código Civil señala: el menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor.

Tal como se señala en el inciso 1º del art. 1721 del Código Civil, el menor que desea pactar una renuncia de los gananciales, enajenación de bienes raíces o gravar estos bienes con hipotecas, censos o servidumbres, deberá obtener una autorización judicial. La omisión de esta autorización judicial no invalida las capitulaciones en su totalidad, pero sí la cláusula que contiene aquella mención que requiere de la autorización.

Distinto es el caso de quien se halla bajo curaduría por otra causa a la del menor de edad, ya que necesitará de la autorización de su curador para las convenciones matrimoniales.

b) Solemnidades

Las convenciones matrimoniales son siempre solemnes.

Cuando las convenciones matrimoniales son pactadas antes del matrimonio, se necesita de escritura pública, que debe subinscribirse al margen de la inscripción del matrimonio al tiempo de celebrarse el matrimonio o dentro de los treinta días siguientes.

El legislador estima que se debe proteger a terceros, de ahí que exija que la convención se subinscriba: es una medida de publicidad. Si no se cumple con este requisito la sanción es la nulidad absoluta.

Cuando las convenciones matrimoniales son pactadas en el acto del matrimonio, deben constar en la inscripción del matrimonio y sin este requisito no tendrán valor alguno.

CLASE 03

- Contenido de las Capitulaciones Matrimoniales

En cuanto al contenido de las capitulaciones matrimoniales es preciso hacer la siguiente distinción:

- *Estipulaciones textualmente nulas*: cuando los esposos pactan que la sociedad conyugal tendrá principio antes o después de contraerse el matrimonio. Esta estipulación es nula y no requiere de una sentencia judicial que declare ese efecto, ni tampoco genera derechos ni obligaciones, aún cuando más tarde efectivamente se celebre el matrimonio y se practiquen las inscripciones que dispone la ley.

- *Estipulaciones prohibidas:* las estipulaciones prohibidas por la ley son las siguientes:

  a) Las estipulaciones contrarias a las buenas costumbres. Por supuesto que las buenas costumbres no se encuentran definidas en nuestra ley, por lo que se trata de un concepto que va evolucionando con el tiempo y que es un reflejo de la sociedad de una época.

  b) Estipulaciones contrarias a las leyes. En este caso, la ley está refiriendo a aquellas estipulaciones que suponen una contravención a una norma expresa.

Por Ejemplo

Una estipulación contraria a la ley es aquella en que la mujer renuncia a la acción de divorcio.

c) Estipulaciones que vayan en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro. La ley se refiere a los deberes y obligaciones que se deben el marido y mujer, es decir, los efectos personales del matrimonio (deber de fidelidad, de socorro, etc.), de modo que cualquier estipulación que vaya en detrimento de estos derechos y obligaciones está prohibida.

d) Estipulaciones que vayan en detrimento de los descendientes comunes. Al igual que las estipulaciones anteriores, estas se refieren a los deberes que las leyes imponen a los padres respecto de los hijos.

e) Estipulaciones permitidas. La ley, inteligentemente, no enumera las estipulaciones que se encuentran permitidas, de manera que se puede decir claramente que está permitida toda estipulación que no se encuentra prohibida por la ley y que tenga relación con el régimen patrimonial en el matrimonio. ¿Por qué debe tener relación con el régimen patrimonial? Porque el régimen personal está reglamentado por la ley, y las estipulaciones de las partes no pueden alterar tal situación.

El artículo 1715 del Código Civil da el siguiente concepto de capitulaciones matrimoniales: *"se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración"*.

Algunas de las materias que pueden regularse a través de las capitulaciones o convenciones matrimoniales son:

- Determinación del régimen patrimonial, ya sea sociedad conyugal, participación en los gananciales o separación total o parcial de bienes.

- Donaciones por causa de matrimonio que hace un esposo a otro.

- Renuncia a los gananciales por parte de la mujer.

- Exención de la comunidad de determinados bienes muebles.

Los cónyuges pueden eximir de la sociedad conyugal cualquiera parte de sus especies muebles, siempre que las designen en las capitulaciones matrimoniales.

- Aportar bienes raíces a la sociedad conyugal. Cualquiera de los cónyuges podrá incorporar a la sociedad conyugal uno o más bienes raíces, obligándose ésta a restituirle su valor cuando ella se extinga.

- Incorporación a la sociedad conyugal de valores propios de uno de los cónyuges para los efectos de adquirir otra cosa durante la sociedad, de manera que la cosa comprada no entre a la sociedad conyugal.

- Se podrá estipular que la mujer dispondrá libremente de una cantidad determinada. Así, respecto de esta cantidad, a la mujer se le mira como separada parcialmente de bienes.

- ¿Pueden modificarse las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio?

Efectivamente, antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden alterar o modificar las capitulaciones matrimoniales que pudieren haber celebrado, y para ello deben sujetarse a las mismas solemnidades de las capitulaciones primitivas, de lo contrario la modificación será nula.

Además, la modificación debe constar en escritura pública y subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio en el plazo fatal de treinta días.

- Efectos de las Capitulaciones Matrimoniales.

Por supuesto que las capitulaciones sólo surten efectos a partir del matrimonio y mientras concurran los demás requisitos legales (capacidad y solemnidades).

El Art. 1716 inciso 1º primera parte del Código Civil establece: las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes.

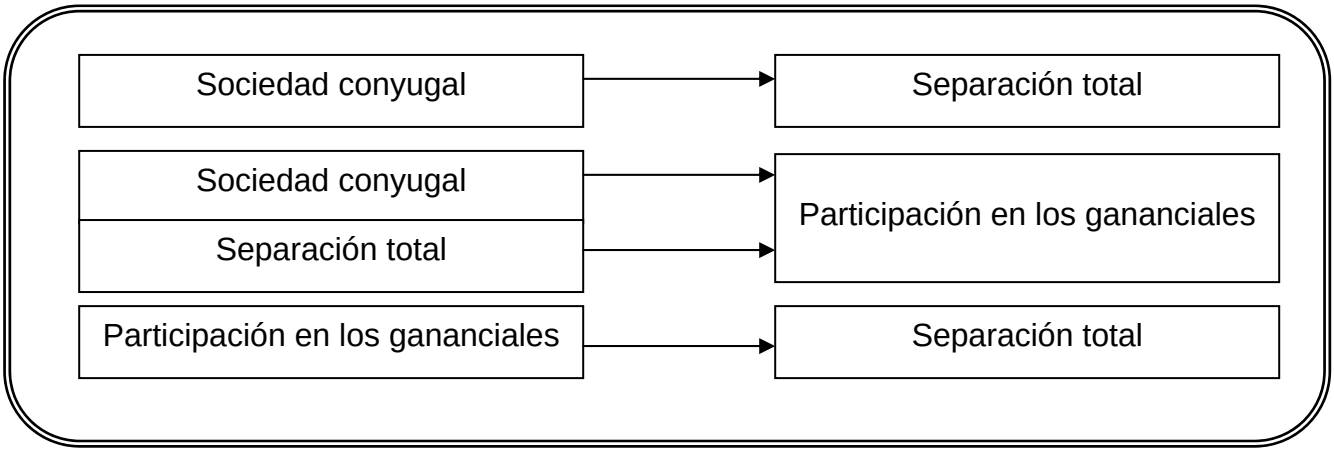
De esta forma, mientras las capitulaciones no se subinscriban no tendrán efecto, ni sobre las partes ni sobre terceros.

Por otra parte, las capitulaciones matrimoniales son inmutables, es decir, una vez celebrado el matrimonio éstas no podrán alterarse, ni siquiera con el consentimiento de las partes que las suscribieron. Esa es la regla general, pero en el Derecho, toda regla general tiene una excepción. En el caso de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, la ley señala que se podrá modificar el régimen matrimonial después de celebrado el matrimonio, pero sólo para sustituir el sistema de sociedad conyugal por el de separación total de bienes, o por el de participación en los gananciales, o el de separación total por el de participación en los gananciales. También se pude sustituir el régimen de participación en los gananciales por el de separación total de bienes.

En todo caso, la sustitución del régimen matrimonial solamente la pueden convenir los cónyuges mayores de edad.

La siguiente figura muestra hacia qué régimen matrimonial se pueden cambiar los cónyuges:

Figura Nº 1: Modificación del Régimen Matrimonial



Además, el pacto de sustitución deberá hacerse por escritura pública y subinscribirse al margen de la respectiva inscripción de matrimonio. Esta subinscripción debe practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura.

Si se omite la subinscripción, el pacto no surtirá efecto ni entre las partes ni respecto de terceros, por lo que la sanción es la nulidad absoluta. De modo que si la subinscripción efectivamente no se practicare, no le quedaría a los cónyuges otra opción sino celebrar un nuevo pacto y proceder a su subinscripción dentro de los treinta días siguientes.

Una vez que se pacte la subinscripción por los cónyuges, no podrá ser dejada sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges, de forma que no se puede volver al régimen que fue sustituido.

- El Patrimonio de la Sociedad Conyugal.

Cuando se contrae matrimonio y se pacta el régimen de sociedad conyugal llegan a coexistir tres (y hasta cuatro) patrimonios: el del marido, el de la mujer y el de la sociedad conyugal.

La ley se encarga de determinar el contenido de estos patrimonios y las reglas que establece la ley sólo se pueden modificar a través de las capitulaciones matrimoniales.

En todo caso, respecto de terceros sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer. Esto se debe a que el patrimonio del marido se confunde con el de la sociedad conyugal, puesto que es un administrador, de forma que respecto de terceros, los bienes de la sociedad conyugal son bienes del marido.

Los bienes de la sociedad reciben el nombre de bienes sociales. Los bienes de cada cónyuge que no ingresan al haber de la sociedad conyugal se denominan bienes propios y a la sociedad sólo le pertenecen lo frutos que produzcan. Finalmente, son bienes aportados los que los cónyuges poseen al tiempo de contraer matrimonio e introducen en la sociedad.

Dentro del patrimonio de la sociedad conyugal se debe distinguir, por supuesto, entre activo y pasivo, y el activo se distingue entre haber o activo absoluto y haber o activo relativo.

El *haber absoluto* se compone de bienes que entran en forma definitiva a dicho haber, mientras que el *relativo* se forma de bienes que ingresan de forma transitoria, ya que el cónyuge conserva un crédito por el valor de los bienes que hará efectivo al momento de la disolución de la sociedad. Este crédito se denomina recompensa.

Por otro lado, existe lo que se llama pasivo social y pasivo personal. Sin embargo, la determinación del pasivo social y personal sigue reglas diferentes a las del haber o activo, por lo que se estudian por separado.

Realice ejercicios nº 5 y 6

CLASE 04

A. El Haber de la Sociedad

El haber absoluto de la sociedad conyugal está compuesto por los siguientes bienes:

- Salarios de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio.

Cuando la ley dice *"salarios y emolumentos"* se refiere a todos los pagos que se hagan a cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio por el desempeño de empleos, profesiones, oficios o actividad económica de todo orden.

De esta forma, quedaría excluido de la sociedad conyugal toda prestación o cantidad de dinero que se recibe a modo de donación, puesto que no hay un trabajo, profesión u oficio de por medio, sino que una mera liberalidad del donante.

¿A qué se refiere la ley con "devengados"? Esto significa que la remuneración, salario o prestación debe existir durante el matrimonio. De esta forma, puede ocurrir que los

servicios se hayan prestado antes del matrimonio, pero el derecho a la remuneración se constituya durante el matrimonio, de modo que ésta pase al haber absoluto de la sociedad. Y lo mismo sucederá si el servicio deba prestarse después del matrimonio, pero el derecho a la prestación exista jurídicamente durante la vigencia de la sociedad.

¿Sucederá lo mismo con las donaciones remuneratorias? Las donaciones remuneratorias, que están reguladas aparte de la sociedad conyugal, son aquellas que se hacen expresamente en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse.

La ley, entonces, hace ciertas distinciones: si la remuneración es un bien inmueble o mueble. *Si la remuneración es un bien raíz*, no aumentará el haber social si el servicio por el cual se recibió no daba acción contra la persona servida. Pero si el servicio sí da acción contra la persona servida, el bien raíz pasa a formar parte del haber absoluto de la sociedad conyugal hasta la concurrencia de lo que se hubiere podido pedir por ellos a través de la acción.

¿Por qué la ley hace la distinción sobre la base de si el servicio da acción? Porque si no da acción contra la persona servida se asemeja a las donaciones. Y las donaciones no entran al haber absoluto.

Si el servicio se remunera con un bien mueble y no daba acción contra la persona servida o el servicio se prestó antes de la existencia de la sociedad, pasará al haber absoluto de la sociedad conyugal y se deberá recompensa al cónyuge donatario.

Para que las donaciones que se hicieren en remuneración de un servicio específico se consideren remuneratoria debe constar en escritura pública o privada y debe especificarse el servicio en ésta.

Finalmente, es preciso señalar que este artículo 1725 Nº 1 del Código Civil no se le aplica a los salarios y emolumentos que obtiene la mujer en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria separada del marido, de modo que no entran al haber absoluto de la sociedad conyugal.

- Los frutos de los bienes sociales y de los bienes propios.

La ley señala que los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan de los bienes sociales, de los bienes propios de los cónyuges, devengados durante la sociedad conyugal pasarán al haber absoluto.

Para que estos bienes se incorporen a la sociedad conyugal deben, necesariamente, provenir de los bienes sociales o de los bienes propios de los cónyuges. No importa si los

bienes de donde provienen estos frutos pertenecen a la sociedad o a los cónyuges, sino que lo realmente importante es que se devenguen o perciban durante la existencia de la sociedad conyugal.

Incluso, la ley señala que deben considerarse pertenecientes a la sociedad conyugal los frutos que no se adquirieron durante la existencia de la sociedad por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado su adquisición o goce. Es decir, estos frutos se reputan adquiridos durante la sociedad conyugal, a pesar del hecho de que se perciben una vez extinguida ésta.

- Los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

Todos los bienes, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que cualquiera de los cónyuges adquiera a título oneroso durante la sociedad conyugal ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal.

Por Ejemplo

La casa o automóvil que adquiera el marido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresan al patrimonio o haber absoluto de ésta.

Por su parte, el artículo 1736 del Código Civil establece excepciones en que el inmueble adquirido durante la sociedad conyugal no ingresa a ella, a saber:

a. Las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.

b. Los bienes que se poseían antes de la sociedad conyugal por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal.

c. Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.

d. Los bienes litigiosos y aquellos que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.

e. El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge. Sólo los frutos pertenecerán a la sociedad.

f. Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, ya que pertenecerá al cónyuge acreedor. Lo mismo sucede con los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.

g. Los bienes que el cónyuge adquiera durante la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se hubiere prometido con anterioridad a ella, siempre que la promesa conste en instrumento público, o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros. En todo caso, si la adquisición se hiciere con bienes de la sociedad y del cónyuge, éste deberá la recompensa respectiva.

¿Qué tienen en común todos estos bienes? Que la causa o título de la adquisición es anterior a la sociedad. Sin embargo, el mismo artículo 1736 del Código Civil establece una excepción: cuando estos bienes sean muebles ingresarán a la sociedad conyugal, la cual deberá al cónyuge adquirente la correspondiente recompensa.

Entonces, de todo esto se desprende que entran al haber absoluto de la sociedad conyugal los bienes que adquieran los cónyuges siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

a. Que la adquisición se haya hecho a título oneroso.

b. Que el título adquisitivo se haya producido durante la vigencia de la sociedad conyugal.

- Otra excepción de bienes que ingresan al haber de la sociedad conyugal son aquellos que se adquieren por subrogación.

El Código Civil, en el art. 1727 Nº 1 señala que el inmueble que es debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges no ingresa a la sociedad conyugal.

¿A qué se refiere la ley con subrogar un inmueble? La subrogación consiste en cambiar un inmueble propio por otro que se adquiere durante el matrimonio y que viene a ocupar el lugar del propio en el haber o patrimonio del cónyuge.

La subrogación se puede dar de inmueble a inmueble y de inmueble a valores.

a) Subrogación de inmueble a inmueble.

Es aquella que señala el artículo 1727 Nº 1 del Código Civil. A su vez, ésta se puede dar por permutación o por venta y compra sucesiva.

Cuando se da por permuta es necesario que un bien raíz propio de uno de los cónyuges se cambió por otro bien raíz de un tercero, pero además, en la escritura de

permuta debe expresarse la voluntad o animo de subrogar. Finalmente, entre el bien que se entrega y el bien que se recibe debe existir proporcionalidad.

En todo caso, cuando la subrogación se haga en bienes de la mujer, la ley exige la autorización de ésta.

Cuando la subrogación de inmueble a inmueble se da por compra, debe venderse un inmueble propio de alguno de los cónyuges y con el precio que se recibe debe adquirirse otro inmueble. En todo caso, al igual que en el caso de la subrogación de inmueble a inmueble por permuta, tanto en la escritura de venta como en la de compra debe dejarse constancia expresa del ánimo de subrogar. Por supuesto, es necesaria la proporcionalidad entre ambos bienes y si se trata de un bien de la mujer, es necesaria la autorización de ésta.

Realice ejercicio nº 7

CLASE 05

b) Subrogación de inmueble a valores.

Este tipo de subrogación se caracteriza porque el cónyuge ha destinado determinados valores en las capitulaciones a la adquisición de un inmueble.

En este caso, el cónyuge deberá expresar el ánimo de subrogar en la escritura de compra del inmueble y el origen de los valores invertidos en la compra.

Al igual que en los casos anteriores, debe existir proporcionalidad y autorización de la mujer si los valores son de su dominio.

Por Ejemplo

La mujer puede subrogar un inmueble con acciones, bonos u otros valores, habiéndolo estipulado en las capitulaciones matrimoniales.

¿Cómo se mide la proporcionalidad? La proporcionalidad se determina comparando la diferencia de valor entre los bienes subrogados y el bien que se recibe. Si el saldo excede a la mitad del precio del bien raíz que se recibe, entonces no habrá subrogación.

La exigencia de proporcionalidad tiene por objeto evitar el enriquecimiento ilícito, de modo que se protege a la sociedad de las posibles maniobras de los cónyuges.

Por Ejemplo

Si el bien inmueble propio del cónyuge vale $200.000 y el bien adquirido por subrogación es de un valor de $500.000 no habrá subrogación, puesto que la diferencia entre ambos bienes es de $300.000, valor que excede a la mitad del valor del bien adquirido. En cambio, si el inmueble adquirido vale $300.000 habrá subrogación puesto que la diferencia de $100.000 es menor a la mitad del valor del inmueble adquirido ($150.000).

Existen otros casos de bienes que no ingresan a la sociedad conyugal; ellos son:

a) Caso del art. 1728 del Código Civil. Este artículo reglamenta la situación que se produce cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal se adquiere un terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges por cualquier título oneroso. La regla general dice que ese bien entra al haber social. Y eso sucederá cuando el nuevo terreno y la finca contigua conservan su individualidad, es decir, siguen siendo bienes separados. Pero cuando los terrenos pierden su individualidad, es decir, entre ambos se ha formado un solo terreno del cual el último terreno adquirido no se puede separar sin daño, se forma una comunidad entre el cónyuge adquirente y la sociedad y ambos serán codueños de todo el terreno a prorrata de los respectivos aportes.

b) Caso del art. 1729 del Código Civil. Este artículo se refiere a la situación que se da cuando uno de los cónyuges posee un bien propio pro indiviso con otras personas y adquiere las cuotas de los demás durante la vigencia de la sociedad conyugal.

   Si el cónyuge adquiere dichas cuotas a título gratuito serán bienes propios. Incluso, si por adquirir las demás cuotas se extingue la comunidad será dueño de todo el bien.

   Si adquiere las cuotas a título oneroso, ingresarán al haber social y la cosa pertenecerá pro indiviso al cónyuge adquirente y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenece al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto.

c) Caso del tesoro. De acuerdo a nuestra ley, el tesoro que se encuentra en terreno ajeno se divide por partes iguales entre el dueño del terreno y el descubridor, de modo que si el tesoro se encuentra en terrenos sociales, la parte que corresponde al dueño es de propiedad de la sociedad conyugal.

d) Caso de las minas denunciadas por ambos cónyuges o por uno de ellos. Las minas denunciadas por ambos cónyuges o por uno de ellos pasan al haber social.

B. El haber relativo de la sociedad conyugal

El haber relativo es también llamado haber aparente, y está formado por aquellos bienes que entran a formar parte del patrimonio social, pero confieren al cónyuge propietario un crédito contra la sociedad equivalente al valor de ellos, que se hará efectivo a la época de su disolución.

Los bienes que entran al haber relativo de la sociedad conyugal son:

- El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o que adquiera a título gratuito durante él.

- Cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o que adquiera a título gratuito durante él.

- La parte del tesoro que corresponda a uno de los cónyuges en su calidad de descubridor del mismo, o como dueño del terreno en que se hizo el descubrimiento.

- Los bienes comprendidos en la donación remuneratoria, siempre que los servicios no dieran acción contra la persona servida o si estos servicios se prestaron antes del matrimonio.

- La sociedad conyugal deberá una recompensa al cónyuge por todos estos bienes que entran a la sociedad conyugal.

- Presunción de dominio en favor de la sociedad.

El artículo 1739 del Código Civil, establece una presunción de dominio en favor de la sociedad. De acuerdo a este artículo, toda cantidad de dinero y cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad se presumirá pertenecer a ella, a menos que se pruebe lo contrario.

La razón de esta presunción es muy sencilla: de acuerdo a la reglamentación del haber social, los bienes muebles, por regla general, son sociales. Por lo tanto, es natural que los bienes muebles que existan al tiempo de la disolución de la sociedad se estimen pertenecer a ella.

En todo caso, se trata de una presunción simplemente legal, por lo que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Por supuesto, los cónyuges no podrán probar con la confesión de uno de ellos o de ambos que el bien no es social, ya que la ley no lo estima como prueba suficiente.

Y con toda razón, ya que los cónyuges podrían escapar perfectamente de la persecución de terceros acreedores sobre los bienes sociales al confesar que ciertos bienes muebles perseguidos por éstos no son sociales, sino que pertenecen al haber propio del cónyuge, y por tanto, no puede ser perseguido.

- Requisitos para que el tercero quede protegido de las reclamaciones de los cónyuges.

La protección que establece la ley en favor de los terceros para que los cónyuges no puedan reclamar los bienes muebles sobre los que se contrató alegando que pertenecen a la sociedad o al haber propio de los cónyuges son los siguientes:

- Que el contrato celebrado por el tercero con el cónyuge sea a título oneroso.
- Que el contrato diga relación con bienes muebles.
- Que el cónyuge contratante haya hecho al tercero la entrega o la tradición del bien mueble.
- Que el tercero al momento de la entrega o tradición haya estado de buena fe.

C. Haber propio de cada cónyuge.

El haber propio de cada cónyuge es el patrimonio que estos tienen y que se forma por los bienes que no entran al haber absoluto ni al relativo de la sociedad conyugal, de manera que el dominio de estos bienes pertenece al cónyuge que los adquirió.

Los bienes que entran al haber propio tienen las siguientes características:

- Los aumentos y mejoras que se introduzcan en ellos pertenecen al cónyuge propietario.
- La pérdida fortuita lo afecta sólo a él.
- La administración corresponde al marido. Incluso aunque el bien pertenezca a la mujer.
- Los acreedores del otro cónyuge no pueden embargarlos.
- Una vez disuelta la sociedad conyugal se retira en especie.

- Bienes que forman el haber propio

Los diversos bienes que forman parte del haber propio contemplan:

- Inmuebles que los cónyuges tienen al tiempo de contraer matrimonio. Incluso, son parte del haber propio de cada cónyuge los bienes inmuebles que se hayan adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero cuya causa o título sea anterior a ella y también los adquiridos durante la vigencia de la sociedad en virtud de un acto o contrato cuya celebración se haya prometido con anterioridad a la existencia de la sociedad conyugal, siempre que esta promesa conste por instrumento público o instrumento privado cuya fecha sea oponible a terceros.

- Bienes inmuebles adquiridos durante la sociedad conyugal a título gratuito. Estos bienes pertenecen al haber del cónyuge adquirente, sea el marido o la mujer, y no ingresan al haber de la sociedad.

Por Ejemplo

Si en una herencia se adjudica un bien inmueble a uno de los cónyuges, ese bien será propio del cónyuge y no ingresará al haber de la sociedad conyugal.

- Bienes muebles que los cónyuges excluyen de la comunidad en las capitulaciones matrimoniales. La regla general señala que al haber aparente de la sociedad conyugal ingresan los bienes muebles que los cónyuges tienen al momento del matrimonio.

  Sin embargo, la excepción consiste en que los cónyuges pueden excluir de la comunidad determinados bienes muebles señalándolos en las capitulaciones matrimoniales.

- Aumentos que experimenten los bienes propios de los cónyuges. La ley dice que todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, pasan a formar parte del haber propio del cónyuge.

Para excluir bienes muebles del haber aparente o relativo es necesario pactar las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio, ya que las que se celebran en el acto mismo sólo tienen como objeto pactar un régimen matrimonial distinto a la sociedad conyugal.

- Créditos o recompensas que los cónyuges adquieren contra la sociedad y que pueden hacer valer al momento de su disolución. Como se ha señalado anteriormente, ciertos bienes de los cónyuges entran al patrimonio social, pero al ingresar generan a favor del

cónyuge aportante un crédito o recompensa en contra de la sociedad conyugal. Tal es la situación del haber relativo de la sociedad. Y la recompensa o crédito se hará valer al momento en que la sociedad se disuelva. De esta forma, mientras este vigente la sociedad conyugal estos créditos o recompensas constituyen un bien que ingresa al patrimonio personal de cada cónyuge.

- Inmuebles subrogados a inmuebles o valores propios de los cónyuges. Como se vio anteriormente, los inmuebles subrogados por inmuebles, mediante compra o permuta, y los subrogados por valores no entran al haber de la sociedad conyugal, sino al haber propio de cada cónyuge.

Realice ejercicios nº 8 al 11

CLASE 06

D. Pasivo de la Sociedad Conyugal.

El pasivo de la sociedad, al igual que el activo, debe distinguirse entre real y aparente. Sin embargo, antes de estudiar el pasivo de la sociedad conyugal es preciso resolver la cuestión de la obligación a la deuda y la contribución a la deuda.

La *obligación a las deudas* se refiere a las relaciones del acreedor con los cónyuges, es decir, a la determinación del patrimonio en que aquél puede perseguir su crédito.

La regla general, entonces, es que todas las obligaciones contraídas por el marido, o por la mujer en ciertos casos, aún con anterioridad al matrimonio son sociales, lo que significa que es la sociedad la obligada al pago de todas ellas y los acreedores pueden perseguirlas sobre los bienes sociales.

Sin embargo, y como fue señalado en su oportunidad, respecto del tercero la sociedad conyugal no existe, de modo que los bienes de ésta y los del marido se confunden formando un solo patrimonio, por lo tanto no existen las deudas sociales respecto de terceros, sólo hay deudas de la mujer y del marido.

Las deudas sociales, entonces, son deudas del marido. De esto se siguen importantes consecuencias: toda deuda del marido es deuda social y toda deuda social es del marido, de modo que los acreedores sociales y los personales pueden perseguir indistintamente los bienes personales y los sociales.

Además, existe una situación especial de la mujer, ya que los actos y contratos de la mujer casada en sociedad conyugal sólo la obligan en los bienes que administre en virtud de su patrimonio reservado o los que administre como separada de bienes.

La *contribución de las deudas*, por otro lado, se refiere a las relaciones de los cónyuges entre sí, a la determinación del patrimonio que en definitiva debe soportar su pago. La cuestión de la contribución a las deudas nace una vez que se han satisfecho, ya que disuelta la sociedad conyugal se debe averiguar cuál de los patrimonios debe soportarlas.

La regla general en cuanto a la contribución de las deudas es que todas las obligaciones contraídas durante la sociedad por el marido, o la mujer con autorización del marido o de la justicia en subsidio, son sociales.

En todo caso, ciertas deudas son personales de cada cónyuge y no serán soportadas por la sociedad sino por el marido o la mujer en cada caso, a saber:

- Las contraídas válidamente antes del matrimonio por el marido o la mujer.

- Las contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal y que ceden en provecho o utilidad de alguno de los cónyuges, ya que se trata de deudas que les reportan un beneficio pecuniario que se traduce en un aumento del patrimonio.

- Las que la pone expresamente a cargo de los cónyuges, como las multas y las reparaciones pecuniarias a que sea condenado alguno de ellos por delito o cuasidelito.

- El pasivo absoluto de la sociedad conyugal.

El pasivo absoluto de la sociedad conyugal lo integran todas las deudas sociales, tanto desde el punto de vista de la obligación como de la contribución a la deuda, de modo que la sociedad está obligada a pagar y a soportar el pago.

El pasivo absoluto de la sociedad conyugal está integrado por las siguientes deudas:

- Pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad. El artículo 1727 Nº 2 del Código Civil señala que ingresan al activo de la sociedad todos los frutos de cualquier naturaleza que provienen de bienes sociales o propios de cada cónyuge.

  Entonces, de acuerdo al artículo 1740 Nº 1 del mismo cuerpo legal, la misma regla debe seguirse respecto de las deudas provenientes de pensiones e intereses.

Por Ejemplo

El marido celebra un contrato de mutuo antes de contraer matrimonio. Sin embargo, los pagos comienza a hacerlos una vez que existe la sociedad conyugal, por lo que los intereses son de cargo de ésta.

- Deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio y que no fueren personales.

¿Por qué motivo la mujer podría necesitar de autorización judicial?

Cuando al marido le afectare un impedimento que no fuere de larga e indefinida duración, la mujer puede actuar respecto de los bienes del marido, de la sociedad conyugal y de los suyos que administre el marido, con autorización del juez, con conocimiento de causa. Esta materia corresponde a la de la administración de la sociedad conyugal.

– Pago de deudas generadas por contratos accesorios, siempre que las obligaciones garantizadas por ellos no sean personales de uno de los cónyuges. Así, si el marido garantiza con prenda, hipoteca o fianza una obligación de la sociedad conyugal, será ésta la llamada a responder.

  Sin embargo, si el marido desea garantizar una obligación ajena con prenda, hipoteca o fianza necesitará de la autorización de la mujer, y si no la obtiene solamente podrá obligar sus propios bienes.

- Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge. Cuando la ley dice cargas usufructuarias se refiere a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, de las pensiones, cánones, impuestos periódicos fiscales y municipales y en general a todas las cargas periódicas que graven bienes sociales y los de cada cónyuge. Si se trata de bienes propios de cada cónyuge, la sociedad se hará responsable de las cargas y reparaciones usufructuarias que se devenguen durante el matrimonio, de modo que las que se devengan antes del matrimonio gravan al cónyuge dueño del bien a que se refieren.

- Cargas de la familia. Las cargas de la familia se refieren a los gastos de mantenimiento de los cónyuges, educación y establecimiento de los descendientes comunes y los gastos para atender toda otra carga de familia, en las que se comprenden los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus descendientes o ascendientes y el dinero que en las capitulaciones matrimoniales el marido se obligó a dar a su mujer. Por supuesto que si estas cargas se devengan antes del matrimonio serán deudas personales.

A la ley no le importa cuándo se pagan efectivamente estas cargas, es decir, no importa si se pagan durante o después del matrimonio, ya que lo realmente importante es cuando se devengan, es decir, cuando existen jurídicamente.

- Pasivo relativo o aparente de la sociedad conyugal.

El pasivo relativo o aparente de la sociedad conyugal esta compuesto por aquellas deudas que la sociedad está obligada a pagar, pero que le otorgan un derecho de recompensa en contra del cónyuge respectivo.

Este pasivo está integrado por las deudas personales de los cónyuges:

- Las contraídas por los cónyuges antes del matrimonio.

- Las obligaciones derivadas de un delito o cuasidelito cometido por los cónyuges durante la sociedad.

- Las obligaciones que ceden en utilidad o interés de los cónyuges y han sido contraídas durante la sociedad, como sucede con las que se hacen para establecer a los hijos de un matrimonio anterior de uno de los cónyuges.

- Toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común. Al hablar de erogación gratuita el Código se refiere a donaciones.

- Los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges. En todo caso, quedan excluidas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes de cada cónyuge, ya que constituyen parte del pasivo absoluto de la sociedad.

- Las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad.

Realice ejercicios nº 12 al 14

CLASE 07

E. Recompensas

Las recompensas son los créditos o indemnizaciones en dinero que tienen por objeto que cada patrimonio aproveche y responda de los aumentos y cargas que legalmente le corresponden. Las recompensas se hacen valer al momento de liquidar la sociedad conyugal.

Las recompensas surgen de los bienes que entran al haber relativo y de las obligaciones que integran el pasivo relativo de la sociedad conyugal.

De esta manera, los bienes muebles aportados por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad conyugal pasan a integrar el haber de la sociedad, pero dan al cónyuge aportante un crédito o recompensa en contra de la sociedad para recuperar, al momento de la liquidación, el monto del crédito.

Lo mismo sucede en el caso del pasivo, ya que la sociedad conyugal es obligada a pagar las deudas personales de cada uno de los cónyuges, pero éste queda obligado a compensar a la sociedad, es decir, nace un crédito a favor de la sociedad y en contra del cónyuge titular de la deuda.

Las recompensas, entonces, tienen como objetivo evitar el enriquecimiento de un patrimonio a expensas de otro, manteniendo el equilibro entre los tres patrimonios que conviven en la sociedad conyugal.

Las características de las recompensas son las siguientes:

a) Las recompensas o créditos que establece la ley se deben pagar en dinero y en valor reajustado, aunque las partes pueden pactar otra forma de pagarlas.

b) Las recompensas pueden ser renunciadas, ya sea antes del matrimonio en las capitulaciones matrimoniales o una vez disuelta y liquidada la sociedad.

- Clasificación de las recompensas.

Las recompensas se pueden clasificar en aquellas que adeuda uno de los cónyuges a la sociedad, aquellas que debe la sociedad a uno de los cónyuges y aquellas que se deben entre los cónyuges.

- Recompensas que adeuda uno de los cónyuges a la sociedad. Uno de los cónyuges puede deberle una recompensa a la sociedad conyugal en los siguientes casos:

  a. Cuando la sociedad paga una deuda del cónyuge.

  b. Cuando la sociedad adquiere un bien raíz subrogándolo a valores o a otro inmueble propio, y el valor del bien adquirido es superior al que subrogó.

  c. Cuando se hacen mejoras a un bien propio, que aumentan el valor de la cosa, durante la vigencia de la sociedad.

  d. Cuando se adquirió una herencia y la sociedad pagó las deudas hereditarias o testamentarias.

e. Cuando se hace una erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.

f. Cuando la sociedad paga una multa o indemnización generada por un delito o cuasidelito.

g. Cuando con dolo o culpa grave se causó perjuicio a la sociedad.

h. Cuando se paguen precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hagan en la adquisición o cobro de bienes, derechos o créditos que pertenecen al cónyuge.

i. Cuando se adquiere un bien a título oneroso una vez disuelta la sociedad, pero antes de su liquidación.

- Recompensas que debe la sociedad conyugal a uno de los cónyuges. En lo siguientes casos es la sociedad conyugal la que debe recompensas a uno de los cónyuges:

  a. Por las especias muebles o dineros que el cónyuge aportó a la sociedad o que ella adquirió a título gratuito.

  b. Cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal se enajenó un bien propio de uno de los cónyuges.

  c. Cuando durante la vigencia de la sociedad conyugal operó la subrogación de inmueble a inmueble o a valores, y el bien adquirido era de menor valor que el bien subrogado.

  d. Cuando las expensas ordinarias y extraordinarias de educación de un descendiente común o las necesarias para establecerle o casarle se sacaren de los bienes propios de un cónyuge.

- Recompensas que se deben los cónyuges entre sí. Para evitar el enriquecimiento sin causa, la ley establece que los cónyuges se deben recompensas en los siguientes casos:

  a. Cuando con bienes de un cónyuge se paga una deuda personal de otro.

  b. Cuando con bienes propios del cónyuge se hacen reparaciones o mejoras en un bien del otro.

c. Cuando un cónyuge, con dolo o culpa grave, causa daño a los bienes del otro.

Por Ejemplo

Cuando un cónyuge, con dolo o culpa grave, incendia un bien del otro.

Realice ejercicio nº 15

F. Administración de la sociedad conyugal.

El marido es el jefe de la sociedad conyugal, por lo tanto administra los bienes sociales y los de su mujer.

En todo caso, la administración de la sociedad puede ser ordinaria o extraordinaria. Esta última se da cuando la ejerce un curador del marido, que puede ser la misma mujer o un tercero.

a) La administración ordinaria de la sociedad conyugal.

La administración ordinaria corresponde al marido, por la sola celebración del matrimonio y sin la necesidad de estipularlo.

Además, al término de la administración ordinaria el marido no está obligado a rendir cuentas de su gestión, ya que administra como dueño y jefe, y no como mandatario.

- Administración de los bienes sociales.

El marido es el jefe de la sociedad conyugal, pero respecto de terceros sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer.

El marido es el jefe de la sociedad conyugal y como tal actúa como dueño de los bienes sociales. Por el contrario, la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales, excepto para algunos casos en que la ley exige de su autorización.

Sin embargo, el hecho que el marido actúe como jefe no obsta a que la ley ponga limitaciones a la administración del marido.

- Actos para los cuales el marido requiere de autorización o consentimiento de la mujer.

El marido necesitará de la autorización de la mujer para ejecutar los siguientes actos:

a. Enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales. Esto quiere decir que la autorización de la mujer no se requiere para las enajenaciones de bienes muebles ni para aquellas que provienen de juicios ejecutivos o quiebras, ya que éstas últimas no serían voluntarias.

b. Gravar voluntariamente los bienes raíces sociales. Así, la autorización de la mujer sólo seria necesaria para la constitución del gravamen, pero no para su alzamiento.

c. Prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales.

d. Dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de 5 años, o la de los rústicos por más de 8.

Son predios rústicos aquellos destinados al cultivo agrícola. Son predios urbanos aquellos cuyo destino es la habitación.

e. Garantizar o caucionar obligaciones contraídas por terceros.

f. Enajenar o gravar voluntariamente o prometer enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer.

g. Disponer gratuitamente entre vivos de los bienes sociales.

h. Aceptar o repudiar una asignación referida a la mujer.

La autorización de la mujer debe ser específica, es decir, debe precisar el acto determinado.

Además, la autorización de la mujer puede ser tácita o expresa. Será tácita si la mujer interviene expresa y directamente en el acto, como cuando concurre y firma la escritura pública. Por el contrario, la autorización será expresa si la da por escrito.

En todo caso, la autorización de la mujer deberá darse por escritura pública cuando el acto que busca autorizar requiere de dicha solemnidad.

Nada impide, por supuesto, que la mujer de su autorización a través de un mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, y deberá constar en ésta última cuando el acto que se autoriza debe cumplir con esa solemnidad.

Cuando la mujer esté imposibilitada para dar su autorización o la niegue sin causa justificada, podrá ser suplida por el juez.

Cuando la mujer niegue sin causa la autorización no se requerirá probar nada más para obtener que el juez supla su autorización, puesto que se entiende que no existen fundamentos plausibles para no entregar dicha autorización.

En cambio, cuando la mujer esté imposibilitada de dar su autorización el juez procederá a suplirla sólo cuando de la demora se siga un perjuicio.

El tribunal competente para conocer de esta autorización es el respectivo juzgado de familia.

- ¿Qué sucede cuando se ejecuta el acto sin la correspondiente autorización?

La sanción que establece la ley por falta de autorización de la mujer o de la justicia en su caso, es la nulidad relativa, excepto cuando el acto es el arriendo o cesión de un bien raíz social, en los que la sanción es que el contrato sólo regirá por 5 u 8 años, dependiendo del inmueble.

Esta nulidad podrá ser alegada hasta después de 4 años desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cesa la incapacidad de la mujer, pero aún así, si pasan 10 años desde que se celebró el acto o contrato, ya no se podrá pedir la nulidad.

- Derechos de la mujer para cautelar sus intereses.

La sociedad conyugal es un ente que es comandado por el marido, quien administra todos los patrimonios que en ella se reúnen. Sin embargo, y dado que esta situación deja en notable desprotección a la mujer, la ley ha determinado otorgarle una serie de derechos para cautelar su patrimonio. Algunos de estos son:

- Derecho a pedir la separación de bienes en los casos de insolvencia o administración fraudulenta del marido, o del mal estado de sus negocios a causa de especulaciones aventuradas o de una administración errónea o descuidada.

- Derecho a renunciar a los gananciales. Si la mujer renuncia a los gananciales no responderá de las deudas sociales.

- Si la mujer no ha renunciado a los gananciales, sólo responderá de las deudas sociales hasta la mitad de lo que reciba por concepto del beneficio de emolumento, así lo establece el art. 1777 del Código Civil.

Definición beneficio de emolumento

Es la facultad que tiene la mujer o sus herederos para limitar su obligación y su contribución a las deudas de la sociedad conyugal, hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir, del provecho o emolumento que obtienen de ella.

- Derecho a retirar en la liquidación de la sociedad conyugal sus bienes propios y recompensas antes que el marido, y pagarse con los bienes propios del marido, en caso de que los sociales fueren insuficientes.

- Privilegio de cuarta clase que se ejerce sobre los bienes sociales y los bienes propios del marido, respecto de los bienes de su propiedad que administre aquél.

- Los bienes de la mujer no están afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el marido ni por ella, a menos que le hubiere reportado beneficio. En este caso, solo responderá hasta concurrencia del beneficio.

Realice ejercicios nº 16 al 18

CLASE 08

- Administración de los bienes propios del marido.

En este caso, el marido goza de total libertad y administra sus bienes como si no estuviera casado, pero los frutos de sus bienes propios pasan a la sociedad y, por supuesto, sus bienes propios pueden ser perseguidos por los acreedores sociales, ya que como dijimos, el patrimonio del marido se confunde con el de la sociedad.

- Administración de los bienes propios de la mujer.

La mujer, durante el matrimonio, conserva el dominio sobre sus bienes propios, pero de acuerdo a la ley, es el marido quien los administra, y lo hace desde el comienzo del matrimonio.

En todo caso, a diferencia de la administración de los bienes sociales, en el caso de los bienes de la mujer, el marido tiene más limitaciones y su responsabilidad es mayor.

En este sentido, sólo los actos de mera administración pueden ser ejecutados libremente por el marido.

Por el contrario, los actos en que el marido requiere del consentimiento de la mujer son los siguientes:

- Cuando en los bienes que se vayan a partir en una partición tenga interés la mujer, el marido necesitará de su consentimiento para nombrar al partidor.

- Para provocar la partición de bienes en que tenga interés la mujer.

La partición de bienes puede solicitarse por una parte o de común acuerdo entre ellas. En este último caso, el marido no requiere del consentimiento de la mujer.

- Para enajenar o gravar los bienes raíces de la mujer.

- Para enajenar y gravar los bienes muebles de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, es decir, aquellos bienes eximidos de la sociedad conyugal en las capitulaciones matrimoniales.

- Para arrendar los bienes raíces de la mujer.

- ¿Cuál es la sanción para la infracción a este deber de consentimiento de la mujer?

En realidad, existen dos sanciones. En un primer caso, *la nulidad relativa* es la sanción para aquellos actos en que se enajena o gravan bienes raíces o muebles de la mujer, sin el consentimiento de ésta.

En este caso, la mujer, sus herederos o cesionarios tendrían el plazo de cuatro años para reclamar la nulidad, contados desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cesa la incapacidad de la mujer o sus herederos. En todo caso, ya no podrá exigirse la nulidad si pasan diez años desde la celebración del acto o contrato.

Por otro lado, cuando se arrienda o cede la tenencia de los bienes raíces propios de la mujer por más de 5 años si son urbanos y por más de 8 si fueren rústicos, incluidas las prórrogas, sin el consentimiento de la mujer, la sanción es *la inoponibilidad*, es decir, el acto o contrato no tiene efectos respecto de la mujer, no le es oponible.

Al igual que en el caso de la nulidad relativa, la acción de inoponibilidad podrá ser presentada por la mujer, sus herederos o cesionarios.

b) La administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal, como su nombre lo dice, excluye al marido, entregando las facultades de administración a la mujer, si es designada curadora de su cónyuge o de sus bienes, o a un curador.

Cuadro Nº 2: Administración Extraordinaria de la Sociedad Conyugal

Pertenece a la Mujer	Corresponde a un Curador
- Cuando ella es curadora del marido demente. - Cuando es curadora del marido sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente. - Cuando es curadora del marido ausente. - Cuando es curadora del marido menor de edad.	- Cuando la mujer es incapaz. - La mujer se excusa. - El marido es disipador. - Cuando el marido es menor y hay parientes a quienes va a corresponder la guarda legítima y uno de ellos es designado curador de éste.

En todo caso, cuando la administración extraordinaria de la sociedad conyugal corresponde a la mujer, ésta siempre puede rehusarse a asumirla, pidiendo la separación de bienes.

Cuando el curador pasa a administrar la sociedad conyugal, significa que también administrará los bienes de la mujer. En este caso, la mujer puede rehusarse a que sus bienes sean administrados por el curador pidiendo la separación de bienes.

- Facultades con que administra la mujer.

La mujer tiene las siguientes facultades para administrar la sociedad conyugal, a saber:

- En cuanto a los bienes de la mujer. La mujer, por supuesto, tiene plena libertad para la administración de sus bienes propios, disponiendo de ellos sin autorización alguna.

- En cuanto a los bienes del marido. En cuanto a estos bienes, la ley establece que la mujer debe seguir las reglas diseñadas para la curaduría.

De esta manera, la mujer necesitará de autorización judicial para:

a. Enajenar o gravar con hipoteca, censo o servidumbre los bienes raíces del marido.

b. Enajenar o empeñar los bienes muebles preciosos o de gran valor de afección.

Pero aún así, el juez sólo concederá la autorización en caso de utilidad o necesidad manifiesta.

- En cuanto a los bienes de la sociedad conyugal. La mujer, respecto de estos bienes, actuará con las mismas facultades que actúa el marido. Sin embargo, la ley le exige autorización judicial en los siguientes casos:

  a. Enajenar y gravar los bienes raíces sociales.

  b. Prometer enajenar los bienes raíces sociales.

  c. Donar bienes sociales.

En todo caso, si los bienes anteriores fueren de poca monta, atendida la fuerza del haber social, no será necesaria la autorización del juez.

- Para obligar bienes sociales constituyéndose en aval, codeudora solidaria fiadora u cualquier otra caución respecto de terceros, necesitará de autorización judicial con conocimiento de causa. Por supuesto, no la necesitará cuando obligue bienes propios y aquellos que administre por su patrimonio reservado.

- La mujer puede dar en arrendamiento o ceder la tenencia de bienes inmuebles sociales y el marido o sus herederos deberán respetar el contrato siempre cuando no pase de un lapso de 5 años para los inmuebles urbanos y 8 años para los rústicos, incluidas las prórrogas. En todo caso, si dicho arrendamiento o cesión de tenencia fue autorizado por los tribunales, previa información de utilidad, podrán durar más tiempo y el marido o sus herederos estarán obligados a respetarlos.

- Sanción.

Cuando la mujer actuare respecto de los bienes anteriores sin cumplir los requisitos que le exige la ley, el marido, sus herederos y cesionarios podrán demandar la nulidad relativa del acto o contrato. El plazo para demandarla es de cuatro años y se cuenta desde que cesa el hecho que originó la curaduría del marido, pero en ningún caso puede pedirse la declaración de nulidad relativa transcurridos diez años de la celebración del acto o contrato.

- Responsabilidad.

La mujer que administre la sociedad conyugal o el curador, en su caso, responderá hasta de culpa leve de los actos de administración.

Asimismo, deberán rendir cuenta exacta, fiel y documentada.

A diferencia de lo que sucede en este caso, cuando el marido administra la sociedad conyugal no se le exige rendición de cuentas.

- Terminación de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal.

La administración extraordinaria de la sociedad conyugal se origina por causas específicamente señaladas por la ley (por ejemplo, cuando el marido se ausenta o es disipador), de modo que cuando cesen las causas que originaron la administración extraordinaria, cesará ésta.

En todo caso, se requerirá de decreto judicial, excepto cuando el marido es menor de edad.

Realice ejercicios nº 19 y 20

G. Disolución de la sociedad conyugal.

Las causales de disolución de la sociedad conyugal son varias y están taxativamente numeradas por la ley, de modo que las partes no pueden darle término a la sociedad conyugal de otra manera, las cuales son:

- Por disolución del matrimonio. Es natural que si termina el matrimonio se termine la sociedad conyugal, por lo que las causales de disolución del matrimonio también lo son de disolución de la sociedad conyugal.

  De esta forma, la muerte de uno de los cónyuges es causal para la disolución de la sociedad conyugal.

  En el mismo sentido, la sentencia firme de divorcio pone término al matrimonio y, por tanto, a la sociedad conyugal.

- Por la presunción de muerte de uno de los cónyuges. En este caso, la sociedad conyugal se disuelve con el decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido.

En los casos en que no se concede un decreto de posesión provisoria, como cuando se prueba que han pasado 5 años de la desaparición y han transcurrido 70 años desde el nacimiento del desaparecido, la sociedad conyugal terminará en virtud de la posesión definitiva.

En los casos de presunción de muerte, el decreto que concede la posesión provisoria o definitiva, cuando corresponda, el juez deberá determinar un día presuntivo de muerte, que es el último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias, y ese será el día fijado para la terminación de la sociedad conyugal.

- Por la sentencia de separación judicial. Como se sabe, la separación judicial es irrevocable y ni las partes ni una resolución judicial pueden dejarla sin efecto. Asimismo, la reanudación de la vida en común de los cónyuges no revive la sociedad conyugal.

- Por la sentencia de separación total de bienes. En este caso, la disolución de la sociedad conyugal se produce de pleno derecho, es decir, afecta tanto a los cónyuges como a los terceros en el momento mismo en que es subinscrita al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

- Por la sentencia de nulidad. A diferencia de la disolución del matrimonio tratada anteriormente, cuando el matrimonio es simplemente nulo las partes vuelven al estado anterior al matrimonio, por lo que nunca hubo matrimonio ni sociedad conyugal.

  En realidad, la sociedad conyugal termina por la sentencia de nulidad cuando existe un matrimonio putativo, ya que este, a pesar de ser nulo, tiene los mismos efectos civiles que un matrimonio perfectamente válido, por lo que sí dio origen a la sociedad conyugal que se disuelve por la sentencia de nulidad.

- Por el pacto de sustitución de la sociedad conyugal. Los cónyuges, dentro del matrimonio, pueden pactar la sustitución del régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales o por el de separación de bienes.

CLASE 09

H. El pacto de sustitución de régimen.

El pacto de sustitución de régimen tiene por objeto realizar cambios al régimen matrimonial vigente, sustituyendo la sociedad conyugal por el de separación de bienes o el de participación en los gananciales.

El pacto de sustitución también permite pasar de separación de bienes a participación en los gananciales y viceversa.

Este pacto sólo puede ser celebrado por cónyuges mayores de edad. Ni siquiera el cónyuge menor de edad puede realizar este pacto con autorización de la persona llamada a prestar su consentimiento para el matrimonio. Es más, si un cónyuge menor de edad pacta la sustitución del régimen de sociedad conyugal, el pacto adolecerá de nulidad absoluta.

El pacto de sustitución de régimen presenta diversas características, a saber:

- Es solemne. El pacto deberá otorgarse por escritura pública, que deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta subinscripción deberá practicarse dentro del plazo fatal de 30 días desde la fecha de la escritura.

- No puede perjudicar derechos de terceros.

- Es irrevocable.

- No es susceptible de condición, plazo o modo alguno.

- Efectos de la disolución de la sociedad conyugal.

Cuando se disuelve la sociedad conyugal se producen los siguientes efectos:

- Se genera una comunidad. La comunidad, una vez disuelta la sociedad conyugal, puede formarse entre los cónyuges o el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido.

  El marido, por su parte, no podrá administrar la comunidad como lo hacía con la sociedad conyugal. En el caso de la comunidad, son todos los comuneros los encargados de la administración.

- Se fija el activo y el pasivo social. De esta forma, el activo queda integrado por todos los bienes que eran sociales al momento de producirse la disolución. Por la misma razón, los bienes que uno de los cónyuges adquiera después no integran la comunidad.
  Sin embargo, si el bien fue adquirido en el período entre la disolución y la liquidación de la sociedad, la ley presume que fue adquirido con bienes sociales, debiendo el cónyuge una recompensa a la sociedad. Esta es, en todo caso, una presunción simplemente legal, por lo que el cónyuge que adquirió el bien pude desvirtuarla.

Asimismo, y aplicando los principios que rigen a la sociedad conyugal, si el bien se adquiere después de disuelta la sociedad conyugal, pero en virtud de un título anterior, ingresará a la masa común.

En cuanto al pasivo, éste se integra por las deudas que al momento de la disolución eran sociales y aquellas que la mujer hubiere contraído con su patrimonio reservado.

¿Qué sucede si por una deuda contraída con posterioridad a la disolución se embargan bienes comunes?

El otro cónyuge o sus herederos podrán interponer una tercería de dominio, de forma de excluir del embargo dicho bien.

- Cesa el derecho de goce sobre bienes propios de cada cónyuge. Al haber absoluto de la sociedad ingresan los frutos de los bienes propios de los cónyuges, de modo que ambos pueden disfrutar de ellos. Pero con la disolución de la sociedad, tal situación cambia.

  Los frutos que se encuentren pendientes al tiempo de la restitución, y todos los que se hayan percibido desde la disolución de la sociedad, pertenecerán al dueño de las respectivas especies.

  Sin embargo, la regla anterior es aplicable a los frutos naturales de los bienes propios de cada cónyuge. En el caso de los frutos civiles, como son los intereses, éstos pertenecerán al dueño del bien día a día.

Por Ejemplo

De modo que si la renta de un arriendo de un bien raíz propio de uno de los cónyuges se paga el 30 y la sociedad conyugal se disuelve el 15, desde éste día en adelante la renta será del cónyuge dueño del bien y hasta el día 15 de la sociedad conyugal.

- Debe procederse a la liquidación de la sociedad conyugal.

- La mujer puede renunciar a los gananciales.

I. Liquidación de la sociedad conyugal.

La liquidación de la sociedad conyugal es el conjunto de operaciones que tienen por objeto establecer si existen o no gananciales, y si existieren, partirlos por la mitad entre los

cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad les adeuda o que aquellos adeuden a la sociedad y reglamentar el pasivo de la sociedad.

La liquidación de la sociedad conyugal consta de las siguientes operaciones:

- Facción de inventario.
- Tasación de bienes.
- Formación del acervo común y retiro de los bienes propios de cada cónyuge.
- Liquidación de las recompensas que mutuamente se deban la sociedad y los cónyuges.
- Partición de los gananciales.
- División del pasivo.

- La Facción del inventario.

Una vez disuelta la sociedad conyugal se debe proceder inmediatamente a la facción del inventario, de forma de dejar registro de los bienes y deudas que serán objeto de la liquidación.

Si bien la ley no establece un plazo específico para realizar el inventario, es también cierto que textualmente la ley señala que *"se procederá inmediatamente"*.

Deberán inventariarse todos los bienes sociales, los bienes propios de cada cónyuge, los bienes reservados, y todos aquellos bienes que al momento de la disolución de la sociedad se encontraren en poder del marido o de la mujer, ya que respecto de estos bienes la ley presume que son sociales.

Además, el inventario debe comprender las deudas sociales y las provenientes del patrimonio reservado de la mujer.

El inventario puede ser simple o solemne, pero el inventario simple corre en desventaja ya que es inoponible excepto al cónyuge, los herederos o los acreedores que lo hubieren firmado y aprobado.

De la misma forma, el inventario debe ser solemne cuando entre los partícipes de los gananciales resultantes hubiere incapaces como los menores o dementes. Si en este caso se omite el inventario solemne, el culpable deberá responder de los perjuicios.

- La tasación de los bienes.

La tasación comúnmente se hace al mismo tiempo que el inventario, asignándole valor a cada uno de los bienes y deudas.

La tasación podrá ser hecha por un perito, pero las partes pueden acordar omitir la tasación, fijando por un acuerdo unánime el valor de los bienes. Este acuerdo se puede celebrar aún cuando una de las partes es un incapaz, pero sólo cuando se trata de liquidar bienes muebles, cuando existen antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes o cuando sólo se trata de fijar un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños.

La ley castiga a los cónyuges o herederos que dolosamente oculten o distraigan alguna cosa de la sociedad, haciéndoles perder su porción en la misma cosa y obligándolo a restituirla doblada.

La *ocultación* significa negar la existencia de un bien mientras que la *distracción* es sustraer un bien de la sociedad conyugal para perjudicar al otro.

- Formación del acervo común.

La formación del acervo común implica una serie de operaciones imaginarias, que no se reflejan materialmente aún, pero que sirven para determinar exactamente el patrimonio de la sociedad conyugal.

En primer lugar, se forma lo que se llama acervo bruto. Se le llama así porque en él se reúnen todos los bienes sociales, reservados u propios de cada cónyuge y sus frutos.

De esta forma, los bienes que constituyen el acervo bruto o común son:

- Bienes sociales y sus frutos.
- Bienes propios y sus frutos.
- Bienes reservados.
- Frutos de los bienes separados parcialmente de acuerdo a los artículos 166 Nº 3 y 167 del Código Civil.

Los artículos 166 Nº 3 y 167 del Código Civil, se refieren a las cosas que le son donadas o heredadas a la mujer durante el matrimonio, pero con la condición de que no sean administradas por el marido y aquellas cosas que en las capitulaciones matrimoniales se estipuló que la mujer administre separadamente.

- Liquidación de las recompensas

Posteriormente, procede la formación del acervo líquido. Este acervo se forma deduciendo del acervo bruto los siguientes bienes:

- Los bienes propios de los cónyuges.

- El pasivo común.

Respecto de las recompensas se sabe que los cónyuges tienen título de acreedor en contra de la sociedad. En primer lugar, las retirará la mujer, dirigiéndose primero sobre el dinero y cosas muebles, después los inmuebles y, por último, si los bienes fueren insuficientes, contra los bienes del marido. Una vez que la mujer haya retirado o deducido las recompensas podrá hacer lo mismo el marido.

Realice ejercicios nº 21 al 24

CLASE 10

- Partición de los gananciales.

Una vez deducidos los bienes anteriores del acervo bruto o común se forma el llamado acervo líquido. Es sobre este acervo sobre el que se forman los gananciales, las que, por regla general, se dividen por mitad.

Por supuesto, la ley establece ciertas excepciones, de modo que los gananciales no se dividirán por la mitad en los siguientes casos:

- Cuando en las capitulaciones matrimoniales se convino otra forma de división.
- Cuando hay distracción u ocultación dolosa de un bien social.
- Cuando la mujer renuncia a los gananciales.
- Cuando uno o más de los herederos de la mujer renuncia a los gananciales. En este caso, las porciones de quienes renuncian acrecen a la del marido.

- La renuncia de los gananciales.

Una vez que se ha disuelto la sociedad conyugal, la mujer puede optar entre aceptar o renunciar a los gananciales. Para aceptar los gananciales no existen formalidades específicas, pero sí se aplican las reglas generales.

Por Ejemplo

El cónyuge menor de edad o incapaz podrá aceptar los gananciales a través de sus representantes legales.

Esta aceptación será pura y simple, es decir, no estará sujeta a condiciones ni plazo y debe referirse a la totalidad de los gananciales. Además, puede ser expresa o tácita.

La aceptación de los gananciales es irrevocable, pero por regla general, está sujeta a los vicios del consentimiento.

Por Ejemplo

La aceptación de los gananciales podrá ser rescindida por error, fuerza, dolo o incapacidad.

En cuanto a la renuncia de los gananciales, como se sabe, la mujer podrá hacerlo en las capitulaciones matrimoniales o una vez disuelta la sociedad conyugal.

A través de la renuncia a los gananciales la mujer pierde todo derecho sobre los bienes sociales pero también queda exenta de toda responsabilidad sobre las deudas sociales, de modo que funciona como una medida de protección en contra de la mala administración del marido.

La renuncia de los gananciales es un derecho exclusivo de la mujer y de sus herederos.

- División del pasivo.

Pero así como se dividen los gananciales, también hay que dividir el pasivo. Y es necesario distinguir entre la llamada obligación a la deuda y la contribución a la deuda.

Como se sabe, cuando se habla de *obligación a la deuda* se esta refiriendo a las relaciones entre el acreedor con los cónyuges, es decir, en qué patrimonio perseguirá el acreedor el pago de su crédito, a quién va a demandar. Entonces, respecto de la obligación a la deuda el marido es el responsable de la totalidad de las deudas sociales, independientemente de la existencia de los gananciales, mientras que la mujer responderá respecto de terceros sólo hasta la mitad de los gananciales.

Por supuesto, esta regla sufre las siguientes excepciones:

- Las deudas personales de la mujer pueden ser perseguidas en sus propios bienes.

- Si se trata de una obligación indivisible, el acreedor podrá perseguirla en el patrimonio del marido o el de la mujer, indistintamente.

- La obligación prendaria o hipotecaria se hace efectiva en contra del adjudicatario del bien que soporta el gravamen.

En cambio, en cuanto a la *contribución a la deuda*, que se refiere al patrimonio que en definitiva deberá soportar el pago de la obligación, si el que efectivamente pagó u otro, los cónyuges deberán contribuir a las deudas por mitad.

En todo caso, y al igual como sucede con la obligación a la deuda, existen las siguientes excepciones:

- Cuando los cónyuges convienen una división distinta de las deudas.

- Cuando se trata de deudas personales, que deben ser pagadas por el interesado.

- Cuando la mujer goza del beneficio de emolumento.

¿Qué es el beneficio de emolumento? El beneficio de emolumento es la facultad que tiene la mujer o sus herederos para limitar su obligación y su contribución a las deudas de la sociedad conyugal, hasta concurrencia de su mitad de gananciales, es decir, del provecho o emolumento que obtienen de ella.

Una característica esencial de este beneficio es que la mujer no puede renunciarlo anticipadamente en las capitulaciones matrimoniales, sino que sólo podrá hacerlo después de la disolución de la sociedad conyugal.

En todo caso, la mujer debe probar que se le está cobrando un exceso, es decir, una cantidad mayor a su mitad en los gananciales, y deberá hacerlo a través del inventario, tasación u otros documentos auténticos.

El beneficio de emolumento tiene como finalidad proteger a la mujer, limitar su responsabilidad, puesto que ella no administró la sociedad conyugal, sino su marido.

Esta protección es de gran utilidad cuando el marido ha administrado mal la sociedad conyugal.

Realice ejercicio nº 25

J. Bienes reservados de la mujer.

Son bienes reservados de la mujer los que ella adquiere con su trabajo separado de su marido, lo que adquiere con ellos y los frutos de ambos.

Las características que presentan los bienes reservados son:

- Los bienes reservados forman un patrimonio especial, con activos y pasivos propios.

- Los bienes reservados constituyen un régimen especial de administrar un conjunto de bienes sociales. Son bienes sociales administrados por la mujer.

- Los bienes reservados constituyen una protección que la ley otorga a la mujer que trabaja.

- Por la sola circunstancia de que los cónyuges contraigan matrimonio en régimen de sociedad conyugal y de que la mujer tenga trabajo separado del marido se forma el patrimonio separado de los bienes reservados.

- Los bienes reservados son una institución de orden público, de modo que las partes no pueden modificar la reglamentación que da la ley. De ahí que la mujer no puede renunciar a tener un patrimonio reservado en las capitulaciones matrimoniales.

- Requisitos de los bienes reservados.

- La única fuente de los bienes reservados es el trabajo de la mujer, es decir, debe desempeñar algún empleo o ejercer una profesión, oficio o industria.

- El trabajo debe ser remunerado.

- El trabajo debe desarrollarse durante la vigencia de la sociedad conyugal. De modo que si el trabajo se realizó mientras la mujer era soltera el pago no entra a los bienes reservados.

- El trabajo debe ser separado del marido.

Los bienes reservados conforman un patrimonio especial, que se compone de activo y pasivo. En el siguiente cuadro se identifican los bienes que forman parte de cada una de tales partidas.

Cuadro Nº 3: Bienes que Conforman el Activo y Pasivo de los Bienes Reservados

Activo de los Bienes Reservados	Pasivo de los Bienes Reservados
- Los bienes que la mujer obtiene por su trabajo, es decir, las remuneraciones, sueldos, honorarios, desahucios, indemnizaciones por accidentes	Se trata de las deudas que pueden hacerse efectivas en este patrimonio. - Las deudas provenientes de los actos y contratos celebrados por la mujer

- Administración de los bienes reservados.

En cuanto a la administración de los bienes reservados, la mujer administra como si estuviera separada de bienes. Sin embargo, cuando fuere menor de edad, necesitará de autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces.

En todo caso, algunos bienes que forman parte del patrimonio de los bienes reservados de la mujer pueden ser declarados bienes familiares, en cuyo caso no podrá administrarlos libremente, ya que no podrá enajenarlos ni gravarlos voluntariamente, ni aún prometer gravar o enajenar, sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio.

- Los bienes reservados después de la disolución de la sociedad conyugal.

Para determinar qué sucede con los bienes reservados una vez que se ha disuelto la sociedad conyugal es necesario distinguir:

- Si la mujer (o sus herederos) aceptaron los gananciales. En este caso, los bienes reservados entran a formar parte de los gananciales, por lo que se repartirán de acuerdo a las reglas sobre la liquidación de la sociedad conyugal. De esta forma, los terceros acreedores del marido o de la sociedad podrán hacer efectivos sus créditos en esos bienes por pasar a formar parte de la masa partible.

- Si la mujer (o sus herederos) renuncian a los gananciales. En este caso, los bienes reservados no entrarán a los gananciales, de modo que el marido no tendrá parte alguna en los bienes reservados ni responsabilidad por las deudas contraídas por la mujer en su administración separada, ya que será ella sola responsable de ellas.

Realice ejercicio nº 26

CLASE 11

2.1.2. Régimen de Participación en los Gananciales.

El régimen de participación en los gananciales se incorporó el año 1994 con la ley 19.335. Este régimen patrimonial es un régimen que existe entre la sociedad conyugal y la separación de bienes, figurando como una forma ecléctica, una mezcla entre ambos regímenes.

De acuerdo a la ley, el régimen de participación en los gananciales se puede convenir en tres oportunidades:

- Antes del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales.
- Al momento de celebrar el matrimonio.
- Durante la vigencia del matrimonio, mediante el pacto de sustitución.

De esta forma, se puede decir que la principal característica del régimen de participación en los gananciales es que se trata de un régimen convencional, ya que requiere de la voluntad de ambos cónyuges.

- Funcionamiento del régimen de participación en los gananciales.

Durante la vigencia del régimen, cada cónyuge es dueño de sus bienes, administrándolos con libertad, pero con ciertas limitaciones:

- Los cónyuges no pueden otorgar cauciones personales a obligaciones de terceros, sin el consentimiento del otro cónyuge.

- Cuando un bien es declarado bien familiar, el cónyuge propietario no podrá enajenarlo, ni gravarlo voluntariamente ni prometer gravarlo o enajenarlo, ni darlo en arrendamiento, comodato o cualquier otro contrato que conceda derecho personal de uso y goce, sin la autorización del otro cónyuge, o del juez cuando corresponda (cuando el cónyuge se niega o está imposibilitado de darla).

  La sanción para estos casos es la nulidad relativa.

- Los gananciales en el régimen de participación en los gananciales.

Los gananciales son la diferencia de valor neto entre el patrimonio originario y el patrimonio final de cada cónyuge.

Como se puede ver, el concepto de gananciales del régimen de sociedad conyugal es diferente al que tiene el régimen de participación en los gananciales. En el primero, los gananciales son el acervo líquido o partible que se divide por mitades, resultado de deducir del acervo común o bruto los bienes propios de los cónyuges y el pasivo común.

- El patrimonio originario en el régimen de participación en los gananciales.

El patrimonio originario de cada cónyuge es el existente al momento de pactar el régimen de participación en los gananciales.

El patrimonio originario se forma de la siguiente manera, a saber:

a) Se deducen del activo de los bienes que el cónyuge tiene al inicio del régimen, las obligaciones de que sea deudor. Si el valor de las obligaciones excede al valor de los bienes, el patrimonio originario se estima carente de valor.

b) Se agregan las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que estuvieren gravadas.

c) Se agregan las adquisiciones a título oneroso hechas durante la vigencia del régimen, si la causa o título de la adquisición es anterior al inicio del régimen. Algunos de estos bienes son, por ejemplo:

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

   - Los bienes que vuelvan a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución en un contrato, o por haberse revocado una donación.

- Bienes que no integran el patrimonio originario.

No integrarán el patrimonio originario los frutos que provengan de los bienes originarios, las minas denunciadas por uno de los cónyuges ni las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida.

Esto significa que estos bienes van a integrar los gananciales, contribuyendo a aumentar el valor del crédito de participación en favor del otro cónyuge.

Ya que estos bienes no integran el patrimonio originario, éste ve disminuido su valor, haciendo que la diferencia con el patrimonio final sea más grande, determinando de esa forma los gananciales.

¿Qué sucede con las adquisiciones hechas en común por ambos cónyuges? Cuando ambos cónyuges han adquirido un bien en conjunto a título oneroso, la cuota de cada uno incrementará sus respectivos gananciales. Pero si el bien adquirido por ambos ha sido adquirido a título gratuito, la parte de cada cónyuge pasará a integrar el patrimonio originario.

- Inventario.

Los cónyuges tienen la obligación de efectuar un inventario simple de los bienes que componen el patrimonio originario al momento de pactar el régimen.

En todo caso, la falta de inventario no produce la nulidad del régimen y el patrimonio originario se podrá probar con otros instrumentos, como registros, facturas, entre otros.

- El patrimonio final.

El patrimonio final es el que existe al término del régimen de participación en los gananciales. Para calcularlo se debe hacer lo siguiente:

a) Deducir del valor total de los bienes de que el cónyuge es dueño al momento de terminar el régimen, el valor total de las obligaciones que tenga a esa misma fecha.

b) Debe agregarse *"imaginariamente"* las disminuciones de su activo que sean consecuencia de los siguientes actos:

- Donaciones irrevocables que no correspondan al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales, en consideración a la persona del donatario.

- Cualquier especie de actos fraudulentos o de dilapidación en perjuicio del otro cónyuge.

- Pago de precios de rentas vitalicias u otros gastos que persigan asegurar una renta futura al cónyuge que haya incurrido en ellos.

Estas agregaciones deben efectuarse considerando el estado que tenían las cosas al momento de su enajenación.

En todo caso, si el acto hubiere sido autorizado por el otro cónyuge, no se agregará imaginariamente al acto.

Los bienes que componen el activo final se valoran según su estado al momento de la terminación del régimen de bienes. Esta valoración será hecha por los cónyuges o por un tercero designado por ellos.

Si alguno de los cónyuges, a fin de disminuir los gananciales, oculta o distrae bienes o simula obligaciones, se sumará a su patrimonio final el doble del valor de aquéllos o de éstas.

- Inventario del patrimonio final.

Los cónyuges, dentro de los tres meses siguientes al término del régimen de participación en los gananciales, estarán obligados a proporcionar al otro un inventario valorado de los bienes y obligaciones que comprenda su patrimonio final.

CLASE 12

- Del crédito de participación de los gananciales.

Una vez que se ha determinado el patrimonio final, se le debe comparar con el originario. Se pueden dar las siguientes situaciones:

- El patrimonio final es menor al patrimonio originario. Esto quiere decir que hay pérdidas que sólo el cónyuge deberá soportar.

- Sólo el patrimonio de uno de los cónyuges obtiene ganancias. En este caso, el otro cónyuge participará de la mitad de su valor.

- Ambos cónyuges obtienen ganancias. En este caso, los gananciales obtenidos se compensan hasta 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. A eso se le llama crédito de participación.

Para exigir el pago del crédito, el cónyuge tiene 3 años para la acción ejecutiva y 5 años para la acción ordinaria. Estos plazos se cuentan desde que la obligación se ha hecho exigible.

Si el cónyuge que está obligado a pagar no lo hace, procederá el cumplimiento forzado. En primer lugar, se perseguirá el crédito en el dinero del deudor. Si el dinero fuere insuficiente se procederá con los bienes muebles y, en subsidio, en los inmuebles.

- La extinción del régimen de participación en los gananciales.

El régimen de participación en los gananciales se termina por:

- La muerte de uno de los cónyuges.
- La presunción de muerte de uno de los cónyuges.
- La declaración de nulidad del matrimonio o sentencia de divorcio.
- La separación judicial de los cónyuges.
- La sentencia que declare la separación de bienes.
- El pacto de separación de bienes.

Realice ejercicios nº 27 y 28

2.1.3. Régimen de Separación de Bienes.

El régimen de separación de bienes es, al igual que el de participación en los gananciales, un régimen alternativo dentro del sistema jurídico del matrimonio.

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge es dueño de sus propios bienes, los cuales no pasan al patrimonio social. Es más, en el régimen de separación de bienes no existe el patrimonio social. Sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer.

Esto conlleva que la administración de los bienes es independiente para cada cónyuge: cada uno administra sus propios bienes.

La separación de bienes se puede clasificar de la siguiente forma:

- Separación convencional.
- Separación legal.
- Separación judicial.

a) La separación convencional de bienes.

La separación convencional de bienes es la que tiene su origen en un acuerdo de voluntades de los esposos antes del matrimonio, en el momento mismo de la celebración o en un acuerdo de los cónyuges mayores de edad durante la vigencia de la sociedad conyugal.

La separación convencional puede ser total o parcial:

- Separación total. La separación total puede ser pactada en tres momentos:

  - Antes de la celebración. Es la que se pacta en las capitulaciones matrimoniales.
  - En el momento mismo de la celebración.
  - Durante el matrimonio. Esto opera a través del pacto de sustitución.

- Separación parcial. La separación parcial puede darse de dos formas:

  - Si en las capitulaciones matrimoniales se estipula que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes.
  - Si en las capitulaciones matrimoniales se estipula que la mujer dispondrá libremente de una suma de dinero o de una pensión periódica.

b) La separación judicial de bienes.

La separación judicial de bienes es el régimen de separación total que nace en virtud de sentencia judicial ejecutoriada, por demanda entablada por la mujer, fundada en alguna de las causales dispuestas por la ley. Es, además una facultad irrenunciable de la mujer. La separación judicial es siempre total.

Las causales de la separación judicial de bienes son las siguientes:

- La mujer pide la separación judicial de bienes cuando no quiere ser administradora extraordinaria de la sociedad conyugal o no desea someterse a un curador que sea administrador extraordinario.
- Mal estado de los negocios del marido o riesgo inminente de ello.

- Insolvencia del marido.
- Administración fraudulenta del marido.
- Si el marido infringe por su culpa sus deberes de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respecto y protección.
- Ausencia injustificada del marido por más de un año.
- Cuando cualquiera de los cónyuges obligado al pago de pensiones de alimentos hubiere sido apremiado dos veces para su pago.

- Efectos de la separación judicial.

- Se disuelve la sociedad conyugal. La sentencia se anotará al margen de la inscripción matrimonial.

- La mujer administra sus bienes con plena independencia del marido. Sin embargo, no puede celebrar compraventa ni permuta con el marido.

- La separación judicial es irrevocable. No puede quedar sin efecto ni por la voluntad de las partes ni por resolución judicial.

c) La separación legal de bienes.

Esta separación puede ser total o parcial.

- La separación legal total de bienes es la que fija la ley y que comprende todos los bienes, de la misma forma en que actúa la separación judicial. Sólo hay separación legal total de bienes en el caso de los que se han casado en el extranjero, ya que la ley los estima como separados de bienes y en el caso de la sentencia que declara separación judicial de los cónyuges, ya que por ella se da término a la sociedad conyugal o participación en los gananciales.

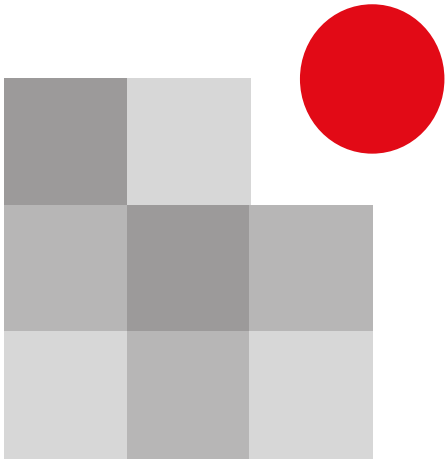
- La separación parcial de bienes. Este tipo de separación se da en los siguientes casos:

  - Cuando a la mujer casada se le hace una donación o se le deja una herencia o legado con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas, no tenga administración el marido. Si la mujer acepta esta donación, herencia o legado, la ley la entiende separada de bienes respecto de aquellos.

  - La mujer casada que desempeña un empleo o ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considera separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga.

Realice ejercicios nº 29 y 30

RAMO: DERECHO DE FAMILIA



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD III

FILIACIÓN

1. LA FILIACIÓN

Enrique Rossel Saavedra la define como *"el vinculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado"*.

Somarriva la define como la *"relación que existe entre padre e hijo".*

La filiación, a criterio de René Ramos Pazos, tiene como fundamento la relación sanguínea entre padre e hijo, que establece la concepción a través de las relaciones sexuales entre los padres. Es importante señalar que no se distingue entre relaciones sexuales licitas o ilícitas. La adopción constituye una excepción a la regla anterior, pues la filiación adoptiva no se funda en una relación sanguínea sino en un vínculo jurídico establecido por los Tribunales de Justicia competentes.

Otros autores, como Carlos López Díaz establecen una clasificación de la filiación en la que establecen tres grupos:

a. Filiación por naturaleza. Que a su vez se divide en:

- Filiación matrimonial; y
- Filiación no matrimonial.

b. Filiación por adopción.

c. También podríamos incluir en un grupo separado la filiación asistida, derivada de las nuevas técnicas de fertilización asistida.

1.1 Evolución de la filiación en el Derecho Chileno.

A continuación se estudiarán las distintas etapas de la filiación en nuestro Derecho Chileno, a saber:

1.1.1 Primera etapa, regulación en el Código Civil.

Desde la entrada en vigencia del Código Civil chileno y hasta 1952 con la promulgación de la Ley número 10.271, la legislación en Chile hacía expresa distinción entre filiación legítima, natural e ilegítima. La distinción resultaba abiertamente arbitraria, toda vez, que se protegía a la primera de ellas con privilegios por sobre las otras, quedando un gran número de hijos pertenecientes a los otros dos tipos de filiación, desprotegidos y en franca desventaja en comparación con la filiación legitima.

- *Filiación legítima.* Era aquella que tenía como elemento distintivo el nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus verdaderos padres. Este tipo de filiación tenía dos elementos distintivos; primero, se establecía a través de la procreación biológica y en segundo lugar, dicha procreación era durante la vigencia del matrimonio.

  También se permitía la posibilidad de que se legitimara un hijo, con el matrimonio de los padres en forma posterior al nacimiento del hijo. Cabe precisar, que también se consideraba hijos legítimos los nacidos dentro de matrimonio declarado nulo, es decir, la declaración de la nulidad del matrimonio no alteraba la filiación de los hijos nacidos dentro de éste.

- *Filiación ilegítima:* Cualquier hijo nacido fuera del matrimonio era considerado ilegítimo. Era por lo tanto, la filiación que correspondía a los hijos nacidos frutos de las relaciones extramatrimoniales, cualquiera que estas fueran, sin atender a la convivencia de los padres u a otro tipo de relación. Era necesario entonces, que los padres no estuvieran casados, y especialmente que la concepción se produjera fuera de éste. Mantenía el vínculo biológico como fundamento de la filiación.

- *Filiación natural:* Se entendía por hijos naturales a los que siendo ilegítimos (concebidos fuera del matrimonio), su filiación se encontraba perfectamente establecida, fuera por reconocimiento de los padres o por haberse establecido la filiación por sentencia judicial.

  Posteriormente se introdujo la adopción como otro tipo de filiación, la principal diferencia que presentaba este tipo de filiación, era que se establecía en base a un vínculo jurídico y no biológico. Su introducción data de 1934, con la promulgación de la Ley Nº 5.343, posteriormente reemplazada por la Ley Nº 7.613 de 1943.

1.1.2 Segunda etapa, entrada en vigencia de la Ley número 10.271 de 1952.

La entrada en vigencia de esta ley, significó una mejora sustancial para los hijos naturales, pero mantuvo íntegramente la distinción entre los tres tipos de filiación, situación que como se ha dicho anteriormente resultaba discriminatoria.

Las mejoras a la condición de los hijos naturales, consistían en nuevos derechos, que sin embargo no llegaban a igualarlos con los hijos de filiación legítima. Respecto a los hijos ilegítimos nada cambió.

El principal derecho que se le reconoció a los hijos naturales, fue la el derecho de suceder aún en presencia de hijos legítimos, pero en una proporción de sólo el cincuenta por ciento de lo que le correspondía a un hijo legítimo.

1.1.3 Tercera etapa, entrada en vigencia de la Ley número 19.585.

La sociedad había ido adquiriendo conciencia de lo discriminatorio que resultaba la legislación en materia de filiación, a distintos niveles sociales se toma conciencia del menoscabo que sufren especialmente los hijos ilegítimos. Agréguese además, el evidente aumento de familias monopaternales y su abierta aceptación social. Se sumaba a lo anterior una nueva realidad jurídica existente, que se produce con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, que en su artículo 1º establecía "los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" posteriormente la Ley número 19.611 modificó el precepto anterior, cambiando la frase *"los hombres"* por *"las personas",* evitando cualquier confusión de género que el precepto original pudiera generar, de tal modo, que resultaba un claro desacato a los preceptos constitucionales el mantener un grupo de personas privilegiadas y otro menoscabado.

A la legislación de origen nacional se debía sumar una serie de tratados internacionales, ratificados válidamente por nuestro país, que a juicio del Profesor Daniel Peñailillo Arévalo son entre otros:

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre (Naciones Unidas, 1948);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1969);
- Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979);
- Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989).

La Ley número 19.585 a juicio de René Ramos Pazos, tiene por fundamento las siguientes ideas rectoras, a saber:

a) Derecho de todas las personas a conocer sus orígenes (derecho a la identidad). El autor antes citado la define como el derecho que *"toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres"*. Esta idea fue tomada del artículo 7º, punto 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: *"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"*.

b) Trato igualitario a todos los hijos. Un hito en la legislación chilena, fue la eliminación de las tres clases originales de filiación y en su lugar establecer simplemente la categoría de hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera del matrimonio, iguales en derecho y trato

ante la ley, así la única distinción la efectúa la realidad misma de las relaciones de pareja. (Ver Art. 17 Nº 5 del Pacto de San José de Costa Rica).

c) Prioridad del interés del hijo. Recoge lo establecido en el art. 222, inciso 2º de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual establece: "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades", cabe precisar que el mismo tratado internacional define lo que debe entenderse como interés superior del niño: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad en su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres".

La ley número 19.585 ha supuesto una serie de cambios en la legislación nacional, entre las cuales es importante destacar, a saber:

- Se suprime la denominación de hijo legítimo, ilegítimo y naturales. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, todos pasan a tener el estado civil de *"hijo de..."*.

- Respecto de la relación con los abuelos. Se establece para esto que una vez determinada la filiación, los hijos pasan a tener abuelos y por consiguiente los derechos de alimentos y sucesorios que correspondan respecto de sus ascendientes, hayan o no contraído sus padres matrimonio, lo que es un gran avance, anterior a la norma, se consideraba que los hijos naturales no poseían abuelos.

- En materia de alimentos desaparece la clasificación en congruos y necesarios, siendo ahora los alimentos congruos los que puede reclamar ante los tribunales de justicia todo hijo, respecto de sus padres y ascendientes, cuando corresponda.

- Respecto a la Patria Potestad, esta institución se hace aplicable a todos los hijos no emancipados. Cabe señalar, que antes esta institución estaba reservada solo para los hijos legítimos.

- Se deroga la denominación de sucesión irregular y se cambia por un único tipo de orden sucesorio sea que el causante haya sido, o no hijo, de padres casados.

- Todos los hijos son cabeza de orden en el primer orden de sucesión, de tal forma que existiendo un hijo no se pasa al otro orden de sucesión.

- Todos los hijos son asignatarios forzosos, llevando todos la misma cuantía.

- Se mejora en el ámbito del derecho sucesorio, la situación del cónyuge que con esta ley pasa a ser legitimario, aumentando sustantivamente sus asignaciones. Se deroga la porción conyugal.

- Para la búsqueda de la verdad biológica se establecen las acciones de filiación, posibilitando con ellas la investigación de la maternidad o paternidad, mediante toda clase de pruebas, decretadas por el tribunal o los particulares. Introduciendo la prueba biológica, el ADN y presunciones que facilitan la prueba.

- Se suprime la facultad de castigar a los hijos, y se cambia por la de corregir a estos.

- La patria potestad y la tuición de los hijos, quedan supeditados al interés superior del niño. Sin embargo la patria potestad se le otorga por ley al padre y la tuición a la madre.

Para concluir se puede decir que en la legislación nacional han existido tres etapas en materia de filiación, en un primer momento la establecida en el Código Civil originario, la cual establecía tres órdenes o clases de filiación; legitima, natural e ilegitima; en un segundo periodo legislativo, que supone la entrada en vigencia de la Ley Nº 10.271, el cual mantiene incólume los órdenes existente, sin embargo supone un avance importante, por cuanto le otorga derechos a los hijos naturales de forma tal, que sin llegar a igualar a los hijos legítimos, los deja de marginar, nada mejora respecto de los ilegítimos. Finalmente el tercer periodo, comienza con la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585, la cual supone el fin de las órdenes privilegiadas de filiación, sólo hace referencia a los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio, que no hace ninguna diferencia de derechos o privilegios a nivel jurídico, sólo reconoce un fenómeno social indesmentible, que es la existencia de un gran número de familias monopaternales.

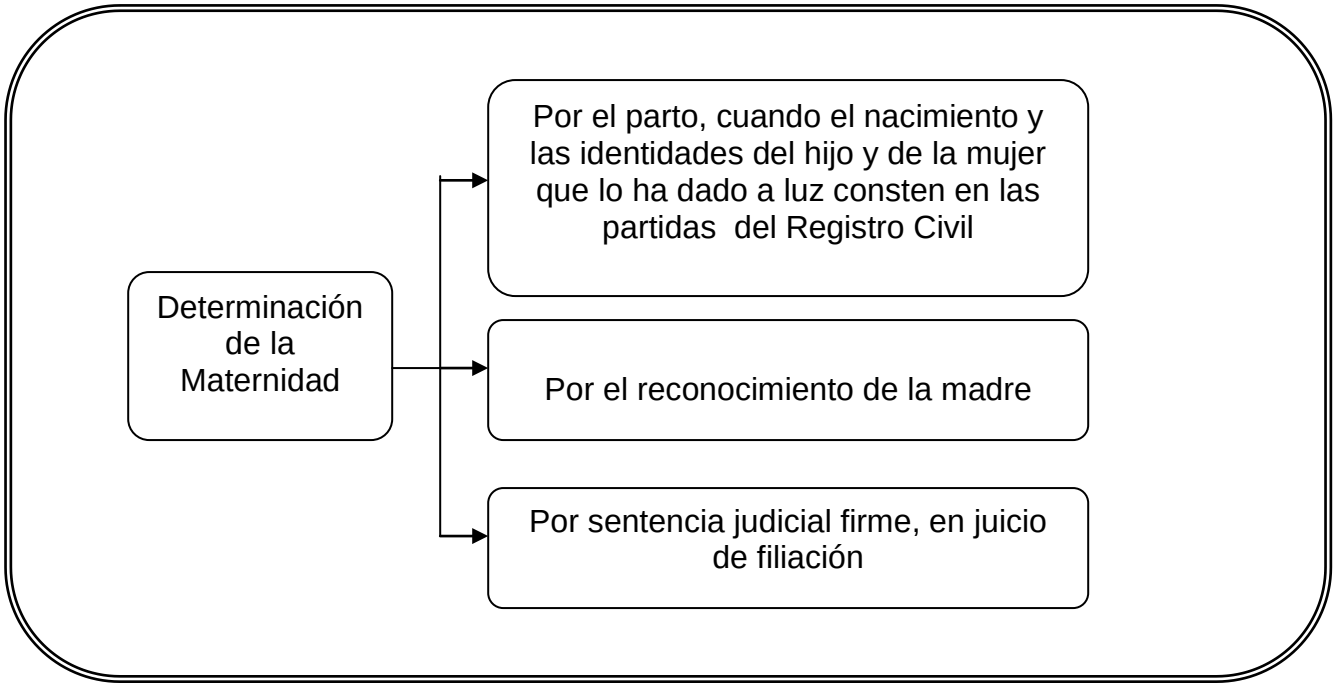
Realice ejercicios nº 1 al 2

1.2 Determinación de la Filiación.

Como hemos dicho anteriormente, la determinación de la filiación se hace a través del vínculo sanguíneo existente entre el hijo y sus padres. A lo anterior, debemos sumar la filiación por adopción.

Por muy simple que parezca determinar los vínculos sanguíneos de una persona, en la práctica, existen una seria de hechos que complican la determinación. Estos hechos, nacen en lo complejo que resultan las relaciones humanas, se suma a lo anterior las últimas técnicas de fertilización artificial, que por si solas no debieran ser fuente de complicaciones, sin embargo la ciencia y la tecnología avanzan a un ritmo muy superior que la legislación, a la cual le cuesta cierto tiempo asimilar de manera adecuada los avances científicos, mas aun cuando estos tienen un impacto social importante.

1.2.1 Determinación de la Maternidad. Se encuentra regulada en el artículo 183 del Código Civil. Se establecen tres formas para determinar la maternidad, a saber:



- *Por el parto, cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz consten en las partidas del Registro Civil.* Es exigencia que las partidas de nacimiento, de acuerdo al art. 31 Nº 4 de la Ley número 4.808 sobre Registro Civil, incluyan los nombres, apellidos, nacionalidad, profesión u oficio y domicilio de los padres, o los del padre o madre que le reconozca o haya reconocido. Sin embargo respecto de la madre, se establece una regla especial, ya que aun cuando no exista reconocimiento por parte de ésta, cuando la declaración del requirente (quien solicite la inscripción de nacimiento) coincida con el comprobante del médico que haya asistido al parto, en lo concerniente a las identidades del nacido y de la mujer que lo dio a luz. Con todo existe la posibilidad de que los datos entregados por uno y otro sean erróneos, en tal caso, tanto la madre como el hijo podrán impugnar la filiación siguiendo las normas generales del caso.

Es conveniente indicar que la maternidad supone dos elementos, el parto, esto es que la mujer haya parido y que el hijo que pasa por suyo (de la mujer), sea el que efectivamente parió; la concurrencia de ambos requisitos determina la maternidad. René Ramos Pazos, asevera sobre el tema, que si ambos requisitos quedan registrados en la inscripción de nacimiento, la ley entiende que la maternidad queda lo suficientemente acredita.

- *Por el reconocimiento de la madre.* Si no concurren los presupuestos dados en el numerando anterior, la determinación de la maternidad se puede efectuar a través del reconocimiento de la madre.

- *Por sentencia judicial firme, de juicio de filiación.* Cabe la posibilidad de que en juicio de filiación, que sigue las mismas reglas de determinación de la paternidad, se acredite la maternidad, aun con oposición de la mujer, a través de pruebas periciales.

1.2.2 Determinación de la Filiación Matrimonial. Para la filiación matrimonial, es requisito fundamental la existencia del vínculo legal de matrimonio, ya sea al momento de la concepción o al tiempo de nacimiento del hijo. Con todo, cabe la posibilidad de que un hijo nacido con anterioridad al matrimonio, siempre que tenga filiación determinada por ambos padres, obtiene la filiación matrimonial por el solo hecho de celebrarse el matrimonio de sus padres.

Presunción de Paternidad. Dentro de la filiación matrimonial, debemos incluir una serie de supuestos, que fijan la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Así el artículo 184 del Código Civil, establece que se presumen hijos del marido, los nacidos después de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación judicial de los cónyuges. La presunción se aplica respecto de todos los hijos nacidos dentro del matrimonio y en cualquier tiempo, innovación introducida por la Ley Nº 19.585, ya que anteriormente se aplicaba la regla de esta presunción de los hijos nacidos después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio.

La regla anterior tiene por fundamento principal, el hecho de que el marido muy difícilmente desconocerá el estado de embarazo que pudiera tener la mujer al momento de celebrarse el matrimonio. Con todo el inciso segundo del mismo artículo, citado anteriormente, establece que no operará la presunción del inciso primero cuando el nacimiento se produzca antes de expirado el plazo de 180 subsiguientes a la celebración del matrimonio y el marido no haya tenido conocimiento del estado de preñez de la mujer al momento de su celebración. En este caso el marido podrá desconocer la paternidad ejerciendo la correspondiente acción de desconocimiento de paternidad que se tramita en forma y plazo de la acción de impugnación de paternidad. Al hijo le queda la posibilidad de probar que el padre se caso con conocimiento del estado de preñez de la madre, esto a modo de contra excepción a la regla anterior.

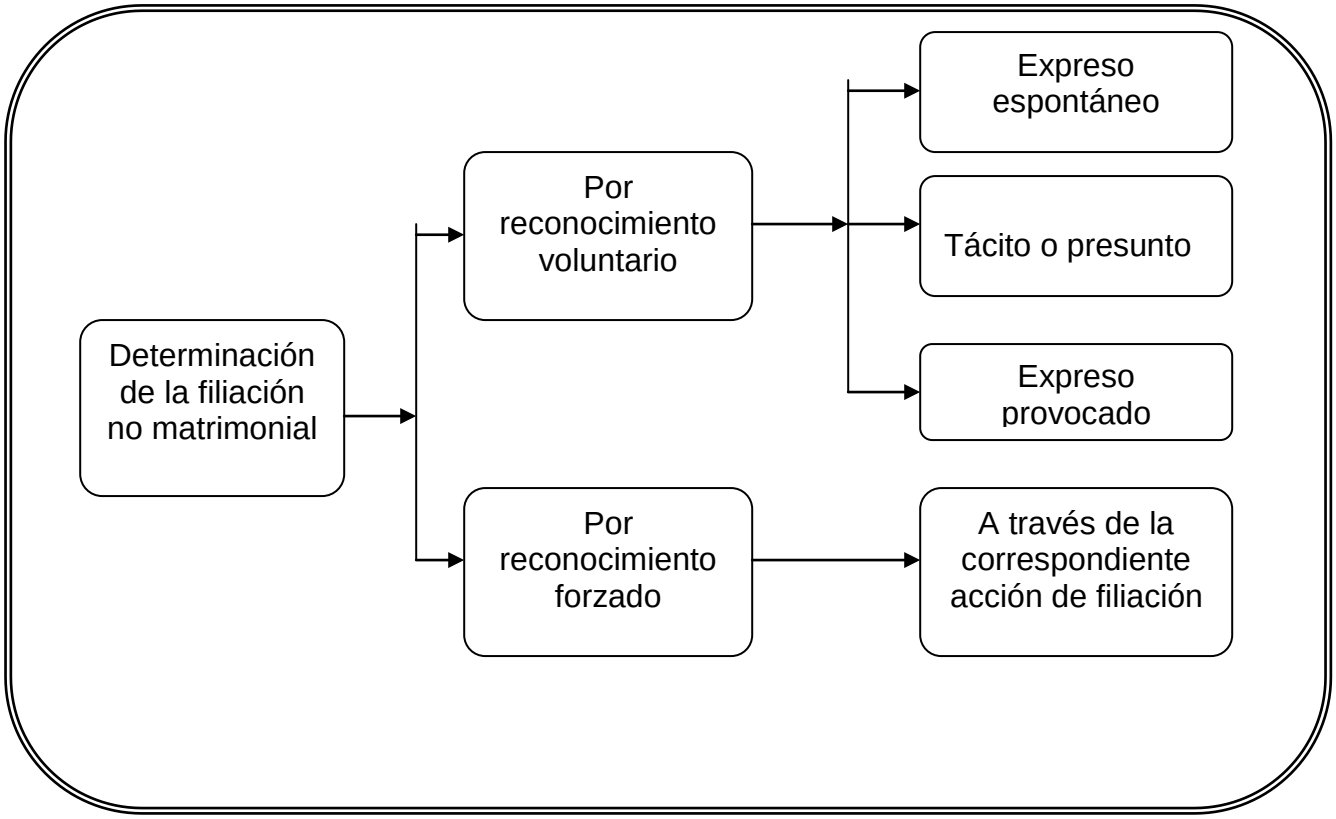
Es importar precisar que la acción de desconocimientos es diferente a la acción de impugnación de paternidad, en finalidad y fundamento, pese a que se tramiten igual en forma y plazo. Hernán Corral Talciani, al respecto de la acción de desconocimiento de paternidad dice: *"la coincidencia de los plazos y forma no convierte esta acción en una de impugnación, porque en este caso lo que se pide al juez no es que compruebe la falsedad de la filiación presumida, sino únicamente que constate los supuestos de hecho del desconocimiento; esto*

es, que el marido ignoraba el embarazo al tiempo del matrimonio y que no reconoció al hijo por actos positivos. Como se trata de hechos negativos, la carga de la prueba recaerá en el demandado (el hijo, por sí o representado)".

Finalmente respecto de los hijos nacidos después de 300 días de decretada la separación judicial, opera por excepción la presunción de paternidad, esto ocurre cuando ambos padres solicitan la consignación del nombre del marido en la partida de nacimiento respectiva.

Ahora bien, si dentro del matrimonio o durante su vigencia, nace un hijo la filiación será matrimonial, por la presunción de paternidad del marido, aun cuando en la inscripción de nacimiento se indique un nombre de padre distinto al del marido, tampoco tiene efecto alguno el que por acto posterior un tercero distinto al marido reconozca al hijo. La forma de impugnar la filiación matrimonial es siguiendo las reglas de los artículo 212 a 216 del Código Civil, las que favorecen en forma exclusivas a las personas que indican de forma expresa.

1.2.3 Determinación de la Filiación no Matrimonial. Actualmente se establecen dos formas para determinar la filiación no matrimonial, esto es por reconocimiento voluntario de los padres o por reconocimiento forzado a través de sentencia judicial recaída en juicio de filiación.



A. Determinación de la Filiación no Matrimonial a través de Reconocimiento Voluntario. Un hijo puede ser reconocido por el padre en cualquier tiempo, sin importar la edad o el consentimiento de éste, se puede reconocer incluso un hijo que se encuentre muerto.

Para reconocer un hijo, los menores adultos no requerirán autorización alguna, es decir, respecto de esta materia son plenamente capaces.

El reconocimiento voluntario puede ser expreso espontáneo, voluntario tácito o presunto y voluntario expreso provocado. A continuación se analizara cada uno de los casos, a saber:

- *Reconocimiento Voluntario Expreso Espontáneo:* El artículo 187 del Código Civil, establece los siguientes medios para reconocer un hijo en forma espontánea y voluntaria, es así que la citada norma señala:

  "Artículo 187. El reconocimiento del hijo tendrá lugar mediante una declaración formulada con ese determinado objeto por el padre, la madre o ambos, según los casos: 1.º Ante el Oficial del Registro Civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres; 2.º En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del Registro Civil; 3.º En escritura pública, o 4.º En acto testamentario. Si es uno solo de los padres el que reconoce, no será obligado a expresar la persona en quien o de quien tuvo al hijo. El reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento del hijo, será subinscrito a su margen."

  Es importante, destacar que este tipo de reconocimiento puede efectuarse por medio de mandatario, especialmente facultado para el efecto, a través de escritura pública, tal como lo determina el artículo 190 del Código Civil.

- *Reconocimiento Voluntario Tácito o Presunto.* Se denomina de esta manera a la consignación del nombre del padre o la madre, a petición de cualquiera de ellos, al momento de practicarse la inscripción de nacimiento del hijo, en la forma que lo establece el artículo 188, inciso primero del Código Civil. Este tipo de reconocimiento, no se perfecciona con la sola petición de inscripción del nombre del padre o madre en la respectiva partida de nacimiento, sino con el efectivo estampado del nombre del padre o madre del menor.

- *Reconocimiento Voluntario Expreso Provocado.* En este tipo de reconocimiento lo que importa es que el reconocimiento se produce en audiencia judicial, la que se efectúa por petición del hijo, su representante legal o quién tenga a su cuidado al niño, esta forma de reconocimiento de paternidad se encontraba consagrado en los incisos segundo al cuarto del artículo 188 del Código Civil, los que fueron derogados por la Ley número 20.030, del 5 de julio de 2005, solo las citaciones pendientes que no habían sido resueltas a la entrada en vigencia de la Ley 20.030, se seguirán tramitando conforme al procedimiento original en los Tribunales de Letras de Menores.

Con todo, luego de la reforma de la Ley 20.030, subsiste este modo de reconocimiento en el artículo 199 bis del Código Civil, ahora ante los Tribunales de Familia.

René Ramos Pazos, respecto de este tipo de reconocimiento señala que el demandado puede adoptar alguna de las siguientes actitudes, a saber:

a) No comparecer a la audiencia preparatoria;

b) Comparecer y negar la filiación;

c) Comparecer y manifestar dudas sobre su paternidad o maternidad, y

d) Comparecer y reconocer al hijo.

Lo importante, es que en cualquier estado de la causa, antes de conocer los resultados de las pruebas periciales y antes de que se dicte sentencia, el demandado puede reconocer al hijo. Es menester señalar que se le llama reconocimiento voluntario, por la no existencia de una sentencia condenatoria y provocada, por ser el resultado de una gestión iniciada por el hijo.

Una vez producido el reconocimiento, se debe levantar un acta, una copia autorizada de ésta deberá ser enviada al Registro Civil por el tribunal, con el objeto de ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo o hija.

Finalmente, es necesario aclarar, que todo reconocimiento que no conste en la inscripción de nacimiento, debe ser subinscrito al margen de ésta. Lo importante es comprender que la subinscripción de al margen es necesario para hacerla oponible a terceros, no es requisito de validez del reconocimiento; de esta forma, sin dicha subinscripción el reconocimiento, por ejemplo, no podría hacerse valer en juicio (Regla del art. 8º, inc. 1º, Ley Nº 4.808).

B. Limitaciones al Reconocimiento. Si bien es cierto, el reconocimiento de un hijo se puede producir en cualquier tiempo o momento, aun cuando éste haya fallecido, tiene ciertos límites que no pueden ser dejados de mencionar.

Es necesario dejar en claro, que por disposición del artículo 189 inciso primero del Código Civil, el reconocimiento de un hijo no surtirá efecto, si previamente tiene establecida una filiación distinta, no obstante, el artículo 208 del mismo cuerpo legal, le permite a quién pretende efectuar el reconocimiento de un hijo con filiación determinada, ejercer en forma simultánea, las acciones de impugnación de la filiación existente y de reclamación de la nueva filiación.

Es importante señalar que la filiación de un hijo nacido durante del matrimonio queda fijada de pleno derecho, cualquier inscripción de un padre distinto al marido o de un reconocimiento posterior no tiene efecto alguno, así lo ha determinado la Corte de Apelaciones de Temuco, con sentencia de 6 de mayo de 2002, causa rol 1843-2001.

Realice ejercicios nº 3 al 9

1.2.4 Filiación de Hijos Mediantes Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El artículo 182, inc. 1º, establece que respecto a los hijos concebidos por medio de técnicas de reproducción humana, no cabe la impugnación de la filiación, así como tampoco es posible la reclamación de una filiación diferente, a la del padre o la madre que hayan solicitado la asistencia de estas técnicas.

Con lo anterior, queda absolutamente claro que la filiación, en estos casos, no podrá ser disputada por personas distintas a los padres que hayan usado estas técnicas. Situación que resulta de dudosa legalidad, dado que tanto la legislación nacional como los tratados internacionales, le conceden al hijo el derecho de conocer sus orígenes.

Carlos López Díaz hace algunas precisiones respecto del artículo 182 del Código Civil, estas son las siguientes:

a) No se exige que la pareja esté casada; sí debe tratarse de una pareja heterosexual;[1]

b) Se impide el ejercicio de las acciones destinadas a impugnar o bien reclamar la filiación que resulte;

c) El hombre y la mujer que se sometieron a estas técnicas son considerados padre y madre respectivamente.

Las técnicas de asistencia incluidas en el artículo 182 del Código Civil son:

a) Técnicas homólogas y heterólogas. La primera hace referencia a la utilización de células sexuales de ambos padres, y la segunda a la utilización de células de extraños. Dentro de esta clasificación caben las siguientes:

- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de su compañero en la relación de pareja (vivo o muerto);

[1] El mismo autor citado observa que la exigencia se pierde respecto de una sola persona, esto, que la prohibición alcanza a la unión o familia homosexual, no a un individuo.

- Inseminación artificial de la mujer con semen dado por un tercero; y

- Concepción extracorporal, cual es la conocida como fecundación in vitro.

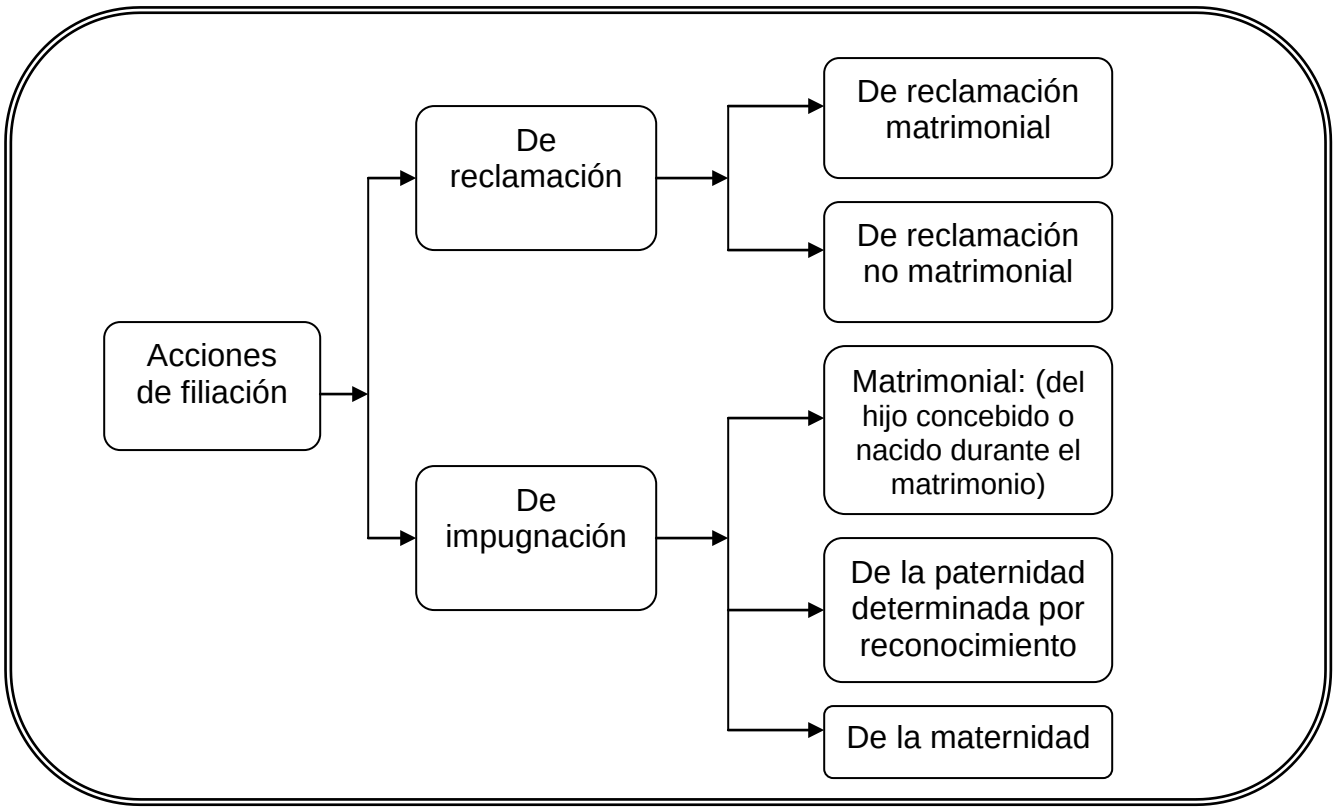
b) Arrendamiento de Útero. Implica la gestación en el cuerpo de otra mujer, que actúa como gestante o portadora del menor, que entregará una vez que ha nacido.

c) Las técnicas anteriormente descritas no son excluyentes, pudiéndose utilizar otras. El legislador a prohido la clonación de humanos a través de la Ley Nº 20.120 de 2006, por lo tanto no cabría incluirlo dentro del art. 182.

2. ACCIONES DE FILIACIÓN

Se conocen como acciones de filiación, aquellas que la ley le entrega al hijo para ejercerla en contra de la madre o el padre, o éstos en contra de aquél, la finalidad de estas acciones es que judicialmente se resuelva que una persona es hijo de otra.

La titularidad de las acciones de filiación puede recaer en el padre, la madre y naturalmente el hijo.



2.1 Acción de Reclamación

Las acciones de reclamación de filiación pueden ser de reclamación de filiación matrimonial y de reclamación no matrimonial. A continuación se estudiarán cada una de ellas:

a. Acción de Reclamación de Filiación Matrimonial. Esta acción puede tener por titular al hijo en contra de sus padres o los padres en contra de los hijos.

Si la acción es ejercida por el hijo, por disposición del art. 204 inciso segundo del Código Civil, deberá entablarla conjuntamente en contra de ambos padres, esto es natural, debido a que la filiación matrimonial no puede ser considerada en contra de uno solo de los padres, debido a que es requisito que estos estén casados.

Si el titular es el padre o la madre, deberán intervenir ambos en el juicio, aun cuando uno sólo inicie la acción, so pena de nulidad. Basta con que uno de los padres realice todas las gestiones y al otro simplemente se le debe emplazar. La lógica de este requisito, es que los resultados del juicio afectaran a ambos padres por igual.

b. *Acción de Reclamación de Filiación no Matrimonial.* La puede ejercer el hijo, personalmente o a través de su representante legal, puede ir dirigida en contra de su padre o madre, o en contra de ambos.

Esta acción es útil, para el padre o la madre, cuando el hijo tenga establecida una filiación distinta, de acuerdo a lo dispuesto al artículo 208 del Código Civil, siendo necesario primero impugnar la filiación establecida y conjuntamente ejercer la acción de reclamación de la nueva filiación.

Es importante saber, que si el hijo no tiene filiación establecida, no es necesario ejercer esta acción, pues bastara con reconocerlo voluntariamente de acuerdo a las reglas del artículo 187 del Código Civil.

Esta acción puede ser ejercida por los herederos del fallecido, de acuerdo al artículo 207 del Código Civil, en todo caso, este ejercicio favorecerá a los herederos, cuando el hijo haya fallecido siendo incapaz, dentro del plazo de tres años contados desde su muerte. En caso de que la muerte se produzca una vez alcanzada la plena capacidad, pero no habiéndose cumplido tres años desde que la alcanzó, los herederos tendrán como plazo para demandar el tiempo que hubiera restado para cumplir los tres años. También se considera que ambos plazos empiezan a correr una vez que los herederos alcanzan la mayoría de edad.

Esta acción también la puede ejercer el hijo póstumo, o en el caso de que alguno de los padres fallezcan dentro del plazo de 180 días posterior al parto. En este caso, la acción debe dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro de un plazo de tres años contados desde la muerte o desde que el hijo alcanzó la plena capacidad,

si al momento del fallecimiento fuera incapaz. También cabe la posibilidad de que esta acción la ejerza el representante legal, y en este caso el plazo de tres años se cuenta desde el fallecimiento.

Las características de la Acción de Reclamación de Filiación son las siguientes:

- Es imprescriptible e irrenunciable (art. 195, inc. 2º del Código Civil).
- Es personalísima, no se puede transferir ni ceder.
- Se tramita en un juicio de filiación, siendo competente para su conocimiento el Tribunal de Familia del domicilio del demandado, siguiendo el procedimiento de la Ley 19.968, Título III, arts. 9º y ss.

Realice ejercicios nº 9 al 16

2.2 Acciones de Desconocimiento e Impugnación de Filiación

Estas acciones fundándose en que los hechos que han determinado la filiación no son efectivos, buscan dejar sin efecto la filiación establecida a través de ellos.

Es preciso aclarar, que no se puede impugnar la filiación establecida por sentencia judicial simple, porque existe cosa juzgada, regla que no es absoluta, debido a que esta prohibición solo la tienen las personas que hayan intervenido en el juicio que la fijo, así nada impide que un tercero que no hay participado del juicio, lo haga y en tal caso deberá demostrar fehacientemente que la filiación establecida en juicio es errónea.

- *Impugnación de Filiación Matrimonial.* Si el hijo nació antes de cumplirse los 180 días siguientes al matrimonio, se pueden dar dos situaciones: primero, que el padre contraiga matrimonio desconociendo que la madre se encontraba embaraza y segundo, que lo haga con conocimiento del estado de embarazo de la mujer.

  El artículo 184 del Código Civil, le otorga la acción de desconocimiento para el primero de los casos. Para ello lo que debe hacer, es solicitar que no opere la presunción de paternidad que establece el mismo artículo en su inciso primero. En estricto rigor, se trata de una acción de desconocimiento y no de impugnación de filiación, que debe ser ejercida conforme lo señalan el artículo 212 y siguientes del Código Civil, en definitiva, en forma y plazo de una acción de impugnación.

  La importancia de la distinción entre acción de desconocimiento y de impugnación radica en la prueba, así en una acción de desconocimiento, lo único que se debe solicitar

al tribunal, es que constate los supuestos del desconocimiento. En el caso anterior, por ejemplo, el marido deberá probar que no tenía conocimiento del embarazo de la mujer y no ha reconocido al hijo por actos positivos, y entonces, corresponderá al hijo probar que es efectivamente su hijo.

Si al momento de casarse, el padre tenía conocimiento del estado de embarazo de la mujer, no cabe la acción de desconocimiento, sino la de impugnación del artículo 212 del Código Civil.

Esta acción de impugnación la puede ejercer el marido dentro del plazo de ciento ochenta días siguientes al día que tuvo conocimiento del parto, o dentro de un año, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer. Es decir, la determinación del plazo dependerá de si al momento del parto los cónyuges tienen convivencia plena o se encuentran separados.

En el mismo artículo, se efectúan las presunciones para establecer desde cuando el marido tiene conocimiento del parto.

La impugnación de filiación matrimonial, también la pueden ejercer los herederos del marido o por cualquier persona que la supuesta paternidad le cause perjuicio. Hay que aclarar, que mientras viva, solo el marido puede impugnar la paternidad, en cambió si fallece sin tener conocimiento del parto o sí falleció dentro del plazo para impugnar, la acción de impugnación pasa a sus herederos o a toda persona que la paternidad determinada causare perjuicios. En caso de fallecer sin tener conocimiento del embarazo, pasa la totalidad del plazo, en el otro supuesto, sólo el restante que faltaba para cumplir los ciento ochenta días.

En el supuesto de que el marido haya reconocido al hijo como suyo, por testamento o en otro instrumento público, los herederos o terceros interesados no podrán ejercer esta acción de impugnación.

Impugnación de la Paternidad, efectuada por el Hijo concebido o nacido durante la vigencia del matrimonio. La acción de impugnación, en este supuesto, la puede ejercer el hijo, en forma personal o a través de su representante legal. El plazo para ejercerlo es de un año en ambos casos, pero empieza a correr al constatarse hechos diferentes. En el caso de ejercerlo en forma personal el hijo, el plazo se empieza a contar desde que adquiere plena capacidad, en caso de ser ejercida por el representante, el plazo empieza a correr desde la fecha de nacimiento del hijo.

- *Impugnación de Reconocimiento.* En este tipo de impugnación, lo interesante es que el titular, no es el padre, sino que la tiene el hijo y toda persona que pruebe tener interés actual en la impugnación.

Es importante señalar, que si bien el padre no tiene acción de impugnación de reconocimiento, si puede solicitar la nulidad, argumentando vicios de la voluntad. De

acuerdo con lo establecido en el artículo 202 del Código Civil, para solicitar la nulidad, se tiene un año desde que se efectúa el reconocimiento.

a. *Impugnación de la Paternidad por el Hijo.* El hijo tiene un plazo de dos años desde que supo del reconocimiento efectuado por el padre. Esta acción la podrá ejercer el representante legal del hijo incapaz, no es claro el plazo que tiene para hacerlo, el artículo 216 inc. 2º del Código Civil establece que *"esa acción se ejercerá conforme a las reglas previstas en el art. 214 del cuerpo en comento"*, lo que no resulta lógico, ya que el representante no necesariamente conocerá el momento del reconocimiento, esto porque el artículo 214 del Código Civil establece el plazo de un año para impugnar desde que se tiene conocimiento del nacimiento. Así sería lógico interpretar que la referencia se hace, solo para aludir y reafirmar que el representante legal podrá ejercerla, así el plazo para ejercerla por el representante legal debiera ser el mismo que tiene el hijo, y también debiera ser el mismo supuesto (desde que se tiene conocimiento del reconocimiento) para que empiece a correr el plazo.

   También hay que indicar, que esta acción la pueden ejercer los herederos del hijo, y los plazos para ejercerla, dependerá si falleció sin saber del reconocimiento o si tuvo conocimiento de este. El plazo en el primer caso será también de dos años, contados desde que toman conocimiento del reconocimiento, y en el segundo el tiempo restante para completar los dos años, que se empieza a contar desde la muerte del hijo.

b. *Impugnación de la Paternidad por Toda Persona que tenga interés actual en ello.* Se debe entender que el interés que se tenga en impugnar la paternidad, es patrimonial y no moral o de otro tipo. Al respecto establece el artículo 216 inciso final del Código Civil: *"También podrá impugnar la paternidad determinada por reconocimiento toda persona que pruebe un interés actual en ello, en el plazo de un año desde que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho".*

- *Impugnación de la Maternidad.* El artículo 271 inciso primero del Código Civil, dispone: *"La maternidad podrá ser impugnada, probándose falso parto o suplantación del pretendido hijo al verdadero"*. Anteriormente habíamos dicho que para determinar la maternidad, era preciso que se dieran dos requisitos en forma copulativa, que eran; la existencia del parto y que el hijo que fuera el verdadero producto de ese parto.

  El titular de esta acción, de acuerdo a los arts. 217 incisos 2º y 3º y art. 218 del Código Civil, puede ser, el marido de la supuesta madre; la supuesta madre; los verdaderos padres del hijo; el verdadero hijo o el que pasa por verdadero, en este último caso es necesario reclamar conjuntamente la determinación de la auténtica filiación, y toda otra persona a quien la maternidad le perjudique (debe ser actualmente) en sus derechos de sucesión, testada o intestada, de los supuestos padre o madre, no existiendo posesión notoria del estado civil.

El plazo para ejercer esta acción es de un año, y se cuenta desde el nacimiento del hijo, si quien la ejerce es el hijo y no lo hace en forma conjunta con la de reclamación, el plazo es de un año desde que tiene plena capacidad y si quien la ejerce es a quien le causa perjuicio, el plazo es de un año desde el fallecimiento del padre o la madre. Finalmente, si quien impugna es el padre o madre no hay plazo para hacerlo, debiéndose ejercer en forma conjunta las acciones de impugnación de filiación y de reclamación de la verdadera filiación.

Para concluir, es necesario recordar, que si bien se tramitan en forma y plazo idénticos, las acciones de desconocimiento e impugnación de filiación, son diferentes en su finalidad, así la primera de ellas, solo tiene por objeto constatar ciertos hechos que no permiten acreditar la filiación en forma precisa, ya sea porque las presunciones no operan en estas condiciones o para dejar en claro que no se tuvo en conocimiento de hechos fundamentales para que operen las presunciones legales, en cambió las acciones de impugnación, tienen por finalidad derechamente cambiar la filiación existente, la titularidad de estas acciones, variara de acuerdo a los distintos supuestos en los cuales deberán ser ejercidas.

Realice ejercicio nº 17

3. LA ADOPCIÓN.

Por adopción, Hernán Troncoso Larronde sostiene que debemos entender aquel vínculo de filiación, cuyo fundamento no es relación sanguíneo entre las personas, es decir, su fundamento no es un vínculo biológico, sino uno esencialmente legal, que tiene por origen una resolución judicial.

El artículo 1º en su inciso primero de la Ley Nº 19.620 dispone: *"La adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde afecto, y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen".*

3.1 Evolución Legislativa de la Adopción.

La adopción es una institución que desde su aparición ha sufrido grandes cambios, sometida a una constante evolución, sin embargo ha mantenido el mismo fin.

Carlos López Díaz sostiene que incluso los mismos fines han variado, puesto que en las legislaciones en un inicio tenía un simple fin económico, cual era tener un continuador para la conservación y administración del patrimonio, para luego en pleno siglo XX pasar a

tener un marcado carácter humanitario, que servía para ayudar y amparar a menores que se encontraban en situaciones precarias.

En un inicio, por razones que no están claras, el Código Civil no contemplo la adopción como figura legal. En la práctica, esto genero un inconveniente, puesto que muchas personas deseaban adoptar y al no contar con una herramienta legal que les permitiera esto, simplemente terminaban recurriendo a hechos fraudulentos, tales como reconocer como hijo natural al que deseaban adoptar o inscribirlo como hijo legítimo sin serlo (Hernán Troncoso Larronde). Finalmente se llenó el vacío legal con la promulgación de la Ley Nº 5.343 en el año 1934, que incorporó la adopción a la legislación nacional.

En Chile ha tenido una constante evolución, desde la publicación en el Diario Oficial con fecha 6 de octubre de 1934 de la Ley número 5.343, que reconoció la figura legal; posteriormente con fecha 21 de octubre de 1943 se pública la Ley número 7.613 que reguló esta figura legal hasta el año 1.999, en reemplazo de la Ley Nº 5.343.

Así, en la Ley 7.613 se establecía un tipo de adopción que en realidad no puede ser considerada del todo como un tipo de filiación, ya que era un contrato entre el adoptante y el adoptado, que no generaba el estado civil de hijo de éste último con el primero. Este contrato, generaba los derechos y obligaciones que la misma Ley 7.613 establecía. Si bien esta ley significó un avance, no solucionó el problema fundamental que pretendía, que no era otro, que darle la posibilidad de tener descendencia a los matrimonios que no la podían obtener por la vía tradicional, al no establecer el estado civil de hijo al adoptado.

Con fecha 20 de octubre de 1.965, con la publicación de la Ley número 16.346 se trató de solucionar la principal carencia de la Ley número 7.613 (a la cual no derogó), estableciéndose la *"legitimación adoptiva"* que *"tenía por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones, en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley"*. Esta ley fue deroga por la Ley número 18.703 de 10 de mayo de 1.988, que estableció la normativa sobre la adopción de menores, simplificando a su vez el procedimiento de la Ley número 16.346 pero mantuvo vigente la Ley 7.613.

La Ley 18.703 suprimió la legitimación adoptiva y en su lugar estableció dos tipos de adopción: la simple y la plena. La adopción simple, no confería al menor el estado civil de hijo de los adoptantes, sino que permitía a los adoptantes, tenerlo a su cuidado y dentro de su hogar, con las obligaciones de alimentarlo y educarlo. El deber de educarlo era como mínimo hasta que completara la educación básica o hasta que tuviera un oficio o profesión que le permitiera auto sustentarse.

El adoptante de forma adicional, adquiría la patria potestad del menor, con todos los derechos y obligaciones que impone el Código Civil entre los padres e hijos.

La adopción plena, creaba para el adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes, con todos los derechos y obligaciones que conllevaba tal calidad. Este tipo de adopción, además, significaba para el adoptado, la desvinculación de su familia de origen, salvo para ciertos aspectos, como impedimentos para contraer matrimonio y mantención de ciertos tipos penales, como el delito de parricidio.

Finalmente con la Ley 19.620, modificada por la Ley número 19.919 con fecha 28 de octubre de 2.003, deroga las anteriores leyes números 7.613 y 18.703, estableciéndose así el régimen legal actualmente vigente.

La entrada en vigencia de la Ley 19.620 y sus posteriores reformas, generó una situación especial a las personas adoptadas con anterioridad. El art. 45 inc. 2º de la citada ley establece: *"los que tengan la calidad de adoptantes y adoptados conforme a la Ley Nº 7.613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la Ley Nº 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria"*, así sobreviven hasta el día de hoy ambas normas legales, que resultan atrasadas respectos de algunas materias que regulan.

No obstante, adoptantes y adoptados que se rigen por las leyes números 7.613 y 18.703 pueden convenir que se le confieran los derechos que establece la Ley Nº 19.620, así se desprende de la lectura del art. 45 que en su inc. 3º, el que sostiene: no obstante lo dispuesto en el inciso anterior; esos adoptantes y adoptados cualquiera sea su edad, podrán acordar que se les aplique esta ley si se cumplen los siguientes requisitos:

a) El pacto deberá constar en escritura pública, que suscribirán el o los adoptantes y el adoptado, por sí mismo o por curador especial, según el caso. Si la adopción se otorgó conforme a la Ley Nº 7.613, además deberán prestar su consentimiento las otras personas que señala su art. 2º, y, en el caso de la adopción simple establecida en la Ley Nº 18.703, las personas casadas no divorciadas requerirán el consentimiento de su respectivo cónyuge;

b) El pacto se someterá a la aprobación del juez competente, la que se otorgará luego de que se realicen las diligencias que el tribunal estime necesarias para acreditar las ventajas para el adoptado. Tales diligencias, en el caso de la adopción regulada de los parientes a que se refiere el inciso primero de su art. 12, si los hay; y tratándose de la adopción simple que norma la Ley Nº 18.703, la audiencia de los padres del adoptado, siempre que ello sea posible, y

c) La escritura pública y la resolución judicial que apruebe el pacto deberán remitirse a la oficina correspondiente del Servicio de Registro Civil e Identificación, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento del adoptado como hijo del o de los adoptantes, y sólo desde esa fecha producirá efecto respecto de las partes y de terceros".

La adopción será constitutiva del estado civil de hijo del adoptado, siendo esto irrevocable, con la salvedad de que el adoptado, por si o por curador especial, puede pedir la nulidad si se obtuvo por medios ilícitos o fraudulentos. También pueden solicitar la nulidad los terceros que tengan actual interés en ello.

El plazo para solicitar la nulidad es de un cuadrienio que empezará a computarse desde la subinscripción practicada en el Registro Civil.

Para concluir y a modo de resumen, podemos señalar que la legislación nacional ha ido simplificando el proceso de adopción, introduciendo cada vez, mejoras en la normativa, teniendo como punto culmine la Ley 19.910 que precisó mucho de los conceptos de la Ley Nº 19.620.

Ley Nº 19.620, estructura del cuerpo normativo vigente en Chile sobre la adopción. Su estructura es, Título I trata de: Disposiciones Generales; Título II: De los Procedimientos Previos a la Adopción; el Título III: De la Adopción; el Título IV: De las Sanciones; y por último, en un Título sin numeración: Disposiciones Finales.

Así, la normativa actual establece claramente dos etapas, la primera que se refiere a los trámites previos a la adopción y en una segunda etapa, se trata de la adopción propiamente tal.

El autor don *René Ramos Pazos* hace las siguientes observaciones a la Ley Nº 19.620:

- La adopción se constituye por sentencia judicial dictada en un procedimiento no contencioso (art. 23, inc. 2º) y requiere de una preparación previa. Ambrosio Rodríguez explica esto último señalando que *"para preparar una adopción el menor debe ser incluido en un registro de personas susceptibles de ser adoptadas; los futuros adoptantes deben inscribirse en un Registro Nacional de Menores, a su vez, es el organismo encargado de acreditar a corporaciones o instituciones que se dediquen precisamente a ubicar hijos y padres"* ("Nuevo Régimen de Adopción", conferencia dictada en Universidad del Desarrollo, Concepción, septiembre de 1.999, p. 7).
- Sólo la adopción de menores de 18 años de edad que se encuentren en determinadas situaciones (arts. 8º y 12).

- Tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen (art. 1º, inc. 1º de la Ley Nº 19.620).

- Confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes (arts. 1º, inc. 2º, 37). El menor pierde su filiación de origen, salvo para ciertos efectos que los mantiene de manera restringida.

- Otorga al Servicio Nacional de Menores una importante intervención en todo lo relacionado con la adopción (arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 9º Nºs 3, 10, 13, 17, 18, 19, 33). Se expresan en la posibilidad de intervenir activamente en el proceso de adopción para proteger al menor; tiene la obligación de llevar un registro de personas interesadas en adoptar y otro de menores que pueden ser adoptados; tiene competencia exclusiva, que comparte sólo con los organismos que acredita para intervenir en programas de adopción, destinados a procurar al menor una familia ideal.

- Distingue entre adoptantes residentes en Chile y no residentes en Chile (arts. 29 y ss.).

- La ley garantiza la reserva de todas las tramitaciones, judiciales y administrativas, salvo que los interesados en la solicitud de adopción renuncien a esta garantía (art. 28 de la ley).

3.2. Requisitos.

El primer requisito que debe cumplir un menor para poder ser adoptado, es justamente ser menor de edad, así lo establece el art. 8º de la Ley Nº 19.620.

A partir de este requisito genérico, se pueden ir estableciendo una serie de requisitos, primero para que el menor sea declarado susceptible de ser adoptado, luego para establecer que personas puedan adoptar y finalmente para constituir finalmente la adopción.

3.2.1 Personas que pueden adoptar. La ley habla que el menor puede ser adoptado por personas que viven en Chile (tengan residencia permanente en el país, no confundir con tener nacionalidad chilena) y por personas que no sean residentes en Chile.

- *Constitución de la Adopción por personas residentes en Chile.* Lo establece el artículo 20 que dice: "podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por alguna de las instituciones a que se refiere el art. 6º, que sean mayores de veinticinco años y menores de sesenta, y con veinte años o más de diferencia de edad con el menor adoptado…".

  Hay que entender que aquí la nacionalidad no es importante, lo que importa es la residencia, es decir, importa que la persona o el matrimonio tengan como residencia permanente el territorio nacional, sin atender que puedan ser chilenos, extranjeros

residentes o bien, también podría darse el caso, matrimonios mixtos de chilenos con extranjeros.

La doctrina, representada por René Ramos Pazos y Hernán Troncoso Larronde ha establecido alguna serie de principios al analizar la Ley Nº 19.620, específicamente al analizar la Constitución de la adopción por personas residentes en Chile, de las cuales es importante mencionar:

a. Dentro del grupo de personas interesadas en adoptar, cuya residencia sea el territorio nacional, tienen preferencia o mejor derecho los cónyuges, chilenos o extranjero, que reúnan los siguientes requisitos:

   - Dos o más años de matrimonio, no obstante este plazo no es exigible cuando uno o ambos cónyuges padezcan infertilidad;

   - Que hayan sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Servicio Nacional de Menores o una institución acreditada por éste;

   - Que sean mayores de 25 años de edad y menores de 60 años y con 20 años o más de diferencia con el menor adoptado. El juez, por resolución fundada, puede rebajar los límites de edad o la diferencia de años, pero esta rebaja no puede exceder de 5 años. Este requisito no es exigible si uno de los adoptantes es ascendiente por consanguinidad del adoptado.

   - Los cónyuges deberán actuar siempre de consuno en las gestiones de adopción que requieran de expresión de la voluntad de los adoptantes.

b. Si no existen cónyuges que tengan interés en adoptar que cumplan todas las exigencias legales, o que sólo les falte la residencia en Chile, puede optar como adoptante una persona soltera o viuda, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos:

   - Ser chilena, es una exigencia para quien quiera adoptar sin estar casado;

   - Tener residencia permanente en Chile;
   - Ser mayor de 25 años y menor de 60 años y tener con el adoptado una diferencia de 20 años o más;

   - Que haya sido evaluado como física, mental, psicológica y moralmente idóneo por el Servicio Nacional de Menores o alguno de los organismos acreditados ante éste.

Es importante destacar que si no hay cónyuges interesados en adoptar con residencia permanente en Chile, se da preferencia a las personas solteras o viudas de nacionalidad

chilena con residencia permanente en este país, por sobre cónyuges con residencia en el extranjero que puedan mostrar interés por adoptar.

En la eventualidad, de que existan varias personas solteras o viudas interesadas en adoptar a un menor, reuniendo condiciones similares, se deberá preferir aquellas que tengan algún vínculo consanguíneo con el menor.

También es importante señalar que puede otorgarse la adopción al viudo o viuda, siempre que se haya iniciado la tramitación con anterioridad al fallecimiento del cónyuge faltante, aun cuando esta tramitación no hubiere terminado, o incluso, aun cuando esta tramitación no se hubiere iniciado estando vivos los dos, siempre que el difunto hubiere manifestado su voluntad de adoptar conjuntamente con el sobreviviente. La voluntad del cónyuge difunto debe probarse por instrumentos públicos, testamento o por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, no siendo suficiente para este efecto la sola prueba testimonial.[2]

- *Constitución de la adopción por personas no residentes en Chile.* Los cónyuges no residentes en Chile, sin importar a que sean chilenos o extranjeros[3] podrán adoptar, pero solamente cuando no existan matrimonios interesados en hacerlo, nacionales o extranjeros con residencia permanente en Chile.

Es el Servicio Nacional de Menores el que debe certificar la ausencia de matrimonios con residencia permanente en Chile que deseen adoptar, para eso debe mantener las bases de datos de sus registros permanentemente actualizadas.

El art. 21 de la Ley Nº 19.620 establece la preferencia para adoptar de chilenos, solteros o viudos[4], por sobre parejas que no tengan residencia permanente en el país.

Las reglas anteriores, si bien son importantes y constituyen la regla general, no son absolutas, y si acogida la adopción a tramitación por parte del Juez, este constata que el solicitante es un matrimonio sin residencia permanente en el país, el Juez podrá otorgarla, aun en contra del interés de matrimonios residentes en el país, cuando el interés superior del menor sea salvaguardado de mejor manera por esta opción. El Juez deberá exponer fundadamente en la resolución respectiva el motivo de su decisión.

---

[2] Tanto René Ramos Pazos como Hernán Tronco Larronde coinciden en este punto. Debemos entender que lo importante a destacar es lo riguroso que ha sido el legislador al momento de establecer los requisitos para constituir la adopción, teniéndose presente en todo momento el interés superior del menor como un principio rector. La rigurosidad de los requisitos exigidos pretende no dejar mantos de duda sobre la idoneidad de los adoptantes y evitar que la adopción termine siendo una institución poco segura para el gran número de menores que se encuentran en condiciones precarias y cuya situación puede mejorar por esta vía.
[3] Nuevamente el criterio habla de residencia y no de nacionalidad.
[4] Acá si se está ante un criterio de nacionalidad, al no existir parejas residentes, se da preferencia a personas solteras o viudas que tengan nacionalidad chilena, excluyendo la posibilidad de extranjeros, solteros o viudos, con residencia permanente en Chile.

La forma de cómo las parejas que carezcan de residencia permanente en el país deben probar su idoneidad, así lo establece el artículo 31 de la Ley Nº 19.620: "Sólo podrá otorgarse la adopción regulada en este Párrafo a los cónyuges no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeros, que cumplan con los requisitos señalados en los artículos 20, incisos primero, tercero y cuarto, y 22 de la ley citada.

La identidad de los solicitantes podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por el consulado de Chile en el país respectivo, sujeto, en todo caso, a ratificación ante el tribunal una vez que debiesen comparecer personalmente los solicitantes conforme lo dispone el inciso primero del artículo 35 de la presente ley.

La solicitud de adopción, en todos los casos regulados por este párrafo, deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste".

- *Personas que pueden ser adoptadas.* El artículo 8 de la Ley Nº 19.620 dice: "Los menores de 18 años, que pueden ser adoptados, son los siguientes:

a) El menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él y que expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente.

b) El menor que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes, de conformidad al artículo 11.

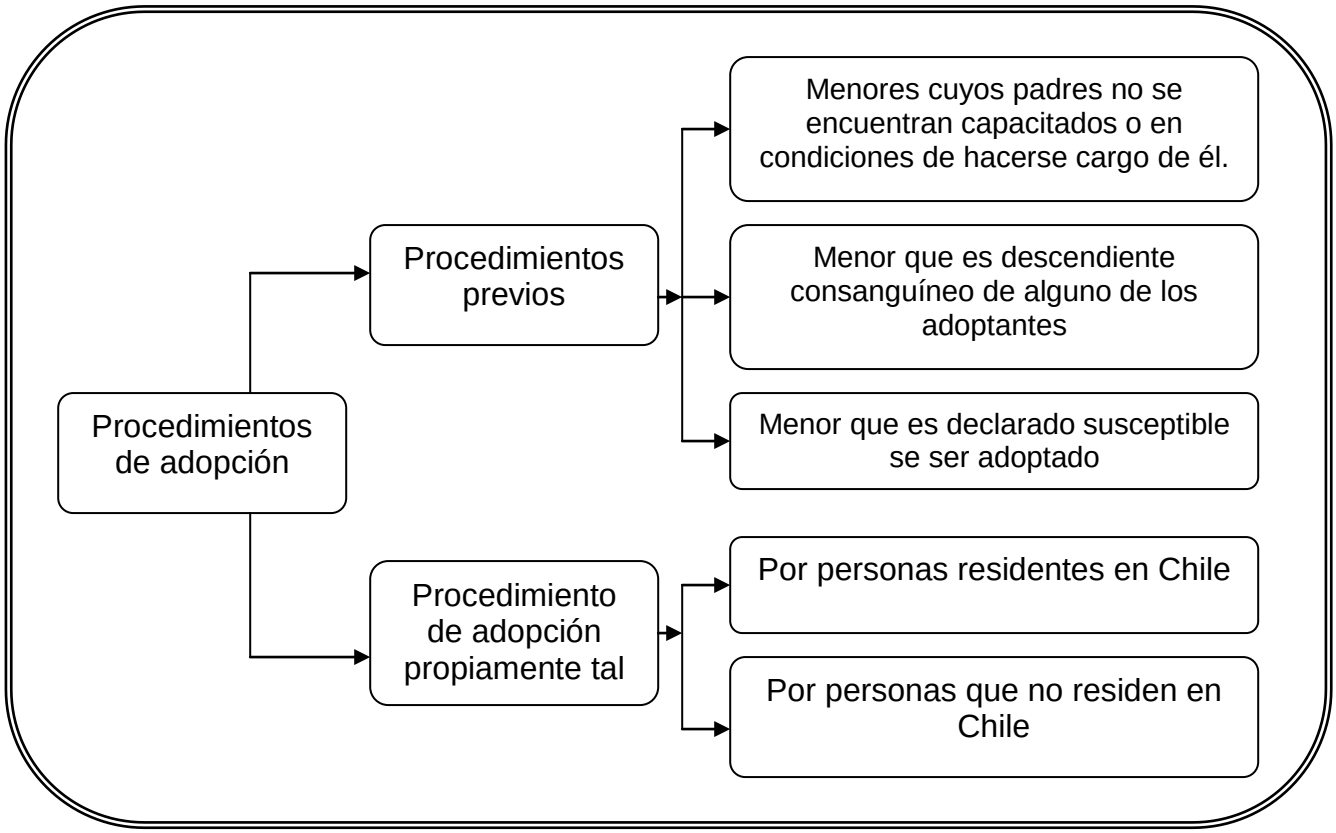
c) El menor que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial del tribunal competente, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes."

La norma es de carácter taxativa, por tanto, sólo se pueden adoptar menores de edad que se encuentren en alguna de las situaciones indicadas expresamente.

3.3 Procedimientos.

Los procedimientos aplicables a la filiación por adopción los podemos dividir en: Procedimientos previos a la adopción y en Procedimientos de adopción propiamente tal.

3.3.1 *Procedimientos Previos a la Adopción.* Los procedimientos previos a la adopción no son uniformes, varían según sea la razón que justifica la adopción. En todos ellos es competente para intervenir los Tribunales de Familia y se ajustan a las normas de procedimiento establecidas en la Ley Nº 19.968.



- *Caso del menor cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones para hacerse cargo de él.* En este caso, es necesario para dar inicio al procedimiento previo a la adopción, una declaración expresa de voluntad de los padres o del padre o de la madre, que inequívocamente de a conocer la intención de los padres de dar en adopción al menor.

  Es necesario que esta declaración se haga ante juez competente, y los padres tienen un plazo fatal de treinta días para retractarse, contado desde que hacen la declaración. Se aplica el procedimiento establecido en el artículo 9º de la Ley Nº 19.620.

  El tribunal deberá verificar que los padres del menor no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él. Para estos fines, los organismos que patrocine al padre o madre comparecientes (organismos establecidos en el artículo 6 de la misma ley 19.620), deberán emitir un informe para ser presentado en audiencia. De no haber patrocinio de alguno de estos organismos, el tribunal deberá ordenar a uno de estos que emita el informe. El informe será conocido en audiencia de juicio.

La resolución que declare que el menor puede ser adoptado, será puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores, el cual deberá incluir al menor en el registro de personas que pueden ser adoptadas.

Este procedimiento, puede ser iniciado aun antes de haber nacido el menor, siempre y cuando sea patrocinando por el Servicio Nacional de Menores o algún organismo de los que éste acredita. En este supuesto, se deben realizar todas las gestiones necesarias, salvo la ratificación de la madre y la dictación de la sentencia.

La voluntad de la madre de entregar en adopción al menor, debe ser ratificada dentro de un plazo de treinta días posteriores al parto, de no hacerlo se entenderá que desiste de entregar al menor en adopción. El plazo indicado es fatal. Para la validez de la ratificación, la madre no deberá ser objeto de presión de ningún tipo.

En la eventualidad del fallecimiento de la madre antes que se produzca la ratificación, se tendrá por suficiente la voluntad expresada en el proceso. El plazo del juez es de cinco días contados desde la ratificación para resolver.

- *Menor que es descendiente consanguíneo de alguno de los adoptantes.* En el caso de que uno de los cónyuges que desean adoptar al menor sea su padre o madre, y sólo él o ella lo ha reconocido como hijo, no existe procedimiento previo de adopción, sino que se pasa directamente a tramitar la adopción propiamente tal.

  En caso que el hijo tenga filiación matrimonial o se encuentre reconocido por ambos padres, es necesario para que la adopción, por uno de ellos, la autorización del otro[5], aplicándose en lo que corresponda lo establecido en el artículo 9 de la Ley Nº 19.620.

  También cabe la posibilidad que el otro padre o madre falte o llanamente se niegue a dar su consentimiento, ante este último supuesto, el juez, deberá en el menor tiempo posible, resolver si el menor es susceptible de ser adoptado, conforme al procedimiento que se describirá en la letra siguiente.

  Estas mismas reglas se deberán aplicar cuando algún ascendiente consanguíneo del padre o la madre del menor, desee adoptar.

- *Menor que ha sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial de tribunal competente.* Para este caso es necesaria la existencia de una resolución judicial que declara susceptible de ser adoptado al menor, no siendo importante que la filiación se encuentre determinada o no.

[5] Así, lo expone de buena manera Hernán Troncoso Larronde.

Hernán Troncoso Larronde, dice que la resolución judicial que declare susceptible de ser adoptado a un menor, será procedente cuando el padre, madre o la persona a la que se le haya confiado su cuidado se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a. Está inhabilitado física o moralmente para ejercer el cuidado personal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil.[6]

b. No le proporciona atención personal, afectiva o económica durante el plazo de seis meses, este plazo se reduce a tres meses si el menor tiene menos de dos años de edad, y a cuarenta y cinco días, si fuese menor de seis meses. El art. 12 Nº 2 de la Ley Nº 19.620, excluye expresamente a la falta de recursos económicos como causal de declaración de susceptibilidad de adopción.
c. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales.

Se formulan algunas presunciones al respecto, para facilitar la acreditación del ánimo de liberarse de las obligaciones legales, estas son:

- Que haya sido evaluado como física, mental, psicológica y moralmente idóneo por el Servicio Nacional de Menores o alguno de los organismos acreditados ante éste.

- Cuando la mantención del menor a cargo de la institución o de un tercero no obedezca a causa justificada, que la haga más conveniente a los intereses del menor que el cuidado personal del padre, madre o personas a quienes se haya confiado su cuidado.

- Cuando el padre, madre o la persona a cuyo cuidado está el menor no lo haya visitado por lo menos una vez dentro del plazo de seis meses, o del de tres meses si el menor tuviere menos de dos años, o del de cuarenta y cinco días, si fuese menor de seis meses, salvo que exista causa justificada para ello. Para este efecto, la respectiva institución deberá registrar las visitas que dichas personas hagan al menor.

- Si el menor ha sido entregado a una persona, en vez de una institución pública o privada, éste deberá informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres o por la persona que lo tenga bajo su cuidado.

El procedimiento a seguir es el establecido en el artículo 14 de la Ley 19.620, modificado por el art. 125 Nº 4 de la Ley Nº 19.968.

[6] Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.
En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

Procedimiento de Adopción Propiamente tal. Se aplica el art. 29 de la Ley Nº 19.620 como norma general, con particularidades especiales para cada caso, dependiendo de si los adoptantes son residentes en Chile o no.

- *Adopción por personas residentes en Chile.* El juez competente para conocer este procedimiento, es el de familia del domicilio de los adoptantes. Se tramita en un procedimiento no contencioso, en el cual no existe la posibilidad de ejercer oposición.

De presentarse cuestiones accesorias, se tramitan en cuaderno separado. Conforme a los arts. 20, 21 y 22 de la Ley Nº 19.620, la solicitud de adopción, debe ser firmada por todos las personas cuya voluntad sea requerida, en presencia del Secretario del tribunal, debiendo quedar certificada la identidad de los comparecientes. Los antecedentes que deben acompañarse, son los que se especifican en el art. 23 Nºs 1, 2 y 3 de la Ley Nº 19.620.

Sólo se acogerá a tramitación la solicitud que cumpla con todos los requisitos legales, debiendo ser verificado el cumplimiento el tribunal que ve el asunto. El expediente donde conste la voluntad de los padres de entregar al menor en adopción o la sentencia que lo declara susceptible de adopción, deberá agregarse a autos. Junto con acoger a tramitación la solicitud de adopción, el juez de oficio deberá decretar las diligencias necesarias para probar las ventajas y beneficios que la adopción traerá al menor. Las diligencias deberán ser efectuadas en un plazo de sesenta días, de no efectuarse en dicho plazo se tendrán por no decretadas y el tribunal deberá resolver sin más trámite.

Vencido el plazo de sesenta días para efectuar las diligencias decretadas, el juez dispone de un plazo de quince días para dictar sentencia, la que se notifica por cédula. En contra de esta sentencia procede recurso de apelación, con vista y fallo preferente, tramitándose de acuerdo a las reglas establecidas para los incidentes.

Si la sentencia acoge la adopción, se ordenan las diligencias indicadas en el art. 26, Ley Nº 19.620.

El art. 26 dispone: "*La sentencia que acoja la adopción, ordenará:*

1. Que se oficie a la Dirección Nacional del Registro Civil e Identificación y a cualquier otro organismo público o privado, solicitando el envío de la ficha individual del adoptado y de cualquier otro antecedente que permita su identificación, los que serán agregados al proceso.

2. Que se remitan los antecedentes a la Oficina del Registro Civil e Identificación del domicilio de los adoptantes, a fin de que se practique una nueva inscripción de nacimiento

del adoptado como hijo de los adoptantes. Esta inscripción deberá practicarse a requerimiento de uno o ambos adoptantes o por un tercero a su nombre.

Cuando se acoja la adopción de dos o más personas y la diferencia de edad entre ellas fuere inferior a doscientos setenta días, la sentencia, al precisar la fecha de nacimiento de cada uno, cuidará de que exista entre sus fechas de nacimiento el plazo referido. Lo mismo se hará cuando igual situación se presente entre el o los adoptados y los hijos de los adoptantes, procurando en estos casos que exista la diferencia mínima de edad mencionada. Si la diferencia de edad entre los adoptados o entre éstos y los hijos de los adoptantes es muy pequeña, podrá establecerse como fecha de nacimiento la misma, de modo que aparezcan nacidos en el mismo día. En caso de que el menor haya nacido antes del matrimonio de los adoptantes, el juez, prudencialmente, podrá establecer como fecha del nacimiento una que concilie la edad que aparente el menor con la posibilidad de que hubiese sido concebido por los adoptantes. Estas normas no se aplicarán cuando los solicitantes hubieren renunciado a la reserva del artículo 28, salvo que hubieren pedido expresamente en la solicitud de adopción que se apliquen.

La nueva inscripción de nacimiento del adoptado contendrá las indicaciones que señala el artículo 31 de la ley Nº 4.808.

3. Que se cancele la antigua inscripción de nacimiento del adoptado, tomándose las medidas administrativas conducentes a mantener en reserva su anterior identidad.

4. Que se oficie al Servicio Nacional de Menores, si el adoptado o los adoptantes figuraren en los registros a que se refiere el artículo 5º, a fin de que proceda a eliminarlos de ellos.

5. Que se oficie, cuando corresponda, al Ministerio de Educación, a fin de que se eliminen del registro curricular los antecedentes relativos al menor de edad adoptado y se incorpore otro registro de acuerdo a la nueva identidad de éste".

- *Adopción por personas que no residen en Chile.* Se aplican las mismas reglas que la letra anterior, con las siguientes modificaciones:

  a) El juez competente para conocer la adopción, es el correspondiente al domicilio del menor o el del domicilio de la institución o persona que lo tenga a su cuidado.

  b) A la solicitud, se deben acompañar los antecedentes indicados en el art. 31 de la Ley Nº 19.620[7]. La sanción a la no presentación de estos antecedentes, es el no acoger a tramitación a la solicitud.

[7] Artículo 31.- Sólo podrá otorgarse la adopción regulada en este Párrafo a los cónyuges no residentes en Chile, sean nacionales o extranjeros, que cumplan
con los requisitos señalados en los artículos 20, incisos primero, tercero y cuarto, y 22.

c) Si la solicitud no es patrocinada por el Servicio Nacional de Menores, la misma resolución que acoge a tramitación la solicitud, debe ordenar que ella se ponga en conocimiento de dicho servicio.

d) La comparecencia de los solicitante deberá ser personal, cuando el juez lo estime necesario, siendo a lo menos una vez en el transcurso del proceso.

e) Se puede autorizar que el cuidado del menor durante la sustanciación del proceso, quede a cargo de uno de los solicitantes, sin embargo no tendrá autorización para sacarlo del país sin que el tribunal lo autorice para ello.

f) Para los efectos de la nueva inscripción de nacimiento del adoptado y de la cancelación de la existente a su nombre se remitirá el expediente de adopción a la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de la comuna de Santiago.

3.4 Efectos de la Adopción.

Carlos López Díaz, en referencia al artículo 37 de la Ley Nº 19.620, las señala:

a) Confiere el estado civil de hijo de los adoptantes. Esto conlleva todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en el Código Civil.

b) Extingue los vínculos de filiación con su familia de origen. Los vínculos pueden ser civiles o penales. Los vínculos penales subsisten plenamente, pero no así los civiles, que se extinguen.

c) Subsisten los impedimentos para contraer matrimonio. Esto es, los establecidos en el art. 6 de la Ley de Matrimonio Civil. Además agrega, cualquiera de los parientes biológicos que menciona esa disposición podrá hacer presente el respectivo impedimento ante el Servicio del Registro Civil e Identificación desde la manifestación del matrimonio y hasta antes de su celebración, lo que dicho Servicio deberá verificar consultado el expediente de adopción.

Los efectos de la adopción, legalmente se producirán desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye (inciso final del art. 37, Ley Nº 19.620).

La identidad de los solicitantes podrá acreditarse mediante un certificado otorgado por el consulado de Chile en el país respectivo, sujeto, en todo caso, ratificación ante el tribunal una vez que debiesen comparecer personalmente los solicitantes conforme lo dispone el inciso primero del artículo 35 de la presente ley.
La solicitud de adopción, en todos los casos regulados por este párrafo, deberá ser patrocinada por el Servicio Nacional de Menores o un organismo acreditado ante éste.

El adoptado es causante de asignación familiar, así como la madre adquiere algunos de los derechos que otorgan los fueros maternales del Código del Trabajo. Al respecto se recomienda ver el art. 19 inciso 2º de la Ley 19.620.

Realice ejercicio nº 18 al 25

4. Efectos de la Filiación.

De la filiación nacen derechos y deberes, estos se pueden clasificar de acuerdo a los aspectos que regulan y afectan; si tiene efectos sobre la persona de los hijos y regulan las relaciones de índole moral, nos encontramos ante los efectos de autoridad paterna; si se refieren a los bienes y su administración, reciben por denominación patria potestad.

4.1 Autoridad Paterna.

Se define como el conjunto de deberes y obligaciones que nacen de la relación padres e hijos, principalmente relativos a la persona del hijo, y dotados de un fuerte contenido moral[8]. Es por tanto, la relación personal que se establece entre los padres y los hijos, de carácter personal, en la cual se establece la relación de padres e hijos, desde una perspectiva de autoridad moral de los primeros, además se establecen los deberes de guarda y amparo que éstos mismos están obligados a cumplir.

Hernán Troncoso Larronde la define como “el conjunto de derechos y deberes entres padres e hijos y que dicen relación con las personas de ellos”.

El autor antes citado sostiene que la autoridad paterna esta compuesta de los deberes de los hijos con sus padres, y los derechos-deberes de los padres para con los hijos.

- *Deberes de los Hijos.*

Se puede sostener que los hijos tienen dos deberes respecto de sus padres, estos son:

[8] López Díaz, Carlos. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia.* Tomo 2. Ed. Librotecnia. 4º Ed. Pág. 671. Santiago de Chile. 2007.

A. Deber de respeto y obediencia.

El art. 222 del Código Civil, establece que "los hijos deben respeto y obediencia a sus padres."

Es importante señalar, que la ley no exige sumisión, razón por la cual Carlos López Díaz señala que la obediencia debe realizarse en el marco del sentido común y velando por el interés superior del menor.

B. Deber de Cuidado y Socorro.

De conformidad con el art. 223 del Código Civil "aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios".

Este deber impone a los hijos el deber de procurar alimentos a sus padres cuando estos los necesiten (de conformidad con el art. 321 Nº 3 del Código Civil). La infracción de este deber, implica una causal de indignidad para suceder (art. 968 Nº 3) e incluso de desheredamiento (art. 1208 Nº 2).

El art. 223 inciso segundo, hace extensivo este deber de socorro a los demás ascendientes, en caso de inexistencia o insuficiencia de los inmediatos descendientes.

El inciso primero del art. 203 del Código Civil establece una sanción, que limita la aplicación del deber antes indicado, dice la norma citada: "Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente." Así el art. 324 del Código Civil, en virtud del art. 203, priva del derecho de pedir alimentos al padre o madre, que haya abandonado a sus hijos en la infancia y cuando la filiación haya sido por medio de sentencia judicial contra su oposición.

- *Deberes de los Padres. La Autoridad Paterna.*

A. El Interés Superior del Niño[9].

De la lectura del inciso 2º del art. 222 del Código Civil lo establece como el deber fundamental de los padres, esto es, es la obligación de éstos de procurar los mayores cuidados posibles al menor[10], procurándole la mayor realización espiritual y material posible.

[9] De acuerdo con Carlos López Díaz.

B. Deber de Crianza y Educación.

Regulado en los art. 224 a 236 del Código Civil. Se entiende que este derecho conlleva la obligación de educación del menor. El deber de educar a los hijos, no está referida en un sentido restringido, va más allá del deber de los padres de enviar a sus hijos a los establecimientos educacionales, sino que los obliga a la formación del menor, para que logre desarrollar de forma plena las distintas etapas de su vida.

El art. 19 Nº 10[11] de la Constitución Política de la República hace expresa mención de este deber-derecho, por lo que estaríamos además, ante un derecho resguardado constitucionalmente por la importancia que tiene en el desarrollo del menor.

En este punto es importante señalar, que si bien este derecho se encuentra bien reglamentado y resguardado, no especifica que ocurre con el menor que ha sido reconocido por sólo uno de los padres. Hernán Troncoso Larronde, sostiene que no existe duda, este derecho le corresponde plenamente al padre que lo ha reconocido.

La ley regula tres situaciones en la cual los padres quedan privados del derecho de educar a sus hijos:

1. El cuidado de los hijos puede confiársele a un tercero, y en esta eventualidad es aquel a quien le corresponde ejercerlo, siempre y cuando tenga la venia del tutor, a no ser que el tutor sea él mismo. Art. 237 del Código Civil.

2. El art. 238 del Código Civil le niega este derecho a los padres que hayan abandonado al hijo.

3. El art. 239 del Código Civil le niega este derecho a los padres que hayan sido separados de sus hijos por inhabilidad moral, medida que en todo caso se puede revocar.

Este derecho conlleva los gastos de educación de los hijos. Se establecen las normas para distribuir dichos gastos de forma equitativa (en la medida de lo posible) entre los padres.

Se establecen las siguientes reglas:

1. Si existe sociedad conyugal entre los padres; los gastos educacionales de los hijos, serán de cargo de ésta.

---

[10] Dice el art. 222 inc. 2º: "procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

[11] Establece la norma: "

2. En caso de no estar casados o lo están bajo un régimen matrimonial diferente, los padres deben solventar los gastos en proporción a las posibilidades económicas de cada uno. Art. 230 del Código Civil.

3. El art. 231 del Código Civil, hace referencia a la posibilidad de que el hijo tenga bienes, deberá procurarse conservarlos y sólo en caso excepcional pagarlos con ellos.

4. El art. 232 del Código Civil le entrega la responsabilidad de solventar estos gastos, ante la insolvencia de los padres, de ambas líneas de filiación.

También cabe la posibilidad de que ambos padres no se pongan de acuerdo en la forma de contribuir en los gastos de la crianza y educación del hijo. En esta eventualidad, será el juez el encargado de regularlas. Tiene la facultad de revisar el monto cada cierto tiempo, de acuerdo como varíe la realidad existente.

Aquellos padres que hayan abandonado a un hijo, el cual se encuentre bajo el cuidado de un tercero, que además se haya encargado de su alimentación y crianza una tercera persona, para sacarlo del cuidado del tercero deberán cumplir con las siguientes exigencias:

a.- Se requiere autorización judicial previa, el juez sólo podrá acceder si considera que ello es conveniente para el hijo. La consideración deberá fundamentarse en situaciones graves;

b.- Antes que el menor sea entregado a los padres, estos deberán cancelar al tercero los gastos de crianza y educación en que incurrió. El juez deberá determinar el monto. Art. 240 del Código Civil.

El establecimiento de esta especie de retención del menor por el tercero, que garantiza el pago de los gastos de crianza y educación, recibe acidas críticas de parte de la doctrina[12].

Respecto del menor ausente, que se encuentre imposibilitado de recibir los alimentos y ayuda del padre, madre o quien lo tenga a su cuidado, situación regulada en el art. 241 del Código Civil[13], Hernán Troncoso Larronde hace el siguiente desglose de la norma citada:

[12] Así lo consideran René Ramos Pazos, Hernán Troncoso Larronde y Carlos López Díaz.

[13] Dice el art. 241 del Código Civil: Si el hijo de menor edad ausente de su casa se halla en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre o madre que tiene su cuidado personal, se presumirá la autorización de éste o ésta para las suministraciones que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración de su posición social.

El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre o padre lo más pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad.

Lo dicho del padre o madre en los incisos precedentes se extiende en su caso a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo.

1. Es necesario que el menor este ausente de su casa;

2. Que dicho menor no esté en condiciones de ser asistido por el padre, la madre o la persona a cuyo cuidado se encuentre;

3. Que un tercero haga suministraciones a título de alimentos al menor;

4. Que dicho tercero dé noticia de haberlas efectuado al padre; madre o persona a cuyo cuidado esté el menor lo más pronto posible.

- *Derechos de los Padres.*

A. Derecho de Guarda o Tuición.

Se relaciona con el cuidado personal del menor. Es correlativo al deber de crianza e incluso hay autores que no lo separan y lo ven como un todo (deber-derecho)[14].

Se puede señalar que es el conjunto de deberes y derechos señalados en la ley o por el juez, respecto del cuidado personal, crianza y educación[15]

Respecto del hijo no nacido en el matrimonio de la pareja, se establece que sólo puede tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge. Por aplicación del art. 228 del Código Civil.

Este derecho ha recibido diversas denominaciones, tales como: derecho de guarda, tuición, cuidado, crianza y educación, todos ellos como sinónimos.

La legislación aplicación a este derecho no se encuentra en un cuerpo normativo, existen normas en el Código Civil, Ley Nº 16.618 y la Ley 16.620 que le son aplicables.

Características del Derecho de Guarda o Tuición:

a.- Su origen es la filiación, que determina la relación padre-hijo.

b.- Es ejercida de consumo por ambos padres, cuando existe matrimonio o relación de pareja entre ellos, de lo contrario la ejerce el padre o la madre, uno a ausencia o inhabilidad del otro. Por excepción la ejerce un tercero, también la puede ejercer una institución.

c.- Comprende el cuidado personal y la crianza.

[14] Como Hernán Troncos Larronde.
[15] Definicion que corresponde a Carlos López Díaz.

d.- Se ejerce sobre cualquier hijo sin importar el tipo de filiación.

e.- La puede reclamar el padre o la madre sin distinción.

Para determinar a quién le corresponde la tuición del hijo, hay que determinar las siguientes situaciones:

A.- El juez determinará a quien corresponde la tuición de manera conjunta con la determinación de la filiación, esto, claro esta, en el evento que no exista filiación determinada.

B.- Si la filiación fue determinada por sentencia judicial en oposición del padre o la madre, dicho opositor queda privado de la tuición. Art. 203 del Código Civil.

C.- Si tiene filiación determinada y ambos padres están vivos, hay que distinguir:

a) Si los padres que determinan la filiación viven juntos, les corresponde de consuno la tuición. Art. 224 inc. 1º del Código Civil.

b) Si los padres viven separados hay que subdistinguir;

1) Si han convenido el cuidado del menor, hay que estarse a dicho acuerdo, cuando cumpla los siguientes requisitos:

- Acuerdo solemne, debe constar por escritura pública o acta extendida ante Oficial del Registro Civil.

- Debe anotarse o mejor dicho subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento.

- Es revocable. Para el acuerdo de revocación debe cumplir las mismas solemnidades anteriores.

2) Si no hay acuerdo entre los padres, el cuidado le corresponde a la madre por disposición del art. 225 inc. 1º. Sólo por descuido, maltrato o por el interés superior del menor el juez podrá entregarlo al otro padre.

3) Si el juez determina la tuición del menor, no podrá entregársela al padre o madre no contribuyo al cuidado del menor mientras la tuición la tuvo el otro.

Es conveniente señalar que este derecho es difícil de simplificar y por sí solo constituye una Unidad de estudio, lo importante para esta unidad es comprender que uno de los efectos de la filiación es la constitución del Derecho de Guarda y Tuición del menor a favor de los padres, los que lo ejercerán en forma conjunta o compartida (no es posible

hablar de forma separada) y también en forma individual, esto en atención de la relación que tengan entre ellos.

B. Derecho a Mantener una Relación Directa y Regular con el Hijo o Derecho de Visitas.

Se considera dentro del deber-derecho de mantención de relación directa y regular con el hijo, se reglamente en el art. 229 del Código Civil.

La denominación de mantención de relación directa y regular es más afortunada que la de derecho de visitas, que no expresa con claridad el fin que persigue[16].

Este derecho se ejerce con la frecuencia y libertad que el padre o madre que lo tenga a su cuidado lo haya acordado con el otro padre. Si no existe acuerdo el juez lo acordará.

C. *Derecho de Corrección del Hijo.*

Se establece en el inc. 1º del art. 234 del Código Civil que dispone: "Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal". Se ha excluido la facultad de castigar moderadamente al hijo, ajustando la legislación a la Convención de los Derechos del Niño.

4.2. Estado Civil.

Uno de los efectos de la filiación, es que fija el estado civil de hijo al menor (también al mayor de edad cuando es reconocido) reconocido por los padres.

Lo interesante de esto, es que adquiere los derechos sucesorios (pasa atener calidad de heredero). Hoy en día no existe distinción en cuanto a los derechos que correspondan a los hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera del matrimonio. Esta igualdad a puesto fin a un historial largo de discriminaciones odiosas que creaba hijos legítimos, ilegítimos y naturales.

4.3 Patria Potestad.

El art. 243 del Código Civil la define como: "La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.

[16] Así lo considera Hernán Troncoso Larronde.

- *Objeto de la Patria Potestad.*

Recae sobre los bienes del hijo no emancipado y sobre los derechos eventuales del hijo que esta por nacer. Art. 243 y art. 77 del Código Civil.

- *Titulares de la Patria Potestad.*

La titularidad de la patria potestad desde la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.585 no está definida en la Ley, sino que se entrega a la voluntad de los padres, y en ausencia de ella, es la Ley que determina al titular. De manera excepcional la titularidad la define el juez. Las posibilidades son las siguientes:

a.- Convencional.

Los progenitores pueden convenir que uno de ellos sea el titular de la patria potestad. El acuerdo requiere que se haga por escritura pública o en su reemplazo acta extendida ante Oficial del Registro Civil, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Art. 244 inc. 1º del Código Civil.

b.- Legal.

A falta de acuerdo entre los padres, la ley se la entrega al padre.

La ley a su vez regula la ausencia del padre titular de la patria potestad, ante ausencia del padre o madre titular, sin importar que sea convencional, legal o judicial el otorgamiento de su titularidad, será entrega al otro de los padres. Art. 244. Inc. Final.

c.- Judicial.

Se puede confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, también se puede radicar la titularidad en uno solo de ellos cuando la ejercían en forma conjunta, cuando el interés del hijo así lo requiera. La intervención de la justicia en este caso debe ser a petición de uno de los padres.

La sentencia judicial debe ser fundada en pruebas que lleven a la formación de la convicción de que esta salvaguardando el interés superior del menor.

La resolución judicial que otorga la titularidad debe ser subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su dictación.

d.- Patria potestad. Padres Separados.

En este caso la titularidad radica en aquel de los padres que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo. Por regla general el art. 225 del Código Civil le da la patria potestad a la madre, si nada han convenido los padres y de no mediar resolución judicial de por medio. Al acuerdo y a la resolución judicial se debe aplicar las solemnidades antes indicadas[17].

e.- Patria Potestad. Filiación determinada Judicialmente en contra de la voluntad del padre o madre.

Si un padre o madre se opone a la filiación de su hijo, quedara excluido de su titularidad, y se debe proceder a designarle tutor o curador al hijo. La misma norma se aplica cuando los padres no tengan derecho a ejercer la patria potestad. Art. 248 del Código Civil.

f.- Hijo que no tiene determinada su filiación.

En este caso no existe una filiación determinada de ninguno de los padres, esto conlleva la ausencia de quien pueda ejercerla, en este punto debe designársele tutor o curador.

- *Derechos que confiere la patria potestad.*

La patria potestad confiere a su titular los siguientes derechos:

1. Derecho Legal de Goce sobre los bienes del hijo;
2. Derecho de administrar los bienes del hijo, y
3. Representación del menor.

Los derechos antes enunciados son de orden público y por tanto no pueden ser motivo de derogaciones, renuncias o pacto alguno.

1. Derecho Legal de Goce sobre los bienes del hijo.

Establecido en el art. 252 del Código Civil que lo define como “la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y substancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles”. A juicio de René Ramos Pazos, esta definición se ha inspirado en el derecho real de usufructo del art. 764 del Código Civil.

[17] La ley nada dice, pero la doctrina así lo estima, entre ellos Hernán Troncoso Larronde.

El mismo autor antes citado, da a entender que la Ley Nº 19.585 cambió la denominación de usufructo legal por el de derecho legal de goce, por no ser compatibles ambos términos, pese a lo cual estableció a la normativa que rige el derecho real de usufructo como fuente supletoria. Como características de este derecho es importante señalar que es un derecho personalísimo e inembargable.

Bienes sobre los que recae el derecho legal de goce recae sobre todos los bienes del menor con las siguientes excepciones:

A. Bienes que integran el peculio profesional del hijo

B. Bienes adquiridos por el hijo a título de donación o legado, siempre y cuando el testador no haya estipulado alguna condición de administración diferente al titular de la patria potestad.

C. Las herencias o legados que reciba el hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre titular de la patria potestad.

2. Administración de los Bienes del Hijo.

Por regla general los tiene sobre todos los bienes sobre los que tiene el derecho legal de goce, con las excepciones expuestas en el numerando anterior.

Las facultades de administración del padre son amplias. René Ramos Pazos al respecto hace las siguientes observaciones:

A. Para enajenar o gravar bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, o derechos hereditarios, se requiere autorización judicial con conocimiento de causa (art. 254 del Código Civil). La sanción al incumplimiento de este precepto es la nulidad relativa.

B. Tiene prohibido donar parte alguna de los bienes del hijo, tampoco los puede dar en arrendamiento por largo periodo, ni aceptar ni repudiar una herencia referida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.

   Se debe hacer la diferencia entre bienes inmuebles, los que no puede donar ni siquiera con autorización judicial y los muebles, los que si puede donar con autorización judicial.

   La aceptación de una herencia debe hacerse con beneficio de inventario.

C. En la partición de bienes en que tenga interés el menor, requiere de autorización judicial para promoverla.

El padre o madre responsable de la administración del menor, responde hasta la culpa leve de conformidad con el art. 256 inciso 1º del Código Civil.

3. Representación Legal del Menor.

Hay que distinguir si es absolutamente incapaz (impúber, demente, sordo o sordomudo que no puede darse a entender claramente) o relativamente incapaz.

a.- Absolutamente Incapaz.

En este caso el menor no puede actuar sin autorización de quien tenga la patria potestad sobre él.

b.- Menor relativamente Incapaz.

En este caso hay que hacer una nueva distinción, si el menor tiene peculio profesional o no.

c.- Menor con Peculio Profesional.

Los actos o contratos que efectué el menor sin la autorización del padre o la madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial de conformidad con el Art. 260 Inc. 1º del Código Civil. A lo anterior debe agregársele lo dispuesto en el inciso 2º del artículo citado: Pero el hijo no podrá tomar dinero o interés, ni comprar al fiado –excepto en el giro ordinario de dicho peculio-, sin autorización escrita de las personas mencionadas. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta la concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

d.- Menor sin Peculio Profesional.

No resulta aplicable lo anterior. Al no tener peculio profesional o industrial, el menor carece de patrimonio sobre el cual pueda obligarse. Los actos o contratos efectuados sin autorización de quien tenga la patria potestad adolecen de nulidad relativa.

4.- Caso de Autorización, Ratificación o Representación[18].

Para determinar quién de los padres resulta obligado en el específico caso de los actos y contratos ejecutados o celebrados por el hijo fuera de su peculio profesional o industrial y que hayan sido autorizados o ratificados por el padre o madre que ejerza la patria potestad, o bien en representación del hijo, se requiere distinguir el régimen matrimonial que exista entre los padres, de conformidad al Art. 261 del Código Civil:

[18] Seguimos en este punto plenamente a Carlos López Díaz.

a.- Padres Casados Bajo Sociedad Conyugal. En este caso, los actos o contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre o madre que ejerce patria potestad autorice o ratifique por escrito, o los que éstos efectúen en representación del hijo, obligan directamente al padre o madre en conformidad a las reglas del régimen de la sociedad conyugal y subsidiariamente, al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos.

b.- No existe Régimen de Sociedad Conyugal. Los actos y contratos celebrados por el hijo, sólo obligan al padre o madre que haya intervenido, pudiendo repetir contra el otro padre, en la medida que haya debido satisfacer las necesidades del hijo.

5.- Actos que puede ejecutar el hijo sin autorización.

1. Actos judiciales o extrajudiciales relacionados con su peculio profesional. Tiene por limitación, la prohibición de enajenar o gravar los bienes raíces (aun cuando pertenezcan a su peculio), bajo ningún término o circunstancia. Tampoco puede gravar o enajenar sus derechos hereditarios, sin autorización judicial. Lo anterior de conformidad al Art. 254 del Código Civil.

2. Puede realizar actos de disposición de sus bienes a través de testamento. Art. 262 del Código Civil.

3. Reconocer hijos. Art. 262 del Código Civil.

4. Contraer matrimonio.

6.- Representación Judicial del Hijo.

Se regula en los Art. 263 al 266 del Código Civil, los que disponen:

"Art. 263. Siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o la madre que ejerce la patria potestad, le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis.

El padre o madre que, teniendo la patria potestad, litigue con el hijo, sea como demandante o como demandado, le proveerá de expensas para el juicio, que regulará incidentalmente el tribunal, tomando en consideración la cuantía e importancia de lo debatido y la capacidad económica de las partes."

Respecto de la norma citada se puede mencionar un curioso alcance; si bien la norma es clara en mencionar de qué forma el menor debe actuar para demandar al padre o la madre que ejerce la patria potestad, no menciona y no soluciona en definitiva, el problema que se genera si quien desea demandar es el padre o la madre que ejerce la patria potestad,

René Ramos Pazos considera que con el solo hecho de demandarlo, se le autoriza para litigar, eso sí, es necesario designarle un curador que lo represente en la litis. La posición de Ramos Pazos se fundamente en la forma que lo han entendido los tribunales, apoyando su posición en la jurisprudencia disponible.

Ahora bien, el menor puede comparecer en un juicio como demandante o querellante, para obrar en contra de otro, pero necesitará la autorización o representación del padre o la madre según corresponda, que ejerza la patria potestad, de conformidad como lo dispone el Art. 264 del Código Civil:

"Art. 264. El hijo no puede parecer en juicio, como actor, contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta.

Si el padre, la madre o ambos niegan su consentimiento al hijo para la acción civil que quiera intentar contra un tercero, o si están inhabilitados para prestarlo, podrá el juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis."

De conformidad con el último inciso de la norma citada, la negación del padre o de la madre o la inhabilidad de estos para prestar su consentimiento, no implica que el menor no pueda actuar en juicio y en definitiva ejercer la acción, ya que queda la posibilidad de que el juez los supla y le nombre un curador ad litis, es decir, un curador especial para el solo hecho del juicio que inicie.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior, si la acción que desea ejercer el menor, tiene por fundamento o nazca del peculio profesional o industrial del hijo, éste por virtud del Art. 251 es mirado como mayor de edad, es decir, no necesita autorización alguna para ejercer la acción.

Si se interpone una acción civil en contra del hijo, debemos ceñirnos a lo que dispone el Art. 265, el cual obliga a quien ejerza una acción civil en contra del hijo demandar al padre o madre que ejerza la patria potestad, para que este autorice a comparecer al menor o lo represente. Nuevamente hace excepción a la regla general, aquellas excepciones que nazcan o digan relación con algún asunto relativo al peculio profesional o industrial, recordemos que respecto de estas materias el hijo es visto como plenamente capaz. Dice el Art. 265 del Código Civil:

"Art. 265. En las acciones civiles contra el hijo deberá el actor dirigirse al padre o madre que tenga la patria potestad, para que autorice o represente al hijo en la litis. Si ambos ejercen en conjunto la patria potestad, bastará que se dirija en contra de uno de ellos.

Si el padre o madre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación, podrá el juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis."

Respecto a los juicios criminales (penales) seguidos en contra del hijo, debemos remitirnos al Art. 266 del Código Civil, el cual establece:

"Art. 266. No será necesaria la intervención paterna o materna para proceder criminalmente contra el hijo; pero el padre o madre que tiene la patria potestad será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa."

7.- Suspensión de la Patria Potestad.

El Art. 267 del Código Civil señala una serie de causales, que si bien no extinguen la patria potestad, si la suspenden, estas son:

a.- Demencia del padre o madre que la ejerce;

b.- Menor edad del padre o madre;

c.- Interdicción del padre o madre que le impide administrar sus propios bienes;

d.- Larga ausencia del padre o madre;

e.- Por impedimento físico.

La suspensión de la patria potestad debe ser decretada judicialmente, con conocimiento de causa y después de oídos los parientes del hijo y el defensor de menores. Hace excepción a lo anterior, que sea causal la minoría de edad del padre o madre, en tal caso la suspensión opera de pleno derecho. Art. 268 del Código Civil.

8.- Efectos de la Suspensión de la Patria Potestad.

A. La suspensión opera respecto de uno de los padres. La patria potestad la ejercerá el otro padre.

B. La suspensión afecta a ambos padres. El hijo quedará sujeto a guarda.

9.- Término de la Suspensión.

Se hace conforme al Art. 268 inciso 2º y 3º del Código Civil:

Inciso 2º: *"El juez, en interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión."*

Inciso 3º: *"La resolución que decrete o deje sin efecto la suspensión deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo."*

10.- La Emancipación.

Dentro del estudio de la patria potestad debemos ubicar la emancipación como parte de ésta.

La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad, del padre o madre que la ejerza. La forma de declarar la emancipación puede ser legal o judicial, conforme lo dispone el Art. 269 del Código Civil. Anteriormente se contemplaba la posibilidad de la emancipación voluntaria, pero esta opción fue excluida por la Ley Nº 19.585, la cual dejó reducida esta figura a las dos opciones actuales.

11.- Emancipación Legal.

Esta procede por el solo ministerio de la ley, de manera taxativa, ya que sólo procede en respecto de los casos que establece el Art. 270 del Código Civil. El cual señala los siguientes casos:

A. Por la muerte del padre o madre, a no ser, que el ejercicio de la patria potestad le corresponda al otro;

B. Por el decreto que da la posesión provisoria, o la posesión definitiva en su caso, de los bienes del padre o madre desaparecido, salvo que corresponda al otro ejercitar la patria potestad;

C. Por el matrimonio del hijo;

D. Por haber cumplido el hijo la edad de dieciocho años.

12.- Emancipación Judicial.

Se produce por decreto del juez, en los siguientes casos, contemplados de forma taxativa en el Art. 271 del Código Civil:

A. Por maltrato habitual del hijo por el padre o madre, salvo que corresponda ejercer la patria potestad del otro;

B. Cuando el padre o madre ha abandonado al hijo.

C. Cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva. A no ser que el juez determine que el delito, en atención a su naturaleza, considere que no pone en riesgo el interés del hijo, o también puede entregarle la patria potestad al otro.

D. En caso de inhabilidad física o moral del padre o madre, a no ser, que le corresponda al otro el ejercicio de la patria potestad.

El Art. 271 del Código Civil dispone que la resolución judicial que decrete la emancipación debe subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo. (Inciso final de la norma citada).

Es importante señalar, que las normas antes citadas son de orden público, y las partes no pueden crear causales de emancipación distinta a las señaladas en los Arts. 270 y 271 del Código Civil.

13.- Efectos de la Emancipación. Art. 272 del Código Civil:

"Art. 272. Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable.

Se exceptúa de esta regla la emancipación por muerte presunta o por sentencia judicial fundada en la inhabilidad moral del padre o madre, las que podrán ser dejadas sin efecto por el juez, a petición del respectivo padre o madre, cuando se acredite fehacientemente su existencia o que ha cesado la inhabilidad, según el caso, y además conste que la recuperación de la patria potestad conviene a los intereses del hijo. La resolución judicial que dé lugar a la revocación sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

La revocación de la emancipación procederá por una sola vez."

14.- Limites a la Revocación.

René Ramos Pazos de la lectura del artículo citado saca las siguientes conclusiones a modo de límite a la revocación de la emancipación:

A. La revocación debe ser ordenada por sentencia judicial;

B. Sólo cabe cuando la emancipación se hubiere producido por las causales del Nº 2º del Art. 270 y Nº 4º del Art. 271;

C. El tribunal sólo podrá decretarla cuando convenga a los intereses del hijo;

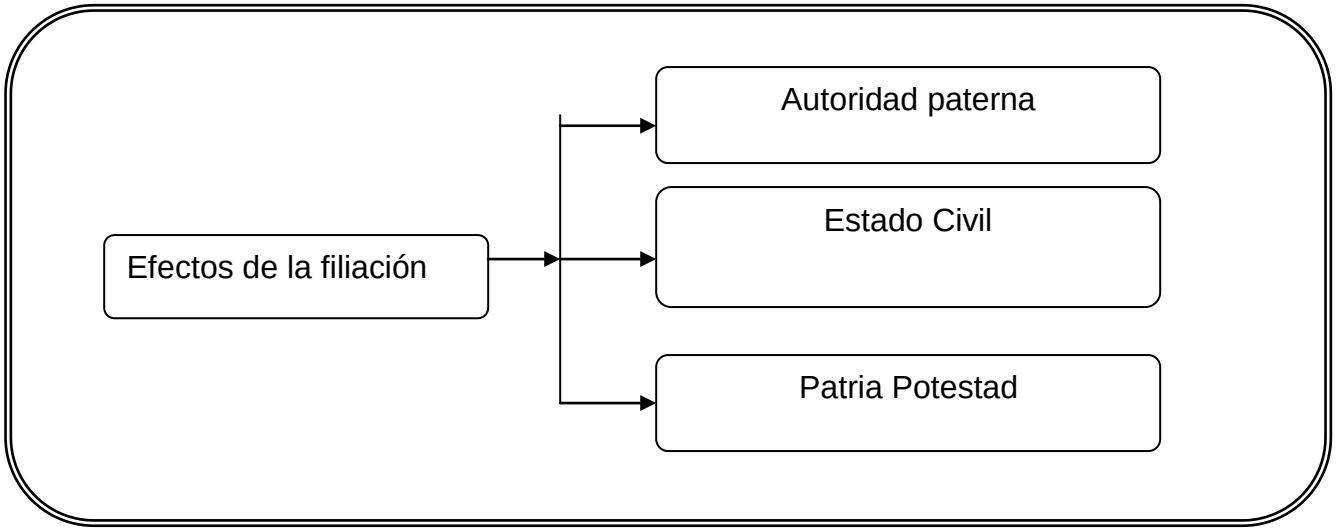
D. La resolución judicial que dé lugar a ella sólo producirá efectos desde que se subinscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y

E. Procede por una sola vez.

Como podemos ver, lo dispuesto en el Art. 272 habla de las perduración de la emancipación mas que de los efectos. Respecto a la calidad en la cual queda el menor emancipado debemos revisar lo dispuesto en el Art. 273 del Código Civil, el cual establece:

"Art. 273. El hijo menor que se emancipa queda sujeto a guarda."

Lo anterior significa que el menor por medio de la emancipación no llega a ser capaz. Es necesario entonces, designarle un curador que lo represente y administre sus bienes[19].



Realice ejercicio nº 25 al 30

[19] Así lo ha considerado René Ramos Pazos.