

REVISIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE LA NORMA CONTENIDA EN EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

REVISION OF THE SENSE AND SCOPE OF THE STANDARD CONTAINED IN THE THIRD PARTY OF ARTICLE 55 OF THE CIVIL MARRIAGE LAW

Artículo enviado el 29 de junio de 2016 y aprobado el 27 de julio de 2016

VERONIKA WEGNER ASTUDILLO*
Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)

RESUMEN. El presente trabajo pretende exponer cuáles han sido las diversas posturas acerca del sentido de cada uno de los requisitos que merecen dudas en la norma contenida en el inciso tercero del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, cuáles han sido los criterios en la jurisprudencia a la luz del estudio de sentencias relevantes de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, contrastándolo con las opiniones contenidas en la historia de la ley y la doctrina.

Palabras clave. Divorcio unilateral – cláusula de dureza – excepción – criterios.

ABSTRACT. *This paper intends to expose the positions on the meaning of each one of the requirements that deserve doubts of article 55 third paragraph of the legal regulation of Civil Marriage: which have been the criteria in relevant rulings of Courts of Appeal and Supreme Court, contrasting them with the views contained in the legislative history and legal doctrine.*

Key words. *Divorce – hardship clause – plea – criteria.*

SUMARIO. Introducción. I. La *ratio* de la norma. II. Las luces y sombras de la disposición. 1. Cese de la convivencia de a lo menos tres años. 2. Que a solicitud de la demandada, el juez verifique. 3. Que el demandante, durante el cese de la convivencia. 4. No ha cumplido a su obligación de alimentos. 5. De manera reiterada. 6. Respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes. 7. Pudiendo hacerlo. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El artículo 55, inciso tercero, de la Ley de Matrimonio Civil¹ prescribe que “[h]abrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

La citada disposición establece la posibilidad al demandado de oponerse a la demanda de divorcio, verificándose los elementos que la misma norma establece, a saber: (i) cese efectivo de la convivencia, de a lo menos tres años; (ii) solicitud de la demandada a fin de que el juez verifique; (iii) que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha cumplido a su obligación de alimentos; (v) de manera reiterada; (vi) respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes; (vii) pudiendo hacerlo. Algunos de estos elementos no presentan problemas en cuanto a su sentido, pero –como veremos– la mayoría de ellos no tiene una interpretación unívoca ni para la doctrina ni para la jurisprudencia.

Para ello, seguiremos el mismo orden expuesto, dividiendo la exposición en siete aspectos que nos merecen interés en ser analizados, para finalmente arribar a las conclusiones a que lleguemos luego de este estudio.

I. LA *RATIO* DE LA NORMA

Los antecedentes de la norma –en particular– la discusión sobre el artículo 56 de la Moción original del Proyecto (Boletín N° 1759-18), dan cuenta del espinoso debate que existió en torno a la inclusión de lo que en la legislación comparada se conoce como cláusula de dureza: la facultad del juez para denegar una acción de divorcio en todos aquellos casos en que se forme la convicción de que –de concederse la demanda– se producirán en uno de los cónyuges y/o los hijos comunes consecuencias más desfavorables que los beneficios pretendidos por la terminación del vínculo.

Se estimó entonces conveniente estudiar y tener como referentes los ordenamientos en los que la antedicha “cláusula” tiene aplicación, en particular el sistema alemán y el francés.

* VERONIKA WEGNER ASTUDILLO es docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, sede Viña del Mar. Dirección postal: Av. Padre Hurtado 750, Viña del Mar, Chile. Correo electrónico: veronika.wegner@uai.cl

¹ En lo sucesivo LMC.

En el primero, el artículo 1568 del *Bürgerliches Gesetzbuch* contiene una *Härteklause*² del siguiente tenor: “[E]l matrimonio no debe disolverse, a pesar de que ha fracasado, siempre y cuando el mantenimiento del mismo se justifique por el bien de los hijos menores habidos en el matrimonio por razones especiales excepcionalmente necesarias, o siempre y cuando el divorcio para el demandado que se opone implique graves dificultades que teniendo en cuenta también los intereses del demandante, en casos excepcionales, hacen necesario el mantenimiento del matrimonio”. Se trata de un impedimento a la terminación del matrimonio, “[a]unque se compruebe su quiebre, por el tiempo que sea necesario excepcionalmente para conservar el matrimonio por razones particulares en interés de los hijos menores y también cuando el demandado se opone al divorcio, en razón de circunstancias excepcionales de tal dureza que la conservación del matrimonio se impone excepcionalmente”.³

En el segundo, el inciso primero del artículo 240 del *Code*⁴ establece una *clause de dureté* que dispone: “[S]i se establece que el divorcio tendrá consecuencias físicas o jurídicas de una dureza excepcional para el cónyuge demandado, especialmente teniendo en cuenta su edad y la duración del matrimonio, o para los niños, el juez rechazará la petición”.

Por su parte, en Inglaterra se establece una *hardship clause* para el caso de demanda unilateral por cese de la convivencia de más de 5 años: “El demandado puede oponerse alegando que la disolución del matrimonio le causaría un grave perjuicio económico o de otra índole, o que sería dañoso en cualquier caso disolver el matrimonio (sec. 5, *Matrimonial Causes Act 1973*)”.⁶

Entre nosotros, el debate se centró en la indicación de los senadores ESPINA, MORENO y ZALDÍVAR cuyo objeto era reemplazar el inciso final del entonces artículo 56 que establecía como limitación a la acción de divorcio unilateral por cese de la convivencia el hecho de que el juez se formare la convicción de que el divorcio producirá, en perjuicio del cónyuge demandado y de los hijos, consecuencias patrimoniales o morales de una gravedad desproporcionada en relación con los beneficios que reportaría al cónyuge demandante la disolución del matrimonio: “Salvo,

² § 1568 *Härteklause* “(1) Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie geschiebert ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint”, disponible en <http://www.gesetze-iminternet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>

³ CORRAL TALCIANI, H. (2001), *Ley de Divorcio. Las razones de un no*. Colección de Estudios de Derecho Actual, Santiago de Chile: Editorial Universidad de los Andes, p. 81.

⁴ Article 240 “Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande”.

en ambos casos, de que conste que, pudiendo hacerlo, mientras duró el cese de la convivencia el cónyuge que demande el divorcio no dio cumplimiento a sus obligaciones legales respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes”.⁷

Si bien en principio la sustitución en comento causó resquemores, terminaron por retirarse las objeciones preliminares a la misma, toda vez que se consideró de especial relevancia para la efectiva protección del cónyuge “más” débil. Para ello se precisó la objetivación que contempló la nueva norma propuesta en el sentido de referirse a un incumplimiento de obligaciones legales y ya no simplemente de una comparación –subjetiva– entre beneficios esperados del divorcio y las consecuencias desventajosas de índole moral o patrimonial que pudieran sufrir el cónyuge demandado y los hijos comunes.⁵

Se determinó en este sentido que la *ratio* de la norma consistía en “[r] eforzar el cumplimiento de las obligaciones con la mujer y con los hijos [siendo] muy grave que el texto literal de la norma [...] se entendiera que [...] es un castigo para no dar el divorcio, cuando lo que todos creemos es lo contrario: que sea un estímulo para que solamente se pueda solicitar el divorcio unilateral habiendo cumplido con las obligaciones de alimentos durante los tres años que se ponen como plazo”.⁶

Por otro lado, se estimó importante concretar a cuáles obligaciones legales se estaba haciendo referencia.⁷ Si bien este punto tampoco fue pacífico, la decisión se inclinó a acotar que el incumplimiento de las obligaciones se refería en exclusiva a las de alimentos legales o forzosos.

Con posterioridad el debate figuró en torno a la inclusión de la expresión “reiterado” que se propuso en el aludido inciso tercero y si el hecho de no haber cumplido con la obligación en alguna oportunidad implicaba la pérdida de la posibilidad de demandar unilateralmente el divorcio por cese de la convivencia. En este sentido, se dejó constancia que el sentido de la norma no era privar de la acción de divorcio en la medida que el incumplimiento no subsistiere al momento de impetrarse la demanda.⁸

⁵ “*Il peut même la rejeter d’office dans le cas prévu à l’article 238*” (disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=50EFA4819509A7ADB A7E496876BE002F.tpdjo08v_2?idArticle=LEGIARTI000006423099&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=200411). CORRAL TALCIANI (2001), p. 81. Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947&anio=2014, pp. 2066-2069.

⁶ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, indicación del senador GAZMURI, pp. 2088-2089.

⁷ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, indicación del senador VIERA-GALLO, p. 2076.

⁸ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, pp. 2081-2082. Así lo indicó el senador ESPINA: “[La norma] viene a resolver precisamente dos problemas pendientes. Uno se refería a los alimentos y el otro a que si la

Otra cuestión que generó discusión fue el hecho de incorporarse en la norma en cuestión la expresión “pudiendo hacerlo”.⁹ En particular, se consideró que “[l]a importancia de que la ley sea precisa, no permita interpretaciones y constituya casi un modelo para el juez. Pero según esta disposición, será él quien determinará si una persona puede o no puede dar cumplimiento a una obligación. Imaginen [...] la cantidad de juicios que habrá permanentemente sólo para el efecto de que el magistrado resuelva si uno de los cónyuges pudo o no pudo cumplir con una obligación para con el otro. Eso, de por sí, generará más dificultades, conflictos y lentitud que la disposición original”.¹⁰ Por otra parte, se señaló que la expresión “pudiendo hacerlo” no sería confusa: “[N]o es así, como ocurre en muchos casos de petición de alimentos, cuando el demandado, por ejemplo, no puede cumplir ese compromiso porque está cesante. Por lo tanto, dicha expresión se aplica a una persona que sí está en condiciones de cumplir con esa obligación. Si un cónyuge es demandado y –por poner un ejemplo– sufre un grave accidente, deja de trabajar y suspende el pago, sería absurdo considerarlo culpable en esas circunstancias. Lo sería si dejara de pagar estando en condiciones de hacerlo”.¹¹⁻¹²

Con posterioridad igualmente se hizo presente la preocupación por las expresiones “reiterado” y “pudiendo hacerlo”. Así, la diputada SEPÚLVEDA indicó tener aprensiones respecto del inciso tercero del artículo 55 en discusión: “[N]o sólo en lo referente al plazo de tres años de cese efectivo de la convivencia conyugal, sino también al incumplimiento

persona fallaba una sola vez en el pasado debía renunciar para siempre a la posibilidad del divorcio, lo cual es absurdo. Es evidente que alguien puede atrasarse. Es posible que no pague en una oportunidad, por haber quedado cesante o por haber tenido alguna dificultad. Entonces, la ley en proyecto cubre esa hipótesis. Por lo tanto, la idea es que la persona al momento de ejercer la acción debe estar al día en el cumplimiento de todas sus obligaciones pasadas. Eso es lo que establece la disposición que hemos revisado minuciosamente. Cualquier otra interpretación me parece excesiva”. En el mismo sentido, indicación del senador VIERA-GALLO, en Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, p. 2083.

⁹ Rol N° 10411-2006. Cita Online: CL/JUR/3095/2007 y CORTE SUPREMA. 5 de marzo de 2013. Rol N° 719-2013. Cita Online: CL/JUR/502/2013; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 31 de enero de 2008. Rol N° 3634-2006. Cita Online: CL/JUR/1526/2008, acordada con el voto en contra de la Ministra señora VALDOVINOS, quien fue de opinión de confirmar la sentencia apelada por compartir sus fundamentos.

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, indicación del senador COLOMA, p. 2084-2085.

¹¹ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, indicación del senador ESPINA, p. 2087.

¹² Terminada la votación, se aprobó la indicación con 21 votos (ABURTO, ARANCIBIA, BOENINGER, CANTERO, CHADWICK, ESPINA, FOXLEY, FREI [Carmen], FREI [Eduardo], GAZMURI, MATTHEI, MORENO, NÚÑEZ, PÁEZ, PIZARRO, SABAG, STANGE, VEGA, VIERA-GALLO, ZALDÍVAR [Andrés] y ZURITA), dos votos en contra (COLOMA y ORPIS), 6 abstenciones (BOMBAL, LARRAÍN, MUÑOZ BARRA, NOVOA, OMINAMI y ROMERO) y no votaron por estar pareados ARANCIBIA, CORDERO, FERNÁNDEZ, GARCÍA y PARRA.

reiterado del demandado de su obligación de proporcionar alimentos al cónyuge demandante y a los hijos comunes. ¿Qué significa que dicho incumplimiento sea reiterado? ¿Dos, tres, cuatro o cinco veces? ¿No basta con que no pague una sola vez lo que le corresponde? Me complica, asimismo, la frase final del inciso tercero: ‘pudiendo hacerlo’. Sabemos que, en el país, más de un 90 por ciento de las pensiones alimenticias no se pagan –porque es difícil verificar el monto de las remuneraciones, porque cuesta encontrar el domicilio, etcétera– y quienes las demandan deben soportar muchas tramitaciones en los juzgados para obtenerla. Existen innumerables razones por las cuales no se pagan las pensiones alimenticias. No puedo entender que más de un 90 por ciento de las mujeres o de las familias esté esperándola. Con esta disposición entregamos una salida. La expresión ‘pudiendo hacerlo’, sin duda, la determinará el juez; pero en este caso, también van a existir múltiples oportunidades para evadir esa obligación”.¹⁴⁻¹⁵

Finalmente se incorpora en nuestro ordenamiento una norma que permite al juez rechazar la acción de divorcio unilateral cumpliéndose ciertos requisitos de carácter objetivo, lo que permite dar aplicación a los principios de protección al cónyuge más débil y del interés superior del niño, niña o adolescente consagrados en el artículo 3° de la ley.¹³

Terminada la votación se aprobó en forma económica, con 67 votos a favor (ACCORSI, AGUILÓ, ÁLVAREZ, ALLENDE (Isabel), ASCENCIO, BAYO, BECKER, BERTOLINO, BUSTOS, CARABALL (Eliana), CERONI, CORNEJO, DITTBORN, ENCINA, ESCALONA, ESPINOZA, GALILEA (Pablo), GALILEA (José Antonio), GIRARDI, GONZÁLEZ (Rodrigo), HALES, HIDALGO, IBÁÑEZ (Carmen), JARAMILLO, JARPA, JEAME BARRUETO, LEAL, LETELIER (Juan Pablo), LETELIER (Felipe), LONGTON, MASFERRER, MELLA (María Eugenia), MEZA, MONTES, MORA, MOREIRA, MULET, MUÑOZ (Pedro), MUÑOZ (Adriana), NAVARRO, OJEDA, OLIVARES, ORTIZ, PAREDES, PÉREZ (José), PÉREZ (Aníbal), PÉREZ (Ramón), QUINTANA, ROBLES, ROJAS, ROSSI, SAA (María Antonieta), SALAS, SÁNCHEZ, SEGUEL, SEPÚLVEDA (Alejandra), SILVA, SOTO (Laura), TAPIA, TARUD, TOHÁ (Carolina), TUMA, VALENZUELA, VENEGAS, VIDAL (Ximena), VILCHES y VILLOUTA; 33 en contra (ÁLVAREZ-SALAMANCA, BARROS, BAUER, BURGOS, CARDEMIL, CORREA, CRISTI (María Angélica), CUBILLOS (Marcela), DELMASTRO, DÍAZ, EGAÑA, FORNI, GARCÍA (René Manuel), GARCÍA-HUIDOBRO, GUZMÁN (Pía), HERNÁNDEZ, IBÁÑEZ (Gonzalo), KUSCHEL, LONGUEIRA, MARTÍNEZ, MOLINA, MONCKEBERG, NORAMBUENA, PALMA, PÉREZ (Lily), PRIETO, RECONDO, SAFFIRIO, ULLOA, URIARTE, URRUTIA, VARELA y VON MÜHLENBROCK; y 6 abstenciones (ALVARADO, ARAYA, LORENZINI, LUKSIC, PÉREZ (Víctor) y RIVEROS). N° 19.947 y 16 de la Ley N° 19.968.¹⁴ Sin

¹³ Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, p. 2173. En el mismo sentido, indicación del diputado ARAYA, p. 2209.

¹⁴ Para BARAONA se protege igualmente a través de esta norma la preservación de la

embargo, este propósito se diluye cuando en la aplicación de la misma existen diversas interpretaciones y sentidos.

Como advierte QUINTANA, “[s]e echa de menos una cláusula de dureza como las que positivaron la legislación francesa [...] y alemana que permitían al juez negar el divorcio cuando el perjuicio que el otro cónyuge o los hijos sufrirían con el mismo fuese mayor que el posible beneficio que este irrogaría al actor”.¹⁵ Y si bien “[n]uestro legislador, en la etapa de tramitación de la ley, la previó, incluso para la separación, mas no la incluyó en el articulado definitivo, argumentando que la concesión del divorcio –o de la separación, en su caso– estaría entregada a la discrecionalidad del juez, como sucedió en Francia, en que los jueces contrarios al divorcio vincular la aplicaban con gran frecuencia, lo que llevó a la derogación de la norma que la consagraba”.¹⁶

Como veremos, la ausencia de un sentido unívoco ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a interpretar la norma de manera restrictiva, mostrándose reticentes a la aplicación efectiva de la referida excepción.

II. LAS LUCES Y SOMBRAS DE LA DISPOSICIÓN

Como señaláramos más arriba, de la lectura de la norma, es posible desprender a lo menos siete elementos que la integran. Algunos de ellos, son más bien claros, y no presentan problemas en su interpretación. Aparece evidente que la interpretación coincide con el tenor literal de la norma. Otros en cambio, son oscuros, y admiten diversas posturas.

De cada uno de los elementos nos referiremos a continuación.

1. Cese de la convivencia de a lo menos tres años

El contexto en el que tiene aplicación el inciso tercero del artículo 55 de la LMC es en juicio iniciado a través de una demanda de divorcio por cese de la convivencia. No se pretende enervar a través de esta excepción una demanda de divorcio sanción o culposo,¹⁷ a los que se refiere

vida en común, cuestiones todas superiores al interés de quien solicita el divorcio. *Vid.* BARAONA GONZÁLEZ, J. (2005), “Estrategias para enfrentar una demanda de divorcio”, en ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, A. y CORRAL TALCIANI, H., *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*, Cuadernos de extensión jurídica, 11, Santiago de Chile: Universidad de los Andes, p. 182.

¹⁵ QUINTANA VILLAR, M. (2013), *Derecho de Familia*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 101.

¹⁶ QUINTANA VILLAR (2013), p. 102.

¹⁷ En el mismo sentido, TURNER SÁLZER, S. (2008), “Sentencia sobre los requisitos de procedencia de la excepción consagrada en el art. 55 inciso 3° de la Ley de Matrimonio Civil: hacia la morigeración de su ‘dureza’ (Corte de Apelaciones de San Miguel)”, en *Revista de Derecho*, 21 (2), Valdivia: Universidad Austral de Chile, p. 287.

el artículo 54 de la LMC, sino que exclusivamente tendría aplicación para los casos de divorcio remedio unilaterales.

Es mayormente claro y pacífico en este punto, que se trata de una defensa del demandado –excepción perentoria– destinada a enervar la acción de divorcio.¹⁸ Aunque para otros, se trataría de un requisito del divorcio unilateral por cese de la convivencia que debe cumplirse al momento de incoar la acción.¹⁹

La oportunidad procesal para oponerla sería la contestación de la demanda, de acuerdo al artículo 58 de la Ley N° 19.968.²⁰ Aunque se ha sostenido que se puede alegar incluso en forma incidental durante la audiencia preparatoria.²¹

Nosotros pensamos que se trata de una excepción mixta, lo que implica que si bien recae en el fondo de la acción deducida, debe oponerse y tramitarse como una dilatoria, esto es, dentro del término de emplazamiento indicado en el artículo 58 de la Ley N° 19.968, no pudiendo alegarse en un momento posterior.

2. *Que a solicitud de la demandada, el juez verifique*

Por tratarse de una excepción procesal, y por lo mismo, de una de las actitudes que puede asumir el demandado en un juicio, se vincula íntimamente con el principio dispositivo, por lo que el emplazado podría perfectamente renunciar a esta excepción y no hacerla valer,²² sin estar facultado el juez para rechazar la demanda oficiosamente.

Sin embargo, como indica LEPÍN, la expresión “verifique” ha dado lugar a dos interpretaciones: la primera es que el juez de oficio pueda escudriñar la existencia del incumplimiento alegado, fundado en lo dis-

¹⁸ LEPÍN MOLINA, C. (2013), “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2). Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 536; LLULLUE NAVARRETE, P. (2013), *Divorcio, compensación económica y responsabilidad conyugal*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, p. 90.

¹⁹ Se ha señalado por la jurisprudencia que es procedente oponer esta excepción en la contestación de la demanda (CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. Sentencia de 25 de septiembre de 2009. Rol N° 289-2009. Cita Online: CL/JUR/1424/2009); que siendo “[d]e carácter perentorio, debe ser alegada por el cónyuge afectado. Sin perjuicio de lo anterior, no es procedente alegar esta circunstancia con posterioridad a la citación para oír sentencia, estando extinguido el término probatorio, ni mucho menos con posterioridad a la dictación de la sentencia definitiva (CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. Sentencia de 13 de enero de 2006. Rol N° 853-2005. Cita Online: CL/JUR/5673/2006) y que “[p]ropiamente una excepción de esta clase, la cual, por su naturaleza, no tiene otra oportunidad de ser formulada, por no encontrarse en los casos de excepción establecidos en los artículos 304 y 310 del Código de Procedimiento Civil” (CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Sentencia de 31 de enero de 2014. Rol N° 334-2013. Cita Online: CL/JUR/199/2014).

²⁰ LLULLUE NAVARRETE (2013), p. 107.

²¹ LEPÍN MOLINA (2013), p. 535.

²² CHACANA GARRIDO, C. (2013), *Tratado de Derecho de Familia*, II, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, p. 1053.

puesto en el artículo 29 de la Ley N° 19.968, y la segunda es que tenga aplicación la regla general en materia de prueba “[e]s decir, quien alega el incumplimiento deberá probarlo conforme al artículo 1698 Código Civil; interpretación que parece de toda lógica, considerando que se trata de un hecho negativo”.²³

Pensamos que la primera lectura excede por mucho la *ratio* de la norma en que se funda esta postura, en el sentido de que ella se refiere precisamente al ofrecimiento de prueba de las partes para acreditar sus alegaciones pudiendo el juez ordenar que se acompañen otras, de acuerdo al inciso final del mencionado artículo 29.

En cuanto a esta expresión se ha fallado que “[a]parece claramente del tenor del artículo 55, inciso 3° de la Ley N° 19.947, que el Juez se encuentra obligado a verificar dicho cumplimiento sólo a solicitud de la parte demandada [...], y que, por consiguiente, el Juez no se encontraba obligado a verificar y menos facultado para, supuestamente, rechazar por este motivo la demanda de divorcio interpuesta”.²⁴

Luego, acerca del *onus probandi* de la alegación de incumplimiento se ha señalado por la doctrina que “[n]o existiendo norma especial en la Ley de Matrimonio Civil, es aplicable la regla general del artículo 1698 CC, es decir, será el actor quien deberá probar el cumplimiento”.²⁵

Entendemos que tratándose de la alegación de un incumplimiento, tiene aplicación lo señalado en el artículo 1698 del Código Civil, en el sentido que la carga probatoria de la excepción radica en quien la alega. Pensamos que es importante además para dilucidar esta cuestión el hecho de existir una norma que presume el cumplimiento o la ausencia de necesidades del alimentante en materia de alimentos legales y forzosos, cuando se señala en el artículo 331 del Código Civil que “[l]os alimentos se deben desde la primera demanda”, cuestión que refuerza en este caso el hecho de que recae en el demandado la prueba del incumplimiento.

Sin embargo, la mayoría de los fallos revisados entienden que la excepción contenida en el artículo 55 es una excepción de carácter perentoria que debe ser alegada por el cónyuge demandado y “[q]ue el peso de la prueba por aplicación de la regla general del artículo 1698 del Código Civil, corresponde al actor”.²⁶ Así, “[e]s deber de la deman-

²³ LEPÍN MOLINA (2013), p. 535.

²⁴ Sentencia de CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ. 18 de febrero de 2010. Rol N° 118-2009. Cita Online: CL/JUR/1457/2010.

²⁵ QUINTANA VILLAR (2013), p. 109.

²⁶ Sentencias de CORTE SUPREMA. 21 de noviembre de 2006. Rol N° 3320-2006. Cita Online: CL/JUR/3770/2006. En idéntico sentido, sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 25 de mayo de 2007. Rol N° 671-2007. Cita Online: CL/JUR/968/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 21 de diciembre de 2007. Rol N° 1549-2007. Cita Online: CL/JUR/3089/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de mayo de 2008. Rol N° 1724-2007. Cita Online: CL/JUR/2461/2008; CORTE SUPREMA. 6 de abril de 2009. Rol N° 727-2009. Cita Online: CL/JUR/9570/2009; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 4 de junio de 2009. Rol N° 11-2009. Cita Online: CL/

dada que pretende se rechace la demanda de divorcio probar que se haya convenido por los cónyuges el pago de una pensión de alimentos que debe solventar el demandante de divorcio o emitido una sentencia judicial que lo haya condenado a solucionarla a favor de su cónyuge o de los hijos comunes; mientras que será de cargo del actor, acreditar que se encuentra al día en dicha obligación o que, de no estarlo, ello se debe a una imposibilidad real de hacerlo”.²⁷

En voto minoritario en un fallo de la Corte Suprema relativamente reciente,²⁸ se lee “[q]ue el expreso tenor del inciso tercero del artículo 55 de la Ley N° 19.947 da cuenta que, a solicitud de la parte demandada es al juez a quien se impone la carga de verificar que el demandado de divorcio no ha dado cumplimiento a la obligación de alimentos con las modalidades allí expresadas, esto es, de manera reiterada y estando en condiciones de hacerlo, por lo que no se está en presencia de una situación de suyo tan excepcional que impusiera al demandante la obligación de fundamentar y además probar una excepción que opone su contraparte”.²⁹

3. *Que el demandante, durante el cese de la convivencia*

Para que opere la excepción es necesario comprobar que el demandante de divorcio haya asumido una actitud de abandono o descuido respecto del demandado, y este incumplimiento del deber de socorro se verifique durante el cese de la convivencia, cese que debe ser –a lo menos– de tres años.

La LMC permite solicitar el divorcio de conformidad a sus reglas a quienes se encuentren separados con anterioridad a la entrada en vigen-

JUR/9681/2009; CORTE SUPREMA. 7 de septiembre de 2009. Rol N° 4559-2009. Cita Online: CL/JUR/9680/2009; CORTE SUPREMA. 22 de marzo de 2010. Rol N° 9123-2009. Cita Online: CL/JUR/11815/2010; CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 23 de marzo de 2010. Rol N° 168-2009. Cita Online: CL/JUR/16794/2010; CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 5 de abril de 2010. Rol N° 9-2010. Cita Online: CL/JUR/2098/2010; CORTE SUPREMA. 7 de junio de 2010. Rol N° 2857-2010. Cita Online: CL/JUR/16793/2010; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 9 de agosto de 2010. Rol N° 1982010. Cita Online: CL/JUR/4834/2010; CORTE SUPREMA. 30 de enero de 2014. Rol N° 6053-2013. Cita Online: CL/JUR/251/2014; y CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 31 de enero de 2014. Rol N° 334-2013. Cita Online: CL/JUR/199/2014.

²⁷ Sentencia de CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de abril de 2016. Rol N° 569-2015. Cita Online: CL/JUR/2935/2016.

²⁸ Voto de la Ministra señora EGNEM y del Ministro Suplente señor PFEIFFER en sentencia de CORTE SUPREMA. 30 de enero de 2014. Rol N° 6053-2013. Cita Online: CL/JUR/251/2014.

²⁹ Rol N° 2339-2009. Cita Online: CL/JUR/510/2010, cuando señala “[q]ue el derecho a defenderse de la acción de divorcio que la ley confiere al cónyuge, cuando su demandante durante el tiempo en que ha cesado la convivencia incumple reiteradamente con su obligación de alimentos respecto de él y de sus hijos comunes, constituye –como ya se adelantó– una excepción perentoria –cuya finalidad es enervar la acción– y como tal ha de contenerse en la contestación de la demanda, debiendo recaer prueba a su respecto, todo lo cual en la especie no aconteció”.

cia de la ley, estableciendo normas que permiten la acreditación de los plazos requeridos de manera distinta a la señalada en la misma ley en su artículo 2° transitorio. De esta forma, quien se encuentre separado hace más de tres años con anterioridad a la entrada en vigencia de la LMC, está facultado para demandar el divorcio unilateral, beneficiándose de la nueva regulación.

No obstante lo anterior, se presenta el problema de la aplicación retroactiva de la excepción, o en otras palabras, la cuestión de si es posible enervar la acción de divorcio cuando los incumplimientos de las obligaciones alimenticias son anteriores a la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Matrimonio Civil.

De forma que ¿es menester para que se acoja la excepción que el incumplimiento se produzca (únicamente) luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.947?

De manera generalizada se ha señalado que el rechazo de la acción por incumplimiento del deber de alimentos debe provenir únicamente de conductas desplegadas por el cónyuge deudor luego de la vigencia de la ley, operando la excepción de manera irretroactiva, según lo señalado en el artículo 9° del Código Civil. Se trataría además de una sanción civil por lo que resulta inadmisibles su aplicación a hechos ocurridos con anterioridad a su vigor.

Como advierte RAMOS, “[d]e no entenderse las cosas de esta manera, se estaría vulnerando el artículo 19 N° 3, inciso penúltimo, de la Carta Fundamental, que dispone que ‘ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado’”,³⁰ no pudiendo aplicarse una consecuencia desfavorable a los hechos acaecidos antes de la promulgación de la ley respectiva.

Señala la referida disposición que: “Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio. Sin perjuicio de lo anterior, las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión originan, se regirán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884. Además, no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho. De conformidad al inciso primero, habiéndose previamente cumplido el procedimiento sobre

³⁰ RAMOS PAZOS, R. (2010), *Derecho de Familia*, I, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 111-112.

ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, regulados por los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, las sentencias relativas a divorcios pronunciados por tribunales extranjeros tendrán fuerza en Chile, sin perjuicio de haber sido dictadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta ley”.³¹

Nuestra jurisprudencia ha entendido que la norma contenida en el aludido inciso tercero no tiene aplicación retroactiva a los incumplimientos verificados con anterioridad a su entrada en vigencia. Así, con el voto minoritario del referido autor en calidad de abogado integrante, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, se estableció “[q]ue la primera cuestión que se debe analizar, es si la excepción de que se viene tratando, resulta procedente cuando el incumplimiento aconteció –como ocurre en este caso– con anterioridad a la Ley N° 19.947 [...]. Que sobre este punto, [...] esta Corte ha fallado que [...] al negar la acción de divorcio al cónyuge que no ha cumplido en forma reiterada con su obligación alimenticia, se le está imponiendo una sanción que no puede hacerse efectiva en forma retroactiva, es decir, cuando el incumplimiento ha ocurrido antes de la entrada en vigencia de la ley que la establece [...]. Este disidente comparte tal criterio, por estimar que no es posible castigar a nadie con una pena –civil o penal– por una conducta que al momento en que fue desarrollada, no estaba sancionada de esa manera, pues los seres humanos ajustan su actuar a lo que permite la legislación vigente en ese momento, no a lo que pueda establecer una norma futura. En caso contrario, se atenta severamente contra el principio de la seguridad jurídica, que es obligación de los tribunales cautelar”.³²

Esta disidencia luego aparece como un criterio mayoritario para desestimar la excepción en todo caso cuya alegación se refiriera a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor: “El no pago reiterado de alimentos, en efecto, hasta la fecha de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil, acarrea y, por cierto, aún acarrea, diversas consecuencias adversas para el alimentante, tales como las medidas de apremio contempladas en el artículo 14 de la Ley de Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias; de existir sociedad conyugal, otorga el derecho a la mujer para demandar la separación judicial de bienes; priva del cuidado personal del hijo al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo, etcétera. [De forma que] bajo el imperio de la ley anterior, en que aconteció el incumplimiento reiterado por parte del actor, antes de su declaratoria de quiebra, tal hecho acarrea otras sanciones civiles, mas no la privación de la acción de divorcio, no

³¹ LEPÍN MOLINA (2013), p. 538. En el mismo sentido, LLULLUE NAVARRETE (2013), pp. 104-106.

³² Sentencia de CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 16 de octubre de 2006. Rol N° 3167-2006. Cita Online: CL/JUR/3585/2006.

pudiéndosele aplicar esa sanción a los actos ejecutados bajo el imperio de la ley antigua, que no la contemplaba”.³⁶

Pensamos que la norma si tiene aplicación a toda acción de divorcio que se intente (se hayan empezado a contar los plazos del cese de la convivencia antes de su promulgación o no y se hayan verificado los incumplimientos de alimentos antes de su vigencia o no), toda vez que el sentido de la norma no es el de “sancionar” al demandante a través de la denegación de su acción y el consecuente mantenimiento del vínculo matrimonial, sino muy por el contrario, incentivarlo o apercibirlo si se quiere al cumplimiento de sus obligaciones legales, las que se seguirán devengando si se mantiene el matrimonio (en particular en el caso de las obligaciones alimenticias respecto a su cónyuge).

Fundamos además esta postura en la norma contenida en el artículo 23 del Código Civil, que señala que “[l]o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para³³ ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

Por otro lado, la misma disposición 2º transitoria señala de manera expresa que “[l]os matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio”, cuestión que hace aplicable plenamente el referido inciso tercero del artículo 55 de la LMC.

Finalmente, cuando la ley quiso excluir su aplicación a los matrimonios celebrados con anterioridad a su vigencia lo hizo expresamente, como ocurre en el inciso final de la disposición transitoria en comento.

4. *No ha cumplido a su obligación de alimentos*

Para poder invocar la excepción es necesario que el demandado no haya cumplido su obligación de pagar alimentos, pudiendo hacerlo. De inmediato la pregunta que podría surgir es si la norma se refiere al pago de alimentos legales o bien, si alcanza a los alimentos voluntarios.

³³ Sentencia de CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 3 de julio de 2006. Rol N° 996-2006. Cita Online: CL/JUR/2153/2006. Idéntico criterio en sentencia de la misma CORTE. 10 de enero de 2008. Rol N° 10112007. Cita Online: CL/JUR/1295/2008. En el mismo sentido, fundado ahora en lo dispuesto en el artículo 9º del Código Civil, sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 30 de abril de 2007. Rol N° 600-2006. Cita Online: CL/JUR/775/2007; CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 16 de noviembre de 2007. Rol N° 3862007. Cita Online: CL/JUR/2528/2007; CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. 20 de junio de 2008. Rol N° 603-2008. Cita Online: CL/JUR/2715/2008; CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. 3 de noviembre de 2008. Rol N° 944-2008. Cita Online: CL/JUR/3945/2008; CORTE SUPREMA. 15 de junio de 2009. Rol N° 31752009. Cita Online: CL/JUR/6565/2009; CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 22 de septiembre de 2009. Rol N° 423-2009. Cita Online: CL/JUR/1269/2009 y de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 14 de enero de 2015. Rol N° 315-2014. Cita Online: CL/JUR/228/2015.

Estimamos claro que la disposición, al aludir al cumplimiento de alimentos respecto del cónyuge y de los hijos comunes, se refiere a los alimentos que se deben por ley, por tratarse de aquellos que se deben respecto de las personas enumeradas en el artículo 321 números 1° y 2° del Código Civil, coincidiendo además con los sujetos a quienes se protege de acuerdo a los principios de protección del cónyuge más débil y del interés superior del niño, niña o adolescente.

Ahora bien, ¿es necesario que se haya judicializado la obligación? ¿O basta con tener el título para reclamar los alimentos y que éstos no se solucionen de manera voluntaria?

Para parte de la doctrina, si bien “[n]o queda claro si lo que cabe exigir al demandante es que haya cumplido con el pago de pensiones alimenticias decretadas judicialmente o si, por el contrario bastaría para negar el divorcio que el demandado alegue y que el demandante no pueda acreditar que ha proporcionado ayuda económica, aun cuando no se encuentre fijada judicialmente una pensión”,³⁴ es necesario que los alimentos legales se hayan decretado judicialmente.³⁵ Se incluiría dentro de la noción de alimentos decretados judicialmente aquellos establecidos de manera definitiva por sentencia firme o incluso aquellos concedidos de forma provisoria, con la sola presentación de la demanda.³⁶ También se ha estimado comprensiva de la cuestión el que bien exista un equivalente jurisdiccional que los establezca.³⁷ En contra de esta postura, CHACANA.³⁸ En este punto, concordamos con la jurisprudencia, siendo necesario que exista una sentencia judicial que los fije,³⁹ –de manera provisoria o definitiva– o bien que se establezcan en algún equivalente jurisdiccional.⁴⁰

³⁴ VÉLIZ MÖLLER, P. (2004), *Divorcio, nulidad y separación. Los caminos frente a la ruptura*, Santiago de Chile: Ediciones Cerro Manquehue, pp. 56-57.

³⁵ RAMOS PAZOS (2010), p. 110. Para VÉLIZ “[d]ebe tratarse del incumplimiento de alimentos decretados judicialmente [...] que sólo serán decretados una vez que el tribunal verifique el cumplimiento de los requisitos para su procedencia, en tanto ello no ocurra no existe jurídicamente la obligación de otorgarlos”. VÉLIZ MÖLLER (2004), p. 57.

³⁶ LEPÍN MOLINA (2013), p. 536.

³⁷ LLULLUE NAVARRETE (2013), p. 91.

³⁸ CHACANA GARRIDO (2013), p. 1052.

³⁹ Así, en sentencia de CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 30 de julio de 2008. Rol N° 3822-2007. Cita Online: CL/JUR/3052/2008, se resuelve estimar que se cumple lo exigido en el inciso tercero del artículo 55 LMC, “[p]ues a la fecha en que se presentó la demanda de divorcio, 26 de agosto de 2005, no existía ninguna pensión decretada a favor de la cónyuge, que pudiera dar lugar a un incumplimiento reiterado de una obligación alimenticia”.

⁴⁰ Sentencias de CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA. 20 de mayo de 2008. Rol N° 1151-2007. Cita Online: CL/JUR/2396/2008 (avenimiento); CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de marzo de 2009. Rol N° 202009. Cita Online: CL/JUR/6205/2009 (avenimiento); CORTE SUPREMA. 7 de septiembre de 2009. Rol N° 4559-2009. Cita Online: CL/JUR/9680/2009; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 11 de noviembre de 2009. Rol N° 389-2009. Cita Online: CL/JUR/3333/2009.

Por otro lado, se plantea el problema de la entidad del incumplimiento. ¿Basta que el incumplimiento sea parcial? ¿Es posible alegar la excepción frente a un incumplimiento de poca monta? ¿Y qué ocurre con las alegaciones en torno a la reajustabilidad de los alimentos decretados o acordados?

En general, concordamos con LLULLUE cuando indica que el incumplimiento alegado debe ser de relevancia.⁴¹ Debe tratarse de un incumplimiento total o parcial, excluyéndose los créditos adeudados de poca monta. A propósito de la entidad del incumplimiento, se ha señalado que la excepción se establece como “[u]n mecanismo de corrección (en los restringidos ámbitos en que el derecho puede desplegar sus efectos en estas materias) de las inequidades derivadas del ejercicio unilateral de la acción de divorcio y no como obstáculo insalvable al mismo”.⁴²

A propósito de esta última cuestión, se ha fallado “[q]ue no obstante que la excepción [...], no hace mención alguna en cuanto a la entidad del incumplimiento capaz de generar el efecto de enervar la acción de divorcio, pudiendo bastar la más mínima infracción, lo cierto es que aplicar la cláusula de dureza, a diferencias por reajustabilidad las que en último término ya han sido pagadas, no pueden ser consideradas como incumplimiento reiterado del demandante a su obligación de prestar alimentos, en términos tales que lo obliguen a mantener la vigencia del vínculo matrimonial, vedándole solicitar su término”.⁴³ Mismo criterio se aplica respecto de las diferencias insignificantes en liquidaciones de deuda.⁴⁴

Sin embargo no existe uniformidad en la jurisprudencia en cuando a acoger o rechazar la excepción por incumplimientos parciales.⁴⁵

Con ocasión de las eventuales alegaciones acerca de la ausencia de pago de alimentos reajustados (por no haberlos solicitado así oportunamente la parte que los alega), concordamos con TURNER cuando señala que de aceptarse esta posibilidad de oponer la excepción por no solicitar

⁴¹ LLULLUE NAVARRETE (2013), p. 104.

⁴² TURNER SÁLZER (2008), p. 288.

⁴³ Sentencia de CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 6 de julio de 2010. Rol N° 166-2010, Cita Online: CL/JUR/3622/2010.

⁴⁴ “Del estudio de tales antecedentes, si bien a fojas 6 aparece una liquidación judicial que arroja al 4 de agosto de 2006, un saldo adeudado de \$ 1.365.158, lo cierto es que después de un sin número de objeciones, de solicitudes de nuevas liquidaciones y de actualización de las mismas, se efectuó una nueva liquidación [...], y aun cuando tal liquidación determina que a diciembre de 2006, se estaría adeudando \$ 29.108, resulta evidente que tal suma proviene de pequeñas diferencias producidas mes a mes, las que sumadas arrojan la suma indicada” (sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 16 de noviembre de 2007. Rol N° 386-2007. Cita Online: CL/JUR/2528/2007).

⁴⁵ “[L]as liquidaciones [...] dan cuenta de sumas adeudadas todos los meses hasta agosto de 2009. Sin que para ello sea relevante que el incumplimiento sea parcial, porque las obligaciones deben cumplirse en forma íntegra y el pago debe hacerse bajo todo respecto al tenor de la obligación”. Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 9 de agosto de 2010. Rol N° 198-2010. Cita Online: CL/JUR/4834/2010.

el alimentario la reliquidación de los alimentos oportunamente, permitiría al acreedor asumir y beneficiarse de su negligencia y preparar de esta forma la excepción para el eventual juicio de divorcio unilateral.⁴⁶⁻⁴⁷

5. *De manera reiterada*

Otro de los elementos que merece detención es qué debe entenderse por reiteración. Sin lugar a dudas, el sentido obvio de la expresión es que se trata de algo que se hace o sucede repetidamente. Pero, ¿es necesario que la reiteración se manifieste en la solicitud de medidas compulsivas para el cobro de los alimentos?

Una cantidad menor a la que se había obligado, pero esa circunstancia no demuestra que éste haya incumplido durante el cese de la convivencia en forma reiterada a su obligación del pago de los alimentos” (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. 25 de enero de 2008. Rol N° 3049-2006. Cita Online: CL/JUR/1453/2008). En una sentencia reciente de la Corte Suprema. 9 de marzo de 2016. Rol N° 9444-2015. Cita Online: CL/JUR/1673/2016, se resolvió que “[e]n este punto se equivocan los jueces, ya que sostienen que el incumplimiento no es reiterado sino irregular porque la palabra reiterada implica que a lo menos se dejó de pagar la pensión en dos oportunidades, lo que quedó demostrado con las órdenes de arresto; sin embargo, la Corte no ha señalado ni explicado qué significaría un cumplimiento irregular; además, sostiene que para que se cumplan los requisitos el demandante debe tener una actitud permanente de incumplimiento y debe ser grave; ambos calificativos no se encuentran en el artículo 55, inciso tercero de la Ley de Matrimonio Civil, por lo cual los jueces yerran al exigirlo. Es de toda lógica entender que incumplir con la obligación de alimentos es grave, ya que significa poner en riesgo la vida de los hijos, ya que no contarán con lo mínimo para su subsistencia. Por último, también se equivocan, los jueces al entender que los complementos no forman parte de la pensión de alimentos, de lo contrario no es entendible la razón por la cual los tribunales concedieron las órdenes de arresto al respecto; las pensiones de alimentos pueden ser fijadas de distintas maneras y, en este caso, estaba constituida por una cuota mensual y por el complemento que debía pagarse dos veces al año; ambos constituyen la pensión de alimentos de los hijos y cónyuge y, por lo tanto no es cierto sostener que el incumplimiento no sería aplicable ya que se trata sólo de los complementos”.

⁴⁶ TURNER SÁLZER (2008), p. 287.

⁴⁷ En procedimiento donde se fijaron alimentos provisorios, pero se declaró abandonada la instancia “[p]ara los efectos de que se trata, debe considerarse que nunca existió. Por lo demás, respecto del pago de los alimentos provisorios fijados en el mismo, los alimentarios nunca exigieron el cumplimiento de la obligación de pagar alimentos provisorios por el alimentante y actual actor, por lo que tampoco podría haberse estimado como acreditada tal circunstancia” (sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ARICA. 19 de enero de 2010. Rol N° 158-2009. Cita Online: CL/JUR/739/2010).

Para algunos, “[e]l incumplimiento de la obligación no requiere arresto sino reiteración”,⁴⁸ de forma que para que el requisito se entienda cumplido no es necesario que se verifique apremio alguno.⁴⁹ Como indica LEPÍN, la norma no exige apremios ni menos su reiteración “[a] diferencia de lo que ocurre en el artículo 19 de la [Ley N° 14.908], que exige que conste en el proceso que se hubiere decretado dos veces alguno de los apremios señalados en los artículos 14 y 16, para hacer procedentes alguna de las sanciones que se establecen en dicha disposición”.⁵⁰

Para otros, en cambio, la expresión reiteración no dice relación sino con “[l]a certificación por parte del tribunal que corresponda, de los apremios decretados judicialmente”,⁵¹ correspondiendo al demandante “[a]creditar que ello no se debe a simple desidia o mala fe y que ha estado impedido de hacerlo, alegación que en todo caso debería exigirse que se hubiere planteado oportunamente ante el tribunal que decretó las pensiones”.⁵²

No existe uniformidad tampoco en la jurisprudencia en este punto. Así se ha fallado que para que se configure la reiteración es necesario que se hayan solicitado y decretado apremios respecto del deudor demandante de divorcio unilateral,⁵³ mientras que en otros casos se ha resuelto que basta comprobar el incumplimiento, sin que sea necesario el despliegue de una conducta específica de parte del alimentario demandado de divorcio.⁵⁴

⁴⁸ CHACANA GARRIDO, C. (2013), *Tratado de Derecho de Familia*, II, Santiago de Chile: Ediciones Metropolitana, p. 1048.

⁴⁹ LULLUE NAVARRETE (2013), p. 100.

⁵⁰ LEPÍN MOLINA (2013), p. 538.

⁵¹ VÉLIZ MÖLLER (2004), p. 57.

⁵² VÉLIZ MÖLLER (2004), p. 57.

⁵³ Voto del abogado integrante señor HERRERA en sentencia de CORTE SUPREMA. 21 de noviembre de 2006. Rol N° 3320-2006; CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA. 7 de noviembre de 2007. Rol N° 660-2007. Cita Online: CL/JUR/2438/2007; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 12 de mayo de 2008. Rol N° 385-2008. Cita Online: CL/JUR/2315/2008; CORTE SUPREMA. 11 de diciembre de 2008. Rol: 6218-2008. Cita Online: CL/JUR/4298/2008; CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 5 de octubre de 2009. Rol N° 873-2008. Cita Online: CL/JUR/9756/2009; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 11 de noviembre de 2009. Rol N° 389-2009. Cita Online: CL/JUR/3333/2009; CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 23 de marzo de 2010. Rol N° 168-2009. Cita Online: CL/JUR/16794/2010; CORTE SUPREMA. 7 de junio de 2010. Rol N° 2857-2010. Cita Online: CL/JUR/16793/2010; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 13 de julio de 2011. Rol N° 317-2011. Cita Online: CL/JUR/5676/2011; CORTE SUPREMA. 16 de marzo de 2012. Rol N° 9505-2011, Cita Online: CL/JUR/4152/2012; Cita Online: CL/JUR/3770/2006; CORTE SUPREMA. 21 de diciembre de 2012. Rol N° 5629-2012. Cita Online: CL/JUR/2919/2012.

⁵⁴ Sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA. 30 de abril de 2007. Rol N° 681-2006. Cita Online: CL/JUR/781/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 25 de mayo de 2007. Rol N° 671-2007. Cita Online: CL/JUR/968/2007; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 21 de noviembre de 2007. Rol N° 52742006. Cita Online: CL/JUR/2558/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de marzo de 2009. Rol N° 20-2009. Cita Online: CL/JUR/6205/2009; CORTE SUPREMA. 6 de abril de 2009. Rol N° 727-2009. Cita Online: CL/JUR/9570/2009; CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO.

Por otro lado, se ha resuelto que el hecho de decretarse diversos apremios no demostraría necesariamente reiteración en el incumplimiento.⁵⁵

Creemos que si bien el establecimiento de apremios respecto del demandante no es la única forma de acreditar el incumplimiento de los alimentos, resulta ser –en la práctica– la forma más eficaz para acreditar tanto el incumplimiento, su envergadura y reiteración.

6. Respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes

A propósito de este elemento, surgen dudas sobre la conjunción “y” utilizada en el inciso tercero del artículo 55 de la LMC: ¿es necesario que el demandante incumpla su obligación respecto de ambos alimentarios? ¿Se cumple con el requisito si existe reiteración en el incumplimiento respecto de las obligaciones legales para con el cónyuge, pero no respecto a los hijos?

Al respecto, BARRIENTOS y NOVALES advierten que “[p]areciera como si la excepción exigiera para su consideración el no haber dado cumplimiento a ambas obligaciones, es decir, tanto respecto del cónyuge como de los hijos comunes”.⁵⁶ Para RAMOS, “[p]ese a la redacción de la norma, basta que se haya incumplido la obligación respecto de cualquiera de ellos”.⁵⁷ Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia.

Se ha fallado que “[s]i bien la norma transcrita emplea la conjunción copulativa ‘y’, dando a entender que debe haber incumplimiento respecto de ambos alimentarios, la finalidad de la disposición, cual es, sancionar la infracción a la obligación de socorro y el principio de protección al cónyuge más débil, que debe siempre ser respetado en esta materia, conducen necesariamente a concluir que corresponde igualmente desestimar la demanda sea que el incumplimiento haya sido con el cónyuge o con los hijos comunes”.⁵⁸

22 de septiembre de 2009. Rol N° 4232009. Cita Online: CL/JUR/1269/2009; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 20 de agosto de 2012. Rol N° 201-2012. Cita Online: CL/JUR/1788/2012; CORTE SUPREMA. 30 de enero de 2014. Rol N° 6053-2013. Cita Online: CL/JUR/251/2014; y CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de mayo de 2016. Rol N° 5692015. Cita Online: CL/JUR/2935/2016.

⁵⁵ “Que efectivamente [...], el actor en algunas oportunidades fue compelido para el pago de la pensión alimenticia a que fue condenado, pero esa circunstancia no demuestra que éste haya incumplido durante el cese de la convivencia en forma reiterada a su obligación del pago de los alimentos, cosa distinta al apremio, razón por la cual no incurriría en la sanción que establece la disposición legal aplicable al efecto”. (Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN. 30 de abril de 2007. Rol N° 600-2006. Cita Online: CL/JUR/775/2007).

⁵⁶ BARRIENTOS GRANDON, J. y NOVALES ALQUÉZAR, A. (2004), *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago de Chile: LexisNexis, p. 391.

⁵⁷ RAMOS PAZOS (2010), p. 110.

⁵⁸ Sentencia de la CORTE SUPREMA. 21 de noviembre de 2006. Rol N° 3320-2006. Cita Online: CL/JUR/3770/2006. En idéntico sentido, sentencias de la CORTE DE APE-

Un criterio distinto aparece en sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción. 10 de julio de 2006. Rol N° 1079-2006⁵⁹: “La Ley de Matrimonio Civil precisa: el demandante que durante el cese de la convivencia no haya dado cumplimiento reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes (exigencia copulativa), pudiendo hacerlo. [...] No es el caso de los autos alimenticios que interesan a la demandada porque no ha habido incumplimiento alguno respecto de la cónyuge y respecto de la hija común [...]; el incumplimiento materia de los dos apremios apunta sólo a un rubro de la asignación alimenticia: el pago de la colegiatura universitaria de la hija común [...]”.

En cualquier caso, “[n]o se entenderá incumplido este requisito si hubiere un sólo episodio de incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos al cónyuge y a los hijos comunes, y dicho episodio hubiere sido subsanado por el alimentante, pues como vemos, para rechazar la demanda, la causal exige que haya incumplimiento reiterado de tal obligación”.⁶⁰

Pensamos que a pesar de la literalidad de la norma, efectivamente es la conjunción “o” la que satisface de mejor manera la protección buscada por la disposición, cual es la protección del cónyuge más débil y la del interés superior del niño, niña o adolescente.

7. *Pudiendo hacerlo*

Por último, el incumplimiento debe ser injustificado, tal como señala la norma en estudio al incluir la expresión “pudiendo hacerlo”. Señala LEPÍN que la norma es similar a la (antigua) redacción del artículo 225 del Código Civil “[q]ue exime de [la] carga a quien no está en condiciones

LACIONES DE CONCEPCIÓN. 25 de mayo de 2007. Rol N° 671-2007. Cita Online: CL/JUR/968/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 21 de diciembre de 2007. Rol N° 1549-2007. Cita Online: CL/JUR/3089/2007; CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 27 de marzo de 2009. Rol N° 20-2009. Cita Online: CL/JUR/6205/2009; CORTE DE APELACIONES DE CHILLAN. 5 de abril de 2010. Rol N° 9-2010. Cita Online: CL/JUR/2098/2010; y sentencia de la CORTE SUPREMA. 7 de junio de 2010. Rol N° 2857-2010. Cita Online: CL/JUR/16793/2010.

⁵⁹ Cita Online: CL/JUR/2070/2006. Así también en sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE COIHAIQUE. 24 de mayo de 2006. Rol N° 22-2006. Cita Online: CL/JUR/4145/2006: “[D]ebe tratarse necesariamente de un incumplimiento, reiterado, de la obligación alimenticia, que haya afectado necesariamente tanto al cónyuge demandado como asimismo a los hijos comunes; por lo que, si dicho incumplimiento afectare sólo a algunos de ellos y no a todos, cumpliéndose los demás requisitos temporales de cese efectivo de la convivencia conyugal, debe darse lugar al divorcio”. En similar sentido, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ARICA. 3 de julio de 2006. Rol N° 323-2006. Cita Online: CL/JUR/2013/2006 y CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 2 de enero de 2009. Rol N° 1654-2007. Cita Online: CL/JUR/5628/2009.

⁶⁰ CHACANA GARRIDO (2013), p. 1051.

de cumplir por causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo en caso de quiebra del alimentante o cesantía, tratándose de situaciones graves de salud o invalidez, si la deuda es repactada, si se deposita una cantidad inferior a la pactada, o si sólo existen diferencias en la reajustabilidad de la pensión”.⁶¹

Nuestra jurisprudencia ha sido vacilante en orden a establecer en qué casos el incumplimiento se encuentra justificado. Así, aparecería justificado el incumplimiento en caso de existir atrasos o pagos parciales cuando se han propuesto soluciones colaborativas para el pago;⁶² en caso de sufrir el demandante condiciones especiales de salud, como cáncer prostático, hipertensión, linfedema crónico en una de sus piernas;⁶³ en caso de desempeñarse el deudor como un operario y vivir en condiciones socio económicas precarias, careciendo de bienes de valor, salvo un inmueble de la sociedad conyugal cuyos derechos cedió;⁶⁴ al acogerse una acción de amparo deducida por el alimentante a propósito de una causa sobre cumplimiento;⁶⁵ en caso de comprobarse enfermedades o el prestar auxilio económico a parientes consanguíneos;⁶⁶ en casos de cesantía laboral del alimentante demandante de divorcio;⁶⁷ y en caso de acreditarse a través del remate de inmueble el no estar en condiciones de solventar la pensión.⁶⁸

Se ha estimado injustificado el incumplimiento, a propósito de la alegación de no haber podido cumplir con el pago de dividendos que formaban parte de la pensión de alimentos no estar incluido en la nómina de deudores morosos en DICOM;⁶⁹ en caso de cesantía cuando la obligación recae sobre los hijos menores sin que se haya alegado ni probado que no percibe ingresos para responder a sus obligaciones ni tampoco solicitado ante el tribunal la rebaja o cese definitivo de los alimentos a

⁶¹ LEPÍN MOLINA (2013), pp. 537-538.

⁶² Sentencia de la CORTE SUPREMA. 23 de mayo de 2011. Rol N° 1126-2011. Cita Online: CL/JUR/4377/2011.

⁶³ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 5 de noviembre de 2009. Rol N° 277-2009. Cita Online: CL/JUR/3083/2009.

⁶⁴ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. 2 de enero de 2013. Rol N° 645-2012. Cita Online: CL/JUR/31/2013.

⁶⁵ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 3 de julio de 2006. Rol N° 996-2006. Cita Online: CL/JUR/2153/2006.

⁶⁶ Sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 21 de diciembre de 2007. Rol N° 1549-2007. Cita Online: CL/JUR/3089/2007 y de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 23 de abril de 2010. Rol N° 3078-2009. Cita Online: CL/JUR/2774/2010.

⁶⁷ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 24 de febrero de 2009. Rol N° 1707-2008. Cita Online: CL/JUR/6068/2009.

⁶⁸ Voto del abogado integrante don René RAMOS PAZOS en sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 16 de octubre de 2006. Rol N° 3167-2006, Cita Online: CL/JUR/3585/2006.

⁶⁹ Sentencia de la Corte DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. 20 de agosto de 2012. Rol N° 201-2012. Cita Online: CL/JUR/1788/2012.

que fue condenado;⁷⁰ y en caso de tratarse de un profesional cesante que bien pudo desempeñarse a honorarios.⁷¹

En este punto, creemos que la justificación del incumplimiento que alegue el demandante dependerá de las circunstancias de hecho que se establezcan en el proceso, no siendo posible el establecimiento ex ante de elementos que excusen la inobservancia de esta obligación.

CONCLUSIONES

La actual regulación sobre la terminación del matrimonio contempla en el artículo 55, inciso 3° de la LMC la posibilidad de oponerse el demandado a la demanda de divorcio unilateral por cese de la convivencia.

Esta norma se incorporó en nuestra legislación tomando como base las denominadas “cláusulas de dureza” de derecho comparado que permiten al juez denegar la acción de divorcio al demandante evitando a través del mantenimiento del vínculo las ulteriores perniciosas consecuencias para el cónyuge demandado y los hijos comunes que aparejaría la concesión del divorcio.

Ya en la discusión parlamentaria se advirtieron divergencias acerca del sentido y alcance de las expresiones y redacción de la norma en cuestión. A lo largo del presente trabajo –y ya a varios años de la entrada en vigencia de la norma–, es posible evidenciar cómo subsisten las divergencias interpretativas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Pensamos que cualquiera que sea la interpretación que se adopte debe ir en correspondencia con su finalidad: dar protección al cónyuge más débil y a los hijos comunes. En este sentido, no podemos sino concordar con BARRIENTOS y NOVALES cuando señalan que “[m]uchas pueden ser las razones que justificarían el establecimiento de una regla como ésta, pero, sin duda alguna, bastaría con una simple consideración de humanidad”.⁷²

BIBLIOGRAFÍA

BARAONA GONZÁLEZ, J. (2005), “Estrategias para enfrentar una demanda de divorcio”, en *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*. Cuadernos de extensión jurídica, 11, Santiago de Chile: Universidad de los Andes, pp. 181-194.

⁷⁰ Sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 27 de mayo de 2008. Rol N° 1724-2007. Cita Online: CL/JUR/2461/2008 y de la CORTE SUPREMA, 11 de diciembre de 2008. Rol N° 6218-2008. Cita Online: CL/JUR/4298/2008.

⁷¹ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, 27 de abril de 2016. Rol N° 569-2015. Cita Online: CL/JUR/2935/2016).

⁷² BARRIENTOS y NOVALES (2004), p. 433.

- BARRIENTOS GRANDÓN, J. y NOVALES ALQUÉZAR, A. (2004), *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley N° 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad*, Santiago de Chile: LexisNexis.
- CHACANA GARRIDO, C. (2013), *Tratado de Derecho de Familia*, II, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- CORRAL TALCIANI, H. (2001), *Ley de Divorcio. Las razones de un no*, Santiago de Chile: Ediciones Universidad de Los Andes.
- Historia de la Ley N° 19.947 que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19947&anio=2014
- HÜBNER GUZMÁN, A. M^a. (2005), “La nueva ley de matrimonio Civil: Panorama y estructura general”, en ASSIMAKÓPULOS FIGUEROA, A. y CORRAL TALCIANI, H., *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*. Cuadernos de extensión jurídica, 11, Santiago de Chile: Universidad de los Andes, pp. 15-36.
- LEPÍN MOLINA, C. (2013), “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, 40 (2), Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 513-548.
- LLULLUE NAVARRETE, P. (2013), *Divorcio, compensación económica y responsabilidad conyugal*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- QUINTANA VILLAR, M. (2013), *Derecho de Familia*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- RAMOS PAZOS, R. (2010), *Derecho de Familia*, I, 7ª edición actualizada, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- TURNER SÄLZER, S. (2008), “Sentencia sobre los requisitos de procedencia de la excepción consagrada en el art. 55 inciso 3° de la Ley de Matrimonio Civil: hacia la morigeración de su ‘dureza’ (Corte de Apelaciones de San Miguel)”, en *Revista de Derecho*, 21 (2), Valdivia: Universidad Austral de Chile, pp. 285-288.
- VÉLIZ MÖLLER, P. (2004), *Divorcio, nulidad y separación. Los caminos frente a la ruptura*, Santiago de Chile: Ediciones Cerro Manquehue.