

EL PROCESO CANONICO DE NULIDAD MATRIMONIAL COMO MODELO PARA UN PROCESO CHILENO DE NULIDAD DE MATRIMONIO O UN PROCESO DE FAMILIA^{1,2}

Carlos Salinas Araneda
Universidad Católica de Valparaíso

El matrimonio, que entre bautizados es un sacramento, constituye un tema que siempre ha acaparado la atención de la Iglesia, no sólo en clave teológica, sino también en clave jurídica. Es por lo que los textos canónicos, especialmente a partir del Derecho canónico clásico bajo medieval, se han ocupado del matrimonio de los fieles para configurarlo tanto en sus rasgos esenciales como en los accidentales³. Pero la preocupación jurídica de la Iglesia sobre este sacramento no ha sido sólo en lo que mira a la sustancia misma del matrimonio sino también en lo procesal, es decir, en los medios que podían utilizar los fieles para obtener de la misma Iglesia la revisión de la validez de dicha unión de manera de declarar la nulidad de la misma si así era procedente.

En otros trabajos he estudiado con detención el proceso canónico de nulidad de matrimonio, tal cual está contemplado en el *Código de Derecho Canónico* vigente desde 1983⁴. Se trata de un proceso que la Iglesia ha ido perfilando con el tiempo, de manera que bien puede decirse que en la actual legislación se ha volcado toda la experiencia que, a lo largo de los siglos, ha ido acumulando

¹ Este trabajo forma parte de la investigación Fondecyt 1951019-1995 "El proceso canónico de nulidad matrimonial como modelo para una reforma al régimen procesal de la nulidad de matrimonio en Chile y de un proceso de familia", que dirige el autor.

² ABREVIATURAS: c = canon; FM = *Fallos del Mes*; GT = *Gaceta de los Tribunales*; RDJ = *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.

³ Sobre la historia del matrimonio canónico es clásica la obra de A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique* 1-2 (Paris 1891) con segunda edición puesta al día por R. Génestal y J. Dauvillier 1-2 (Paris 1929-1935). Ultimamente J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le droit* (Paris 1987) con referencias centradas principalmente en Francia. Para España se puede consultar F. R. AZNAR GIL, *La institución matrimonial en la Hispania cristiana bajo medieval (1215-1563)* (Salamanca 1989). Para la historia del matrimonio en América, D. RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio en Indias. realidad social y regulación jurídica* (Buenos Aires 1977); F. R. AZNAR GIL, *La introducción del matrimonio cristiano en Indias: aportación canónica (s.XVI)* (Salamanca 1985). Para Chile, C. SALINAS ARANEDA, *El matrimonio según los sínodos chilenos de los siglos XVII y XVIII*, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios* 2 (Madrid 1991) 505-19; *Idem*, *El matrimonio en Chile según los sínodos del período indiano (siglos XVII y XVIII)*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 13 (1989-1990) 109-43; E. CAVIERES, R. SALINAS M., *Amor, sexo y matrimonio en Chile tradicional* (Valparaíso 1991). En todos se cita amplia bibliografía.

⁴ C. SALINAS ARANEDA, *El proceso canónico de nulidad matrimonial, I: Tribunales y primera instancia*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993-1994) 545-88; *Idem*, *El proceso canónico de nulidad matrimonial, II: Impugnación y ejecución de la sentencia*, en *ibid.* 17 (1996) en prensa; *Idem*, *El proceso canónico de nulidad matrimonial, III: De la disciplina que ha de observarse en los tribunales*, en *ibid.* 17 (1996) en prensa.

la Iglesia en materia procesal tanto en cuanto al proceso en general cuanto al proceso matrimonial en particular; experiencia, además, no sólo acumulada a lo largo de los siglos, sino, incluso, en este mismo siglo XX en que la legislación procesal en materia de matrimonio no ha dejado de ir actualizándose⁵. Basta con comparar el proceso matrimonial sancionado en los dos códigos que la Iglesia latina ha tenido durante este siglo para advertir las diferencias.

En la actual configuración del proceso canónico de nulidad de matrimonio, sin embargo, no sólo se ha contado con la experiencia propia de la Iglesia, que ya es bastante, sino que, además, se han tenido en cuenta los avances que la misma ciencia procesal ha ido haciendo en lo que va de este siglo. En suma, se trata de un proceso moderno que la Iglesia ha configurado en su última codificación, consciente de que con él ha de asumir su tarea judicial —que no por ser judicial es menos pastoral— cara al tercer milenio.

El matrimonio y la familia también han sido preocupación del derecho chileno y lo están siendo últimamente. Las recientes reformas al derecho de familia así lo demuestran, amén de las que están en espera de ser sancionadas legalmente. Entre estas últimas destaca, en lo que a nosotros interesa, la que postula la creación de los tribunales de familia y establece el procedimiento ante los mismos.

Tenemos pues, por una parte, una preocupación legislativa en nuestro ordenamiento procesal chileno y, por otra, un ordenamiento reciente, con honda tradición y prolongada experiencia precisamente en ese mismo tema. Parece que bien podría intentarse una mirada global sobre el proceso canónico de nulidad de matrimonio para pesquisar en él aquellos aspectos que podrían iluminar tal reforma en nuestro ordenamiento; y no sólo iluminar sino, quizá, incluso ser incorporados en la misma. Es lo que abordaremos en las páginas que siguen.

I. EL TRIBUNAL

El primero de los aspectos que hemos de abordar es el tribunal que ha de conocer las causas de nulidad de matrimonio.

A. *Tribunal especial*

En el Derecho canónico procesal se establece un completo sistema de tribunales que, partiendo de los tribunales de primera instancia a nivel de iglesias particulares, se prolonga con los tribunales de segunda instancia, en parte a

⁵ Después del Código de Derecho Canónico de 1917 se dictaron las siguientes normas procesales en relación con el matrimonio: decreto *Catholica doctrina* de la S. Congregación para la Disciplina de los Sacramentos, de 7 de mayo de 1923, sobre los procesos de matrimonio rato y no consumado, en *Acta Apostolicae Sedis* (= AAS) 15 (1923) 389-436, ahora en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae post Codicem iuris canonici editae* (= Ochoa) 1 (Roma 1966) n. 513 col. 555-581; la instrucción *Provida Mater* de la misma Congregación, de 15 de agosto de 1936, sobre los procesos de nulidad de matrimonio, en AAS 28 (1936) 313-61 = Ochoa, n. 1347 vol. 1739-1768; el *motu proprio* "*Causas matrimoniales*" de Paulo VI, de 28 de marzo de 1971, cuyo fin era acelerar el procedimiento de las causas matrimoniales, en AAS 63 (1971) 441-446 = Ochoa 4, n. 3960 col. 5983-5985; la instrucción *Dispensationis matrimonii* de la S. Congregación para la Disciplina de los Sacramentos, de 7 de marzo de 1972, estableciendo algunas correcciones al proceso de dispensa del matrimonio rato y no consumado, en AAS 64 (1972) 244-252 = Ochoa 4, n. 4041 col. 6248-6252.

nivel de Iglesias particulares y, en parte, a nivel nacional con los tribunales nacionales de apelación; todos los cuales se entroncan con los tribunales de la Santa Sede, en concreto el Tribunal Apostólico de la Rota Romana y el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, tribunal este último que, en terminología más civil, es la Corte Suprema de la Iglesia.

En principio estos tribunales, especialmente los romanos, tienen competencia para conocer de todas las materias, pero por razones que no es del caso analizar aquí, en el hecho, estos tribunales han conocido casi exclusivamente juicios matrimoniales; basta ver las colecciones de sentencias publicadas por la Rota Romana para comprobar fácilmente esta afirmación⁶. Lo que ha significado, en la práctica, que estos tribunales, especialmente el tribunal de la Rota Romana, hayan adquirido una notable especialización en las materias matrimoniales, especialización que, v.gr. en los últimos decenios, les permitió ahondar en aspectos novedosos de la institución matrimonial a la luz de los avances de la psiquiatría y de la psicología; reflexiones que, iniciadas como corrientes jurisprudenciales, terminaron por ser sancionadas legalmente en los recientes códigos canónicos para Occidente y Oriente. Algo similar puede decirse de los tribunales eclesiásticos a nivel de iglesias particulares, en los que la especialización es más notoria, pues hay tribunales cuya competencia es exclusivamente sobre causas matrimoniales. En otras palabras, bien puede decirse que en el ordenamiento canónico las materias matrimoniales en general y los juicios de nulidad de matrimonio en especial, son conocidos por una judicatura notablemente especializada.

En Chile la situación actualmente vigente resulta bastante diversa. Los juicios de nulidad de los matrimonios civiles son competencia, en primera instancia, de los juzgados de letra de mayor cuantía y, en segunda instancia, de las respectivas Cortes de apelaciones. En otra oportunidad ya he expresado mi opinión⁷ en el sentido que los procesos de nulidad matrimonial no deberían ser vistos por jueces cuya principal ocupación es resolver asuntos patrimoniales, o materias de la más variada naturaleza cuando se trata de jueces con jurisdicción universal. Me parece, por el contrario, que un tema tan delicado como es todo lo relacionado con el matrimonio⁸, incluso el matrimonio civil, a pesar de que la ley lo entiende como un simple contrato, amerita una jurisdicción especial. Es, por lo demás, la tendencia que se ha ido abriendo paso en Occidente con los Tribunales de Familia, lo que ya constituye una experiencia consolidada tanto en Europa⁹ como en América¹⁰ y aun en otras regiones¹¹.

⁶ En 1909 se inició la publicación oficial de las sentencias rotales bajo el nombre *Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae* (= SRRD). Desde 1987 se publican bajo el nombre *Apostolicum Rotae Romanae Tribunal Decisiones seu Sententiae* (= ARRT).

⁷ C. SALINAS ARANEDA, *Derecho canónico, matrimonio y nulidad*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993-1994) 604-605.

⁸ Tan importante es todo lo relacionado con el matrimonio y la familia que Juan Pablo II en más de una oportunidad ha afirmado nada menos que el futuro de la humanidad pasa por la familia surgida a partir del matrimonio. Nuestra Constitución Política empieza su texto con la solemne afirmación de que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad" (art. I inc. 2).

⁹ V.gr. Inglaterra, Francia, Bélgica, Italia, Alemania, España.

¹⁰ En América del Norte, Estados Unidos y Canadá. En Centroamérica, Costa Rica y Guatemala. En América del Sur, Argentina, Bolivia y Uruguay.

¹¹ V.gr. Japón, Australia, Nueva Zelanda.

En el informe final emitido por la Comisión Nacional de la Familia¹², creada por decreto supremo de 1992, al analizar las normas procesales existentes en Chile en relación con la familia, se enumera, entre los factores que inciden en la ineficacia del sistema judicial para resolver las cuestiones que se promueven en materia de familia, la inexistencia de tribunales diferenciados de donde “resulta que, salvo excepciones, los jueces que deben conocer de estos asuntos tienen simultáneamente competencia en asuntos criminales, civiles, laborales, etc., con lo cual las posibilidades de un estudio que se haga cargo efectivamente de las peculiaridades de la contienda son nulas, además de las dificultades que se producen en el funcionamiento mismo de un tribunal donde se tramita toda clase de asuntos. Es cierto que algunas de estas materias son conocidas por tribunales especiales, como son los de Menores; sin embargo, el número de éstos es bastante pequeño (existen 42 juzgados de Menores en todo el país para atender 66.000 causas anuales) y no cubren todo el territorio nacional”. Otro factor de ineficacia lo enuncia así: “...al mismo tiempo, y visto desde una perspectiva inversa, ocurre que para resolver cuestiones similares se debe recurrir a distintos tipos de tribunal (se llega al extremo cuando respecto de una misma cuestión —el cobro de una pensión alimenticia— se hace depender el tipo de tribunal que conocerá de ella de las características del interesado)”. Es por lo que el mismo informe termina considerando que “estos factores, que inciden en la ineficacia de la administración de justicia, se superarían en gran parte con tribunales especializados de familia, a cuyo conocimiento se entregarían, si no todas, la mayoría de las cuestiones relativas a la familia”. Esto permitiría “contar con un tribunal ‘sensibilizado’ y altamente capacitado en la materia, que sólo conocería de problemas que tienen un sustrato común y con protagonistas similares. El tribunal podría contar ahora con ahorro de recursos, con apoyo de cuerpos profesionales multidisciplinarios”.

Me parece, pues, que la primera afirmación que habría que sentar es que las causas de nulidad de matrimonio —que son las que estamos estudiando en estas páginas— y, en general, la mayoría de las causas relativas a temas de familia, deberían dejar de ser de conocimiento de los jueces civiles de mayor cuantía y radicarse en una judicatura especializada en la materia de familia. Esto supone en Chile la creación de tribunales de familia, idea que no es en absoluto original, pues ya había sido planteada entre nosotros en la década de los años sesenta¹³ y que ha ido ganando terreno en nuestra patria al punto que existe en el Congreso un proyecto que los establece.

Ahora bien, como existe en Chile una jurisdicción especial en un tema tan próximo al familiar como son los menores, jurisdicción representada por los Juzgados de menores, cabe preguntarse si esos Tribunales de familia que postulamos deberían ser los Juzgados de menores a los que se les complementarían su competencia con las materias de familia, pasando a ser tribunales que conocerían de ambas materias —menores y familia—; o deberían ser tribunales radicalmente diversos, de manera que, subsistiendo la justicia de menores, se agregue la justicia de familia a cargo de tribunales diferentes. Para responder adecuada-

¹² Informe Comisión Nacional de la Familia, pp. 16-17.

¹³ M. OSSA REYGADAS, *Tribunales de Familia*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 64 (1969/I) 31-82.

mente esta pregunta, me parece necesario un rápido repaso por la historia de unos y otros tribunales¹⁴.

En la historia de los tribunales de menores suele distinguirse tres etapas diversas: la primera, que va desde fines del siglo pasado hasta 1934; la segunda, que se extiende desde ese año hasta la década de los años sesenta; y la tercera, desde esa década hasta nuestros días. El primero de los tribunales de menores que se creó en el mundo fue en Estados Unidos de Norteamérica, el año 1899 en la ciudad de Chicago, condado de Cook, como respuesta a las críticas que se hacían ante la ausencia de un tratamiento preferencial y diferenciado para los menores respecto de los reos comunes; en su orígenes, pues, este tribunal tuvo las características propias de un tribunal penal, con la diferencia que se trataba de un órgano creado especialmente para los jóvenes delinquentes pero "su creación significó el primer paso para el desarrollo posterior de ellos y cuyo perfeccionamiento, con el paso de los años, permitiría ir configurado cada vez con mayor precisión lo que hoy día conocemos como tribunales de menores propiamente tales"¹⁵.

Al tribunal de Chicago le siguió pocos años después el tribunal de Denver, al tiempo que la experiencia se difundía rápidamente por otros países: Alemania (1905), Inglaterra (1908), Francia (1912), Italia (1917), España (1919), Portugal (1920), Brasil (1924)¹⁶.

En la segunda fase, los tribunales de menores empezaron a centrar su atención en la familia y a ampliar sus competencias a diversos aspectos que guardaban estrecha relación con ella: alimentos, tuición, etc. Esta nueva orientación se consagra en América Latina en 1934, concretamente en Uruguay con el Código del Niño, a partir de la cual "se consagra la intervención del juez de menores en la órbita del Derecho de Familia puesto que se termina por comprender que una protección integral del menor exige no sólo atender los supuestos en los cuales aquél se encuentra en una situación de violación del orden social y legal establecido, sino que también es indispensable prever y resolver aquellos aspectos que impulsan a la comisión de los actos delictuales"¹⁷.

Es en la tercera fase cuando empieza a consolidarse la necesidad de crear un sistema jurisdiccional privativo para la familia, cuyo ámbito de actuación comprendiera todas aquellas materias relativas a la familia, entre las que aparecían expresamente incluidas las causas de nulidad de matrimonio. Así llegamos a la actualidad, en que la concepción general es tender a separar todo lo relativo al derecho de menores de lo referido al derecho de familia.

En Chile, la historia de los tribunales de menores empieza en 1928, cuando se crea en Santiago el primer Juzgado de menores¹⁸; en principio sus atribuciones eran reducidas, pero la labor interpretativa del primer juez logró ampliar esas competencias las que posteriormente fueron confirmadas por la jurispru-

¹⁴ En las consideraciones que siguen me ha sido de gran utilidad la excelente síntesis hecha por Ma. Eugenia RAMÍREZ FUENZALIDA, *Los tribunales de familia* (Memoria Universidad Católica de Valparaíso 1995).

¹⁵ RAMÍREZ (n. 14) 75.

¹⁶ ACHARD y SAJÓN, *Organización de los tribunales para menores. Los tribunales de familia*, en *Curso interamericano de formación de jueces de menores* 1 (Montevideo, 1968) 48, cit. por Ramírez (n. 14) 78.

¹⁷ RAMÍREZ (n. 14) 81.

¹⁸ Ley 4.447 (D.O. 23 octubre 1928). Vid. E. FUCHSLOCHER PETERSEN, *Derecho de Menores* 1 (Valparaíso, 1965) 280-354.

dencia¹⁹. Posteriormente se establecieron nuevos tribunales en Valparaíso y Santiago cuyas actuaciones, hasta avanzada la década de los '60, se concentraron en general en dos grandes grupos de atribuciones: las que miraban al menor delincuente declarado sin discernimiento, y las referidas a las pensiones alimenticias y tuición²⁰. Leyes posteriores fueron ampliando sus competencias originales²¹ de manera que, en la actualidad, bien puede decirse que se encuentran en una situación intermedia entre los tribunales de menores y los de familia.

Supuesto, como lo hemos afirmado, que es conveniente y necesaria en Chile la creación de una jurisdicción especializada que conozca los problemas de la familia y, entre ellos los juicios de nulidad de matrimonio, ¿serán necesarios unos tribunales distintos a los de menores o bastan éstos? Esta disyuntiva no es original para nuestra patria y ha sido ampliamente debatida en derecho comparado. Dos son las alternativas que se nos presentan: a) tribunales de familia por la vía de la ampliación de las competencias de los tribunales de menores; b) creación de tribunales de familia como órganos independientes de la magistratura de menores, conservando ésta²².

a) tribunales de familia por la vía de la ampliación de las competencias del tribunal de menores: se trata de una experiencia bastante extendida en América Latina —Brasil, Colombia, Chile, Perú, Venezuela—, en la que nos encontramos con tribunales de menores que actúan como tribunales de familia de hecho. La gran crítica que se hace a este sistema es que “no puede haber una auténtica magistratura de familia allí donde ésta deba funcionar en base a la estructura y criterios propios de un tribunal que fue concebido con propósitos y orientaciones diferentes al del tratamiento integral de la familia como lo son los tribunales de menores”²³. Se les critica además la confusión que supone una tal competencia, y se indica a los tribunales chilenos como un modelo de tal confusión, al punto que “no siendo suficiente la existencia de un tribunal de menores con amplia competencia se ha llegado al extremo de conferir el conocimiento de las cuestiones de derecho de familia que se refieren a menores a un juez de menores, en tanto que lo relativo a imputación de delitos y situaciones de peligro o abandono se confían a otro juez de menores”²⁴.

¹⁹ RAMÍREZ (n. 14) 81.

²⁰ Ley 5.570 (D.O. 2 diciembre 1935) cuyo texto definitivo se fijó por Ley 14.908 (D.O. 5 octubre 1962). Conviene tener presente también la Ley 9.293 (D.O. 19 febrero 1949) que elevó a 21 años la edad de los menores por los que podía pedirse pensión alimenticia en los juzgados de menores; la Ley 10.271 (D.O. 2 abril 1952) que concede competencia a los jueces de menores para conocer del reconocimiento de menores por sus padres; la Ley 14.550 (D.O. 3 marzo 1961) que amplió notablemente la competencia de los juzgados de menores (emancipación, alimentos para la madre, disensos para el matrimonio, guardas, autorizaciones para salir del país, etc.); Ley 16.346 (D.O. 8 octubre 1965) que les confiere el conocimiento de las legitimaciones adoptivas; Ley 16.520 (D.O. 22 julio 1966) que creó la plaza de asistente social en todos los juzgados de letras de capital de provincia que funcionaran como juzgados de menores; Ley 16.618 (D.O. 8 marzo 1967) que fijó el texto definitivo de la ley de menores.

²¹ *Vid.* nota anterior.

²² RAMÍREZ (n. 14) 145.

²³ *Ibid.*

²⁴ RAMÍREZ (n. 14) 147, citando a J. P. ACHARD, *Organización de los tribunales para menores. Los tribunales de familia*, en *Curso interamericano de formación de jueces de menores 1* (Montevideo, 1968) 599. Sobre esta crítica *vid.* la Ley 14.550 de 1961, que creó tres nuevos juzgados de menores en Santiago y uno en el departamento Pedro Aguirre Cerda, a los que se les confirió competencia civil sobre las materias de menores, mientras que al primer juzgado de menores de Santiago le quedó reservado el conocimiento de todos aquellos asuntos en que aparecieran menores inculcados de crímenes, simples delitos y faltas.

Con todo, estos jueces de menores con competencia ampliada, o jueces de familia de hecho, pueden considerarse la antesala de los tribunales de familia.

b) tribunales de familia independientes de los tribunales de menores: supone la coexistencia de ambos tribunales, cada uno en sus ámbitos jurisdiccionales específicos y no un solo tribunal que asuma las labores de unos y otros. La crítica que puede suscitar este planteamiento —ya asumido por Uruguay y Guatemala— es que para los tribunales de menores no sería más que una decidida regresión a sus orígenes penales. En realidad, “no se trata de sacrificar a una magistratura para permitir el desarrollo de otra. Si los tribunales de menores debieron asumir —un poco por acción de la jurisprudencia o bien por la atribución legal— el conocimiento de los asuntos propios de Derecho de Familia, ello se debió a que, en un primer momento, tal parecía ser el ámbito más adecuado; mas, el posterior desarrollo de las ciencias humanas aplicadas pondrían en evidencia la necesidad de reconducir todas esas materias a un órgano especializado y, ante esta conveniencia, se debe asumir con dignidad esta exigencia en aras del interés familiar”²⁵. Es por lo que comparto la conclusión de María Eugenia Ramírez²⁶ en el sentido de que los tribunales de familia deben introducirse en la organización judicial por la vía de un proceso creativo y no por uno de conversión o anulación de los tribunales de menores; éstos tienen su lugar y deben conservarlo a pesar de todas las redefiniciones que se hagan de ellos.

B. *Tribunal unipersonal en primera instancia*

Definida la necesidad de un tribunal especial de familia, una de cuyas competencias será la de conocer los juicios de nulidad de matrimonio civil, cabe preguntarse por la composición del mismo.

En Derecho canónico los tribunales encargados de definir la nulidad de los matrimonios en primera instancia son tribunales colegiados, integrados por tres jueces (c. 1425 § 1 N° 1 b); la colegialidad es también nota característica de los tribunales que habrán de definir la nulidad en ulteriores instancias. Sólo excepcionalmente se permite que en primera instancia el juez sea unipersonal, pero, aun en esta circunstancia, las ulteriores instancias corresponden a tribunales colegiados (c. 1441)²⁷.

Si miramos la historia procesal chilena en cuanto a organización de sus tribunales, veremos que la norma ha sido la existencia de tribunales unipersonales en primera instancia y tribunales colegiados en segunda instancia. Este esquema se remonta al período indiano²⁸ y continúa en Chile independiente desde los primeros momentos hasta nuestros días²⁹. Desde esta perspectiva puramente histórica, pues, parece que no convendría innovar en esta materia, y debería entregarse la titularidad del tribunal de familia en primera instancia a un juez unipersonal, dejando la colegialidad para la segunda instancia, a cargo, en concreto, de las Cortes de apelaciones.

²⁵ RAMÍREZ (n. 14) 149.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ SALINAS, *El proceso...I* (n. 4) 547-56.

²⁸ J. CORVALÁN MELÉNDEZ; V. CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho procesal indiano* (Santiago, 1951).

²⁹ B. BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2ª ed. (Santiago 1993) 86-89; 115-19; 132; 202; 289-90.

Si miramos al derecho comparado en materias específicas de tribunales de familia nos encontraremos con que el tema también ha sido abordado y discutido latamente, si bien la discusión abarca un segundo problema, cual es la única o la doble instancia en este tipo de materias, de manera que las propuestas se orientan a un juez unipersonal con doble instancia, o un tribunal colegiado en única instancia. La tendencia mundial parece estar orientada, por el momento, hacia la organización de tribunales de familia unipersonales, siendo su principal fundamento el que la existencia de un juez único suele facilitar enormemente el conocimiento más directo del proceso y sus diversas alternativas con el consiguiente beneficio de una justicia más ágil y dinámica³⁰.

Quienes sustentan la colegialidad alegan la mayor seguridad en las decisiones, favorecida por el intercambio de opiniones entre los magistrados; y la mayor celeridad de los procesos, toda vez que desaparece la segunda instancia, la que se hace innecesaria, precisamente, por la colegialidad del tribunal de primera instancia. La mayor objeción que se les hace es que los jueces no tendrían el conocimiento directo del proceso como sucede con el tribunal unipersonal, pero se responde exigiendo la asistencia personal de todos los jueces a las diversas actuaciones del tribunal.

Sobre la base de lo anterior, me parece que habría que dejar de lado la experiencia canónica en esta materia y entregar la judicatura de familia a jueces únicos en primera instancia –alternativa, por lo demás, también admitida en sede canónica, si bien como excepción–, pero dejando la segunda instancia a un tribunal colegiado.

C. *Tribunal colegiado en segunda instancia*

Ahora bien, ¿cuál sería este tribunal colegiado de segunda instancia? En sede canónica, en Chile, ese tribunal es el Tribunal Nacional de Apelación, tribunal colegiado con competencia para conocer las apelaciones de todas las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos chilenos de primera instancia en materia matrimonial. Sin perjuicio de este tribunal, el tribunal de apelación por antonomasia en la Iglesia es el Tribunal Apostólico de la Rota Romana. Se trata de un tribunal con competencia general, si bien en el hecho la casi totalidad de las causas que conoce son de nulidad de matrimonio, por lo que, en el caso, es un tribunal de apelación especializado. Esta especialidad, sin embargo, no ha sido definida así por la ley, sino que se la ha dado simplemente la realidad de los asuntos.

Tampoco en el sistema procesal chileno la segunda instancia ha sido definida por ley como una instancia especializada, de manera que por ley y por los hechos, las Cortes de apelaciones tienen competencia para conocer toda suerte de materias. No veo que haya que innovar en esta materia y me parece que dichos tribunales deberían ser los que asumieran, como tribunal colegiado, la segunda instancia en las causas de familia y, en concreto, en las de nulidad de matrimonio.

Algunos han planteado la posibilidad de una sala especializada en estos tribunales, de manera que sus jueces, por la especialidad de las materias a tratar, conocieran sólo materias de familia, a las que se podrían agregar las de meno-

³⁰ RAMÍREZ (n. 14) 151-59 y la doctrina y legislación comparada expuestas por ella.

res. El tema de la especialidad de las salas, que en otros países es asunto hace tiempo asumido³¹, en Chile está recién experimentándose a nivel de Corte Suprema con reformas recientes que están empezando a llevarse a la práctica³². No me parece que la segunda instancia deba entregarse a una sala especial, por muy especial que sea la materia de familia y en este sentido el modelo canónico, tal como está definido en la ley canónica, es plenamente adecuado.

En suma, la primera instancia de los juicios de nulidad de matrimonio debería estar entregada a un juez unipersonal especial, en tanto que la segunda instancia quedaría entregada a los tribunales colegiados del fuero común, esto es, las Cortes de apelaciones.

D. *Integrantes del tribunal*

1. Juez

Se dice que las instituciones son lo que son las personas que las integran. Esto que es válido para cualquier institución integrada por hombres, lo es de manera especial en los tribunales de familia. En efecto, el mayor o menor éxito que puedan tener estos nuevos órganos de justicia no dependerá de la mejor o peor definición que se haga de sus competencias y de las materias que hayan de ser conocidas por ellos, sino por la manera cómo esas competencias se lleven a la práctica. "Es posible que exista la tendencia a visualizar la creación de los tribunales de familia como la mera reunión de los asuntos de familia en un mismo órgano judicial. Esta observación es cierta si nos ajustamos a un criterio de análisis estrictamente sistemático u organizativo. Sin embargo tal perspectiva empobrece el gesto de su establecimiento, en tanto el mayor mérito de estos tribunales también descansa en el factor humano de sus integrantes, especialmente en lo que guarda relación con la figura del juez"³³.

Ahora bien, tanto el magisterio de los Pontífices como la doctrina canónica han ido perfilando las cualidades que han de reunir los jueces que en la Iglesia tienen la grave tarea de definir la nulidad o la validez de los matrimonios³⁴. Cualidades que apuntan no sólo a la formación intelectual de los mismos, sino, en especial, a la actitud con la cual han de asumirla. Si esto es aplicable y válido para cualquier juez, lo es con mayor razón cuando se trata de jueces de familia. Es, por lo que no es de extrañar, que lo que en sede canónica se ha dicho de los jueces eclesiásticos coincida en parte con lo que la doctrina ha ido desarrollando, tratando de perfilar la figura del juez de familia.

Sus funciones pueden resumirse en la siguiente trilogía: juez jurista, juez mediador, juez consejero³⁵; y para desarrollar las mismas la doctrina ha ido definiendo cualidades personales y académicas. Respecto de las primeras —cualidades personales— se mencionan su humanidad y vocación, conceptos ambos en los que caben todas las cualidades que han de adornar a cualquier juez, sea civil o eclesiástico. Respecto de las segundas —cualidades académicas—, una sólida

³¹ V. gr., España.

³² Ley 19.374 (D.O. 18 febrero 1995).

³³ RAMÍREZ (n. 14) 162.

³⁴ Por ejemplo, F. BERSINI, *La figura del giudice ecclesiastico nei discorsi dei Papi*, en *La Civiltà Cattolica* 138 (1987) 458-67.

³⁵ RAMÍREZ (n. 14) 164.

formación jurídica, pues no debe olvidarse que antes que todo, el juez de familia es un juez; sin perjuicio de la conveniencia de conocimientos en otras áreas del saber, especialmente relacionadas con la familia, como psicología, psiquiatría, sociología, antropología. No se trata que el juez sea, además, psicólogo, psiquiatra, sociólogo, antropólogo o educador, pero sí que tenga nociones de estas disciplinas, las que no sólo le permitirán un mejor desempeño en sus funciones, sino que, sobre todo, le permitirán un diálogo más fructífero y enriquecedor con los profesionales de estas áreas del conocimiento con los que deberá trabajar a diario.

2. Ministerio público

Por prescripción legal y bajo sanción de nulidad, en los juicios canónicos de nulidad de matrimonio debe intervenir el defensor del vínculo, el cual, por oficio, debe proponer y manifestar todo aquello que pueda aducirse razonablemente contra la nulidad o disolución del matrimonio (c. 1432). Además, cuando se considera necesario, debe intervenir el promotor de justicia, cuya función es velar por el bien público.

En otras oportunidades he manifestado que cuando nuestro legislador civil decidió legislar sobre el matrimonio, estableciendo el matrimonio civil, lo que hizo fue leer en clave laica el matrimonio canónico³⁶. Esto, empero, no fue sólo en lo sustancial, sino también en lo procesal, pues la misma ley de matrimonio civil establecía que “el ministerio público será siempre oído” (LMC art. 34 inc. 4°); se recogía aquí, en clave civil, la exigencia canónica de que en los juicios de nulidad matrimonial debía ser oído siempre el defensor del vínculo. Concordaba esta norma con el art. 263 N° 5 de la ley de organización y atribuciones de los tribunales (1875), que establecía que debía ser escuchado el ministerio público en los juicios sobre el estado civil de alguna persona. El modelo canónico es tan evidente, que uno de los primeros comentaristas de la ley de matrimonio civil, Enrique Latorre³⁷, al explicar el artículo 34 de dicha ley, alude explícitamente a lo que él denomina el *defensor de matrimonios* del Derecho canónico³⁸.

Cuando años más tarde se publicaba el proyecto de Código de Procedimiento Civil se incluía una disposición –art. 910³⁹– que exigía la audiencia del ministerio público en segunda instancia, norma que poco después –1902– pasaba textualmente al Código de Procedimiento Civil (CPC art. 926, hoy art. 753). Al

³⁶ C. SALINAS ARANEDA, *Derecho canónico, matrimonio y nulidad*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 15 (1993-1994) 603-604.

³⁷ E. C. LATORRE, *Estudio sobre la ley de matrimonio civil* (Santiago de Chile, 1887) 155.

³⁸ Sus palabras “En el Derecho Canónico toda litis sobre validez o nulidad del matrimonio debe seguirse con el defensor de matrimonios, funcionario creado por la constitución de Benedicto XIV *Dei miseratione*”. *Ibid.*

³⁹ *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* (Santiago de Chile 1893) art. 910, “Las contiendas sobre nulidad de matrimonio i divorcio perpetuo se sustanciarán conforme a las reglas del juicio ordinario. Cuando la sentencia que diere lugar a la nulidad o al divorcio perpetuo no fuere apelada, deberá elevarse en consulta al tribunal superior, i, si éste estima que hai duda sobre la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del negocio i procederá como si en realidad se hubiera interpuesto oportunamente apelación, oyendo al ministerio público. En caso contrario, aprobará la sentencia”.

suprimirse el ministerio público, en primera instancia su dictamen quedó reservado sólo a la segunda instancia. Sin embargo, como el juicio de nulidad de matrimonio es un proceso entre el representante legal y el representado, se ha de escuchar al defensor de menores (COT art. 366 N° 1), con lo cual queda en parte suplida la ausencia del ministerio público.

En la Corte de apelaciones se oye al ministerio público, si bien su presencia ha quedado reducida, de hecho y por costumbre, a los casos en que se ha interpuesto recurso de apelación o cuando en la consulta del fallo que declara la nulidad del matrimonio se estima dudosa su legalidad y se retiene el conocimiento del negocio⁴⁰. La jurisprudencia ha discutido la sanción que corresponde por la omisión del dictamen del ministerio público en la apelación de la sentencia de nulidad del matrimonio; hay sentencias, incluso recientes, que lo han considerado un trámite esencial, por lo que procede casar de oficio la sentencia de segunda instancia dictada prescindiendo de él⁴¹, en tanto que hay otras, si bien más antiguas, que sustentan la tesis contraria⁴². Entre los autores, Somarriva⁴³ es de opinión de "que se trata de un trámite esencial y su omisión faculta a las partes para recurrir de casación en la forma en contra de la sentencia ante la Corte Suprema".

En suma, en los juicios de nulidad de matrimonio civil tramitados en los tribunales chilenos actúa, además de las partes —demandante y demandado—, un auxiliar de la administración de justicia encargado de defender los intereses del incapaz, en primera instancia, y de la sociedad en segunda instancia, cuya actuación, al menos la del ministerio fiscal en segunda instancia, cabe reconducir a la figura del defensor del vínculo del Derecho canónico. ¿Cabe mantener esta intervención?

Si consideramos que los juicios de nulidad de matrimonio deberían tramitarse por los tribunales de familia, cabe preguntarse primeramente si es conveniente la presencia del ministerio público —cualquiera sea el nombre que reciba en la práctica— en los juicios que, en general, se tramiten ante este tribunal. Una mirada al derecho comparado nos muestra criterios dispares sobre este tema, si bien parece que, en general, se prescribe la intervención del ministerio público limitando su actuación a la protección de los menores y de los incapaces⁴⁴ y excepcionalmente se prescribe su intervención cuando se trata de delitos cometidos contra la familia, v.gr. bigamia, inducción al matrimonio mediante engaño, etc.⁴⁵. Hay, sin embargo, ejemplos tanto en la legislación como en la doctrina que postulan la intervención del ministerio público en todos los proce-

⁴⁰ M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho de Familia* (Santiago, 1963) 97. La práctica, sin embargo, no es uniforme, porque hay Cortes de apelaciones en las que siempre se pasa la causa a vista del fiscal, aun cuando no haya apelación.

⁴¹ RDJ 43 (1946/II-2) 10-15; RDJ 50 (1953/II-1) 238-40; RDJ 86 (1989/II-1) 109-12 = FM 369 (1989) 439-42.

⁴² RDJ 51 (1954/II-1) 443-45.

⁴³ SOMARRIVA (n. 40) 97-98.

⁴⁴ V.gr. en España, el art. 8 de la Ley 11/1981 prescribe que "En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores [principalmente procesos matrimoniales] será parte el ministerio fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes".

⁴⁵ RAMÍREZ (n. 14) 216.

sos y actuaciones familiares; ejemplo de derecho vigente en este sentido es Bolivia⁴⁶, y ejemplo de la doctrina es Gelsi Bidart⁴⁷.

Me parece que si los tribunales de familia se conciben como tribunales especiales para tratar, con la eficiencia que da la especialidad, los temas en que la familia está en juego, precisamente por la importancia que se reconoce a este núcleo básico de la sociedad⁴⁸, la intervención del ministerio público debería ser preceptiva en todas las causas que se vean en dicho tribunal, intervengan o no menores, incapaces o ausentes. Su intervención mira siempre a actuar en pro de la familia y al hacerlo serán protegidos los menores e incapaces.

Sin embargo, como no todos comparten esta opinión⁴⁹, de no admitirse la actuación en todos los procesos de familia, su intervención debería ser obligatoria en todos los procesos en que intervengan menores, incapaces o ausentes, sin perjuicio que cada vez que el juez lo estime oportuno, se recabe igualmente su intervención. En esta hipótesis ¿qué pasa con los juicios de nulidad de matrimonio? Es mi opinión que en ellos debería exigirse siempre la intervención del ministerio público en ambas instancias. En pro de esta intervención no sólo están las razones históricas del establecimiento de la ley o la legislación vigente y la práctica procesal chilena, sino nuevamente la defensa de la familia, especialmente si, como lo postulamos en otro lugar⁵⁰, nuestros legisladores deciden incluir entre los capítulos de nulidad del matrimonio las incapacidades de contraerlo por causas de naturaleza psíquica.

La defensa de la familia, y con ella la defensa de los intereses de la sociedad, es una idea que está presente en nuestro derecho desde los primeros momentos de la ley de matrimonio civil. Enrique Latorre⁵¹ se expresaba así, al comentar la intervención del ministerio público en estos juicios: "Por lo demás, el fundamento de la intervención de los oficiales del ministerio público en los juicios de nulidad se comprenderá fácilmente, si se considera cuánto interesa a la sociedad la validez del matrimonio i la unión de los cónyuges". La misma idea que un siglo después repetía la Corte suprema⁵²: "en doctrina tiene plena justificación el carácter obligatorio de la audiencia del Ministerio Público por las razones de carácter moral, social, política y económica que tiene para la sociedad —cuyo interés representa el ministerio público— el velar por la familia, que es el fundamento de ella, al decir del constituyente".

Al exigirse tal intervención como obligatoria, se trataría de un trámite esencial cuya omisión acarrearía la nulidad de la sentencia en cualquiera de las dos instancias⁵³. Pero en el bien entendido que la nulidad la acarrearía el que no se

⁴⁶ Código de Familia de Bolivia, art. 367, "El ministerio público intervendrá como representante de la sociedad y el Estado en todos los procesos y actuaciones familiares, bajo sanción de nulidad en caso contrario".

⁴⁷ Gelsi BIDART, *Enfoque procesal de la familia*, en *Estudios jurídicos en memoria de Juan José Amézaga* (Montevideo, 1958) 201s., cit. por Ramírez (n. 14) 217.

⁴⁸ Recordemos el reconocimiento que de la familia hace nuestra Constitución Política en su art. 1º inc. I, "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad".

⁴⁹ RAMÍREZ (n. 14) 300.

⁵⁰ C. SALINAS ARANEDA, *Las incapacidades para contraer matrimonio por patologías psíquicas y sexuales en Derecho canónico y en el derecho chileno*, en prensa.

⁵¹ LATORRE (n. 37) 155.

⁵² RDJ 86 (1989/II-1) 109 = FM 369 (1989) 439.

⁵³ LATORRE (n. 37) 155; SOMARRIVA (n. 40) 97-98; P. ALFONSO, *Estudio sobre la ley de matrimonio civil* (Santiago 1900) 132. Vid. la jurisprudencia citada supra en n. 31.

le diera al ministerio público la posibilidad de intervenir en el proceso y no el hecho de que, facilitada la intervención, el ministerio público de hecho no intervenga.

Supuesta la intervención del ministerio público en todos o en algunos procesos de familia y, en todo caso, en todos los juicios de nulidad de matrimonio⁵⁴, la configuración del mismo podrá estar encuadrada en la nueva estructura que se piensa dar al ministerio público en Chile.

3. Colaboradores técnicos

El tribunal eclesiástico en primera instancia está integrado por el Vicario judicial, que lo preside, los Vicarios judiciales adjuntos, en su caso, y los jueces diocesanos designados por el Obispo; a ellos se agregan, con funciones específicas, el promotor de justicia —equivalente a nuestro defensor público—, el defensor del vínculo, el notario, el o los auditores y el o los asesores⁵⁵; en segunda instancia la constitución del tribunal no varía. No existen pues, establecidos en la estructura del tribunal, colaboradores técnicos o peritos en otras disciplinas o artes diversos al derecho. Lo que no quiere decir que el tribunal eclesiástico no acuda al auxilio de peritos, especialmente cuando se trata de juicios de nulidad de matrimonio en que la nulidad se basa en alguna incapacidad de uno de ambos contrayentes originada en causas de naturaleza psíquica. En la actualidad, la consulta a estos profesionales es cotidiana en los tribunales eclesiásticos, casi siempre escogidos del elenco de peritos autorizados por el mismo tribunal. Pero ellos no forman parte del mismo, lo que supone, entre otras circunstancias, que el pago de los respectivos honorarios periciales corre por cuenta de la parte que recurre a ellos. Su ayuda, en todo caso, es de gran importancia.

Enfrentados al tema de los colaboradores técnicos en los tribunales de familia la situación se presenta de manera diversa, porque la generalidad de los mismos cuenta con un equipo técnico o interdisciplinario integrado principalmente por asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, psicopedagogos y educadores⁵⁶. Se trata de funcionarios del mismo tribunal que prestan asistencia permanente al juez y a quienes intervienen en los procesos de familia, lo que no impide, al menos en algunos países, que las partes que lo deseen —o el mismo juez— acudan a profesionales externos.

La creación de tribunales de familia en nuestra patria debería, en consecuencia, contemplar la integración del mismo con algunos de estos profesionales; lo ideal sería que cada tribunal contara con su propio equipo de expertos, pero el elevado costo de esta iniciativa podría aconsejar la posibilidad de que un mismo equipo estuviera al servicio de varios tribunales. Esta idea aparece explícita en el informe de la Comisión Nacional de la Familia cuando se advierte que en los tribunales especiales de familia que ella postula “el tribunal podría con-

⁵⁴ Las modalidades de su intervención las analizo más adelante en este mismo trabajo.

⁵⁵ Cfr. SALINAS, *El proceso...* I (n. 4) 547-56. El *auditor* es un clérigo o laico —hombre o mujer— designado por el juez para que realice la instrucción de la causa; a él le corresponde únicamente recoger las pruebas y entregárselas al juez, según el mandato de éste; y si no se le prohíbe en el mandato, puede provisionalmente decidir qué pruebas han de recogerse y de qué manera, en el caso de que se discutan estas cuestiones mientras desempeña su tarea (c. 1428). El *asesor* es un clérigo o laico de que se sirve el juez único para que le ayuden con sus consejos (c. 1424).

⁵⁶ RAMÍREZ (n. 14) 207-15.

tar, ahora, con ahorro de recursos, con apoyo de cuerpos profesionales multidisciplinarios⁵⁷.

Supuesto lo anterior, la intervención de algunos de ellos en los juicios de nulidad de matrimonio, especialmente en aquellos en que se acuse la nulidad por capítulos de origen psíquico, estaría facilitada no sólo para el tribunal, sino para las mismas partes. Dejando siempre la posibilidad, claro está, de acudir a expertos externos cuando lo estimen oportuno o conveniente. Así, en las causas de nulidad de matrimonio en que el capítulo de nulidad invocado sea la impotencia o la falta de consentimiento por enfermedad mental —dando a este concepto un sentido amplio—, el juez deberá servirse de uno o varios peritos, a menos que conste con evidencia que la pericia resultaría inútil.

E. *Competencia*

Después de ver la constitución del tribunal que deberá conocer los juicios de nulidad de matrimonio centraremos nuestra atención en la competencia de los mismos, siempre en la perspectiva particular de la nulidad del matrimonio, que es la perspectiva particular que orienta nuestro estudio.

1. En razón de la materia

No es este un estudio sobre los tribunales de familia en sí, por lo que no me parece que deba entrar a analizar la diversidad de materias que caerían en su competencia. Si se trata de tribunales de familia, en principio será competente para conocer de todas aquellas materias en que esté comprometido el interés de la familia, con exclusión de las materias de sucesión⁵⁸. En esta perspectiva, en consecuencia, es claro que los juicios de nulidad de matrimonio serán de aquellas materias que necesariamente serán de su competencia. De hecho, así sucede en los diversos países que han implementado estos tribunales en su organización judicial.

2. En razón del territorio

El Código de Derecho Canónico establece diversos fueros para tramitar el juicio de nulidad de matrimonio, siendo competentes, en consecuencia, diversos tribunales, entre los cuales opera el principio de la prevención: i) el del lugar en que se celebró el matrimonio (c. 1673 n. 1); ii) el del lugar donde el demandado tiene su domicilio o cuasidomicilio (c. 1673 n. 2); el domicilio se adquiere por la residencia en el territorio de una parroquia o al menos de una diócesis, que o vaya unida a la intención de permanecer allí perpetuamente si nada lo impide, o se haya prolongado por un quinquenio completo (c. 102 § 1); el cuasidomicilio se adquiere por la residencia en el territorio de una parroquia o al menos de una diócesis, que o vaya unida a la intención de permanecer al menos tres meses si nada lo impide, o se haya prolongado de hecho por tres meses (c. 102 § 2);

⁵⁷ Informe Comisión Nacional de la Familia, p. 17.

⁵⁸ Un análisis del tema con abundante información de derecho comparado en RAMÍREZ (n. 14) 228-72; 308-24.

iii) el del domicilio de la parte actora –no cuasidomicilio–, con tal de que ambas partes residan en el territorio de una misma Conferencia episcopal y dé su consentimiento el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta (c. 1673 n. 3); iv) el del lugar en que de hecho se han de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que lo consienta el Vicario judicial del domicilio de la parte demandada, previa consulta a ésta por si tiene alguna objeción (c. 1673 n. 4).

El derecho chileno, por el contrario, sólo permite tramitar estos juicios ante el tribunal del domicilio del demandado (COT art. 134).

Como estos procesos deberán tramitarse ante los tribunales de familia, la competencia en razón del territorio deberá quedar fijada sobre la base de las normas de competencia que en este sentido se establezcan para estos tribunales. Se ha postulado para estos tribunales un doble principio⁵⁹: i) tratándose de juicios sólo referidos a mayores, la regla general sería la competencia del tribunal del domicilio del demandado; ii) en cambio, cuando en los juicios intervinieren menores, el tribunal competente sería el del domicilio del menor, salvo que éste hubiere abandonado el hogar común, en cuyo caso se volvería a la regla general del domicilio del demandado.

Sobre la base de lo anterior, en los tribunales de familia los juicios de nulidad de matrimonio tendrían como único fuero competente el del domicilio del demandado, siguiéndose en esto la regla general hoy vigente. Sin embargo, cabría preguntarse si, en este tipo específico de procesos –los de nulidad de matrimonio–, podría pensarse en algún otro fuero a la luz de las normas canónicas. Para ello conviene tener presente estas dos observaciones previas:

a) si lo que se discute es la nulidad o la validez de un matrimonio, se está discutiendo un hecho objetivo, que no depende de la voluntad de las partes: el matrimonio es nulo o es válido objetivamente. En otras palabras, la posibilidad de que una persona desee revisar la validez de un matrimonio no debe quedar dificultada ni limitada por posibles actitudes que pueda adoptar el demandado, muchas veces expresión de sentimientos odiosos hacia la otra parte.

b) el *ius connubi* es un derecho natural que tiene toda persona, derecho que no puede el legislador trabar, antes, al contrario, debe proteger y favorecer. Si un matrimonio es nulo, y lo es objetivamente, no tiene por qué ninguno de los dos aparentes cónyuges, unidos aparentemente por un vínculo inexistente, seguir ligados el uno al otro, especialmente cuando uno de ellos desea hacer uso de su derecho a las nupcias y contraer un matrimonio válido, aun cuando el otro, por sentimientos muchas veces odiosos, desee limitar esa posibilidad.

c) a las razones anteriores es menester agregar una previsible reforma sustancial al régimen de nulidad de matrimonio, de manera de sacarla del anquilosamiento al que ha sido llevada por la práctica de las nulidades fraudulentas por incompetencia del oficial civil ante el cual se contrajo matrimonio. Esto supone ampliar los capítulos por los que se puede declarar la nulidad del matrimonio acorde con los más modernos sistemas jurídicos, y, en consecuencia, la posibilidad de juicios en que las partes puedan aportar pruebas muy diversas a las declaraciones de testigos, única prueba hoy esgrimida en este tipo de juicios, prueba, por demás, muchas veces falsa⁶⁰.

⁵⁹ RAMÍREZ (n. 14) 298.

⁶⁰ *Vid. supra* n. 50.

A la luz de estas ideas parece, en consecuencia, que limitar la competencia de los tribunales de familia, al menos en los juicios de nulidad de matrimonio, al solo fuero del domicilio del demandado es una norma revisable y bien podría incluirse algún otro fuero de los que en la actualidad contempla el ordenamiento canónico. ¿Es posible introducir el fuero del domicilio del actor en nuestro ordenamiento? Si tenemos en cuenta la mayor facilidad de movilidad que existe en la actualidad, una de las principales razones por las que se había rechazado tradicionalmente este fuero, no veo las dificultades que pudiera haber para incluirlo, lo que supondría, por el contrario, una enorme ventaja para el actor.

Sin embargo, la introducción del fuero del actor no puede ser sin más, sino que ha de ir acompañada de algunas medidas que permitan reducir al máximo el peligro de fraude. Por cierto, el que haya peligro de fraude no ha de ser impedimento para adoptar este fuero; por el contrario, el legislador, advertido del riesgo, tiene que multiplicar los medios para reducirlo al máximo, que no excluirlo, porque fraudes a la ley habrá mientras haya hombres que tengan que regirse por leyes. No se puede olvidar que también los ha habido bajo el actual sistema en que sólo es competente el juez del domicilio del demandado⁶¹.

Conforme a esto, creo que habría que establecer algunas cautelas cada vez que el actor quisiera hacer uso del fuero de su propio domicilio:

a) por de pronto, no sería suficiente la simple decisión del actor en este sentido, sino que se requeriría una autorización previa, la que debería ser dada por el juez de familia del domicilio del demandado después de haberlo escuchado a él y al ministerio público; entiendo que quien autoriza es sólo el juez y no el futuro demandado ni el ministerio público, quienes deberán necesariamente ser escuchados para la validez de la diligencia, pero sólo escuchados sin que se requiera su consentimiento. Si ellos se oponen y el juez considera que las razones esgrimidas por el futuro actor son válidas, podrá sin mayor duda otorgar la autorización solicitada. Si el demandado no comparece, el juez decidiría con el solo parecer del ministerio público.

Esta gestión sería un antejuicio promovido por el actor ante el juez de su propio domicilio, quien mediante exhorto solicitará la autorización del tribunal del domicilio del demandado. Nunca sería una gestión a realizar personalmente por el futuro demandante ante el tribunal del domicilio del demandado.

¿Necesitará el futuro actor fundar su petición? Como se trata de uno de los fueros competentes para llevar adelante el juicio que desea intentar, no me parece que la ley deba imponerle la obligación de fundar su petición más allá del deseo de querer hacerlo en dicho tribunal. Pero como el juez del domicilio del demandado tendrá que dar su consentimiento después de escuchar al futuro demandado, lo más conveniente será que el actor fundamente su petición, las que tendrá a la vista el juez exhortado para decidir. Pero esto quedaría entregado a la decisión del actor, quien, por lo demás, normalmente tendrá sus razones para así hacerlo, entre las que no estarán ausentes las razones económicas.

b) lo anterior supone que ambas partes, actor y demandado, residen en el territorio de Chile. No podría intentarse este fuero si el demandado se encuentra fuera del país.

⁶¹ Vid., a manera de ejemplo, las siguientes sentencias: *Gaceta Jurídica* 40 (1983) 27-30 = *Jurisprudencia* 65 (1989) 22-25; *Revista Chilena de Derecho* 11 (1984) 82 = *Jurisprudencia* 65 (1989) 41-44; *Gaceta Jurídica* 71 (1986) 24-26 = *Jurisprudencia* 65 (1989) 63-65. Cfr. SOMARRIVA (n. 40) 83-90.

c) la especial intervención del ministerio público del tribunal en el que se tramitará el juicio a lo largo del mismo, quien deberá ser notificado de las principales resoluciones del juicio y a quien se pasarían los autos una vez terminadas las diligencias para que emitiera su parecer. Se trataría de trámites esenciales, pero lo esencial para la validez de los mismos es permitir al ministerio público su intervención, no su intervención de hecho, pues bien puede suceder que, habiéndosele facilitado la gestión, el ministerio público no actúe. Como tuvo la facilidad del caso, la no realización en el hecho de la gestión no impide la validez de la misma.

Conforme a lo anterior, en consecuencia, creo que, además del fuero del domicilio del demandado, bien podría incluirse en los juicios de nulidad de matrimonio el fuero del domicilio del actor con los recaudos señalados.

¿Y el fuero del lugar donde ha de recogerse la mayor parte de las pruebas? Este fuero adquiere importancia con una reforma sustantiva al régimen de nulidad de matrimonio, de manera de que la prueba en este tipo de juicios deje de ser la tradicional prueba fingida de los juicios fraudulentos a que estamos acostumbrados. Me parece que con los mismos recaudos señalados para el fuero del domicilio del actor no hay mayores inconvenientes para acoger también este fuero en este tipo de juicios.

En suma, por razón del territorio, creo que podrían ser competentes para conocer de los juicios de nulidad de matrimonio:

- a) el tribunal del lugar en que el demandado tiene su domicilio;
- b) el tribunal del lugar en que tiene su domicilio la parte actora, con tal de que ambas partes residan en Chile y dé su consentimiento el juez de familia del domicilio de la parte demandada, habiendo oído a ésta y al ministerio público de este último tribunal;
- c) el tribunal del lugar en que de hecho se ha de recoger la mayor parte de las pruebas, con tal de que ambas partes residan en Chile y lo consienta el juez de familia del domicilio de la parte demandada, previa consulta a ésta y al ministerio público de este último tribunal.

3. En razón del grado

En sede canónica, los juicios de nulidad de matrimonio están sujetos al principio de la doble sentencia conforme: la sentencia que declara por vez primera la nulidad de un matrimonio, junto con las apelaciones, si las hay, y demás actas del proceso, debe transmitirse de oficio al tribunal de apelación dentro del plazo de veinte días a partir de la publicación de la sentencia. Si la sentencia en favor de la nulidad se ha dictado en primera instancia, el tribunal de apelación, vistas las observaciones del defensor del vínculo y, si las hay, también las de las partes, debe, mediante decreto, o confirmar la decisión sin demora o admitir la causa para que sea examinada con trámite ordinario en la nueva instancia (c. 1682).

Cuando la sentencia que por vez primera declaró la nulidad de un matrimonio ha sido confirmada en grado de apelación mediante decreto o nueva sentencia, aquéllos cuyo matrimonio ha sido declarado nulo pueden contraer nuevas nupcias a partir del momento en el que se les ha notificado el decreto o la nueva sentencia, a no ser que esto se prohíba por un veto incluido en la sentencia o decreto, o establecido por el Ordinario del lugar (c. 1684).

Este principio de la doble sentencia conforme pasó a los juicios civiles de nulidad de matrimonio, régimen que es el actualmente vigente en nuestra patria.

La particular importancia de la familia fundada en el matrimonio y la consiguiente protección que merece, justifican la continuación de este procedimiento. En razón del grado, en consecuencia, los juicios de nulidad de matrimonio serían conocidos en primera instancia por los jueces de familia y en segunda por las respectivas Cortes de apelaciones, las que conocerán del proceso por la vía de la apelación o de la consulta.

II. LAS PARTES

A. *Demandante*

El modelo canónico que estamos usando establece que son hábiles para impugnar el matrimonio los cónyuges y el promotor de justicia cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible o conveniente convalidar el matrimonio.

En el derecho chileno vigente, los titulares de la acción de nulidad de matrimonio son más numerosos, pues a los presuntos cónyuges y al ministerio público se agregan: i) los ascendientes de los cónyuges, ii) los que tengan interés en ella, y iii) los herederos del cónyuge difunto en el matrimonio en artículo de muerte. Tratándose de los cónyuges, la ley agrega que si la nulidad de matrimonio se demanda por error o fuerza, sólo puede intentar la acción el cónyuge que ha tenido su consentimiento viciado (LMC art. 34). Me parece que es llegado el tiempo de revisar la procedencia de que algunos de estos titulares sigan teniendo acción de nulidad de matrimonio.

1. Los ascendientes de los cónyuges

El derecho que la ley de matrimonio civil otorga a los ascendientes para pedir la nulidad del matrimonio es muy amplio, pues ni fija orden de gradación o prelación entre ellos, ni les exige un interés pecuniario. Basta con el interés que el legislador les supone tener en la buena constitución de la familia. En otras palabras, el abuelo puede pedir la nulidad del matrimonio de su nieto sin que sea menester la intervención del padre —e incluso contra la voluntad de éste— y sin que haya otro interés que la supuesta buena constitución de la familia.

Paulino Alfonso⁶² explicitaba este interés de los ascendientes con estas palabras: “Concédesse la acción de nulidad del matrimonio a los ascendientes para facilitarles un medio legal de escluir de sus familias a los supuestos cónyuges de sus descendientes que no lo son en realidad, i de impedir que se reputen formar parte de su descendencia lejítima i puedan llegar a ser sus asignatarios forzosos personas concebidas en uniones sexuales no autorizadas por la lei i que se arrojan, sin embargo, el honor i los fueros del matrimonio”.

Me parece que las coordinadas culturales que motivaron que la ley de matrimonio civil otorgase a los ascendientes este derecho ya han sido superadas por el tiempo; quizá se justificaron al finalizar la centuria pasada, pero cien años después, me parece que este derecho ya no debe subsistir. La nulidad de matrimonio es un asunto muy personal de los mismos interesados para que terceros,

⁶² ALFONSO (n. 53) 126.

por familiares que ellos sean, vengan a impetrar una nulidad en base a un derecho concedido en términos tan amplios que, incluso, podrían hacer valer, aun en contra de los mismos cónyuges.

Por lo demás, la jurisprudencia sólo nos muestra dos sentencias recaídas en juicios de nulidad impetrados por ascendientes, ambas de comienzos de siglo –1911⁶³ y 1913⁶⁴– y una tercera intentada por un hermano, del año 1914⁶⁵, la que fue desechada por no tener el hermano derecho a esta acción de nulidad de matrimonio⁶⁶.

Como se ve, se trata simplemente de un fósil cuya persistencia en nuestro ordenamiento no se justifica. Y si alguno de los ascendientes tuviese intereses de carácter pecuniario, como lo hace ver Paulino Alfonso al justificar el derecho concedido a los ascendientes, la misma ley le deja intacto su derecho, si bien reconduciéndolo a ese otro tipo de titulares de la acción de nulidad⁶⁷.

2. El ministerio público

“Concédese la acción de nulidad del matrimonio al ministerio público porque la subsistencia aparente de matrimonios inválidos suele afectar los intereses generales”⁶⁸. “Puede decirse que la sociedad entera es parte en el contrato de matrimonio, por razones morales, sociales, políticas y económicas. Ante los estrados judiciales, el ministerio público representa a la sociedad, de aquí que el legislador le da el derecho de solicitar la nulidad del matrimonio en el sólo interés de la moral y de la ley”⁶⁹.

En el hecho, sin embargo, nunca se hace uso de esta facultad. No sé si se habrá producido alguna vez, pero no he encontrado jurisprudencia alguna sobre el particular⁷⁰. Como lo señala Somarriva⁷¹, los juicios de nulidad de matrimonio son odiosos y a veces producen escándalo; si los cónyuges y los parientes han querido evitarlos, no es lógico que los provoque el ministerio público. No obstante esto, me parece que esta posibilidad debe permanecer abierta y debería subsistir este titular de la acción de nulidad. Pero, en mi opinión, cabría añadirle la misma limitación que se establece en el Derecho canónico cuando se otorga al ministerio público la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio: que la nulidad se haya divulgado.

Esta limitación está de acuerdo, por lo demás, con la idea originaria tenida a la vista cuando se legisló. Tanto Latorre⁷² como Alfonso⁷³, comentando este

⁶³ *Gaceta de los Tribunales* 71 (1911) 2, pp. 366-67, sentencia 950. La demanda fue rechazada.

⁶⁴ *Gaceta de los Tribunales* 73 (1913) 1517-19, sentencia 457, que, por lo demás, anuló el procedimiento y dispuso que el juicio se sustanciara con arreglo a derecho.

⁶⁵ *Gaceta de los Tribunales* 74 (1914) 662, sentencia 244.

⁶⁶ Vid. A. YAÑEZ GAUTHER, *La ley de matrimonio civil ante la jurisprudencia* (Memoria Universidad Católica de Valparaíso, 1993) 332-35.

⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia el *Informe del Departamento de Derecho privado de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso sobre el proyecto de ley de matrimonio civil*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 16 (1995) 517.

⁶⁸ ALFONSO (n. 53) 127.

⁶⁹ SOMARRIVA (n. 40) 92.

⁷⁰ Cfr. YAÑEZ (n. 66) 330.

⁷¹ SOMARRIVA (n. 40) 92.

⁷² LATORRE (n. 37) 152.

⁷³ ALFONSO (n. 53) 127.

inciso de la ley, traen a colación los comentarios de Pothier sobre el tema⁷⁴: "Los encargados del ministerio público no deben hacer indagaciones para descubrir nulidades de todos ignoradas en matrimonios que nadie impugna; pero cuando el escándalo trasciende, el ministerio de la ley encargado de procurar la conservación del buen orden i sana moral, i, por lo mismo, de poner coto a los escándalos que a objetos tan respetables perjudican, debería en tal caso entablar su acción ante el tribunal seglar...".

En suma, es mi opinión conservar la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio en el ministerio público, con la limitación de que podrá hacer uso de ese derecho tan sólo cuando la nulidad se haya divulgado⁷⁵.

3. Los que tengan interés en la nulidad de matrimonio

No existe en Derecho canónico la posibilidad de que terceros ajenos a los cónyuges puedan intentar la acción de nulidad matrimonial, salvo el caso del promotor de justicia. No sucede así en el matrimonio civil en el que, además de los intereses personales de los cónyuges, existen de por medio intereses de carácter patrimonial, que la ley debe proteger; es lo que hace cuando otorga también la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio a las personas que tengan actual interés en la nulidad. Es un interés de carácter pecuniario que, además, por expresa decisión legal ha de ser actual, y se entiende que lo hay "en el caso de poder realizarse inmediatamente después de pasar en autoridad de cosa juzgada la declaración de nulidad"⁷⁶.

No he encontrado ninguna sentencia que se refiera a este punto y desconozco si alguna vez se ha presentado alguna demanda por este tipo de legitimados; de haberlas, serán, en todo caso, muy escasas. Es por lo que comparto la recomendación del Departamento de Derecho privado de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso⁷⁷ en el sentido de que "tal vez podría limitársela para los casos en que el impedimento o la incapacidad sean de orden público (por ejemplo, si hay vínculo anterior no disuelto). Parece enorme que cualquier interesado en la nulidad pueda pedir ésta por causas de orden más privado... si los cónyuges no desean hacerla efectiva, por estar bien avenidos, por ejemplo".

4. Acción de nulidad después de fallecido alguno de los cónyuges

El Código de Derecho Canónico prescribe en el canon 1675 que el matrimonio que no fue acusado en vida de ambos cónyuges no puede ser impugnado tras la muerte de uno de ellos o de los dos, a no ser que la cuestión sobre su validez sea prejudicial para resolver otra controversia, ya en el fuero canónico, ya en el civil.

⁷⁴ POTHIER, *Tratado sobre el matrimonio*, 209. He usado *Oeuvres de Pothier* 6 (Paris 1861) 205-8.

⁷⁵ En el *Informe* (n. 67) 517, se dice que "quizá debería eliminarse al ministerio público como legitimado" para pedir la nulidad.

⁷⁶ ALFONSO (n. 53) 128.

⁷⁷ *Informe* (n. 67) 517.

La ley de matrimonio civil prescribía originariamente que la acción de nulidad de matrimonio no podía intentarse "si no viven ambos cónyuges". Cuando se discutía la ley, en la sesión de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre de 1883⁷⁸, don Ricardo Letelier propuso que se suprimiera esta disposición por cuanto, a su juicio, no había razón para impedir, por la muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el ejercicio de los derechos subordinados a la declaración de nulidad del matrimonio; un matrimonio celebrado en desmedro de lo mandado por la ley no produce efectos civiles y la muerte de uno de ambos cónyuges no tiene por qué alterar dicha situación, impidiendo que las personas interesadas en la nulidad del matrimonio infractor puedan accionar ante quien corresponda⁷⁹.

Contra la opinión anterior se manifestó Enrique Mac-Iver alegando diversas razones: i) que, atendida la naturaleza del contrato matrimonial, ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges no había para qué declarar la nulidad de un matrimonio disuelto ya ipso facto por ese fallecimiento; ii) que Ricardo Letelier consideraba la cuestión sólo desde el punto de vista pecuniario; iii) que examinada por su lado social, no hay interés público alguno en que dos personas que han vivido diez, veinte o más años unidas por el vínculo matrimonial no sean, después de su muerte, reputadas verdaderos cónyuges como lo fueron en vida; iv) que, aunque la acción de nulidad puede aprovechar en este caso a uno que otro individuo particular, no es ése el interés, el alto interés de la sociedad; v) que si los hijos habidos del presunto matrimonio tienen algún vicio de nacimiento, debe considerarse subsanado por el lapso y que, en este sentido, la disposición impugnada por Letelier establecía sólo una prescripción cuyo término se cumplía por la muerte de uno de los cónyuges⁸⁰.

Prevaleció el planteamiento de Mac-Iver, por lo que la ley aprobada permitió intentar la acción de nulidad después de la muerte de alguno de los cónyuges tan sólo tratándose de matrimonios en artículo de muerte. Sin embargo, como explica Somarriva⁸¹, la ley, establecida en dichos términos, producía en la práctica situaciones difíciles tratándose de la bigamia. Si un hombre se casaba por segunda vez, estando vigente su primer matrimonio, y luego fallecía dejando dos cónyuges legítimos no se sabía cuál de las dos debía sucederle. De hecho, la Corte Suprema había fallado que si fallecía la primera mujer, la segunda sería cónyuge legítima a pesar de la existencia del vínculo matrimonial no disuelto que afectaba al marido⁸².

Esta situación se remedió con la Ley 10.271 de 1952 que en el inciso 1° del artículo 34 de la ley de matrimonio civil, después de la frase según la cual la nulidad de matrimonio "no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges", agregó la siguiente "salvo que la causal invocada sea la existencia de un vínculo

⁷⁸ Dip. Ord. 1883, ses. 45, p. 523. Vid. J. R. TAPIA DE LA TORRE, *Discusión parlamentaria de la ley de matrimonio civil chilena* (Memoria Universidad Católica de Valparaíso, 1990) 146-48.

⁷⁹ El diputado liberal por Chillán, Federico Puga Borne, favorecedor de la moción de Letelier y pensando en la protección debida a los hijos, hizo una indicación para el solo efecto de ser rechazada la moción de Letelier en estos términos: "la misma acción corresponderá a los herederos siempre que en el matrimonio no hubiera habido hijos". Fue finalmente rechazada. Dip. Ord. 1883, ses. 45, p. 524.

⁸⁰ Dip. Ord. 1883, ses. 45, pp. 523-524.

⁸¹ SOMARRIVA (n. 40) 94-995; *Idem*, *Evolución del Código Civil chileno* (Santiago, 1955) 88-89.

⁸² RDJ 40 (1943/II-1) 485-94; 45 (1948/II-1) 107-16.

matrimonial no disuelto, caso en el cual la acción podrá intentarse dentro del año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges”.

En consecuencia, la regla general es que la acción de nulidad de matrimonio no puede intentarse si no viven ambos cónyuges, salvo en caso de bigamia. La situación, así, se asemeja mucho a la regulación que al tema da el Derecho canónico actual, con la diferencia que, en mi concepto, la formulación canónica resulta más técnica y elegante, amén que podría incluir otras situaciones que, de momento, no quedaren amparadas en el derecho chileno. Es por lo que me parece que en esta materia podría igualmente modificarse la ley formulando la norma en los siguientes términos: “... y no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges, a no ser que la cuestión sobre la validez del matrimonio sea prejudicial para resolver otra controversia, caso en el cual...”.

De esta manera, recogiendo lo dicho sobre los ascendientes y el ministerio público, el inciso 1° del artículo 34 de la ley de matrimonio civil quedaría finalmente redactado de la siguiente manera: “Corresponde la acción de nulidad a los presuntos cónyuges, al ministerio público cuando la nulidad se haya divulgado, y a las personas que tengan actual interés en ella, y no podrá intentarse si no viven ambos cónyuges, a no ser que la cuestión sobre la validez del matrimonio sea prejudicial para resolver otra controversia, caso en el cual la acción podrá intentarse dentro del año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges”.

Y ¿qué sucede si el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce cuando ya se ha iniciado el juicio? En Derecho canónico se distingue según el estado en que esté el juicio: si la causa aún no ha concluido, la instancia se suspende hasta que la reanude el heredero del difunto o su sucesor o el legítimamente interesado; si la causa ya había concluido, el juicio sigue, debiendo el juez citar al procurador y, si no lo hay, al heredero del difunto o a su sucesor (cc. 1675 § 2; 1518). La conclusión de la causa es aquella etapa del proceso canónico originada mediante decreto, después de haberse rendido las pruebas, cuando: i) las partes declaran que no tienen más que aducir; ii) o ha transcurrido el plazo útil establecido por el juez para presentar las pruebas; iii) o el juez manifiesta que la causa está suficientemente instruida (c. 1599 § 2). Una vez realizada la conclusión de la causa se abre la etapa de discusión, es decir el plazo fijado por el juez para que las partes presenten las defensas o alegatos (c. 1601), después de lo cual viene la etapa de sentencia.

La ley de matrimonio civil habla de intentar la acción, por lo que Somarriva⁸³ entiende que, si iniciado el juicio de nulidad de matrimonio fallece alguno de los cónyuges, el mismo ha de continuar hasta que se dicte sentencia. Intentar la acción supone entablarla, pero no que ella haya sido resuelta. Si la intención del legislador hubiese sido otra, es decir, suspender la acción de nulidad ya iniciada cuando uno de los cónyuges falleciere, debió haber empleado otra expresión, como “no se podrá declarar la nulidad si no viven ambos cónyuges”.

No me parece que haya motivos para cambiar el actual régimen legal en este punto.

⁸³ SOMARRIVA (n. 40) 95.

B. *Los abogados*

En los procesos canónicos de nulidad de matrimonio la ley de la Iglesia no exige la presencia de las partes asistidas por abogados, de manera que pueden actuar directamente ante el tribunal (c. 1481). Esta facultad que se les concede no obsta a que la asistencia profesional que brinda el abogado sea de suyo importante, especialmente en procesos de esta naturaleza, por lo que, en la práctica, casi todos los que intervienen en estos procesos, especialmente en calidad de demandante, lo hacen asistidos por abogados⁸⁴.

En Chile la presencia de abogados en juicio está regulada por la Ley 18.120⁸⁵, que establece un régimen de intervención de abogado patrocinante en los negocios judiciales obligatoria y amplísima, sin perjuicio de una serie de excepciones, una de las cuales es la actuación ante los juzgados de menores en los que se puede comparecer personalmente sin asistencia de abogados (art. 2 inc. 11). Los juicios de nulidad de matrimonio, en cambio, como se tramitan como juicio ordinario ante los jueces de letras en lo civil, se regulan por la norma general y en ellos, en consecuencia, las partes, sea que actúen como demandantes sea que lo hagan como demandados, han de actuar patrocinadas por un abogado.

Al igual que en Derecho canónico, en Chile el abogado patrocinante puede, además, recibir mandato judicial y actuar como procurador.

Ahora bien, puesto que estamos postulando que los juicios de nulidad de matrimonio sean conocidos por los tribunales de familia, hemos de detenernos brevemente en las condiciones que se exigirán en general a quienes actúen ante ellos, en orden a tener que hacerlo o no patrocinados por un abogado.

Me parece que la misma concepción de los tribunales de familia como órganos encargados de tutelar la familia y sus componentes, especialmente los más desvalidos, exigen una amplia posibilidad de acceso a la justicia que ellos puedan brindar. Pero, al mismo tiempo, es menester tener presente que muchas de las materias que serán de conocimiento de estos tribunales presentan particulares dificultades que no siempre las partes podrán resolver directamente con el tribunal. Precisamente, los juicios de nulidad de matrimonio, especialmente teniendo en cuenta una reforma sustancial en el régimen de nulidad de matrimonio, son de esas materias que ofrecen una dificultad interna que ameritan la asistencia profesional del abogado. Esto supone, en consecuencia, mantener para la comparecencia ante los tribunales de familia la exigencia de tener que hacerlo asistido por abogado patrocinante. Con ello se abre un nuevo campo de especialización para los abogados que, incluso, les permitirá enfrentar el ejercicio profesional con otras perspectivas, entre las que cabe destacar el desplazamiento a un segundo plano de la lógica adversarial para dar énfasis a las técnicas de mediación⁸⁶.

En efecto, al menos en Francia, "desde hace algún tiempo se advierte una nueva proposición al respecto que estimula el establecimiento de un contacto más estrecho con el cliente conjuntamente con una relación más personal y

⁸⁴ SALINAS, *El proceso...* (n. 4) 561-64; C. SALINAS ARANEDA, *Abogados y procuradores ante los tribunales eclesiásticos*, en *Temas de Derecho* 11 (1996) en prensa.

⁸⁵ D.O. 18 de mayo de 1982.

⁸⁶ Cfr. *Informe Comisión Nacional de la Familia*, p. 17; RAMÍREZ (n. 14) 220-22.

permanente con el magistrado. La consolidación de esta nueva dimensión en la actuación de los abogados se ha visto favorecida por el incremento en el número de los profesionales que laboran en el equipo interdisciplinario para entregar informes cada vez más completos de las situaciones familiares planteadas. Este trabajo conjunto ha influido positivamente en las decisiones judiciales, al tiempo que ha logrado neutralizar en grado importante el juego tradicional de la contradicción sostenida por los abogados⁸⁷.

Así, ante los tribunales de familia se deberá actuar asistido por abogado patrocinante. Pero es menester cuidar al máximo que esta obligación no limite el acceso a estos tribunales, especialmente de aquellos más desvalidos. Para ello, la asistencia que pueda brindar la Corporación de Asistencia Judicial, o cualquiera sea la entidad que asuma esta tarea, será de primera importancia, como asimismo la figura de los abogados de turno. E, incluso, podría pensarse en la posibilidad de abogados adscritos al mismo tribunal, al modo de los patronos estables del Derecho canónico, que brinden asistencia a quienes no puedan pagar un abogado particular. Dispone el Código de Derecho Canónico que, en la medida de lo posible, en todo tribunal ha de haber patronos estables, que reciban sus honorarios del mismo tribunal, y que ejerzan la función de abogado o de procurador, sobre todo en las causas matrimoniales, en favor de las partes que libremente prefieran designarlos (c. 1490)⁸⁸.

En todo caso, cuando el juez lo considere necesario, podrá liberar a la parte de la carga de tener que comparecer asistida por abogado patrocinante.

III. EL PROCESO

Nos corresponde ahora centrar nuestra atención en el proceso de nulidad de matrimonio. Como el mismo será conocido por el tribunal de familia, las ritualidades del proceso de nulidad de matrimonio serán las mismas del proceso ordinario que se tramite ante dichos tribunales⁸⁹.

A. Predominio del principio inquisitivo

Una de las características del nuevo proceso canónico es que, sin dejar de lado la iniciativa de las partes en el mismo, ha dado cabida a una mayor actuación del juez, lo que hace que, en la actualidad, haya una fuerte incidencia del principio inquisitivo en el mismo⁹⁰.

Algo similar se advierte en el derecho comparado en cuanto al proceso ante los tribunales de familia, en los que, de la misma manera, hay un predominio de este principio que le da al juez un mayor señorío sobre el juicio.

⁸⁷ RAMÍREZ (n. 14) 221.

⁸⁸ G. LAVARDA, *L'avvocato pubblico del Tribunale ecclesiastico triveneto per le cause matrimoniali*, en *Palestra del Clero* 71 (1992) 417-19; J. OCHOA, *La figura canónica del procurador y abogado público*, en *Dilexit iustitiam* (Città del Vaticano 1984) 249-84.

⁸⁹ SALINAS, *El proceso...I* (n. 4) 564-89. El mismo, *El proceso...II* (n. 4); El mismo, *El proceso...III* (n. 4).

⁹⁰ J. L. ACEBAL LUJÁN, *Principios inspiradores del derecho procesal canónico*, en J. MANZANARES (ed.), *Cuestiones básicas de derecho procesal canónico* (Salamanca, 1993) 37-40.

Admitido este principio en el proceso que haya de tramitarse ante los jueces de familia, esto deberá manifestarse en poderes concretos del juez en relación con las partes, en relación con las discusiones, en relación con las pruebas. A ello nos referiremos en las páginas que siguen.

B. *Demanda*

La norma del derecho de la Iglesia es clara: quien desea demandar a alguien debe presentar un escrito al juez competente, en el que se indique el objeto de la controversia y se pida el ministerio del juez (c. 1502). El juez puede admitir una petición oral, cuando el actor tenga un impedimento para presentarla por escrito, o si se trata de una causa de fácil investigación y de poca importancia (c. 1503).

La norma canónica refleja bien lo que debería ser la demanda en un juicio de familia. La regla general será que la demanda se presente por escrito, sin perjuicio de dejar la posibilidad de que sea oral. En ese caso, el secretario del tribunal dejará constancia del tenor de la misma en un acta que servirá de demanda.

En principio, la demanda de nulidad de matrimonio deberá presentarse por escrito y sólo excepcionalmente lo será oralmente, cuando el juez así lo permita, atendidas las circunstancias particulares del caso. Su contenido queda regulado por las normas generales dadas por el Código de Procedimiento Civil (art. 254).

De ella se dará traslado al demandado a quien se le citará a una audiencia a la que deberán concurrir demandante y demandado personalmente, sin perjuicio de que acudan asistidos por sus abogados. En dicha audiencia el demandado contestará la demanda por escrito u oralmente; en este último caso de su tenor quedará constancia en el acta que se levante. La exigencia de asistencia personal de las partes es para que el juez, si lo estima oportuno, promueva la conciliación.

Esta audiencia se realizará quince días después de haberse notificado la demanda.

La notificación de la demanda, y, en general, todas las notificaciones se regirán por el derecho común contenido en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Orgánico de Tribunales.

Se le ha de reconocer al demandado el derecho de presentar reconvencción, la que deberá plantearse conjuntamente con la contestación de la demanda, única oportunidad que tendría el demandado de hacerlo. El demandante puede contestar la reconvencción en dicha audiencia o solicitar un término de diez días para hacerlo por escrito.

C. *Mediación*

En los juicios canónicos de nulidad de matrimonio, antes de aceptar una causa y siempre que vea alguna esperanza de éxito, el juez empleará medios pastorales para inducir a los cónyuges, si es posible, a convalidar su matrimonio y a restablecer la convivencia conyugal (c. 1676). Esta norma es aplicación a los juicios de nulidad de matrimonio de otra norma, más amplia, según la cual, al comenzar el litigio, y en cualquier otro momento, siempre que abrigue alguna esperanza de éxito, el juez no dejará de exhortar y ayudar a las partes para que

procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de su controversia, y les indicará los medios oportunos para lograr este fin, recurriendo incluso a personas serias como mediadoras (c. 1446 § 2).

La posibilidad de resolver los conflictos por la vía pacífica es de primera importancia en los tribunales de familia, por lo que la función de mediación entre las partes en conflicto ha de ser considerada como un momento especialmente privilegiado. En verdad, si uno mira la ritualidad procesal establecida por el derecho comparado para estos tribunales, la conciliación aparece en todos ellos, entendida como obligatoria y situada antes de que se proceda al estudio del fondo de la cuestión debatida.

En el ya referido informe de la Comisión Nacional de la Familia, cuando se recomiendan en él la creación de tribunales especializados de familia, se señalan entre sus ventajas el que en ellos se desplazaría a un segundo plano la lógica adversarial para dar énfasis a las técnicas de mediación. Esta es definida como "un procedimiento en el cual un tercero neutral, debidamente calificado, utilizando técnicas especiales, actúa para alentar, estimular y facilitar la resolución de un conflicto, sin indicar cuál debe ser su solución"⁹¹. Las etapas de la mediación, según el mismo documento, serían las siguientes: primero, identificar los puntos de acuerdo y de desacuerdo; segundo, intercambiar información real y objetiva; tercero, identificar y desarrollar alternativas de solución. Y las ventajas de un tal procedimiento serían diversas: desarrolla el conflicto en ambiente positivo; se restituyen las decisiones a los interesados; se centra en el futuro y no en el pasado; permite adoptar soluciones adecuadas a las particularidades de cada familia; no hay ni ganadores ni perdedores⁹².

Se discute en derecho comparado si la conciliación ha de ser ante el juez de familia, ante un funcionario especial o ante el equipo interdisciplinario del tribunal⁹³. Me parece que la disyuntiva es limitadora: el mediador ha de ser el propio juez, sin perjuicio de la asistencia de los expertos que le parezca oportuno llamar, y sin perjuicio de que acuda a la ayuda de otras personas como mediadoras⁹⁴.

La conciliación, en consecuencia, sería un trámite importante, que debería situarse antes de comenzar el estudio del fondo de la litis. Pero no sería un trámite obligatorio, pues me parece que la llamada a conciliación debería ser sólo cuando el juez vea alguna esperanza de éxito. La experiencia muestra que en aquellos otros procesos en los que se ha fijado el llamado a conciliación como trámite obligatorio, ha pasado a ser muchas veces un mero trámite de cuya realización queda constancia en una línea del proceso en el que se consigna que llamadas las partes a conciliación ésta no se produjo. Obviamente que si la proponen las partes, el juez ha de acceder a ella y facilitar las gestiones conducentes a ese propósito. Pero, en principio, la iniciativa de la misma y las medidas conducentes a obtenerla han de ser de cargo del juez, expresión de esa mayor intervención que hay que reconocerle en la conducción del proceso.

⁹¹ Informe Comisión Nacional de la Familia, p. 17.

⁹² *Ibid.*

⁹³ RAMÍREZ (n. 14) 188.

⁹⁴ En contra, Ramírez (n. 14) 189-91, quien es de opinión que sea una persona distinta del juez por las razones que allí anota.

Si bien la conciliación, por principio, se situaría al comenzar el proceso, ella debería intentarse también a lo largo del mismo, cada vez que el juez vea la posibilidad de éxito.

Está claro que la conciliación en los juicios de nulidad de matrimonio no mira a ponerse de acuerdo en la nulidad, sino precisamente a lo contrario, esto es, a tratar de superar el quiebre familiar y a superar la situación de crisis a la que se ha tratado de dar salida con la nulidad del matrimonio.

D. *Prueba*

La discusión de la causa quedará centrada en la demanda y en la contestación de la misma, suprimiéndose los trámites de réplica y dúplica, de manera que producida la audiencia de contestación, si no ha habido conciliación ni reconvencción, o ésta ha sido contestada en la misma audiencia, el juez dictará la resolución por la que recibe la causa a prueba, fijando los hechos sustanciales y pertinentes controvertidos.

El período de prueba será de treinta días sin perjuicio de las prórrogas que el juez pueda decretar de oficio o a petición de parte si el estado del juicio así lo requiere.

Pueden aportarse cualesquiera pruebas que se consideren útiles para dilucidar la causa y que sean lícitas. Si no es por causa grave, el juez no procederá a recoger pruebas antes de la recepción de la causa a prueba.

Las pruebas en particular se registrarán por las normas comunes establecidas en el Código de Procedimiento Civil, debiendo adecuarse a la naturaleza del procedimiento que se usa en el tribunal de familia.

Importante es el principio de que las mismas serán valoradas en conciencia por el juez, de manera que ellas produzcan en él certeza moral sobre el asunto que debe dirimir.

E. *Peritos*

Por el particular relieve que puede alcanzar la prueba pericial en este tipo de juicios, especialmente en los juicios de nulidad de matrimonio cuando lo alegado sea la incapacidad de uno de los cónyuges por causas de naturaleza psíquica, se hace necesario algunas consideraciones.

En general, en los juicios de familia se deberá acudir al auxilio de peritos siempre que, por prescripción del derecho o del juez, se requiera su estudio y dictamen basado en las reglas de una técnica o ciencia, para comprobar un hecho o determinar la verdadera naturaleza de una cosa.

Serán nombrados por el juez después de oír a las partes o a propuesta de ellas. En la misma resolución en que se les nombre, el juez, tomando en consideración lo aducido por las partes, deberá determinar cada una de las cuestiones que debe considerar el dictamen del perito. Si lo estima oportuno, el juez puede asumir los dictámenes ya elaborados por otros peritos.

Punto importante es recordar que el perito no es el juez, por lo que sus observaciones no han de ser vinculantes para el juez. Este ha de ponderar atentamente no sólo las conclusiones de los peritos, aunque sean concordes, sino

también las demás circunstancias de la causa, y cuando exponga las razones de su decisión, deberá hacer constar por qué motivos ha aceptado o rechazado las conclusiones de los peritos. Aceptar una vinculación del juez al dictamen pericial, por muy especializado que sea el perito y su dictamen, sería desplazar la capacidad decisional del juez al perito que sería, en definitiva, quien decidiría la controversia con su dictamen.

Es importante tener igualmente presente que, al menos en los juicios de nulidad de matrimonio por incapacidad de los cónyuges de contraer matrimonio por causas de naturaleza psíquica, la nulidad del matrimonio la origina la incapacidad de la parte, incapacidad –concepto jurídico– que, a su vez, es originada por una situación de hecho, la enfermedad psíquica. De esta última –la enfermedad– informa el perito, pero de aquélla –la incapacidad– se pronuncia el juez, a la luz de lo aportado por el perito y por todas las otras pruebas, de las que el informe pericial es tan sólo una más.

F. *Audiencia al ministerio público*

Hemos señalado en páginas anteriores que en los juicios de nulidad de matrimonio deberá escucharse obligadamente al ministerio público, trámite esencial cuya omisión acarrearía la nulidad de la sentencia.

Me parece que la regla general, como ya lo señalé, ha de ser que el ministerio público sea oído siempre, en todos los juicios de familia, intervengan o no menores o incapaces o ausentes. Para ello, cuando el juez lo estime pertinente y, en todo caso, antes de la sentencia, ha de solicitarse su parecer sobre la causa en cuestión; una vez terminado el período probatorio, el juez otorgará al ministerio público un plazo prudente, que podrían ser quince días, para que examine los autos y emita su parecer. De la vista del ministerio público se dará conocimiento a las partes para que formulen observaciones en un plazo no mayor a los ocho días. Si el juez lo considera oportuno, de estas observaciones podrá dar traslado al ministerio público por un breve espacio de tiempo. Con lo probado y alegado, dictará sentencia.

Pero, además, en algunos juicios, por las especiales circunstancias en que se desarrollen, la intervención del ministerio público ha de ser más intensa. Me refiero, por ejemplo, a los juicios de nulidad de matrimonio cuando se ha elegido el fuero del actor o el del lugar donde se encuentra la mayor parte de las pruebas. En estos casos, y en otros que ha de definir el legislador, al ministerio público habrá que notificarle la demanda, citándolo a la primera audiencia para que participe en ella, especialmente cuando se vea la conveniencia de la conciliación, en la cual podrá ocupar un papel activo de importancia. Se le notificará igualmente la resolución que recibe la causa a prueba y, una vez rendida la prueba, deberá concedérsele un plazo para que examine los autos y emita su parecer sobre lo actuado en el proceso, teniendo siempre en vista su oficio cual es la defensa de la familia y de sus miembros más desvalidos. Estas serían las vistas obligatorias cuya omisión acarrearían la nulidad de lo actuado. Además de éstas, el juez podrá citarlo o pedir su parecer cuantas veces lo considere oportuno a lo largo del proceso e incluso actuar de propia iniciativa.

G. *Sentencia - Apelación*

Las causas de nulidad están sometidas al principio de la doble sentencia conforme, de manera que de no apelarse, el tribunal de familia, de oficio, enviará la causa en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, la que, si estima dudosa la legalidad del fallo consultado, retendrá el conocimiento del negocio y procederá como si en realidad se hubiera interpuesto oportunamente apelación, oyendo al ministerio público. En caso contrario, aprobará la sentencia.

Contra la sentencia proceden, además de la apelación, los recursos ordinarios y extraordinarios del fuero común.