

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“LA NO COMPARECENCIA DEL DEMANDADO EN EL JUICIO DE
DIVORCIO”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES**

ALUMNO: Pablo Enrique Farfán Kemp
PROFESOR PATROCINANTE: Susan Turner Saelzer

VALDIVIA – CHILE

2006

Informe final de memoria de prueba

Me corresponde informar, en mi calidad de profesora patrocinante, la memoria de prueba presentada por don Pablo Farfán Kemp denominada “La no comparecencia del demandado en el juicio de divorcio”.

El trabajo se estructuró sobre la base de dos capítulos: en el primero, el postulante presenta el problema de la investigación y en el segundo, plantea las posibles soluciones al mismo. A través de esta estructura simple se intenta describir y dilucidar un problema de concurrencia de normas legales aplicables que la puesta en marcha de la jurisdicción especial de familia a través de los Tribunales de Familia ha dejado en evidencia: se trata de las consecuencias que se siguen de la no comparecencia del demandado en los juicios de divorcio y, especialmente, la no comparecencia frente al llamado a conciliación que debe realizar el juez de familia. En esta materia se enfrentan la regulación contenida en la Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947), como ley especial, y la Ley sobre Tribunales de Familia (Ley 19.968), como reglamentación procesal de los juicios de divorcio. Siendo que la comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación especial establecida en los art. 67 y sig. de la Ley de Matrimonio Civil debe ser personal, su no concurrencia trae consigo la paralización del procedimiento y de ahí la importancia de determinar cuáles son las medidas que puede adoptar el juez para darle curso posterior al juicio.

En forma ordenada, el postulante revisa las distintas instancias en que se puede producir la no comparecencia del demandado en los juicios de divorcio. Luego de estudiar el procedimiento transitorio que se aplicó hasta antes de la vigencia de la Ley de Tribunales de Familia, se aborda su falta de comparecencia a la audiencia preparatoria (art. 59 y 60 LTF), a la audiencia de juicio (art. 63 y sig. LTF) y a la audiencia especial de conciliación establecida en la Ley de Matrimonio Civil (art. 67,68 y 69). Respecto de esta última, se analiza comparativamente el llamado a conciliación que contemplan ambas leyes, tanto la de Matrimonio Civil como la de Tribunales de Familia, y la naturaleza de tal trámite, en el sentido de si se trata de uno esencial o no, con referencia a algunos de los fallos dictados sobre este punto. La conclusión de que el llamado a conciliación de ambas leyes son distintos en atención a los objetivos perseguidos por cada uno de ellos y que la esencialidad recae sobre el llamado a conciliación y no a la realización efectiva de la audiencia, está debidamente fundamentada y siendo rebatible, constituye un aporte a la solución del problema. Este análisis resulta valioso, sobre todo considerando la falta de preocupación que el tema ha despertado en la doctrina nacional y la relevancia práctica de la solución que se plantee ante la concurrencia de normas aplicables. El memorista logra presentar, aunque con algunas dificultades, una interpretación armónica entre las normas en pugna.

La segunda parte del trabajo resulta menos convincente, en parte, debido a la falta de apoyo bibliográfico para conceptos procesales fundamentales como la rebeldía y los apercibimientos. Se distingue entre la rebeldía del demandado en el procedimiento ante los tribunales de familia identificándola o no con la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario.

Las conclusiones del trabajo están claramente expuestas y reflejan las consideraciones hechas a lo largo del mismo.

La memoria presenta, en general, una redacción fluida y clara, un correcto uso de las fuentes bibliográficas, un régimen de citas ordenado y un adecuado empleo del lenguaje jurídico. Algunas reflexiones del postulante constituyen aportes novedosos al tema estudiado, cuestión especialmente valiosa considerando la falta de sistematización doctrinal y jurisprudencial del mismo.

En atención a lo expuesto, califico la presente memoria de prueba con nota 6,0.

Susan Turner Saelzer
Profesora de Derecho Civil
Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

*A mi madre...Pues es gracias a ella
que he tenido la oportunidad de llegar a estas instancias*

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
 CAPÍTULO I: Instancias de no comparecencia del demandado	
1.- No comparecencia del demandado en el procedimiento transitorio, previo al funcionamiento de los Tribunales de Familia (art. 1 transitorio Ley de Matrimonio Civil).....	5
2.- No comparecencia del demandado en el procedimiento ante los Tribunales de Familia (art. 55 y siguientes Ley de Tribunales de Familia).....	7
2.1.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia preparatoria (art. 59 y 60 LTF).....	7
2.2.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia de juicio (art. 63 y siguientes LTF).....	9
2.3.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil (art. 67, 68 y 69 LMC).....	10
2.3.1.- Especial referencia al llamado especial de conciliación del artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil.....	11
2.3.2.- Diferencia o equivalencia entre el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil y el llamado a conciliación del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia.....	12
2.3.3.- Análisis sobre la esencialidad del trámite de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil: distinción entre llamado a conciliación y realización efectiva de la audiencia en que tiene lugar.....	15
2.3.4.- Análisis jurisprudencial en materia del llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil.....	18
 CAPÍTULO II: Solución al problema de la no comparecencia del demandado	
1.-La rebeldía en el juicio de divorcio.....	33
2.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial en el procedimiento de divorcio transitorio.....	35
3.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial en el procedimiento de divorcio ante los Tribunales de Familia.....	37

3.1.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial, cuando ésta tiene lugar inmediatamente después de deducida la demanda.....	37
3.2.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial, cuando ésta se identifica con la audiencia preparatoria.....	39
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43

INTRODUCCIÓN

Todo cambio social lleva consigo incertidumbres, incertidumbres que sólo pueden comenzar a dilucidarse conforme la misma experiencia vaya demostrando la forma adecuada de entender y de llevar a cabo estos cambios.

La entrada en vigencia de la ley 19.947, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004, que contiene la Nueva Ley de Matrimonio Civil, significó, sin duda, un cambio radical en la sociedad chilena, no sólo de índole política y social, sino que también en el ámbito del derecho, específicamente en la rama del derecho de familia. En este sentido, las instituciones jurídicas que ella contiene, muchas de ellas completamente nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, se presentan como un desafío para los operadores del derecho a la hora de ponerlas en práctica, debido precisamente al carácter innovador de aquéllas. Ejemplo paradigmático lo constituye la incorporación de la figura del divorcio vincular.

En el área procesal, algunas normas de la nueva Ley de Matrimonio Civil y de la ley 19.968 que crea los nuevos Tribunales de Familia, y que entró en vigencia un año después de aquélla, han sido objeto de discusión e incertidumbre en cuanto a la manera en que ellas deben ser aplicadas en el juicio de divorcio, tanto en el período de competencia transitoria durante el cual conocieron de estos asuntos los Juzgados de Letras en lo Civil, como en el actual procedimiento ante los Tribunales de Familia, discusión abordada en alguna medida por la doctrina nacional y por la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales superiores de justicia.

Algunos de los problemas procesales se han generado debido a la ausencia de la parte demandada en el juicio de divorcio, ausencia que puede encontrar origen en la inubicabilidad de su persona, en una reticencia a participar en el juicio o, simplemente, en un desinterés absoluto en formar parte del litigio.

Esta ausencia del demandado, que procesalmente se traduce en su falta de comparecencia, es una situación que puede darse en diversas etapas del procedimiento establecido para la declaración del divorcio, por lo que diferentes podrán ser igualmente las consecuencias procesales que ella acarree en la sustanciación del proceso.

Especial conflicto ha generado esta falta de comparecencia cuando se verifica en el contexto de la audiencia de conciliación especial establecida en los artículos 67 y siguientes de la ley 19.947, respecto de lo cual gran parte de la jurisprudencia nacional ha estimado que sin la comparecencia de ambos cónyuges, comparecencia que debe ser personal, según lo prescribe el artículo 68 de la misma ley, no se puede seguir adelante con el procedimiento, generándose así un estancamiento en el juicio que no se remediará, sino cuando se logre la comparecencia personal de aquéllos.

Se intentará demostrar aquí que lo anterior se debe a una incorrecta interpretación de las normas legales pertinentes, y que el juicio de divorcio puede perfectamente seguir su curso

sin la comparecencia personal del demandado a la referida audiencia, lo que se logra con la declaración de rebeldía de éste.

Por tanto, es objeto de este trabajo, por una parte, señalar cuáles son las instancias del juicio de divorcio donde cobra mayor relevancia la no comparecencia del demandado, en atención a las consecuencias que ello genere en el proceso y, por otra, determinar si, en el caso particular de la audiencia de conciliación especial de a Ley de Matrimonio Civil, esta falta de comparecencia permite la continuación del juicio en su rebeldía.

Para ello, se analizarán, en primer lugar, las referidas instancias y las eventuales soluciones que la propia ley prevé para el caso de no comparecencia del demandado, haciéndose particular hincapié en la audiencia de conciliación especial de la ley de Matrimonio Civil, su naturaleza procesal, los objetivos que ésta persigue y el grado de esencialidad que tiene como trámite en el procedimiento de divorcio.

En segundo lugar, y en atención a lo anterior, se estudiará la procedencia y compatibilidad de la institución de las rebeldías con el juicio de divorcio, para ver finalmente si sirve como vía procesal para la prosecución del proceso a la hora de no contar con la comparecencia personal del demandado.

Para la consecución de estos objetivos se efectuará un análisis sistemático de las disposiciones legales en juego y de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia, así como también se recurrirá a doctrina autorizada en temas de derecho procesal y de familia, en este último caso, principalmente, para el esclarecimiento de conceptos jurídicos generales que tengan relación con el tema a tratar.

CAPÍTULO I:

Instancias de no comparecencia del demandado

La comparecencia en juicio es, en un sentido amplio, “*el acto de presentarse ante un juez voluntaria o coercitivamente*”¹, mientras que en un sentido más restringido constituye “*el acto de presentarse ante los tribunales de justicia, ejercitando una acción o defendiéndose, o requiriendo la intervención del tribunal en un acto judicial no contencioso*”². Del mismo modo, se ha dicho que, procesalmente, comparecer es “*presentarse ante el juez, en persona o por escrito, concurriendo por sí o por intermedio de representante, en virtud de poder o representación legal o judicial, para la realización de un acto formal (gestión, trámite o actuación) en un procedimiento judicial, por llamamiento o intimación o de propia iniciativa, mostrándose parte, tercero o interesado en un negocio judicial contencioso o no contencioso*”³.

Como el objeto del presente trabajo es determinar las consecuencias que acarreará la falta de comparecencia del demandado cuando ésta sea requerida por el juez, no se tomará en cuenta, obviamente, la faz de comparecencia voluntaria ante el tribunal, esto es, por propia iniciativa de la parte.

En este orden de cosas, podemos conceptualizar la no comparecencia del demandado como la omisión en que éste incurre al no presentarse ante el tribunal, para la realización de una gestión del procedimiento en que éste solicita su presencia mediante una resolución judicial.

La no comparecencia del demandado es una situación que puede darse en distintas etapas del procedimiento establecido para la declaración del divorcio, por lo que diferentes serán también las consecuencias y los efectos que ello origine en el juicio y respecto de las partes que en él intervienen. Es por ello que primeramente se dará una breve mirada a los diversos momentos del juicio de divorcio en que parece más relevante esta falta de comparecencia, así como las soluciones que la normativa pertinente prevé para cada caso.

1.- No comparecencia del demandado en el procedimiento transitorio, previo al funcionamiento de los Tribunales de Familia (art. 1 transitorio Ley de Matrimonio Civil⁴).

De acuerdo con el régimen transitorio de la ley de Matrimonio Civil, las acciones de divorcio que se interpongan en el período intermedio entre la entrada en vigencia de dicha ley

¹ Jorquera Lorca, René, Cit. por Baeza C., Gloria / Pérez C., Jaime, *Los nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento ordinario*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005, pág. 37.

² Íbid.

³ Rodríguez Garcés, Sergio, *Derecho procesal funcional*, Tomo I, Ed. Vitacura Ltda., Santiago, 1993, pág. 293.

⁴ En adelante LMC.

y la instauración de los Tribunales de Familia, serán conocidas por el juez de letras en lo civil con competencia en el domicilio del demandado (art.1 transitorio, disposición primera LMC). El procedimiento se rige por las normas del juicio ordinario de mayor cuantía contemplado en el Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, con algunas modificaciones, señaladas en la disposición tercera del artículo 1 transitorio de la ley 19.947, que buscaron dotar de una mayor celeridad y concentración al juicio de lato conocimiento.

En este procedimiento transitorio podemos distinguir una etapa de discusión, que se inicia con la interposición de la demanda de divorcio conforme a las reglas generales del Título I del Libro II del Código de Procedimiento Civil⁵, seguido de una audiencia de conciliación especial a la que cita el juez a las partes, establecida en los artículos 67 y 68 LMC - cuyos objetivos se analizarán más adelante -, luego de lo cual, de no mediar acuerdo entre las partes respecto a las materias que ahí se tratan y si no se ordenare someter el conflicto a mediación, se deben deducir oralmente la contestación y la reconvención, en su caso, al término de la referida audiencia⁶.

La etapa siguiente es la de prueba, la que se rinde conforme a las reglas previstas para los incidentes.

Por último, vencido el término probatorio, el tribunal citará de inmediato a las partes para oír sentencia.

Como no es obligatorio para el demandado - ni para ninguna de las partes - comparecer para ofrecer medios probatorios una vez dictada la sentencia interlocutoria de prueba, en el sentido que queda al arbitrio de cada parte el querer o no acreditar lo que se pide en el juicio, ni lo es presentarse a oír la sentencia definitiva, en este procedimiento, la falta de comparecencia del demandado cobra relevancia respecto de la referida audiencia de conciliación especial de los artículos 67 y 68 de la Ley de Matrimonio Civil, pues como se verá, existe jurisprudencia que señala la obligatoriedad de la realización efectiva de esta audiencia con la comparecencia personal de ambos cónyuges, de manera tal que el juicio de divorcio que continúe su sustanciación sin el cumplimiento de ello, adolece, en opinión de esa jurisprudencia, de un vicio de casación en la forma, por las consideraciones que se señalarán más adelante.

Es menester entonces dilucidar cuáles son las consecuencias de esta falta de comparecencia del demandado y el curso que tomará el juicio de divorcio ante esta situación, cuestiones que se irán dilucidando conforme se avance en el desarrollo de este trabajo.

⁵ En adelante CPC.

⁶ La disposición tercera, N° 5 del art. 1 transitorio de la ley 19.947 establece que no proceden los trámites de réplica y dúplica, como tampoco el llamado a conciliación contenido en el Título II del Libro II del CPC.

2.- No comparecencia del demandado en el procedimiento ante los Tribunales de Familia (art. 55 y siguientes Ley de Tribunales de Familia⁷).

El procedimiento tratado en el acápite anterior quedó sin aplicación el 1 de octubre de 2005, al entrar en vigencia la ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia que, entre otras materias, establece y regula el procedimiento ordinario conforme al cual se tramitan los juicios de divorcio, contemplado en el párrafo cuarto del Título II, artículos 55 y siguientes.

Este procedimiento es sustantivamente diverso a los que se llevaron a cabo ante los juzgados de letras civiles en el período de competencia transitoria. Priman en él, entre otros, los principios de la oralidad, concentración y colaboración entre partes (artículos 9, 10, 11 y 14 LTF), presentes sobre todo en etapas caracterizadas por querer evitar dar al juicio tintes adversariales, donde la primera opción es siempre propiciar el que sean los propios involucrados en el litigio quienes adopten soluciones que dejen lo más conforme posible a ambas partes⁸.

Es por ello que, en principio, pareciera ser fundamental para la consecución de estos fines y para la concreción del principio de colaboración el que las partes en el proceso estén ambas presentes en las diversas instancias del juicio, y que lo estén personalmente, para poder así tener participación activa en la adopción de soluciones colaborativas. Sin embargo, no es menos cierto que, en virtud de otro principio fundamental de este procedimiento, el de concentración, en directa relación con el principio de celeridad, tampoco puede pretenderse la extensión indefinida, o el estancamiento incluso, del juicio a causa de que uno de los involucrados manifieste desinterés por el asunto que se está tratando.

Existen tres instancias particulares del juicio de divorcio ante los Tribunales de Familia en las que puede presentar especial relevancia la falta de comparecencia del demandado. Se trata de la audiencia preparatoria, contemplada en el artículo 61 LTF; la audiencia de juicio, tratada en los artículos 63 y siguientes LTF; y, finalmente, la audiencia de conciliación especial de los artículos 67 y 68 LMC.

2.1.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia preparatoria (art. 59 y 60 LTF).

La audiencia preparatoria en el procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia es aquella que se lleva a cabo previa citación que el juez hace a las partes una vez recibida la

⁷ En adelante LTF.

⁸ En este sentido, el párrafo primero del Título III de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, titulado “De los principios del procedimiento”, establece en su artículo 14 el principio de la colaboración, que reza: “Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”.

demanda., debiendo realizarse en el más breve plazo posible (artículo 59 inciso 1° LTF). Tiene por objeto, como su nombre lo indica, preparar la audiencia de juicio, y a ella deben concurrir las partes personalmente, sin perjuicio de la presencia de sus patrocinantes y apoderados, cuando los tengan (artículo 60 inciso 1° LTF).

En la audiencia preparatoria tienen lugar, entre otras diligencias, la ratificación oral de la demanda, su contestación y eventual reconvencción; promover, a iniciativa del tribunal o a petición de parte, la sujeción del conflicto a mediación familiar; el llamado a conciliación; recibir la prueba que fuere posible rendir en ese momento y fijar fecha para la audiencia de juicio (artículo 61 LTF).

Si el demandado no comparece a esta audiencia, el problema pareciera tener respuesta categórica en la misma ley 19.968 de Tribunales de Familia, pues el inciso final del artículo 59 señala que “en la resolución (que cita a las partes) se hará constar que la audiencia (preparatoria) se celebrará con las partes que asistan, afectándole a la que no concurra todas las resoluciones que se dicten en ella, sin necesidad de ulterior notificación”. La medida es establecida tanto para la no comparecencia del demandante como para la no comparecencia del demandado, pero no la de ambos, pues en el evento que no comparezca ninguno de ellos, puede haber lugar a un eventual abandono del procedimiento, conforme al artículo 21 de la misma ley⁹.

La excepción a la regla prescrita en el artículo 59 inciso final la constituyen los incisos 2° y 3° del artículo 60 del mismo cuerpo legal, en virtud de los cuales el juez puede, por resolución fundada, eximir a la parte de comparecer personalmente y, en el caso particular del demandado, cuando éste tuviere su domicilio en un territorio jurisdiccional distinto a aquél en que se presentó la demanda, éste podrá contestarla y demandar reconvenzionalmente ante el juez con competencia en materias de familia de su domicilio, sin perjuicio de la designación de un representante para que comparezca en su nombre a la audiencia. Esta situación, sin embargo, difícilmente se dará, pues el tribunal competente para conocer de las acciones de divorcio - tanto en el procedimiento transitorio como en el actual ante los Tribunales de Familia - es precisamente el del domicilio del demandado, conforme lo establece la disposición primera del artículo 1° transitorio y el artículo 87, ambos de la Ley de Matrimonio Civil.

Entonces, como regla general, si el demandado no comparece personalmente a la audiencia preparatoria, ésta se lleva a efecto igualmente sin su presencia, afectándole todas las resoluciones que ahí se dicten sin necesidad de notificación posterior.

Si bien hasta aquí el tema parece quedar claro, existe una cuestión que induce a confusión. Ello es el hecho que, aparte de la instancia de conciliación que tiene lugar en la

⁹ El art. 21 inciso 1° de la ley 19.968 establece que “si llegado el día de la celebración de las audiencias fijadas, no concurriere ninguna de las partes que figuren en el proceso, y el demandante o solicitante no pidiere una nueva citación dentro de quinto día, el juez de familia procederá a declarar el abandono del procedimiento y ordenará el archivo de los antecedentes”. En su inciso segundo hace referencia a una serie de materias respecto de las cuales no procede el abandono del procedimiento, entre las que no se encuentra el divorcio.

audiencia preparatoria, contemplada en el número 5 del artículo 61 LTF, la Ley de Matrimonio Civil establece un llamado a conciliación especial para los juicios de divorcio (artículos 67 y siguientes LMC). La práctica judicial ha sido diversa en orden a realizar este llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil en forma previa a la realización de la audiencia preparatoria, inmediatamente después de deducida la demanda de divorcio, o a efectuarlo dentro de la audiencia preparatoria, identificándolo en este último caso con el llamado a conciliación de la Ley de Tribunales de Familia, lo que plantea la duda acerca de si ambos son llamados a conciliación distintos, que se hacen en oportunidades diversas del juicio, o bien, si se trata de un único llamado a conciliación, que tiene lugar en la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia. Si se sostiene lo primero (distintos llamados), ante la falta de comparecencia del demandado a la audiencia preparatoria tiene plena aplicación la regla del inciso final del artículo 59 LTF, es decir, se lleva a cabo la audiencia aún sin su presencia, afectándole todas las resoluciones que en ella tengan lugar, sin necesidad de ulterior notificación, conforme se señaló en un principio. Pero si, por el contrario, se estima que se trata de un único llamado a conciliación, el especial de la Ley de Matrimonio Civil, que tendría lugar en la audiencia preparatoria, una vez finalizado el período de discusión (ratificación oral de la demanda, contestación y eventual reconvencción), podría llegar a sostenerse que las consecuencias de la falta de comparecencia personal del demandado a la audiencia preparatoria y, por lo tanto, la ausencia de éste al llamado especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil, son distintas a las señaladas en el artículo 59 inciso final LTF, debido a que la propia Ley de Matrimonio Civil le da un tratamiento particular a dicho llamado de conciliación especial. Toda esta cuestión, no obstante, será analizada con profundidad al tratar el tema de la no comparecencia del demandado a la audiencia especial de conciliación de los artículos 67 y siguientes LMC, en el acápite 2.3 de este capítulo.

2.2.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia de juicio (art. 63 y siguientes LTF).

La última etapa del procedimiento, previo a la dictación de la sentencia definitiva por parte del juez, es la audiencia de juicio, regulada en los artículos 63 y siguientes de la LTF, la cual tiene por objeto recibir la prueba admitida por el tribunal y la decretada por éste (artículo 63 inciso 1º parte final LTF).

Respecto a la no comparecencia del demandado a esta audiencia, rige lo establecido en el inciso final del artículo 59 LTF por remisión expresa del artículo 61 inciso 2º del mismo cuerpo legal¹⁰, y por tanto, ante la no comparecencia del demandado a la audiencia de juicio,

¹⁰ Señala este inciso que “las partes se entenderán citadas a la audiencia de juicio por el solo ministerio de la ley y les será aplicable lo dispuesto en el artículo 59, inciso cuarto”.

ésta se llevará a cabo de todas formas, afectándole todas las resoluciones que ahí se dicten sin necesidad de ulterior notificación.

En esta etapa del procedimiento, entonces, no cabe duda alguna que la ley prevé solución expresa y categórica para el evento de no comparecencia del demandado, no existiendo impedimento alguno para la continuación del juicio sin la participación de éste.

2.3.- Falta de comparecencia del demandado a la audiencia especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil (art. 67, 68 y 69 LMC).

El artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil establece: “Solicitada separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 29, o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial, con el propósito de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

“El llamado a conciliación tendrá por objetivo, además, cuando proceda, acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad”.

Por su parte, el artículo 68 del mismo cuerpo legal señala: “Deducida la demanda, el juez citará a las partes a una audiencia especial de conciliación, a la cuál deberán comparecer personalmente.

“Podrá disponer medidas de apremio, de conformidad al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, para lograr la asistencia del cónyuge que no compareciere personalmente, sin causa justificada”.

En vista que la Ley de Matrimonio Civil señala una regulación particular para este llamado a conciliación, resulta necesario ahondar un poco en la naturaleza procesal de éste, para determinar qué debe o puede hacer el juez ante la falta de concurrencia del demandado a la audiencia en que tenga lugar, y establecer así si la ausencia de aquél permite o no la continuación del juicio.

2.3.1.- Especial referencia al llamado especial de conciliación del art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil.

La conciliación “*es una manera de poner término a los juicios civiles, salvo las excepciones legales, mediante el acuerdo directo de las partes, producido en razón de proposiciones de base de arreglo formuladas por el tribunal*”¹¹.

Se trata de una de las llamadas “resoluciones alternativas de conflictos”, cada vez más consideradas en las legislaciones contemporáneas, que buscan fomentar la búsqueda de soluciones provenientes de las propias personas involucradas, con el fin de erradicar de los tribunales aquellas causas que generan atochamiento y distraen trabajo y tiempo¹².

En materia de divorcio, tanto en el procedimiento transitorio ante los juzgados civiles, como en el procedimiento actual ante los Tribunales de Familia, el llamado a conciliación contemplado en la Ley de Matrimonio Civil tiene lugar, según lo señalan los artículos 67 y 68 LMC, en una audiencia a que cita el juez a las partes, y a la cual éstas deben asistir personalmente, lo que descarta de plano la posibilidad de comparecencia por intermedio de apoderado.

En relación a este llamado a conciliación, se suscitan dos problemas que pueden tener injerencia en el establecimiento de las consecuencias que tendrá en el juicio de divorcio la no comparecencia del demandado a la audiencia en que dicho llamado tenga ocasión.

El primero de ellos consiste, como se anticipó al término del acápite 2.1., en determinar si el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil es el mismo que contempla la Ley de Tribunales de Familia en su artículo 61 N° 5 y, tal como lo han entendido algunos tribunales en la práctica judicial, tiene lugar dentro de la audiencia preparatoria del juicio ordinario, una vez finalizado el período de discusión, o bien, se trata de un llamado a conciliación distinto que se hace en una audiencia especialmente convocada para ese efecto, fuera de la audiencia preparatoria, como también ha acontecido en otros juicios de divorcio.

La importancia de aclarar este punto radica en que, de concluirse en uno u otro sentido, la respuesta ante la no concurrencia personal del demandado al llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil estará dada por las normas que regulan la audiencia preparatoria, en el primer caso, o las que señala la propia Ley de Matrimonio Civil al referirse a dicho llamado a conciliación, en el segundo, o bien, de no ser satisfactorias ninguna de ellas aisladamente, deberán analizarse armónicamente, teniendo también en cuenta las reglas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, junto con los principios que informan a la Ley de Tribunales de Familia.

¹¹ Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, pág. 379.

¹² Cfr. López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo II, Primera Edición, Ed. Librotecnia, Santiago, 2005, pág. 765.

El segundo problema consiste en dilucidar si el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil es o no un trámite esencial en el juicio de divorcio, sea que tenga lugar en una audiencia especial o en la misma audiencia preparatoria, y si la falta de comparecencia personal del demandado a la audiencia en que tenga lugar importa o no que se falte a este trámite esencial, provocando eventualmente que en el proceso se incurra en un vicio de casación en la forma, en virtud del artículo 768 N° 9 CPC.

Teniendo claro todo lo anterior, se estará en condiciones de determinar las repercusiones que acarreará la no comparecencia del demandado a la audiencia en que tenga lugar el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil.

2.3.2.- Diferencia o equivalencia entre el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil y el llamado a conciliación del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia.

Existen antecedentes que denotan la falta de uniformidad en la práctica judicial de nuestro país referida al momento en que se debe hacer el llamado a conciliación de la Ley de Matrimonio Civil en el juicio de divorcio, efectuándose en unos casos inmediatamente después de deducida la demanda y, en otros, dentro de la audiencia preparatoria, una vez finalizado el período de discusión¹³, lo que induce a confusión respecto a si estamos en presencia de una única audiencia, la preparatoria del artículo 61 LTF, o de dos distintas, y además, si se trata de un único llamado a conciliación, que se efectúa en la audiencia preparatoria, o de dos llamados diferentes.

Si bien de la investigación realizada para efectos de este trabajo fluye que la tendencia mayoritaria de los Tribunales de Familia de nuestro país ha sido considerar un solo llamado a conciliación, el de la Ley de Matrimonio Civil, dentro de la audiencia preparatoria, quizás por razones de economía procesal, y si bien existe alguna doctrina que ha estimado incluso inútil distinguir entre las dos conciliaciones¹⁴, sostenemos aquí que se trata de dos conciliaciones distintas y, por lo tanto, tienen lugar en instancias y audiencias diversas. Ello, por las siguientes consideraciones:

- Ambos llamados a conciliación están contemplados y regulados en cuerpos legales diferentes, uno en la ley 19.947 de Matrimonio Civil y el otro en la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, que incluso entró en vigencia un año después que la anterior.

¹³ Ver, a modo de ejemplo, por una parte, el fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique de 7 de agosto de 2006, en autos Rol N° 114-2006, donde, tanto en su parte expositiva como considerativa, hace referencia a la audiencia especial de conciliación citada por el tribunal de primera instancia, la que no está inserta en la audiencia preparatoria; y, por otra parte, el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 10 de mayo de 2006, en autos Rol N° 27-2006, donde se refiere a una única audiencia que denomina “preparatoria y especial de conciliación”. Asimismo, la práctica asentada del Tribunal de Familia de Valdivia es realizar el llamado especial a conciliación de los artículos 67 y 68 LMC en la audiencia preparatoria, después de finalizada la etapa de discusión.

¹⁴ Véase sobre este punto a López Díaz, Carlos, *Ob. Cit.*, pág. 770.

- La Ley de Matrimonio Civil, al referirse en su articulado a la conciliación, lo hace con el apelativo de “especial”. Así, el artículo 67 LMC habla de una “audiencia de conciliación especial”, y el artículo 68 LMC de una “audiencia especial de conciliación”. Aquello, sin embargo, plantea en principio la duda acerca de si lo que es especial es la audiencia o lo es la conciliación objeto de la audiencia. Estimamos que ambas, audiencia y conciliación objeto de la audiencia, son especiales en relación a la conciliación de la Ley de Tribunales de Familia. Es especial la audiencia, puesto que la Ley de Matrimonio Civil es clara en orden a establecerla una vez deducida la demanda de divorcio, como una distinta de la audiencia preparatoria, y esta última sólo tendrá lugar una vez fracasada la gestión de conciliación de los artículos 67 y siguientes LMC. Es especial también la conciliación de la Ley de Matrimonio Civil, toda vez que ésta rige sólo para los casos de separación y divorcio, al estar inserta en el Capítulo VII de dicho cuerpo legal, titulado “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, mientras que el llamado a conciliación del N° 5 del artículo 61 LTF está contemplado como gestión general aplicable en toda materia que se sustancie conforme a las normas del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia.
- Los asuntos que serán objeto de acuerdo entre las partes no serán los mismos en ambos llamados a conciliación. En lo referente a los objetivos del llamado a conciliación especial, la doctrina ha distinguido en cuanto a los objetivos respecto de los cónyuges y respecto de los cónyuges y los hijos¹⁵. El objetivo de la conciliación especial respecto de los cónyuges, conforme lo establece el propio artículo 67 inciso 1° LMC, es examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial; en otras palabras, buscar reconciliar a la pareja y evitar que el conflicto termine en la declaración del divorcio. En lo relativo a los objetivos de esta conciliación especial respecto de los cónyuges y los hijos, establece el inciso 2° del mismo artículo que el llamado a conciliación especial tendrá por objeto, en el evento que ya no se logró la reconciliación de los cónyuges, acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre ellos y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad; es decir, coinciden en este último caso con las materias que debe contener el acuerdo regulador a que se refiere el artículo 21 LMC, referido a la separación de hecho, y que se repite a propósito de la

¹⁵ Cfr. López Díaz, Carlos, *Matrimonio civil, nuevo régimen*, Primera Edición, Ed. Librotecnia, Santiago, 2004, pág. 235.

separación judicial y el divorcio de mutuo acuerdo (artículo 27 inciso 2° y artículo 55 inciso 2° LMC, respectivamente). Los objetivos de la conciliación de la Ley de Tribunales de Familia en un juicio de divorcio, por otro lado, son residuales, es decir, cualquier materia distinta a las mencionadas anteriormente podría ser objeto de conciliación en la audiencia preparatoria, como podría serlo, por ejemplo, el monto de la compensación económica en el evento en que ella haya sido solicitada por uno de los cónyuges.

Por tanto, el llamado a conciliación contemplado en la Ley de Matrimonio Civil es especial, distinto al contemplado en la Ley de Tribunales de Familia, y debe tener lugar en una audiencia especialmente convocada para ese efecto, inmediatamente después de deducida la demanda de divorcio y antes de la audiencia preparatoria.

El hacer esta aclaración tiene consecuencias, por ejemplo, en materia de notificaciones. Así, si se estima que el llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil debe hacerse en la misma audiencia preparatoria, existirá una sola resolución, la que cita a la audiencia preparatoria, y debe ser notificada personalmente al demandado, por tratarse de la primera notificación en el procedimiento, de conformidad al artículo 23 inciso 1° LTF¹⁶. Pero si se considera que esta audiencia especial de conciliación debe llevarse a cabo con anterioridad a la audiencia preparatoria, inmediatamente después de deducida la demanda, la notificación al demandado de la resolución que cita a las partes a la audiencia especial de conciliación se notificará al demandado personalmente, mientras que la citación a la audiencia preparatoria se notificará en esa misma audiencia o por carta certificada, como lo establece el mismo artículo 23 en su inciso 3°¹⁷, todo con una antelación mínima de diez días a la fecha de realización de la audiencia preparatoria (art. 59 inc. 2° LTF).

Más allá de todo lo anterior, al tratar las consecuencias de la no comparecencia del demandado a la instancia de conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil, se hará bajo las dos hipótesis planteadas anteriormente, esto es, en una audiencia especial y en la audiencia preparatoria, para así agotar todas las posibilidades en que esta situación pueda darse y plantear la solución correcta para uno y otro evento.

¹⁶ Artículo 23 inciso 1° LTF: “Notificaciones. La primera notificación a la demandada se efectuará personalmente por un funcionario del tribunal, que haya sido designado para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal. La parte interesada podrá siempre encargar, a su costa, la práctica de la notificación a un receptor judicial”.

¹⁷ Artículo 23 inciso 3° LTF: “Las restantes notificaciones se practicarán por el estado diario, salvo que se trate de las sentencias definitivas y de las resoluciones en que se ordene la comparecencia personal de las partes que no hayan sido expedidas en el curso de alguna de las audiencias, las que serán notificadas por carta certificada”.

2.3.3.- Análisis sobre la esencialidad del trámite de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil: distinción entre llamado a conciliación y realización efectiva de la audiencia en que tiene lugar.

Teniendo en consideración los objetivos que persigue el llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil referidos en el punto anterior, no cabe duda acerca de la importancia que, al menos desde una perspectiva político-social, reviste este llamado a conciliación especial. Por una parte, se persigue a través de él dar cabida a una de las últimas chances - junto con la mediación familiar - que tiene el Estado (mediante el órgano jurisdiccional), como protector de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, de evitar un quiebre familiar o, en último caso, ante la irreversibilidad del conflicto matrimonial, procurar que los eventuales más afectados, los hijos, se vean lo menos perjudicados posible, asegurándoles las condiciones más óptimas de vida en el tiempo futuro; ello, sin olvidar agregar la difícil – e incluso traumática - situación que puede significar para las personas el verse enfrentadas en una audiencia de juicio, sobre todo considerando el intrínseco carácter emocional que inunda a las materias de familia. Desde un punto de vista jurídico y de economía procesal y financiera, la conciliación, en cuanto vía alternativa de resolución de conflictos, es igualmente relevante, por cuanto se evita a través de ella, cuando es obtenida total o parcialmente, continuar un procedimiento que signifique gasto de tiempo y trabajo para los órganos jurisdiccionales, así como también constituye una mayor garantía de que las soluciones adoptadas, por el hecho de provenir del acuerdo de las mismas personas involucradas, sean cumplidas efectivamente¹⁸.

Pero más allá de los beneficios a que una gestión de conciliación pueda aspirar, ellos no pueden determinar la esencialidad, procesalmente entendida, del trámite en cuestión, si bien sirven como guía para la correcta interpretación legal.

Para determinarla es menester hacer la distinción entre lo que constituye el llamado a conciliación que hace el juez a las partes y la realización efectiva de la audiencia, con la presencia personal de ambos cónyuges, en que el juez propondrá las bases de arreglo conforme a las cuales pueda obtenerse la conciliación total o parcial sobre las materias discutidas en el juicio.

¹⁸ Al respecto es interesantísimo lo que señalaba Voltaire en una carta escrita en 1774: “*La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribuna de los Jueces Conciliadores, llamados hacedores de la paz. Si las partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña del fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglaros sin que os cueste nada. Si el furor por pleiteares sobrado fuerte en estos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los Jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si su locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación de los cirujanos miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra*”, Cit. por Lorca N., Antonio María, *Introducción al derecho procesal*, Segunda Edición, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1991, pág. 113.

Respecto al llamado a conciliación propiamente tal, estimamos que éste debe entenderse como el acto que efectúa el juez que conoce de la causa, consistente en citar a las partes a una audiencia o comparendo, mediante una resolución judicial y legalmente notificada, en la cual éste le propone las bases de arreglo orientadas a obtener la conciliación total o parcial sobre las materias debatidas, en todo juicio donde es legalmente procedente la conciliación.

El llamado a conciliación, en este sentido, constituye un trámite esencial del procedimiento en los casos en que corresponda conforme a la ley y su omisión por parte del juez constituye un vicio de casación en la forma, conforme lo dispone el artículo 768 N° 9¹⁹ en relación con el artículo 795 N° 2²⁰, ambos del Código de Procedimiento Civil.

En el caso particular del juicio de divorcio, el llamado a conciliación contemplado en la Ley de Matrimonio Civil está consagrado en términos categóricos e imperativos en dicho cuerpo legal como una obligación para el juez, al señalar en su artículo 67 inciso 1° que solicitado el divorcio, “el juez deberá llamar a las partes a una audiencia de conciliación especial”, al igual que en su artículo 68 inciso 1°, lo hace estableciendo que, deducida la demanda, “el juez citará a las partes a una audiencia especial de conciliación”.

Por tanto, si el juez ante el cual se tramita el divorcio no cita a las partes a la audiencia de conciliación especial, incurre en un vicio del procedimiento que hace anulable el juicio.

Así también lo ha estimado la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. De esta forma, la Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia de 7 de septiembre de 2005, conociendo en consulta un fallo de primera instancia del Juzgado de Letras de Mulchén, invalidó de oficio dicha sentencia por estimar que adolecía de un vicio de casación por, entre otras cosas, ordenar en la tramitación del juicio el traslado de la demanda, “*cuando debió haberse ordenado citar a las partes a una audiencia de conciliación, contestación y reconvencción, en su caso*”²¹.

Ahora bien, cabe preguntarse si la no concurrencia del requisito señalado en el inciso 1° del artículo 68 LMC para la realización de la audiencia especial de conciliación, esto es, comparecencia personal de los cónyuges, constituye o no que se falte al trámite esencial contemplado en el N° 2 del artículo 795 CPC. En otros términos, es o no trámite esencial en el juicio de divorcio la realización efectiva de la audiencia de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil con la comparecencia personal de las dos partes, de manera tal que la ausencia de una de ellas implique faltar a dicho trámite y hacer el juicio anulable. En definitiva, la cuestión de fondo es esclarecer si es o no obligatoria la realización de la

¹⁹ “Artículo 768. El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 9ª En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad”.

²⁰ “Artículo 795. En general, son trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales: 2° El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley”.

²¹ Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 1944-2005, 07 de septiembre de 2005, <http://www.areajuridica.cl>, consultada el 6 de junio de 2006.

comentada audiencia y, en relación a ello, si es posible o no la continuación del juicio ante la falta de comparecencia de alguna de las partes a ella.

En este trabajo la discusión se centra particularmente en la situación de no comparecencia personal de la parte demandada, pues la lógica indica que, de ambos cónyuges, quien normalmente pueda manifestar desinterés o reticencia a participar en el juicio, es precisamente quien no tuvo la iniciativa de ponerlo en marcha. No tiene sentido alguno que el actor sea quien posteriormente ponga trabas al desarrollo del proceso ausentándose de manera injustificada a las instancias en que el juez solicita su presencia. Todo ello, dicho claramente para los juicios de divorcio unilateral o fundado en causales que den lugar a la declaración de divorcio por culpa de uno de los cónyuges, donde es patente la posición, en principio, contrapuesta de ambos; no así en el divorcio solicitado de común acuerdo, en el cual las dos partes aparecen más bien como actores cuyas intenciones apuntan en un sentido único.

Al respecto, es interesante el argumento dado por el sr. Nibaldo Cabezas, juez titular del primer juzgado de letras de la ciudad de Valdivia, en una resolución de fecha 19 de enero de 2005, que dejaba sin efecto el llamado a conciliación realizado por el mismo tribunal, en el contexto de un juicio de divorcio solicitado de común acuerdo. Decía el magistrado que *“el capítulo VII de la citada ley (de Matrimonio Civil) se refiere a reglas comunes a ciertos casos...de divorcio..., y su párrafo 2º trata de la conciliación. Como consecuencia – continúa argumentando - la conciliación se corresponde sólo con ciertos casos de divorcio, entre los cuales no puede incluirse el solicitado de común acuerdo, ya que respecto de éste, el divorcio debe ser decretado por el juez si ambos cónyuges lo piden, lo que obviamente hace carente de sentido la conciliación, siendo únicas obligaciones del juez velar por la integridad del acuerdo regulatorio de los intereses a que se refiere el artículo 55 y el establecimiento de la fecha del cese de la convivencia”*²²

Estimamos, sin embargo, que no es pertinente hacer distinciones tan categóricas que la ley no efectúa. Si bien es efectivo que el capítulo en el que se encuentra regulada la conciliación en la Ley de Matrimonio Civil se titula “De las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio”, al referirse a ciertos casos, lo hace a casos de separación, la cual puede ser de hecho o judicial, única distinción que la ley hace en su articulado respecto a alguna de estas tres instituciones, dedicando el párrafo 1º de su capítulo II a la separación de hecho y el párrafo 2º del mismo capítulo a la separación judicial. Las clasificaciones que se han hecho del divorcio en unilateral, bilateral o de común acuerdo, por culpa, etc., han sido sentadas por la doctrina y la jurisprudencia, o bien por legislaciones comparadas, basándose en las causales que dan lugar a su decreto (falta imputable al otro o cese de la convivencia) y al tiempo exigido por la ley del cese de la convivencia, pero nuestra Ley de Matrimonio Civil no se refiere separadamente a unos y a otros, sino que habla de un único divorcio. Además, al

²² Así consta en la resolución del Primer Juzgado de Letras de Valdivia, en causa Rol N° 79-2005, 19 de enero de 2005.

tratar la ley de la conciliación, tampoco distingue en cuanto a las causales que puedan haber dado lugar a su solicitud.

Por tanto, la procedencia del trámite de conciliación no estará determinada, por lo menos, por la causal que haya originado su solicitud, ni por el hecho de si éste es pedido de común acuerdo por los cónyuges o de manera unilateral, más allá del hecho que, por consideraciones políticas o simplemente personales, pueda estimarse que, siendo patente en un caso de divorcio solicitado de común acuerdo, donde la pareja lleva muchos años sin convivir y, por tanto, el quiebre en la relación es irreparable, una gestión de conciliación que pretenda reestablecer el vínculo matrimonial en esos casos no será fructífera en lo absoluto.

Ahora bien, sobre el tema de la obligatoriedad o no del trámite de conciliación en el juicio de divorcio, es pertinente analizar lo que ha establecido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia.

2.3.4.- Análisis jurisprudencial en materia del llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil.

La jurisprudencia nacional, si bien escasa aún en esta materia en particular, lo que se debe principalmente a la juventud del nuevo procedimiento de divorcio, ha estado claramente inclinada a estimar que no sólo es obligatorio para el juez el citar a las partes a la audiencia de conciliación especial, sino que también lo es la realización efectiva de ella con la presencia de ambos cónyuges.

Existe un fallo, sin embargo, de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 17 de marzo de 2006, donde, aún cuando no se verificó en la primera instancia la comparecencia personal de ambos cónyuges a la audiencia especial de conciliación, compareciendo en esa ocasión por medio de un apoderado único, la Corte aprobó la sentencia consultada que recayó en dicho juicio. En el mismo fallo se expone el voto disidente de uno de los integrantes de la sala que conoció de la consulta, quien fue de opinión de casar de oficio la sentencia de primera instancia consultada, puesto que *“...a la audiencia especial de conciliación a que fueron citadas las partes a fojas 16, éstas no comparecieron personalmente, sino representadas por un único mandatario...”*. Señala que *“...la norma (del artículo 68 LMC) encuentra su fundamento en el propósito del legislador de darle un tratamiento especial a las materias de separación, nulidad y divorcio, que garantice la debida protección a la familia y el resguardo del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. En la misma línea se inscribe el llamado a conciliación que, obligatoriamente, debe hacer el juez a las partes, cuestión que tampoco consta que hubiere practicado el juez en la audiencia que rola a fojas 17”*. Agrega que, como *“no consta en autos que los cónyuges hubieren acreditado su imposibilidad de comparecer a la audiencia especial de conciliación, ni resulta suficiente para justificar su ausencia, que uno de ellos haya otorgado poder en el extranjero, donde tendría su*

residencia...”, y como “...la comparecencia personal de los cónyuges resulta ser una diligencia esencial en el juicio de que se trata..., en consecuencia, su omisión configura la causal de casación en la forma contenida en el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, esto es, el haberse faltado a algún trámite o diligencia declarado esencial por la ley, lo cual, en opinión de esta disidente, hace necesario invalidar de oficio la sentencia que se está conociendo por vía de consulta”²³.

Más tarde, empero, al parecer la misma Corte decidió adoptar el criterio de este voto disidente, en su sentencia de 07 de abril de 2006, conociendo en consulta una sentencia del 23° Juzgado Civil de Santiago, señalando en su considerando 8° que “...la conciliación es obligatoria en los juicios de divorcio y que no puede dictarse sentencia mientras dicha audiencia no se haya efectuado con la comparecencia personal de ambos cónyuges, cuyo es el caso de autos”. Enseguida, en el considerando 9°, señala que “siendo la conciliación, en consecuencia un trámite esencial en el juicio de divorcio, que al tenor de lo preceptuado en el artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil, tiene carácter especial porque contiene el propósito de examinar las condiciones que contribuirán a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial, lo que sin perjuicio de los demás objetivos que señala el inciso segundo de la citada norma, requiere la comparecencia personal de las partes, es indudable que la no comparecencia de la demandada a la audiencia de rigor dejó incumplidos todos estos objetivos, e incurriéndose en la omisión de haberse dispuesto los apremios correspondientes que expresamente se contemplan el artículo 68 de la misma ley, precisamente por la naturaleza especial de esta conciliación, se concluye que se ha faltado a un trámite esencial previsto en el número 2 del artículo 795 del Código de Procedimiento Civil, porque no basta en estos casos con la mera citación a la audiencia, sino que es de la esencia la comparecencia de los cónyuges”, procediendo a anular todo lo obrado con posterioridad a la audiencia de conciliación, y ordenando se decreten las medidas necesarias y conducentes a obtener la comparecencia personal de la demandada²⁴.

La misma Corte sostuvo idéntico criterio en su sentencia de 13 de julio de 2006, conociendo en consulta una sentencia de primera instancia dictada por el 21° Juzgado Civil de Santiago, recaída en un juicio de divorcio en el cual tampoco compareció personalmente la parte demandada, y reproduciendo el tribunal superior el mismo argumento, ahora en el considerando 9° del fallo²⁵.

En el mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en su sentencia de 13 de abril de 2006, conociendo en consulta de la sentencia dictada en primera instancia

²³ Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 11390-2005, 17 de marzo de 2006, Fallos del Mes, Edición N° 309, marzo de 2006.

²⁴ Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10272-2006, 07 de abril de 2006, Fallos del Mes, Edición N° 310, abril de 2006.

²⁵ Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10332-2005, 13 de julio de 2006, *Jurisprudencia de divorcio*, editada por Zavala O., José Luis y recopilada por Montecinos F., Carolina, Ed. Punto Lex, Santiago, 2006, pág. 222 y ss.

por el Juzgado de Letras y de Garantía de Porvenir, señaló en su considerando 2° que “*de conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Matrimonio Civil, deducida la demanda el juez citará a una audiencia especial de conciliación, a la cual éstas deben comparecer personalmente y, en el hecho, presentada la demanda de autos, el juez de la causa ordenó la comparecencia de las partes a una audiencia de prueba, la que se celebró sin que ni en aquélla ni en ésta se hiciera llamado alguno a conciliación*”. Agrega en su considerando 3° que “*el llamado a conciliación es un trámite o diligencia esencial en la primera o en la única instancia en los juicios de mayor o menor cuantía y en los juicios especiales y estando tal trámite o diligencia aún pendiente de realizar, resulta que la sentencia de primera instancia dictada en esta causa lo fue faltándose a un trámite establecido especialmente por la de Matrimonio Civil en actual vigencia y por cuya omisión la ley, en el artículo 768 N° 9 en relación con el artículo 795 N° 2, ambos del Código de Procedimiento Civil, lo sanciona expresamente con nulidad*”²⁶. Así, esta Corte reafirma la idea de que no basta con la citación a audiencia por parte del juez para dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 67 y 68 LMC.

Un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 05 de abril de 2006, conociendo de una acción de amparo deducida en contra de la señora juez del 29° Juzgado Civil de Santiago, se refiere en particular al tema de la disposición de medidas de apremio para lograr la asistencia de la parte que no comparezca a la audiencia especial de conciliación. El recurso se originó por haber despachado el tribunal de primera instancia una orden de aprehensión en contra de la parte demandada con facultades de allanamiento en el juicio de divorcio de que se trataba, para asegurar su comparecencia a la audiencia de conciliación especial. En el caso de autos había ocurrido que el juez de primera instancia citó a las partes a la audiencia de rigor para el día 19 de enero de 2006, bajo el apercibimiento del artículo 543 CPC y que, no obstante haber sido notificada personalmente la demandada y haber comparecido ésta al proceso deduciendo una excepción de incompetencia y confiriendo patrocinio y poder a un abogado, no asistió personalmente como había sido dispuesto a la referida audiencia, suspendiéndose ésta por esta falta de comparecencia personal de la demandada y fijándose su prosecución para el día 12 de abril del mismo año, decretándose a petición del demandante la comparecencia de la parte demandada a esta nueva audiencia en calidad de detenida, con facultades de allanamiento.

Más allá del fondo del recurso de amparo, respecto de lo cual la Corte estimó que la orden de aprehensión había sido dictada conforme a derecho, estimó el tribunal de segunda instancia que “*atendida la naturaleza de la acción y procedimiento de que se trata, en la especie, la orden de apremio en cuestión debe ser sustituida por una segunda citación a la*

²⁶ Fallo Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol N° 18-2006, 13 de abril de 2006, *Ob. Cit.*, pág. 225 y ss.

demandada, bajo el apercibimiento expreso de decretarse en su contra el referido apremio, en caso de no asistir en forma personal a la audiencia de conciliación que se fije... ”²⁷.

Queda claro de este fallo que el tribunal estima que el juicio de divorcio no puede continuar su curso sin que se logre la comparecencia personal de ambos cónyuges a la audiencia de conciliación especial, constituyendo un deber para el juez la disposición de medidas de apremio.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo de un recurso de apelación relativo a una compensación económica, deducido contra la sentencia definitiva de 03 de mayo de 2006 del Tribunal de Familia de Valdivia, en un juicio de divorcio unilateral, en su sentencia de 07 de julio de 2006 no hace referencia alguna esta Corte al tema del llamado a conciliación especial²⁸, en circunstancias que en dicho juicio, ante la no comparecencia del demandado a la audiencia preparatoria celebrada el 14 de marzo del mismo año, se hizo el llamado especial de conciliación de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Matrimonio Civil en rebeldía del demandado, aplicando supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil, dándose curso al procedimiento, dictando la resolución que cita a audiencia de juicio²⁹.

Más allá de las dos excepciones señaladas, nuestros tribunales superiores de justicia, en su mayoría, cuando se han percatado de juicios de divorcio en que no se ha contado con la presencia de alguna de las partes en la conciliación especial, sea que ésta haya tenido lugar en una audiencia especial o en la audiencia preparatoria ante los Tribunales de Familia, si el procedimiento ha continuado sin la realización efectiva de dicho trámite con la comparecencia personal de ambos cónyuges, las sentencias definitivas que recaen en dichos procesos han sido declaradas nulas.

No obstante ello, existen además otros casos en que no se han invalidado sentencias de primera instancia por evidenciar que en el juicio sobre el que recae no se ha realizado la audiencia de conciliación especial con la comparecencia personal de ambos cónyuges, sino porque, efectuada la audiencia de rigor con la presencia de ambas partes, en ella no se han tratado todos los puntos a que se refiere el inciso 2° del artículo 67 LMC, vale decir, las relaciones futuras entre los cónyuges y los hijos.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena, en su fallo de 16 de septiembre de 2005 y conociendo de un recurso de apelación en contra de una sentencia de primera instancia que hacía lugar al divorcio solicitado de forma unilateral, señala en su considerando segundo que, *“de acuerdo con el procedimiento señalado por la ley 19.947, y específicamente con lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley, el juez sentenciador debe llamar a las partes a una audiencia especial de conciliación; la cual por expresa disposición legal tendrá*

²⁷ Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 5151-2006, 05 de abril de 2006, *Ob. Cit.*, pág. 238 y ss.

²⁸ Fallo Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol N° 196-2006, 07 de julio de 2006, <http://www.poderjudicial.cl>, consultada el 13 de julio de 2006.

²⁹ Así consta en la sentencia definitiva de primera instancia del Tribunal de Familia de Valdivia, en causa RUC 0520055050-K, RIT C-367-2005, de fecha 03 de mayo de 2006.

por objetivo acordar las medidas que regularán las medidas concernientes a los alimentos de los hijos". Constando en el proceso la existencia de un hijo nacido del matrimonio respecto del cual se solicitaba el divorcio, señala la Corte en su considerando cuarto que *"consta en autos que ni en el comparendo señalado en el motivo tercero, ni en la sentencia de autos se han regulado los alimentos que se deben al menor M.N.F.T., motivo por el cual esta Corte hará uso de las facultades que concede el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, en la forma que se dirá en lo resolutivo de este fallo"*, procediendo luego a invalidar la sentencia de primera instancia y ordenando se retrotraigan los autos al estado de citar a las partes a la audiencia de conciliación en los términos indicados en el artículo 67 de la Ley de Matrimonio Civil³⁰.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo en consulta de una sentencia definitiva del Juzgado Civil de Nacimiento, en su fallo de 13 de enero de 2006 la invalida de oficio y declara reponer la causa al estado de llamarse a un nuevo comparendo de conciliación. Fundamenta su decisión estableciendo en su considerando segundo que *"el artículo 67 de la Ley N° 19.947, establece que... (reproduce el artículo en ambos incisos). Por su parte – continúa la Corte - el artículo 90 del mismo texto legal dispone que en el llamado a conciliación a que se refiere el artículo 67, se incluirán las materias señaladas en el inciso segundo de dicha disposición, aún cuando no se hubieren solicitado en conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente, y se resolverán tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable"*. Concluye en su tercer considerando que *"examinada la audiencia de conciliación celebrada por las partes, se desprende que el juez en dicho comparendo no dio cumplimiento a todos los puntos a que se refiere en el artículo 67 del texto legal antes citado y menos se pronunció sobre ello en la sentencia definitiva, y al no hacerlo así, incurrió en un vicio de casación formal, por haberse faltado a un trámite que tiene el carácter de esencial, que se encuentra contemplado en el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil"*³¹.

Expuesto todo lo anterior, los criterios sostenidos por esta jurisprudencia pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- El llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil es un trámite esencial en el juicio de divorcio, cuya omisión constituye un vicio de casación en la forma, conforme al artículo 768 N° 9 en relación al artículo 795 N° 2, ambos del Código de Procedimiento Civil, por lo que no puede dictarse sentencia mientras la audiencia de conciliación no se haya efectuado con la comparecencia personal de ambos cónyuges. No basta en estos casos con la mera citación a la audiencia, sino

³⁰ Fallo Corte de Apelaciones de La Serena, causa Rol N° 1008-2005, 16 de Septiembre de 2005, <http://www.areajuridica.cl>, consultada el 06 de junio de 2006.

³¹ Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 4239-2005, 13 de enero de 2006, <http://www.areajuridica.cl>, consultada el 06 de junio de 2006.

que es de la esencia la comparecencia de los cónyuges. La comparecencia personal de los cónyuges resulta ser una diligencia esencial en estos juicios.

- Es un trámite esencial en consideración a los fines que el llamado a conciliación persigue: dar un tratamiento especial a las materias de separación, nulidad y divorcio, que garantice la debida protección a la familia y el resguardo del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil, además de contener el propósito de examinar las condiciones que contribuirán a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial
- Es obligatorio para el juez decretar las medidas de apremio a que hace referencia el inciso segundo del artículo 68 LMC para lograr la comparecencia del cónyuge que no asista injustificadamente. En este sentido, lo que debe hacer el juez es efectuar una primera citación a audiencia, y, ante la no comparecencia personal del demandado al comparendo de rigor, efectuar una segunda citación, bajo el apercibimiento expreso de decretarse en su contra los apremios del artículo 543 CPC.
- Es esencial que se traten en la audiencia de conciliación especial todas las materias a que se refiere el artículo 67 LMC. Por lo tanto, si el demandado no comparece personalmente a la instancia en que la conciliación pueda tener lugar, no realizándose efectivamente la audiencia, se incurre en un vicio de casación en la forma también, al continuarse el juicio sin su presencia, por no regularse las mencionadas materias.

A nuestro juicio, los fallos antes citados que abogan por la esencialidad del llamado a conciliación especial adolecen de ciertas deficiencias.

En primer lugar, la jurisprudencia comentada no ha hecho la distinción propuesta en este trabajo, entre el llamado a conciliación y la realización efectiva de la audiencia.

Sostiene además que no es sólo esencial el llamado a conciliación, sino que lo es también la comparecencia personal de los cónyuges, en circunstancias que ello no es considerado trámite o diligencia esencial en el artículo 795 CPC.

En tercer lugar, señala como fundamentos de la esencialidad del llamado a conciliación especial los objetivos que éste persigue, cuestión más de política jurídica que de dogmática. El recurso de casación en la forma tiene entre sus causales la omisión de trámites declarados esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Es la propia ley lo que le da a un determinado trámite o diligencia el carácter de esencial, no la naturaleza o fin último buscado por el legislador.

Por último, queda la sensación que no se ha llegado a consenso en la práctica judicial acerca de la forma en que deben aplicarse los apremios a que se refiere el artículo 68 inciso segundo LMC, puesto que algunos han dicho que debe apercibirse a las partes en la primera

citación, y otros, que ello debe hacerse en una segunda citación a la audiencia de conciliación especial.

Es por ello que, no obstante lo afirmado por la mayoría de nuestros tribunales de justicia, estimamos que, para determinar la obligatoriedad de la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial contemplada en la Ley de Matrimonio Civil, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

i. La historia fidedigna del establecimiento de la Ley de Matrimonio Civil no aclara el punto acerca de la obligatoriedad de la realización de la audiencia.

El proyecto original de la nueva Ley de Matrimonio Civil establecía en su artículo 65 inciso 1° “A fin de resolver las condiciones en que se desenvolverá la vida futura de quienes contrajeron matrimonio nulo o de quienes, habiéndolo contraído válido, se divorcian o separan, el juez, de oficio, ordenará a cada una de las partes presentar un proyecto de regulación de su vida futura que, al igual que el acuerdo a que se refiere el artículo precedente, sea suficiente y completo. Presentados los respectivos proyectos, el juez citará a una audiencia de conciliación en la que a partir de ellos, y procurando ajustar las expectativas de cada una de las partes, sugerirá bases de arreglo”, sin referirse expresamente a la obligatoriedad de dicha audiencia.

El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil³², con fecha de 09 de julio de 2003, da cuenta de la discusión sobre el tema de la obligatoriedad de la conciliación.

Al respecto, se da cuenta que la Ministra señora Delpiano señaló que, en su opinión, “la conciliación ha de ser obligatoria, pero la conveniencia de ordenar la mediación debe ser evaluada por el juez, según las circunstancias del caso”³³, coincidiendo con ello el Senador Espina³⁴.

Por su parte, el Honorable Senador señor Moreno señaló, respecto de la obligatoriedad de la asistencia de las partes a la conciliación, que “si se busca un arreglo, no se puede amenazar a quienes no deseen asistir, pero debe existir un grado de obligatoriedad, porque de lo contrario nadie va a acudir. Así, fracasará de inmediato el propósito de la conciliación de lograr la reconciliación de la pareja o, al menos, que se someta a un proceso de mediación y que intente buscar acuerdos en lo concerniente a los alimentos, tuición y visitas de los hijos”³⁵, coincidiendo una vez más el Senador Espina, agregando éste que “debería celebrarse una sola audiencia de conciliación, que debería ser obligatoria, haya hijos o no los haya. El

³² Boletín N° 1759-18 de 09 de julio de 2003.

³³ Boletín N° 1759-18 de 09 de julio de 2003, pág. 204.

³⁴ Íbid.

³⁵ Íbid.

ánimo del juez – continúa el parlamentario - debe estar orientado a exhortar a los cónyuges a superar el conflicto matrimonial”³⁶.

Observa finalmente, y de forma acertada a nuestro juicio, el Senador Viera-Gallo, que *“debe haber un momento en que se entienda fracasada la gestión, porque de lo contrario uno de los cónyuges podría demorar eternamente esta instancia”³⁷.*

De esa forma se acordó por unanimidad de los Senadores Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo aprobar el texto del proyecto de ley propuesto en esa oportunidad a la Cámara de Diputados, que contempló en sus artículos 68 y 69 una redacción casi idéntica a la de los actuales artículos 67 y 68, respectivamente. El proyecto de ley en este sentido quedó establecido de la siguiente forma: Artículo 68. “Solicitada la separación, sea que la demanda se presente directamente o de conformidad al artículo 30; la declaración de nulidad del matrimonio por las causales a que alude el artículo 49, letras a), b) y e); o el divorcio, el juez deberá llamar a las partes a conciliación, con el propósito de examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.

“El llamado a conciliación tendrá por objetivo, además, cuando proceda, acordar las medidas que regularán lo concerniente a los alimentos entre los cónyuges y para los hijos, su cuidado personal, la relación directa y regular que mantendrá con ellos el padre o la madre que no los tenga bajo su cuidado, y el ejercicio de la patria potestad”.

Por su parte, el entonces artículo 69 del proyecto rezaba: “Deducida la demanda, el juez citará a las partes a una audiencia especial de conciliación, a la cual deberán comparecer personalmente.

“Podrá disponer medidas de apremio, de conformidad al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, para lograr la asistencia del cónyuge que no compareciere personalmente, sin causa justificada”.

Luego, en el segundo informe de la citada Comisión, de fecha 16 de diciembre de 2003, al tratarse el antes dicho artículo 69 del proyecto, el Senador Boeninger recomendó, en la indicación N° 194, suprimir el artículo completo³⁸, indicación que se rechazó por unanimidad de la Comisión, sin expresarse en las actas los motivos. Insiste el parlamentario en la eliminación del inciso 2° de dicha disposición – que contempla las medidas de apremio - , en la indicación N° 195³⁹, lo que una vez más fue desechada por la comisión, la que no fue partidaria de innovar en estas materias, por estimar que el artículo da aplicación a las reglas generales.

Así fue que en definitiva quedaron los actuales artículos 67 y 68 de la ley, los que, a pesar de las observaciones de los miembros de la Comisión en orden a establecer como

³⁶ *Íbid.*

³⁷ Boletín N° 1759-18 de 09 de julio de 2003, pág. 205.

³⁸ Boletín 1759-18 de 16 de diciembre de 2003, pág. 81.

³⁹ *Íbid.*

obligatoria la conciliación especial, se consagraron sin mención expresa a ella.

ii. En materia civil, el juicio puede seguir su curso sin la realización efectiva de la audiencia de conciliación por ausencia de todas o alguna de las partes.

La ley 19.334 de 07 de octubre de 1994 incorporó el llamado a las partes a conciliación, en los casos que corresponda conforme a la ley, como un trámite esencial en la primera o en la única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y en juicios especiales, quedando contemplado así en el N° 2 del artículo 795 CPC.

El llamado a conciliación en materia civil, regulado en el artículo 262 y siguientes CPC, pese a ser un trámite esencial en los juicios donde procede legalmente (juicios que son señalados en el mismo artículo 262), el artículo 268 del mismo cuerpo legal señala que “si se rechaza la conciliación o no se efectúa el comparendo, el secretario certificará este hecho de inmediato, y entregará los autos al juez para que éste, examinándoles por sí mismo, proceda enseguida a dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 318”, esto es, de estimar el juez que existen hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba, y de no existirlos, citará a las partes a oír sentencia.

En relación a esta última norma, también objeto de reforma por la ley 19.334, el informe de la Comisión de de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, refiriéndose a su modificación, señaló que en su oportunidad se rechazó una proposición que apuntaba a “establecer una sanción para la parte que no concurra al llamamiento judicial, la cual podría ser una multa. La Comisión – continúa el informe - pensó que, consagrando la conciliación como un trámite más en el juicio, debía seguir la suerte de los demás, cuya omisión por una de las partes ocasiona sólo la preclusión del derecho, y no sanciones pecuniarias para ella. Lo anterior, claro está con la particularidad de que en la especie el tribunal, si lo estima conveniente, podrá citar de nuevo a las partes para el mismo objeto”⁴⁰. Señala más adelante que “si lo que se hubiese omitido fuese el llamado a conciliación y el proceso hubiere proseguido sin corregir ese error, es evidente que se estaría en presencia de una causa de nulidad procesal. Esta eventualidad se recoge en las modificaciones que se acordó introducir al Código mencionado (el de procedimiento civil) y a las cuales nos referiremos más adelante, en orden a considerar el llamado a conciliación como un trámite o diligencia esencial en los juicios de mayor, de menor y de mínima cuantía, así como en los especiales, siempre, por cierto, que se reúnan los requisitos que lo hacen procedente”⁴¹.

Se puede apreciar cómo la Comisión distingue entre el llamado a conciliación y la audiencia en que tiene lugar. De lo expuesto se desprende que lo que establece el artículo 795

⁴⁰ Informe de la Comisión de de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Cit. por Otero Lathrop, Miguel, *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación. 1988-2000*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pág 265.

⁴¹ *Ibid.*

Nº 2 CPC como trámite esencial es el llamado a conciliación, entendiéndose por tal la citación que hace el juez a las partes a la audiencia en que esta tendrá lugar, y si ésta no se lleva a cabo, el juicio puede continuar perfectamente sin que por ello se incurra en un vicio de casación. Todo ello, lógicamente, considerando que, de asistir efectivamente las partes a la audiencia citada, el juez de la causa debe ofrecer a las partes bases de arreglo para alcanzar la conciliación total o parcial sobre las materias discutidas, pues ese es precisamente el objeto de esta audiencia.

Ahora bien, una de las razones por las que pudiese no efectuarse el comparendo de conciliación es la incomparecencia de todas o algunas de las partes, tal como lo contempla el profesor Casarino, al tratar las posibilidades que pueden darse ante la citación del juez⁴².

Así las cosas en materia civil, en materia de divorcio y el procedimiento establecido para su declaración, es plenamente homologable ambas instancias de conciliación y los efectos que acarrea la no comparecencia de uno de los cónyuges – particularmente la del demandado – puesto que las causales de casación en la forma son las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, aplicables a todo tipo de juicios, y la historia fidedigna del establecimiento de la norma del artículo 795 Nº 9 de este cuerpo legal deja de manifiesto el sentido y alcance de ella, que apunta a considerar como trámite o diligencia esencial en estos procedimientos el llamado a conciliación en cuanto a citación que el juez debe efectuar a las partes a la audiencia en que ésta tenga lugar, y considerándose como consecuencia ante el evento que una de ellas no asista, la preclusión de su derecho a alcanzar la conciliación.

iii. La aplicación de los apercibimientos del artículo 68 LMC como eventual señal de obligatoriedad de la realización efectiva de la audiencia especial de conciliación.

La jurisprudencia comentada a propósito de este tema ha señalado que, ante la no comparecencia personal de una de las partes a la audiencia de rigor, el juez está por la ley obligado a decretar los apremios contemplados en el inciso 2º del artículo 68 LMC.

Dicha norma expresa que “podrá (el juez) disponer medidas de apremio, de conformidad al artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, para lograr la asistencia del cónyuge que no compareciere personalmente, sin causa justificada”.

Cabe resaltar el hecho que la norma en comento es que ella se refiere al caso del cónyuge que no compareciere “sin causa justificada”, por lo que no cabe duda alguna que, si la parte se excusa oportunamente ante el tribunal del hecho de no asistir a la audiencia especial de conciliación por motivos plausibles, como lo serían, por ejemplo, imposibilidad física por enfermedad, o por encontrarse a la fecha del comparendo en un territorio distante a aquél donde tiene asiento el tribunal que conoce de la causa, no procede la aplicación de apremios.

⁴² Casarino Viterbo, Mario, *Ob. Cit.*, pág. 383.

El artículo a que hace referencia la disposición citada está ubicado en el Título II del Libro III del Código de Procedimiento Civil, denominado “Del procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y de no hacer”, el cual dice en su inciso primero: “Cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal imponerle arresto hasta por quince días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación”.

Señala el segundo inciso de esta disposición que “Cesará el apremio si el deudor paga las multas impuestas y rinde además caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar la indemnización completa de todo perjuicio al acreedor”.

La remisión hecha por nuestro legislador a la norma citada tiene mucho sentido, por la similitud entre ambas situaciones. Tanto en la una como en la otra lo que se busca es asegurar de forma efectiva que una de las partes en el proceso ejecute un hecho determinado: que el deudor cumpla con la obligación de hacer o de no hacer sobre la que versa la ejecución, en el caso del Código de Procedimiento Civil, y que el cónyuge comparezca personalmente a la audiencia especial de conciliación, en el caso de la Ley de Matrimonio Civil.

Sin embargo, si bien se ha sostenido que el objeto de dicha remisión es señalar al juez las medidas de apremio en particular que debe adoptar el juez – multa o arresto hasta por quince días - ⁴³, estimamos que la interpretación correcta lleva a concluir que lo que la remisión mencionada busca es indicar al juez la forma en que debe decretar dichos apremios. Ello, toda vez que el artículo 68 LMC, en lugar de decir que el juez podrá disponer “las medidas de apremio contempladas en el artículo 543 CPC”, lo que daría pie para concluir en el anterior sentido, señala en realidad que el juez podrá disponer apremios “de conformidad” al artículo 543 CPC, lo que claramente, a nuestro juicio, indica un modo de proceder. Este modo de proceder lo señala el referido artículo 543 CPC: “cuando se pida apremio contra el deudor, podrá el tribunal...”, lo que en el procedimiento de divorcio se traduce en que el juez sólo podrá decretar medidas de apremio cuando ello sea solicitado por la parte interesada, que, por regla general, lo será el demandante de divorcio respecto al demandado.

Por tanto, si sostenemos que cuando se solicite la comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación especial bajo apercibimiento, el tribunal podrá imponer medidas de apremio, cuando no lo pida el cónyuge actor en el juicio, *a contrario sensu*, no podrá el juez apercibir. De la misma forma, decretados los apremios en contra de la parte, estos deben cesar si este cumple con la actuación de concurrir a la audiencia de rigor, también de conformidad al artículo 543 CPC.

Por otro lado, en el caso de sostenerse que los apremios que debe o puede aplicar el juez son los que señala el artículo 543 CPC, parece por lo menos dudoso que dichas medidas sean compatibles con el juicio de divorcio. Así, en el caso de la multa, en el procedimiento a que se refiere en esta parte el Código de Procedimiento Civil es lógico que ella será proporcional al monto en que esté cuantificada la obligación de hacer o de no hacer que pesa

⁴³ Ver al respecto López Díaz, Carlos, *Ob. Cit.*, pág. 236.

sobre el ejecutado, pero en el caso del juicio de divorcio, ¿proporcionalmente a qué será la multa que el juez de familia podrá disponer al cónyuge que no comparezca a la audiencia de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil? Parece tremendamente complicado para el tribunal cuantificar en una suma de dinero el costo procesal que implicaría la falta de comparecencia del cónyuge a la audiencia. En este sentido, y atendida la naturaleza de la obligación que la Ley de Matrimonio Civil impone al involucrado en el procedimiento (comparecencia personal a la audiencia), se manifiesta con mayor aplicación práctica la posibilidad del arresto hasta por quince días y no así la multa. Con todo, creemos que no existe impedimento alguno para que el juez aplique una medida de apremio distinta a las señaladas en el artículo 543 CPC, como podría serlo, por ejemplo, una orden de aprehensión con facultades de allanamiento para obtener que el demandado asista al comparendo de conciliación, tal como lo dispuso el tribunal de primera instancia en el fallo analizado más arriba, siempre y cuando, se dispongan los apremios a solicitud del demandante.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, el inciso 2° del artículo 68 LMC es claro en señalar que la aplicación de medidas de apremio por parte del juez es una facultad y, en ningún caso, una obligación, al utilizar en su redacción el vocablo “podrá”.

En este orden de cosas, no puede sostenerse que, ante la no comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación especial, el juez está obligado a decretar medidas de apremio para obtener su presencia, sin que se pueda continuar el juicio sin haberlo hecho, no constituyendo la posibilidad de aplicar apremios en virtud del artículo 68 LMC, por tanto, señal alguna de obligatoriedad ni esencialidad de la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial de la Ley de matrimonio Civil .

iv. No es esencial que las materias relativas a las relaciones futuras entre los cónyuges y entre éstos y los hijos sean tratadas exclusivamente en la audiencia de conciliación especial.

En efecto, si bien la jurisprudencia citada más arriba al respecto invalida las sentencias donde consta que en el juicio de divorcio no se han tratado las materias a que se refiere el inciso 2° del artículo 67 LMC, lo correcto es entender que lo hace por no haberse resuelto esas cuestiones ni aún en la sentencia definitiva de la primera instancia, y no porque las relaciones mutuas deban tratarse necesariamente en la audiencia de conciliación especial.

Estimamos que, si bien de la Ley de Matrimonio Civil fluye la necesidad y el interés del legislador de dejar zanjado el tema de las relaciones mutuas entre los cónyuges y entre éstos y los hijos en los procesos de separación (de hecho o judicial), nulidad y divorcio⁴⁴, no

⁴⁴ Así, en el caso de la separación de hecho, la ley otorga la posibilidad a los cónyuges de dejar regulado lo referente a las relaciones mutuas (art. 21 a 23 LMC). En los casos de separación judicial y de divorcio solicitado de común acuerdo, es obligatorio incluso para las partes presentar, junto con la demanda o solicitud, un acuerdo regulador de las relaciones mutuas (art. 27 inc. 2° LMC y art. 55 inc. 2° LMC, respectivamente).

es necesario que esas materias sean tratadas y resueltas necesariamente en la audiencia de conciliación especial.

A este respecto, al artículo 89 inciso 1° LMC señala : “Las acciones que tengan por objetivo regular el régimen de alimentos, el cuidado personal de los hijos o la relación directa y regular que mantendrá con ellos aquél de los padres que no los tenga bajo su cuidado, cuando no se hubieren deducido previamente de acuerdo a las reglas generales, como asimismo todas las cuestiones relacionadas con el régimen de bienes del matrimonio, que no hubieren sido resueltas en forma previa a la presentación de la demanda de separación, nulidad y divorcio, deberán deducirse en forma conjunta con ésta o por vía reconventional, en su caso, y resolverse tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable”.

Por lo tanto, al solicitarse el divorcio unilateralmente – sea éste por culpa o por cese de la convivencia – deben deducirse conjuntamente las acciones relativas a las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y los hijos. No así en los divorcios solicitados de manera unilateral, donde aquello se regula mediante el acuerdo de las relaciones mutuas, que obligatoriamente deben acompañar los cónyuges en su solicitud de divorcio (art. 55, inciso 2° LMC).

Ahora bien, pese a los términos imperativos utilizados por el artículo 89 LMC (“deberán” deducirse...), ello no es requisito de admisibilidad de la demanda como en el caso del divorcio solicitado de común acuerdo, pues el artículo 90 del mismo texto legal señala que estas materias pueden ser objeto de la conciliación, se hayan o no solicitado en la forma que establece el artículo 89 – conjuntamente con la demanda - ⁴⁵, por lo que cabe la posibilidad que se llame a conciliación respecto de ellas, aun cuando la parte demandante no lo haya solicitado en la demanda.

Ahora bien, llamadas las partes a conciliación y presentes ambas en la audiencia, en caso que las partes no alcancen acuerdo alguno respecto de la forma como se regularán las relaciones mutuas, el juez debe resolverlas de todas formas tan pronto queden en estado, de acuerdo, en este caso, al procedimiento de divorcio, esto es, luego de la audiencia de juicio, donde todas las pruebas y alegaciones (si es que las hay) ya habrán sido rendidas.

Teniendo la facultad el tribunal de resolver de oficio el tema de las relaciones mutuas entre los cónyuges y entre éstos y los hijos, como mejor le parezca conforme al mérito de los antecedentes, nada impide que lo haga de la misma forma sin haberse propuesto bases de arreglo a las partes respecto del tema, por no haberse efectuado la audiencia de conciliación por ausencia del demandado, pronunciándose sobre ello en la sentencia definitiva, por cuanto, la no realización efectiva de la audiencia equivale a un fracaso de la gestión de conciliación.

De esta forma, no queda incumplido el objetivo del legislador en orden a dejar regulado en el caso del quiebre matrimonial la vida futura de los cónyuges y los hijos, pues, aunque no se haya realizado la audiencia de conciliación especial por falta de comparecencia

⁴⁵ Artículo 90: “En el llamado a conciliación a que se refiere el artículo 67, se incluirán las materias señaladas en el inciso segundo de dicha disposición, aun cuando no se hubieren solicitado en conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente, y se resolverán tan pronto queden en estado, de acuerdo al procedimiento aplicable”.

personal del demandado, aquellas materias quedarán igualmente zanjadas en la sentencia definitiva.

v. Por último, los principios que inspiran la Ley de Tribunales de Familia inducen a abogar por la no obligatoriedad de la realización de la audiencia especial de conciliación.

En efecto, de sostenerse que es trámite esencial la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial con la comparecencia personal de ambos cónyuges, más allá de la sola citación del juez, ello implica que ante la falta de comparecencia del demandado a dicha audiencia, el juicio no podrá seguir su curso hasta que se logre su presencia, para que así el tribunal pueda proponer las bases de arreglo con miras a que, por una parte, las partes perseveren en la conservación del vínculo matrimonial y, por otra, acuerden los temas concernientes a los hijos.

Este potencial estancamiento va en contra de los principios de concentración (artículo 11 LTF) y de actuación de oficio (artículo 13 LTF), ambos en directa relación con el principio de celeridad, que buscan dar fluidez al procedimiento establecido para la declaración del divorcio, evitando caer en demoras inútiles.

En este sentido, Otero Lathrop, al referirse a la conciliación en materia civil, señala que precisamente el artículo 268 CPC establece que la causa seguirá su curso si no se verifica el comparendo de conciliación, con el objeto de evitar toda dilación innecesaria del proceso⁴⁶, lo que es completamente equivalente al caso del juicio de divorcio.

Este problema era justamente el que adelantaba el Senador Viera-Gallo en la citada indicación: *“debe haber un momento en que se entienda fracasada la gestión, porque de lo contrario uno de los cónyuges podría demorar eternamente esta instancia”*.

El proceso no puede estancarse indefinidamente por el hecho que el demandado no se digne a aparecer en la audiencia, por no estar interesado en llegar a acuerdos que busquen la regulación de la vida futura de los cónyuges y los hijos. Consideremos además que en la mayoría de las ocasiones en que se llega a solicitar el divorcio existen años previos de discordia, que difícilmente pueden llegar a solucionarse en una insípida sala de audiencias, todo lo cual es más evidente en los casos de divorcio de común acuerdo.

En atención a todo lo anterior, se concluye que no es obligatoria la realización efectiva de la audiencia especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil, dando el juez cabal cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 67 y 68 LMC citando a las partes a la referida audiencia, pues dicha citación es, hecha mediante una resolución judicial, lo que constituye el llamado obligatorio a conciliación, trámite esencial en el juicio de divorcio. La no comparecencia del demandado a esta audiencia no impide la continuación del juicio, sino que

⁴⁶ Otero Lathrop, Miguel, *Ob. Cit.*, pág. 266.

sólo implica la preclusión de su derecho en orden a obtener un acuerdo “amistoso” con la contraparte mediante la conciliación total o parcial.

Corresponde ahora determinar la forma en que el procedimiento proseguirá su curso sin la comparecencia personal del demandado, cuestión que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II:

Solución al problema de la no comparecencia del demandado

Apreciamos en el capítulo precedente cuáles eran las instancias del juicio de divorcio donde cobra relevancia la falta de comparecencia del demandado, verificando que, de todas ellas, la que presenta real problema es la del llamado a conciliación especial, contemplado en los artículos 67 y siguientes LMC.

Se concluyó, asimismo, que, no siendo esencial en el procedimiento de divorcio la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial, sino sólo el llamado a conciliación que debe hacer el juez a las partes, y sin ser tampoco obligatorio para el tribunal el decreto de las medidas de apremio según el inciso 1° del artículo 68 LMC para obtener la comparecencia personal del demandado a dicha audiencia, el juicio de divorcio puede continuar su curso sin la presencia de aquél en la audiencia de conciliación especial sin ningún impedimento legal ni práctico.

La prosecución del proceso sin la comparecencia personal del demandado a la audiencia de conciliación especial se lleva a cabo, tal como ocurre en todo procedimiento donde una de las partes no practica un determinado acto procesal en el período correspondiente, mediante la declaración por parte del juez de tener por evacuado el trámite en su rebeldía.

Para sostener la continuación del juicio de divorcio en rebeldía del demandado cuando éste no comparece personalmente a la audiencia especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil como solución al problema generado por dicha falta de comparecencia es menester, sin embargo, despejar toda duda acerca de la compatibilidad de la institución procesal de las rebeldías con el procedimiento establecido para la declaración del divorcio, para así ver la procedencia de ella en la instancia particular de la audiencia de conciliación especial.

1.-La rebeldía en el juicio de divorcio.

Señala el artículo 78 CPC: “Vencido un plazo judicial para la realización de un acto procesal sin que éste se haya practicado por la parte respectiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará evacuado dicho trámite en su rebeldía y proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin certificado previo del secretario”.

Por lo tanto, la rebeldía *“es la situación que se le produce al litigante que deja de evacuar un trámite o de practicar una diligencia o actuación en el plazo que le señale el tribunal”*⁴⁷.

⁴⁷ Jorquera Lorca, René, *Síntesis de derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1998, pág. 54.

Se desprende de lo anterior que, para que un litigante sea susceptible de ser declarado rebelde en un juicio civil, son presupuestos necesarios⁴⁸:

- Que el tribunal que conoce de la causa decreta, mediante una resolución judicial, la realización por parte del litigante de un acto procesal;
- Que para la realización del acto rija un plazo legal no fatal o un término judicial;
- Que dicha resolución, como debe ocurrir con todas las resoluciones judiciales, sea notificada en forma legal a la parte; e
- Inactividad de la parte llamada a realizar la actuación dentro del plazo correspondiente.

En estos casos, el juez, de oficio o a petición de la otra parte, declarará evacuado el trámite de que se trate en rebeldía del litigante inactivo, caducando con ello el derecho de éste a evacuarlo.

El objetivo de esta institución es evidente: permitir la prosecución del juicio ante el desinterés de alguna de las partes por la realización de un determinado trámite en un plazo judicial y evitar así su estancamiento indefinido. En palabras del profesor Casarino, *“como no es posible que el proceso se estructure exclusivamente a base de plazos legales fatales, es necesario establecer, entonces, las rebeldías, respecto de los plazos judiciales no fatales a objeto de que aquél progrese”*⁴⁹.

Respecto a los presupuestos señalados más arriba que hacen a un litigante susceptible de ser declarado rebelde por el tribunal, se puede constatar cómo éstos concurren en la situación que se está tratando, vale decir, la audiencia de conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil.

En primer lugar, existe una resolución judicial que llama al demandado a la realización de una actuación procesal: la que cita a las partes a la audiencia especial de conciliación, de conformidad al artículo 67 y 68 LMC, o bien, la que cita a las partes a la audiencia preparatoria, según el artículo 59 LTF, en el caso que el tribunal estime que el llamado a conciliación especial debe tener lugar dentro de esta audiencia.

Dicha resolución debe ser notificada a las partes en la forma legal, notificación que se hará dependiendo también de la oportunidad en que se efectúe la conciliación (audiencia especial, inmediatamente después de deducida la demanda de divorcio, o dentro de la audiencia preparatoria), cuestión que ya se comentó bajo la letra A) del acápite 2.3.1 del Capítulo I.

En cuanto al plazo judicial, a pesar que en este caso no estamos en presencia de un lapso de tiempo dentro del cual el demandado puede ejercer la facultad de realizar la actuación antedicha, sino que se trata de una oportunidad específica en la que debe hacerlo – la audiencia en cuestión -, esta oportunidad tiene lugar en un momento determinado por el juez y no por la

⁴⁸ Cfr. Rodríguez Garcés, Sergio, *Ob. Cit.*, pág. 419- 423.

⁴⁹ Casarino Viterbo, Mario, *Ob. Cit.*, pág. 168.

ley, que es la fecha y hora establecida en la resolución que cita a las partes a la audiencia, único momento en que la ley permite llevar a cabo los trámites en cuestión, precluyendo su derecho si no lo hace⁵⁰.

Por último, el trámite a realizar por el litigante, el demandado en este caso, decretado por el juez, consiste en comparecer personalmente a la audiencia donde se verá la posibilidad de alcanzar la conciliación entre las partes en uno o en todos los puntos a que se refiere el artículo 67 LMC, por lo que la inactividad de aquél consistirá precisamente en no comparecer personalmente a la audiencia.

Teniendo presente todo lo anterior, se analizará a continuación la procedencia de la declaración de rebeldía del demandado frente a su no comparecencia personal a la audiencia de conciliación especial contemplada en la Ley de Matrimonio Civil, tanto en el procedimiento transitorio frente a los Juzgados de Letras Civiles, como en el procedimiento que tiene lugar actualmente ante los Tribunales de Familia y, en este último caso, se tratará el tema bajo el supuesto que la conciliación especial tenga lugar en una audiencia especial y cuando lo tenga dentro de la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario de la Ley de Tribunales de Familia.

2.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial en el procedimiento de divorcio transitorio.

En este procedimiento, como se señaló con antelación, la audiencia de conciliación especial a que se refieren los artículos 67 y 68 LMC tiene lugar inmediatamente después de deducida la demanda de divorcio.

En razón de que estos juicios de divorcio se tramitan conforme a las reglas del juicio ordinario de mayor cuantía del Código de Procedimiento Civil (artículo 1° transitorio, disposición tercera LMC), a ellos les son aplicables también, por lo tanto, las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del mencionado código, dentro de las cuales se encuentran las normas que regulan las rebeldías (art. 78 a 84 CPC), materia que, por lo demás, no es objeto de ninguna modificación por la citada norma transitoria de la Ley de Matrimonio Civil, que enumera una serie de excepciones a las reglas generales del juicio ordinario.

Por lo tanto, la institución de las rebeldías es plenamente aplicable a este procedimiento, y le es aplicable al caso de la no comparecencia personal del demandado a la audiencia especial de conciliación, como mecanismo procesal que permite la prosecución del juicio de divorcio en esta situación.

⁵⁰ La única excepción a este respecto la constituye la mediación, que se puede promover en casi todo el juicio.

Es decir, llegado el día y hora fijado para la realización de la audiencia de conciliación especial sin que comparezca personalmente el demandado, el tribunal podrá, de oficio o a petición de la parte demandante, declarar evacuado el trámite de conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil en su rebeldía, en virtud del artículo 78 CPC, lo que significará también el fracaso de la gestión de conciliación. Se prosigue entonces al trámite de contestación de la demanda, que, por las mismas circunstancias, de igual modo será evacuado en rebeldía del demandado, con lo que sólo restará la fase de prueba y la posterior decisión del tribunal. Todo ello, sin perjuicio de que el demandado puede incorporarse al juicio con posterioridad, respetando todo lo obrado, pues, como señala Sergio Rodríguez, la declaración de rebeldía en primera o única instancia tiene efectos procesales limitados a un trámite determinado. No genera – a diferencia de lo que ocurre en segunda instancia – un “estado de rebeldía”, por lo que habrá que solicitarla y declararla caso a caso, para cada gestión en particular⁵¹.

Cabe hacer la salvedad que, en todo caso, el demandante puede solicitar al tribunal la citación del demandado a la audiencia de conciliación especial bajo apercibimiento de imponérsele alguna medida de apremio en caso de no presentarse a la audiencia sin causa justificada, tal como lo permite el ya analizado inciso 2° del artículo 68 LMC. Ello puede hacerlo en el mismo escrito de demanda, o bien, puede solicitarlo luego de verificarse la ausencia del demandado el día y hora de realización del comparendo de conciliación, caso este último en que el juez deberá expedir una segunda citación a audiencia, esta vez, hecha bajo el apercibimiento antes dicho.

Ahora bien, si el demandado nuevamente no comparece a la audiencia, podrán hacerse efectivos los apremios en razón de los cuales se le apercibió para obtener su comparecencia personal, pero si con ello aún no es posible obtener su presencia, por ejemplo, por no ser habido el demandado, y considerando la no obligatoriedad de la realización efectiva de la audiencia de conciliación, estimamos que no existe impedimento para que el demandante solicite en estos casos la continuación del juicio en rebeldía del demandado, con el fin de no retrasar la sustanciación del proceso, en circunstancias que al actor le interesa obtener la declaración del divorcio y no que se estanque el juicio en una instancia de conciliación y contestación respecto de la cual el demandado no ha manifestado interés alguno en participar.

⁵¹ Rodríguez Garcés, Sergio, *Ob. Cit.*, pág. 422.

3.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial en el procedimiento de divorcio ante los Tribunales de Familia.

Independientemente de haberse concluido en el primer capítulo de este trabajo que la conciliación de la Ley de Matrimonio Civil debe tener lugar en una audiencia distinta de la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, se analizará a continuación la procedencia de la institución de las rebeldías para el caso de no comparecencia del demandado a la audiencia en que dicha conciliación tenga lugar, tanto cuando se proponga en una audiencia especialmente convocada para tal efecto, como cuando la proponga el juez dentro de la audiencia preparatoria, debido a que el objeto de esta investigación es determinar cuál es el camino que debe tomar el tribunal que conoce del juicio de divorcio ante el problema de la referida falta de comparecencia y no el análisis del llamado a conciliación en particular y, por ello, se deben considerar las dos hipótesis antes señaladas, toda vez que, teniendo en cuenta la práctica judicial tendiente a actuar en ambos sentidos, no debe dejarse ninguna laguna ante esta circunstancia, de manera tal que pueda contarse con la respuesta correcta cuando nos encontremos en ambas situaciones.

3.1.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial, cuando ésta tiene lugar inmediatamente después de deducida la demanda.

En el caso de considerarse que la conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil debe llevarse a efecto en una audiencia especial, inmediatamente después de presentada la demanda de divorcio y previamente a cualquier otro trámite en el juicio, tenemos que la normativa aplicable para determinar la procedencia de la declaración de rebeldía del demandado como solución al problema de su no comparecencia a esta audiencia de conciliación especial puede estar dada, por una parte, por las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil que se refieren al llamado a conciliación especial (art. 67, 68 y 69 LMC) y, por otra, por aquéllas que reglan el procedimiento ordinario de la Ley de Tribunales de Familia conforme al cual se tramitan actualmente los juicios de divorcio, e incluso, las normas y principios generales de esta ley.

En cuanto a los mencionados artículos de la Ley de Matrimonio Civil, ellos se refieren a la ya comentada obligación del juez de citar a las partes a la audiencia de conciliación especial (art. 67 inc.1° y art. 68 inc.1° LMC), a las materias que serán objeto de conciliación (art. 67 inc.1° y 2° LMC), al papel que jugará el juez en la audiencia (art.69 LMC), a la forma en que, de hacerlo, deben comparecer las partes a la audiencia, es decir, personalmente y no por medio de apoderado (art.68 inc.1° LMC) y, por último, a la manera en que el juez puede proceder para obtener la comparecencia del cónyuge que no asista a la audiencia

personalmente sin causa justificada (art.68 inc.2° LMC), nada de lo cual, más allá de no presentar impedimentos para sostener la continuación del juicio en rebeldía del demandado ante su no comparecencia a esta audiencia de conciliación (en el contexto del análisis hecho en nuestro primer capítulo), brinda normas netamente procesales que indiquen la forma de proceder del tribunal en orden a hacer efectiva la prosecución del juicio mediante la referida declaración de rebeldía.

La Ley de Tribunales de Familia, por su parte, no contiene disposición alguna que hable de esta audiencia especial, sino sólo a la audiencia preparatoria y la de juicio.

Es menester, entonces, detenerse en lo que señala el artículo 27 LTF: “Normas supletorias. En todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de la oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación”.

Los requisitos que exige esta norma para aplicar supletoriamente las normas del Código de Procedimiento Civil son dos.

En primer lugar, que la situación a la que se aplique las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil no esté regulada en la Ley de Tribunales de Familia.

En este sentido, la audiencia de conciliación especial no está regulada en la ley 19.968, pero respecto de su procedencia, forma y oportunidad no es necesario aplicar, en general, las normas del Código de Procedimiento Civil, pues está normada por la Ley de Matrimonio Civil.

Sin embargo, al tener lugar esta audiencia en la esfera del juicio de divorcio, regulado por la Ley de Tribunales de Familia, y al no tener respuesta ni en ella ni en la Ley de Matrimonio Civil el tema de la no comparecencia personal del demandado a la audiencia de conciliación especial, cabe entonces aplicar, en este punto, de forma supletoria, las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, que sí nos dan una respuesta al problema en el otrora mencionado artículo 78, que contempla la institución de las rebeldías.

El segundo requisito es que, al aplicar alguna de las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, en este caso las rebeldías, ello no resulte incompatible con la naturaleza de los procedimientos que la Ley de Tribunales de Familia establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de la oralidad, pues, de ser así, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación.

En lo relativo a la exigencia de la oralidad, la aplicación de la rebeldía del demandado tiene precisamente lugar en una audiencia oral, por lo que, verificados los supuestos para su

declaración, el juez la decretará de la misma manera en la audiencia, oralmente, de oficio o a solicitud del demandante, solicitud que también será oral.

En cuanto a la relación existente entre la institución de las rebeldías y otros principios de este procedimiento, no hay colisión entre éstos y aquella. Al aplicarla el juez, concretiza el principio de celeridad que informa a toda la Ley de Tribunales de Familia, manifiesto a propósito del principio de concentración y el de actuación de oficio⁵², expresos en los artículos 11 y 13 LTF, respectivamente. Ello, por cuanto, como se ha señalado, las rebeldías buscan prevenir que el proceso se paralice innecesariamente, cuando una de las partes demuestra desinterés en llevar a cabo determinada actuación o diligencia judicial. Esto se evita permitiendo que el juicio continúe su marcha normal a la siguiente etapa, para que finalmente el tribunal pueda resolver el conflicto sometido a su conocimiento de la forma más efectiva y eficiente posible.

Por lo tanto, sostenemos sobre este punto que no existe incompatibilidad alguna entre la institución de las rebeldías y la naturaleza del procedimiento ordinario de la Ley de Tribunales de Familia, procediendo supletoriamente, en virtud del artículo 27 de este cuerpo legal.

3.2.- Rebeldía del demandado por no comparecencia a la audiencia de conciliación especial, cuando ésta se identifica con la audiencia preparatoria.

Al tener lugar el llamado a conciliación especial de la Ley de Matrimonio Civil dentro de la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, una vez finalizado el período de discusión, estimamos innecesario recurrir al Código de Procedimiento Civil vía artículo 27 LTF para proceder a la continuación del juicio en ausencia del demandado, debido a que la propia Ley de Tribunales de Familia, como ya se había señalado en otra oportunidad, establece en el inciso final de su artículo 59 LTF la forma de proceder en caso que el demandado (y también el demandante) no comparezca personalmente a la audiencia preparatoria y, por lo tanto, no esté presente cuando se llame a conciliación en virtud del número 5 del artículo 61 LTF (equivalente, bajo esta hipótesis, al artículo 67 y 68 LMC).

Es decir, si esta última norma señala que la audiencia preparatoria se llevará a cabo igualmente sin la presencia de alguno de los cónyuges, sin hacer distinción acerca de ninguno de los trámites en particular de los que tienen lugar en esta audiencia (entre ellos el de conciliación) y respecto de los cuales incida esta falta de comparecencia, debe concluirse que la ausencia del demandado en el instante en que corresponda al juez promover la conciliación de conformidad a los artículos 67 y 68 LMC, posibilita que el proceso pase al siguiente

⁵² Respecto al principio de actuación de oficio, el artículo 13 LTF señala: “Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar, de oficio, todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad”

trámite, cual es que el juez determine el objeto del juicio y cite a las partes a la audiencia de juicio, conforme lo señala el artículo 61 LTF.

Se puede apreciar cómo el artículo 59 inciso final LTF constituye una suerte de rebeldía calificada para el evento en que alguna de las partes no efectúe una diligencia llamada a realizarse por el juez de familia: comparecer a la audiencia preparatoria y, consecuentemente, efectuar cada uno de los trámites que en ella tienen lugar. En este sentido, la norma en comento no hace otra cosa que permitir que se alcance el mismo objetivo buscado por las rebeldías del Código de Procedimiento Civil: evitar el estancamiento del juicio por el mero desinterés de uno de los litigantes, castigándolo a éste con la preclusión de su derecho a evacuar el trámite de que se trate.

En síntesis, sea que la conciliación especial tenga lugar en una audiencia especial o en la audiencia preparatoria, en ambos casos el procedimiento de divorcio puede continuar su curso sin la presencia del demandado. Proseguirá, en el primer caso, en virtud de tenerse por evacuado el trámite de conciliación en su rebeldía por aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, en razón del artículo 27 LTF, y en el segundo, por aplicación del inciso final del artículo 59 LTF.

CONCLUSIONES

1. Si bien la no comparecencia del demandado es una situación que podrá darse en varias y diversas instancias del juicio de divorcio, en muchas de las cuales la ley prevé solución expresa para dicho evento, ésta cobra especial relevancia cuando se da en el contexto de la audiencia de conciliación especial contemplada en la Ley de Matrimonio Civil, tanto en el procedimiento de competencia transitoria ante los Juzgados de Letras Civiles como en el procedimiento actual ante los Tribunales de familia, debido al carácter de trámite esencial que gran parte de la jurisprudencia de nuestro país le ha atribuido a este llamado a conciliación en el juicio de divorcio, en virtud de lo cual el proceso no podría continuar su curso sin que se logre la comparecencia personal de ambos cónyuges para la realización debida de dicha audiencia, so pena de incurrirse en un vicio de casación en la forma. Dicha jurisprudencia, sin embargo, no es unánime, pues existen casos aislados en que no se han anulado juicios donde no se ha llevado a cabo la audiencia especial de conciliación por no comparecencia personal del demandado.
2. El llamado a conciliación contemplado en la Ley de Matrimonio Civil es un llamado distinto al que contempla la Ley de Tribunales de Familia. Persigue objetivos diversos y, por tanto, debe tener lugar en una etapa previa a la audiencia preparatoria del procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, inmediatamente después de deducida la demanda. Sin embargo, la práctica judicial, quizás por economía procesal, ha optado generalmente por realizarlo dentro de la misma audiencia preparatoria, lo que sólo contribuye a generar confusión acerca de la naturaleza procesal del llamado especial de conciliación de la Ley de Matrimonio Civil. Es asimismo un trámite esencial en el juicio de divorcio, entendiendo como llamado a conciliación la citación que el juez hace a las partes a la audiencia o comparendo donde la conciliación propiamente tal será propuesta. No puede sostenerse, sin embargo, como lo ha hecho la mayoría de nuestros tribunales superiores de justicia, que constituye trámite esencial en este procedimiento la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial con la comparecencia personal de ambos cónyuges, pudiéndose ante este evento continuarse en juicio sin que la audiencia se lleve efectivamente a cabo. El juez da cumplimiento cabal a su obligación de hacer el llamado a conciliación citando a las partes a la audiencia de rigor, pero la disposición de las partes en orden a querer acercarse para tratar de obtener la conciliación total o parcial es algo que no está en manos del tribunal. Ello se desprende tanto de los términos en que la propia Ley de Matrimonio Civil regula la conciliación especial y de la aplicación armónica de los principios que informan a la Ley de tribunales de Familia, como los de celeridad del procedimiento, concentración y actuación de oficio.
3. El artículo 68 inciso 2° LMC señala como mecanismo para lograr la comparecencia personal del demandado a la audiencia de conciliación especial la disposición de apremios

por parte del juez. Esto es, sin embargo, a diferencia de lo sostenido por la jurisprudencia mayoritaria, sólo una posibilidad, sujeta al evento en que el demandante lo solicite al tribunal, pues en caso contrario, el juez podrá decretar de oficio o a petición de parte, la continuación del juicio en rebeldía del demandado. La posibilidad de aplicar los referidos apremios no es, por tanto, señal de que la realización efectiva de la audiencia de conciliación especial de la ley de Matrimonio Civil es trámite esencial en el juicio de divorcio.

4. La institución procesal de las rebeldías es plenamente compatible con el procedimiento establecido para la declaración del divorcio, sobre todo en cuanto materializa los principios de celeridad, concentración y actuación de oficio a la hora de ser aplicada. Es ella el mecanismo en virtud del cual el juicio de divorcio proseguirá su curso ante la no comparecencia del demandado a la audiencia de conciliación especial. En el caso que el llamado a conciliación se realice para proponer la conciliación en una audiencia especial, inmediatamente después de deducida la demanda, ante la ausencia del demandado a esta audiencia, el juez decretará evacuado el trámite en su rebeldía, aplicando las reglas generales del procedimiento ordinario de mayor cuantía, en el procedimiento de competencia transitoria, y de de la misma forma lo hará en el procedimiento ordinario ante los Tribunales de Familia, esta vez por aplicación supletoria de las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil e virtud del artículo 27 LTF. En caso que la conciliación se proponga dentro de la audiencia preparatoria, el juicio continuará su marcha sin la presencia del cónyuge demandado, pues así lo permite el inciso final del artículo 59 LTF, no existiendo motivo legal alguno para hacer una excepción cuando se trate de la conciliación especial de la Ley de Matrimonio civil.

BIBLIOGRAFÍA

A) Doctrina:

- Baeza C., Gloria / Pérez C., Jaime, *Los nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento ordinario*, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo III, Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1994.
- Jorquera Lorca, René, *Síntesis de derecho procesal civil*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1998.
- López Díaz, Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo II, Primera Edición, Ed. Librotecnia, Santiago, 2005.
- López Díaz, Carlos, *Matrimonio civil, nuevo régimen*, Primera Edición, Ed. Librotecnia, Santiago, 2004.
- Lorca N., Antonio María, *Introducción al derecho procesal*, Segunda Edición, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1991.
- Otero Lathrop, Miguel, *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación. 1988-2000*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- Rodríguez Garcés, Sergio, *Derecho procesal funcional*, Tomo I, Ed. Vitacura Ltda., Santiago, 1993.

B) Legislación:

- Código de Procedimiento Civil.
- Ley 19.947 de Matrimonio Civil
- Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

C) Jurisprudencia:

- Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 1944-2005, 07 de septiembre de 2005, <http://www.areajuridica.cl>.
- Fallo Corte de Apelaciones de La Serena, causa Rol N° 1008-2005, 16 de Septiembre de 2005, <http://www.areajuridica.cl>.
- Fallo Corte de Apelaciones de Concepción, causa Rol N° 4239-2005, 13 de enero de 2006, <http://www.areajuridica.cl>.
- Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 11390-2005, 17 de marzo de 2006, Fallos del Mes, Edición N° 309, marzo de 2006.
- Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 5151-2006, 05 de abril de 2006, *Jurisprudencia de divorcio*, editada por Zavala O., José Luis y recopilada por Montecinos F., Carolina, Ed. Punto Lex, Santiago, 2006.

- Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10272-2006, 07 de abril de 2006, Fallos del Mes, Edición N° 310, abril de 2006.
- Fallo Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol N° 18-2006, 13 de abril de 2006, *Jurisprudencia de divorcio*, editada por Zavala O., José Luis y recopilada por Montecinos F., Carolina, Ed. Punto Lex, Santiago, 2006.
- Fallo Corte de Apelaciones de San Miguel, causa Rol N° 27-2006, 10 de mayo de 2006.
- Fallo Corte de Apelaciones de Valdivia, causa Rol N° 196-2006, 07 de julio de 2006, <http://www.poderjudicial.cl>.
- Fallo Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N° 10332-2005, 13 de julio de 2006, *Jurisprudencia de divorcio*, editada por Zavala O., José Luis y recopilada por Montecinos F., Carolina, Ed. Punto Lex, Santiago, 2006.
- Fallo Corte de Apelaciones de Iquique, causa Rol N° 114-2006, 7 de agosto de 2006.

D) Otros:

- Primer informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil, Boletín N° 1759-18 de 09 de julio de 2003.
- Segundo informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece una nueva Ley de Matrimonio Civil, Boletín N° 1759-18 de 16 de diciembre de 2003.