

# Matrimonio y divorcio vincular

**Pablo Rodríguez Grez**

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Derecho y moral social

El país se ha visto enfrentado en los últimos meses a un arduo debate sobre las modificaciones propuestas a la ley sobre matrimonio civil. Dicha normativa data del año 1884 y, atendido el paso del tiempo, resulta obvio que ella debe modernizarse, como sucede con la mayor parte de las instituciones jurídicas.

Como se ha sostenido tantas veces, el sistema jurídico debe recoger las preferencias valóricas de la sociedad y adaptarse a ellas, puesto que de lo contrario se hace imposible el **cumplimiento espontáneo del derecho**, que constituye uno de los presupuestos esenciales de su funcionamiento. Para comprender lo que decimos, basta con señalar que los medios de que dispone el Estado para imponer el cumplimiento coercitivo de la norma están concebidos para sancionar infracciones excepcionales. Si el incumplimiento se generaliza, la norma, aun cuando sigue siendo válida (porque obliga), se hace, sin embargo, ineficaz.

Se ha sostenido por algunos comentaristas que el derecho cumple una **función educativa**, en la medida que impone valores estimables que deben acatarse bajo el riesgo de una imposición coercitiva. Es indudable que cada potestad (constituyente, legislativa y reglamentaria) al elaborar la norma incorpora a ella valores (fines preferidos), todos los cuales se **objetivan**, esto es, se transforman en elementos normativos, debiendo las potestades inferiores transferirlos a su subsecuente construcción para dar valor a la norma inferior o la regla (sentencia, resolución administrativa, acto y contrato). Esta tarea exige una especial sensibilidad al titular de cada potestad, porque en la medida que se extreme la brecha entre sus preferencias y las preferencias sociales, se pone en peligro la estabilidad del sistema jurídico al estimular el incumplimiento. En otros términos, el abismo axiológico que se genera entre el titular de la potestad y los valores predominantes en la sociedad alienta el incumplimiento masivo de la norma y afecta la eficacia del derecho.

De lo señalado se desprende, entonces, que la norma debe recoger los valores que imperan en la sociedad e inducir a la adhesión de nuevos valores con extrema prudencia, sin malograr el **cumplimiento espontáneo del derecho**.

Desde otro punto de vista, se ha dicho que el derecho no es más que el **"precipitado histórico de la moral"** (Jellinek). Por ende, toda norma jurídica arranca su justificación de un principio ético. Si consideramos que no existe una moral objetiva (común a todos los hombres) y que ella se va adaptando a las circunstancias y la renovación de las costumbres, forzoso resulta concluir que el derecho, al igual que la moral social (aquellos principios que constituyen una denominador común y que comparte la mayoría), debe ir adecuándose a la evolución que experimentan las costumbres, los hábitos y la conducta individual y colectiva. Miradas las cosas desde esta perspectiva, tropezamos nuevamente con la necesidad ineludible de estimular el **cumplimiento espontáneo del derecho**, ya que si la norma jurídica se disocia de la moral social, se incrementarán inevitablemente las infracciones y el sistema normativo se hará ineficaz.

Existe plena conciencia en la comunidad que el sistema jurídico exige un proceso continuo de renovación y actualización. El derecho no puede quedar cristalizado, porque el substrato social en que rige va evolucionando, lo cual se refleja en las costumbres y los hábitos que imperan en la sociedad. Toda necesidad del cuerpo social debe ser satisfecha por el sistema jurídico, y los vacíos que se abren, ser llenados por sus operadores (jueces, abogados, funcionarios administrativos, particulares). Es sin duda la **"interpretación"**, concebida como función creadora del intérprete, el camino más expedito para lograr este fin. No es exagerado, por lo mismo, sostener que la estructura misma del derecho permite que éste viva en una constante renovación, precisamente en función de dar satisfacción a los requerimientos que nacen en la base de la comunidad. De aquí la necesidad de insistir en que los operadores jurídicos, vale decir, todos los componentes del grupo social (puesto que todos ejercemos potestades), son esencialmente **"creadores"** (ya sea de "normas" generales y abstractas o de "reglas" particulares y concretas) y de que, por lo mismo, **el derecho es una creación colectiva que se realiza permanentemente, día a día, a través de la construcción de normas y de reglas en las que intervienen todos los sujetos, sin excepción, haciendo de las ciencias jurídicas la más participativa de las actividades humanas.**

Sobre las bases enunciadas, es posible realizar un análisis objetivo de las modificaciones que se pretenden introducir a la reglamentación del matrimonio, que constituye una de las instituciones fundamentales del Estado y el "cuerpo social intermedio" más importante en la infraestructura de la comunidad. Así

está establecido en la Carta Política en términos expresos. **“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”** (Artículo 1° inciso 2°). **“Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, promover el fortalecimiento de ésta...”** (Artículo 1° inciso 5°).

Enfrentados a disposiciones tan elocuentes, resulta absurdo comprobar que no exista una definición legal de la familia, que se discuta quiénes son sus componentes, cuál es su estructura jurídica y cuáles las condiciones que deben concurrir para que tenga reconocimiento legal. Tanto más absurda nos parece esta realidad en presencia de modificaciones legislativas en materia de filiación y sucesión por causa de muerte (introducidas por la Ley N° 19.585), que, ciertamente, están inspiradas en principios y valores ajenos al Código Civil de Bello, a cuyo amparo se formó y templó el espíritu cívico de los chilenos. Lo anterior refleja un vacío inexcusable de parte de nuestros legisladores. No faltan quienes creen ver en esta ausencia una especie de empate entre los sectores conservadores y los sectores liberales, que ha llevado a los poderes colegisladores a guardar silencio ante una definición que implica adoptar un compromiso trascendente.

Como quiera que sea, el derecho chileno adolece de falencias que debilitan las instituciones fundamentales y que no debieran perdurar por más tiempo. En la medida que las modificaciones a la ley sobre matrimonio civil obedezcan al propósito de renovar instituciones ya vetustas y reinterpretar las preferencias predominantes, reencauzándolas positivamente, esta tarea debe ser calurosamente alentada..

## **II. Tres realidades sociales olvidadas**

Imposible resulta analizar las reformas a la Ley de Matrimonio Civil sin referirse a tres realidades sociales que aparecen pospuestas en los comentarios y discusiones que ha suscitado esta materia.

### **1. Debilitamiento y sustitución de la familia legalmente establecida.**

No cabe duda que la mayor parte de las reformas legislativas que se han realizado en los últimos años apuntan al debilitamiento de lo que podría denominarse la **“familia tradicional”** (aquella originalmente instituida en el Código Civil de 1857). Ella estaba asentada en el **“matrimonio indisoluble”**, en la llamada **“legitimidad de los hijos”**, en la preeminencia del **“padre como jefe del núcleo familiar”**, en la limitación de los medios para acreditar la **“paternidad y maternidad concebida fuera del matrimonio”**, en el **“deber de fidelidad”** entre los cónyuges y en la imposición de **“asignaciones forzosas”** en favor de los hijos legítimos como herederos preferentes.

En escasos 20 años, todas estas bases han variado de manera sustancial.

En efecto, la indisolubilidad del matrimonio se eludió por medio de las "nulidades" (que se abren camino desde 1923) y que constituyen un divorcio simulado por mutuo consentimiento.

La "legitimidad de los hijos", situación privilegiada respecto de los "hijos naturales" y "simplemente ilegítimos reconocidos para el solo efecto del derecho de alimentos", fue sustituida por la distinción entre "hijos matrimoniales" y "no matrimoniales" (ambos con idénticos derechos).

Dejó el padre de ser el "jefe del núcleo familiar", pasando la mujer a gozar de derechos muy similares e igualándose los deberes personales entre ambos cónyuges (artículos 131 y siguientes del Código Civil).

Las causales precisas consagradas en el antiguo artículo 271 del Código Civil para reclamar el reconocimiento de paternidad o maternidad se hicieron genéricas (el artículo 195 del Código Civil señala que "la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen"), desapareciendo los impedimentos y estrictos requisitos consagrados con antelación en la ley, precisamente para amparar al núcleo familiar constituido al alero del matrimonio. A lo anterior hay que agregar la ampliación de las pruebas para acreditar la filiación, especialmente científicas (artículos 198 y 99 del Código Civil, introducidos por la Ley N°19.585).

El "deber de fidelidad" se atenuó, como consecuencia de haberse derogado el Párrafo 9, Título VII, del Libro II del Código Penal, denominado "Del adulterio". Es efectivo que en la práctica éste no tenía aplicación, pero su existencia constituía una señal del legislador. Coherente con lo anterior, se atenuaron también las sanciones civiles impuestas, especialmente a la mujer, por la falta del deber de fidelidad (antes se pensaba que el adulterio de la mujer era más grave que el adulterio del hombre, como consecuencia que el primero, se decía, introducía un "bastardo" al interior de la familia).

Por último, probablemente lo más importante, se igualaron los derechos hereditarios de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, permitiendo a éstos interponer las acciones de reconocimiento de filiación, incluso después de los días de sus progenitores.

En presencia de estas reformas ¿puede alguien sostener seriamente que no ha habido en Chile un cambio profundo en el concepto de familia? Lo que antes se definía doctrinariamente como "el conjunto de personas ligadas por vínculos de parentesco y matrimonio", hoy se ha extendido considera-

blemente. Se ha abierto la posibilidad de incorporar a la familia a personas procreadas fuera del matrimonio, sin las restricciones que aseguraban un cierto hermetismo en favor de los cónyuges y de los hijos concebidos o nacidos en él. Asimismo, como consecuencia de lo anterior, el matrimonio no es la fuente necesaria de la familia, pudiendo ella estar asentada en una simple convivencia, puesto que los descendientes tienen idéntica calidad y derechos que aquellos que provienen de las uniones matrimoniales.

En derecho las “cosas son lo que son y no lo que se las llama”. Este brocardo jurídico encierra una exigencia ineludible que no puede desconocerse. La concepción de la “familia” difiere, en el día de hoy, sustancialmente de aquella que predominaba 20 años atrás. El vocablo “pareja” ha pasado a substituir al vocablo “casados” y se ha disipado toda condenación o repudio social al concubinato, como sucedía hasta no hace muchos años, cuando se condenaba, incluso, a las personas que habían anulado su matrimonio. Esto implica un cambio social evidente y la aceptación de nuevos hábitos y comportamientos sociales.

La “familia” tiene en este momento una connotación muy diversa de aquella en la cual se asentaba originalmente el Código Civil y no sólo en relación a las normas directamente relacionadas con su regulación, sino, además, con numerosas otras disposiciones relativas, por ejemplo, a los regímenes patrimoniales, a la capacidad civil, a la intervención de la mujer en la administración de la sociedad conyugal, etc. Un solo dato revela en toda su magnitud la crisis que vive la familia tradicional: **más del 50% de los hijos nacen en el día de hoy al margen del matrimonio, sea porque provienen de madres solteras o de uniones irregulares.** Este antecedente bastaría para poner en revisión la legislación que comentamos, porque ello implica que la mayoría se está marginando de la juridicidad y optando por la desregulación de una relación que, como dice la Constitución, conforma una de las bases fundamentales de la sociedad.

A manera de corolario, podríamos decir que la **igualdad**, consagrada en el inciso 1° del artículo 1° de la Constitución (“**Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos**”), constituye un valor superior a la **protección de la familia** dispuesto en el inciso 5° de la misma norma. Lo dicho evoca un caso típico de “**aberración axiológica**” del derecho, esto es, el sacrificio de un valor en función de la realización de otro valor que, en la oportunidad, se estima de mayor entidad, proyección y significación.

## 2. Cambio del papel de la mujer en la sociedad

El segundo fenómeno que queremos destacar es el cambio paulatino del rol que cabe a la mujer en la sociedad actual. Hasta no hace muchos años, ella estaba relegada a las tareas domésticas y maternas, todo lo cual se

desarrollaba al interior del hogar. Nuestra cultura, por lo mismo, fue tildada con justicia de “machista”, queriendo significar un claro predominio del marido por sobre la mujer. Basta recordar la antigua redacción del artículo 131 inciso 2° del Código Civil, que decía: “El marido debe protección a la mujer, y la mujer **obediencia** al marido”. El artículo siguiente definía la “potestad marital” como “el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la **persona** y bienes de la mujer”. El artículo 133 inciso 1°, por su parte, agregaba: “El marido tiene derecho para **obligar a su mujer a vivir con él** y seguirle donde quiera que traslade su residencia”. El artículo 1447 declaraba **relativamente incapaz** a las “mujeres casadas no divorciadas a perpetuidad ni separadas totalmente de bienes”. Finalmente, para concluir este muestreo, el artículo 150 del mismo Código, incorporado por la Ley N° 5.521, de 19 de diciembre de 1934, disponía que “no obstante lo dispuesto en el artículo 137, la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria, a menos que el juez, en juicio sumario y a **petición del marido**, se lo prohíba”. Todas estas disposiciones se encuentran modificadas, como consecuencia de que ha variado absolutamente la posición de la mujer en la sociedad.

Hoy día la mujer es plenamente capaz, incluso cuando está casada bajo el régimen de sociedad conyugal, habiéndose transformado en una verdadera coadministradora de la misma. Existe plena igualdad de derechos entre marido y mujer, así se trate del deber de guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente. La mujer no está obligada a seguir al marido donde quiera éste traslade su residencia, ni puede éste prohibir a la mujer ejercer cualquier oficio, profesión, industria o empleo.

¿A qué se debe este cambio tan manifiesto del estatuto jurídico de los cónyuges? La respuesta es obvia. La mujer se ha emancipado, incorporado al proceso productor y conquistado su plena igualdad jurídica respecto del marido. Ha cesado, por lo mismo, la familia patriarcal instituida en nuestra legislación y el sometimiento de la mujer al marido. Esta realidad ha traído un cambio profundo en las costumbres y los usos sociales y, por cierto, en las relaciones de familia. Fenómenos como la violencia intrafamiliar, que se mantuvieron durante muchos años escondidos, han emergido vigorosamente, obligando a los poderes colegisladores a encararlos mediante una legislación de excepción.

En este contexto, el matrimonio indisoluble, en una sociedad que ha dejado atrás una concepción extremadamente conservadora de la unión conyugal, resulta aberrante, y no se condice con los requerimientos y las exigencias que nacen del nuevo estatuto jurídico del matrimonio. Aun cuando ello sea objeto de estudios sociológicos todavía pendientes, sin perjuicio de tratarse de un tema “tabú”, las relaciones más íntimas entre los cónyuges también han va-



riado hacia un plano de plena igualdad, siguiendo con ello una tendencia mundial que se observa en todas las naciones occidentales.

### 3. Chile paraíso divorcista

No exageramos al sostener que Chile, en este marco fáctico, aparece como un paraíso divorcista. Lo que en cualquier lugar de la tierra se denomina divorcio con disolución del vínculo, en Chile se conoce con el nombre de nulidad de matrimonio. A tal extremo llegó la hipocresía en esta materia, que el artículo 122 del Código Civil instituyó el “**matrimonio putativo calificado**”, que consistía en dar al matrimonio nulo celebrado ante oficial del Registro Civil, los mismos efectos que al matrimonio válido respecto de la “legitimidad de los hijos”, cuando la nulidad había sido declarada por incompetencia del funcionario o por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, aun cuando no hubiere habido entre los cónyuges buena fe ni justa causa de error (presupuestos esenciales del matrimonio putativo). O sea, se amparaba la apariencia y se atribuía efectos jurídicos a actos que podían ser ejecutados de mala fe y sin justificación alguna (En el día de hoy esta disposición, en la parte comentada, carece de toda importancia por haberse eliminado la diferencia entre hijos legítimos “matrimoniales” e hijos ilegítimos “no matrimoniales”).

La explicación y justificación de las nulidades de matrimonio, en la forma que se practican entre nosotros (generalmente por incompetencia del funcionario ante quien se celebra), obedecen a un hecho indesmentible: **toda necesidad social jurídicamente insatisfecha tiende, por una ley inexorable, a ser satisfecha**. En este ámbito el derecho actúa como la naturaleza que llena en forma instantánea todos los vacíos que se presentan. A este fenómeno debe atribuirse el esfuerzo de los jueces por hallar la forma de declarar la disolución del vínculo matrimonial, aceptando el simple expediente de acreditar por medio de testigos que el oficial civil ante quien se celebró el matrimonio era incompetente, porque no corresponder al domicilio de un ninguno de los contrayentes ni a su residencia en los últimos tres meses anteriores al matrimonio (artículo 308 del Código Civil en relación a los artículos 9° y 31 de la Ley de Matrimonio Civil). De este modo, cada cónyuge recupera su condición de soltero y puede volver a contraer válidamente nuevo matrimonio. El sistema adolece, como es explicable, de múltiples inconvenientes, al no condicionar la disolución del vínculo al cumplimiento de los deberes de los padres para con los hijos comunes (alimentos, tuición, visitas) ni atender, tampoco, a la situación del cónyuge más débil (generalmente la mujer, habida consideración de su progresiva incorporación al proceso productivo y en condiciones desmedradas respecto al hombre). Aun más, se trata de un divorcio simulado que puede repetirse varias veces con la desintegración consiguiente de las familias involucradas.

Si se atiende a las escasas restricciones de la nulidad de matrimonio, a la posibilidad de eludir las obligaciones y deberes de los padres para con los hijos, al tiempo y el procedimiento que se emplea y a los costos que ella impone, podría decirse, sin extremar las cosas, que **Chile es un paraíso divorcista**, fruto de la improvisación y la hipocresía ambiente. Injusto resulta criticar a los tribunales de justicia por haber permitido que por este medio se resolvieran los problemas que generan las rupturas matrimoniales. Ellos no han hecho más que hallar la fórmula que permita descongestionar la presión que provoca una ley ya obsoleta y satisfacer las demandas y exigencias que nacen de la comunidad. La responsabilidad, si la hay, recae en los poderes colegisladores, puesto que son ellos los llamados a medir la magnitud de este problema y encontrar los medios que permitan resolverlo. Sostener que con las nulidades de matrimonio se “institucionaliza la mentira” es juzgar los efectos, ocultando las causas. Ciertamente los jueces saben, quizás mejor que nadie, que los referidos juicios son simulados, pero saben, asimismo, que es el único medio para dar salida a un conflicto que, de otra manera, desembocará en el amancebamiento y la marginalidad. Es por ello que aceptan las nulidades de matrimonio cuando los cónyuges de consuno recurren a este procedimiento.

### **III. Protección de la familia**

Las rupturas matrimoniales, ante esta realidad, no pueden ignorarse ni tampoco evitarse, como sería de desear. El divorcio se nos aparece en este cuadro como una consecuencia de la ruptura y no a la inversa, la ruptura como una consecuencia del reconocimiento y regulación del divorcio. Este es el dilema que se desoye al encarar el tema.

La cuestión fundamental, entonces, es simple. ¿Cómo encarar una ruptura matrimonial muchas veces inevitable? Las posibilidades son pocas, salvo que miremos las cosas a largo plazo. Pueden ignorarse los efectos de la ruptura, entregándolos al libre arbitrio de los cónyuge. En tal caso se desampara al cónyuge más débil y a los hijos comunes, y se estimula abiertamente el amancebamiento y la constitución de grupos familiares irregulares y despojados de protección legal. A la inversa, pueden regularse los efectos de la ruptura (tuición, alimentos, visitas, administración de bienes comunes, etc.) y reglamentarse la constitución de una nueva familia (cuando ella se forma), a fin de evitar que las responsabilidades se diluyan, como frecuentemente ocurre en este momento.

El contrato de matrimonio está fundado en el amor (lo propio puede decirse de la filiación adoptiva) y este sentimiento, por la imperfección inherente a la condición humana, es casi siempre vulnerable. La indisolubilidad



del matrimonio, por lo mismo, sólo puede fundarse en una actitud constante de entrega, fidelidad y recíproca comprensión. La vida contemporánea no ofrece muchas facilidades para conseguirlo y de ello somos todos responsables, porque hemos construido un mundo hedonista en donde predomina la competencia y el materialismo.

¿Cabe entonces establecer un matrimonio indisoluble dando la espalda a una realidad que, insisto, todos, en cierta medida, hemos ayudado a construir y que no pocos defienden airadamente como una conquista del “modernismo”?

Esta es la realidad, por amarga que pueda parecer, especialmente a aquellos que se sienten capaces de cumplir un compromiso asumido ante Dios. En cierta medida sólo los que profesan un ideal religioso que transforma el matrimonio en sacramento y, por lo mismo, en un vínculo indestructible, postulan la indisolubilidad del matrimonio civil, imponiendo con ello su ideal a quienes no profesan la misma fe. Pero la fe tampoco es permanente en todos, de lo cual se sigue que ni siquiera quien se casa bajo esa convicción puede estar cierto de mantener su fe a través del tiempo y hasta la muerte. Volvemos a tropezar con la imperfección humana, de la cual el derecho no puede desentenderse, porque se legisla no para los santos ni para los héroes, sino para seres débiles y falibles.

En consecuencia, no constituye una conclusión aventurada afirmar que la ley debe hacerse cargo de una realidad insoslayable y que ella demuestra que las rupturas matrimoniales son inevitables. Corresponde al legislador regular los efectos que dichas rupturas producen en defensa de la descendencia común y del cónyuge más débil, que, insistimos, sigue siendo la mujer, a pesar de haberse ésta incorporado gradualmente al proceso productor. Lo que no admite dilación es mantener la actual reglamentación legal, que, crecientemente, conduce a la desintegración de la familia, desoyendo el mandato constitucional.

#### **IV. Cinco temas relevantes**

La modificación de la Ley sobre Matrimonio Civil plantea, a lo menos, cinco temas que deben ser cuidadosamente analizados antes de adoptarse una decisión a su respecto.

##### **1. Dos tipos posibles de matrimonio**

Se ha postulado la existencia de dos tipos diversos de matrimonios: aquellos indisolubles por decisión de los contrayentes (renuncia anticipada a la acción de divorcio), y aquellos disolubles a falta de expresión en contrario.

Esta distinción es inaceptable y rompe principios básicos que deben respetarse.

Comencemos por señalar que, cualquiera que sea la decisión inicial, todo matrimonio estará siempre expuesto a la posibilidad de una ruptura, de modo que aquellos que opten por la indisolubilidad provocarán, en no pocos casos, problemas tan dramáticos como los que se trata de solucionar mediante esta modificación legal. En otros términos, la referida proposición mantiene parcialmente la situación actual, con el agravante de que se intentará cerrar la puerta que ha abierto la jurisprudencia para dar salida a las parejas que viven una ruptura irreconciliable. No es errado sostener que son muy pocos los que al casarse se representan como probable una ruptura posterior, porque éstas sobrevienen con la convivencia, con el debilitamiento de la pasión (consustancial a la juventud y motor de la reproducción) y la rutina. De aquí que la proposición que analizamos pueda hacer surgir conflictos más virulentos que los que actualmente existen.

Desde otro ángulo, constituye un principio fundamental de derecho la **“igualdad ante la ley”**, lo cual supone que ésta prescribe lo mismo para todos sin diferencias odiosas, mucho menos cuando ellas se fundan en sentimientos más o menos arraigados. Establecer dos tipos de matrimonio implica regular una institución de **orden público** mediante estatutos diferentes establecidos en función de la estabilidad sentimental de los contrayentes.

Finalmente, la reglamentación del matrimonio no es cuestión que concierna sólo a los cónyuges, ella se proyecta a la descendencia común y una eventual ruptura, por lo mismo, compromete a toda la familia, incluso, más ampliamente, a toda la sociedad. No pueden, por lo mismo, renunciar los esposos a una cuestión que concierne a toda la sociedad.

**La aspiración de consagrar un matrimonio indisoluble implica la decisión inamovible de un hombre y una mujer de vivir juntos durante toda la vida, debiendo dicha decisión mantenerse a través del tiempo y perdurar incluso si aquella voluntad no subsiste.** Este propósito, atendida la entidad del compromiso, no es viable como **imposición legal**, por la humana vulnerabilidad de los sentimientos. De aquí lo erróneo de esta proposición.

## **2. Intervención de las diversas iglesias reconocidas por el Estado**

Ciertamente, como una concesión a las diversas entidades religiosas, se ha establecido en el proyecto de ley que los matrimonios que se celebren ante los ministros de la respectiva fe producirán los mismos efectos que el

matrimonio civil, siempre que ellos cumplan los requisitos contemplados en la ley. Para estos fines el acta respectiva deberá ser presentada ante cualquier oficial civil, dentro del plazo de 30 días, para su inscripción. Agrega el proyecto que si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno.

Creemos que esta norma es francamente errónea, por varias razones. Desde luego, en Chile existe una clara separación entre las funciones civiles y la funciones religiosas, asimilar ambos planos introduce un confusionismo negativo entre dos actividades de muy diversa índole. Por otro lado, casi con certeza, podemos afirmar que esta reglamentación provocará graves irregularidades y engaños y facilitará la celebración de matrimonios que posteriormente no podrán o no se querrán registrar ante la autoridad administrativa. Más aún, si somos consecuentes y admitimos que el matrimonio se celebre ante los ministros de una determinada fe religiosa, sería lógico y justo que las obligaciones y deberes entre los cónyuges y los efectos del matrimonio fueran determinados por los preceptos de aquella fe. Lo anterior, como es obvio, resulta absurdo y conduciría a situaciones aberrantes.

De aquí que lo previsto en el artículo 21 del proyecto nos resulte inconveniente y un retroceso, sólo explicable como una innecesaria e inadmisibles concesión a las entidades religiosas que, como se señala en el texto, gocen de personalidad jurídica de derecho público.

### 3. Subsistencia y ampliación de las nulidades de matrimonio

Otro aspecto del proyecto que resulta inconsistente es la ampliación de las causales de nulidad del matrimonio. Entre ellas cabe señalar la consagrada en el artículo 45 letra b) del proyecto, esto es, cuando el consentimiento no hubiere sido libre y espontáneo en los términos del artículo 8°. Esta disposición señala: "Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: 1°. si ha habido error en la identidad de la persona del otro contrayente; 2°. si ha habido error acerca de alguna de las **cualidades personales** que, atendida la naturaleza o fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y 3°...". Como puede constatar, la amplitud de esta causal es inconmensurable y abre paso a hechos de la más diversa índole. Así, por ejemplo, la calificación de las virtudes morales del contrayente, sus preferencias valóricas, sus concepciones políticas, sus cualidades físicas, sus antecedentes familiares, etc., quedan comprendidas en esta causal. De la manera en que está redactado el precepto, el juez estará dotado de poderes amplísimos para calificar casi discrecionalmente la validez del matrimonio.

Lo propio puede decirse de la causal establecida en el mismo artículo 45 letra c), que consiste en que uno o ambos cónyuges hayan incurrido en simulación o **exclusión de alguno de los elementos esenciales del matrimonio**, a que se refiere el artículo 9°. Este último dice que “No hay matrimonio si no existe consentimiento por parte de ambos contrayentes sobre los elementos esenciales del contrato matrimonial”. Debemos entender como tales la intención de vivir juntos, procrear, auxiliarse y protegerse mutuamente, guardarse fe, generar una vida familiar pacífica y acorde con los principios morales que imperan en la sociedad, etc. Todo lo cual revela la extensión de la norma. En el inciso siguiente, el mismo artículo 9° agrega: “Si se simula un matrimonio que no corresponde a la real intención de los contrayentes, se contrae inválidamente. También es nulo el matrimonio si **uno o ambos cónyuges excluyen, por acto de voluntad que sea positivo, directo y verificable en el fuero externo, alguno de sus elementos esenciales**”. Esta última prescripción extiende aun más lo previsto en el inciso anterior, al condicionar la validez del consentimiento a la voluntad de uno o ambos contrayentes, a condición que la exclusión se manifieste por hechos positivos, directos y verificables en el fuero externo.

A lo anterior debe agregarse que el artículo 8° precitado invalida el consentimiento, cuando ha habido “**error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente**”. ¿A qué identidad se refiere esta norma? ¿A la identidad física o la identidad moral? Si la ley no distingue, debemos admitir que en la norma quedan comprendidos ambos tipos de identidades y, por lo mismo, será nulo el matrimonio cuando cualquiera de los contrayentes carezca de las aptitudes, virtudes, posición o características que al momento de contraerse el matrimonio se supuso adornaban la personalidad del contrayente.

Lo que señalamos cobra mayor importancia si se repara que todas las trabas que el legislador pondrá al divorcio se intentarán sobrepasar optando por la nulidad del matrimonio.

Resulta, por lo mismo, paradójico que, invocando la inconveniencia de las nulidades de matrimonio, se abran las compuertas de la nulidad para contrarrestar los escollos que se presentarán a los que intentan resolver las rupturas matrimoniales por medio del divorcio con disolución del vínculo.

#### 4. Compensación económica.

Creemos que son dignas de destacarse las disposiciones del Capítulo VII párrafo 1°, relativo a la compensación económica de que será titular el cónyuge que durante el matrimonio “no desarrolló una actividad remunera-

rada, o lo hizo en menor medida de lo que le era posible, como consecuencia de haberse dedicado más que el otro cónyuge al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común". Este derecho se consagra tanto tratándose del divorcio como de la nulidad del matrimonio.

En el fondo esta norma encubre la existencia de una especie de comunidad sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, aun cuando los factores de que trata el artículo 63 del proyecto atenúen considerablemente sus efectos, dando al juez o a las partes, en su caso, las pautas que deben considerarse al fijarse el monto de este beneficio (la duración del matrimonio y de la vida en común de los cónyuges; las fuerzas patrimoniales de ambos; la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario; su situación en materia de beneficios patrimoniales y de salud; su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge).

Deseable sería que estas normas sean correctamente aplicadas por los tribunales y que no se frustren los derechos del cónyuge más débil, atendida la timidez y estrechez con que los jueces fijan las indemnizaciones reparatorias. Aunque parezca extremo, esta disposición será un elemento importante para disuadir a los que pretendan recurrir al divorcio o la nulidad frente a cualquier conflicto susceptible de resolverse con el paso del tiempo.

## **5. Tribunales de familia**

El éxito de las disposiciones contenidas en el proyecto que se comenta depende en gran medida de que sean creados, seria y oportunamente, los llamados tribunales de familia. La realidad actual es deplorable en esta materia. La judicatura de menores se encuentra en manos de un personal inexperto, que prescinde casi absolutamente de las normas legales y falla por simpatías, recomendaciones o iluminadas intuiciones femeninas. Es difícil entender por qué razón los tribunales superiores de justicia no han intervenido en ella y aplicado correctivos que contribuirían, al menos, a paliar tantos abusos y excesos. La mayor parte de las personas que han tenido la desdicha de recurrir a esta justicia "especializada", lo cual no es más que una ironía, puede dar claro testimonio de lo que se señala. Un estudio de sólo algunos expedientes judiciales tramitados en estos juzgados permitiría medir la magnitud de estas aseveraciones. Desgraciadamente en Chile los grandes problemas sólo se encaran cuando las situaciones hacen crisis.



## V. Una antigua proposición

Hace varios años, en una jornada jurídica, propuse el establecimiento del divorcio vincular sobre bases relativamente parecidas a las que animan el proyecto actual. Pensaba en aquellos años que el divorcio vincular debía ser consecuencia de que subsistiera entre los cónyuges, durante un cierto lapso (cinco o tres años), el estado de **“divorcio perpetuo”** contemplado en la actual Ley de Matrimonio Civil. De ese modo, las causales serían las mismas que autorizan el divorcio perpetuo en la Ley de 1884, y la desvinculación consecuencia de su continuidad sin que hubiere habido entre los cónyuges reconciliación. Para resguardar al cónyuge más débil y a los descendientes comunes, se imponía como condición de la “desvinculación” un acuerdo entre los cónyuges o una decisión judicial sobre todos los problemas que genera la ruptura matrimonial (alimentos, visitas, tuición, administración o división de los bienes comunes, etc.).

Sigo pensando que ello habría sido preferible, porque el divorcio vincular se habría asentado en una institución presente entre nosotros durante largos años y, por lo mismo, incorporada a nuestro acervo jurídico cultural.

A la inversa de lo que ocurre con el actual proyecto, era de desear que las nulidades fueran reducidas al máximo posible, sólo a aquellos casos en que efectivamente el consentimiento estuviere viciado o no se hubiere manifestado libre y espontáneamente. La nulidad, en tanto sanción civil, provoca una cierta repugnancia en materia de familia, atendido el hecho de que el matrimonio produce sus plenos efectos con la unión de cuerpos y al amparo de la ley.

Las cosas no se dieron como habíamos deseado, pero una ley que contemple el divorcio vincular constituye un paso positivo para encarar las rupturas matrimoniales y sus perniciosas consecuencias. Los que abogan por un matrimonio “para toda la vida” sólo pueden lograr este estimable fin a través de sus íntimas y personalísimas convicciones, unidas a una conducta coherente.

**Reiteremos, entonces, lo que hemos sostenido tantas veces: una ley de matrimonio civil que contemple el divorcio vincular está inspirada y tiene por objeto la defensa y consolidación de la familia, más allá del matrimonio, cuando las rupturas son irreparables y definitivas.**