

¿Qué divorcio?

Carlos Peña González

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

No se me escapa que el tema del divorcio es uno de esos temas en cuyo derredor se convocan algunas de las creencias más firmes que orientan la vida de cada uno, motivo por el cual no es de extrañar que este debate posea, a veces, un alto compromiso afectivo e ideológico. Como consecuencia del hecho que en el tema del divorcio se encuentran, a veces, comprometidas nuestras creencias finales, no es raro que en ocasiones este debate se parezca más a una guerra santa que a una conversación con sentido ciudadano. Así y todo, soy de quienes confían en que el diálogo intelectual puede ayudar a la comprensión mutua y, por sobre todo, a evitar el peligro que a propósito de estos temas agucemos las posiciones casi hasta olvidar que formamos parte de una misma comunidad política.

Ahora bien, a fin de alentar ese diálogo, me parece que podría resultar útil hacer el intento de identificar los principales aspectos que, en torno al divorcio, deben, en mi opinión, ser discutidos. Cada uno de esos aspectos son, de alguna manera recogidos en el proyecto de ley que se encuentra en actual tramitación y, por lo mismo, lo que enseguida diré es, al mismo tiempo, una evaluación general de ese proyecto.

Me parece a mí que en el debate sobre el divorcio se entrelazan al menos cuatro problemas que debemos esforzarnos por dilucidar. Se encuentra, en primer lugar, el problema de establecer la relación que media entre la aprobación de una ley de divorcio y los niveles de bienestar social. ¿Es cierto que la aprobación de una ley de divorcio contribuirá, por decirlo así, a que las cosas vayan para nosotros de mal en peor y que, hipnotizados con la necesidad de aprobarla, estemos, casi sin darnos cuenta, caminando y conduciendo a nuestros hijos hacia el despeñadero? ¿Cuál es, a fin de cuentas, la relación que es posible advertir entre la aprobación del divorcio, por una parte, y el bienestar disponible, por la otra? Esta es la primera cuestión a la que voy a intentar referirme. En segundo lugar, y una vez

dilucidado el problema que acabo de identificar, se hace, todavía, necesario resolver otro, a saber, el problema de si, una vez decidido legislar admitiendo el divorcio, debe acogerse como causal la del llamado divorcio unilateral o si, en cambio, debe darse lugar nada más que al divorcio por culpa y al divorcio convenido. En otras palabras, ¿debe una ley de divorcio permitir que un cónyuge demande el divorcio derrotando la voluntad renuente del otro?, ¿debe admitirse, además, el divorcio por culpa y, junto con él, el divorcio por mutuo consentimiento? Ese es el segundo tipo de cuestiones a las que deseo referirme. En tercer lugar, cabe preguntarse acerca de las características que habrá de poseer el litigio de divorcio. ¿Deben introducirse, en ese litigio, formas de conciliación o mediación y tiempos de espera que, a primera vista al menos, parecen desconfiar de la firmeza de la decisión de los cónyuges cuando solicitan el divorcio? En fin, y en cuarto lugar, creo que resulta indispensable examinar también qué relación debe establecerse entre el divorcio como institución civil y las creencias religiosas que animan la vida de las personas. ¿Debemos, en otras palabras, reconocer el matrimonio religioso permitiendo que las personas puedan contraer matrimonio conforme a su credo y a su culto o, en cambio, debemos instituir un matrimonio puramente civil dejando entregado al ámbito de lo privado el matrimonio religioso?

En lo que sigue, y como dije denantes, me propongo analizar brevemente cada uno de esos problemas. Voy a eludir, sin embargo, algunas cuestiones específicamente técnicas –relativas a la manera, por ejemplo, en que están redactados los artículos del proyecto–, aunque confío que más tarde podamos discutir también acerca de eso.

Como ustedes saben, la relación entre el divorcio y el bienestar social es ampliamente discutida en la literatura de las ciencias sociales y no sabemos muy bien todavía qué relación exacta es la que media entre una buena porción de los males de este mundo (la pobreza, la drogadicción, el delito, entre ellos) y el divorcio. Es verdad que, en general, los países que cuentan con leyes de divorcio muestran una asociación estadística con conductas feas y malas, pero de ahí no se sigue que esas conductas sean una consecuencia del divorcio, es decir, no se sigue que el divorcio sea, como dicen los sociólogos y los estadísticos una variable independiente. Hace algún tiempo, John Donohue investigó acerca de las consecuencias estadísticas del aborto y llegó a la conclusión que la tasa de delincuencia había disminuido en aquellos estados desde que el aborto era lícito. Donde hay aborto –parece sugerir Donohue– la tasa de niños indeseados es menor y el mundo es así más seguro. ¿Podríamos inferir de esa constatación de Donohue que –por fin– hemos encontrado el remedio a nuestros problemas de inseguridad ciudadana? Como lo muestra el ejemplo de

Donohue, no es del todo sano argumentar en materia de decisiones públicas esgrimiendo estadísticas, como si las estadísticas fueran el árbitro final de nuestros problemas.

Con todo, me parece a mí, hay suficiente evidencia de que las rupturas matrimoniales causan daño. Los partícipes sufren, la familia suele empobrecerse y los hijos por regla general se ven privados de algunos bienes que, sin la ruptura, podrían poseer en abundancia (digo por regla general, porque lo que muestra la evidencia es que la familia es a veces más parecida al infierno que al edén). Es cierto también que los fracasos matrimoniales imponen a la sociedad una pérdida de bienestar que recae, finalmente, sobre terceros o se carga a rentas generales. Todo eso es, desde luego, cierto. Aunque –nunca se insistirá demasiado en ello– esas consecuencias son producto de la ruptura y no del divorcio. El divorcio es, simplemente, una de las formas en que el sistema legal intenta regular los quiebres familiares que –como lo muestra la experiencia– se producen con prescindencia de los mandatos provenientes de la ley. El cultivo de la autenticidad y de la autonomía, que son propios de las sociedades modernas; los mayores costos alternativos que una sociedad abierta impone a la vida en pareja; la información imperfecta con que suele contraerse matrimonio, son algunas de las causas que, con toda seguridad, inciden en la tasa de rupturas matrimoniales. El problema, entonces, no parece consistir en dilucidar si debe haber o no rupturas, sino en establecer si deben o no regularse sus efectos. De lo que se trata, más bien, es de decidir si los efectos de las rupturas inevitables han de quedar entregados a la autonomía de los partícipes –como hasta ahora ocurre en nuestro país– o si, en cambio, han de ser regulados considerando la diversidad de bienes que están en juego.

Las rupturas matrimoniales no pueden, desgraciadamente, evitarse; sin embargo, los costos de las rupturas pueden ser distribuidos con justicia y de una manera tal que desaliente –si las hay– las rupturas frívolas.

La falta de regulación de las rupturas –la situación existente hoy día en nuestro país– impone altos costos sociales y de justicia. Con frecuencia, uno de los cónyuges adquirió un capital humano con la ayuda del otro y, en caso de ruptura no regulada, no hay compensación alguna. Los hijos, a la pérdida inevitable, suelen ver disminuidas sus oportunidades por la falta de reglas que impongan obligaciones claras a los cónyuges. Una ley de divorcio que distribuya con justicia los costos de la ruptura puede impedir o aminorar, en mi opinión, esos perjuicios. Es verdad que cada uno de nosotros puestos a escoger entre un mundo sin rupturas y otro que, en cambio, las posea, se inclinará, sin duda, por la primera alternativa. Pero

todos sabemos que ese mundo no es, desgraciadamente, nuestro mundo. Así, entonces, pienso que el divorcio, en vez de contribuir al despilfarro de bienestar social, puede, por el contrario, y hasta cierto punto, evitarlo.

Establecido lo anterior, cabe ahora preguntarse si acaso una ley de divorcio debe admitir la posibilidad del divorcio unilateral o si, en cambio, debe restringirse a permitir el divorcio de común acuerdo o por mutuo consentimiento o el divorcio por culpa. En mi opinión, una buena ley de divorcio debe restringir el uso del divorcio por culpa y permitir el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio unilateral. Déjeme explicar brevemente las razones que soy capaz de argüir a favor de esta opinión.

El divorcio por culpa –que en mi opinión debe desalentarse– obliga a los cónyuges a reconstruir ante el juez una situación que suele ser dolorosa; arriesga el peligro de desmedrar toda posibilidad de cortesía o amistad entre quienes estuvieron casados; y, en fin, deteriora la imagen de los padres ante los hijos. Las sombras que acompañan inevitablemente a toda vida humana, exageradas por las necesidades del litigio y expuestas tarde o temprano ante los hijos, desmedran, a veces inútilmente, la imagen de los padres y perjudican una de las funciones que la familia posee. Uno de los desafíos que debe encarar una ley de divorcio es el de salvar la relación de los padres con los hijos, la que suele sacrificarse en medio del litigio que el divorcio por culpa suele alentar.

Me parece también que debe darse lugar al divorcio unilateral. El fracaso conyugal suele ser fruto, según lo pone de manifiesto una abundante evidencia, de una experiencia compartida. En él es difícil identificar la voluntad de, nada más, uno de los cónyuges. La decisión de solicitar el divorcio por parte del marido o la mujer –una vez que esa ruptura se produjo– se parece, entonces, más a la actitud de quien busca una salida, que al abandono de un compromiso. Lo que se denomina divorcio unilateral es el último paso –no el primero– de una situación que se configuró al compás de una vida compartida. Hablar de divorcio unilateral o de repudio, como a veces se hace, arriesga el peligro de confundir las causas de la ruptura con la decisión de, simplemente, hacerle frente. Lo mismo ocurre –mutatis mutandis, como suele decirse– con el denominado divorcio por mutuo consentimiento. Este tipo de divorcio es un acuerdo en torno a la forma de salir de una relación ya rota, no una decisión conjunta de romperla. El mutuo consentimiento no es la causa de la ruptura, es una manera de remediarla. El llamado divorcio por mutuo consentimiento se parece a la búsqueda conjunta y resignada de una salida –cuyas causas es siempre difícil determinar– más que a un acuerdo reflexivo en torno al término de la relación conyugal.

Por las razones que señalo, entonces, me parece adecuado contemplar el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio unilateral y restringir, en la máxima medida posible, el divorcio por culpa.

A lo anterior debe sumarse, todavía, el problema relativo al diseño del litigio sobre el divorcio. Como ustedes sin duda saben, el proyecto de ley en actual tramitación introduce, por vez primera en Chile, la mediación en este tipo de causas, que en el derecho comparado, dicho sea de paso, alcanzan casi a un tercio del total de la litigiosidad. Junto con ello, el proyecto contempla diversos tiempos de espera para ejercer la acción cuando se trata del divorcio unilateral y del divorcio por mutuo consentimiento. La mediación, concebida como un mecanismo que busca acuerdos cooperativos entre las partes, eludiendo así el litigio franco que arriesga el peligro de acabar con los últimos restos de la amistad conyugal, me parece, en general, correcta; aunque, claro está, no cabe extenderla ni a la nulidad ni al divorcio por culpa. Los tiempos de espera, por su parte, no deben, en mi opinión, ser demasiados extensos, puesto que la experiencia muestra que, cuando son demasiado largos, se alienta el litigio simulado y, en particular, el divorcio por culpa que, ya vimos, puede resultar inconveniente.

En fin, resta todavía dilucidar cuál debe ser la relación que debe haber entre el matrimonio religioso y el matrimonio puramente civil. Mi opinión en esta materia es que, tal cual lo recoge el artículo 21 del proyecto en actual tramitación, debemos hacer esfuerzos por reconocer el matrimonio religioso. Este es, por supuesto, un asunto que interesa por sobre todo a la Iglesia Católica (la tradición protestante, como ustedes saben, no aspira, a diferencia de la católica, a tener jurisdicción sobre los creyentes); pero la igualdad religiosa exige, en mi opinión, extender la misma regla a otros credos.

Creo que una sociedad democrática debe ser sensible –y no ciega– a las preferencias religiosas de los ciudadanos, al credo y al culto que practican y en el que confían. El Estado no debe ignorar sus preferencias religiosas y obligarlos a practicar su culto de manera privada, como si fuera una dimensión extraña a su condición de ciudadanos, una ligera excrecencia ajena al ámbito de lo público. Los momentos incondicionales –el nacimiento de un hijo, la vida en pareja, la muerte– usted debe vivirlos, incluso en el espacio de lo público, conforme a sus propias convicciones y no conforme a las convicciones de los demás. Este derecho deriva, dicho sea de paso, de la libertad religiosa. En una sociedad democrática usted no puede ser coaccionado por profesar una creencia. La coacción del Estado no puede ser empleada para impedirle que practique el credo que –usted piensa– le fue revelado. Pero, al mismo tiempo, la libertad religiosa supone que usted

tampoco puede ser coaccionado para impedirle abandonar el credo que ya no logra orientar su vida. El Estado que no puede impedirle practicar la fe, tampoco puede obligarlo a que permanezca en ella.

Esa es la razón de por qué el proyecto de ley en actual tramitación reconoce el matrimonio religioso, cualquiera él sea, en su artículo 21; pero, al mismo tiempo, somete íntegramente su disolución a la ley civil. El proyecto de ley permite que usted contraiga matrimonio bajo las reglas de su credo y de su culto; aunque, luego, si se verifica una causal de divorcio, permite que usted lo demande ante el juez civil. Esto último deriva, simplemente, del principio de inmunidad de coacción: usted no puede ser coaccionado para impedirle practicar un culto, pero, al mismo tiempo, tampoco usted puede ser objeto de coacción para impedirle que lo abandone, como ocurriría si, habiéndose usted casado bajo las reglas canónicas, pretende luego, por haber perdido la fe, divorciarse.

Como ustedes ven, creo que el diseño del divorcio en Chile está, en general, bien encaminado y, al margen de algunos detalles técnicos, ineludibles dadas las características del proceso de formación de la ley en Chile, creo que podría, como lo dije, contribuir a mejorar la situación actual. Como sugerí al inicio, no está, desgraciadamente, al alcance de la ley evitar o suprimir los fracasos conyugales. El derecho, en otras palabras, no puede evitar el sufrimiento humano, aunque sí puede, en cambio, contribuir, siquiera mínimamente, a aminorarlo, y confío, como comencé diciendo, que esta ley pueda contribuir, siquiera mínimamente, a ello.