

# **Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?**

**Max Silva Abbott**

Profesor de Fundamentos del Derecho  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN  
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO, SEDE CONCEPCIÓN

## **1. Planteamiento del tema**

Como es de sobra conocido, el problema del divorcio ha originado un intenso debate que atraviesa nuestra sociedad, puesto que el tema no deja a nadie indiferente. De hecho, es tanto lo que se ha dicho ya, que parece difícil no caer en lugares comunes y slogans repetidos hasta la saciedad. Con todo, creemos útil verter algunas reflexiones no tanto desde la perspectiva de una “disecación” de la ley positiva propiamente dicha, sino desde la distancia de una visión más amplia, vinculada en parte a la filosofía del derecho, tomando al fenómeno jurídico en su conjunto. De esta forma, se comenzará primero con ciertas consideraciones muy genéricas de tipo antropológico-filosófico, para luego hacer alusiones a nuestro ordenamiento jurídico, si bien no siempre abocadas solo al derecho civil.

Por último, tal vez un aspecto que habría que dejar muy en claro –y que es la base de nuestra línea de argumentación– es que la oposición a una ley de divorcio (al menos como se la está configurando en el Congreso) no obedece a motivos meramente “religiosos”, como suele escucharse, sino a argumentos absolutamente “laicos”. De hecho, se ha convertido en un tópico común “encapsular” a los que critican esta iniciativa legal en esa categoría, cerrando así toda posibilidad al debate e incluso quitando legitimidad a su posición. Aspecto que por lo menos merece el calificativo de injusto y parcial, porque, se insiste, existen poderosos motivos para levantar la voz en esta materia por razones absolutamente temporales.

## 2. Algunas nociones antropológicas y filosóficas básicas

Tal vez una manera de intentar comprender lo que venimos diciendo radique en la consideración que una ley de divorcio apunta a la familia, institución que ha sufrido un desdibujamiento bastante notable en los últimos años, pero que la antropología más elemental puede ayudar a enfocar adecuadamente.

Como se sabe, el hombre es un ser bastante limitado. No tiene mayor injerencia en cuanto a su propia existencia (nadie elige venir o no venir al mundo), ni cuándo, ni dónde, ni con qué talentos o defectos. Sencillamente, somos "lanzados" a la existencia por otros, quienes muchas veces ni siquiera tenían esta intención. Ahora, las limitaciones del ser humano como ente no acaban aquí, porque –es cosa de abrir los ojos– la vida cuesta, requiere esfuerzo. En efecto, tenemos que esforzarnos por sobrevivir en todos los planos de la existencia: desde conseguir alimentos hasta la formación de la propia personalidad. En otras palabras, la existencia es "gratis", pero la mantención de la vida, no. Y de hecho, destinamos buena parte de nuestros esfuerzos por mantenernos vivos e ir formándonos como personas. Tenemos que aprenderlo todo: caminar, hablar, leer, escribir, razonar, modales y un largo etcétera. Y una vez aprendidas todas estas cosas, el camino recién comienza, al punto que mientras más se sabe, más nos damos cuenta de nuestra ignorancia. Por otro lado, además de nuestras fronteras intelectuales, tenemos limitaciones físicas: debemos cargar y cuidar nuestro cuerpo, y se quiera o no, la vida tendrá una duración más o menos breve. Esto es, igual que en todo ser vivo, nuestro "existir" (al menos como se lo conoce aquí) necesariamente tendrá un principio y un final.

Lo anterior puede parecer una perogrullada, pero en realidad no lo es. Son datos que conviene tener en cuenta, a la luz de la línea de argumentación que se pretende desarrollar aquí.

Ahora bien, puesto que la vida es corta, el hombre, al igual que todo ser vivo, lleva en su propio ser, en su propia naturaleza, el impulso a dar origen a otra generación –de la misma especie, obviamente–; o si se prefiere, tal como cada individuo en particular posee un marcado instinto de supervivencia (aun cuando pueda ser inhibido en casos extremos), podría decirse que la especie *homo sapiens* tiene, al igual que cualquier otra, un afán de supervivencia como especie, en nuestro caso, como género humano.

Y ésta es una realidad fundamental, porque el hombre, también por natu-

raleza, nace a partir de otros –ya se dijo–, para dar origen al mismo ciclo. Mas, puesto que es limitado, nace, por así decirlo, en su mínima expresión. Desde la fecundación en adelante, buena parte de la vida del sujeto consistirá en ir completándose a sí mismo, en ir adquiriendo lo que le falta (sus potencialidades). Primero, su cuerpo, con órganos especializados (extremidades, pulmones, intestinos, corazón, etc.), autocompletación fundamental para poder sobrevivir en lo que podría llamarse “mundo exterior”, el nuestro. Mas, una vez nacido, salido del claustro materno, la tarea recién comienza. De hecho, pasarán años –muchos años– antes de que el sujeto pueda valerse por sí mismo, ser autosuficiente. Si se compara este período proporcionalmente con el de cualquier animal, en nuestro caso el tiempo de dependencia respecto de otros es considerablemente mayor, no por un problema de limitación nuestra, sino precisamente por la mucho mayor tarea de autocompletación que nos corresponde.

### **3. Sociedad, individuos y familia**

De esta manera, se hace imperioso distinguir entre aquellos seres humanos independientes (o que están en posibilidad de serlo) y aquellos dependientes. Este es un dato fundamental, porque, se quiera o no, todo ser humano requiere estar al cuidado de otro u otros durante mucho tiempo, puesto que en caso contrario, sencillamente, moriría. Ahora, dado el tipo de reproducción humana (sexuada), la relación con la madre aparece como absolutamente natural. Mas como tampoco los seres “independientes” son en verdad autosuficientes, se requiere la colaboración de otros, y en el caso de la reproducción, de “otro”, de un hombre, a fin de dar origen a esa nueva vida. Con todo, esta complementación no termina por lo general sólo con la fecundación de un nuevo ser, sino que se prolonga en el tiempo. Esa es la razón por la cual la familia, como ha solido llamarse al vínculo entre un hombre y una mujer con hijos, aparece como una realidad antropológica difícilmente desmentible. En muchos casos ha existido la poligamia, pero el principio es básicamente el mismo: se requiere de la complementación de hombre y mujer (o mujeres) para dar origen y educar a la prole y también por razones de complementación mutua. Y aun cuando también se hayan dado casos de lo que podrían llamarse “relaciones tribales promiscuas”, en que –por decirlo de alguna manera– todos se vinculan con todos (motivo por el cual se diluye sobre todo la paternidad), es dable pensar que se trata de casos excepcionales. En efecto, no sólo por su rareza (cuesta encontrar ejemplos), sino además porque si se piensa que, dada la mentalidad primitiva, tremendamente machista, la “posesión” de mujeres e hijos era sinónimo de riqueza, parece extraño pensar

que los varones fueran tan “solidarios” como para compartir esta parte de sus “posesiones”.<sup>1</sup>

En suma, se desprende tanto de la lógica como de la observación de cualquier cultura, que dada la imperiosa necesidad de dar origen, mantener y educar a la prole, a fin, ni más ni menos, de mantener viva a la especie, hombre y mujer (o mujeres) han tendido a organizarse desde antiguo en uniones estables, para poder llevar a cabo esta tarea. Necesariamente requiere ser una unión estable, como se verá dentro de poco. Con el paso del tiempo, y el consiguiente reconocimiento de la igual dignidad del hombre y de la mujer, fue imponiéndose la monogamia en buena parte del mundo, y en particular en Occidente. En verdad, la misma dignidad humana es la que obliga, por así decirlo, a imponer la monogamia, porque parece del todo injusto la práctica contraria, que en el fondo no sólo da mayor valor al hombre, sino que concibe a la mujer (y a los hijos) como objeto, como posesión.

Y en realidad, aquí parece estar el quid de la cuestión: el para qué de esta unión entre personas de distinto sexo. Esto puede parecer demasiado “filosófico” o desligado de la realidad cotidiana, pero nuevamente, si se mira con atención, no es así. En efecto “familias” (seguimos considerando la definición “clásica”, esto es, una pareja heterosexual estable con hijos, o al menos la intención de tenerlos) existen en todas partes, y no yerra nuestro texto constitucional cuando dice que ella es la “célula” de la sociedad. Nuestro conjunto social está constituido por subgrupos, por familias, no por individuos aislados, autónomos, reflexivos y autosuficientes, como por lo demás postulaban las teorías del “contrato social” de Hobbes, Locke y Rousseau, por poner sólo a los autores más conocidos en esta materia.

Por tanto, imperioso es reconocer, como se dijo, que en cualquier sociedad existen seres humanos independientes (si bien siempre necesitados de los demás) y dependientes (los niños y jóvenes hasta cierta edad), lo cual se manifiesta, por ejemplo, a propósito de la capacidad de contratar y de obligarse, no así en la capacidad de goce, reconocida por nuestro derecho positivo.

---

<sup>1</sup> Como se ha dicho: “Sin la familia no podría existir la sociedad: que la familia es la célula de la sociedad no constituye meramente una bella imagen, sino la realidad natural. La sociedad puede subsistir sin la familia tan poco como el árbol sin las raíces y el suelo. No hay que pensar este propósito solamente en la mera pervivencia de la sociedad en sus generaciones, sino asimismo en el substrato espiritual y cultural de la sociedad” (MESSNER, JOHANNES, *La cuestión social*, Madrid, Rialp, 1976, p. 549).

Es esto lo que explica por qué la familia obedece a una necesidad natural: “La misma diferencia de sexos, la necesidad de la procreación para la perpetuación de la especie, el desvalimiento de la prole, su necesidad de ser educada, la vocación a la complementariedad de hombre y mujer, revelan que el proyecto matrimonial está inserto en la misma naturaleza humana” (CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago, Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1994, p. 81).

Lo anterior es de la máxima importancia, se insiste, porque la historia humana, en todas sus culturas, cuenta con esta proyección generacional, cuenta con que los que ahora son capaces o independientes, cuiden a los que aún no lo son, para que a su vez ellos hagan lo mismo en su momento y así indefinidamente. Podría decirse así que la vida es como una carrera de posta, en que cada atleta hace un tramo y luego pasa el bastón al siguiente; cada uno hace lo suyo, pero ha recibido algo de otro y a su vez debe volver a entregarlo a un tercero, por lo que ninguno es en realidad, autónomo o autosuficiente, porque depende de otros y otros dependen de él. Por eso se gana por equipos, no por individualidades. Y lo mismo ocurre, usando esta metáfora, con la vida, con el recambio generacional: cada generación viene de la anterior y se debe a ella; mas, cuando esté preparada, será ella la protagonista de su tiempo (tendrá el bastón en sus manos), pero como la vida es corta, si quiere que la historia humana continúe, deberá hacer lo mismo que su antecesora, esto es, dar origen y formar a una nueva generación (entregar el bastón, tal como se lo entregaron), que la sucederá en su momento, y así indefinidamente.

Mas, si alguna de las generaciones no quiere seguir esta "rutina" y se olvida de dónde viene y hacia dónde va, evidentemente no sólo se dañará ella misma, sino, sobre todo, a las generaciones futuras, que al menos en parte podrían estar en peligro de no llegar a existir. En consecuencia, se rompe o daña la cadena completa.<sup>2</sup>

#### **4. La aventura de la familia**

Ahora bien, como se ha dicho, el proceso de crianza y educación de los hijos es largo: es un verdadero proyecto, una empresa de largo aliento, lo cual es lógico, dada la importancia de la tarea: formar a la generación de reemplazo, a quienes continuarán nuestros pasos después de nuestros días. Sin embargo, para lograr esta tarea, se requiere de mucho tiempo, como se ha dicho, y por lo mismo, de ciertas reglas claras, de cierta estabilidad, o si se prefiere, de dar por descontadas ciertas cosas. Es algo parecido a lo que ocurre al realizar alguna actividad intelectual, por ejemplo: para lograrlo, hay que tener solucionados otros problemas más fundamentales (como el alimento o el vestido), porque unos son requisitos de otros.

Ahora bien, resulta evidente que la reproducción humana puede hacerse al margen de esta unión estable, y las estadísticas nos muestran esto cada

---

2. De hecho, llama la atención que se insista tanto, por ejemplo, en la conservación del medio ambiente, propiciando un justo equilibrio ecológico, e incluso en preservar el entorno para las generaciones futuras, y no se caiga en la cuenta de lo que venimos comentando.

vez con mayor claridad. Con todo, y aun cuando lo anterior constituya una realidad indesmentible, en prácticamente toda cultura se ha tendido a distinguir claramente la unión sexual esporádica de aquella otra estable, que podrá recibir muchos nombres, pero que en Occidente se llama "matrimonio". De hecho, ha sido tanta la "preferencia" social por esta segunda situación en vez de la primera, que no han faltado –en realidad, han abundado– casos en que se castiga duramente aquella situación, incluso con la muerte. Esto no hace sino reflejar la importancia de lo que venimos comentando: que en el fondo, está en juego no sólo la calidad, sino también la continuidad del todo social, lo que ocurrirá con su devenir.

También es posible la crianza y educación de los hijos al margen de una familia (o lo que quede de ella), realidad que igualmente muestran las estadísticas. Sin embargo, conocidas son las graves deficiencias que por regla general sufre la formación de los menores, por mucha buena voluntad que exista en las instituciones respectivas (piénsese en un orfanato, por ejemplo), precisamente por no ser una familia. En consecuencia, la familia podrá tener varios defectos, que sin duda alguna es necesario corregir, pero aun así, es mejor que una formación al margen de ella, salvo excepciones muy contadas. Resulta muy fácil, por tanto, criticar ácidamente a la familia y no entregar ningún remedio a este respecto, o remedios francamente deficientes. Hasta la fecha, por tanto, no hemos encontrado otra solución mejor.

Todo esto supone, como es obvio, tener un punto de mira bastante diferente al que suele tenerse hoy, en extremo individualista. En realidad, la estructura matrimonial se fundamenta en razones de bien común, de interés social; en el fondo, de saberse dependientes del todo social, de tener conciencia de grupo, lo cual obliga a veces a renunciar al propio capricho. Por lo mismo, equivale a tener conciencia de que lo que los sujetos realicen contra el todo social repercutirá, más tarde o más temprano, en ellos mismos, de manera muy similar a lo que ocurre con un equilibrio ecológico.

Por tanto, una de las claves para entender lo que venimos comentando, es el evidente carácter social del hombre. Esto es fundamental, y no tiene nada de teórico o idealista: requerimos de los demás. De hecho, tan sociales somos, tan dependientes del grupo, que no sólo venimos al mundo por el concurso de dos personas (varón y mujer), sino además, la vida misma es una constante muestra de esta auténtica necesidad de comunicación e intercambio. De ahí también que una sanción común para aquellos que atentan contra otros consista precisamente en aislarlos del grupo (mediante la cárcel o el destierro, por ejemplo), lo cual no hace sino confirmar la innegable naturaleza social del ser humano, al punto que, siguiendo la conocida frase de Aristóteles, sólo una bestia o un dios puede vivir fuera de la polis.

En consecuencia, por mucho que queramos bastarnos a nosotros mismos y ser cada uno el centro del universo, tenemos que contar con los demás, necesitamos de los demás. De hecho, la vida misma pareciera hacerse más plena no a través del encierro en uno mismo, sino gracias a la apertura al otro, a salirse del propio yo. Así, nadie podría dudar que un sujeto ha aprovechado mejor su existencia si logra en su vida tener buenos amigos, ser generoso, cordial o sincero; al menos, mejor que aquel otro que termina sus días solo, y con fama de envidioso, egoísta o mentiroso. Por eso no han faltado quienes consideran a un individualismo extremo incluso como autodestructivo para el sujeto que lo padece.

Lo anterior es fundamental también al interior de la familia. Por su naturaleza, la unión de hombre y mujer abierta a la procreación, y dispuesta a emprender la aventura de formar a otros y ayudarse mutuamente, exige tener, por así decirlo, una profunda "conciencia social". La familia como realidad social (al estar la propia sociedad compuesta por estas "unidades celulares", las familias) exige para su adecuada comprensión y en vista de su fin, tener esta visión. En caso contrario, se desfigura y en definitiva acaba destruyéndose como realidad.

## **5. El nuevo derecho de familia**

Por desgracia, el individualismo que día a día va ganando terreno en el mundo de hoy apunta en este último sentido. No es raro, así, que para muchos la familia sea una simple reunión de sujetos que apenas comparten el mismo techo, pero en que cada uno vive como en una burbuja, aislado del resto. Así las cosas, no resulta extraño que cada uno, en el fondo, vea en la familia una especie de "estación de servicio", un dispensador de prestaciones para el beneficio de cada uno de sus integrantes en particular. Esto no sólo implica perder la ineludible naturaleza social (o si se prefiere, no individualista) de la familia, sino además, considerar que si este "dispensador" no satisface las necesidades de alguno de sus integrantes, le es lícito al mismo dejarla, abandonarla a su suerte, a fin de buscar otro "dispensador" que sí satisfaga sus anhelos y deseos.

Es precisamente a esto a lo que apunta el llamado nuevo "Derecho de Familia", y es una muestra más de cómo las ideas tienen una profunda influencia sobre las realidades más fundamentales de una sociedad, fenómeno que en particular se ha dado en los últimos 30 años. En su máxima expresión, considera que el amor, identificado fundamentalmente con el impulso sexual, es un fenómeno en cierta medida "incontrolable" para el propio sujeto, al cual no es posible poner freno y que debe ser expresado y practicado de la manera más libre y espontánea posible. En consecuen-

cia, puesto que desde esta perspectiva “el amor no tiene leyes”, la noción misma de matrimonio y su regulación jurídica tradicional aparece como extraña e incluso irreal, como una imposición que pretende establecer normas para algo que se considera imposible de normar.<sup>3</sup>

Por eso se estima también que buena parte de lo que incumbe a la vida familiar del sujeto pertenece a su más estricto y sacrosanto ámbito privado, de tal forma que cada uno es libre para tomar las decisiones que estime conveniente. Se da así un auténtico “liberalismo salvaje” en este ámbito, y se considera que cualquier intromisión estatal, sobre todo en lo que se refiere a la vida de pareja (hetero u homosexual) es totalmente arbitraria e ilegítima.<sup>4</sup>

Sin embargo, como las consecuencias propias de la sexualidad son impostergables (la procreación), el nuevo derecho de familia se bate entre dos extremos: entre el puro sentimiento sin compromiso ni controles posibles, y un núcleo de responsabilidades solidarias e intereses transindividuales respecto de los hijos, que son la consecuencia propia de la institución familiar. Se llega así a una curiosa situación de desregulación y extrarregulación al mismo tiempo. Se establece un “matrimonio intimista y de satisfacción sexual”, al punto que “el matrimonio es ya menos que un contrato, es una situación fáctica con relevancia jurídica”,<sup>5</sup> y al mismo tiempo, como la familia sigue siendo considerada una unidad social, e incluso –aunque no se diga– la base de la sociedad, se le exige que cumpla con su función propia: generar, educar y socializar a las nuevas generaciones. “Es la paradoja del mundo moderno: la familia desprotegida y abandonada por el derecho en su conformación y constitución interna, es prolijamente regulada e interpretada por el derecho en sus funciones y relaciones externas. Puede hablarse entonces de que la familia en el derecho actual sufre una «desjuridificación juridizadora»”.<sup>6</sup>

En consecuencia, esta nueva corriente se encuentra en las antípodas del tradicional derecho de familia, considerado por cualquier autor de hace

---

<sup>3</sup> A este respecto ha escrito Hernán Corral que “mientras desde casi todos los sectores de opinión se concuerda con la necesidad de proteger y fortalecer a la familia, las iniciativas legales concretas que se presentan al Parlamento tienden en el fondo a destacar y subrayar la libertad e independencia de los miembros del grupo familiar, más que a apoyar los vínculos y los compromisos de solidaridad y comunión que lo cohesionan” (CORRAL, *Familia y Derecho...*, cit., p. iii). Sobre este “Nuevo Derecho de Familia”, cfr. *ibíd.*, pp. 77-78 y también CORRAL TALCIANI, HERNÁN, *Ley de divorcio, las razones de un no*, Santiago, Universidad de los Andes, Estudios de Derecho Actual, I, 2001, pp. 17-35.

<sup>4</sup> Como señala Corral: “Si las cuestiones del amor y del sexo son intersubjetivas, predominantemente impulsivas y marcadamente irracionales, nada tendría que hacer el ordenamiento jurídico en su constitución y desarrollo” (CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 20).

<sup>5</sup> Para ambas citas, CORRAL, *Familia y Derecho*, cit., pp. 77 y 78.

<sup>6</sup> CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 20.

algunos años, de orden público y en el cual sólo existe libertad para comprometerse (contraer matrimonio o tener hijos), pero no para alterar sus efectos. La autonomía de la voluntad se ve, de esta manera, bastante restringida, en atención al bien jurídico protegido: la familia y los hijos.<sup>7</sup>

## 6. Un proyecto comunitario

En realidad, el auténtico sentido de familia debiera apuntar exactamente en la dirección contraria a la mentalidad individualista predominante: a la familia no se va tanto a exigir, sino a dar, a entregar. En vez de basar la familia sobre la noción de derecho subjetivo (un conjunto de facultades que cada uno esgrime contra los demás, propias de las teorías del contrato social), pareciera más adecuado sustentarla en la noción de *deberes*: de salirse de uno mismo y tener en cuenta al otro, a los otros; descentrarse del propio yo y girar en torno a los demás. Camino más difícil, sin duda alguna, sobre todo por la cada vez mayor fuerza centrípeta del propio egoísmo en el día de hoy, pero la única manera de alcanzar la plenitud como personas.

Esto es fundamental, porque, como dice el refrán, "lo bueno cuesta": es imposible alcanzar buenos frutos sin esfuerzos. Si insistimos en girar en torno a nosotros mismos, y vemos en el resto simples servidores o incluso cosas para satisfacer nuestro ego, es imposible llegar a buen puerto. Buena parte de los actuales fracasos matrimoniales parecieran obedecer, en el fondo, a que cada uno de los contrayentes, de manera implícita e incluso inconsciente, pareciera estar diciéndole al otro "gira en torno a mí; hazme feliz". El problema es que si cada uno comienza la relación con el mismo mensaje, con la misma actitud, parece poco probable alcanzar la meta. Por eso la clave pareciera ser la contraria, esto es, plantear las cosas al revés: "¿qué puedo hacer por ti?". Otra posibilidad es que uno de ambos opaque o eclipse totalmente al otro, pero pareciera que tampoco esta es la solución, porque sigue primando el individualismo, si bien de uno de los cónyuges.

En íntima relación con esta proyección hacia los otros, están los hijos. De hecho, es tal vez una de las mayores muestras de apertura a los demás, o si se prefiere, de negación del propio yo. Si uno lo mira desde una perspectiva absolutamente egocéntrica, un hijo no nos aporta mucho: será una

---

<sup>7</sup> Este principio lo consagran, por ejemplo, autores tan conocidos en nuestro ámbito como SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Derecho de Familia*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica Adiar Editores Ltda., 1983 (reimpresión de la 2ª ed., de 1953), pp. 7-9 y 19, y MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 7-10.

fuerza de gastos y de molestias por muchos años. Tal vez sea este fenómeno el que haya incidido en la sostenida baja de la natalidad, sobre todo en países desarrollados: el no estar dispuestos a salirse del propio yo, el no querer dejar de ser el centro de todo. Mas, como la naturaleza "tira", el instinto por tener hijos sigue aflorando. Con todo, también comienza a producirse el problema de ver a los hijos como "cosas", como modos de satisfacer anhelos personales, o incluso como simples elementos de un mejor nivel de vida. De esta manera, el llamado "derecho al hijo" (tema que no se aborda aquí) está produciendo una auténtica "cosificación" del hijo, lo cual lleva no sólo a tener descendencia por cualquier método y a cualquier costo, sino además descendencia de "buena calidad", esto es, sin problemas físicos o mentales, con lo que de paso se cae en prácticas eugenésicas. Como puede verse, esto se encuentra, a su vez, en íntima relación con la mentalidad abortista, tema que tampoco se trata aquí. En efecto, si a fin de cuentas el sujeto se ha "dignado" a tener hijos, pero sin cambiar de actitud, es inevitable que acabe viéndolos como un simple "objeto", que si quiere conserva y si quiere desecha. Algo muy parecido, curiosamente, a la concepción "patrimonial" de los hijos y de la mujer en la Antigüedad.<sup>8</sup>

De hecho, la misma noción de "derecho al hijo" no puede ser más reveladora de este fenómeno, porque en realidad sólo se pueden tener derechos sobre las cosas, no sobre las personas. En este campo, pues, se aprecia un notable retroceso en cuanto a la dignidad humana. Por eso, no deja de ser paradójico que en esta época, en que tanto se ataca al machismo y se defiende a la mujer, no se tome conciencia de las reales dimensiones de este problema.

En consecuencia, puesto que los hijos dependen absolutamente de sus padres, de seguir aplicando las nociones de derecho y deber jurídicos, no serían tanto los padres los que tendrían "derecho al hijo", sino más bien, los hijos los que debieran tener "derecho a sus padres", o, si se prefiere, "derecho a tener una familia". Si realmente se considera al hombre como un ser digno, valioso en y por sí (un fin en sí mismo, como dice Kant), el verdadero titular de derechos debiera ser él, no sus padres. De hecho, se supone que al menos parte de esta mentalidad subyace a propósito de la adopción, institución que mira o debiera mirar fundamentalmente al interés del menor, no de los adoptantes.

Ahora, si se pregunta por qué los padres tienen esta "obligación", creemos que la respuesta radica en volver a la antropología, esto es, en la

---

<sup>8</sup> Sobre este tema hemos tratado en SILVA ABBOTT, MAX, "Persona y bioética: la indisponibilidad de los derechos humanos", en *VI Jornadas de Bioética*, Concepción, 22, 23 y 24 de octubre de 2003, en prensa.

necesidad de la reproducción para la subsistencia del género humano, en la "carrera de posta" a la que aludíamos: cada uno recibió la vida y buena parte de su formación; parece que existe, por decirlo de alguna manera, un "deber de especie" para con las generaciones futuras: "lo recibisteis gratis; dadlo gratis", podría sostenerse.

Así pues, si la mantención y educación de la prole requiere una dimensión temporal larga, se necesita de ciertos cauces idóneos para lograr este objetivo. En realidad, la proyección temporal es un aspecto ineludible para comprender la conducta del sujeto, porque el presente no se entiende sin dicha proyección, como ha manifestado Heidegger.

Ahora bien, dentro de estos cauces idóneos, parece fundamental que los progenitores logren crear un ambiente lo suficientemente calmo y seguro para que el desarrollo de los hijos y también el suyo propio tengan las mínimas posibilidades de éxito. Es algo así como el cuidado de una planta en sus primeras etapas: necesita de un ambiente protegido, porque en caso contrario o no sobrevivirá, o sufrirá consecuencias irremediables. A esto se agrega que los niños, mientras más pequeños, son más moldeables, maleables o manipulables; esto es, que las primeras experiencias de su vida dejarán una huella indeleble en ellos, los marcarán para siempre. Lo anterior no tiene nada de particular: si incluso vivencias que sufre un sujeto adulto pueden dejarle secuelas importantes (buenas o malas), parece indesmentible que en un niño esto se dará con bastante mayor intensidad.

Todo esto justifica por qué la familia y el matrimonio no pueden ser considerados un simple contrato, dependiente de manera total de la voluntad de las partes. De ahí que el tradicional derecho de familia sea considerado de orden público, como se ha dicho, lo cual conlleva que existe libertad para darle origen, no así para modificar sus efectos. Por eso parece correcto estimar que el matrimonio y la familia (que vienen a ser una misma cosa, al ser el primero el origen de la segunda) son una "institución", porque van más allá de la mera aglutinación de sujetos, y tienen un fin que supera a las partes y que no puede conseguirse por separado. Es esto lo que justifica sobradamente que este objetivo superior sobrepase el interés y capricho de cada una de las partes que la integran.

Por igual motivo, lo anterior demuestra que en el fondo siga existiendo un concepto de familia implícito, aunque se diga lo contrario: para el derecho de familia tradicional (es de sobra conocido), es la pareja monógama heterosexual unida por el matrimonio indisoluble, con o sin hijos; para el nuevo derecho de familia, sería la unión de dos personas, en principio de distinto sexo, mientras quieran seguir juntas, y concibiendo al hijo en algu-

nos casos como una especie de complemento, apéndice o parte de su calidad de vida. Con todo, lo importante es que aun así sigue existiendo cierta noción de "familia", porque en caso contrario no sólo podría ser "familia" cualquier cosa (hogares unipersonales, uniones homosexuales, poligamias, agrupaciones promiscuas, uniones entre seres humanos y animales, etc.), sino además no habría nada que "proteger", si se recuerda lo que dice nuestra Constitución.<sup>9</sup>

## 7. ¿Cumple la ley de divorcio con estas finalidades?

Por tanto, forzoso es concluir que los niños necesitan de un ambiente mínimamente adecuado, lo que a su vez requiere estabilidad. En efecto, poco o nada se podría hacer si los propios padres no tuvieran una mínima seguridad de que seguirán juntos. El educar es un proceso de día a día, de año a año, y necesita –cuando no exige–, como se ha dicho, dar ciertas cosas por descontadas. Y esto parece lógico, porque tal como ocurre con una inversión, nadie arriesga si no tiene ciertas garantías, o si se prefiere, requiere estar asentado sobre una base mínimamente sólida. De ahí que no parezca adecuado minar o debilitar este ambiente, introduciendo elementos de inestabilidad.

Es esto precisamente lo que ocurre con la dictación de una ley de divorcio, aun cuando se diga por sus defensores que ella "protege a la familia". En realidad, el resultado no puede sino ser el contrario, como por lo demás demuestran todas y cada una de las estadísticas de los países en que se ha introducido una ley de este tipo. Hoy contamos con la ventaja de que es posible ver los efectos del divorcio –luego de treinta años de aplicación–, motivo por el cual la discusión ha dejado de darse sólo en un plano meramente teórico.

En realidad, hoy es posible constatar lo que podrían llamarse las "promesas incumplidas del divorcio", esto es, las pruebas irrefutables –fácticas– de que las proyecciones que se hacían hace 30 años han resultado del todo erradas, cuando no abiertamente falsas. En efecto, hace tres décadas se decía que el divorcio tendría un carácter excepcional, al pretender sólo dar solución a aquellos casos "imposibles"; que los atajos judiciales impe-

---

<sup>9</sup> "Una aplicación coherente de este criterio [la inexistencia de un concepto de «familia»] debería llevar a pensar que serían «familias» protegidas constitucionalmente, además de las familias matrimoniales, las madres solteras y sus hijos, las uniones de hecho, las convivencias adulterinas, las convivencias polígamas, las convivencias incestuosas, las parejas homosexuales tanto de varones como de mujeres, etc., cualquier grupo humano que pudiera reivindicar un carácter familiar de tipo fáctico" (CORRAL, *Derecho y familia...*, cit., p. 30. Con palabras muy similares, también en *ibid*, pp. 48-51).

dirían el abuso, de tal manera que el divorcio no quedaría nunca entregado a la voluntad de uno de los cónyuges, evitándose así los abusos; y por último, que el matrimonio no se vería afectado como institución con el divorcio. Como puede verse, nada de esto se ha cumplido.<sup>10</sup>

Ahora bien, ¿por qué se insiste tanto en que una ley de divorcio trae inestabilidad a la familia? Para intentar responder a lo anterior, hay que tener en cuenta todo lo dicho hasta aquí: la auténtica necesidad de la familia como institución natural, en vista al fin que persigue.

La razón es bastante simple. Como se sabe, la ley contempla tres grupos de causales para invocar el divorcio: causales específicas (que implican una actitud inadecuada por una de las partes), mutuo acuerdo y voluntad unilateral. A primera vista pareciera que las causales específicas fueran de toda lógica. En realidad, lo son: algún incumplimiento grave de las obligaciones propias del matrimonio, que hacen que en ciertos casos continuar con las cosas como están sea perjudicial también para los hijos. El problema, por desgracia, es otro: en el fondo, radica en que la persona culpable puede volver a casarse, e incluso cuantas veces quiera. Tal vez es éste el quid de la cuestión. En efecto, nada indica que necesariamente el cónyuge culpable no vaya a tener nuevamente la misma actitud con una nueva pareja, o incurra en otra causal de este tipo. Habría que preguntarse, por tanto, si el sujeto está en reales condiciones de asumir esa responsabilidad, dada la trascendencia de bien común de fundar una familia.

De hecho, el problema es más grave todavía, porque es posible que el sujeto que no quiera seguir con su matrimonio cree él mismo la causal. Es decir, podría, por ejemplo, cometer adulterio o golpear a su pareja o hijos. Así las cosas, o el cónyuge inocente pedirá el divorcio, al hacerse la situación insostenible (con lo cual le estaría siguiendo el juego al que quiere el divorcio), o incluso puede darse la aberración de que el mismo cónyuge que ha creado la causal lo pida, con lo que se estaría aprovechando de su propio dolo.

Se insiste en que el problema radica en que si el sujeto puede casarse y descasarse cuantas veces quiera, todas las buenas intenciones que existen al contemplar estas causales caen por tierra, porque muy bien podría darse un auténtico abuso del derecho. No se puede ser tan ingenuo como para pensar que esto no pasará, que los sujetos serán siempre absolutamente responsables y que no se dejarán llevar por sus impulsos; por eso, parece poco serio que la ley le entregue sin más a los ciudadanos la posibi-

---

<sup>10</sup> Cfr. CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., pp. 37-92.

lidad de torcer su auténtico sentido, de hacer un uso abusivo del derecho. Si en tantas otras materias la ley busca los mecanismos para evitar ser violada o deformada –como en materia de impuestos, por ejemplo–, no se ve por qué aquí ha de haber un criterio diferente. En consecuencia, buena parte de este posible abuso se eliminaría, se insiste, si al sujeto culpable se le sancionara de alguna manera, como por ejemplo, impidiéndole casarse nuevamente.

Esta sanción, consistente en la imposibilidad de volver a contraer matrimonio, permitiría, en verdad, solucionar las crisis matrimoniales, tanto la que da origen al divorcio, como eventuales crisis futuras. Ahora, si existen reparos ante esta posibilidad, ello demuestra que el verdadero fin u objetivo de una ley de divorcio no es, como suele decirse, “solucionar las crisis matrimoniales” (puesto que en realidad las crea), sino permitir a cualquiera de las partes deshacer el anterior vínculo y quedar libre para una nueva unión. Este punto debiera quedar bien en claro, porque, se insiste, la verdadera solución a las crisis debiera apuntar en el primer sentido y no en el segundo.

Evidentemente, si seguimos enfocando el problema desde una óptica absoluta y totalmente individualista, propia del nuevo “derecho de familia”, la solución anterior parece imposible e ilegítima. Mas, si volvemos a tomar en cuenta la importancia y misión de la familia, el para qué de su existencia, se verá que la actitud de quien cae en las causales (y con mayor razón de quien las crea) traspasa con mucho la esfera meramente privada o personal del sujeto, porque afecta a otros directamente, y en términos más generales, al bien común. De hecho, existen varios casos en que por razones de bien común la legislación positiva impone graves restricciones a la autonomía de la voluntad de los sujetos, y dichas limitaciones no sólo son absolutamente justas, sino además nadie sería tan temerario como para abogar por su derogación, como se verá dentro de poco. Pero tal como ocurre en estos casos, dichas limitaciones, al igual que las que podrían existir en materia de divorcio, sólo se entienden dejando de lado la perspectiva individualista a la que venimos aludiendo.

El segundo grupo de causales obedece al mutuo acuerdo. En principio, esta posibilidad es más difícil de impugnar. Lo anterior, en virtud de que buena parte de la doctrina considera al matrimonio como un contrato más, similar a cualquiera del ámbito patrimonial. Sin embargo, si nuevamente se recuerda el origen y fin de la familia como realidad natural del hombre, se percibe que, al menos si hay hijos, se trata de una situación que ya ha escapado al absoluto control o voluntad de los participantes, por ser, en realidad, una institución.

Lo anterior no tiene nada de raro o especial. En estricto rigor, la vida misma está plagada de situaciones en que literalmente no es posible volver atrás, en que las consecuencias de nuestras acciones son irreversibles (la comisión de un delito, la adquisición de un conocimiento, las experiencias de la vida en general, etc.). Y la llegada de los hijos no debiera ser la excepción, al contrario. Tal vez en virtud de su misma irreversibilidad, se explique el motivo por el cual la demografía haya disminuido drásticamente en varios países desarrollados, como se ha mencionado, porque por mucha autonomía privada que se desee, ocurre que los hijos “sí son para siempre”, esto es, no es posible hacerlos desaparecer, tal como se hace con un matrimonio mediante la invocación del divorcio.

Por tanto, nuevamente hemos salido del ámbito exclusivamente privado de los cónyuges, al menos si hay hijos. Precisamente para eso se contrajo matrimonio, sabiendo a lo que se iba. En caso contrario, ¿para qué casarse? Si no se quiere tener hijos, y además contar con la posibilidad de deshacer la relación cuando y como se quiera, no se ve por qué hay que deformar al matrimonio para adaptarse a dichos deseos, dada su naturaleza y fin. Mejor convivir, simplemente. Es algo parecido a lo que se le podría decir a quien pretende, por ejemplo, obtener un título universitario, pero sin estar dispuesto a cumplir los requisitos para ello: si quiere obtener ese fin, debe ser él quien se adapte a las exigencias requeridas, no deformar la institución para hacerla calzar con su capricho. Y esto no es arbitrariedad, sino simple lógica.

El mismo problema –concebir al matrimonio como una institución de orden público y no como un simple contrato– podría plantearse no desde la perspectiva de los cónyuges, como suele hacerse siempre, sino desde la del hijo. Como ha escrito un insigne historiador nuestro: “Los hijos, para educarse, necesitan no sólo el amor de los padres, sino la estabilidad y seguridad de saberlos cercanos y disponibles, y no cada uno por su cuenta, sino juntos. La ruina del hogar familiar, del micromundo en que ha nacido y crecido, es para el niño o muchacho un perjuicio terrible y objetivo. Repercute grave y cruelmente sobre su formación humana e intelectual. Y si percibe –según suele ocurrir– que ha sido sacrificado deliberadamente para «rehacer la vida» de uno de los padres o de ambos; si se da cuenta que éstos han preferido su «segunda oportunidad» a la «única oportunidad» del hijo... entonces el sentimiento va más allá, es de traición y abandono. Sentimiento a veces injusto, sin duda, pero inevitable”.<sup>11</sup>

Por último, está el caso más grave de todos: aquel en el cual el divorcio puede solicitarlo sólo uno de los cónyuges, por voluntad unilateral, aun si

<sup>11</sup> VIAL CORREA, GONZALO, “Educación básica y media, catástrofe nacional (III): sin la familia, nada”, en *La Segunda*, Santiago, martes 12 de agosto de 2003.

el otro se opone, y en definitiva, sin importar en qué situación queden éste y la prole. Sólo basta con abandonar el hogar común y dejar pasar cierto tiempo.

Con razón ha sido llamado "divorcio repudio", porque implica, literalmente, el repudio, el desechamiento de uno de los cónyuges por el otro, que de esta forma casi es arrojado a la basura. Este es, se insiste, el caso más grave, porque en realidad significa quitarle cualquier viso de seriedad y compromiso a la institución matrimonial. Equivale a una verdadera espada de Damocles, a una auténtica condición resolutoria que amenaza permanentemente la supervivencia del matrimonio, esgrimible por cualquiera de los cónyuges contra el otro, sin expresión de causa e incluso utilizable dolosamente. Es más, se llega al absurdo de que un matrimonio perfecta y válidamente constituido puede ser, a propósito, echado a pique por la voluntad arbitraria de alguno de los esposos, sin que el otro pueda hacer absolutamente nada para impedirlo. Por eso, esta causal implica –se insiste– quitarle toda seriedad a la institución matrimonial.

Está claro que la posibilidad del fracaso es una realidad, y la ley debe regular la situación resultante. Mas no parece prudente que por darle una oportunidad a los que fracasen en su matrimonio (suponiendo que sea de buena fe), se pongan en peligro todos y cada uno de los matrimonios existentes mediante esta causal de divorcio (y en realidad, por cualquiera, incluido el mutuo acuerdo o las "causales objetivas"). Es como si para evitar que algún alumno repitiera de curso, no se tomaran exámenes.

En el fondo, el divorcio repudio permite "la paradoja de casarse sin casarse",<sup>12</sup> lo que no es más que "la autorización a cualquiera de los cónyuges para desahuciar el vínculo matrimonial".<sup>13</sup> De este modo, el divorcio se convierte en "un desahucio unilateral del compromiso matrimonial, desahucio que procede como derecho absoluto, aun de mala fe e incluso aprovechándose del propio dolo. Este es el divorcio real y sobre él debemos debatir. [...] Resulta entonces que el divorcio no es una fórmula excepcional para dar salida a uniones matrimoniales rotas, sino una forma maquiellada para sustituir el modelo de matrimonio que se reconoce social y jurídicamente".<sup>14</sup>

Por eso parece difícil que pueda sostenerse que exista una auténtica igualdad de las partes ante la ley, porque en este caso la ley sólo protege a quien quiere el divorcio, y no presta ningún tipo de auxilio a quien preten-

<sup>12</sup> CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit., p. 161.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

de salvar su matrimonio, ni menos aún toma en cuenta a los hijos. En realidad, están en la más completa indefensión. De ahí que el llamado juicio de divorcio, de "juicio" tenga bien poco, porque en toda contienda existe la posibilidad cierta de que gane o pierda cualquiera de las partes; mas aquí, en realidad, se juega a ganador: el que quiere el divorcio tiene todas las de ganar, y ni el mediador, ni el juez, ni la ley, pueden impedirle conseguir su objetivo.

## **8. Algunas consideraciones acerca de nuestra situación actual**

En estrecha vinculación con este carácter de mero trámite que presenta el "juicio" de divorcio, es conveniente aludir, que sea brevemente, al actual problema de las nulidades matrimoniales por motivo de incompetencia del Oficial del Registro Civil. Precisamente esta situación, de suyo escandalosa, ha sido uno de los argumentos mejor esgrimidos por los partidarios del divorcio para instaurarlo: terminar con el fraude y la burla a la ley. Con todo, se olvida un detalle de no poca importancia: éste consiste en que siendo un fraude, la nulidad matrimonial requiere por lo mismo del acuerdo de ambas partes; en esto se parece al divorcio por mutuo consentimiento. Mas la semejanza sólo llega hasta aquí, porque dicho acuerdo debe mantenerse durante *todo* el proceso, a fin de que llegue a buen término. Y aquí está la gran diferencia con el divorcio (por cualquiera de sus causas), y en definitiva la razón por la cual es preferible incluso esta situación antes que aquél: el motivo de tan sorprendente conclusión es que como se trata de un fraude, constituye una estupenda arma para la parte más débil –por lo general la mujer–, quien al menos podrá asegurarse, dentro de lo posible, algún tipo de "indemnización" por parte del cónyuge que quiere la nulidad. Es decir, le permite negociar y quedarse con algo, en vez de depender de teóricas (y en la práctica bastante poco efectivas) pensiones alimenticias, en las cuales el proyecto de ley de divorcio pone buena parte de sus esperanzas. En verdad, una información completa a este respecto debiera dar cuenta de las enormes dificultades que significa conseguir una pensión alimenticia y las estadísticas desoladoras en cuanto a su eficacia como modo de mantener a la antigua familia. Mas, por desgracia, pareciera que se acude a la figura de la pensión casi como a una varita mágica que solucionará todos los problemas.

Nada de esto ocurre con una ley de divorcio, ni aún si éste ha tenido su origen en el mutuo consentimiento. En efecto, como en definitiva se trata de un derecho, de una facultad o prerrogativa (la de pedir el divorcio, motivo por el cual es una potestad imprescriptible e irrenunciable, de acuerdo a la ley), si en el camino una de las partes se arrepiente, no puede hacer

nada por impedir el desenlace; en cambio, con el sistema de nulidades, tiene esa arma hasta el final.

Ahora, en íntima relación con esto, debe recordarse que de acuerdo a varios estudios realizados sobre todo en Estados Unidos, se ha descubierto que el divorcio trae una espiral de pobreza. Esto es evidente, porque como por regla muy general es la mujer la que queda a cargo de los hijos, casi sin excepción se verá en la absoluta necesidad de trabajar para lograr el sustento, ya sea porque lisa y llanamente no fue posible conseguir una pensión alimenticia, o porque ésta es abiertamente insuficiente. Además, sabido es que por regla general las mujeres ganan menos que los hombres. En consecuencia, el grupo familiar resultante bajará de manera ostensible su nivel de vida, y por consiguiente, es bastante común que también ello incida en la educación que recibirán los hijos. De esta manera, en muchos casos se entra en un auténtico círculo de pobreza, sin contar con las secuelas de todo tipo que sufren los hijos con motivo de la separación de sus padres, como igualmente muestran la psicología y las estadísticas.

Con todo, también por parte del antiguo marido se presenta en muchos casos esta espiral de pobreza, y nuevamente la razón es muy simple: porque en caso de que se le logre cobrar una pensión alimenticia, tendrá en el fondo que mantener dos hogares, o al menos, uno y medio: el anterior y el que forme a posteriori. En realidad, el que sale ganando es el marido que no formaliza una nueva relación, esto es, el que por así decirlo vuelve a una vida de soltero. En muchos casos, acaba mejorando sustancialmente su nivel de vida, aun cuando ello ocurra usualmente pasados algunos años desde el divorcio.

En consecuencia, viendo los efectos que produce una ley de divorcio en este y otros ámbitos, parece que con todos sus defectos y críticas, aun así es preferible el actual sistema de nulidades a una ley que contemple el divorcio vincular. Y no es cierto que la nulidad esté sólo al alcance de unos pocos, como también se dice, porque hoy por hoy (es cosa de mirar los anuncios de la prensa sobre este tema) las nulidades se consiguen a muy bajo costo. De hecho, por su duración y requisitos, será mucho más caro un juicio de divorcio que uno de nulidad.

## **9. Una comparación interesante**

Ahora bien, tal vez la principal crítica a los argumentos dados hasta aquí radique en la consideración de que el Derecho no tiene legitimidad para incidir tan profundamente en aspectos tan importantes para el sujeto. En

el fondo, es el espíritu que subyace al nuevo "derecho de familia". Con todo, si se analizan otros sectores de la realidad jurídica, se verá de inmediato que la anterior consideración no sólo es falsa, sino que su omisión resultaría, además de injusta, perjudicial.

En íntima relación con lo anterior, también suele escucharse que la autoridad pública no puede inmiscuirse en la vida privada de las personas; sin embargo, existen muchos aspectos de la vida privada de los ciudadanos en que la autoridad no sólo ha tenido injerencia, sino que además se ha inmiscuido de manera notable. Piénsese, por ejemplo, en las políticas demográficas, que propugnan el uso de anticonceptivos de todo tipo, o la reciente campaña de esterilización, políticas todas que inciden directamente en la vida sexual de la población. O si se prefiere, lo mismo podría decirse respecto de las campañas contra el tabaco, las drogas o el alcohol.

En realidad, no es raro que el derecho limite la autonomía de la voluntad en algunos casos, en atención a intereses de orden superior, a motivos de bien común, como por ejemplo, en el evento de un encarcelamiento o, para no ser tan drásticos, de una expropiación por causa de utilidad pública. Ahora bien, de manera más cercana al tema que venimos tratando, un ámbito del ordenamiento jurídico en que la autonomía privada se ve fuertemente restringida lo constituye el derecho laboral.

Como se sabe, el derecho laboral es el conjunto de normas que regula, entre otras cosas, el contrato de trabajo, siendo su función proteger a la parte débil de la relación laboral. Esta es la razón por la cual sus normas son, por regla general, de orden público –lo que impide renunciarlas por anticipado–, estableciendo además fuertes restricciones a la autonomía privada. El motivo de tan peculiar estructura radica, en el fondo, en razones de justicia y de estabilidad social.

Pues bien, resulta que es posible, manteniendo las distancias y siendo consciente de sus grandes diferencias, trasladar muchos de los razonamientos del legislador laboral al derecho de familia. En efecto, si tenemos en cuenta lo dicho hasta aquí, también podría hablarse de una parte "débil" en el derecho de familia: la mujer y sobre todo los hijos. En el caso de estos últimos, su posición de desventaja resulta tan manifiesta que no merece mayor comentario; en el caso de la mujer, y aun con todo el loable retroceso del machismo de los últimos años, hay que reconocer que puesto que aún no existe un trato igualitario para ambos sexos (precisamente en materia laboral), subsiste una no despreciable desventaja. Con todo, esta desventaja es secundaria: la "verdadera" razón por la cual la mujer puede considerarse, para los fines de este ejemplo como la parte "débil" del dere-

cho de familia, es fundamentalmente biológica: porque es ella la que por naturaleza debe formar a los hijos en su vientre, y tiene un papel insustituible en su crianza y educación. Es decir, por mucho que se abogue –y sea justo hacerlo– por la igualdad de derechos, al momento de enfrentarse con la realidad, éste es un hecho indesmentible. Y se quiera o no, desde el punto de vista económico sobre todo, es una “debilidad”, porque la mujer y los hijos están más necesitados de ayuda y a su vez se encuentran disminuidos en su posibilidad de procurarse recursos por su propia cuenta.

Por eso, si se mira con atención, y se sustituye al “trabajador” por “la mujer y los hijos”, y al “empleador” por “el marido”, se pueden observar coincidencias realmente notables entre ambas ramas del derecho. Veamos.

Se dice que el derecho laboral surgió como una reacción ante un liberalismo exacerbado heredado de la Revolución Francesa, que enfrentaba a la burguesía capitalista y poderosa contra el trabajador asalariado y pobre.<sup>15</sup> Dicha situación tenía su origen en un principio falso: el de la igualdad entre las partes, que les permitía, en teoría, contratar libremente y en paridad de condiciones. Como evidentemente las cosas no eran así, poco a poco se fue tomando conciencia “de la necesidad de contar con una legislación especial de carácter social, protectora del débil económicamente en

<sup>15</sup> Como dice, por ejemplo, un conocido manual de derecho del trabajo: “Sólo el capitalista encuentra en este medio las posibilidades de una ilimitada expansión, pues dentro del individualismo jurídico que legitima todas sus maniobras, sus poderes no conocen ya obstáculo alguno. Los burgueses enriquecidos –ha escrito Ripert– no tenían necesidad de otra cosa para instaurar el régimen capitalista. El poder económico no pide nada al poder legislativo, sino la libertad. El capitalismo asegura su predominio por el contrato, no por la ley” (HUMERES NORQUER, HÉCTOR, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Decimosexta edición actualizada al 31 de julio de 2000, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 22. Cita a LAGOS M., GUSTAVO, *El problema histórico del trabajo*, sin página ni datos de edición). Y agrega un poco más adelante: “El mismo autor señala que tres son los elementos que integran la fisonomía histórica de la civilización capitalista en la fase más típica y peculiar de su esplendor, en los siglos XIX y XX, cuando la actividad económica logra una hegemonía total en la visión burguesa del mundo y de la vida; ellos son: espíritu burgués en el plano cultural; fecundidad del dinero, en el plano económico, e individualismo, en el plano jurídico. Así, dice que el burgués integral no tiene conciencia del destino humano; que actúa movido por un deseo sin límites de dinero y que la economía se organiza teniendo en vista la producción indefinida y no el consumo y la necesidad humana. Agrega que el trabajo ha perdido el sentido espiritual que le daba la antigua civilización económica, ya que en el nuevo régimen la máquina pasa a tener el sitio principal dentro de una concepción cuantitativa de lo económico, puesto que es ella la que proporciona un mayor rendimiento y la que representa una suma mayor de capital. Señala, asimismo, que las consecuencias de la nueva economía deshumanizada, regida por la libre concurrencia, resulta desastrosa para los obreros; que en virtud de una compleja causalidad se produce una adaptación constante del mercado de la mano de obra a las necesidades del capitalismo, que permite contar con un ejército de desocupados siempre prontos a contratarse a bajos salarios” (*ibid.*, pp. 22-23). Para esta materia, cfr. *ibid.*, pp. 13-16, 21-27 y 30-31 y 52-53, especialmente. A conclusiones parecidas llega también GAMONAL CONTRERAS, SERGIO, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Santiago, Editorial jurídica Conosur Ltda., 1998, pp. 9-29, 101-105 y 127-157.

el contrato de trabajo, para permitirle contratar, si no en un plano de igualdad con el patrón, a lo menos en condiciones más humanas y favorables que las que imperaban hasta ese entonces".<sup>16</sup>

En el fondo, la "cuestión social" fue adquiriendo visos tan preocupantes, que los viejos dogmas del derecho civil (al menos en lo que se refiere a los contratos patrimoniales) fueron dejados de lado. Surgió así una legislación de orden público que limita la autonomía privada, e incluso organismos que intervienen directamente en la relación laboral; en suma, un derecho interventor y además tuitivo. Es decir, dada la ineludible dimensión moral del problema y con vistas a una mejor convivencia del todo social, se hizo del todo justa y necesaria una acción directa del Estado.

Ahora bien, como se ha adelantado, prácticamente todo lo dicho a este respecto es aplicable, conservando las diferencias de cada materia, a propósito del derecho de familia. En efecto, el nuevo derecho de familia pareciera partir de la misma premisa que diera origen a los abusos del liberalismo que motivaron el nacimiento del derecho laboral: la igualdad absoluta entre todos los que constituyen una familia, de tal modo que cada uno vela por sus propios intereses individuales, en teoría en paridad de condiciones con los demás, por lo que la autonomía privada se encuentra a sus anchas. En realidad, un poco de sentido común demuestra que existen razones incluso más poderosas que las del derecho laboral para establecer fuertes limitaciones a la autonomía privada en el derecho de familia, básicamente por similares motivos: porque no todos están en igualdad de condiciones, porque es posible un grave abuso a este respecto, y sobre todo, por razones de bien común, del interés público comprometido.

Ahora, en principio, como se ha dicho, nadie sería tan osado como para considerar injusta esta intervención estatal en materia laboral, porque se perciben muy claramente los peligros que ello traería. Mas, curiosamente, en lo que se refiere al derecho de familia, al parecer muchos no están dispuestos a hacer el mismo razonamiento.

Por otro lado, tal como el trabajador no puede ser considerado una mera mercancía, puesto que no es posible separar el trabajo de su persona<sup>17</sup>, lo

<sup>16</sup> HUMERES, cit., p. 27.

<sup>17</sup> "La especificidad del derecho del trabajo radica en que, mientras los demás contratos dicen relación con el haber de las partes, el contrato de trabajo dice relación con el ser del trabajador [...] Para el derecho, el trabajador no ofrece su cuerpo, sino su profesionalidad, ya que en las relaciones jurídicas la persona sólo puede ser sujeto y no objeto de derecho. En el caso del trabajador, éste se obliga respecto de un empleador en cuanto sujeto de una obligación correlativa al derecho de la contraparte. Esta capacidad de ser «sujeto de deberes» preserva a la persona de la degradación de ser objeto de derecho" (GAMONAL, cit., p. 14).

mismo podría decirse respecto del derecho de familia, en que no es posible separar a las personas de los cónyuges y de los hijos del papel que cumplen en el grupo familiar. Es decir, no es casualidad que el matrimonio no se limite a ciertas “prestaciones” patrimoniales o extrapatrimoniales (fidelidad, mantención económica, etc.), puesto que su objeto, aquello sobre lo cual recae, no son simples comportamientos de los sujetos, ciertas obligaciones de hacer o no hacer: lo que se da no es una simple “cosa”, sino que son los propios contrayentes, que se “dan” el uno al otro.<sup>18</sup>

En suma, tal como existe un orden público laboral, que hace que sea de toda justicia que el interés social prime por sobre el individual, lo mismo podría decirse respecto de la familia: también existe un “orden público familiar”. Ahora, parece evidente que para una sociedad en su conjunto, tiene o debiera tener mayor importancia la institución familiar que la estabilidad laboral (entre otras cosas, porque buena parte de la protección en materia laboral existe precisamente porque de ella depende el sustento de una familia). Ahora, si nadie duda respecto de la justicia de la intervención estatal y los límites a la autonomía privada en este ámbito (podrá discutirse sobre su extensión, mas en principio no sobre su existencia), lo mismo debiera ocurrir, y con mayor razón, respecto del derecho de familia.

Por eso, no es casualidad que buena parte de la inspiración del llamado “nuevo derecho de familia” tenga también su génesis en la Revolución Francesa, y que ya en su época se hayan planteado varias leyes similares a las que están en boga hoy.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> “A nuestro juicio, hay todavía una razón más profunda que imposibilita concebir al vínculo matrimonial como una relación meramente contractual, y ella reside en la naturaleza del consentimiento necesario para concluir cualquier otro contrato. Cuando se manifiesta la voluntad de obligarse por medio de un contrato, las partes asumen el compromiso de comprometer bienes o servicios de los que esperan disponer. «Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer», dice el art. 1460 del Código Civil. Pues bien, cuando una persona consiente en casarse con otra, no está entregando u obligándose a dar, hacer o no hacer algo, está entregándose ella misma a su esposo o esposa para conformar una unidad afectiva y jurídica. El consentimiento matrimonial expresa la voluntad no de «dar», sino de «darse» a otra persona como cónyuge para la realización de una obra común: la fundación de una familia. Es esta radicabilidad de la entrega, que afecta la completa personalidad del consorte, la que manifiesta la singularidad del acuerdo matrimonial. Dos individuos que se dan en su masculinidad y femineidad personal para instaurar una «común-unidad.» (CORRAL, *Familia y Derecho...*, cit., p. 79.)

<sup>19</sup> “No parece fortuita la causalidad. Los legisladores de la Revolución fueron coherentes con sus principios ideológicos. Querían imponer el individualismo racionalista, hacer primar la libertad y la igualdad de individuos autónomos que sólo se asocian por su mutua conveniencia e interés. [...] Si hoy vemos que se nos inunda con propuestas concretas tan coincidentes, ¿no será que en el fondo estamos en presencia de la misma concepción ideológica y, por lo tanto, frente a los mismos peligros y desgracias a las que condujo el ideario revolucionario?” (CORRAL, *Derecho y familia...*, cit., p. 74). Y agrega: “La concepción contractualista tendría un debilitamiento pasados los aires revolucionarios, al comprenderse que el matrimonio no podía ser considerado como un mero hecho privado y que, a la inversa, la familia resulta ser un elemento fundamental de la paz social y la estabilidad política. De allí que, si bien se mantuvo el acceso consensual al matri-

Más aún: si se mira con atención, se da la paradoja que con este nuevo derecho de familia se pretende llegar a una situación muy similar a la propugnada por el viejo liberalismo: aquella según la cual si cada uno busca la propia felicidad, una "mano invisible", siguiendo la famosa alegoría de Adam Smith, logrará la felicidad de todos. Aquí ocurre otro tanto: se considera que si cada uno lucha por su propia felicidad en materia sexual, se cambia el concepto de "familia" y su protección jurídica, se conseguirá la felicidad general por la mera suma de las felicidades subjetivas de cada uno. Por eso más arriba hablabamos de un auténtico "liberalismo salvaje" a este respecto.

## 10. Algunas conclusiones

Nunca se insistirá de manera suficiente cómo la introducción de una ley de divorcio no constituye un mero "adorno" de la institución matrimonial, sino que muy por el contrario, es su verdadera tumba. En efecto, permitir que un matrimonio perfectamente válido, contraído consciente y responsablemente, que además es una institución de orden público, en que por lo general hay hijos comprometidos, pueda ser literalmente destruido por una de las partes, sin que pueda impedírsele nadie, como si se tratara del más liberal y privado de los contratos, es quitarle al matrimonio todo peso. Además, no existe ninguna garantía de que quien repudie a su cónyuge y pida el divorcio para volver a casarse, no haga lo mismo nuevamente e incluso varias veces, con el pleno respaldo de la ley y de los tribunales.

No se ve, por tanto, qué seriedad real pueda tener un "compromiso" de estas características, porque no existe una verdadera voluntad de obligarse. El matrimonio termina siendo en el fondo un simple experimento. En efecto, así las cosas, nada podrá impedir que cualquiera de los cónyuges eche por la borda, incluso intencionalmente, su matrimonio, al "aburrirse" de su pareja o al "encontrar" (tantas veces intencionalmente) a otra persona –siempre más joven, por supuesto–, alegando, como se dice usualmente, que "se acabó el amor" y que el sujeto tiene, por supuesto, el "derecho a rehacer su vida" (las veces que quiera, claro, y sin importar las vidas que deshaga en el camino).

Incluso no es aventurado sostener que el divorcio promueve además de la infidelidad ("si pruebo con otra persona y me gusta, deshago mi matrimo-

---

monio, se concibió una férrea disciplina jurídica sobre el régimen de bienes, la autoridad del marido, las relaciones paterno-filiales, a la vez que se protegió la estabilidad del vínculo, suprimiendo la facultad de ponerle término por la voluntad de los contrayentes o desalentando jurídicamente esa posibilidad. [...] El vínculo matrimonial deja de ser una relación contractual para adquirir los caracteres de una extendida red de prerrogativas, facultades, potestades, cargas y deberes, que conforman una propia institución de derecho público." (*ibid.*, pp. 75-76).

nio y me caso de nuevo”), una notable inestabilidad conyugal (“o haces lo que quiero, o me separo”). En efecto, si el matrimonio puede ser desahuciado por cualquiera de las partes sin expresión de causa, esta posibilidad se usará como arma para presionar al otro cónyuge, en particular al débil, para que acate los deseos de la parte fuerte, que, no obstante, podrá siempre dejar sin efecto el matrimonio. De ahí que pueda sostenerse con bastante fundamento que el divorcio, más que solucionar las crisis matrimoniales, tiende en definitiva a crearlas, al introducir un factor de permanente inestabilidad al interior del matrimonio. El divorcio es la vía más fácil para abandonar el barco cuando las cosas andan mal. Por el contrario, en caso de no existir esta posibilidad, y ser el matrimonio algo realmente serio y para toda la vida, los sujetos buscarán sinceramente el modo de salir del atolladero, puesto que, como dice el refrán, “la necesidad crea el órgano”.

En consecuencia, por cualquier ángulo que se contemple el divorcio, es posible a su respecto decirlo todo, salvo que ayuda a la estabilidad de la familia. Al revés, siendo una salida tan fácil al compromiso, y no habiendo poder capaz de detenerlo, sabiéndose ganador, cualquiera de los cónyuges podrá esgrimir la posibilidad de invocar el divorcio contra el otro, por cualquier motivo, lo cual no puede menos que minar la situación general de confianza que requiere y exige la institución matrimonial. Aquí podría usarse el dicho según el cual “la ocasión hace al ladrón”. Se insiste que el problema en buena medida radica en que el sujeto que pide o incluso crea o fabrica el divorcio, no paga ningún costo, porque mal que mal, está ejerciendo un derecho. De esta manera, le “duele” menos, y como si fuera poco, puede volver a ejercer dicha facultad cuantas veces quiera.<sup>20</sup>

Tal vez por eso, por ser una situación abiertamente injusta (porque “el que la hace, no la paga”, precisamente), es que en Estados Unidos en algunos casos gruesas indemnizaciones acompañan al divorcio. De alguna manera, las partes han buscado alguna vía alternativa para compensar al menos la injusticia económica, intentando poner atajo al abuso en esta materia. Con todo, parece también absurdo que uno vaya a casarse y a constituir una familia lleno de resguardos y garantías, erizado de armas y ases bajo la manga, por si acaso uno traiciona al otro o se aprovecha de él. Se olvida que una realidad así puede ser tolerada en un contrato patrimonial, pero parece demasiado para un matrimonio, en que precisamente se va a en-

---

<sup>20</sup> Por eso algunos autores prefieren hablar a este respecto no del “divorcio repudio”, sino del “divorcio premio”: “[E]s el «divorcio premio», premio al infiel, a quien no mantiene la palabra empeñada, a aquel que rehuye sus obligaciones, al que miente, al inmaduro, etc.; quien, pese a causar injustamente todos estos daños, puede volver a intentarlo las veces que quiera, con el beneplácito de la ley y de los tribunales”. (SCALA, JORGE, “Sociología de diez años de divorcio vincular en Argentina”, en *El Derecho*, N° 9318, 20 de agosto de 1997, pp. 4-5).

tregar más que a exigir, y en que –se supone– cada uno es querido por lo que es y es aceptado como tal. Curiosa relación de familia es ésta, se insiste, en que cada uno teme del otro, y en que la desconfianza ha calado en las relaciones más íntimas del propio sujeto: su familia. ¿No habremos deformado demasiado las cosas?

Por dicho motivo, una institución como ésta no puede ser dejada sin efecto por cualquier causa, ni menos por la voluntad unilateral de alguna de las partes. De ahí que no resulte adecuado el argumento según el cual, estando contemplado el divorcio, “el que no quiera divorciarse, que no lo haga”. En efecto, no es lo mismo decir que una conducta se encuentra prohibida –el divorcio–, porque en este caso se la impide siempre y en toda circunstancia, aun queriéndola una o ambas partes, por el carácter eminentemente público de dicha institución, que decir que se tiene una facultad que puede o no ser empleada por el libre arbitrio de una de ellas. O, si se prefiere, no es lo mismo decir que se “prohíbe” matar, a señalar que se “permite” no matar.

En realidad, lo que pareciera ocurrir es que en el fondo el divorcio no es considerado algo verdaderamente malo, a la luz del nuevo derecho de familia, sino simplemente un uso más de la libertad, una manifestación más de la autonomía privada. En efecto, “si el matrimonio es entendido sólo como una asociación voluntaria entre hombre y mujer que se formaliza públicamente, pero que no incide en la autonomía personal de los cónyuges, esto es, si pretendemos que la individualidad de los contrayentes, y su independencia vital, es lo que debe valorarse en el matrimonio, el quiebre voluntario de la relación marital no será más que una forma de desenvolvimiento y desarrollo de ella conforme a sus propios postulados. Los cónyuges harían uso de su libertad y autonomía tanto para unirse entre sí, como también para determinar que esa unión, aunque formalizada, ya no satisface sus aspiraciones individuales”.<sup>21</sup>

De ahí que lo que esté en debate sea mucho más de lo que a primera vista se cree: en el fondo, “la cuestión que late en el debate sobre el divorcio es una de mayor calado que la de regular las rupturas matrimoniales. Se trata, en realidad, de decidir qué tipo de unión entre personas será legitimada y favorecida por la ley como comunidad idónea para fundar una familia”.<sup>22</sup> Este es un punto que debe ser recalcado, puesto que “al aceptarse la disolución voluntaria del vínculo, el proyecto ya no persigue, en los hechos –y más allá de las declaraciones de intenciones de sus redactores– el superar los conflictos matrimoniales, sino más bien imponer legal-

<sup>21</sup> CORRAL, *Ley de divorcio...*, cit, pp. 145-146.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 165.

mente una nueva concepción del matrimonio bajo la cual las rupturas no son más que un desarrollo normal y previsible de cualquier experiencia de pareja”.<sup>23</sup>

Por eso se señalaba anteriormente que es difícil hablar realmente de una igualdad de las partes ante la ley, a propósito del divorcio, porque “entre la intención de uno de los cónyuges en perseverar en el cumplimiento de la promesa esponsal, y la voluntad del otro de no cumplirla, la ley le otorgaría su protección a este último. ¿Por qué?: nuevamente porque el matrimonio habrá mutado en su raíz, y jurídicamente ya no será más que una relación meramente contractual de tracto sucesivo, desahuciable a voluntad”.<sup>24</sup> De este modo, el quiebre no sería, pues, algo intrínsecamente “malo”, sino paradójicamente algo positivo, una muestra concreta de la libertad individual del sujeto, motivo por el cual la ley debiera preocuparse, a lo sumo, por aminorar el daño a terceros inocentes, como los hijos.

Por tanto, la cuestión de fondo radica en la concepción de familia, y más profundamente en la antropología que se profese. Una muestra más, como se ha adelantado ya, de lo poderosas que resultan las ideas en la vida del hombre, y en consecuencia, de las “ideas filosóficas” que circulan en el ambiente. El problema, en última instancia, es un problema de concepciones del hombre, de ideales que luchan por ser implantados en el mundo de los hechos. Mal puede decirse, así las cosas, que la filosofía no sirve para nada, como suele escucharse. En realidad es al revés: en las ideas filosóficas se encuentra la raíz de todo lo que nos ocurre hoy, y si se estudian estas ideas, es posible aventurar hacia dónde encaminará sus pasos la humanidad en el futuro próximo. Por eso se ha dicho que la filosofía es “un árbol de frutos tardíos, pero seguros”.

Por lo mismo, tal como no todo uso de la libertad es indiferente, ni cualquier decisión del individuo se convierte en buena o positiva por el mero hecho de haberla querido el hechor, lo mismo podría decirse respecto de la ley. La legislación tiene no sólo un fin de orden social, sino además pedagógico; en cierta manera, establece el mínimo ético para el mantenimiento del todo social, una especie de parámetros mínimos para permitir la coexistencia. Mas, por lo mismo, habría que ser demasiado ingenuos

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 158. Por eso agrega más adelante: “El «matrimonio convivencia», al subjetivizar y privilegiar la satisfacción de un interés individual, no puede si no autorizar a cualquiera de los cónyuges a ponerle término. Esa decisión no puede atribuirle responsabilidad ni siquiera con los hijos procreados, porque la posibilidad de disolver la unión está implícita en su contenido. De ahí que se revele como irreal establecer «leyes de divorcio» conservadoras, moderadas o prudentes. El divorcio no es una excepción que confirma la regla de estabilidad matrimonial. Es una excepción que quiebra la regla al transformar la inestabilidad en un componente necesario de la vida doméstica” (*ibid.*, p. 166).

para creer que los cambios legislativos no acabarán repercutiendo sobre nosotros mismos, o, si se prefiere, negar la evidente influencia, la auténtica retroalimentación, si así pudiera decirse, que sobre una sociedad en su conjunto ejercen los cambios legislativos que ella sufre. Por eso se decía que no es lo mismo una norma que prohíbe una acción en toda circunstancia, a aquella que sencillamente permite hacerla o no, porque sólo en el primer caso se trata *realmente* de algo "malo", no así en el segundo. Por tanto, si se perciben muy a las claras los efectos negativos del divorcio, no es posible que la ley favorezca el mal, que perjudique a sus destinatarios.

En el fondo, nuevamente hemos llegado a los límites de la condición humana, a una especie de orden ecológico de la persona: márgenes que es posible sobrepasar, por supuesto, pero que conviene respetar, sobre todo en aras a nuestro bien integral y de las generaciones futuras.