

LEY 19.947

por *Hernán Corral Talciani*
Decano y Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

UNA LEY DE PARADOJAS COMENTARIO A LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

1. LAS PARADOJAS DE LA NUEVA LEY

Chesterton, el escritor inglés, maestro en la utilización del recurso literario de la paradoja, habría disfrutado leyendo el texto con el que, en definitiva, fue publicada la nueva ley de matrimonio civil, bajo el N° 19.947 en el *Diario Oficial* del 17 de mayo de 2004. Fue él quien denunció que el debate sobre el divorcio no apuntaba en verdad al problema de las rupturas conyugales, sino a algo mucho más profundo y radical. La cuestión verdaderamente interesante es, ¿qué sentido tiene casarse?, ¿cuál es la naturaleza de ese pacto que celebran un hombre y una mujer para fundar una familia? Se puede entender, nos dice Chesterton, en una de sus típicas paradojas, que los divorcistas crean en el divorcio, pero lo que resulta inexplicable es que sigan creyendo en el matrimonio.

La nueva ley de matrimonio civil, que en parte ha seguido las huellas del molde ideológico del divorcio instau-

rado progresivamente en Estados Unidos y Europa a partir de los setenta, no escapa a esta paradójica esquizofrenia. Por un lado, la ley quiere mantener el matrimonio como compromiso institucional fundador de la familia, tal como llegó a concebirlo la cultura europea de los siglos XI y XII tras largos esfuerzos (superando la concepción romana que no veía en el matrimonio sino una realidad fáctica caracterizada por una suerte de *animus maritalis*). Así, reafirma la vigencia del art. 102 del *Código Civil*, que reconoce justamente que el matrimonio para ser tal requiere un consentimiento irrevocable, sin condiciones ni limitantes: “indisoluble y para toda la vida”. Es pródiga, además, en normas generales o declaraciones de principios en relación con la protección de la familia y llega a afirmar que el matrimonio es su base principal (cfr. arts. 1, 2, 3, 36, 67, 85 LMC). Pero, por otro lado, todo ese esquema parece naufragar cuando se llega a la lectura de los arts. 53 y ss., normas que presuponen la asunción de un modelo legal de matrimonio radicalmente opuesto; en el fondo nos regresan al modelo primitivo del Derecho Romano: el matrimonio no es más que una unión de hecho fundada en un *animus* continuado que queda a disposi-

ción de la voluntad de cualquiera de las partes. Es sintomático que, aparte de las causales de divorcio por culpa, el hecho que legitima el divorcio sea sencillamente el cese de convivencia (por ciertos plazos cuya extensión resulta mínima y en todo caso no cambia la naturaleza de las cosas). Si la falta de convivencia es la que permite desahuciar el matrimonio, incluso unilateralmente, no cabe sino deducir que, al menos para esta parte de la ley, el matrimonio no es más que un mero hecho jurídico: la convivencia.

Este antagonismo legal produce una proliferación de paradojas e inconsecuencias, como la de regular con extremado detalle las causales de nulidad de matrimonio, incorporando los avances de la ciencia canónica moderna, cuando, al mismo tiempo, se ofrece a los cónyuges la posibilidad de dejar sin efectos sus promesas matrimoniales por el simple hecho de separarse y esperar el lapso de tiempo legal. Se establece, también, minuciosamente, un régimen de separación judicial que no disuelve el vínculo y sí regula eficientemente la ruptura, pero se considera que la notificación de la demanda de cuestiones concurrentes con la de separación es prueba del cese de la convivencia para pedir el divorcio, lo que parece dejar sentido la misma separación (arts. 55 inc. 3º, en relación con los arts. 25, 23 y 29 LMC). Es más, si la mujer, como sucede en la mayoría de los casos, demanda pensiones alimenticias de su marido para ella y sus hijos, nuevamente ese hecho podrá ser invocado por el marido como prueba del cese de la convivencia, lo cual le permitirá liberarse de la obligación alimenticia respecto de

su mujer y excluirla como heredera forzosa (art. 55 inc. 4º, en relación con los arts. 25 y 23 LMC). Otra paradoja es que se exija acreditar el cumplimiento de la obligación alimenticia conyugal para poder finalmente liberarse de dicha obligación de solidaridad matrimonial por medio del divorcio unilateral (art. 55 inc. 3º LMC).

No pocas perplejidades plantea que la ley incluya un reconocimiento del pacto matrimonial celebrado ante un ministro de culto de una confesión religiosa, dentro de la cual se incluye el reconocimiento del modelo matrimonial canónico que coincide nuevamente con el previsto en el art. 102 del *Código Civil* que esta ley confirma. Pero esto merece un párrafo aparte.

2. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO RELIGIOSO

Sin lugar a dudas es un avance hacia una mayor comprensión de la naturaleza del pacto matrimonial, el que se reconozca que, al menos para una gran mayoría de chilenos, el consentimiento matrimonial es único y se presta en una ceremonia de carácter religioso y no civil. Pero de nuevo la ley nos sorprende con todas las trabas y limitaciones que pone a este reconocimiento, sobre todo el exiguo plazo para requerir la inscripción (ocho días), lo que puede conducir a que la norma del art. 20 LMC no sea operativa en la práctica, por lo menos si se concluye que el acto de ratificación e inscripción requiere de la comparecencia personal de los contrayentes.

Pero el texto del art. 20 de la nueva ley no exige categóricamente tal comparecencia personal, y la posibilidad de que el matrimonio pueda contraerse por mandatario (art. 103 del *Código Civil*) conduce *a fortiori* a la conclusión de que es posible que los contrayentes del matrimonio religioso puedan otorgar poder a un tercero para que, en su nombre, ratifique el consentimiento ya prestado y requiera la inscripción competente (quien puede lo más puede lo menos). Se solucionaría así el problema que representa la interrupción del usual viaje de novios por la caducidad del exiguo plazo impuesto por la ley. Es cierto que el inciso 2º que se agrega al art. 15 de la ley de Registro Civil tenía por finalidad, en la intención de los legisladores, que se excluyera la representación respecto de este tipo de inscripción¹. Pero el texto del precepto no resulta concluyente, ya que se limita a decir que “No tendrá aplicación lo previsto en el inciso precedente”, y esto bien puede entenderse referido no a la posibilidad de comparecer por mandatario sino a la facultad del Oficial del Registro Civil de exigir la comprobación del poder o la comparecencia de los requirentes. También puede entenderse referido a la imposibilidad de que se aplique en la ceremonia religiosa el

mandato para contraer matrimonio del art. 103 del *Código Civil*². En todo caso, entre dos interpretaciones de una norma debe preferirse aquella que conduzca a que ésta tenga eficacia práctica a otra que la deja inutilizada.

Entendemos que el consentimiento matrimonial válido se presta en estos casos ante el Ministro de Culto. De allí que la ley hable de “ratificar” el consentimiento ya prestado, y no de renovar o repetir nuevamente dicha voluntad. Se ratifica lo que ya existe, y esa ratificación operará, según las reglas generales, con efecto retroactivo, bajo condición de que se practique la inscripción en el Registro Civil del matrimonio religiosamente contraído³. Es decir, la fecha del matrimonio será la de su celebración religiosa, sin perjuicio de que se proteja a los terceros por la falta de publicidad de la unión en tanto no proceda la inscripción.

¹ Así, por ejemplo, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 15 de diciembre de 2003, se justifica la inclusión del inciso 2º en el art. 15 LRC, indicando que tiene por finalidad “exceptuar el caso del matrimonio celebrado ante ministro de culto religioso, en el cual la inscripción debe solicitarse en forma personal”.

² Agradecemos a la profesora Carmen Domínguez Hidalgo la sugerencia de estos argumentos.

³ La naturaleza jurídica del acto ratificatorio permite mantener esta conclusión a pesar de que la Sala del Senado desechara una norma que establecía expresamente la eficacia retroactiva del reconocimiento. Los motivos que se tuvieron a la vista fueron los posibles perjuicios para terceros, pero no que el consentimiento matrimonial no hubiera sido ya eficazmente prestado ante el Ministro de Culto. En verdad la protección de terceros se puede lograr sin necesidad de sacrificar la relevancia de dicho consentimiento.

3. ¿CÓMO COEXISTEN DOS MODELOS
MATRIMONIALES EN UNA MISMA LEY?
UNA PRIMERA RESPUESTA QUE NO
CONVENCE

La indecisión de la ley entre los dos modelos matrimoniales, que simplifícadamente llamaremos “matrimonio-compromiso” (el del art. 102 del *Código Civil*) y “matrimonio-convivencia” (el de los arts. 53 y ss. LMC), pone al intérprete ante el desafío de proceder a un esfuerzo de sistematización y ordenamiento que procure, hasta donde sea posible, una cierta consistencia y haga inteligible un texto legal tan fundamental para el Derecho de Familia.

A primera vista, uno podría pensar que lo que corresponde es hacer prevalecer la concepción del matrimonio-convivencia, puesto que es un hecho que la ley acepta el divorcio por mera voluntad de los cónyuges, sujeto a plazos de cese de la vida en común, y declara que tal acción es irrenunciable (art. 57 LMC). Si se asume esta posición deberá concluirse que la definición del art. 102 del *Código Civil* y las demás declaraciones que hace la ley sobre el matrimonio como base de la familia y la necesidad de que el juez procure la superación de las rupturas matrimoniales, la conciliación, la mediación, etc., deben arrumbarse en el nimbo de las declaraciones programáticas sin contenido normativo. Serían aspiraciones, ideales morales, pero no reglas jurídicas con fuerza vinculante. Se trataría de una armazón decorativa que serviría, en el imaginario colectivo de una sociedad conservadora como la chilena, para hacer más digerible la fría operatividad disolvente del divorcio.

Nos resistimos a pensar que sea ésta la interpretación más razonable para el texto que comentamos. En cualquier caso, digamos que puestos en un contexto como ése habría fuertes razones para estimar que un tal diseño legal de matrimonio resulta incompatible con las normas y principios de la Constitución. No se puede decir, seriamente, después de analizar la experiencia comparada y los estudios disponibles⁴, que la aceptación de un divorcio así de irrestricto (incluido el unilateral) conduzca a la protección y al fortalecimiento de la estabilidad de las familias sino, más bien, todo lo contrario. Por ello, puede afirmarse con propiedad que el Estado chileno, al aprobar estas disposiciones, vulnera el art. 1º de la Constitución en sus incisos 2º y 5º. También parece inconstitucional que no se reconozca y respete el derecho fundamental a contraer matrimonio negando la posibilidad de hacerlo en forma indisoluble⁵.

⁴ Cfr. *Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional*, Santiago, Universidad de los Andes, 2002, donde se sistematiza y recopila la información estadística que proporcionan múltiples estudios, sobre todo en los Estados Unidos, que es donde más se ha trabajado el tema. Con el método del seguimiento de casos de hijos de divorciados, puede verse el estudio de WALLERSTEIN, Judith S.; LEWIS, JULIA M. y BLAKESLEE, Sandra, *El inesperado legado del divorcio*, traducción de Graciela Jáuregui, México-Buenos Aires, Atlántida. 2001.

⁵ La ley misma reconoce que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana (art. 2), y declara así el contenido del art. 5 inc. 2º de la Constitución. En todo caso, dicho derecho se encuentra dentro de los que el Estado debe respetar y promover por remisión de dicho inciso segundo a los tratados internacionales. El Pacto Interna-

Con mayor razón aún puede tacharse de contraria a las normas constitucionales la aplicación retroactiva del modelo divorciable a los matrimonios contraídos bajo el régimen de la indisolubilidad (art. 2º transitorio LMC). Si para un simple contrato patrimonial un cambio legislativo que pretendiera imponer nuevas causales de terminación no previstas al momento de su celebración nadie dudaría en declarar su inconstitucionalidad, cuanto más si se trata de los derechos personalísimos emanados de este especial consorcio que es el matrimonio. Si bien, el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse sobre estos puntos porque no se presentó requerimiento, la cuestión sigue abierta como eventual materia de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia de la Corte Suprema (art. 80 Const.).

4. NUESTRA PROPUESTA DE COMPATIBILIDAD. LA PREEMINENCIA PARCIAL DEL MATRIMONIO COMO COMPROMISO INSTITUCIONAL

La primera percepción que, sobre todo por la campaña mediática que ha rodea-

cional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17.2) contienen un fuerte reconocimiento del *ius connubi*, en el cual cabe entender, por lo menos, que cabe la facultad de contraer un matrimonio indisoluble. Nótese que el art. 17.2 de la Convención Americana señala que en las condiciones para ejercer este derecho que señalen las leyes internas, éstas no deben violar el principio de no discriminación, lo que, sin duda, se produce si se impide a los que creen en el matrimonio de por vida el acceder a esta forma de unión matrimonial.

do el proceso legislativo, podría llevar a concluir que la nueva ley ha organizado la familia sobre una nueva forma de matrimonio: “la pareja que convive”, y que lo demás es ornamental o meramente funcional al propósito de regular en forma expedita y conjunta los efectos de la extinción del vínculo, no es la que se obtiene si se analiza con detención la ley tomando en consideración todas sus partes y no únicamente los artículos 53 y siguientes y, además, si se procede con el criterio hermenéutico de que las normas se han dictado para que tengan eficacia jurídica y no para desempeñar meros papeles simbólicos. Refuerza esta argumentación la necesidad de que la ley se interprete bajo el marco valorativo que proporciona la Constitución y que no es neutral en relación con la necesidad de proteger y fortalecer la familia.

No pretendemos sostener, por cierto, que el art. 102 del *Código Civil* y su concepción del matrimonio como compromiso indisoluble permita descartar la vigencia de los arts. 53 y siguientes referidos al divorcio. Por muy injusta que nos parezca esta regulación –que lo es y mucho– es ley formalmente vigente. El jurista dogmático debe distinguir lo que es de *lege lata* y lo que es de *lege ferendae*. Reconocemos que se ha instaurado en la ley positiva el divorcio vincular por las causales previstas en los arts. 54 y siguientes.

Pero, aún así, nos parece que el modelo matrimonial basado en el art. 102 del *Código Civil* no puede ser relegado a la función de mera retórica o reliquia histórica. Por el contrario, en general todo el texto de la ley gira so-

bre la base de esa concepción matrimonial. Sólo en ese sentido es posible comprender cabalmente la institución de la nulidad matrimonial así como la regulación de la separación judicial de los cónyuges; sólo bajo una visión como ésa puede justificarse el papel tutelar de la convivencia familiar, del cónyuge más débil y de los hijos, que la ley encomienda al juez en repetidas oportunidades. Una manifestación significativa de que lo que venimos diciendo es correcto nos la proporciona el precepto contenido en el art. 91 LMC. Según esta disposición, el juez que advierte en un proceso de divorcio que existen causales de invalidez del vínculo, debe informar a las partes para que puedan ejercer la acción correspondiente; y – más aún –, señala expresamente que fallará primeramente la cuestión de validez. Es decir, la ley hace explícita su preferencia por el modelo del matrimonio-compromiso por sobre el del matrimonio-convivencia.

5. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO AL DIVORCIO

La interpretación que defendemos trae, además, como lógico corolario que el divorcio en la nueva ley no reviste las características de un derecho individual absoluto fundado en la autonomía personal y, por tanto, cuyo ejercicio no reconoce límites ni restricciones. Por lo pronto, la misma ley hace improcedente el divorcio unilateral cuando el demandante ha incurrido en incumplimiento reiterado de sus obligaciones alimenticias para con su consorte o los hijos co-

munes (art. 55 inc. 3º LMC). Se trata de una restricción que no puede ser subsanada por el mero pago de las pensiones alimenticias atrasadas en el proceso de divorcio, ya que la ley no establece el levantamiento de la excepción en tal caso.

Es cierto que los senadores finalmente desearon una indicación que pretendía otorgar al juez la facultad para rechazar la demanda unilateral cuando causara más perjuicios al cónyuge demandado que beneficios al demandado (la llamada por la doctrina comparada como “cláusula de dureza”). Pero también es verdad que todos los parlamentarios convinieron en que el divorcio fuera materia propia de la función jurisdiccional y no una mera gestión administrativa. Si esto es así, no puede aceptarse que el juez en este tipo de juicios renuncie a su papel y se limite a registrar el plazo legal del divorcio. El juez, si pretende actuar como tal, está llamado a examinar los antecedentes del proceso e interesarse por los motivos que generan la demanda de divorcio. Por lo demás, es un principio general del Derecho (que cada vez gana más terreno en la jurisprudencia) que los derechos civiles deben ser ejercidos de buena fe y que la ley no protege su ejercicio cuando es abusivo o ilegítimo. No vemos razón alguna para que esta doctrina no tenga aplicación en los casos de divorcio consensual, si se comprueba un claro perjuicio para los hijos (cfr. 85 inc. 2º LMC)⁶ o, en todo caso, cuando se

⁶ La ideología del divorcio-remedio tiene como divisa que es posible separar la relación consensual de la relación filial, y así resulta la para-

trate de un divorcio unilateral. No es difícil imaginar supuestos en que la demanda de divorcio unilateral pueda ser abusiva por estar motivada por un propósito de venganza, de extorsión o de mera humillación del otro cónyuge. También es posible que se intente de esta forma privar de alimentos al cónyuge que ha contraído una enfermedad grave repentina o impedir el goce de beneficios previsionales o hereditarios ante una eventual próxima muerte del demandante. Los jueces deberán analizar caso por caso si realmente el divorcio puede ser admitido, en el marco de una legislación que procura la estabilidad del matrimonio y la lealtad con los compromisos de solidaridad conyugal.

6. SEPARACIÓN JUDICIAL Y DIVORCIO

También por razones de coherencia interna del nuevo cuerpo legal, nos parece que si los cónyuges obtienen de común acuerdo la separación personal hay que entender que optan por esa fórmula

doja de que mientras propicia la disolubilidad de la pareja matrimonial pretende conservar la “indisolubilidad” de la pareja parental. La experiencia extranjera demuestra que esto no es más que un ideal utópico, pues en la familia ambos tipos de relaciones están esencialmente imbricadas por lo que no se puede aspirar a que el quiebre de una no afecte la estabilidad de la otra. Al respecto, pueden verse las iluminadoras consideraciones de DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, “Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1995, 2, p. 249 y ss.; en especial las pp. 255-266, donde analiza lo que denomina el mito de “l’indissolubilité du couple parental”.

la de regulación de la ruptura, que en la ley aparece claramente como un régimen de regulación de la ruptura alternativo al divorcio⁷. No será admisible, entonces, que uno de ellos pretenda extinguir el régimen jurídico de la separación invocando el cese de la convivencia como fundamento del divorcio unilateral. Se aplicará aquí la doctrina de los actos propios. El cónyuge ha optado por una figura alternativa que mantiene la vigencia del vínculo y lo ha hecho de común acuerdo con su marido o mujer, no podría luego ir contra su propia decisión y solicitar el divorcio unilateral, imponiéndole este estado civil a su consorte.

Más razones existen para estimar esa improcedencia si uno de los cónyuges ha demandado de separación al otro por falta imputable (art. 26 LMC), y la separación se ha concedido sobre la base de la comprobación de dicha culpa. No podría el cónyuge separado por su culpa invocar luego el cese de la convivencia motivado por la separación para pedir el divorcio unilateralmente. La separación por culpa trae consigo sanciones civiles como una disminución de la obligación alimenticia (art. 175 CC) y una indignidad hereditaria, como legitimario y como heredero *abintestato* (art. 35 LMC y arts. 994 y 1.182 CC). Si se admitiera al cónyuge que ha sido objeto de tales sanciones obtener el divorcio se le estaría dando la prerrogativa injusta de dejar sin efecto tales san-

⁷ Nótese que la notificación de la demanda de separación no es considerada por la ley como fecha cierta de cese de la convivencia para el cómputo del plazo del divorcio.

ciones por la extinción del vínculo matrimonial. El principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo impone la conclusión de que se deniegue el divorcio unilateral en tales supuestos, aun cuando se cumplan formalmente los plazos de espera legalmente establecidos. Más aún, siguiendo este razonamiento, entendemos factible que si el cónyuge culpable toma la iniciativa y demanda el divorcio por cese de la convivencia el cónyuge demandado podrá ejercer por la vía reconventional la acción de separación por culpa. En tal caso, el juez deberá tramitar ambas acciones y, probada la falta imputable al demandante, decretará la separación y desestimaré la demanda de divorcio.

266

7. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA
COMO “MONEDA DE CAMBIO”
DEL DIVORCIO UNILATERAL.

¿ES POSIBLE LA REPARACIÓN DE LOS
PERJUICIOS DERIVADOS DEL DIVORCIO?

El divorcio por repudio ha sido desde siempre el más denostado en la historia del Derecho: “tragedia para el cónyuge, objeto de horror para nuestras sociedades occidentales” dirá Carbonnier⁸. Pero lo cierto es que el movimiento ideológico que promueve el divorcio por causa objetiva propicia en verdad un divorcio por voluntad unilateral. Nuestra ley en esto ha sido franca y acepta sin tapujos que a los tres años de cese de la convivencia uno de los cónyuges

pueda, sin aducir razón alguna, obtener el divorcio en contra de la voluntad del demandado (art. 55 inc. 3º LMC). El legislador quiso, sin embargo, paliar la crueldad del repudio concediendo al cónyuge abandonado lo que, con discutible técnica jurídica dio en denominar “compensación” económica, y que se regula en los arts. 61 y ss. de la nueva ley. De alguna manera, los legisladores prodivorcio parecen enviar el mensaje de que se acepta que un cónyuge se libere del otro siempre que pague un cierto precio por esa liberación. Pero si se analizan los textos se observa que la compensación económica puede en muchos casos ser un precio ínfimo para los costos que deberá sufrir el cónyuge repudiado (en la mayor parte de los casos, la mujer que se hace cargo de los hijos comunes).

Por una parte, se trata de una prestación que tiene naturaleza indemnizatoria, y no alimenticia o asistencial. No interesa a la ley qué necesidades tiene o tendrá la cónyuge abandonada. De acuerdo con el art. 61 LMC, la compensación pretende indemnizar al cónyuge que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o del hogar no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa o lo hizo en menor medida de lo que quería y podía. Todo esto queda entregado a la discreción del juez, y en último término a la situación patrimonial del cónyuge deudor que se logre demostrar en el pleito (art. 62 y 66 LMC). El juez debe fijar la indemnización en un monto único, que no variará por las incidencias posdivorcio, cualesquiera que ellas sean. Diferentes pueden ser las formas de pago de esa cantidad única, una de las

⁸ CARBONNIER, Jean, “La question du divorce”, en *Recueil Dalloz-Sirey*, 1975, chr. 119.

cuales es su parcelación en cuotas, (cuyo número la ley no limita), y que, salvo caución, pueden cobrarse como si fueran alimentos (lo que prueba que en verdad no lo son) (art. 66). Es más, claramente, la ley señala que el divorcio extingue toda obligación alimenticia entre los divorciados (art. 60 LMC).

Debe notarse que la compensación económica se basa en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, es decir, el cónyuge que la pretende deberá probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada o lucrativa fuera del hogar (pide que se le repare la ganancia que podría haber obtenido). Por eso, si la mujer, pudiendo trabajar fuera optó libremente por dedicarse total o parcialmente al hogar, el texto de la ley le negaría este derecho. La compensación sólo se otorga al cónyuge que “no pudo” trabajar pudiendo hacerlo o que trabajó en menor medida “de lo que podía y quería”. Si el legislador o la jurisprudencia no corrigen estos preceptos, se podrán dar casos de injusticia notoria como, por ejemplo, si la mujer no se dedica al hogar, pero tampoco puede trabajar por padecer de una enfermedad inhabilitante. Según estas normas, no hay lucro cesante que resarcir ya que la mujer de todos modos no podía haber obtenido ganancias trabajando fuera del hogar, pues la enfermedad se lo impedía. Resulta nuevamente paradójico que haya sido el Servicio Nacional de la Mujer la repartición pública que más haya abogado por la consagración de esta forma de divorcio, cuando la mayor afectada por el divorcio unilateral es la mujer que sigue al cuidado de los hijos, y el costo que debe asumir exce-

de con creces toda posible “compensación” como la diseñada por esta ley. En caso de ruptura, la mujer abandonada queda mucho más tutelada por el régimen de separación. Éste, al menos, le permite reclamar alimentos en cualquier momento en que tenga necesidades, ya sea por enfermedad u otra causa a lo largo de toda su vida y, además, le posibilita conservar sus derechos en la herencia de su marido, entre los cuales se encuentra la adjudicación preferente de la vivienda familiar (art. 1.337 N° 10 CC).

La precaria protección que le otorga la ley al cónyuge repudiado por medio de la “compensación”, puede ser paliado aplicando el instrumento técnico previsto para la reparación de daños causados injustamente: la responsabilidad civil. Pensamos que la existencia de esta compensación económica no es una indemnización tarifada que impida al cónyuge abandonado o al que ha sido víctima de un hecho que la ley considera causal de divorcio por culpa el reclamar indemnización por los daños morales y materiales causados por el incumplimiento marital y también por la situación económica desmedrada en que quedará como resultado de un divorcio⁹. La indemnización de los resultados del divorcio no será razonable otorgarla al cónyuge que demanda por

⁹ La cuestión es ampliamente debatida en Argentina, por ejemplo, donde la ley, incluso, reconoce la subsistencia del derecho de alimentos entre cónyuges divorciados. La tendencia mayoritaria es favorable a la procedencia de la indemnización. Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Daños en el Derecho de Familia*, Buenos Aires, La ley, 2001, p. 133 y ss.

propia iniciativa el divorcio por culpa, ya que es él quien prefiere esa situación. Pero sí deberá serle concedida al cónyuge que, ante la demanda de divorcio unilateral de su consorte, se defiende reconventionalmente pidiendo que se declare el divorcio por falta imputable y se le indemnicen los perjuicios provocados por el hecho culpable y por los resultantes del divorcio, que no alcancen a ser cubiertos por la “compensación económica” prevista por las normas de los arts. 61 y ss. de la nueva ley.

8. LAS PARADOJAS PROCEDIMENTALES

Excedería con mucho un comentario como éste el análisis de las paradojas e inconsistencias que plantea la ley en el aspecto procedimental. Baste con señalar lo grotesco que resulta que el legislador legisle sobre la base de un procedimiento y un órgano judicial competente que no existen y que no se sabe ni cuándo ni cómo llegarán a existir (arts. 87 y 88 LMC). Los artículos transitorios nos aclaran que la nulidad, separación y divorcio, y todas las materias concurrentes, desde el cuidado de los hijos a la liquidación de la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, serán de competencia de los jueces ordinarios con jurisdicción civil, mientras se espera que se instalen los prometidos tribunales de familia (art. 1º transitorio). ¿En qué queda entre tanto la competencia de los jueces de menores? Otra de las múltiples cuestiones que quedan a la deriva en el texto de la ley.

Apuntemos un detalle adicional. En el juicio ordinario especial que estable-

ce la disposición tercera del art. 1º transitorio para los juicios de divorcio, nulidad y separación se establece que la prueba confesional no bastará para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges. ¿Qué quiere decir esto? ¿Acaso que para el resto de las materias: causales de nulidad, divorcio por culpa, etc., procede sin límites el valor de plena prueba de la confesión? A eso nos llevaría la norma si la interpretamos *a contrario sensu*, pero de ser así se daría el absurdo de que de las nulidades fraudulentas con testigos falsos estaríamos transitando al divorcio o nulidad *express* (sin plazo de espera) sobre la base de la confesión del demandado (previamente convenida). Hemos de rechazar tal interpretación, y entender que la norma sólo confirma –en un punto para el cual podría haberse dudado: la fecha de cese de la convivencia–, la consolidada doctrina de que en materia de estado civil la confesión no es admisible como medio probatorio.

9. Y POR ÚLTIMO ALGO SOBRE LA NULIDAD...

La nulidad matrimonial ha sido minuciosamente regulada por la Nueva Ley. Las novedades fundamentales se refieren a las causales. Por cierto, se elimina la incompetencia del Oficial del Registro Civil, pero también en una decisión de última hora en la Sala del Senado, y a nuestro juicio sin una consideración sosegada de las posibles repercusiones, se suprime la impotencia como incapacidad nupcial. Predominó un sentimiento de compasión para este tipo de enfer-

mos y se pensó que en caso de ocultación el cónyuge afectado podría invocar la nulidad por el nuevo vicio del consentimiento consistente en el error sobre las cualidades personales del contrayente. Según nuestro parecer, esta derogación fue poco prudente porque ella podría dar a entender –aunque no fue ésa la intención de los legisladores que se refleja en las actas parlamentarias– que la viabilidad de la conjunción sexual entre el marido y la mujer no es un elemento objetivo y propio del matrimonio como institución en la que se funda la familia, lo cual es equivocado. La capacidad para realizar la cópula sexual de un modo humano es esencial para que pueda hablarse de verdadero matrimonio, aun cuando no haya habido error ni ocultación. Una relación de amistad, compañerismo, fraternidad, puede ser muy loable, pero no hay por qué asimilarla a la institución social del matrimonio, base de la familia (art. 1 LMC). Siendo la capacidad sexual un elemento esencial del compromiso matrimonial, bien podría ahora argumentarse que, aunque la impotencia perpetua e incurable ha dejado de ser una causal de nulidad del vínculo, su comprobación, previa demanda de alguno de los cónyuges, podría determinar la constatación judicial de la inexistencia del matrimonio.

Otra forma de impedimento que se elimina es la de los sordomudos que no pueden escribir, al permitir la ley expresar la voluntad matrimonial por medio de un lenguaje de señas (lo que viene a confirmar el criterio que ya había introducido en el *Código Civil* la ley N° 19.904, de 2003 para la capacidad en general).

Las novedades en materia de causales continúan al añadirse dos nuevos supuestos que se incorporan siguiendo el *Código de Derecho Canónico* de 1983 (c. 1095). La primera consiste en la incapacidad para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio, incapacidad que debe ser absoluta y estar causada por un trastorno o anomalía síquica fehacientemente diagnosticada (art. 5 N° 3 LMC). La segunda se refiere a la falta de discernimiento suficiente para comprender y comprometerse con los derechos esenciales del matrimonio (art. 5 N° 4 LMC).

Se podría criticar la incorporación de estas causales por su tenor abierto y por introducir elementos de decisión demasiado sofisticados para la realidad procesal civil chilena (diferentes del contexto en el que se desarrolla el proceso canónico). Se teme que se reanude el fraude a través de la comprobación abusiva de estas causales. Sin desconocer que el riesgo de abuso está siempre presente en materia de nulidad matrimonial, pensamos que la admisión del divorcio de común acuerdo tras un plazo de un año de espera hace muy improbable que se prefiera recurrir al intrincado camino de simular un juicio de nulidad por alguna de estas causales. Tampoco por esta vía un cónyuge podría saltarse los requisitos del divorcio unilateral, ya que en tal caso no tendrá la anuencia del otro cónyuge para construir el proceso fraudulento.

De cualquier forma, el posible riesgo de utilización abusiva resulta con creces compensado por las ventajas que, estimamos, presenta esta modernización de la ley civil en materia de nulidad. Por lo pronto, la incorporación de

estos criterios de validez permite confirmar la preferencia general de la ley por el modelo del matrimonio basado en el compromiso institucional. Sólo bajo esa concepción se entiende y es justo que una incapacidad (por defecto síquico o falta de madurez en el discernimiento), para consentir en un acto de tan alta relevancia para la vida de los esposos, determine la nulidad del pacto celebrado, (por cierto, con todas las atenuaciones a los efectos retroactivos de dicha declaración que deriven de la putatividad del matrimonio nulo). Por otra parte, bien puede un cónyuge que ha sido demandado por divorcio unilateral por su consorte, reconvenir demandando a su vez la declaración de nulidad por la existencia de alguna de estas nuevas causales, que efectivamente pueden haber afectado la celebración. Debe tenerse en cuenta que para una persona puede ser doloroso que se le obligue a asumir el estado civil de divorciado, cuando sus convicciones religiosas o morales rechazan la legitimidad de esta institución.

Finalmente, pensamos que la incorporación de estas nuevas causales permitirá a todos los que hayan obtenido la nulidad canónica ante los tribunales eclesiásticos por causales equivalentes, obtener la nulidad civil de un modo más sencillo y sin que se vean forzados a recurrir ni al juicio de divorcio, que violenta sus conciencias, ni a un proceso simulado de nulidad como sucedía con el fraude de la incompetencia.

10. LA CULTURA DEL DIVORCIO Y EL RECONOCIMIENTO CIVIL DEL MATRIMONIO INDISOLUBLE

Los comentarios que anteceden tienen por misión hacer inteligible y medianamente coherente un cuerpo legal cuyo texto revela profundas escisiones e inconsistencias. Sin desconocer la aprobación legislativa del divorcio vincular procuramos la interpretación más benigna con la familia, con el cónyuge más débil, con los hijos y con el bien común de la sociedad en general. Una interpretación como la que proponemos podrá por el momento paliar las consecuencias expansivas de la “cultura del divorcio” que ha terminado por penetrar de un modo uniforme en las sociedades occidentales, siendo sus principales consecuencias ya analizadas y conocidas en los Estados Unidos, desde donde el movimiento del *non-fault divorce* comenzara su expansión en la década de los setenta¹⁰.

Pero la interpretación morigeradora de la eficacia destructiva del divorcio y de la imagen social del matrimonio que

¹⁰ Según WHITEHEAD, Barbara Dafoe, *The divorce culture*, New York, Alfred A. Knopf, 1997, esta cultura del divorcio que lo presenta como un derecho individual, ha conducido a menos igualdad, y a una mayor desigualdad, menos libertad y más coerción, menos altruismo y más individualismo y ha creado una sociedad en la que no se valora el compromiso. No siendo la autora partidaria de la indisolubilidad, llama, sin embargo, a dismantelar esta forma ideológica de concebir el divorcio que ha impregnado la legislación de la mayor parte de los estados occidentales, comenzando por los Estados Unidos (cfr. especialmente el capítulo final, p. 182 y ss.)

éste proyecta, no empece a que calificamos de injusta la norma que autoriza disolver un pacto que ha incluido como elemento de su esencia la indisolubilidad. Es injusto que uno de los cónyuges se retracte de la promesa voluntaria de donación esponsal que ha hecho al otro y es inicua la ley que así lo permite. Siguiendo la doctrina clásica del Derecho Natural, que nos dice que la ley injusta no es ley, sino violencia, sostenemos que las disposiciones de la nueva ley que autorizan la disolución de un matrimonio válido en vida de ambos cónyuges, si bien son formalmente leyes no lo son desde el punto de vista material; es decir, la necesidad de respetarlas o acatarlas no se justifica en su valor como fuentes del Derecho, sino únicamente por la fuerza de la coerción estatal que sanciona su incumplimiento. La cuestión no es baladí. Si estamos en lo cierto y estas normas contradicen la justicia natural del pacto matrimonial, se justifica –y se impone en conciencia– la negativa a presentar o asistir profesionalmente una demanda de divorcio si con ella se pretende disolver un matrimonio válido¹¹. Se justifica que el cónyuge demandado por divorcio pueda

defenderse con todas las herramientas que le proporciona la ley para evitar que se consume dicha injusticia. Se justifica también la objeción de conciencia o resistencia de los postulantes de la práctica profesional de abogado o de otras personas que se encuentren obligadas a hacerse cargo de procesos judiciales, a participar en causas que pretendan obtener el divorcio. Más compleja es la situación en la que se encuentran los jueces en relación con el problema de aplicar o no la ley manifiestamente injusta. La doctrina del Derecho Natural proporciona soluciones con los criterios previstos para la admisibilidad moral de lo que clásicamente se denomina “cooperación material” con el mal (lo injusto), cumpliéndose ciertos requisitos, sobre los cuales no podemos tratar ahora¹².

Por último, la conclusión de que estamos frente a disposiciones legales injustas hace posible entender la aspiración a que, desde el mismo día en que entre en vigencia la nueva normativa (18 de noviembre próximo), se propicie una creciente corriente de opinión que urja por la reforma de esta ley y, a la manera como están reaccionando Louisiana y otros estados estadounidenses contra la cultura divorcista, se abran espacios de libertad para que los matri-

¹¹ En este sentido, GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología Jurídica*, 4ª ed., Pamplona, Eunsa, 1999, p. 141 y ss., criterio que aplica, incluso, si no consta con certeza que los divorciados pretendan volver a contraer matrimonio: “La razón es clara: no se ha de tratar sólo de evitar la cooperación a posibles males futuros de los litigantes, sino de evitar la misma cooperación material en la aplicación de una norma contraria a la ley natural”. La única excepción –contemplada en el punto 2383 del *Catecismo de la Iglesia Católica*– se da cuando no existe un régimen de

separación alternativo para regular la ruptura. Pero existiendo en nuestra legislación esta posibilidad (el régimen alternativo de separación), tal excepción no puede tener aplicación entre nosotros.

¹² Al respecto, en general, puede consultarse a CUERVO, Fernando, *Principios morales de uso más frecuente*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 1995, p. 144 y ss.

monios puedan acceder voluntariamente a un estatuto que brinde una mayor protección a la estabilidad de la unión. A nuestro juicio, no existen argumentos convincentes para desestimar la propuesta de Mazeaud en Francia¹³ y de Fuenmayor en España e Italia¹⁴, de reconocer en la ley un matrimonio facultativamente indisoluble. Los partidarios del divorcio no pueden, sin entrar en contradicción, enarbolar la autonomía individual para fundar el divorcio y negarla para contraer matrimonio irrevocable (nos dan todas las libertades menos la de comprometerla, nos dirá de nuevo Chesterton). Por nuestra parte, los que defendemos el matrimonio indisoluble, estaremos de acuerdo con que al menos esa forma de matrimonio sea reconocida como tal por el ordenamiento civil, lo que, además de respetar las convicciones más profundas de muchas personas, proporcionará, según lo demuestran las estadísticas y estudios sociológicos, mayo-

res cuotas de estabilidad en las familias y menos disfunciones sociales.

La multitud de paradojas que nos presenta esta nueva legislación, y el contenido del comentario que, después de una primera lectura, hemos hecho, nos servirá de excusa ante quienes nos puedan reprochar lo paradójal que resulta que uno de los académicos que más empecinadamente argumentó en contra de la introducción del divorcio¹⁵, sea llamado a comentar la primera ley chilena que desgraciadamente lo consagra. Lo hacemos con la esperanza de que prospere la interpretación más benigna para la familia, y con el deseo de que, con la mayor brevedad posible, esta legislación sea modificada para incluir en ella el derecho de las personas que lo deseen a contraer un matrimonio para toda la vida. El debate sobre el divorcio, que atañe a algo tan fundamental como la expresión jurídica del amor pleno y fecundo de los esposos, debe proseguir.

¹³ Cfr. MAZEAUD, Leon, "Solution au problème du divorce", en *R. Dalloz-Sirey* 1945, chr. 11.

¹⁴ Cfr. FUENMAYOR, Amadeo de, *La inspiración cristiana de las leyes. Para una pedagogía del inconformismo ambiental*, Navarra, Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta, 2003.

¹⁵ Véase, a modo de compendio, nuestra obra *Ley de divorcio. Las razones de un no*, Santiago, Universidad de los Andes, 2001.