

SOBRE EL PROYECTO DE DIVORCIO VINCULAR EN NUESTRA LEGISLACION

César Parada Guzmán
Profesor de Derecho Civil

I. CUESTIONES PREVIAS.

Antes de entrar a formular algunos comentarios sobre el Proyecto e indicaciones sobre el divorcio vincular en nuestra legislación -a lo menos existen cuatro:

- a) El aprobado por la Cámara de Diputados;
- b) las indicaciones formuladas por el Poder Ejecutivo al Proyecto Original;
- c) el de los senadores Chadwick, Diez y Romero y
- d) las indicaciones de los senadores Hamilton y Zaldívar, don Andrés.

Nos parece indispensable formular algunos alcances previos. Son los siguientes:

- 1. ¿La Institución del matrimonio se encuentra debidamente protegida en nuestra legislación y es respetada o no por el común de la población?**

Nos parece que la respuesta es negativa. Y para ello basta tener presente que más de un 50% de los niños que nacen en Chile, son producto de relaciones extramatrimoniales. Lo anterior necesariamente debe conducir a meditar sobre el

aumento de las relaciones de hecho; de concubinato, esto es, uniones de hecho desprovistas de todo compromiso de la pareja y hacia los hijos producto de éstas que se traducen en relaciones indebidamente reguladas.

¿Y ello a qué conduce? No sólo a situaciones fácticas y generalmente a la desprotección y a la marginalidad.

¿Cómo ha pretendido resolverse este problema? A mi juicio de manera elíptica y no integral. Es así, como nuestro legislador sin poder dejar de reconocer este hecho optó **por una reforma legal en materia de filiación**. La filiación hoy en día es una sola y es así como se ha establecido una igualdad de derechos entre los hijos de filiación matrimonial y los de filiación no matrimonial y se establecen iguales derechos hereditarios para los unos y los otros. La solución parece justa pero la técnica utilizada dista mucho de ser la adecuada y ello se advierte con mayor nitidez en las reformas que a propósito de este tema se introdujeron en materia sucesoral.

2. ¿Existe en Chile o no el Divorcio?

Desde luego –con ese nombre- nuestra antigua ley de matrimonio civil del año 1884 lo establece en su art. 19, **pero dejando en claro que tal divorcio no disuelve el vínculo matrimonial. Dicho en otras palabras el divorcio constituye un simple reconocimiento legal de la separación de cuerpos.**

Pero la realidad frente a estos conflictos es mucho más fuerte: entre nosotros, **la disolución del vínculo se logra y obtiene a través de la nulidad de matrimonio. Y ello se logra en forma fraudulenta, recurriendo los interesados a un resquicio legal: probando que el Oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio era incompetente, por no corresponder a la jurisdicción donde los contrayentes o alguno de ellos tenía su domicilio o residencia durante los tres meses anteriores a la celebración del matrimonio.** Adviertan ustedes que la nulidad por esta causal puede afectar a matrimonios con 10, 15 o 30 años de vigencia.

Nuestra jurisprudencia aceptó esta tesis en sentencias que datan desde el año 1925, es decir, hace ya cerca de 77 años

atrás. No nos referiremos a las razones técnico-jurídicas aceptadas por nuestro Tribunal Supremo, pero lo cierto -olvidando o prescindiendo de meras cuestiones semánticas- es que en nuestro país existe el divorcio vincular por mutuo acuerdo de los cónyuges.

Y este es el peor escenario, pues supone una colusión no sólo de los cónyuges, sino también de los testigos y del Estado a través de la intervención del Poder Judicial. Con el agravante que no existe en la ley preocupación alguna por la prole –que queda entregada a su propia suerte- y además que estas nulidades se obtienen generalmente mediante transacciones y presiones económicas que pueden afectar al marido o a la mujer, según los diversos casos.

¿Y ha sido el legislador cómplice de lo anterior? Frente a la avalancha de nulidades matrimoniales y los problemas que pudieran afectar la legitimidad de los hijos, como consecuencia del efecto retroactivo expansivo de la nulidad, hubo de modificarse el Código Civil y concretamente el Art. 122, que estableciendo el matrimonio putativo, dispuso que la nulidad declarada no afectaría la legitimidad de los hijos concebidos en el matrimonio declarado nulo.

Técnicamente la nulidad del matrimonio no tiene vinculación alguna con el divorcio. La primera, supone la existencia de un vicio al momento de celebrarse o convenirse el matrimonio; en cambio, el segundo, dice relación con la existencia de hechos o circunstancias ocurridas con posterioridad, es decir, durante la vigencia.

Los proyectos de ley que analizaremos coinciden en derogar la incompetencia del Oficial de Registro Civil como causal de nulidad, con lo cual se pretende en forma muy loable eliminar el fraude consiguiente. Todos los oficiales del Registro Civil serán competentes para celebrar el matrimonio. Nos parece que la solución es buena. Quizás podría haberse arribado a una solución de igual naturaleza, fijando un plazo de prescripción de la acción de nulidad muy breve, como por ejemplo de uno o dos años contados desde la fecha de celebración del matrimonio.

¿Con los proyectos que examinaremos se evita o no el fraude a que pueden recurrir los cónyuges?

Veremos que a propósito de los requisitos de validez del matrimonio y de los vicios del consentimiento que se

contemplan, los fraudes no sólo no disminuirán sino que se acrecentarán o podrán acrecentarse, producto de traslado a la ley civil de materias reguladas por la ley canónica.

3. El proyecto que analizaremos, versa únicamente –como es obvio- **sobre el matrimonio civil y excluye cualquier ingerencia en el matrimonio religioso**, que seguirá rigiéndose íntegramente por el Derecho Canónico.

Sin embargo, ello no siempre es así en la legislación comparada: **en Italia, se afecta también el religioso, con algunas excepciones; en España, se adopta igual solución pero en forma más tajante: "el matrimonio se disuelve sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración... por el divorcio"**.

Pero la tendencia generalizada es la contraria y el proyecto que nos ocupará no trata de este problema.

4. En materia de derecho de familia, lo peor es el **INMOVILISMO**, toda vez que si las legislaciones no se van adaptando a las realidades sociales, caen en el descrédito y se buscan válvulas de escape para solucionar los problemas. Dichas válvulas –al margen de la ley- pueden y son peligrosas e injustas. Por eso el derecho de familia es el que ha sufrido mayores modificaciones desde la dictación del Código de Bello.

El problema es otro y quizás mucho más sensible. Una ley como la que examinaremos entra a reglamentar cuestiones demasiado íntimas y delicadas; ingresa al hogar y debe procurar soluciones objetivas y justas.

Se produce un fenómeno extraño y difícil, que un autor resumía diciendo que en este caso existe en realidad una dicotomía: **"el amor no tiene leyes y el derecho no tiene amor"**.

5. Yo soy partidario del divorcio vincular pero soy crítico de los proyectos que explicaremos. No los comparto y creo que pueden mejorar substancialmente. La invitación que se me ha

formulado es para referirme a los proyectos de divorcio y por eso es que omitiré expresamente las razones —extrajurídicas— que puedan llevar a los convocados a esta reunión a tener posiciones discrepantes, que respeto pero a los cuales no me referiré por no ser materia de esta invitación.

II. DIVORCIO, SANCION O CON CULPA Y DIVORCIO, REMEDIO O SOLUCION.

El divorcio reconoce claramente dos vertientes, que naturalmente difieren entre sí:

a) El divorcio, sanción o con culpa.

Que es aquel que puede solicitar el cónyuge inocente frente a graves incumplimientos de los deberes maritales del otro cónyuge, a quien se conoce también con el nombre de cónyuge culpable, como por ejemplo: atentar en contra de la vida o salud del inocente, sus ascendientes o descendientes; intentar la prostitución del inocente o de la prole en común, etc.

b) El divorcio solución o remedio.

En este caso no existen cónyuges culpables o inocentes, sino el deseo o interés de uno o de los dos, de producir la ruptura del vínculo matrimonial por existir incompatibilidades para mantener una vida en común. Las incompatibilidades se reflejan en causales de mayor o menor entidad según las distintas legislaciones.

El divorcio remedio o solución comienza a reflejarse en las legislaciones en la década de los años 60:

- a) **Inglaterra**, en el año 1969, que establece como causal única del divorcio "**la ruptura irremediable de la comunidad conyugal**" y enumera las causas o motivos que según el legislador la justifica;
- b) **Estados Unidos**, la Suprema Corte ha sancionado como derecho constitucional el derecho a divorciarse. Como en Estados Unidos existe un derecho estatal no hay uniformidad en la regulación, pero en general puede decirse que desde 1969 en

California, se suprimió el divorcio por culpa y se consagró el divorcio remedio o solución, estableciendo como causal las **"irreconciliables diferencias entre los cónyuges"** y ello se ha ido expandiendo a otros Estados;

- c) **Italia**, se instaura el divorcio vincular por ley de diciembre de 1970 y se establece también una causal genérica **"cuando el juez constate que, por alguna de las causas que se enumerarán, la comunidad espiritual y material entre los cónyuges no puede ser mantenida o reconstituida"** agregándose posteriormente diversas causales constitutivas de hechos fácticos genéricos.
- d) **Alemania y Francia**, establecen sus leyes sobre divorcio vincular o las reestudian en los años 1976 y 1972, debiendo dejarse constancia que en esas épocas fueron instauradas con amplitud, pues estos países tenían tradiciones divorcistas; en fin, en España fue introducida por Ley de 1981, fijándose como causales la existencia de hechos culpables (atentados contra la vida del otro cónyuge, ascendientes o descendientes) y divorcio por falta de convivencia.

III. PROYECTO DE LEY CHILENO SOBRE EL DIVORCIO VINCULAR.

Como era de esperar el debate que ha producido la discusión parlamentaria que deroga la ley de matrimonio civil de 1884 e introduce, entre nosotros, el divorcio vincular, ha sido duro y encarnizado. Diversos artículos de opinión así lo reflejan: los de Pablo Rodríguez Grez e Ignacio Walker, el primero francamente partidario y el segundo explicando las razones que los justifican como una manera "menos mala" frente a nuestra actual legislación.

Por otro lado, están las opiniones de los profesores Eyzaguirre y José Joaquín Ugarte, oponiéndose frontalmente a una solución de esta especie, por considerarla atentatoria contra la familia y por atentar, además, "contra los fines del matrimonio y

por ser contrarios al orden de la naturaleza". En fin, está la Pastoral del Cardenal Errázuriz intitulada "Lo que Dios ha Unido" que estima que el divorcio es un mal que debe rechazarse y que no puede quererse para Chile.

Aunque soy francamente partidario del divorcio vincular, no me corresponde pronunciarme sobre las opiniones vertidas, ni sobre sus atributos o defectos, ya que no he sido convocado a esta reunión con ese fin. Mi papel es sólo pronunciarme sobre el proyecto o proyectos de ley de divorcio vincular, debiendo recordar que existen cuatro:

- a) el aprobado por la cámara;
- b) las indicaciones del Ejecutivo;
- c) la de los senadores Chadwick, Diez y Romero, y
- d) la de los senadores Hamilton y Zaldívar, don Andrés.

El proyecto, **comienza reformulando los requisitos de validez del matrimonio y de los vicios del consentimiento, como causales de nulidad y sustituyendo la edad mínima para contraerlo, fijándola en los 16 años.** No se advierte la razón de esto último y sobre todo cuando más adelante refiriéndose a la inhabilidad de los testigos, en razón de la edad, dispone que no son hábiles para testificar los menores de 18 años.

En segundo lugar, sustituye nuestro antiguo divorcio no vincular por la figura de la separación de los cónyuges constatada judicialmente. Esto es importante, toda vez que la separación de los cónyuges constituye más adelante una causal de divorcio, **de donde puede extraerse legítimamente que, en algunas hipótesis, el divorcio procede por la sola voluntad unilateral de uno de los cónyuges.**

En tercer lugar, se establece el divorcio vincular y se crea un nuevo estado civil: **"el de divorciado"**.

En cuarto lugar, se establecen normas procesales para la tramitación de los juicios sobre esta materia; se crea una instancia de conciliación y se establece la intervención subsidiaria del juez para resolver una serie de materias anexas: tuición, visitas, alimentos, etc.

Si fracasa la conciliación se establece, además, un proceso de mediación.

Por último, se modifican o derogan diversas normas del Código de Procedimiento civil y del Código Civil y se deroga, como es obvio, la ley de matrimonio civil.

En sus artículos transitorios, se establece que la ley regirá *in actun* y se aplicará también a los matrimonios celebrados con anterioridad a la vigencia, salvo en lo concerniente a las formalidades y requisitos externos del matrimonio y a las causales de nulidad, las que se regirán por la ley vigente a la época de su celebración.

Estas normas y otras han planteado serios problemas de constitucionalidad.

IV. EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

1. Se eleva la edad para contraer matrimonio a los 16 años. Antes no podrían contraerlos los impúberes.
2. Se establece como impedimento para contraer matrimonio a los que **"padecen de impotencia perpetua e incurable"**, lo que posteriormente se elimina en las indicaciones a la ley hechas por el ejecutivo.
3. Se elimina la incompetencia del Registro Civil como causal de nulidad de matrimonio, con lo cual se pretende eliminar los fraudes propios que conlleva esta causal.

Sin embargo, esto es una declaración meramente teórica, ya que se agregan otras que pueden prestarse para mayores fraudes. Me explico: según el artículo cuatro número 3 del proyecto son incapaces para contraer matrimonio **"los que, por causas de naturaleza síquica, no pudieran asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, sea absolutamente, sea de manera compatible con la naturaleza del vínculo"**. La amplitud y vaguedad de la norma abre una puerta para realizar todo tipo de fraudes como los que se querían evitar.

Las indicaciones del ejecutivo tienden a corregir a medias esta solución, ya que la sustitución sigue siendo tan vaga como el texto primitivo. Me refiero al artículo cuatro número tercero y cuarto del proyecto indicativo. **número 3: los que carezcan de uso de razón y los que por un trastorno y anomalía síquica, debidamente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; número 3. Los que carezcan de suficiente juicio o discernimiento para comprender o comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio".**

Lo propio ocurre en materia de vicios del consentimiento, el art. 7 del proyecto dispone: Falta de consentimiento libre y espontáneo en los casos siguientes:

- 1º Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente, o acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento.
- 2º Si ha habido fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, o presión psicológica grave, ocasionada por la persona del otro contrayente, por un tercero o por una circunstancia externa que hubiere sido determinante para contraer el vínculo".

Ya el error no basta que sea en la persona física sino que también vicia el consentimiento el que recae en **"algunas de sus cualidades personales, que atendían a la naturaleza ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento. No puede haber algo más amplio y vago que lo anterior y ello dará lugar a todo tipo de fraudes que, obviamente la ley quiere evitar".**

La indicación del ejecutivo mantiene prácticamente estas mismas causales de vicios del consentimiento, lo que nos ahorra nuevos comentarios.

En Cuanto al Divorcio Vincular.

El divorcio pasa a transformarse en vincular, es decir, pone término al matrimonio (art. 49 del Proyecto y 30 de las indicaciones del Ejecutivo) pero ello no afecta la filiación y los

derechos que de ella emanan. Se crea un nuevo estado civil: el de divorciado.

Causales de Divorcio

En cuanto a las causales deben distinguirse tres tipos:

- a) **Divorcio por Cese de convivencia.** Procede tanto por separación de hecho como por separación decretada por la justicia. El plazo de espera es distinto:
 - a) **Si hubo acuerdo de los cónyuges para separarse, el plazo de espera es de 3 años, a petición de cualquiera de ellos;**
 - b) **Si no hubo acuerdo de los cónyuges para separarse el plazo es de 5 años.**
 - c) **Si ha existido separación judicial previa, el plazo es de 2 años contados desde que quedó a firme la resolución que lo dispuso.**

Indicación Sustitutiva

Este último plazo de 2 años se mantiene en indicación del ejecutivo y en el caso que hubiere existido acuerdo entre los cónyuges para la cesación de la vida en común, el plazo se rebaja a un año desde la fecha de la separación judicial definitiva.

Como puede advertirse, los plazos para impetrar la acción se rebajan notoriamente;

- a) ***Divorcio por conductas que contradicen los fines del matrimonio o que impiden alcanzarlos.*** La causal se contempla en el art., 51 que dispone: ***"hallarse uno de los cónyuges permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite de alcanzarlos de manera compatible con su naturaleza"***. Como por ejemplo, la homosexualidad de uno de ellos o de ambos.

Dicha norma no aparece en el proyecto sustitutivo del ejecutivo.

b) *Divorcio por incumplimiento de los deberes conyugales.*

Este divorcio se llama también divorcio sanción y el enunciado genérico del proyecto ha sido modificado por causales típicas en la indicación sustitutiva.

El art. 31 dispone: Entre otras situaciones, se entenderá que existe dicha falta en los siguientes casos:

- 1º Cuando uno de los cónyuges hubiere atentado contra la vida o la integridad física, psíquica o sexual, los bienes o la honra del otro, sus ascendientes o descendientes, y ello constare en resolución judicial ejecutoriada;
- 2º Cuando uno de los cónyuges hubiere cometido adulterio;
- 3º Cuando uno de los cónyuges hubiere abandonado el hogar común de modo indefinido;
- 4º Cuando uno de los cónyuges hubiere infringido los deberes de auxilio y protección que emanan del matrimonio, ya sea entre sí o respecto de los hijos; y
- 5º Cuando uno de los cónyuges hubiere adoptado una conducta que contradiga los deberes sexuales del matrimonio.

Críticas

No cabe duda que el proyecto aprobado por la Cámara establece y recoge el divorcio vincular por la simple declaración unilateral de uno de los contrayentes.

Este divorcio no puede ser calificado como un recurso excepcional para regular conflictos conyugales, sino como un modelo nuevo de matrimonio.

Esta crítica se atenúa frente a las indicaciones del ejecutivo, que ya no contempla el divorcio por declaración unilateral.

Pero ocurre que si uno de los cónyuges **Y CONCRETAMENTE EL INOCENTE IMPETRA LA SEPARACIÓN JUDICIAL**, el culpable podrá esgrimirla como causal de divorcio. Sin embargo, el art. 50 del proyecto indicativo dispone que **"El juez declarará la separación judicial definitiva una vez transcurridos dos años desde la separación provisoria, a petición de cualquiera de los cónyuges"**.

Se trata de una verdadera trampa ya que la separación judicial siempre conduce al divorcio, aunque quien la haya impetrado sea el cónyuge inocente. Se viola el principio de que nadie pueda aprovecharse de su propio dolo.

La acción de divorcio es irrenunciable y no prescribe (art. 54 del Proyecto y 34 de las indicaciones).

Efectos del Divorcio

- a) Los cónyuges adquieren el estado civil de divorciados y pueden volver a contraer matrimonio.
- b) Pone término al régimen de bienes que exista y hace cesar las obligaciones de carácter patrimonial para cuya titularidad y ejercicio se requiere la relación conyugal. Obvio, ya que dejan de ser marido y mujer, razón por la cual cesa el derecho de alimentos.

Todo ello sin perjuicio de lo que los cónyuges puedan convenir o el juez decrete.

Al respecto, el art. 59, dispone que los cónyuges pueden convenir reglas económicas entre ellos y normas de carácter alimenticio, tuición, visitas, etc., los que deberán ser aprobados por el juez respectivo velando por que sean equitativas; en subsidio de lo anterior, tales reglas las puede fijar el juez para cuyo efecto deberá citarse a las partes a un comparendo de conciliación y de no existir acuerdo, se derivará a las partes a una mediación.

Toda esta normativa ha sido notoriamente mejorada con las indicaciones formuladas por el ejecutivo que contemplan facultades de los jueces para proteger los derechos del cónyuge afectado (art. 38) por ejemplo, proceder a la declaración de bienes familiares, constitución de derechos y

usufructos, fijación de pensiones alimenticias, y pensiones compensatorias por un período de tiempo que no exceda de 5 años.

Separación de los Cónyuges decretada por Sentencia Judicial

Esta Institución que en apariencia puede aparecer novedosa, constituye tan sólo una reformulación de lo que actualmente conocemos como "divorcio no vincular". Tanto es así que en las indicaciones al proyecto se establece que esta separación judicial puede ser provisoria o definitiva (art. 40) lo que nos evoca el distingo actual entre divorcio temporal y perpetuo.

Las situaciones que permiten la procedencia de la separación son esencialmente tres:

- a) Conductas imputables a uno de los cónyuges en desmedro del otro;
- b) Separación de hecho y
- c) Vida común intolerable o riesgosa.

En cuanto a la separación de hecho basta que uno o ambos cónyuges acrediten la separación o cese efectivo de la convivencia durante dos años (art. 34) y como se sabe esta separación constituye una causal de divorcio, siendo los plazos diferentes en caso de haber sido aceptada o desmentida por el otro cónyuge (3 años) o por la separación no consentida o no aceptada por el otro en el plazo de 5 años.

Como hemos dicho, en la indicación del ejecutivo desaparece esta última circunstancia, esto es, el divorcio por simple declaración unilateral, pero se acortan los plazos de 3 a 2 años desde la sentencia que declare la separación definitiva (art. 33 del proyecto indicativo).

En cuanto a los efectos de la institución: se suspenden los deberes de cohabitación y fidelidad; se disuelve la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales y se suspende además la aplicación de la presunción de paternidad y se priva al otro cónyuge el derecho de suceder abintestato.

Vigencia

La ley se entenderá vigente 6 meses después de su publicación. Pero hay un caso de retroactividad cuyo caso se ha discutido (artículos 1 y 3 transitorio).