

RECHAZO AL DIVORCIO VINCULAR COMO CAUSAL DE TERMINACION DEL MATRIMONIO

Solange Doyharçabal Casse
Profesora de Derecho Civil

El matrimonio y la familia son fórmulas que se encuentran en todas las culturas desde el principio de los tiempos, porque corresponde a una realidad natural.

En su dimensión sexual hay una persona viril y una persona femenina que se complementan entre sí y la finalidad básica, aunque no la única, de esta complementaridad sexual es la fecundidad.

El hombre es un ser sociable. Por eso se atraen varón y mujer, por eso vienen los hijos y por eso esta comunidad conyugal y familiar se relacionará con el resto de la sociedad y, en definitiva, con el Estado. Para cumplir sus fines necesita estabilidad y de ahí que el hombre y la mujer no estén llamados a unirse en encuentros fortuitos o casuales sino a formar una verdadera unión, un estado que exige la solidaridad que proporciona el amor conyugal entendido no como un enamoramiento o una pasión que puede terminar o desgastarse, sino como la donación total de sí mismo y la aceptación total del otro, es decir en lo que hoy son y en lo que serán mañana, en todas las etapas de la vida. Esta seguridad en la permanencia es lo que hará que realmente los cónyuges puedan desarrollar en plenitud su matrimonio y criar y educar a sus hijos en la mejor forma. La indisolubilidad la exige el bien de los hijos, el bien de los cónyuges y, en último término, el bien de la especie. Conviene, por lo tanto, al bien común.

Contraer matrimonio y formar una familia, es un derecho esencial del hombre, y por lo tanto, previo al Estado. Desde el momento en que aceptamos que existen derechos esenciales de los seres humanos, reconocemos la existencia de una ley natural que es anterior e independiente de la ley escrita o codificada y que permite discernir lo bueno de lo malo. Por esta razón, el Estado, a través de la ley positiva, no puede cambiar las características esenciales del estado

matrimonial, entre ellas su indisolubilidad, porque al ser una realidad propia de la naturaleza humana, es únicamente ésta la que determina su esencia y líneas generales.

Esto no significa sostener que el legislador deba marginarse de esta materia. A la ley positiva le corresponde regular el ordenado ejercicio de estos derechos, pero sin desvirtuar su naturaleza, porque la ley civil, para ser verdadera ley, deberá ser justa y lo será si se conforma a la ley moral natural. Respecto al problema que nos ocupa, la indisolubilidad del matrimonio, no es un precepto de la ley civil, sino un precepto de derecho natural, repetido por la ley positiva. Lo mismo sucede con la prohibición de matar o robar, por ejemplo.

Si la ley consagra como matrimonio una unión contraria a la naturaleza de éste, ya sea porque va en contra de sus fines, o porque excluye alguno de sus objetivos, estaremos en presencia de una convivencia legalizada, pero no de una verdadera alianza matrimonial. Habrá una situación legal que puede abarcar relaciones muy diferentes las unas de las otras, reunidas bajo el común denominador de matrimonio. La gama es amplísima. Mencionemos entre estas posibilidades, los matrimonios entre personas del mismo sexo, los matrimonios a prueba, a plazo, disolubles por divorcio etc. Limitémonos al modelo que no conlleva un compromiso de aceptación para toda la vida. El matrimonio queda convertido en una palabra hueca, sin contenido preciso, concreto y estricto. "Me caso contigo hoy, pero mañana puede que cambie de opinión". "Hoy estoy enamorado de ti, pero si mañana me enamoro de otro o de otra me voy a ir de tu lado". Si falta el compromiso, ¿de qué sirve llenar este consentimiento de formalidades, testigos, funcionarios, actas etc.? Es comprensible, entonces, la actitud de muchos jóvenes que prefieren convivir sin casarse, porque no entienden cuál es la razón de que la convivencia sea más honorable después de cumplir un simple trámite burocrático. ¿Dónde está la diferencia entre firmar un papel y no firmarlo? A lo más la diversidad estará en que si las cosas andan mal, el haber firmado los obligará a iniciar un trámite judicial de separación o divorcio, incurriendo en gastos de abogados y si no han firmado se los ahorrarán. El velar por los derechos de los hijos no será un incentivo puesto que la ley atribuye las mismas prerrogativas a los nacidos dentro o fuera de matrimonio.

El consentimiento matrimonial se trivializa. Después de todo ¿qué importa que haya sido pleno o total o que esté viciado si de todas maneras es disoluble?

Agreguemos que los regímenes divorcistas generalmente han borrado la definición de matrimonio de los códigos civiles. Con esta

actitud la ley está renunciando a su carácter pedagógico que es muy importante. Es decir, renuncia a emitir un juicio de valor que le diga a la comunidad a la cual rige, que es lo bueno y que es lo malo. Esta función docente puede ser más trascendente que su función coactiva, porque a ella le corresponde decir que lo bueno es bueno y lo malo es malo. Las Siete Partidas señalaban que la ley "muestra e enseña el bien que el hombre debe facer e usar" (L.IV P.I.). Es sabido que la sola promulgación de la ley no hace a los hombres perfectos ni cambia la sociedad, pero no puede olvidarse lo que algún día dijo Portalis: "Las buenas leyes civiles... frecuentemente son la única moral del pueblo y siempre forman parte de su libertad"¹.

Esta deserción de la ley que se aprecia en los regímenes divorcistas, se produce porque cae en una trampa: confundir lo natural, lo propio de la naturaleza con lo habitual que es lo que en un momento determinado ocurre frecuentemente. La indisolubilidad es lo propio del matrimonio porque así conviene a los cónyuges, a la prole y al bien común. ¿Que la flaqueza humana rompe este precepto? Sí ¿Qué las rupturas son más frecuentes que antaño? Sí ¿Qué se han hecho habituales? Tal vez, pero reconozcamos que lamentablemente también se han hecho habituales la desnutrición infantil en algunos países de Africa, el aborto de los fetos femeninos entre los campesinos de China, los actos terroristas de Eta etc. y entre los presentes nadie pretendería legislar para darles su bendición.

Mucho se ha insistido en que la humanidad siempre ha conocido el divorcio y que las leyes así lo consagraron desde la más remota antigüedad. Es verdad. No sólo el Código de Hammurabi y el de Manú sino también el Derecho Romano, tan presente en la raíz de nuestro Derecho Civil. Sin embargo, es interesante detenerse un instante en otra manifestación cultural de los pueblos antiguos, cual es la mitología, cuyos orígenes se pierden en los albores de los tiempos, en todo caso más antigua que los códigos, porque la intuición de la divinidad es en el hombre anterior a la necesidad de darse leyes. Las distintas culturas imaginaron a sus dioses casados, *pero nunca divorciados*. Las divinidades griegas podían cortar el hilo de la vida de los humanos pero, al parecer, no tenía poder suficiente para desembarazarse de sus divinos cónyuges por mal avenidos que fueran sus matrimonios. Así las noches de tormenta eran indicio seguro de peleas conyugales entre Hera y Zeus, que en su enojo lanzaba rayos desde el Olimpo y Vulcano vivía celando a su esposa

¹ Cit. por José Joaquín Ugarte Godoy en "La Indisolubilidad del Matrimonio. Derecho Natural y Derecho Civil". Versión inédita.

Afrodita, diosa del amor, quien tenía una incurable vocación a cometer adulterio con el gallardo dios de la guerra, Ares.

En cuanto a Roma, si bien es cierto que Marcial en sus "Epigramas" pudo escribir que tal o cual dama romana contaba sus años por el número de sus maridos, no es menos cierto que el auge de los divorcios coincide con la decadencia de la ciudad y de las costumbres. Durante el apogeo de la República, siglos antes de que naciera Cristo, la indisolubilidad del matrimonio era estrictamente respetada, de tal manera que sabemos exactamente como se llamó el primer divorciado de su historia, Sp. Carvilio Ruga, quien repudió a su esposa por causa de esterilidad, provocando entre sus conciudadanos escándalo y un rechazo profundo cuyo eco ha llegado hasta hoy.

Ciñéndonos a nuestra legislación civil, veamos cual es el concepto de matrimonio que la informa.

El artículo 102 del Código Civil lo define diciendo: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Magnífica definición que distingue entre el acto jurídico que da lugar al matrimonio, en este caso un contrato, y los efectos que produce el estado matrimonial, unión indisoluble que da nacimiento a la familia, célula básica de la sociedad, abierta a los hijos que crecerán al amparo de esta comunidad estable.

Una precisión. Indisoluble y por toda la vida no es una reiteración. Toda la vida significa todos los aspectos de la vida. No sólo la unión sexual sino también la espiritual. Ya lo decía Modestino, el último de los grandes juristas clásicos de Roma, que el matrimonio es la comunión de derechos divinos y humanos.

La indisolubilidad produce una gran diferencia entre el contrato de matrimonio y los otros contratos por mucho que duren en el tiempo. Al introducir el divorcio, rebajaremos el matrimonio a la altura de un contrato de tracto sucesivo, como un vulgar arrendamiento, que se cumple día a día, y admite desahucio, la comunicación a la otra parte de que el convenio concluyó.

Frente a la admisión del divorcio ¿qué ocurrirá con la definición de matrimonio del Código Civil?

- 1.- Que el artículo 102 no cambie, con lo cual entrará en contradicción con la Ley de Matrimonio Civil cuyas disposiciones primarán por ser especiales y la indisolubilidad quedará como una declaración de principios y una aspiración que sólo cumplirán los mejores.
- 2.- Que el artículo sea derogado o modificado, asumiendo nuestro código que la inestabilidad es algo propio de la unión conyugal, en plena conformidad con la Ley de Matrimonio Civil.

Aparte de su carácter instructivo, a la ley civil le corresponde reglamentar la forma de celebración del matrimonio, la validez del consentimiento, los efectos que produce y, ciertamente, también sus patologías. Legítimo entonces, legislar sobre invalidez del consentimiento, sobre el cese de la convivencia entre los cónyuges e incluso sobre uniones organizadas al margen de la ley.

Respecto del régimen de nulidad de matrimonio, en el Proyecto de Ley de Matrimonio Civil hay avances desde el momento en que se suprime la causal de incompetencia del oficial del Registro Civil, se introducen otras causales que inciden en la identidad civil de una persona y se establece un plazo de prescripción razonable para hacerlas valer. Sin embargo, este régimen no terminará con el fraude. Siempre será posible falsearlas, sobretodo aquellas que se refieren a impedimentos de la naturaleza psíquica para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, presentando testigos e informes periciales para demostrarlo. Pero todo esto, en la práctica no importará demasiado porque aun cuando exista un legítimo motivo de nulidad, los interesados preferirán recurrir al expediente del divorcio.

Respecto de la separación, entendemos que es la situación más importante dentro de lo que denominamos patología y la que requiere de la mayor atención del legislador. Sin embargo, en el proyecto que nos ocupa está tratada como la antesala de divorcio. La ley presumirá que los cónyuges separados tarde o temprano terminarán divorciándose y les facilita la empresa. Aparte del trámite de conciliación, no se descubre ninguna preocupación del legislador por promover la reconciliación de marido y mujer, sino más bien una presión para que solucionen los problemas económicos y de tuición de los hijos cuanto antes.

En cuanto al divorcio vincular, de las causales contenidas en el proyecto hay que hacer hincapié en una, la separación de hecho, porque es el medio mediante el cual se introduce tanto el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges como el repudio de un cónyuge al otro.

La separación de hecho aceptada por ambos cónyuges permite obtener el divorcio transcurridos tres años.

Pueden darse varias situaciones:

- Los cónyuges están de acuerdo en terminar su matrimonio y presentan testigos y pruebas preconstituidas para acreditar tres años de separación de hecho, lo que bien puede no corresponder a la realidad. Además agregarán el convenio que regula la vida futura de los propios interesados y de los hijos.
- Si no están de acuerdo, el que pretenda el divorcio se marchará del hogar y luego de tres años alegará que el otro aceptó este estado, al menos tácitamente. Pero ¿qué posibilidades tendrá el cónyuge que permaneció en el hogar conyugal de demostrar su rechazo ante un hecho que se le impuso? ¿Acompañar declaración jurada ante notario, documentos privados de protesta, denuncia de haber sido abandonado ante carabineros?
- En caso de no prosperar la pretendida aceptación, el interesado puede pedir judicialmente se declare la separación después de dos años de cese de convivencia aunque el otro se oponga y luego de obtenida esta sentencia, le bastarán otros dos años para que se le otorgue el divorcio sin que la contraparte pueda poner objeción.
- Por último, quien espera cinco años desde el cese efectivo de la convivencia puede solicitar el divorcio y se le concederá sin siquiera escuchar al otro cónyuge.

El proyecto original otorgaba al juez la facultad de denegar el divorcio a pesar de estar probada la causal invocada, cuando llegaba a la conclusión de que produciría más daños que beneficios, pero en la Cámara de Diputados, las Comisiones de Constitución y de Familia prefirieron eliminarla porque según ellas conspiraba contra el carácter objetivo que se pretende dar a las causales de divorcio que se establecen.

Queda claro que el proyecto favorece indiscutiblemente a aquel de los cónyuges que desea el divorcio. A mayor abundamiento, podemos decir que la prueba testimonial no se restringe, la confesión tiene el carácter de prueba semiplena, se suprime toda intervención del Ministerio Público y del Defensor Público. Tampoco hay consulta al tribunal superior.

¿Concuerda el criterio de esta legislación que se propone con el que impera en la Constitución Política?

Cuando esta última reconoce derechos esenciales del hombre entre los cuales está el de casarse y formar una familia, está consagrando el derecho a contraer verdadero matrimonio, el que la naturaleza humana exige como tal. Pues bien, resulta que ese derecho quedará vulnerado. Por eso no basta con decir que aquellos que no son partidarios del divorcio simplemente se abstengan de recurrir a él, porque quienes creen en la indisolubilidad estarán obligados a contraer matrimonio civil para darle efectos jurídicos a su unión y a dar un consentimiento que les repugna por cuanto lleva implícita la amenaza de la temporalidad. Puede argumentarse que hasta ahora, los que creen en el divorcio se han visto obligados a someterse a una unión férrea que rechazan, pero hay un contrargumento de peso. A estos últimos sólo se les ha pedido que se conformen con lo que exige la naturaleza humana. Ni siquiera los mayores partidarios del divorcio pueden negar que una familia estable es mejor que una disuelta y que es preferible que los hijos vivan con ambos padres o si esto no es posible, que tengan la seguridad, al menos, que entre sus progenitores existe un vínculo legal que los compromete para siempre.

Tampoco se respetará el mandato constitucional de promover la protección de la familia, porque so pretexto de reconocer las segundas, terceras y cuartas familias, se desestabiliza la unión matrimonial al proponer como regla de oro para la solución de los conflictos la disolución del matrimonio.

El proyecto contraviene doblemente las disposiciones de la Ley de Efecto Retroactivo. En primer lugar, su artículo 22 que entiende incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, por cuanto pretende aplicar la nueva Ley de Matrimonio Civil a la disolución de los contratos de matrimonio celebrados bajo la vigencia de la ley anterior. En segundo lugar, quienes se casaron en matrimonio indisoluble se encontrarán ahora en uno disoluble por divorcio, el cual una vez decretado, los hará perder el estado civil de casados, lo que vulnerará también su artículo 3, que dispone que el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza².

² Ver opinión del constitucionalista Francisco Cumplido en "Las cosas por su nombre. Divorcio con Disolución de Vínculo", en El Mercurio, 10 de marzo de 1996.

¿Qué ganaremos con esta legislación?

- 1.- No eliminaremos los fraudes; es más, si antes se falseaba una causal de nulidad, mañana se falsearán las de nulidad y las de divorcio.
- 2.- No protegeremos al más débil porque:

Los acuerdos económicos, por buenos que sean, no tienen el carácter de perpetuos. Si cambian las circunstancias pueden ser modificados. Es lo que ocurrirá cuando el que deba pensión alimenticia contraiga nuevo matrimonio y tenga más hijos. La primera familia verá reducida su pensión porque el alimentante debe distribuir su ingreso entre personas cada vez más numerosas.

El texto del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados dice que el juez al fijar las pensiones alimenticias deberá tener en cuenta la dificultad del cónyuge que mientras duró el matrimonio estuvo a cargo de los hijos, para reinsertarse en la vida laboral (art. 59 inc.2). El derecho al trabajo del hombre y de la mujer me merece aplauso, pero esta redacción poco afortunada parece estar obligando a quien cuidó a los hijos, que normalmente será la mujer, a trabajar fuera del hogar, lo que puede ser nefasto en circunstancias particulares.

El acuerdo económico deberá recaer incluso sobre el bien declarado familiar, (art. 59 inc. 1) ¿significa eso que el cónyuge que se opone al divorcio y los hijos tendrán que volver a discutir un asunto que ya estaba reglado, perdiendo la certeza de permanecer en la vivienda que fue la residencia principal de la familia?

- 3.- No parece bueno un sistema que permite declarar el divorcio por el sólo transcurso del tiempo, porque los propios interesados corren el riesgo de confundir la ruptura definitiva con una crisis muy grave pero superable y cuando caigan en la cuenta, el divorcio estará pronunciado, los hijos distribuidos y los bienes adjudicados. Las pasiones obnubilan la mente de los hombres y las decisiones que se toman bajo su influjo son, por lo general, equivocadas. Esto no es nada nuevo, si ya los poemas homéricos presentaron a Helena, la causante de la guerra de Troya, precisamente como víctima de la pasión y el poeta la hace decir: "...Tenía el deseo de regresar de nuevo a casa, ya que lloraba todo el daño que Afrodita me había ocasionado, cuando me trajo aquí desde mi querida patria,

apartándome de mi hija, del tálamo y de mi marido, comparable a ninguno ni en inteligencia ni en prestancia" (Odisea, C. IV).

Además, se incentivará la quimera de buscar el matrimonio perfecto y la felicidad sin nubes.

Para los mismos cónyuges es una amenaza latente contraer matrimonio bajo un régimen divorcista porque la natural aspiración será casarse para toda la vida y cualquiera dificultad agregará al problema de turno el temor al divorcio. Por la importancia que tiene para la sociedad, la ley debe esforzarse en fortalecer el matrimonio y no abrir las puertas para su destrucción. La ley que se nos propone se precipita a apagar la mecha que aún humea y a quebrar la caña que solamente está trizada. Por eso no concuerdo con ella.