

Anuario de Derechos Humanos 2005



Algunas Ideas Generales sobre la Nueva Ley de Matrimonio Civil en materia de Divorcio, Ley N°19.947

Paulina Veloso Valenzuela*

I. Introducción

El tema de la familia no ha sido ajeno a las preocupaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La normativa internacional se ha preocupado de consagrar ciertas obligaciones del Estado respecto de la familia, así como de establecer ciertos derechos a los miembros del núcleo familiar¹. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – ambos órganos internacionales de supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales que emanan, respectivamente, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención sobre la Eliminación de Toda Discriminación contra la Mujer– han expresado su preocupación por la legislación y práctica chilenas respecto de un tema relacionado con la familia: la ausencia de posibilidad de terminar un matrimonio por medio del divorcio. Ambos órganos se pronunciaron en el sentido de que este era un tema importante de legislar en Chile y con un impacto de relevancia para los derechos humanos². Recientemente, Chile ha aprobado una ley sobre la materia. Lo que sigue es un examen sobre los alcances de la reforma a la legislación chilena en materia de divorcio, el contexto teórico en el que se inserta y algunos detalles de la normativa aprobada.

II. El estatuto de la nueva Ley de Matrimonio Civil (“LMC”) que contempla el divorcio con disolución de vínculo, es una legislación de compromiso o transacción, entre posiciones conservadoras y liberales, aunque estimamos que priman estas últimas.

Las formulaciones o decisiones legislativas en la temática del divorcio están influidas, quizás más evidentemente que otras materias patrimoniales, por las diversas concepciones filosóficas que subyacen en el derecho de familia. Ciertamente, tanto en el derecho de familia, en general, como en lo relativo al matrimonio y el divorcio, en particular, se registra en el derecho comparado una interesante evolución, muy acelerada en los últimos 50 años, que en general expresa la tendencia liberal hacia un reconocimiento de la autonomía individual. Se ha ido aceptando paulatinamente que cada persona tiene derecho a fijar su propio plan de vida (y no a que se le imponga heterónomamente). En esta óptica, el derecho de familia contemporáneo no se concibe como dirigido a imponer modelos de virtud personal.

* Abogada, Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Este texto es una versión resumida de la ponencia presentada en el Diplomado Internacional Estado de Derecho y Reforma a la Justicia.

- 1 Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.
- 2 Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile. 09/07/99. A/54/38, paras.202–235. (Concluding Observations/Comments) en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.54.38,paras.202–235.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.54.38,paras.202–235.Sp?Opendocument), consultada el 9 de mayo de 2005; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile. 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104. (Concluding Observations/Comments) en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.79.Add.104.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.104.Sp?Opendocument), revisada el 9 de mayo de 2005.

Este comentario, junto con el documento principal a que se refiere, están disponibles en formato digital en www.anuarioicdh.uchile.cl

No obstante, y dado que en todos los países subsisten en sus estructuras ideológicas dominantes diversas concepciones religiosas y filosóficas, la evolución no ha sido lineal, ni menos fácil; y, por lo mismo, en muchos de esos estatutos legislativos permanecen ámbitos donde predomina lo antiguo, en otros lo nuevo, y también existen espacios donde luchan lo antiguo y lo nuevo. Hay zonas donde está presente un pensamiento principalmente conservador, religioso, y en otros en que se expresan más propiamente las corrientes liberales. En este sentido puede decirse que muchas legislaciones son expresión de “compromisos”, de “transacciones”, lo que hace que no pueda observarse una sola concepción inspiradora, y por lo mismo, a veces, hay claras contradicciones. Con todo, particularmente en la Europa del norte, se observa con nitidez una línea coherentemente liberal.

En definitiva, en el nuevo texto de la Ley de Matrimonio Civil, se observan inspiraciones filosóficas diversas. Aunque hay una influencia de un pensamiento conservador, incluso de índole religioso, en ciertas materias, en nuestra opinión, existe cierta preeminencia de una concepción liberal.

Es necesario hacer presente, en todo caso, que la pugna entre conservadores y liberales en este asunto no se explayaba en el mundo sobre el tema de legislar o no. En efecto, el divorcio como figura de desvinculación matrimonial, siempre ha existido, en todas las épocas y culturas. La inexistencia en Chile era una rareza, una excentricidad.

La discusión de conservadores y liberales, en el mundo y en el siglo XX, en materia de divorcio, discurrió básicamente sobre otros tópicos, tales como: la autonomía que se reconoce a los cónyuges para solucionar los problemas derivados de su ruptura o quiebre conyugal, incluida la posibilidad de resolver el divorcio por mutuo acuerdo; la procedencia de figuras afines como la separación judicial; las causales del divorcio; los titulares del mismo; el rol del juez, más paternal o sólo subsidiariamente tutelar; los efectos de la ruptura en los hijos y el patrimonio; el procedimiento; los instrumentos de solución de las controversias.

Cada legislación que acoge el divorcio como figura, se pronuncia de manera distinta sobre cada uno de estos tópicos. No existe uniformidad de soluciones. Más aún y, como hemos dicho, dado que en muchos países sus respectivos legislativos expresan en su interior diversas concepciones, con frecuencia, la normativa sobre el divorcio contempla un sistema de tipo mixto, es decir, combina distintas inspiraciones y filosofías.

En el texto chileno, la *concepción liberal* se expresa, primeramente en el reconocimiento de la autonomía de los cónyuges, ya que se permite el divorcio por mutuo consentimiento y se otorga una gran libertad en materia de convenios o acuerdos reguladores de los efectos. Es más, todo el procedimiento de divorcio está orientado, en las etapas de conciliación y mediación, a impulsar el acuerdo entre las partes. De otro lado, se establece un rol limitado al juez, no paternalista. En

efecto, el juez sólo puede negar la causal si no se acreditan los requisitos que en cada caso se exigen, pero no podría negar lugar a él si concurrían los requisitos objetivamente establecidos en la ley. Es decir, aquí no se aceptó la “cláusula de dureza”, la que fue expresamente rechazada; debe recordarse a este respecto que el proyecto original la contemplaba en el artículo 56³. También el juez debe revisar y autorizar los convenios, a efecto, como diremos, de asegurar que éstos sean suficientes y completos. En definitiva, actúa supletoriamente e instando siempre al protagonismo de los cónyuges. Es interesante anotar que la ley incluso se preocupa de prescribir, en el artículo 74, que para los efectos de la mediación, las partes deben encontrarse en igualdad de condiciones; de allí que no procede la mediación si uno de ellos hubiere sido víctima de violencia intrafamiliar. Todo esto está destinado a proteger la manifestación libre y consciente de la voluntad de ambos cónyuges. Esta concepción liberal también está presente en la consagración de las causales de tipo objetivo, del divorcio y separación judicial (artículos 27 y 55); y en los plazos reducidos para obtener el divorcio, desde el cese de la convivencia (1 y 3 años).

De otra parte, y sin ser exhaustivo, se observa influencia desde el pensamiento *conservador religioso*: en algunas declaraciones de principio sobre la familia y el matrimonio (artículos 1 y 3); en las posibilidades de cursos preparatorios del matrimonio (artículos 9 y 11); en las causales por falta, o subjetivas (artículos 26 y 54), de la separación judicial y del divorcio, también en diversas causales de nulidad, provenientes del Derecho Canónico; en la posibilidad de matrimonio religioso con validez civil (artículo 20); en algunos aspectos de los trámites de conciliación y mediación.

Cada uno de estos aspectos ha recibido cierto reconocimiento, aunque *mediado* por otras concepciones presentes en el Congreso, de modo que cada uno de ellos no siempre puede reconocerse de modo puro, v.g., el reconocimiento civil del matrimonio religioso, si bien encuentra su inspiración en una visión religiosa, su forma de aceptarse en concreto recoge un planteamiento liberal, en cuanto sólo tiene efectos civiles en la medida que cumple con la legislación civil, por una parte, y que una vez inscrito queda sujeto, al igual que todo matrimonio, al estatuto civil.

En definitiva, la normativa sobre matrimonio civil recientemente aprobada es un típico estatuto de compromiso o transacción.

III. Puede decirse que, en principio, el o los cónyuges que han sufrido una ruptura conyugal, eligen, entre diversas alternativas de un extenso menú, el estatuto aplicable a su quiebre. En este sentido, se consagra en esta ley, al igual que en Francia, un Divorcio a la carta.

En efecto, los cónyuges, primeramente, si es que quisieren perseverar en el vínculo conyugal, pueden elegir entre permanecer separados de hecho, resolviendo, voluntariamente o bien judicialmente, cada

³ Moción de la Diputada señorita Saa, señoras Allende y Aylwin, y los Diputados señores Walker, Barrauto, Cantero, Longton, Munizaga, Elgueta y Viera-Gallo. Nueva ley de matrimonio civil (boletín N° 1759–18). Artículo 56: “No obstante verificarse las causales previstas en los artículos 52 y 53, podrá el juez no dar lugar al divorcio si, atendida la avanzada edad de los cónyuges u otras circunstancias semejantes, arriba fundada y terminantemente a la conclusión que el daño que con el divorcio se evita es claramente menor que aquel que al decretarlo actualmente se causa”.

“En tales casos, el juez expondrá pormenorizadamente las razones y hechos que, constando en el ordenamiento jurídico y en el proceso, funden su decisión y decretará desde ya la separación de los cónyuges. Cualquiera de ellos podrá solicitar luego el divorcio si se han modificado las circunstancias que fundaron la negativa a concederlo”.

⁴ Al respecto, Mauricio Tapia señala: "La sola ventaja de insistir en la nulidad sería la de constituir un camino menos violento para quienes han visto morir su relación, pero cuyas creencias les impiden recurrir directamente al divorcio, teniendo en cuenta especialmente que la Iglesia Católica, a diferencia de otras religiones, no acepta el divorcio vincular pero sí la nulidad. De este modo, sería una nulidad con un cierto aire confesional, como lo demuestra el hecho que las causales hayan sido extraídas del derecho canónico y algunas indicaciones al Proyecto, que pretenden que la sentencia eclesiástica que declare nulo el matrimonio, previa autorización judicial, surta efectos civiles". Estudios Públicos, 86 (otoño 2002), página 10.

uno de los aspectos que surgen a propósito de esta ruptura; o bien, demandar la separación judicial.

En el evento que optaren por poner término al vínculo conyugal, pueden, a su vez, elegir entre solicitar la nulidad o demandar el divorcio. Esto último, en rigor, no sería procedente ya que, de acuerdo a la doctrina, la nulidad es sólo aceptable si concurre una causal tipificada en la ley, referida a un vicio que obsta a la validez. No obstante, dada la amplitud de las causales de nulidad consagradas en la ley, bien puede estimarse que cabe la elección y que en verdad aquellas constituyen verdaderas causales de divorcio, con cierto aire religioso. Aunque parezca extraño, el legislador quiso dar la posibilidad a aquellos que quisieren terminar su matrimonio, y que por razones religiosas no pueden o no quieren acudir a la figura del divorcio, de lograr igual fin mediante otra figura, cual es la nulidad⁴.

Y, en fin, si se opta por el divorcio, puede elegirse entre divorcio por mutuo acuerdo o por cese de la convivencia; o por último, por causal subjetiva, por falta.

IV. Las Causales del Divorcio en Chile.

En la nueva legislación nacional se establecen dos tipos de causales subjetivas o por culpa: genéricas o específicas, aunque no cerradas. En segundo término, se consagra también una causal objetiva: el cese de la convivencia. Finalmente, se admite también el divorcio por mutuo acuerdo.

1. La Causal Subjetiva o por Falta Imputable a un Cónyuge (artículo 54)

- a. La causal genérica, que se reglamenta con igual redacción que en la separación judicial, requiere: i) que se trate de una causal imputable a un cónyuge; ii) que constituya una violación grave de los deberes matrimoniales; y iii) que torne intolerable la vida en común.
- b. Específica y no taxativa: En el inciso segundo del mismo artículo 54 se establece una enumeración, no taxativa, de causales por culpa. En tales casos hay una presunción de que concurren los requisitos del inciso 1° de artículo citado. Algunos comentarios a estas causales son: la primera no requiere sentencia; la segunda exige gravedad y reiteración; para que concorra la tercera debe haber condena; la cuarta, sanciona la conducta homosexual.

Obviamente, la causal subjetiva no requiere plazo. Puede demandarse al día siguiente del matrimonio, por el cónyuge no culpable (artículo 56).

Es interesante anotar que, en nuestra opinión, el cónyuge demandado, podría: negar los hechos; alegar que el otro es culpable; o negar los hechos y demandar reconventionalmente por causal objetiva, o pedir separación judicial o nulidad.

Declarado el divorcio por esta causal del artículo 54, el juez puede resolver que el cónyuge culpable no tendrá derecho a la compensación económica o bien tendrá un derecho disminuido. Esta es la importancia de esta causal subjetiva y también su peligro porque genera cierto incentivo a su uso en quienes son renuentes al pago de esta compensación (artículo 62, inciso 2°).

En conclusión:

- Primeramente, es preciso recordar que esta causal requiere una interpretación restrictiva, porque conlleva sanción.
- Está en franca retirada en el derecho comparado.
- Contiene un marcado peligro, al constituir un fuerte incentivo a demandar por dos razones: no requiere plazo de separación previa; y, de otra parte, puede dar lugar a la pérdida del derecho a compensación económica. Ello obliga al juez a examinar con mayor detención la sinceridad de la causal invocada (artículo 54 N°2).
- Vale la pena hacer presente que la invocación de la causal en la demanda, constituye un desincentivo para el logro de los acuerdos. Por su naturaleza, en que se imputa una falta al otro cónyuge, originará una mayor dificultad para lograr concordancia entre los cónyuges respecto de los asuntos que requieren acuerdo.
- Desde el punto de vista del rol del juez, ella conlleva un margen mayor de consideración del criterio del juzgador.

2. Causal Objetiva: Cese de la Convivencia

Se puede dar lugar al divorcio por *cese de la convivencia*, hecho que constituye una causal objetiva (artículo 55).

La ley no dice, de manera expresa, lo que debe entenderse por cese de la convivencia. Puede desprenderse del texto, particularmente de los artículos 21 y siguientes, que reglamentan, entre otras cosas, la forma de cómputo de los plazos, que la figura requiere un elemento fáctico, la separación de hecho, sumado a uno subjetivo, de animus, consistente en el término de cierta comunidad de vida que supone el matrimonio. Este último parece ser el elemento relevante, decisivo.

Por ello, en nuestro concepto, habrá lugar al cese de la convivencia, no obstante seguir viviendo bajo el mismo techo, es decir, sin el elemento fáctico, si existe término de la comunidad de vida que supone el matrimonio.

Tal como señala la ley, la reanudación de la vida común de los cónyuges, siempre que exista ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos (artículo 55, inciso final).

En cuanto a la prueba, en el caso de los matrimonios vigentes antes de la nueva ley, rigen las reglas generales de prueba (artículo 2 transitorio inciso 3°). En cambio, respecto de los matrimonios celebrados bajo el

⁵ La ley considera pruebas directas e indirectas. La prueba directa consiste en la notificación de un cónyuge al otro de su voluntad de poner fin a la convivencia, esto es de no perseverar en el vínculo, artículo 25, inciso final.

Las pruebas indirectas están constituidas por una presunción, en la que el hecho conocido consiste en el acuerdo, registrado en alguna de las formas que la ley señala, o en la demanda, respecto de uno o más de aquellos asuntos que suponen un conflicto conyugal.

imperio de la nueva ley, la prueba del cese de la convivencia está rigurosamente reglamentada. Esto se explica por el trauma de los juicios simulados respecto de la incompetencia del oficial civil. El legislador quiso evitar la simulación (artículos 22, 23 y 25⁵).

El plazo que se establece para el cese de la convivencia es de al menos un año, si se demanda por *ambos cónyuges*. Si es *demanda unilateral*, se exige probar un cese de tres años.

Si hay demanda conjunta, se requiere la presentación de un convenio. Estimamos que el juez puede no dar lugar a dar curso a la demanda si no se presenta este acuerdo. Distinto es el caso si este es incompleto o insuficiente, porque la ley establece un mecanismo para mejorar el acuerdo (mediación o resolución subsidiaria del juez, artículo 70).

Conclusión

El legislador ha aceptado finalmente legislar sobre el divorcio vincular, pero ha dejado la decisión sobre el estatuto específico de la ruptura a elección de los cónyuges. Serán estos los protagonistas en un juicio de divorcio o separación judicial. El juez sólo juega un rol tutelar no paternalista, resguardando el interés del menor, en los asuntos que digan relación con su tutela o régimen de comunicación; y debe proteger al cónyuge más débil.

A pesar de las críticas que aquí hemos manifestado, así como de las muchas deficiencias formales del texto legal, que no se examinan en este comentario, estimamos que esta reforma es una buena ley y nos coloca por fin, en este asunto, junto a los demás países civilizados.

Considerando aquel fenómeno derivado básicamente de los defectos ínsitos de los lenguajes naturales, consistente en que la ley escrita resulta finalmente más inteligente que el legislador; y que el intérprete puede ser, a su vez, más inteligente que la ley, esperamos que en la aplicación de esta normativa se abandonen, por desuso, los anacronismos, y se haga una lectura y aplicación de acuerdo al saber acumulado del derecho comparado. Así quizás habremos recuperado más rápidamente parte del tiempo perdido.