

INDISOLUBILIDAD MATRIMONIAL Y DIVORCIO ANTE EL DERECHO CIVIL*

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil

RESUMEN

Luego de un análisis de la vigencia actual del principio de la indisolubilidad en nuestro sistema matrimonial, se sintetizan los principales postulados en los que se funda la proposición de establecer el divorcio vincular de acuerdo a las tesis modernas de un divorcio objetivo o "remedio". Tales postulados se confrontan críticamente con las experiencias de los principales países que desde la década del setenta han legislado siguiendo esos planteamientos, y se concluye que cada uno de los postulados teóricos terminan irremediamente siendo desmentidos por los textos legales o la práctica judicial. Se plantea como conclusión que la opción en esta materia no permite matices: el legislador debe elegir entre matrimonio indisoluble o divorcio a voluntad de los cónyuges. Si opta por lo último, desnaturaliza la institución matrimonial, de manera que la auténtica elección es entre matrimonio y concubinato legalizado.

1. LA INDISOLUBILIDAD MATRIMONIAL EN LA LEY VIGENTE

Nuestro sistema civil estima como una de las propiedades intrínsecas de la institución matrimonial la indisolubilidad, entendida como la característica que hace permanente el vínculo, de modo que, una vez nacido por voluntad de los contrayentes, no puede romperse sino por la muerte de uno de ellos.

El art. 102 del Código Civil, aprobado en 1855, así lo estableció al definir el matrimonio como 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, procrear y auxiliarse mutuamente.

Cuando el Estado chileno reclama competencia exclusiva para regular la institución matrimonial, y se dicta —en el marco de las llamadas "leyes laicas"—, la Ley de Matrimonio Civil (1884), se contempla como único matrimonio reconocido civilmente el contraído ante un funcionario estatal denominado Oficial del Registro Civil. Sin embargo, también esta regulación mantuvo la indisolubilidad del vínculo ahora puramente civil. Es cierto que la ley establece una situación que denomina "divorcio", pero no se trata de un divorcio vincular, sino de una simple separación de cuerpos. Por eso este divorcio, que puede ser temporal o perpetuo, no disuelve el vínculo sino que sólo suspende —temporal o indefinidamente— la vida en común de los cónyuges (art. 19 LMC).

La Ley de Matrimonio Civil conoce también la declaración de nulidad de un matrimonio, pero tampoco es ésta una propia causa de disolución del vínculo.

* Elaboración de la conferencia ofrecida por el autor en el ciclo "Matrimonio y Divorcio", organizado por la Sociedad Educacional SEDUC, los días 5 y 7 de noviembre de 1991 en el cine Las Condes de Santiago.

Muy en general puede decirse que la nulidad de un acto jurídico es la sanción que la ley establece cuando no se da cumplimiento a los requisitos necesarios para constituirlo. Si un acto jurídico no cumple con sus requisitos constitutivos (por ejemplo, si una compraventa de una casa no se hace ante Notario por escritura pública), ese acto no podrá producir los efectos a los que estaba destinado. Cuando se trata de declarar la nulidad de un matrimonio, por falta de alguno de sus requisitos constitutivos (por ejemplo, por falta de capacidad de los contrayentes, por error o violencia en el consentimiento), no se disuelve un vínculo que haya nacido, sino que se constata que nunca ha existido matrimonio válido. La disolución por divorcio opera justamente a la inversa: da por descontado que el vínculo es válido y que por tanto obliga a los cónyuges; por ello opera *a posteriori* para "cortarlo o deshacerlo".

Sin embargo, en las primeras décadas de este siglo se concibió que era posible disolver de hecho un vínculo matrimonial válido, si se simulaba un juicio de nulidad. Para ello se advirtió que uno de los requisitos constitutivos dispuestos por la Ley de Matrimonio Civil era que el Oficial del Registro Civil que oficiara la celebración del matrimonio correspondiera al lugar donde al menos uno de los contrayentes tuviera su domicilio o residencia (arts. 9 y 31 LMC). Se comenzaron, de esta forma, a tramitar juicios en los que se alegó que ninguno de los contrayentes había vivido en el sitio donde se casaron y que, en consecuencia, el Oficial del Registro Civil no había sido el competente para officiar el matrimonio. La mecánica procedimental se popularizó rápidamente. En la actualidad la casi totalidad de los litigios de nulidad de matrimonio son de esta índole.

El pleito, como es fraudulento, requiere de un acuerdo previo de los cónyuges, que se reparten los papeles de demandante y demandado. Por cierto, en estos juicios el demandado nunca se defiende, más bien se apresura a notificarse y a contestar la demanda accediendo a todo lo que pide el demandante (se allana). Luego se requiere la comparecencia de testigos que afirman que ninguno de los cónyuges vivía donde se casaron. Los jueces que resuelven de acuerdo a los documentos presentados (el mérito del proceso), generalmente estiman acreditada la causal de nulidad y declaran inválido el matrimonio. Con ello los cónyuges pasan a reputarse solteros (se considera que nunca hubo matrimonio entre ellos).

Por medio de esta nulidad simulada se ha introducido en nuestro sistema matrimonial un divorcio vincular de común acuerdo (divorcio consensual), pero que no es autorizado por el texto de la ley sino que es el resultado de la conducta fraudulenta de algunos ciudadanos. Debe considerarse, como dato del problema, que se trata de un porcentaje relativamente reducido, aunque creciente (en 1988, el número de nulidades alcanzó las 5.413).¹

La picaresca en torno a estos juicios fraudulentos es abundante. Hay casos curiosísimos, como el de aquel marido que demandó la nulidad sosteniendo la incompetencia del Oficial del Registro Civil, pero que en el escrito de demanda puso como domicilio el mismo que decía no haber tenido al momento de casarse. Por otra parte, muchas veces los matrimonios que deciden anularse son de antigua data, con lo cual se hace comprensible la pregunta que ya se formulaba hace varios años el profesor de la Universidad de Chile don Manuel Somarriva

¹ En 1983 las nulidades declaradas fueron 3.050; en 1985, 4.619. Cfr. Anuario de Justicia, Instituto Nacional de Estadísticas.

Undurraga: “¿Han tenido que pasar, pues, tantos años para que los cónyuges se cercioren que los casó un Oficial Civil incompetente? Y sin embargo, no faltan testigos que declaren sobre hechos acaecidos hace un cuarto de siglo”.²

2. LA PROPOSICION DE ESTABLECER EL DIVORCIO VINCULAR

Frente a esta situación, periódicamente se renueva la discusión sobre la necesidad de que ley sea reformada para excluir el principio de la indisolubilidad, y regular un juicio de divorcio que exima a los cónyuges de la necesidad de seguir procesos falsos para conseguir volver a casarse. La cosa es bastante vieja: ya en 1924 se votó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley de divorcio presentado en 1917, siendo rechazado por 52 votos contra 42. Otras iniciativas legales, con el mismo objeto y también frustradas, se han presentado en 1927, 1933, 1934, 1964, 1972. Resulta difícil, pues, concordar con aquello —que suele sostenerse por estos días— de que el divorcio es un tema que nunca se ha querido encarar ni debatir en Chile; un supuesto “tema-tabú”. Por el contrario, se lo ha discutido con amplitud e intensidad, pero se ha llegado siempre a la conclusión de la conveniencia de mantener la protección legal de la indisolubilidad matrimonial.

Por otro lado, es indiscutible que si lo que se quiere es simplemente evitar el fraude de las nulidades, la solución está a la vuelta de la esquina: basta con reformar la Ley de Matrimonio Civil para dar competencia a todos los Oficiales del Registro Civil, o con poner un plazo de prescripción breve a esta causal (3 ó 6 meses), transcurrido el cual, el vicio no pueda alegarse. Con cualquiera de estas simples modificaciones la actual modalidad de la nulidad fraudulenta tendría su fin más natural.

Pero, por cierto, lo que se desea, en definitiva, no es tanto evitar el fraude cuanto instaurar el divorcio vincular. Y este divorcio se le quiere de acuerdo con la concepción moderna que ha terminado por predominar en los principales países de Europa y Norteamérica. Con anterioridad a la década de los setenta la mayoría de estos países o no admitían el divorcio o lo hacían de manera muy restringida; a partir de esos años, en cambio, comienza a tomar vida la concepción del llamado “divorcio-remedio” o “divorcio-queiebra”, que amplía enormemente los supuestos del divorcio, y que es el que ahora se propone para nuestro país.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, parece interesante, en cuanto aporte al debate que se ha suscitado nuevamente en Chile sobre la materia, confrontar las ideas fundamentales en las que se basa dicha concepción divorcista, con las experiencias que surgen de las legislaciones que han adoptado en el pasado reciente leyes de divorcio fundadas precisamente en esas ideas. Se trata, en consecuencia, de realizar un análisis dogmático, técnico-jurídico, que no pretende incursionar ni en el plano de los valores (la filosofía y los principios) ni en el de los fenómenos sociales (la sociología, las encuestas y las estadísticas).

² SOMARRIVA, Manuel, *Derecho de Familia*, Nascimento, Santiago, 1963, pp. 84–85.

3. LA CONCEPCION DEL "DIVORCIO-REMEDIO"

Debemos partir por resumir los postulados que fundamentan la que podríamos denominar "concepción modernista del divorcio", que se basa en el acogimiento del "divorcio-quebra" o "divorcio-remedio". A nuestro juicio, tales ideas son las siguientes:

a) El divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de sus deberes maritales, sino como un camino de salida, un remedio, para aquellos casos en los que el conflicto ha llegado a tal grado de agudización que resulta imposible mantener la comunidad de vida que implica el matrimonio. Es menester, pues, cambiar la antigua fundamentación de la disolución matrimonial del principio –hasta hace poco predominante– del "divorcio-sanción" al del "divorcio-remedio" o "divorcio-quebra". Es conveniente desdramatizar la situación y terminar con la idea de buscar culpables; para considerar procedente el divorcio es necesario sólo constatar la inviabilidad del matrimonio.³

b) El divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídico-social del matrimonio, sino sencillamente dar una solución a los casos en que, excepcionalmente, la comunidad de vida que implica la relación conyugal se ha roto de un modo irrevocable.

En Italia la campaña de los años 70 en favor del divorcio se centró en gran medida en esta idea: se trataba –se dijo– sólo de instaurar un "*piccolo divorzio*". El slogan más repetido de la campaña fue "*almeno un piccolo divorzio non si può negare*"...⁴

c) El divorcio, al ser configurado como un remedio o una salida ante situaciones objetivas de ruptura de la vida conyugal, no quedará entregado a la mera voluntad o al capricho, sea de ambos cónyuges, sea de alguno de ellos. La ruptura objetiva del matrimonio será apreciada judicialmente, lo que salvaguarda la seriedad del procedimiento.⁵

d) En este sentido, se nos dice en Chile, la admisión legal del divorcio traería ventajas en relación con la "válvula de escape" que constituyen las disoluciones del vínculo obtenidas mediante juicios de nulidad fraudulentos, ya que éstos en definitiva constituyen un divorcio por mera voluntad de las partes, que no está sujeto a control judicial alguno. Se sostiene, en este sentido, que Chile paradó-

³ De esta manera se señala en nuestro país, por ejemplo, que la ley de divorcio debe ser entendida como una ley que "busca resolver los conflictos que ya existen" (Diputada Laura Rodríguez en "La Epoca" [Santiago, Chile], 10-XII-1991) y que el objetivo es plantear "la opción del divorcio como 'solución de conflictos'..." (Presentación de un anteproyecto de ley de divorcio auspiciado por la Diputada Laura Rodríguez).

⁴ Cfr. DE FUENMAYOR, Amadeo, *Slogans divorcistas*, Eunsa, 4ª edic., Tafalla, 1977, p. 10.

⁵ En este sentido, se sostiene que "una ley de divorcio debe elaborarse con un sano criterio, sin excesos que pueden ser tanto o más perniciosos que los males que se tratan de evitar. En lo posible debe esta ley adecuarse a nuestra realidad cultural, sin abrir una brecha exageradamente ancha en beneficio de quienes desean poner fin a su vida conyugal por nimiedades o circunstancias superficiales" (Pablo Rodríguez, "Alcances a proyecto de ley de divorcio", "La Tercera de la Hora" [Santiago, Chile], 22-VII-1991).

jicamente constituiría un verdadero “paraíso divorcista”⁶, que reclama una intervención legislativa.

Una ley de divorcio, al controlar las causas del quiebre matrimonial y, además, al contemplar una regulación específica para las consecuencias patrimoniales entre los excónyuges y respecto de los hijos nacidos del matrimonio disuelto, presentaría muchas ventajas por sobre las actuales “nulidades de matrimonio”, que no inquietan sobre la realidad del fracaso conyugal, no regulan las consecuencias económicas postnupciales (con lo cual la mujer pierde el derecho a pensión alimenticia), ni protegen debidamente la situación de los hijos.⁷

e) La legalización del “divorcio-remedio” constituye una opción que garantiza la tolerancia y el pluralismo que identifican a la sociedad contemporánea. Permite, por una parte, que quienes no comulgan con la tesis de la indisolubilidad tengan la posibilidad de “rehacer” sus vidas contrayendo un nuevo vínculo, y, por otra, no perjudica a quienes por convicciones personales, sean religiosas o no, estiman indisoluble el matrimonio, a los cuales les cabe siempre la posibilidad simplemente de no usar del derecho a solicitar el divorcio.⁸

f) Como consecuencia de todo lo anterior, el divorcio, concebido como un remedio excepcional, en ningún caso podrá llegar a cambiar la fisonomía jurídica del matrimonio tal como existe en la actualidad. Las personas –se dice– se casan para vivir juntas por toda la vida, y no para divorciarse. El matrimonio no resulta debilitado o alterado por el hecho de admitirse su disolución en casos especiales en los que se demuestre objetivamente su irremediable fracaso.⁹

Todas estas tesis han conformado la base de sustentación ideológica de las leyes que han introducido o reformado el divorcio en los últimos veinte años en los principales países europeos y americanos. Pero ¿en qué medida se reflejan estos postulados teóricos en los concretos diseños normativos? ¿Son verdaderamente realizables tales postulados cuando se abandona el limbo de las teorías y se desciende al terreno de las realidades jurídicas? Es ésta la interrogante que intentamos responder a continuación.

⁶ Cfr. Pablo Rodríguez, “Alcances...”, cit.

⁷ Se sostiene, de esta forma, que las leyes de divorcio buscan proteger precisamente “a la familia de matrimonios destruidos, estableciendo obligaciones alimentarias en favor de la mujer divorciada y condicionando el fallo al establecimiento previo de un estatuto que cautele debidamente cada uno de los derechos de la prole” (Rolando Fernández Millas, “Constitución y divorcio”, en “La Epoca” [Santiago, Chile], 26-VIII-1991). El anteproyecto de ley de divorcio auspiciado por la Diputada Rodríguez señala también que, lograr el acuerdo para tramitar una nulidad matrimonial fraudulenta, “significa en muchos casos el chantaje de alguna de las partes con respecto a los temas que la nulidad no reglamenta, como el destino de los bienes, la tuición de los hijos, el régimen de visitas y la pensión de alimentos”.

⁸ Se repite con insistencia que “Una ley de divorcio vincular no es una imposición sino una opción y cada Iglesia deberá velar para que sus creyentes actúen en conciencia” (Diputada Laura Rodríguez en “La Epoca” [Santiago, Chile], 10-XII-1991).

⁹ “Ninguna pareja que tenga una buena relación –ha señalado la Diputada Laura Rodríguez–, al momento de salir la ley dirá ‘aprovechemos la ley y separémonos’” (“La Epoca” [Santiago, Chile], 10-XII-1991).

4. LA REALIDAD JURÍDICA DEL DIVORCIO-REMEDIO

Después de observar la regulación que asume el divorcio en la mayor parte de los países occidentales, especialmente de Europa y Norteamérica,¹⁰ podemos abordar la cuestión y determinar si las ideas que fundamentan la concepción del "divorcio-remedio" han sido adecuadamente traducidas por los textos legales que han inspirado.

Veamos el resultado analizando cada una de ellas en el mismo orden con que las hemos expuesto más arriba.

a) ¿Divorcio objetivo o subjetivo?

No puede decirse que la finalidad de las modernas leyes de divorcio de autorizar la disolución matrimonial sólo ante rupturas o quiebras objetivas de la relación conyugal con prescindencia de criterios subjetivos basados en la culpa de alguno de los cónyuges, haya tenido acabado cumplimiento.

En efecto, en todas las legislaciones analizadas subsiste el divorcio por culpa, en forma más o menos manifiesta (por adulterio, abandono, condena criminal, etc.). Con ello se mantiene el viejo criterio que configura el divorcio como una sanción; de manera que la ley parece pensar que el "remariage" del que pide el divorcio es un castigo merecido por aquel que ha incurrido en faltas maritales; diríase que autoriza el "adulterio legal" para así castigar más intensamente la culpa del cónyuge infractor...

Incluso a las hipótesis tradicionales se van agregando otras que surgen de la fértil imaginación de los legisladores. La ley argentina de 1987 agrega la drogadicción de uno de los cónyuges.¹¹ Por su parte, la última reforma de la ley italiana (1987) agregó como causal de divorcio: El haberse dictado "sentencia de rectificación de atribución del sexo según la ley de 14 abril 1982".¹² De esta forma, si el marido, por obra y gracia de una sentencia judicial, pasa de "Giorgio" a "Giorgina", su mujer queda autorizada para solicitar el divorcio contra este (a) último(a)...

b) ¿Divorcio excepcional o general?

Pasada revista a las modernas legislaciones divorcistas, no cabe más que negar que el divorcio constituya un remedio excepcional que proceda sólo y únicamente ante la constatación de una quiebra definitiva e irremediable del matrimonio.

Si nos fijamos en el nuevo tipo del divorcio: el divorcio por ruptura o quiebre de la convivencia (en el que nadie es culpable), podemos ver que, al ser

¹⁰ Para un estudio más detallado puede verse nuestro artículo "Las causales de divorcio en el derecho comparado. Una contribución para el debate sobre el divorcio en Chile", *Cuadernos de Extensión. Universidad de los Andes* (en prensa).

¹¹ Cfr. Ley 23.515, de 12 junio de 1987. Sobre esta normativa, puede verse a BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, Austrea, 1ª reimp., Buenos Aires, 1988, pp. 273 y ss.

¹² La ley italiana que instauró el divorcio es la n° 898, de 1 de diciembre de 1970. La reforma se operó por ley N° 74 de 6 de marzo de 1987. Sobre esta regulación puede consultarse a TRABUCCHI, Alberto, "Matrimonio e divorzio", en *Rivista di Diritto Civile*, 1971, pp. 1-22; ZICCARDI, Fabio, "L'expérience italienne en matière de divorce", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 403-417; BARBIERA, Lelio, "Separazione e divorzio", en *Rivista di Diritto Civile*, 1988, II, pp. 435-465;

la noción de “quiebre irreversible de la comunidad conyugal” un concepto imposible de traducir en términos jurídicos, las leyes se contentan con establecerla como causal genérica, casi emblemática o incluso con relegarla a la función de mera declaración de principios, para luego adoptar una situación más manejable y medible en términos legales. Esta situación indiciaria del quiebre matrimonial la encuentran los legisladores en la separación de cuerpos o cesación efectiva de la convivencia. Tal circunstancia pasa, así, a convertirse en la auténtica causal del “divorcio-remedio”. Se trata de un divorcio por separación, no por quiebre de la relación conyugal.

Muy ilustrador es en este sentido el caso de la legislación alemana,¹³ que desde un “divorcio-sanción” ha evolucionado a un “divorcio-quiebra”: El Código Civil alemán, reformado en 1976, consagra primeramente como única causa de divorcio la ruptura del matrimonio (*Scheitern der Ehe*): “El vínculo matrimonial puede ser disuelto si el matrimonio ha fracasado”. Pero muy pronto tal declaración se queda sin contenido, pues la ruptura es presumida de derecho, sin posibilidad de prueba en contrario, cuando se acredita que los cónyuges han vivido separados. Así:

- Se presume de derecho roto el matrimonio cuando los cónyuges han vivido separados por un año, si ambos solicitan el divorcio o la demanda de uno es aceptada por el otro (§ 1566.1 BGB).
- Se presume de derecho roto el matrimonio cuando los cónyuges viven separados por más de tres años, si el divorcio lo pide sólo uno de ellos (§ 1566.2 BGB).

Como puede verse, cuando se trata de imponer el divorcio contra la voluntad de uno de los cónyuges el plazo es mayor y el interesado debe armarse de paciencia por un período más extenso: tres años...

Algo similar ocurre en la regulación del divorcio en los diferentes estados que componen los Estados Unidos. En general, puede decirse que desde que en 1969 California suprimió el divorcio por culpa, existe una decidida inclinación hacia el “divorcio-remedio” y un rechazo de los criterios subjetivos de culpa. Se trata de establecer un “*nonfault divorce*” basado en un plazo de separación. La gran mayoría de las legislaciones estatales permite el “*nonfault divorce*”, a pesar de la oposición de uno de los cónyuges, después de un período de separación que es bastante corto: cuarenta estados y el Distrito de Columbia exigen un año o menos.¹⁴

¹³ La actual regulación del divorcio fue instaurada por la “Primera Ley de reforma del Derecho del Matrimonio y de la Familia”, de 14 de junio de 1976. Ha sido retocada por ley de reforma de 1986. Sobre el sistema alemán de divorcio puede consultarse a BERNARD, Claude y WILL, Michael R., “*La réforme du divorce devant le juge constitutionnel allemand*”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, XXXII, 1980, pp. 785-789; GERHAD, Walter, “*Le recenti riforme in materia di divorzio nella Repubblica Federale di Germania*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1986, pp. 435-449; HOLZAHUER, H., “*Le divorce et ses conséquences*”, en *Mariage et Famille en question, (l'évolution contemporaine du droit allemand)*, bajo la dirección de H. A. Schwarz-Lieberman von Wahlendorf, Centre National de la Recherche Scientifique, pp. 119 a 157; HENRICH, Dieter, “*Diritto di famiglia e giurisprudenza costituzionale in Germania: riforma del diritto di famiglia ad opera dei giudici costituzionali?*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1991 (1), II, pp. 59-60.

¹⁴ Cfr. GLANDON, Mary Ann, *Abortion and divorce in western law, American failures, european challenges*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987, pp. 67-68.

Pero incluso la separación de cuerpos con plazos cada vez menores comienza a aparecer como un obstáculo a la "libertad de divorciarse". Cada vez más extendidamente se acepta que la mejor prueba de la ruptura del matrimonio consiste en la sola voluntad de uno de los cónyuges de no seguir unido al otro. La ley del divorcio en Suecia prescribe que basta, para decretar el divorcio, la voluntad unilateral de uno de los cónyuges; sólo se impone un plazo de reflexión de seis meses si el demandado se opone a la disolución del matrimonio o tiene el cuidado de hijos menores de dieciséis años. Ninguna otra prueba ni ningún control judicial son requeridos.¹⁵

Y cuando la ley no acepta formalmente esta clase de divorcio, es la práctica judicial la que comienza a establecerla. Es lo que sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos; si bien en algunos estados el juez puede teóricamente denegar un divorcio por no ser la ruptura irremediable, la práctica universal ha entendido que "la ruptura de un matrimonio es irremediable si un cónyuge así lo dice".¹⁶

c) ¿Divorcio bajo control judicial o a voluntad?

Al configurarse de esta manera, el divorcio termina escapando de los controles normativos y judiciales y pasa a ser un estado cuya aplicación depende básicamente de la voluntad de los interesados.

Todas las legislaciones comentadas contemplan, más o menos abiertamente, la hipótesis de un divorcio consensual, por acuerdo de los cónyuges. A veces, la sola constatación del consentimiento basta para que el juez declare el divorcio (Francia,¹⁷ Holanda,¹⁸ Suecia); en otras ocasiones, se difiere esta eficacia mediante un plazo de espera, siempre muy corto (España,¹⁹ Alemania, Italia, Argentina).

¹⁵ La actual regulación del divorcio en Suecia fue aprobada por ley nº 645, de 4 de julio de 1973. Cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., "La problématique du divorce dans les législations d'Europe Occidentale", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1989, pp. 10 y ss.

¹⁶ GLANDON, M. A., *op. cit.*, p. 81.

¹⁷ La normativa vigente sobre el divorcio fue introducida en el *Code napoléonico* por la ley nº 617 de 11 de julio de 1975. Sobre el divorcio francés, puede verse a CALAIS-AULOY, M. T., "Suggestions pour une réforme du divorce, (Etude de politique juridique)", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1980, pp. 641-689; MONSALLIER, Beatrice, "Le divorce pour rupture de la vie commune (Loi du 11 juillet 1975)", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1980, pp. 468-493; PIGNARE, Geneviève; "Les mésaventures du divorce sur demande acceptée", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1980, pp. 690-715; JACQUET, Jean-Michel, "Le rôle de la cause dans le nouveau droit français du divorce", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, pp. 615-644.

¹⁸ La ley de divorcio holandesa es la nº 290, de 6 de mayo de 1971.

¹⁹ En España se introdujo el divorcio por ley nº 30 de 7 de julio de 1981. Sobre esta regulación puede consultarse a PARA MARTIN, A., *Divorcio, separación y declaración de nulidad. La crisis matrimonial ante el derecho*, Edit. Humanitas, Barcelona, 1983; DE FUENMAYOR, Amadeo, "El matrimonio en el Código Civil", en *Ius Canonicum*, 1990, pp. 223-241; MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Posible inconstitucionalidad parcial de la ley española de divorcio de 1981", en *Persona y Derecho*, 1984, pp. 171-209; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "Aspectos sustantivos y procesales de la nulidad, separación y divorcio (según la ley de 7 de julio de 1981)", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, pp. 505-561; LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. y otros, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de Familia*, Bosch, 3ª edic., reimp. actualizada, Barcelona, 1990, v. I., pp. 214 y ss.

Cierto es que algunas legislaciones civiles otorgan al juez facultades para apreciar la realidad de la ruptura, pero en estos casos las regulaciones procesales, o la misma práctica judicial que las han sucedido, han terminado por desmentir las intenciones de las leyes de fondo.

Característico en este sentido es el caso inglés. La *Matrimonial Causes Act* de 1973²⁰ estableció como causal única de divorcio la "irretrievable breakdown of marriage", esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal (sec. 1). La misma ley señaló que la prueba de esa ruptura irremediable sólo puede obtenerse mediante la acreditación de ciertos hechos taxativamente enumerados, a saber; adulterio, conducta reprobable del demandado, abandono de hogar, y separación por dos años (si hay acuerdo) o por cinco (si uno se los cónyuges se opone al divorcio). Sin embargo, la ley también aclaró que el juez no está obligado a declarar el divorcio aunque se hayan comprobado las causales específicas, y puede rechazar la demanda si considera que, a pesar de ellas, no se ha producido una ruptura irremediable de la vida conyugal.

Pero si ya por la misma enunciación de las causales específicas podría dudarse sobre el efectivo acogimiento de las tesis del "divorcio-remedio", la regulación procesal ha terminado por configurar un desmentido total a las intenciones que inspiraron las normas sustantivas. El divorcio inglés se ha transformado casi en un mero trámite. En todos los casos en los que no hay contienda entre las partes, basta al requirente presentar su demanda con la forma de una "declaración bajo juramento"; si el otro cónyuge no se opone, los documentos son examinados por un auxiliar judicial y, no advirtiendo éste ninguna irregularidad formal, el juez declara el divorcio en sesión pública, sin que sea necesaria la comparecencia personal de los cónyuges. De este modo, la pretensión de que el juez pudiera rechazar la demanda al constatar que no se ha producido el quiebre del matrimonio, se revela totalmente utópica. Como era natural, un procedimiento tan simplificado ha tenido gran acogida: actualmente un 98,5% de los divorcios son pronunciados de acuerdo a este trámite.²¹

Algo similar ha sucedido en Italia: la reforma de 1987 vino a reducir el plazo exigido a los separados para obtener el divorcio (de cinco a tres años) y a instaurar como "tipo" procesal del divorcio el resuelto en "*Camera di consiglio*". Con ello se ofrece a los cónyuges un trámite rapidísimo, ya que el juez resuelve sólo sobre la base de los antecedentes que le entregan las partes.

Según el civilista italiano Alberto Trabucchi, la reforma del 87, superando el criterio del "*divorzio-rimedio*", introduce en Italia el "*divorzio-consensuale*",²² y tal conclusión parece inevitable, máxime si se considera que el juez ni siquiera puede entrar a juzgar sobre la efectividad del plazo de separación, ya que, según

²⁰ En realidad, la actual regulación sobre el divorcio en Inglaterra fue introducida por la *Divorce Reform Act* de 22 de octubre de 1969, pero sus normas fueron posteriormente incorporadas a la *Matrimonial Causes Act* de 23 de mayo de 1973. Sobre estas normas puede verse a CIAN, Giorgio, "La riforma del divorzio in Inghilterra", en *Rivista diritto Civile*, 1970, pp. 606-608; GLANDON, M. A., *op. cit.*, pp. 69 y ss. y MEULDERS-KLEIN, M.T., *op. cit.*, pp. 18 y ss.

²¹ Cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., *op. cit.*, p. 28.

²² TRABUCCHI, Alberto, "Un nuovo divorzio, Il contenuto e il senso della riforma", en *Rivista di Diritto Civile*, 1987, p. 128. En el mismo sentido, BASILICO, Giorgetta, "Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta", en *Rivista di Diritto Civile*, 1991 (3), II, p. 257.

la reforma, la interrupción de la separación sólo puede ser alegada por el cónyuge demandado.

Finalmente, debe considerarse que en países como Dinamarca y Noruega el proceso de divorcio es encomendado a las autoridades administrativas. Según la profesora de la Universidad de Lovaina Marie-Thérèse Meulders-Klein, “la casi totalidad de las separaciones y divorcios son regulados por vía administrativa, por razones de simplicidad y economía, pero también porque el esposo que no consentiría en la separación o divorcio sabe que su resistencia es totalmente inútil”.²³

Mucha razón tiene Jean Carbonnier al sostener la imposibilidad de regular restrictivamente el divorcio consensual: “Toda legislación de divorcio por consentimiento mutuo —escribe el civilista francés inspirador de la ley actual francesa de divorcio— debe moverse entre dos escollos; o bien se muestra muy abierta para admitir la realidad de los consentimientos, y el riesgo es grande que el mejor armado de los esposos sorprenda, extorsione, compre el consentimiento del otro, o bien ella multiplica las precauciones, las normas, los plazos, y antes que afrontar este procedimiento erizado de complicaciones, los cónyuges que por hipótesis están de acuerdo prefieren simular un proceso entre ellos”.²⁴

El legislador ante esta disyuntiva termina por rendirse a los hechos y opta por facilitar el divorcio por mutuo acuerdo, a riesgo de permitir un divorcio que es consensual sólo aparentemente. Y no podría hacerlo de otro modo, ya que también ha dado carta de ciudadanía al divorcio por voluntad unilateral.

Las leyes del “divorcio-remedio” no sólo autorizan, en forma amplia, el divorcio de común acuerdo, sino que, a pesar del rechazo generalizado que parece suscitar a nivel doctrinario, terminan por acoger inevitablemente el divorcio fundado en el deseo de uno de los cónyuges y contra la oposición del otro: el llamado “divorcio-repudio”. En efecto, nada impide que el cónyuge que busca su liberación del vínculo marital proceda primeramente a colocar el matrimonio en la causal que la ley valora como quiebre del matrimonio (por ejemplo, solicite la separación, abandone el hogar, etc.) y luego pida el divorcio. Es cierto que algunas legislaciones dan al juez el poder de denegar un divorcio por no haberse acreditado la ruptura irremediable del vínculo. Pero estas declaraciones teóricas en la práctica no son efectivas.

Al acoger el “divorcio-repudio”, que es impuesto, la concepción del “divorcio-remedio” llega incluso al extremo de privilegiar la conducta irresponsable del cónyuge que desatiende o trasgrede sus deberes maritales. En varios regímenes divorcistas (Italia, España, Argentina) se presenta la curiosa situación de que el cónyuge culpable, contra el cual se ha pronunciado una sentencia de separación de cuerpos (por culpa), tiene luego la facultad de utilizar la misma sentencia que acredita su comportamiento culpable para solicitar el divorcio en contra del cónyuge inocente. Lo mismo puede aplicarse para el caso en que el cónyuge inocente consiente en la separación de hecho para evitar que el culpable siga alterando la vida del hogar; pasado el plazo legal, el cónyuge inocente se verá enfrentado a un proceso de divorcio incoado por quien no quiso asumir sus compromisos conyugales. Ello ha llevado a un jurista español a increpar esta

²³ MEULDERS-KLEIN, M. T., *op. cit.*, p. 30.

²⁴ CARBONNIER, Jean, “La question du divorce, Mémoire à consulter”, en *Recueil Dalloz-Sirey*, chr. 1975, p. 119.

“peculiar y ‘original’ justicia”, que “protege al ‘libertino casanova’, incluso frente al modelo heroico de la fidelidad en el sufrimiento y el sacrificio (!)”.²⁵

En conclusión, pues, el “divorcio-remedio” no sólo no elimina el divorcio por culpa, sino que implica necesariamente la aceptación legal del divorcio por mutuo acuerdo (divorcio consensual) y del divorcio por voluntad unilateral (“divorcio-repudio”).

d) Ley de divorcio versus nulidades matrimoniales fraudulentas

De lo que va dicho puede ya colegirse que de ningún modo una ley de divorcio permitiría controlar mejor las rupturas matrimoniales en relación con los juicios de nulidad fraudulenta, terminando con el supuesto “paraíso del divorcio” del sistema chileno. La promulgación de una ley de divorcio haría todavía más terriblemente extenso este “paraíso”, ya que no sólo procedería la disolución por mero consentimiento (igual que lo que sucede ahora), sino que además se podría disolver el matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges y en contra de los deseos del otro, lo cual actualmente no es posible.

Si nos fijamos en la supuesta carencia de regulación de los efectos económicos de la ruptura de la que adolecerían las actuales nulidades, debemos comenzar por constatar que ello en la inmensa mayoría de los casos –por no decir todos– no sucede, puesto que los cónyuges antes de seguir un juicio de nulidad efectúan una exhaustiva y a veces exasperante negociación sobre los bienes y efectos económicos de la ruptura. La mujer, que generalmente no es la interesada en la disolución y que está consciente que con la nulidad perderá su derecho de alimentos, suele exigir transferencias de bienes o pago de sumas de dinero que la beneficien: sólo así “da la firma”.

Pues bien, nada distinto sucederá si se aprueba una ley de divorcio. En efecto, las legislaciones divorcistas, tratándose de divorcio consensual, entregan a la libre autonomía de los cónyuges la regulación sobre las consecuencias patrimoniales de la ruptura, que debe formalizarse en un acuerdo llamado convenio regulador (así en Bélgica,²⁶ Francia, España e Inglaterra).

Cierto es que en otras hipótesis de divorcio se solía condenar a uno de los cónyuges a pagar una pensión periódica indefinida en favor del más desvalido económicamente (no necesariamente el inocente). Pero hoy esta idea está en abierta retirada y en substitución aparece la doctrina del *clean break*, según la cual el divorcio debe constituir un corte total que pone fin a todo vínculo de dependencia entre los ex cónyuges. Se excluyen así las pensiones periódicas, para reemplazarlas por una compensación económica que se hace de una vez al momento del divorcio, mediante transferencias de bienes, depósito de sumas en capital, etc.: “Uno de los objetos de la ley moderna –ha dicho la jurisprudencia inglesa– es permitir a los cónyuges dejar su pasado atrás y recomenzar una nueva

²⁵ LARRAINZAR, Carlos, “Matrimonio y estado democrático. Aspectos de la libertad ideológica en el sistema matrimonial vigente en España”, en *Persona y Derecho*, 1984, p. 165. La incoherencia legal es advertida también en la doctrina italiana: cfr. ZATTI, Paolo, “*La legge sul divorzio: contenuto e spunti problematici*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1971, p. 40, quien señala que “bajo este aspecto, la norma parece la codificación del arbitrio”.

²⁶ La ley belga de divorcio es la ley de 1 de julio de 1974, modificada por ley de 2 diciembre de 1982.

vida, sobre la cual la relación disuelta no proyecte sus sombras" (Lod Scarman, in *Milton vs. Milton*, 1979).²⁷

Nada, en consecuencia, podrá aportar el divorcio a lo que actualmente sucede en las nulidades fraudulentas de matrimonio.

Menos puede sostenerse esto respecto de la situación de los hijos. Por una reforma expresa del Código Civil, hoy todos los hijos habidos en los matrimonios declarados nulos tienen la categoría de legítimos, y por tanto conservan todos sus derechos para con sus padres (herencia, alimentos, etc.) (cfr. art. 122 CC).

Del mismo modo está expresamente prevista la forma en la que se decide sobre su tuición en caso de conflicto. Es el juez de menores el que debe resolver, pero ateniéndose a la norma que da preferencia a la madre para el cuidado personal de todos los hijos menores (cfr. arts. 223 y 225 CC y 46 de la Ley de Menores).

En las legislaciones extranjeras que contemplan el divorcio la situación no varía en sustancia: los hijos son legítimos, conservan sus derechos y su tuición es resuelta por el juez.²⁸

Una ley que legalice el divorcio no presentaría significativas ventajas de carácter jurídico frente al actual procedimiento de las nulidades fraudulentas. Su única consecuencia sería ampliar tremendamente la posibilidad de disolver matrimonios por la simple voluntad de alguno de los cónyuges.

e) Divorcio: ¿solución tolerante y pluralista?

Es posible constatar, además, que los regímenes divorcistas instaurados, contrariamente a lo declarado por sus inspiradores, no responden a principios de tolerancia y pluralismo, sino que, al revés, manifiestan un propósito de imposición ideológica absoluta, totalitaria y excluyente.

Esta conclusión puede sostenerse observando si las leyes de divorcio permiten la coexistencia de vínculos voluntariamente queridos como indisolubles, por una parte, y, por la otra, si permiten negar el divorcio frente a abusos manifiestos en los que se ocasionan graves perjuicios para el otro cónyuge o los hijos.

e.1) Negación del derecho a contraer un matrimonio indisoluble.

Que las leyes de divorcio responden a parámetros bien diversos del pluralismo y la tolerancia, puede observarse en países en los que se acepta la eficacia civil de los matrimonios canónicos, para los cuales su misma regulación propia excluye la disolubilidad. Las leyes de divorcio, lejos de respetar esta opción que los contrayentes han hecho libre y espontáneamente, imponen su eficacia disolutiva sin distingos.

En Italia la ley de disolución matrimonial de 1970 en forma expresa señaló que se aplicaría no sólo al matrimonio civil, sino también al contraído bajo rito canónico. Distingue, no obstante: para el civil el juez pronuncia "sentencia de disolución del matrimonio" (se evita la palabra divorcio); para el segundo, en cambio, el juez declara sólo "la cesación de los efectos civiles consiguientes a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil" (art. 149 CC y arts. 1 y 2 de la Ley de divorcio). Mas, como reconoce la doctrina italiana, se trata de un "cufe-

²⁷ Cfr. MEULDERS-KLEIN, M. T., *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁸ Cfr. MEULDERS-KLEIN, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

mismo" que no tiene más relevancia práctica que la de haber pretendido suavizar el tenor de la ley a los ojos de la Iglesia Católica.

En la España de 1981 ya no se anda con tantos remilgos y sencillamente se dispone que "El matrimonio se disuelve, sea cual fuere *la forma* y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio" (art. 85 del Código Civil, reformado).

La solución contraria se había adoptado en Portugal y Colombia. En Portugal, a raíz del Concordato de 7 de mayo de 1940, al revisarse en 1966 el Código Civil, se restringió el divorcio al matrimonio civil, excluyéndose su aplicación para los matrimonios católicos (art. 1790 CC). Igual cosa acontecía en Colombia, como consecuencia del Concordato suscrito con la Santa Sede el 12 de julio de 1973. La ley de 19 de enero de 1976 introdujo el divorcio para el matrimonio civil pero lo negó para el matrimonio concordatario.

No obstante, el divorcio parece poseer una capacidad expansiva imposible de contener. Es así como en Portugal, una vez modificado el Concordato de 1940, el gobierno se apresura a dictar el Decreto Nº 261 de 27 de marzo de 1975, que establece la aplicación del divorcio también para los matrimonios católicos.

Colombia conservaba hasta estos días la exclusión del divorcio para los matrimonios concordatarios. Pero también se trata ya de una situación fenecida. El pasado 18 de junio de 1991 la Asamblea Constituyente aprobó la aplicación del divorcio a los matrimonios religiosos. La nueva Constitución colombiana ha entrado en vigor con fecha 4 de julio de 1991 con este precepto.²⁹

La institución del divorcio parece, pues, por su misma naturaleza, reclamar una aplicación no sólo extensiva sino absoluta, en cuanto al tipo del matrimonio celebrado. Ningún vínculo matrimonial, sin importar su régimen normativo de fondo, puede escapar a su esfera de influencia.

Por otro lado, los regímenes divorcistas tampoco parecen consentir que, prescindiendo de la forma de celebración, los contrayentes puedan pactar que su matrimonio sea indisoluble. La doctrina tiende a negar valor a una cláusula en tal sentido, aunque ella pudiera llegar a constar en la inscripción matrimonial.³⁰ Ante este problema, el legislador argentino optó por declarar expresamente la irrenunciabilidad de la acción de divorcio (art. 230 CC).

Como hemos podido observar, en estos sistemas matrimoniales quienes desean casarse en forma indisoluble ven avasallada su forma de concebir el matrimonio, son obligados perentoriamente a contraer un vínculo disoluble, que para ellos no constituye verdadero y auténtico matrimonio.

Es lícito, pues, preguntarse con el civilista español Amadeo de Fuenmayor: "¿qué pluralismo es ese en que una concepción del matrimonio es reconocida y tutelada, y la otra prohibida; en que una concepción aparece como modelo para

²⁹ Señalan los incisos 7 y 8 del art. 42 de la nueva Constitución: "Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil".

³⁰ Dice BENABENT, Alain, "*La liberté individuelle et le mariage*", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1973, p. 494, hablando del sistema francés: "nuestro derecho no admite los compromisos perpetuos. Su concepción de la libertad individual se opone. Entonces, la facultad de romper el matrimonio no puede ser susceptible de renuncia".

las gentes, y la otra ha de quedar en la oscuridad, confinada en el ámbito de las conciencias?"³¹

Resulta engañoso argüir en contra que quienes conciban el vínculo matrimonial como indisoluble pueden atenerse a su conciencia, absteniéndose de ejercer el derecho a divorciarse conferido por la ley civil. Lo cierto es que, llegado el caso, ante la petición de uno de los cónyuges, el otro deberá someterse y adquirir la situación jurídica de divorciado, por más que dicha situación vulnere sus más íntimas convicciones.

e.2) Divorcio y abuso del derecho

Ante el temor de que la facultad de divorciarse se prestara para abusos manifiestos y para atemperar los efectos de la admisión del divorcio por voluntad unilateral, algunas legislaciones han introducido una norma de excepción que posibilita al juez denegar el divorcio cuando se acredite que traerá consecuencias especialmente nocivas, sea para el otro cónyuge contra el cual se pronuncia, sea para los hijos comunes del matrimonio que se pretende disolver. Se trata de la llamada "cláusula de dureza", que existe en las leyes de divorcio de Inglaterra, Alemania y Francia. Pero una cosa es lo que dicen los textos legales y otra bien distinta la realidad de su aplicación.

Ni en Inglaterra ni en Alemania los jueces han hecho uso de esta atribución. Sólo en Francia la cláusula ha tenido una aplicación judicial más significativa, sobre todo por los tribunales de provincia. Se ha llegado a considerarla aplicable para evitar el perjuicio moral que sufriría una devota católica por el hecho del divorcio, dado el ambiente por ella frecuentado: pero para lograr este objetivo la cónyuge afectada tuvo que acreditar no sólo que era bautizada, sino que ejercía en su parroquia como catequista y que hasta era miembro de la Tercera Orden del Carmelo...³²

Sin embargo, debe señalarse que, si bien la jurisprudencia francesa parece mucho más favorable a la aplicación de la cláusula que la inglesa y la alemana, la verdad es que también los tribunales galos han hecho un uso restrictivo de la norma; son muchos más los casos en que han desechado la cláusula de dureza que aquellos en que la han acogido. Es más, desde 1979 han ido moderando su aceptación, con lo que la situación tiende hoy a asemejarse a la presentada en Alemania e Inglaterra.³³

Esta tendencia restrictiva es auspiciada por la doctrina. Por lo general, los autores se han mostrado especialmente críticos con la aplicación amplia de la cláusula, cuando no manifiestamente contrarios a su misma existencia.³⁴

No sorprende, por tanto, que, junto con la limitación de la aplicación jurisprudencial de la cláusula de dureza allí donde ha sido consagrada por los textos legales, sean más los regímenes divorcistas que han preferido ignorarla por completo. La cláusula no existe ni en la legislación italiana ni en la argentina.

³¹ DE FUENMAYOR, Amadeo, "El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble. El llamado divorcio opcional", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje a la memoria del Profesor Lacruz Berdejo* (en prensa).

³² Corte de Montpellier, sentencia de 16 de febrero de 1987, *Recueil Dalloz-Sirey*, 1988, p. 5.

³³ Cfr. BENABENT, Alain, "Bilan de cinq ans d'application de la réforme du divorce", en *Recueil Dalloz-Sirey*, chr. 1981, p. 38.

³⁴ Cfr. GUILLOUD, Olivier, "La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, pp. 809 y ss.

Tampoco llegó a convertirse en norma positiva en el sistema de divorcio español, a pesar de estar incluida en el proyecto de ley presentado originalmente por el gobierno; en la discusión parlamentaria la cláusula fue eliminada.

En suma, pues, hay una clara y fuerte tendencia a restringir al máximo o sencillamente a suprimir esta forma de control judicial sobre el ejercicio abusivo del derecho a divorciarse, que, como ha dicho el civilista español García Cantero, constituía el “último homenaje a la norma moral que descalificaría de modo absoluto el repudio unilateral”.³⁵

La razón sustancial de la eliminación reside justamente en su contradicción de fondo con los lineamientos y objetivos del “divorcio-remedio”. Como apunta la profesora Meulders-Klein, “el único argumento pertinente contra la cláusula de dureza es que ella denuncia directamente la falsedad del objetivo mismo del divorcio-quebra, que, en su lógica absoluta, no conoce ni la mansedumbre, ni incluso la equidad, y postula que la disolución del matrimonio puede ser obtenida más y más rápidamente y más y más fácilmente”.³⁶

f) Divorcio y matrimonio

Las leyes que han instaurado el divorcio en sintonía con la tesis del “divorcio-remedio” han operado una transformación del contenido esencial del vínculo matrimonial. El matrimonio, despojado ya de su condición de compromiso personal jurídicamente obligatorio, pierde su fisonomía tradicional. Pasa a ser un mero contrato entre particulares, que ni siquiera los obliga a futuro contra su voluntad. Se trataría de un mero “contrato a prueba”, esto es, de una relación protegida por la ley mientras es querida por ambos sujetos; en suma, de una convivencia de hecho con efectos civiles.

Esta tendencia a “desjuridizar” el matrimonio, dándole las características de una mera convivencia de hecho, viene a encontrarse con otra de sentido contrario, que se está desarrollando actualmente en los países occidentales, cual es, la de “juridizar” progresivamente el concubinato, atribuyendo a la convivencia *more uxorio* similares prerrogativas y consecuencias jurídicas que las otorgadas al matrimonio formalizado.³⁷

El resultado de este encuentro no es difícil de imaginar: la abolición jurídica del matrimonio, en cuanto institución que trasciende a los cónyuges y recibe su voluntad como generadora de un vínculo que, por superar sus intereses individuales, los compromete y obliga.³⁸

³⁵ GARCIA CANTERO, Gabriel, “La ‘non nata’ cláusula de dureza en el divorcio español”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981, p. 1354.

³⁶ MEULDERS-KLEIN, M. T., *op. cit.*, p. 24.

³⁷ Sobre este fenómeno puede verse a TRABUCCHI, Alberto, “*Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*”, en *Rivista di Diritto Civile*, pp. 19 y ss. y nuestro trabajo “Concepto y reconocimiento legal de la ‘familia de hecho’”, en *Revista Chilena de Derecho*, 1990, pp. 34 y ss.

³⁸ Dice, en este sentido, WILLIAMS BENAVENTE, Raúl, “Matrimonio y divorcio: un problema actual”, en *Familia, matrimonio y divorcio*, Florenzano, R. y otros, Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 1991, p. 68, que “El reconocimiento del divorcio socavaría intrínsecamente la dimensión jurídica de la alianza conyugal. El matrimonio dejaría de ser una institución —con propiedades, bienes y finalidades que trascienden el arbitrio de los contrayentes— para transformarse exclusivamente en un ‘contrato’, pudiendo, en consecuencia, rescindirse con la misma facilidad con que se ha gestado”.

5. COMENTARIOS AL ACTUAL PROYECTO DE LEY DE DIVORCIO

El 14 de mayo de 1991 los diputados Laura Rodríguez, Adriana Muñoz, Víctor Barrueto, Roberto Muñoz y Mario Devaud presentaron a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que pretende establecer el divorcio vincular en la legislación chilena.

En sus considerandos se ven plasmadas las ideas matrices de la fundamentación ideológica del "divorcio-remedio". Se indica, de este modo, que el proyecto se "funda en la concepción del divorcio como solución de conflictos y no como el de sanción a un culpable", puesto que "el pretender el mantenimiento de uniones irremisiblemente rotas... no parece ni humano, ni socialmente adecuado". Se agrega que nuestra Constitución "consagra el respeto a la libertad de conciencia de cada individuo" y que el proyecto no pretende otra cosa que "abrir espacios de libertad a las personas".

El texto del proyecto se inspira igualmente en la legislación foránea. Concretamente, sigue el sistema de la causal única, estableciendo una situación general por la que se autoriza la disolución (art. 2) y una enumeración de hechos particulares que pondrían de manifiesto esa situación ante el juez (art. 3).

El art. 2 establece la causal genérica: "El divorcio procederá por sentencia judicial que declara la ruptura prolongada, permanente e irrevocable de la armonía de la pareja, que alcanza tal extremo de gravedad que no permite reiniciar la vida en común."

El art. 3 enumera los hechos que el juez "tendrá en especial consideración" para la declaración del divorcio, ellos son: declaración expresa de ambas partes manifestando su voluntad de divorciarse; separación de hecho y en distinto domicilio por más de un año; adulterio de la mujer o del marido; malos tratamientos de obra o de palabra al cónyuge o a menores a su cargo; adicción alcohólica u otras formas graves de farmacodependencia o vicio arraigado, perturbaciones síquicas graves y condena a presidio efectivo. El artículo se cuida de precisar que la enumeración no es taxativa.

Ante este proyecto pueden realizarse las mismas constataciones que hemos hecho para las legislaciones extranjeras, esto es, mantiene el divorcio por culpa; consagra el divorcio consensual y permite el divorcio por voluntad unilateral o repudio (a través de la causal separación de hecho por un año).

Es cierto que el texto de la iniciativa legal faculta al juez para apreciar en concreto el rompimiento de la vida conyugal, pero es fácilmente previsible que éste enfrentado a resolver un proceso de divorcio se contentará con la comprobación de las causales especificadas en el art. 3º, antes que entrar en la determinación del sinuoso y vago concepto de "ruptura prolongada, permanente e irreversible de la armonía de la pareja que alcanza tal extremo de gravedad que no permite reiniciar la vida en común". Pues ¿qué juez con un mínimo de sabiduría y de conocimiento de los problemas humanos podrá alguna vez pretender haber adquirido convicción sobre el hecho de que una ruptura conyugal es totalmente irreversible e irremediable?... ¿que toda reconciliación es imposible?...

En verdad, pensamos que el matrimonio disoluble no alcanza ni aún la categoría de contrato, y se aviene más con la de situación de hecho con efectos jurídicos; de hecho, pasa a ser rescindible no sólo con la misma facilidad con que se ha contraído, sino con mayor facilidad, pues como hemos visto el divorcio, en última instancia, es una facultad de ejercicio unilateral.

Tampoco parece que el proyecto, tal como está redactado, vaya a servir de mucho para evitar los pretendidos perjuicios producidos por la falta de regulación de las nulidades matrimoniales sobre los aspectos económicos y el destino de los hijos. En todas estas materias el texto de la iniciativa privilegia el acuerdo de los cónyuges que se divorcian,³⁹ de manera que es perfectamente factible imaginar que los chantajes, las presiones y las "compras de firma" seguirán existiendo al menos en la medida en que son utilizadas en el actual sistema, si no en más.

Finalmente, cabe agregar que el proyecto no resguarda la libertad de conciencia, ni el pluralismo democrático, pues al consagrar el divorcio en un sistema de matrimonio civil obligatorio, como el chileno, impone esa nueva concepción ideológica del contrato matrimonial a todos los integrantes de la comunidad nacional, incluso a aquellos que no la comparten, que, si consideramos el arraigo de las convicciones cristianas en la población, constituyen una amplia mayoría.

6. LA VERDADERA OPCION: DIVORCIO O MATRIMONIO

Para cerrar estas páginas estimamos conveniente destacar aquellas principales conclusiones que resultan de lo expuesto.

En primer lugar, debe señalarse que, frente al problema del fraude de las nulidades de matrimonio, cabe una solución clara y sencilla de establecer, que no hace necesario instaurar el divorcio vincular, que más que suprimir el fraude lo haría legal. El divorcio en esta perspectiva es una opción derrotista que implica la abdicación del Derecho a su misión de encauzar y dirigir los procesos sociales.

Por otro lado, el estudio de las legislaciones extranjeras lleva a concluir que solamente existen dos alternativas: proteger la indisolubilidad del matrimonio o aceptar la desnaturalización de este último, convirtiéndolo en una relación legal rescindible a voluntad.

La fuerza de la dinámica social y las mismas limitaciones propias de la naturaleza de los instrumentos normativo y judicial llevan a asegurar que, una vez abierta la posibilidad del divorcio, ésta no para hasta hacer disoluble el matrimonio por la mera voluntad de alguno de los cónyuges. La evolución seguida es la de "divorcio por culpa con causales taxativas", simulación de juicios de divorcio, divorcio por ruptura de la convivencia, divorcio por separación, divorcio de común acuerdo, divorcio por voluntad unilateral. Es decir, del "divorcio por culpa" se pasa al "divorcio-quebra", y de allí ya estamos ante el "divorcio por mutuo acuerdo" y el "divorcio-repudio".

No es dogmáticamente aceptable la posibilidad de configurar una ley de divorcio restringida, con controles que sean verdaderamente efectivos para asegurar su aplicación sólo a unos cuantos casos especiales. En esta materia no hay

³⁹ De esta manera el acuerdo de los cónyuges es un elemento para determinar la procedencia de alimentos entre ellos: "El juez declarará la procedencia o no de los alimentos entre las partes, atendiendo a las condiciones económicas, la capacidad de generar ingresos y los *eventuales acuerdos que existieren entre las partes*" (art. 5) y para liquidar la sociedad conyugal: "*Salvo acuerdo de las partes y a petición de cualquiera de ellas el juez de la causa, en cuaderno separado se pronunciará sobre la liquidación de la sociedad conyugal*". Igual cosa acontece sobre la situación de los hijos: "El juez determinará los alimentos, tuición, régimen de visitas, previo informe del juez de menores... y atendiendo a *eventuales acuerdos de las partes en esta materia*" (art. 10).

términos intermedios: no existe el "*piccolo divorzio*", querido por los italianos. Necesariamente debe optarse entre protección de la perpetuidad del vínculo o disolución abierta y discrecional.

De esta manera, cualquiera ley de divorcio que se aprobara en nuestro país traería consecuencias aún más nocivas que las ya producidas por las nulidades fraudulentas, que por su misma naturaleza permiten mantener en un nivel restringido la disolución matrimonial, sin comprometer la pureza de los principios consagrados en la ley civil.

Ahora bien, de estas dos opciones: proteger la indisolubilidad o establecer "el divorcio a voluntad", la primera es la única compatible con el mantenimiento y protección del matrimonio y la familia. La indisolubilidad es un elemento esencial del acto jurídico matrimonial: a falta de este elemento esencial, el acto matrimonial no produce sus efectos propios y degenera en otra institución diferente: el concubinato legalizado. Aprobar el divorcio, es abolir el matrimonio.

No hay, en consecuencia, una opción entre "matrimonio indisoluble" y "matrimonio con divorcio para ciertos casos". La auténtica elección es entre matrimonio y concubinato legalizado. Si se quiere el matrimonio, necesariamente se deberá excluir el divorcio. Si se quiere el divorcio, necesariamente se deberá excluir el matrimonio.

Con ello queda abierta la interrogante de si una eventual ley de divorcio no vulneraría la misma Carta Constitucional, puesto que ésta declara como una de las bases de la institucionalidad a la familia, en cuanto núcleo fundamental de la sociedad, al cual el Estado debe protección (art. 1.2 y 5 Const.).

Se nos dice que es conveniente instaurar legalmente la concepción del divorcio-remedio. La verdad es que, podemos ver, si el divorcio es un remedio, es una medicina que parte por matar al enfermo: no salva el matrimonio en conflicto, sino que lo deshace; prosigue por propagar la enfermedad: al facilitar la ruptura, son cada vez más los matrimonios que fracasan; y termina por aniquilar hasta la misma especie de los enfermos: generalizado el divorcio por mera voluntad, no existirán ya en sentido jurídico verdaderos matrimonios.

¡Curiosa medicina! Si el divorcio es un remedio, es claro que en todo caso se trata de un remedio terrible e inmensamente peor que la enfermedad que busca resolver.