

## DIVORCIO

**Solange Doyharçabal Casse**  
Profesora de Derecho Civil

### I. Legislación Actual

Nuestra legislación civil define el matrimonio en el art. 102 CC. diciendo que es un contrato solemne en virtud del cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y para toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Este matrimonio sólo puede disolverse por muerte de uno de los cónyuges o por declaración de nulidad de matrimonio. Algunas de las causales que permiten solicitar la declaración de nulidad son de fondo como la existencia de un vicio de la voluntad producto del error, fuerza o rapto, o la concurrencia de un impedimento dirimente para contraer matrimonio (vínculo matrimonial no disuelto, edad, parentesco, imposibilidad de manifestar la voluntad de palabra o por escrito, impotencia coemundi, pretender casarse con quien dio muerte al cónyuge, o con el partícipe en adulterio dentro de los cinco años de la sentencia que lo sancione). Otras causales son de forma tales como la *no comparecencia o inhabilidad de los testigos y la incompetencia del oficial del Registro Civil ante quien se celebra el matrimonio.*

La sentencia de nulidad declara que ese matrimonio nunca existió. Sin embargo el estatuto de los hijos no se altera. Si al menos uno de los cónyuges estaba de buena fe y tenía *justa causa de error*, la ley lo favorece disponiendo que ese matrimonio aunque nulo ha producido todos los efectos de un matrimonio válido hasta que la sentencia que declaró la nulidad haya quedado ejecutoriada. Eso significa que si estaban casados en sociedad conyugal esa sociedad de bienes realmente existió y deben repartirse los gananciales entre los ex cónyuges.

Nuestra legislación contempla también el divorcio no vincular que permite terminar con la vida en común de los cónyuges por sentencia judicial, pero sin atentar al vínculo matrimonial. Puede ser perpetuo o temporal. Permiten solicitar el primero, el adulterio del otro cónyuge, malos tratos graves y repetidos, tentativa de prostituir al otro, tentativa de corromper a los hijos, vicio arraigado del juego, ser autor, cómplice en la perpetración o preparación de delitos contra la vida, honra o bienes del otro, condenación de un cónyuge por crimen o simple delito. Los cónyuges pueden reconciliarse salvo en los casos de corrupción o tentativa de corrupción tanto del otro cónyuge como de los hijos, en que la ley lo prohíbe.

El divorcio temporal tendrá una duración máxima de cinco años y procede por incumplimiento de las obligaciones conyugales, por avaricia, abandono del hogar común, ausencia injustificada por más de 3 años, malos tratamientos a los hijos si pusieren en peligro su vida.

La mujer cuyo marido ha incurrido en causal de divorcio puede solicitar éste o bien puede utilizar la causal para pedir solamente la separación de bienes en el caso que estuviera casada en sociedad conyugal.

**II. Al parecer este sistema no satisface a una parte importante del país que reclama una ley de divorcio vincular alegando en su favor los siguientes argumentos:**

1. Las opciones morales son relativas. No hay ninguna que pueda demostrarse como verdadera. La Iglesia Católica no puede imponer su punto de vista a los que no piensan como ella.
2. Hay matrimonios que fracasan y esa unión no puede rehacerse. Si los integrantes de esta pareja destruida buscan otra unión que puede llevarlos a rehacer con éxito su vida familiar, el Estado tiene que proteger esta opción y esta nueva familia.
3. No es bueno insistir en mantener un matrimonio cuyos miembros han perdido el cariño, la estima y el respeto. Mantenerlos juntos fomenta situaciones violentas y tensiones que afectan profundamente a los hijos, quienes llevarían una vida más normal con uno sólo de sus progenitores y un eventual nuevo cónyuge.

4. Actualmente las nuevas convivencias que puedan entablar los que han roto sus matrimonios quedan al margen de la ley, consideradas como un concubinato, lo que no parece justo.
5. El divorcio ya existe en Chile pero de manera simulada encubierto bajo la forma de una nulidad fraudulenta de matrimonio en que los interesados se coluden para fabricar una causal de nulidad, cual es la incompetencia del oficial del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio.

Resumiendo, la ley civil no puede someterse al orden moral. Además sería mucho más justo reconocer que las rupturas matrimoniales siempre han existido y siempre existirán, lo que hace necesario una ley que las regule procurando que se aseguren los derechos y la estabilidad de los interesados más desvalidos, que frecuentemente son la mujer y los hijos menores.

**III.** El Congreso se ha enfrentado a muchos proyectos de ley de divorcio vincular, no menos de ocho, el primero de los cuales del año 1883, moción del diputado Manuel Novoa, fue objeto de la mayor indiferencia. Cada década ha visto renovarse estos proyectos que no siempre llegaron a discutirse en la cámara, y cuando lo fueron se rechazaron. Hoy sabemos que el último proyecto de ley de divorcio fue aprobado por la Cámara de Diputados y se encuentra en el Senado.

Tuvo su origen en la moción presentada en la Cámara de Diputados el 23 de noviembre de 1995, por diputados de los partidos Democracia Cristiana, Renovación Nacional, Socialista y Por la Democracia, liderados por doña Mariana Aylwin y don Ignacio Walker. En principio, las Comisiones de Constitución y Familia, unidas decidieron recomendar el rechazo del proyecto pero la Sala de la Cámara en sesión de 23 de enero de 1997 acordó por mayoría de votos aprobar en general dicho proyecto, de tal manera que las comisiones mencionadas tuvieron que abocarse al estudio del articulado que votado nuevamente fue aprobado por la Cámara el día 8 de septiembre de 1997. Se encuentra, por lo tanto, en segundo trámite constitucional en el Senado.

En lo que se refiere al fondo del proyecto éste aborda dos grandes cuestiones: la primera consiste en reformular los requisitos de validez del matrimonio y las causales de nulidad y la segunda es la introducción del divorcio vincular.

Respecto de la primera termina con la incompetencia del oficial del Registro Civil como causal de invalidez del matrimonio e introduce una nueva causal, prohibiendo casarse a los que, por causas de naturaleza psíquica, no pudieren asumir las obligaciones más esenciales del matrimonio, sea absolutamente, sea de manera compatible con la naturaleza del vínculo. Es una causal tan amplia que cualquier tropiezo podrá ser imputado a ella que, por lo demás, será de fácil prueba, porque si bien no se permite probarla únicamente por confesión, ésta tiene el carácter de prueba semiplena, lo que significa, que complementada por otra, como puede ser una declaración de testigos, o documentos, o informe de un psicólogo o psiquiatra el juez tendrá que declarar la nulidad del matrimonio. Es una causal que se puede falsear de la misma manera que hoy se hace con la incompetencia del oficial del Registro Civil.

Se introducen otras causales de nulidad como la presión psicológica grave y el error acerca de alguna cualidad personal que atendida a la naturaleza o los fines del matrimonio ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento. Es claro que ambas pueden ser desvirtuadas si hay acuerdo entre los cónyuges para hacer declarar nulo el matrimonio.

Además, desde el punto de vista del procedimiento, el proyecto suprime el trámite de la consulta a la Corte de Apelaciones, de la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad. Hoy en día toda sentencia que declara nulo un matrimonio tiene que ser revisada por el tribunal superior aunque no se haya apelado, lo que da cierta garantía de seriedad.

**IV.** Lo que hoy día se conoce como divorcio no vincular, el proyecto lo regula bajo la denominación de "separación de los cónyuges".

Las causales por las que procede son fundamentalmente tres:

1. Vida en común intolerable o riesgosa.
2. Conductas reprochables de un cónyuge respecto del otro y
3. Separación de hecho.

Los efectos pueden resumirse en que si bien el vínculo subsiste, la convivencia queda indefinidamente suspendida, se disuelve la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, se priva al

cónyuge culpable del derecho a heredar al cónyuge difunto, se suspende la aplicación de presunción de paternidad del marido.

La causal que va a cobrar mayor importancia es la separación de hecho porque como luego veremos puede transformarse en la antesala del divorcio vincular.

## **V. El Divorcio Vincular.**

Procede por tres causas.

1. Por cese de la convivencia, con distintos plazos según los casos.
2. Por hallarse uno de los cónyuges permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite para alcanzarlos de una manera compatible con la naturaleza del vínculo (atentados contra la vida, homosexualidad).
3. Por incumplimiento reiterado de deberes conyugales lo que hace intolerable la vida en común.

Pronunciado el divorcio vincular los ex cónyuges adquieren el estado civil de divorciados y, pueden casarse nuevamente de acuerdo a las reglas que rigen las segundas nupcias. Además se pone término al régimen de bienes, y en general se terminan los derechos y obligaciones de carácter patrimonial que existían entre ambos; por lo tanto, terminan los alimentos.

El tribunal competente será el juez de letras en lo civil. Si hay hijos menores, el procedimiento será el ordinario y si no los hay, será el sumario con algunas particularidades.

Dentro del juicio los litigantes pueden presentar un acuerdo que regule la tuición y visitas a los hijos, las reglas explícitas sobre régimen económico y bienes familiares y situación alimentaria de los "miembros de la familia". Este acuerdo queda sujeto a revisión judicial. Si no se ha presentado el juez debe procurar que se llegue a tal acuerdo y para eso citará a una audiencia de conciliación, para sugerir las bases del arreglo, teniendo la posibilidad de enviarlos ante un tercero con carácter de mediador. Si definitivamente no hay acuerdo decidirá el juez.

Los juicios de nulidad, separación y divorcio serán reservados.

De las causales de divorcio indicadas hay que hacer hincapié en una: la separación de hecho porque es el medio mediante el cual el proyecto de ley acepta tanto el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges como el repudio de un cónyuge al otro.

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

Aquí pueden darse varias situaciones:

Los cónyuges están de acuerdo en terminar su matrimonio y presentan testigos y pruebas preconstituidas que acreditan que llevan tres años separados aunque no sea cierto. Además presentan el convenio que regula la vida futura de los propios interesados y de los hijos.

Si no están de acuerdo, el que quiera el divorcio se marchará del hogar y luego de los tres años alegará que el otro lo aceptó, al menos tácitamente. Pero ¿qué posibilidades tenía el abandonado de demostrar su no aceptación ante un hecho que se le impuso? ¿Certificado notarial? Absurdo. ¿Constancia en Carabineros?

En caso de no prosperar la pretendida aceptación puede pedir que judicialmente se declare la separación después de dos años de cese de convivencia aunque no haya aceptación del otro y luego de obtenida esta sentencia le bastará esperar otros dos años para que se le otorgue el divorcio sin que el otro pueda oponerse.

Por último si espera cinco años desde el cese efectivo de la convivencia puede solicitar el divorcio y se le concederá sin siquiera escuchar a la otra parte.

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 que produciría más daños que beneficios, pero las comisiones de constitución y familia prefirieron eliminarla porque según ellas conspiraba contra el carácter objetivo que se pretende dar a las causales de divorcio que se establecen.

De lo dicho queda claro que esta ley 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.

## **VI. Consecuencias de la aprobación de esta legislación.**

1. La definición de matrimonio con la característica de indisoluble quedaría obsoleta. El *proyecto no contempla la modificación del artículo 102 CC.*, pero es obvio que no correspondería a la realidad. Si revisamos los códigos de países con legislación divorcista vemos que *la definición de matrimonio no aparece en la ley*. Así sucede en España, Portugal, Francia. Una definición doctrinaria francesa lo considera un acto jurídico solemne, por el cual el hombre y la mujer establecen una unión sancionada por la ley civil y cuya ruptura sólo puede obtenerse en condiciones determinadas.
2. Los fraudes procesales no terminarían, puesto que si hasta ahora se miente para acreditar domicilio, en el futuro se mentiría para probar que existe separación de hecho, o para probar que el otro cónyuge aceptó la separación, o para acreditar los años que dura la separación.
3. Haciendo presente el más categórico repudio a las nulidades falsas, no puede dejar de considerarse el hecho de que una nulidad no prospera a menos que ambos cónyuges estén de acuerdo y el que no tiene especial interés en la nulidad no consentirá, a menos que el otro le ofrezca una compensación económica suficiente.

En cambio, como la ley contiene causales prácticamente automáticas de divorcio, como es la separación de hecho, el que desea el divorcio sabe que le basta con esperar el tiempo suficiente, *nunca mayor de cinco años, para obtenerlo y el juez estará obligado a concederlo*. El cónyuge que se oponía queda en situación muy desmedrada, porque se verá forzado a aceptar el acuerdo económico que le ofrezca el otro o acatar los términos que señale el juez.

4. El acuerdo económico debe recaer incluso sobre el bien declarado familiar, lo que significa que el cónyuge que se opone al divorcio y los hijos no tendrían la certeza de permanecer en esa vivienda, a pesar de haber sido declarada bien familiar con anterioridad.
5. La facilidad de disolución del vínculo matrimonial generará nuevas convivencias para los ex cónyuges quienes procrearán nuevos hijos, con lo cual el ingreso de cada uno deberá distribuirse entre varios grupos familiares y disminuyendo, en consecuencia, los aportes.
6. El ex cónyuge que permanece sólo y con hijos, si no ha logrado un buen acuerdo económico, deberá dedicar más tiempo al trabajo fuera del hogar y menos al cuidado de los hijos que quedarán solos o en manos extrañas con los peligros que eso conlleva.
7. Independientemente de los acuerdos de los padres y de las normas subsidiarias del CC. sobre tuición de los hijos, hay que considerar el actual artículo 228 CC. introducido por la ley 19.585 y que es la consagración del egoísmo puesto que dispone que ninguna persona casada puede tener en su casa un hijo nacido de otra relación, sin el acuerdo del cónyuge. Este artículo se inspiró en otro, hoy derogado que requería el acuerdo del cónyuge para tener un hijo natural en la casa, lo que se justificaba porque ese hijo era frecuentemente fruto de un adulterio, pero el artículo vigente no distingue, lo que significa que un niño nacido de un matrimonio anterior puede ser expulsado de la casa del padre o de la madre por deseo expreso del nuevo cónyuge que no necesita justificar su oposición. Tampoco se distingue sobre la edad del niño ni sobre si tiene el otro progenitor vivo o muerto. Incluso cabe la posibilidad de que ambos padres se vuelvan a casar y que ninguno de los nuevos cónyuges quiera al niño. ¿Con quién va a vivir entonces? Tendría que quedar en manos de un tercero a criterio del juez.

Esta disposición se aplica actualmente pero su aplicación se vería multiplicada en caso de regir una ley de divorcio.

## VII. ¿Qué argumentos podemos oponer a quienes consideran beneficiosa una ley de divorcio?

1. No es cuestión de hacer imperar una moral o ética por sobre otra.

Existe una ley eterna que Dios infundió en el alma de los hombres y que a través de la inteligencia podemos descubrir lo que nos permite distinguir entre lo bueno y lo malo. Desde el momento que los hombres aunque no crean en la Divinidad, acepten que existen derechos que son esenciales al ser humano, están reconociendo la existencia de esta ley natural que es anterior e independiente de la ley escrita o de la ley codificada. Nuestra Constitución la reconoce puesto que señala que hay derechos emanados de la esencia de la persona humana.

El matrimonio sería uno de estos derechos esenciales.

2. Es natural al hombre el unirse a su cónyuge y formar una familia, pero sólo habrá matrimonio si ambos se donan irrestrictamente al otro, porque matrimonio es la entrega total y la única forma de superar la soledad.

Es fantasioso buscar el matrimonio perfecto que no ha existido nunca porque el de Adán y Eva tuvo una profunda crisis: "La mujer que me diste me hizo comer". O sea, ella tuvo la culpa y castigala a ella. Total falta de solidaridad pero permanecieron unidos y la vida continuó más dura, a causa del pecado. Por eso no hay que precipitarse a declarar las rupturas definitivas porque se corre el riesgo de confundirlas con una crisis superable. Lamentablemente cuando caigan en la cuenta el divorcio ya estará pronunciado.

3. Insistir en precisar en que consiste el consentimiento matrimonial porque hay mucha tendencia a contraer matrimonio impulsado por la pasión y la emoción que cada contrayente provoca en el otro. Pero la aceptación del cónyuge va más allá de eso, consiste en aceptarlo tal como es y como será en el futuro con el ánimo de formar una familia y de querer lo mejor para él, aún cuando la pasión y la emoción se hayan desgastado. Nadie pregunta a los contrayentes si están enamorados porque el enamoramiento no es requisito para casarse. Tanto mejor si existe y aún mejor si perdura.

4. Si los cónyuges tienen hijos deberán esforzarse en superar las diferencias o desilusiones en aras del bien de la familia común porque los hijos necesitan de ambos padres y la falta de uno u otro o el contacto esporádico los afecta profundamente, les provoca inseguridad y los priva de un modelo que les permita a ellos repetirlo más tarde con su propia prole. Si no tienen hijos tampoco tendrían derecho a divorciarse en aras del bien común, porque el matrimonio en sí, está destinado a la procreación.

El divorcio, en consecuencia, vulnera los dos fines del matrimonio: la procreación y la vida en común.