

RESUMEN

EL PRESENTE ARTÍCULO PRESENTA UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, CONSIDERANDO ASPECTOS JURÍDICOS ASÍ COMO EL IMPACTO QUE DICHA LEY TIENE EN LAS PERSONAS QUE HAN CONTRAÍDO VOLUNTARIAMENTE MATRIMONIO. ¿HASTA QUÉ PUNTO LA NUEVA LEY RESPETA LA AUTONOMÍA Y VOLUNTAD DE LAS PERSONAS ADULTAS QUE DECIDEN PONER TÉRMINO A SU MATRIMONIO? ¿LA NUEVA LEY RECOGE Y EXPRESA PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DE UN SECTOR DE LA SOCIEDAD O REALMENTE INTERPRETA LAS DEMANDAS DE LA SOCIEDAD EN SU CONJUNTO?

PALABRAS CLAVES: DIVORCIO, LEY DE MATRIMONIO CIVIL, NULIDAD

ABSTRACT

THIS ARTICLE PRESENTS A CRITICAL REVIEW OF THE NEW CIVIL MARRIAGE LAW, CONSIDERING LEGAL ASPECTS AS WELL AS THE EFFECT THIS SO CALLED LAW HAS ON PEOPLE VOLUNTARILY MARRIED. DOES IT RESPECT THE AUTONOMY AND CONSENT OF ADULT PEOPLE WHO DECIDE TO END THEIR RELATIONSHIPS? DOES THE NEW LAW REPRESENT AND STAND FOR DOCTRINAL PRINCIPLES OF JUST A PART OF THE SOCIETY? OR DOES IT REALLY REPRESENT THE NEEDS OF THE PEOPLE AS A WHOLE?

KEY WORDS: DIVORCE, CIVIL MARRIAGE LAW, NULLITY.

Algunas consideraciones acerca del Divorcio en Chile

Patsilí Toledo

La promulgación de la tan largamente esperada ley de divorcio hace pocas semanas, de algún modo constituye uno de los hitos finales del camino que ya hace casi un siglo comenzó el radicalismo (y el laicismo) en nuestro Congreso Nacional: el camino hacia el reconocimiento de que los matrimonios pueden terminar no sólo por la muerte de los cónyuges, sino también por la voluntad de éstos, la misma necesaria para dar nacimiento al vínculo.

La próxima entrada en vigencia de la ley genera expectativas en una gran parte de la ciudadanía, que espera ver satisfechas sus legítimas aspiraciones de regularizar situaciones de hecho que hasta ahora se mantienen al margen de la legalidad, como son las separaciones de los matrimonios en todos los casos en que las parejas no pueden o no quieren anularse. Sin embargo, frente a estas elevadas expectativas cabe hacer algunas reflexiones, pues analizando la ley que ha sido aprobada por el Congreso, permanecen múltiples reparos y dudas sobre cómo se hará cargo esta ley –y las prácticas judiciales que se generen a propósito de ella– de la complejidad de las separaciones en la pareja, respetando la autonomía y la voluntad de los sujetos involucrados.

* Patsilí Toledo. Abogado. Universidad de Chile. Especialista en derechos Humanos de la Mujer. Desarrolla su trabajo en el área de Ciudadanía y Derechos Humanos de la Corporación La Morada. E-mail: ciudadania@lamorada.cl

La primera precisión que cabe hacer es que, propiamente, no estamos frente a una "ley de divorcio", sino frente a una "nueva ley de matrimonio civil" —como efectivamente es su denominación legal—, lo que quiere decir que no se trata solamente de una ley que incorpora a la legislación actual una nueva causal de término del matrimonio (el divorcio, a las ya tradicionales, como la muerte real o presunta y la declaración de nulidad), sino que es una nueva ley, que deroga la actual ley de matrimonio civil —que data de 1884—, modificando en numerosos aspectos la regulación de los matrimonios, uno de los cuales es el establecimiento del divorcio vincular.

El transcurso de casi un siglo desde los primeros proyectos de ley de divorcio, y en particular la década de tramitación de la actual ley, muestran cuán evidentes y potentes han sido las dificultades políticas que la idea de establecer el divorcio genera. Ello, por supuesto, no se condice con el amplio respaldo que —por años— la ciudadanía ha dado a esta idea. En efecto, la fuerza de las posiciones "antidivorcistas" no se ha basado en que cuenten con apoyo popular, sino más bien en el grave ascendiente que las posiciones más conservadoras dentro de la Iglesia Católica poseen sobre la derecha política, la cual se beneficia a nivel parlamentario de la actual legislación electoral (sistema binominal) y las normas constitucionales que dan lugar a la existencia de parlamentarios no elegidos democráticamente, resabios de la dictadura que impiden la existencia de una plena democracia representativa en Chile.

Como consecuencia de las negociaciones y concesiones políticas durante la tramitación, hemos terminado teniendo una nueva ley de matrimonio civil que, paradójicamente, tiene una marcada influencia del derecho canónico. Digo paradójicamente porque en 1884, cuando se dictó la ley de matrimonio civil en actual vigor, era precisamente el carácter de "civil"

el que proporcionaba el contenido democrático a esta normativa —que ponía término a los matrimonios religiosos como válidos para producir efectos civiles—, marcando la incipiente y necesaria separación entre la Iglesia y el Estado. La nueva ley de matrimonio civil, entonces, es claramente menos "civil" que su antigua predecesora: la nueva ley no sólo reconoce como válidos ante la ley civil los matrimonios celebrados en sede religiosa,¹ sino que —aún más grave— incorpora derechamente normas tomadas del derecho canónico en materias tales como las nulidades matrimoniales, en particular, de las causales de nulidad de matrimonio.² En efecto, situaciones como padecer de un trastorno o anomalía psíquica que incapacita para formar "la comunidad de vida que implica el matrimonio", carecer "de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio", o si ha habido error acerca de alguna de las "cualidades personales" del contrayente que ha sido "determinante para otorgar el consentimiento", si ha habido fuerza ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que ha sido "determinante para contraer el vínculo", serán algunas de las causales que —tomadas del derecho canónico— permitirán demandar la declaración de nulidad del matrimonio.

¹ Si bien finalmente la norma quedó redactada en términos neutros —en la medida que todas las entidades religiosas reconocidas por el Estado podrán realizar matrimonios válidos civilmente—, no podemos olvidar que hubo la intención en ciertos parlamentarios, de restringir esta facultad sólo a algunas de ellas, con el claro objetivo de favorecer a las confesiones más tradicionales y con mayor peso político.

² Como explicación jurídica, cabe señalar que la nulidad se diferencia del divorcio, en cuanto la primera implica que el matrimonio nunca ha sido válido, es decir, que al momento de celebrarlo hubo algún vicio que impidió su perfeccionamiento, por lo tanto, la sentencia de nulidad declara que jamás hubo matrimonio válido y los cónyuges vuelven al estado civil de solteros. El divorcio, en cambio, quiere decir que hubo un matrimonio plenamente válido en su inicio, pero que éste termina por razones sobrevinientes a su celebración. Esta distinción es la que determina que las doctrinas que sostienen que el matrimonio es "para toda la vida" prefieran la nulidad en vez del divorcio.

Sin abundar en la complejización que presenta la nueva ley en relación a los estados civiles relacionados con la terminación del matrimonio,³ uno de los aspectos más regresivos de la nueva ley es el evidente favorecimiento de la nulidad de matrimonio, como vía para poner término al matrimonio, por sobre el divorcio. En efecto, son tales las limitaciones y requisitos que se imponen a este último, que la consecuencia más obvia será que la vía más utilizada para terminar un matrimonio seguirá siendo la nulidad de matrimonio –ahora facilitada por amplias causales “canónicas”–.

El divorcio ha constituido, desde siempre y en las distintas sociedades en que es reconocido, una forma de poner término al matrimonio por la voluntad ya sea de una o de ambas partes, operando en ocasiones la sola voluntad –individual o consensuada– como causal suficiente, y en otras, sumada a la concurrencia de ciertas causales o requisitos establecidos por la ley. Las primeras legislaciones que establecieron el divorcio optaban, precisamente, por esta última alternativa, dando lugar a lo que se ha conocido como “divorcio culpable” en que uno de los cónyuges “acusaba” al otro u otra de haber incurrido en algún comportamiento que era constitutivo de una causal de divorcio, siendo uno de los ejemplos más clásicos la infidelidad de alguno de los cónyuges, la violencia que uno ejerciera en contra del otro u otra conducta delictual. En estos casos, entonces, además de la voluntad del cónyuge que iniciaba el proceso de divorcio, era necesario

acreditar en el juicio la concurrencia de alguna de las causales establecidas por la ley, con la consecuente exposición –relativamente pública, si consideramos no sólo el personal judicial, sino la necesaria comparecencia de testigos para acreditar ciertas causales– del conflicto de la pareja, sumado a la polarización de las posiciones que normalmente se produce durante los procesos judiciales, en que las partes terminan confrontándose como “enemigos” en batalla.

Los efectos perniciosos especialmente para las relaciones familiares –que continuarán existiendo después del divorcio, especialmente las relaciones con los/as hijos/as– a que dan lugar los modelos de “divorcio culpable” han determinado que en prácticamente todas las legislaciones modernas se favorezca el divorcio por la sola voluntad de uno o ambos cónyuges, sin necesidad de acreditar en juicio las causales que han dado lugar al término del vínculo, aunque éstas existan (por ejemplo, aunque exista infidelidad de parte de uno de los cónyuges, se evita exponer esta situación en el ámbito judicial, y el divorcio simplemente se presenta con base en la voluntad de uno o ambos cónyuges). Los modelos que reconocen la validez de la sola voluntad, incluso unilateral, para poner término al matrimonio, se basan en la consideración que el matrimonio, desde un punto de vista jurídico, es un contrato bilateral, esto es, que requiere de la voluntad de las dos partes que lo celebran para constituirse, pero también para mantenerse, por lo que la voluntad individual de cada uno de los cónyuges debe mantenerse durante todo el tiempo de su vigencia, atendidas las características particulares de esta unión. De este modo, es posible que pueda ponerse término al matrimonio porque ha dejado de existir el consentimiento en mantenerse en él, en la medida que uno de los cónyuges ya no desea perseverar en este vínculo. Algunas legislaciones, reconociendo este derecho individual a poner término al matrimonio por divorcio, es-

³ Hasta ahora existen en Chile tres estados civiles en atención al estado marital (soltero/a, casado/a o viudo/a), la nueva ley no sólo crea el nuevo estado civil de divorciado/a sino también agrega el estado civil de separado/a, y junto con ello una multiplicidad de procesos judiciales dependiendo de cuál es el estado civil a que se busca llegar. La nueva ley, junto con regular la separación de hecho, regula la separación judicial, que da lugar al estado civil de “separados/as”, estado civil que “suspende los derechos de cohabitación y fidelidad”, pero que impide a los cónyuges contraer matrimonio nuevamente. A este estado civil, se suma el del “divorciados/as”, que pone fin al matrimonio y que habilita a que los cónyuges puedan volver a contraer matrimonio.

tablecen procedimientos más prolongados en estos casos, por ejemplo, con plazo de espera de seis meses que permitan al cónyuge que no solicita el divorcio enfrentar esta situación con el adecuado acompañamiento psicológico, que le permita adaptarse a las nuevas circunstancias.

En este punto cabe hacer la primera precisión respecto de nuestra ley de divorcio: de acuerdo a ella, no basta la sola voluntad de uno o ambos cónyuges para dar lugar al divorcio. En efecto, es necesaria la concurrencia de otros requisitos para que, sumados a la voluntad de uno o ambos cónyuges, se dé lugar al divorcio. Ahora bien, dentro de estos requisitos existen algunos que son típicos de figuras del divorcio "culpable" y otros requisitos que no tienen carácter controversial, sino que se constituyen por la sola constatación de la separación de hecho de los cónyuges.

En efecto, si una pareja desea poner término a su matrimonio de común acuerdo, se enfrentará con esta ley a dos alternativas: la nulidad o el divorcio. Si optan por el divorcio, deben comprobar ante el tribunal que ha cesado su convivencia durante un lapso de tiempo de al menos un año, si ambos están solicitando el divorcio, o de tres años, si es sólo uno de los cónyuges el que lo pide. Los matrimonios que han sido celebrados antes de la entrada en vigor de la ley (noviembre de 2004) tendrán la posibilidad de acreditar el cese de la convivencia por cualquier medio de prueba (testigos, documentos, etc.), pero los matrimonios que se celebren con posterioridad a ello, sólo podrán acreditar este cese desde que existan documentos formales (acuerdos o demandas sobre pensiones alimenticias, visitas, etc.) que regulen los aspectos familiares tras la separación.

Otro de los aspectos relevantes, destacado especialmente desde el Servicio Nacional de la Mujer como uno de los logros en esta nueva

ley, es lo que dice relación con la compensación económica al cónyuge que se ha dedicado preferentemente al "cuidado de los/as hijos o a las labores propias del hogar común". Esta compensación opera independientemente del régimen de bienes que exista entre los cónyuges, es decir, opera tanto para aquellos matrimonios separados de bienes, como para quienes están casados en sociedad conyugal o participación en los gananciales.

Si bien la disposición legal está redactada en términos neutros en cuanto a género, es claro que las beneficiarias de esta compensación económica serán principalmente las mujeres, quienes en general postergan su desarrollo profesional o laboral a favor de la crianza de los/as hijos/as o del trabajo doméstico. Sin embargo, y a pesar del aparente reconocimiento de este derecho a compensación para las mujeres que han experimentado menoscabo económico como consecuencia de haberse dedicado principalmente a estas labores, cabe hacer presente que los/as legisladores condicionaron este derecho a una serie de factores, incluyendo dentro de ellos no sólo la duración del matrimonio, edad, salud y situación patrimonial de los cónyuges, sino también factores tan subjetivos como "la buena o mala fe" del cónyuge que solicita la compensación económica, además de la posibilidad de negar esta compensación económica a el/la cónyuge que da lugar al divorcio por su "culpa", ya sea por infidelidad, "conducta homosexual" u otra "transgresión grave" de los deberes del matrimonio. Cabe señalar en este sentido que la ley ha especificado que también el "abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio".

Con esto se refuerza la posibilidad de que en muchos casos se obstaculice la obtención por parte de las mujeres de la compensación económica, por consideración a otros factores que nada tienen que ver con la dedicación pre-

ferente al cuidado de la familia y el hogar común ni con el menoscabo económico que ello genera en la mujer. Como consecuencia, quedará al criterio judicial el evaluar si la mujer que ha experimentado este menoscabo económico se encuentra “de buena o mala fe” para los efectos de acceder a la compensación económica. La amplitud de estos términos, sin duda, determinará procedimientos judiciales que –aun cuando pueden ser iniciados por divorcio “de común acuerdo”- se tornarán aun más controvertidos entre las partes, con el objeto de pretender acreditar que, por estas razones, la mujer no tiene derecho a esta compensación económica.

Por otro lado, y considerando que la mayoría de las personas casadas en Chile lo están bajo el régimen de sociedad conyugal, también será interesante ver cómo operará esta compensación económica junto con la liquidación de la sociedad conyugal.

En definitiva, la sola existencia de la ley de divorcio no garantiza, por cierto, los derechos de las personas casadas en Chile que desean terminar sus matrimonios, ya que una multiplicidad de aspectos quedarán sujetos a las prácticas que comiencen a darse en nuestro poder judicial a propósito de la aplicación de la ley. Esto es particularmente relevante porque el propio texto legal –en una muestra más de su carácter restrictivo en términos de reconocimiento de derechos a las personas- ha establecido como norma general que “conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída”. Esta disposición puede ser aplicada por el tribunal para, eventualmente, enviar a las partes a mediación familiar o darles un plazo de espera o reflexión, lo cual alargará innecesariamente los procesos judiciales por divorcio, ya que los procesos judiciales por nulidad matrimonial –considerando que no es una unión matrimonial “válidamente contraída”- no están afectados por

esta disposición, por lo que eventualmente serán juicios más cortos que los de divorcio, constituyéndose en otro argumento a favor de las nulidades.

En consecuencia, en esta materia como en muchas otras, en particular las que tienen relación con las familias, serán los tribunales de justicia los que determinarán la forma en que comience a aplicarse esta ley. Lamentablemente, al decir “tribunales de justicia” no hablamos de organismos ajenos a los prejuicios sociales y estereotipos existentes en nuestra sociedad respecto de lo que es adecuado para mujeres y hombres. En este sentido, tanto en esta materia como en otras vinculadas con la familia, el peso de las exigencias de una conducta “intachable” es mucho más fuerte sobre las mujeres que los hombres –como lo demuestra el reciente caso de la Corte Suprema denegando la tuición de sus hijas a una madre lesbiana-, así como las exigencias de “tolerancia” y de “perdón” incluso frente a actos de violencia en contra de las mujeres.

Hasta ahora, con el solo análisis del texto legal, permanecen sin duda cuestionamientos y críticas en particular en cuanto al restringido reconocimiento de la autonomía y la voluntad de las personas adultas que deciden poner término a su matrimonio, de igual modo que libremente decidieron comenzararlo. Si a las restricciones formales que emanan del texto legal sumamos la restricción genérica que implica el deber de los/as jueces/zas de “preservar y recomponer la vida en común” de los cónyuges, nos acercamos sin duda a una “infantilización” de personas adultas, a quienes se les obstaculizará su decisión de poner término a su unión, con la sola intención de recomponer la vida en común, lo que –a priori- es considerado por el legislador como deseable, a pesar de que en la mayor parte de los casos en que las parejas deciden divorciarse, la convivencia es, precisamente, mucho más dañina para todo el grupo familiar que la separación.