



Artículo 54 N° 4 y 5 de la ley 19.947

La Conducta Homosexual y El Alcoholismo o
Drogadicción en el Divorcio Sanción.



Autor.
Marcela Matteo Tirado

Profesor Guía.
Muriel Sabioncello.

Tesina.
Facultad de Derecho,
Universidad de Valparaíso.

Septiembre del 2010.

TABLA DE CONTENIDOS

Contenido

DESCRIPTORES	3
INTRODUCCIÓN	4
I. CONDUCTA HOMOSEXUAL	6
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	6
2. HISTORIA DE LA LEY	7
3. DOCTRINA	10
4. DERECHO COMPARADO	17
5. DERECHO CANÓNICO	18
A. ALCANCES PRELIMINARES	19
B. NULIDAD ECLESIASTICA	20
C. LA HOMOSEXUALIDAD EN LA NULIDAD ECLESIASTICA	22
6. JURISPRUDENCIA CHILENA	24
7. CIERRE CONDUCTA HOMOSEXUAL	25
II. ALCOHÓLISMO O DROGADICCIÓN QUE CONSTITUYA UN IMPEDIMENTO GRAVE PARA LA CONVIVENCIA ARMONIOSA ENTRE LOS CÓNYUGES O ENTRE ÉSTOS Y LOS HIJOS.	28
1. OBSERVACIONES PREVIAS	28
2. HISTORIA DE LA LEY	30
3. DOCTRINA	32
4. DERECHO COMPARADO	41
5. DERECHO CANONICO	45
6. JURISPRUDENCIA CHILENA	48
7. CIERRE NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 54	49
CONCLUSIÓN	51
BIBLIOGRAFÍA	53

RESUMEN

Con la ley 19947 se incorporó a nuestra legislación la figura del divorcio culpable, incluido en su artículo 54, contemplando una causal genérica y una enumeración a vía ejemplar, dentro de la cual se halla la conducta homosexual y por otro lado el alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos. Esclarezco la naturaleza que debe poseer la *conducta* a la que alude el legislador por medio de un análisis minucioso que me permite llegar a la conclusión que tiene que tratarse de una conducta de carácter sexual que se ha proyectado hacia el exterior, siendo irrelevante si proviene o no de la homosexualidad del cónyuge culpable. En cuanto al alcoholismo o drogadicción que alude la norma se traducirán normalmente en hechos consistentes en violencia intrafamiliar, siendo necesario para su configuración la prueba de toxicomanía.

DESCRIPTORES

Divorcio Sanción – Conducta Homosexual – Alcoholismo o Drogadicción –
Doctrina - Derecho Canónico – Jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el divorcio es una fórmula muy recurrida por quienes sufren una ruptura dentro de su vínculo marital y desean rehacer sus vidas, pudiendo solicitarse también una compensación económica. El asunto se torna relevante, en cuanto a que el juez en caso de que se diera lugar a un divorcio culpable podrá denegar o reducir prudencialmente el monto de la compensación económica que correspondiere al cónyuge infractor de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio

Por ello, es importante saber qué hechos quedan comprendidos en la figura del divorcio sanción, para que no se den lugar a situaciones indebidas o de abuso contra el cónyuge más débil. Yo, me avocaré en particular al análisis de dos los numerales contenidos en la enumeración del artículo 54, de la ley de matrimonio civil, que dan lugar a este tipo de divorcio, a saber:

- Conducta homosexual;

- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos.

Esto, porque no existe certidumbre en cuanto a cuáles son las “conductas” calificadas de homosexuales que debiesen ser tan graves como para ameritar ser consideradas como causa de divorcio sanción ya que es claro que lo que se esta sancionando son “hechos” (como lo señala el inc. 2 del art. 54) y no una calidad sexual que puede, como no, ser exteriorizada hacia el entorno social. Además, no se debe olvidar el elemento de culpabilidad que debe existir al momento de invocar la causal, pero resulta ser que toda exteriorización de una conducta homosexual puede provenir efectivamente de una persona homosexual, entonces, se podría llegar a sostener que no existe culpa al poseer una orientación sexual que no coincide con lo esperado por la sociedad. La norma en este caso

no es esclarecedora como para determinar cual es su campo de aplicación y poder definir cuál fue la intención del legislador al señalar “conducta homosexual”. Me cuestiono ¿qué tipo de conductas quedan incluidas? ¿Se podría invocar conductas que correspondan al estereotipo de mujer o de hombre? ¿Las conductas deben poseer una inclinación sexual?

Por su parte, en el caso del numeral que contiene el *alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos*, ¿Cuál debiese ser el parámetro que el juez debiese tener en cuenta? Porque según la Organización Mundial de la Salud tanto el alcoholismo como la drogadicción son considerados como enfermedades, por ello, podría pensarse que al invocarlos como motivo de divorcio a la vez se estarían infringiendo los deberes de socorro y de ayuda mutua que impone el matrimonio a los cónyuges. Entonces ¿Qué es lo que debe de tener en cuenta el juez para analizar que concurren los requisitos? ¿Basta tan solo con que se torne intolerable la vida en común? Me pregunto lo anterior porque quizás con el divorcio el cónyuge *culpable* quede en una situación de desamparo y a la deriva, porque es sabido que en la rehabilitación cumple un rol importante la familia debido a que al enfermo le falta fuerza de voluntad para abandonar su estilo de vida (las drogas o el alcohol).

Por todo lo anterior, mi investigación se encontrará dirigida a esclarecer qué situaciones quedan incluidas dentro del número 4 y 5 del artículo 54, usando para ello el análisis de la historia de la ley, doctrina, derecho comparado, derecho canónico y jurisprudencia disponible. Con este cúmulo de información podré desentrañar la voluntad del legislador al momento de su tipificación como causas de divorcio culpable.

I. CONDUCTA HOMOSEXUAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El divorcio sanción consagrado en el artículo 54 de la ley 19947 contiene una causal genérica y una enunciación de *hechos* constitutivos de divorcio culpable, pero dicha enumeración no es taxativa sino que meramente a vía ejemplar ya que el mismo artículo dispone que “se incurre en dicha causal, *entre otros casos*, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos”. Dentro de estos casos se encuentra en el número cuatro la *conducta homosexual*, pero ¿Qué fue lo que quiso tipificar el legislador con ella? ¿Qué tipo de conductas quedarían subsumidas en la causal?

Para desentrañar la voluntad del legislador no debemos olvidar los supuestos que deben cumplirse para que se de lugar a la causal genérica, ya que la hipótesis en comento se desprende de ella, de modo que debe existir:

- Violación *grave* de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges. No cabe dentro de esta causal la violación grave de los deberes y obligaciones para con los hijos.
- Que torne intolerable la vida en común. Lo cual sería como efecto de la gravedad del hecho.
- Que sea imputable a uno de los cónyuges. Es decir que se debe realizar un juicio de atribución de responsabilidad por el incumplimiento, el cual podrá ser culpable o doloso. Se debe destacar que este requisito descansa en un cónyuge capaz, que ha incurrido en la causal, y que ha llevado a cabo el hecho por su voluntad libremente determinada. (Barrientos, 2004: pp. 363 – 364)

De modo que para que se configure la conducta homosexual es necesario primeramente que se cumplan estos 3 requisitos, los cuales deberá ponderar el juez.

Antes de empezar a dilucidar el real significado del vocablo *conducta*, debo hacer presente que la incorporación de la conducta homosexual como motivo legal para impetrar la declaración judicial del divorcio constituye una novedad tanto a nivel de nuestro ordenamiento jurídico como a nivel de Derecho comparado ya que países como Italia, Francia, España y Portugal no la consideran expresamente dentro de su legislación. Además los ordenamientos que podrían contemplarla, como motivo de divorcio, tienden a subsumirla dentro de otras causales, como por ejemplo: conducta deshonrosa, hecho constitutivo de injuria grave, falta a la moralidad y otras causas.

2. HISTORIA DE LA LEY

Al analizar cuál fue la historia del establecimiento de la norma podemos encontrar que en el primer trámite constitucional ante la cámara de diputados, en la discusión particular del proyecto se aprobó el establecimiento del divorcio por falta imputable a uno de los cónyuges el cual se plasmó en un artículo 51, a saber:

Artículo 51. Será motivo de divorcio 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 manera compatible con la naturaleza del vínculo.

En especial se considerará verificada la antedicha situación:

2. Si cualquiera de los cónyuges lleva a cabo conductas homosexuales. (Cuenta en sesión N° 34, legislatura 335. Senado)

De modo, que en una primera instancia se trató la conducta homosexual dentro de una norma que incluía una causal genérica que no miraba a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio ni al hecho de que se torne intolerable la vida en común sino mas bien, la norma la contemplaba como una infracción a los fines que impone el matrimonio. Así las cosas, se podría pensar que se incluyó en la norma, en un primer momento, con la finalidad de proteger el deber de cohabitación ya que ese nos llevaría al fin de procreación que impone el matrimonio, pero tal cual se establece en este artículo, lo mas probable es que la *conducta* no se lograría acreditar ya que la mayoría de las veces quien lleva a cabo conductas homosexuales no deja de mantener relaciones sexuales con su cónyuge.

Luego, durante el segundo trámite constitucional ante el Senado, el Presidente de la República de dicha época, Ricardo Lagos, formuló indicaciones al proyecto de ley indicando en su artículo número 31 que:

Artículo 31. El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave y reiterada de los deberes y obligaciones del matrimonio y torne intolerable el mantenimiento de la vida en común.

Entre otras situaciones, se entenderá que existe dicha falta en los siguientes casos:

5°. Cuando uno de los cónyuges hubiere adoptado una conducta que contradiga los deberes sexuales del matrimonio. (Montecinos et al, 2007: pp. 17-18)

En esta ocasión, efectivamente, se trató de proteger el cumplimiento de los deberes matrimoniales, estableciéndose una norma que repudiaba la práctica de *conductas* infractoras al orden marital, pero las cuales debían poseer un tinte sexual. De modo que para poder encasillar una eventual *conducta* homosexual dentro de esta norma, aquella no podía ser de cualquier naturaleza sino que expresamente debía infringir los deberes sexuales del matrimonio y no otro tipo de deber conyugal.

Pero, posteriormente en la discusión particular del proyecto de ley, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado analizó la enumeración *no* taxativa que se proponía por la comisión, en un artículo 55 que contenía una causal genérica idéntica al actual artículo 54 de la ley 19.947. La comisión señaló que para acreditarse la conducta homosexual se debían exigir hechos concretos que se encuentren exteriorizados hacia el entorno social, y en la propia historia de la ley 19.947, quedó plasmado esta intención, del legislador, al establecer la conducta homosexual como motivo de divorcio culpable, a saber:

“La cuarta circunstancia es la conducta homosexual. La Comisión coincidió en que debe exigirse un comportamiento externo objetivo y no la mera condición o inclinación homosexual.”(Boletín N°1.759-18, Historia de la ley 19.947)

Al proceder a votar por la aprobación del artículo definitivo, la comisión dio su beneplácito por medio de la mayoría de votos. Dando su voto favorable los honorables senadores Espina, Moreno y Silva, mientras que votaron en desaprobación los honorables senadores Aburto y Chadwick. (Montecinos et al, 2007: pp. 27- 28).

De esta suerte, puedo esclarecer en cierta medida que es lo que se busca sancionar al contemplar la conducta homosexual. A través del examen de la historia de la ley se extrae que no se busca castigar una determinada condición sexual, la homosexualidad, sino por el contrario lo que se establece en la norma es la sanción a determinadas *conductas* que se objetivan hacia el mundo exterior, las cuales pueden provenir o no de la homosexualidad.

Para proceder a solicitar el divorcio culpable, el cónyuge inocente deberá acreditar la concurrencia de hechos concretos consistentes en conductas homosexuales que impliquen actos de connotación sexual, conductas que pueden adoptar diversas formas (no solo puede considerarse a la mantención de relaciones sexuales con personas del mismo sexo).

No serán suficientes las meras sospechas de una posible conducta homosexual sino que deberá probarse su concurrencia mediante la manifestación de actos específicos y concretos de tales conductas por parte del cónyuge culpable.

Además debo señalar que durante toda la tramitación de la ley se contempló a la enumeración contenida en el divorcio culpable solamente como una ejemplificación de la causal genérica. La excepción a ello sería la propuesta de los honorables senadores Zaldívar y Hamilton que planteaban una norma con una enumeración taxativa, finalmente se optó por desestimar dicha numeración cerrada.

3. DOCTRINA

Debemos tener presente que estamos frente a un matrimonio válidamente celebrado, que no adolece de ningún vicio al momento de su celebración ya que de lo contrario nos encontraríamos en sede de nulidad matrimonial.

La conducta homosexual al ser motivo de divorcio culpable conllevará a que exista una presunción de mala fe respecto del cónyuge infractor de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio

Carlos López, advierte que para poder invocar el divorcio sanción por la vía del artículo 54 N°4, la conducta deberá consistir en actos concretos y no sólo en meras sospechas o inclinaciones, de modo que la falta de interés en mantener relaciones sexuales no se podría atribuir necesariamente a una desviación sexual. El autor, agrega que es un motivo de divorcio sanción difícil de precisar y que podrá constituir mala fe respecto del cónyuge que da lugar a la causal, en el caso en que de modo secreto se frecuente constantemente lugares de ligue homosexual, como lo podrían ser los saunas o discotecas gays, en cambio si la

conducta homosexual se da de un modo aislado, en este caso, no constituirá una presunción de mala fe. Sin embargo, el autor hace presente que esta causal:

“Nos merece reparos en cuanto a la buena o mala fe involucrada, pues puede haber un sustento clínico, incluso biológico, que restrinja la libertad del cónyuge culpable... Aunque ciertamente puede reprocharse que hubo al inicio del vicio libertad del cónyuge en incurrir en tales conductas, hay casos en que la predisposición genética o biológica impide la libertad. La buena o mala fe aquí en este caso no siempre existe, pues no hay libertad” (2006: 115 – 116).

Con esto se puede extraer que la conducta homosexual no siempre configurará una presunción de mala fe cuando emane de alteraciones biológicas o genéticas en la persona que las lleve a cabo ya que ella no incurriría en un hecho culposo porque sería algo ajeno a su voluntad libremente determinada. Incluso, podría ser que este tipo de conductas no debiesen ser sancionadas por la vía de un divorcio culpable. Pero siempre se debe tener presente que el legislador no tuvo en mente sancionar la homosexualidad de modo que la *conducta* homosexual castigada también puede provenir de personas heterosexuales respecto de las cuales no cabe la explicación biológica de la cual se habla, además que lo relevante es la infracción a los deberes matrimoniales y con ello la persona que ejecute la conducta homosexual siempre habrá tenido la opción de abstenerse de llevarla a cabo pensando en el bienestar familiar. Por esto, pienso que no sería posible decir que a veces la conducta homosexual provenga de personas respecto de las cuales no existiría mala fe porque no tienen una voluntad libremente determinada.

Pasando a otro punto, en general, la doctrina piensa que la conducta homosexual, en comento, es de difícil constatación puesto que la norma no esclarece si se refiere a una tendencia, una preferencia o a hechos concretos y si estos deben ser recurrentes o sólo basta que se configure una sola vez (Pérez, 2006: pp. 158)

Por ello, intento descubrir cual debe ser la naturaleza de las conductas *exteriorizadas* y *objetivadas* (como se señala en la historia de la ley) para poder concluir que ellas son motivo de divorcio culpable, cuestionándome las siguientes interrogantes: ¿esta *conducta* debe poseer o no un destacado tinte sexual, o sólo debe ser de connotación sexual, o puede que se aceptara que la conducta comprendida en la norma tenga diversa naturaleza?

De modo que para poder desentrañar cual es el verdadero significado del término *conducta* realizaré un análisis de las corrientes doctrinales para poder dilucidar que es lo que entienden los autores por ella.

En esta línea, Illanes, asevera que las *conductas* a las que alude esta norma sólo podrían ser de connotación sexual y que dentro de esta categoría de actos sexuales, existen un sin número de hechos que encasillan en dicha categoría. Sin embargo, la dificultad, enfatiza, se presentaría al momento de probar la configuración de la norma porque no existe certeza sobre que es lo que se debe probar y se pregunta si será necesaria la comprobación de actos sexuales, por ejemplo. (2006: pp. 176)

Por su parte, López al analizar que tipo de actos se encasillarían dentro de la conducta homosexual, afirma que el trastorno de identidad de género tanto como las perversiones sexuales (como la *parafilia*¹) se encontrarían por fuera de este numeral es decir no cabría alegarlos como motivo de divorcio sanción invocando la conducta homosexual.

Al respecto, considero que tanto el travestismo como el transexualismo implicarían una conducta homosexual ya que consisten precisamente en actos que significan un cambio en la naturaleza sexual que se posee y que por tanto no son propios de un hombre o mujer según el prototipo imperante en la sociedad sobre como se debe desenvolver un individuo de sexo masculino y uno de sexo femenino.

¹ Según López son consideradas conductas parafilicas: el travestismo, la pedofilia, el exhibicionismo, el sadismo, el masoquismo y el voyerismo. En cambio, el transexualismo es un trastorno de identidad de género.

Continuando con su análisis de la conducta homosexual López destaca que la ley no pide como requisito que el cónyuge inocente conociese de la conducta homosexual al momento de contraer matrimonio y que por tanto el cónyuge inocente puede solicitar el divorcio aunque sí hubiere tenido conocimiento de ella antes de casarse. Pero, la conducta homosexual debe ser actual porque si consiste en hechos acaecidos hace demasiado tiempo atrás no se cumple el requisito de tornar intolerable la vida en común. (López, 2007: pp. 299 – 302)

En esta dirección, incluyo a la actualidad de la conducta homosexual el hecho de que antes se hubiese tenido tales conductas en conocimiento del cónyuge inocente y este no hubiese hecho nada al respecto, de manera que se siguiese con la vida matrimonial de forma normal, ya que en este caso se produciría un perdón del la falta grave a los deberes matrimoniales que implica la conducta homosexual.

Continuando con el análisis de la conducta homosexual, Gonzalo Figueroa señala que algunos de los ejemplos incluidos en el artículo 54 son de difícil interpretación y que uno de ellos sería precisamente la conducta homosexual, la cual debe ser sobreviviente a la celebración del matrimonio (según este autor) para que pueda cumplir con el requisito de tornar intolerable la vida en común. Pero, a pesar de todo ello, agrega:

“Pueden haber otras conductas sexuales aberrantes, las cuales no están enumeradas en este artículo, tales como la pedofilia, la zoofilia, la necrofilia, la ninfomanía, etc.”. (2006: pp. 90).

Sin embargo, tales conductas *aberrantes* que señala el autor no inhabilitan para solicitar el divorcio culpable ya que la enumeración contenida en esta norma es meramente ejemplar y que por tanto se podrán alegar por la vía de la infracción a la causal genérica de divorcio sanción.

Finalmente, María Soledad Quintana señala que será tarea del juez determinar que conductas quedarían subsumidas dentro de una *conducta* homosexual ya que no se tiene claro a que fue lo que quiso aludir el legislador con ello. Al tratar de definir *conducta homosexual*, la autora se plantea las siguientes interrogantes, sobre que actos quedarían subsumidos dentro del término, a saber:

- i. ¿La realización de actos sexuales con personas del mismo sexo?
- ii. ¿Una relación amorosa platónica con personas del mismo sexo?
- iii. ¿El comportamiento propio de un varón o de una mujer?
- iv. ¿El desarrollo de una actividad laboral o de mera entretención que implique aparentar pertenecer al otro sexo?

Lo cierto es que no se posee certeza respecto a cual sería el campo de aplicación de la frase contenida en el N°4 del artículo 54. Pero, la autora concluye que la interpretación a esta norma se dará de modo casuista ya que al final será labor del juez dilucidar como se aplica la norma y ver si las conductas alegadas por la parte demandante corresponden a conductas homosexuales (2008: pp. 93-94).

Según lo expuesto, discurro sobre la idea de que la conducta homosexual debe ser sobreviniente a la celebración del matrimonio ya que si es anterior, vuelvo a repetir, su sede sería la nulidad matrimonial. Además, esta *conducta* debe tratarse de actos con connotación sexual para que sea una infracción grave al deber de fidelidad, esto sobre todo por lo que consta en la historia de la ley. Ello sin perjuicio que, la existencia de otro tipo de actos (sin tinte sexual) que impliquen una conducta homosexual se puedan demandar por la vía de la causal genérica de divorcio sanción, siempre existe la posibilidad de recurrir a la causal genérica.

En otra posición con una postura completamente radical, Javier Barrientos se encuentra descontento con la tipificación de la conducta homosexual en sede de divorcio culpable ya que para él, este numeral del artículo 54 sería absolutamente *innecesario*.

El autor establece que la incorporación de este hecho como constitutivo de divorcio culpable es innecesario ya que si la conducta homosexual proviene de una homosexualidad anterior a la celebración del matrimonio su sede natural será la nulidad, la cual podrá invocarse por “trastorno o anomalía psíquica” que vuelve al cónyuge incapaz de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio, o se podrá alegar error en una cualidad personal del cónyuge que atendida la naturaleza o fines del matrimonio, ha de ser determinante para otorgar el matrimonio. Pero, si la conducta homosexual se encuentra causada en una homosexualidad posterior a la celebración del matrimonio, entonces nos encontramos en el campo de aplicación de este número 4 del artículo 54 de la ley 19947, el cual de todas formas es innecesario que se haya tipificado, al igual que, es inútil su tipificación, si la conducta homosexual no se encuentra causada en una homosexualidad.

Es innecesario porque mediante una conducta homosexual se estarían infringiendo los deberes de respeto y fidelidad que establece el matrimonio y con ello se estaría configurando la causal genérica que establece el artículo 54 de la ley 19.947, entonces no habría lugar para entrar a probar la configuración de la conducta homosexual ya que bastaría con probar que se está en presencia de la causal genérica. El quebrantamiento al deber de respeto, consagrado en el artículo 131 del código civil, podrá tenerse como una falta imputable al cónyuge que lleva a cabo la conducta homosexual, y la infracción al deber de convivencia y posiblemente al de fidelidad podrá demandarse por la vía del número 1 de dicho artículo 54.

Por último, se indica que en torno a esta causal existen una serie de interrogantes que no se encuentran dilucidadas y así, por ejemplo, se cuestiona la imputabilidad de la falta ya que puede ser que ella provenga de causas psicológicas o biológicas y con ello no se puede llevar a cabo un juicio de reproche respecto del cónyuge que ejecuta la conducta homosexual. Por otro lado, se discute cuál debiese ser el significado del término *conducta* y podría entenderse en un sentido psicológico y con ello debería tomarse como un

comportamiento de carácter sexual que reflejarían la manera de ser del cónyuge culpable, pero si llegase a entender que el sentido de la palabra *conducta* refiere a “acto” o “actuación”, entonces también se incluyen los actos esporádicos. Finalmente, se plantea la duda en torno a si el termino *conducta* refiere exclusivamente a la realización de actos sexuales o si por el contrario incluye a hechos que no necesariamente deben concretarse en actos homosexuales con otra persona, como lo sería el travestismo. (Barrientos, 2004: pp. 372 - 376)

Al respecto, debo precisar que cuando Barrientos señala que la conducta homosexual constituiría una infracción al deber de fidelidad, resulta ser que una de las formas de infringirse dicho deber es mediante el adulterio. Pero acá, con la conducta homosexual no se estaría cometiendo adulterio ya que el código civil en su artículo 132 dispone que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge", con ello difícilmente se podrá cometer dicha falta entre personas del mismo sexo.

Al precisarse en que consiste el deber de fidelidad se aclara que “del matrimonio deriva una obligación que pudiéramos llamar principal: el deber de guardarse fidelidad el uno al otro. Está consagrada en el artículo 131: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe...", lo que significa no tener relaciones sexuales con terceros, no cometer adulterio” (Ramos Pazos, 2000: pp. 51)

Por otro lado, Matus, corrobora lo anteriormente expuesto señalando que los cónyuges están obligados a cohabitar entre sí, no con terceras personas, y que el modo de infringir el deber de fidelidad es mediante la configuración del adulterio. (2009: pp. 324)

No obstante lo anterior, el deber de fidelidad igual se puede transgredir por personas del mismo sexo que mantengan una relación extramarital entre ellos, bastando para ello que tan solo uno de los dos se encuentre legalmente casado. De modo que la conducta homosexual

igualmente rompería con el deber de fidelidad, aunque no por medio de la comisión de adulterio.

Finalmente, en vista a las posturas doctrinales que he visto la conducta homosexual debe ser exteriorizada y de carácter sexual aunque no es necesario que se concrete en actos con personas del mismo género como lo son las relaciones sexuales, debe ser sobreviniente al matrimonio y el hecho que pueda provenir de alteraciones biológicas por parte de la persona que la ejecuta no significa que no posea libertad de autodeterminación, aunque claramente no se le puede reprochar sus preferencias sexuales puesto que no se sanciona la homosexualidad. Y, a pesar de ello sigue siendo una conducta culpable que infringe gravemente los deberes del matrimonio ya que siempre estuvo presente la posibilidad de abstención de llevar a cabo la conducta por parte del cónyuge culpable.

4. DERECHO COMPARADO

Dentro de las legislaciones de otros países que contemplan la conducta homosexual como motivo de divorcio se encuentra el Derecho Peruano, pero esta Nación dentro de su código civil de 1984 contempla directamente a la homosexualidad como motivo de divorcio cuando es sobreviniente a la celebración del matrimonio y con ello se sanciona la conducta homosexual por esta vía. La legislación peruana, a diferencia de la legislación chilena, sanciona directamente la homosexualidad como causa de divorcio y su código civil establece:

Capítulo Segundo. Divorcio

Artículo 349.- Causales:

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10.

Capítulo Primero. Separación de cuerpos

Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

9.- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. (Código Civil Peruano)

Otro ordenamiento jurídico que contempla a la conducta homosexual como causa de divorcio es el perteneciente a México, específicamente el Estado Libre y Soberano de Querétaro, el cual corresponde a uno de sus 61 estados federales. De modo que, el código civil Queretano dispone en su artículo 246 que:

Artículo 246. Son causales de divorcio necesario:

XVIII. La negativa injustificada de uno de los cónyuges para tener relaciones sexuales con el otro, así como las prácticas homosexuales de cualquiera de ellos; (Código Civil Queretano)

De modo que se puede inferir de la norma contenida en el código civil queretano que la conducta homosexual toma una connotación sexual y así puedo reafirmar que, mediante el análisis de Derecho comparado, la conducta homosexual en nuestro código civil chileno también es sancionada cuando posee tintes sexuales.

Con estos códigos como ejemplo, puedo comprobar fidedignamente que la tipificación de conductas homosexuales como causales de divorcio no es algo que exista sólo en nuestro país, sino que por el contrario, distintas naciones han ido adoptando este estilo, aunque, para ser realista, unos de los países mas admirados por su legislación civil no han adoptado este modelo, quiero decir Francia y España.

5. DERECHO CANÓNICO

El derecho canónico contempla la figura de la nulidad eclesiástica en su canon 1095 bajo la formula “son incapaces de contraer matrimonio:” y a continuación realiza una

enumeración de dichos incapaces, conteniendo en su número 3 a “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica”. Es precisamente en este número que el derecho canónico considera incluido a la homosexualidad, puesto que discurre sobre la idea de que quien es homosexual padece de un trastorno psicosexual.

Aunque intento dilucidar cual es el alcance de la *conducta homosexual* es pertinente que advierta cual es la situación en el derecho eclesiástico, aunque no se sancione directamente a la conducta homosexual sino mas bien a la homosexualidad. Esto, para poder tener una visión mas completa del espectro de posibilidades que se presentan en el Derecho sobre la conducta homosexual.

A. ALCANCES PRELIMINARES

Debo hacer presente que el derecho canónico trata el tema de la conducta homosexual por la vía de sancionar directamente a la homosexualidad de uno de los contrayentes, la cuál, además, debe presentarse en un momento previo a la celebración del matrimonio para que pueda ser motivo de invocar una nulidad eclesiástica.

Es decir, la homosexualidad debe ser un impedimento para poder *asumir* las obligaciones esenciales que impone el matrimonio y no para *cumplir* tales deberes, aunque la incapacidad para asumir dichas cargas envuelve necesariamente una incapacidad para cumplirlas, es decir este canon de nulidad eclesiástica se sitúa en el matrimonio entendido como estado ya que el contrayente se verá imposibilitado de asumir y consecuentemente de cumplir con el objeto de su consentimiento por una incapacidad de naturaleza psíquica.

Otro alcance que debo efectuar es la manifiesta diferencia que se halla entre el motivo de nulidad eclesiástica consagrado en el canon 1095 n° 3 y el motivo de divorcio culpable “conducta homosexual”. En el primero es requisito que se presente la homosexualidad antes de la celebración del matrimonio, mientras que el divorcio sanción no exige que la

conducta homosexual se presente en un determinado tiempo ya que puede ocurrir por ejemplo que se presentase antes de contraer matrimonio, pero que fuese personado por el futuro cónyuge inocente (en ese tiempo); además uno de los resultados de la declaración de nulidad eclesiástica por homosexualidad de unos de los cónyuges es la imposibilidad para volver a contraer matrimonio eclesiástico del cónyuge incapaz, ya que se la consideraría una incapacidad absoluta, mientras que el divorcio no lleva envuelto tal consecuencia. Aunque debo precisar que la prohibición para volver a contraer matrimonio canónico se puede alzar mediante la comprobación del cese de las causas de naturaleza psíquica que originaron la nulidad eclesiástica, en este caso la homosexualidad.

Por último, aunque la nulidad eclesiástica sea más bien semejante a la nulidad civil, repararé en el derecho canónico para efectos de ver cual es el tratamiento que se le da a la homosexualidad, insistiendo que lo sancionado en el artículo 54 n°4 de la ley de matrimonio civil es la conducta homosexual y no la homosexualidad.

Es importante reparar en que el derecho canónico pone énfasis en que la homosexualidad consiste en un impedimento para asumir las cargas matrimoniales esenciales y además se la considera una incapacidad de carácter psicosexual, mientras que el derecho civil destaca que la conducta homosexual constituye una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, no una infracción de la asunción de tales cargas.

B. NULIDAD ECLESIASTICA

El derecho canónico posee un capítulo de nulidad eclesiástica denominado incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica, siendo el origen de tal capítulo desviaciones de tipo psicosexual entre las que se encuentran el lesbianismo, la homosexualidad, la ninfomanía y la satiriasis², ello no obstante que

² Estado de exaltación morbosa de las funciones genitales, propio del sexo masculino.

quienes padezcan estas *desviaciones* tengan en perfectas condiciones su uso de razón y su discreción de juicio.

Sin embargo, en la actualidad se encuentran incluidos también otras anomalías de origen psíquico tales como la inmadurez afectiva, la neurosis fóbico-obsesiva, anomalías psicopáticas, las psicopatías, la psicosis maníaco depresiva, las sociopatías, la personalidad compulsiva-obsesiva, la paranoia y otras desviaciones.

Por otro lado, hay ciertas situaciones que pueden traer aparejadas consecuencias psíquicas como lo son la anorexia, la bulimia, el alcoholismo y la drogodependencia. (Meneses, 2005: pp. 110 - 112).

Sin embargo, es pertinente mencionar la precisión que efectuó el ya fallecido papa Juan Pablo II en un discurso ante los prelados de la Rota Romana en orden a señalar que:

“...la existencia de anomalías psíquicas no conllevan necesariamente la incapacidad consensual para el matrimonio; pero la existencia de la incapacidad consensual se sustenta siempre sobre el hecho de una anomalía psíquica del sujeto incapaz...” (Meneses, 2005: pp. 177)

Con ello, se puede inferir que la incapacidad consensual de un homosexual se debe a que éste posee una anomalía psíquica, siendo considerada la homosexualidad como una desviación de la psiquis y por ello el cónyuge homosexual es un incapaz absoluto para contraer matrimonio, consecuentemente dicho matrimonio debe ser declarado nulo.

Debo resaltar que estas incapacidades deben ser graves y actuales al momento de dar el consentimiento para contraer matrimonio, de lo contrario no se configurará este capítulo de nulidad eclesiástica.

C. LA HOMOSEXUALIDAD EN LA NULIDAD ECLESIAÍSTICA

La homosexualidad como incapacidad psíquica debe aludir a la infracción de las obligaciones esenciales del matrimonio como por ejemplo el derecho-obligación de realizar el acto conyugal de modo natural para poder engendrar descendencia y el obtener del cónyuge el complemento psicosexual propio del verdadero cónyuge.

Las obligaciones recién aludidas poseen la característica de ser perpetuas y exclusivas entre los cónyuges.

Es necesario resaltar que el derecho canónico protege el cumplimiento de las obligaciones esenciales del matrimonio y no de aquellas que deriven de razones económicas o de buena administración domestica. (Meneses, 2005: pp. 113).

Con ello, puedo vislumbrar que el enfoque que se le otorga a la homosexualidad en el derecho canónico es primordialmente sexual, de modo que lo que se busca proteger es la sexualidad *natural*, la que permite engendrar descendencia y asegurar la continuidad de la especie humana.

Por último, es relevante exponer parte de la carta a los obispos de la Congregación para la doctrina de fe del 1 de Octubre de 1986, la cual fue firmada por Su Eminencia Joseph cardenal Ratzinger, el cual en dicha época era su Prefecto, esta carta manifestaba que:

“La Iglesia... celebra en el sacramento del matrimonio el designio divino de la unión del hombre y de la mujer, unión de amor y capaz de dar vida. Sólo en la relación conyugal puede ser moralmente el uso de la facultad sexual. Por consiguiente una persona que se comporta de manera homosexual obra inmoralmente. Optar por una actividad sexual con una persona del mismo sexo equivale a anular el rico simbolismo y el significado, para no hablar de los fines, del designio del Creador en relación con la realidad sexual. La actividad homosexual no expresa una unión complementaria,

capaz de transmitir vida, y por lo tanto contradice la vocación a una existencia vivida en esa forma de auto-donación que, según el Evangelio, es la esencia misma de la vida cristiana” (Meneses, 2005: pp. 175 - 180).

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, puedo concluir que la homosexualidad para la iglesia católica reviste una inmoralidad a la sociedad, puesto que trae aparejada actos que son contrarios a la ley natural ya que obstruyen el camino al don de la vida, además el derecho canónico argumenta que matrimonio compuesto por un cónyuge homosexual no posee una verdadera complementariedad afectiva y sexual con lo cual es menester manifestar la desaprobación de la iglesia mediante la aplicación de la nulidad eclesiástica.

Finalmente, debo insistir en que el objeto de mi estudio es el dilucidar el contenido de la conducta homosexual en el divorcio culpable, y para ello ha sido relevante el ahondar en el derecho canónico para poder obtener una mejor visión de cual es el tratamiento que se le da a la homosexualidad dentro del matrimonio ya que frecuentemente una conducta homosexual puede que derive de la homosexualidad del ejecutor del acto. Ello, aunque con el divorcio culpable no se busca sancionar a la homosexualidad sino a las conductas homosexuales.

El derecho canónico sanciona los actos que conllevan la homosexualidad de un patente contenido sexual ya que protege obligaciones matrimoniales como la procreación y el correcto complemento sexual entre los cónyuges. Además, clasifica a la homosexualidad como una desviación de carácter psicosexual y con ello los actos homosexuales que son considerados desviaciones de la naturaleza humana son los de tinte sexual.

6. JURISPRUDENCIA CHILENA

En este punto me fue posible constatar la existencia de sólo una sentencia de nuestros tribunales chilenos que verse sobre una demanda de divorcio culpable invocando la conducta homosexual del cónyuge infractor. Ello, dentro de las diversas fuentes que fueron registradas en la búsqueda de dicha demanda.

La sentencia encontrada posee el número Legal Publishing 37217 y fue de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en el año 2007, en la cual se apela el rechazo de la demanda reconvenicional de divorcio culpable por conducta homosexual de la mujer. El marido alega que su mujer posee la condición sexual de lesbiana y aquella corrobora dicha circunstancia.

Aunque el tribunal de alzada no recibe pruebas que comprueben conductas homosexuales de la mujer igualmente acoge la demanda reconvenicional fundándose en el hecho que pese a los avances de nuestra sociedad en orden a aceptar a parejas de igual sexo, nuestra sociedad aún no se encuentra preparada para ver este tipo de relaciones como algo normal en nuestro diario vivir por lo que las parejas homosexuales deben llevar a cabo su relación amorosa dentro de sus hogares o vida privada. Este razonamiento funciona sobre la base que las parejas homosexuales se desenvuelven afectiva y amorosamente donde la sociedad no los vea y por ello es que se hace casi imposible el poder comprobar la existencia de conductas homosexuales.

Además la sentencia de alzada argumenta que el matrimonio de nuestro código civil en su artículo 102 descansa sobre la unión entre un hombre y una mujer, al interpretar aquello se extrae que el código no sólo alude a una unión biológica sino también a una unión psicológica ya que es en el plano psicológico donde se despliegan las relaciones afectivas. De modo tal que pese a que los cónyuges posean diferencia en el ámbito biológico, tienen una igualdad en el aspecto psicológico puesto que ambos disfrutan de una inclinación por el sexo femenino.

En este punto, hay similitud en lo que sostiene el derecho canónico puesto que este último considera que el aspecto psicológico del cónyuge homosexual se encuentra alterado y presenta anomalías, las cuales denomina psicosexuales.

Por otro lado, en el código de la familia, de Barrientos Grandon, se contra argumenta que acá los jueces de alzada estarían haciendo una mala aplicación del n°4 del artículo 54 de la ley 19947 ya que estaría sancionando directamente a la homosexualidad y no a conductas homosexuales como es la intención del legislador y con ello se habría dado lugar a una equivocación por parte de la Corte ya que en este caso hubiese correspondido aplicar, eventualmente, la institución de la nulidad civil de acuerdo con el artículo 8 N° 2 de la ley 19947 ya que existe un error en una cualidad personal del cónyuge. (Barrientos, 2009: pp. 75 y 76)

En este punto discierno que la Corte dio por probadas las conductas homosexuales debido a una razón práctica que consiste en entender la realidad de nuestra sociedad, la cual es el rechazo social a las parejas homosexuales, ello mediante la aplicación de las máximas de la experiencia.

Si el juez del caso particular se pone acucioso y busca que se pruebe rigurosamente la conducta homosexual en caso a caso, lo mas probable es que no se de lugar al divorcio culpable por conducta homosexual de uno de los cónyuges por falta de prueba, y la labor del juez es darle aplicación a las normas no que están queden en desuso y una forma de ello sería adaptando la norma al caso concreto.

7. CIERRE CONDUCTA HOMOSEXUAL

En virtud del merito de todo lo anteriormente expuesto, puedo concluir que la intención del legislador al utilizar la expresión *conducta homosexual* fue el sancionar aquellos comportamientos no propios de personas heterosexuales que signifiquen la infracción de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y que como consecuencia de aquello se torne intolerable la vida en común entre los cónyuges.

Pero no toda conducta homosexual implicara la infracción de dichos deberes y obligaciones sino que más bien serán conductas de tinte sexual llevadas a cabo al margen de lo que la sociedad impone. No siendo necesario que dichos actos se concreten en relaciones sexuales entre personas del mismo sexo ya que el deber de fidelidad se entiende hoy en día en un sentido mas amplio que el mero aspecto sexual, y es que en la actualidad se ve mas bien como el deber de guardarse fe entre los cónyuges, por lo cual las relaciones sexuales fuera del matrimonio es sólo una forma de infringirlo.

Con esto, queda descartado que se incluya dentro del término *conducta homosexual* la asunción de roles considerados errados por la sociedad, como lo son el propio del hombre y de la mujer, aunque esta distinción ya no es tan nítida en la actualidad ya que cada vez mas se da lugar a la inversión de roles y ya no existe un estereotipo estándar de hombre y de mujer.

De modo que sólo los actos con inclinación sexual quedarían comprendidos dentro de la norma como lo podrían ser actos que envuelvan conductas travestis, transexuales³, lesbianas o gays. Ello se puede sustentar en base: al análisis de la historia de la ley 19.947, al estudio del derecho comparado que también considera que la conducta homosexual sancionada debe ser de carácter sexual, y por último del derecho canónico que sanciona a la homosexualidad cuando infringe los deberes sexuales del matrimonio como lo es el mantener relacione sexuales para engendrar descendencia y el ser el complemento

³ Ya que implican un cambio de género en las personas que las ejecutan y con ello son consideradas conductas homosexuales.

psicossexual del otro cónyuge, ello reiterando la salvedad que el divorcio culpable castiga a la *conducta* homosexual y no a la homosexualidad.

La intención del legislador fue sancionar las conductas homosexuales que se objetivasen hacia el mundo exterior, esto quiere decir que ellas pueden provenir de personas heterosexuales. Además, estas conductas deben basarse en hechos concretos, no en meras especulaciones, y ser actuales porque si se invocan conductas ocurridas hace mucho tiempo atrás se entenderá que operó el perdón del cónyuge inocente y que por tanto no se cumple el requisito de tornar intolerable la vida en común.

Respecto a si debe bastar la comisión por sólo una vez de la conducta o si por el contrario debe presentarse de forma reiterada, la norma nada dice y consideró que deberá estudiarse caso a caso según la gravedad de la falta. La labor del juez es interpretar la ley y aplicarla al caso concreto. Sin embargo, debido a la gravedad que se le atribuye a la conducta, debiese bastar con que tan sólo se presentase en una oportunidad este tipo de actos para que sea posible solicitar el divorcio invocando el numeral del artículo 54 ya comentado.

Finalmente, aunque se sostenga, por algunos, que la persona que ejecuta la conducta homosexual posee alteraciones psicológicas, la conducta igualmente será reprochable y culpable porque infringe los deberes maritales de fidelidad y respeto, y además porque siempre existe a posibilidad de abstenerse de llevar a cabo tales conductas. No se cuestiona su inclinación sexual sino que quebrante los deberes maritales para vivir su sexualidad, rompiendo a la vez con un hogar, ya que el matrimonio implica fidelidad y estar con la misma persona para toda la vida. Dicho así, sí una persona descubre su homosexualidad lo mejor es que se no contraiga dicho vínculo ya que nunca conseguirá complementarse con alguien que no le produce deseos. Por ello, es culpable por no abstenerse de llevar a cabo tales conductas estando bajo el vínculo marital, por infringir sus deberes, ya que la mayoría de los actos humanos se pueden reprimir como lo son el ejecutar tales conductas estando casado(a) y el contraer matrimonio sí se es homosexual, al menos en Chile.

II. ALCOHÓLISMO O DROGADICCIÓN QUE CONSTITUYA UN IMPEDIMENTO GRAVE PARA LA CONVIVENCIA ARMONIOSA ENTRE LOS CÓNYUGES O ENTRE ÉSTOS Y LOS HIJOS.

I. OBSERVACIONES PREVIAS

En este nuevo capítulo trataré a otra fuente de divorcio culpable que consiste en el N°5 del artículo 54 de la ley 19.947, es decir el alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, por lo que en este nuevo motivo, además del cónyuge, se ven involucrados los hijos y la armonía familiar que debe existir en un matrimonio no sólo entre los cónyuges sino que el hogar debe ser un lugar donde los hijos puedan desarrollarse en todos sus aspectos y sentirse acogidos.

Sin embargo, si la afección, vale decir el alcoholismo o drogadicción, estuvo presente desde antes del momento de contraer matrimonio se podrá alegar la nulidad de dicha unión ya sea alegando que el cónyuge alcohólico o drogadicto padece de un trastorno o anomalía psíquica fehacientemente diagnosticada que lo transforma en un incapaz de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio, o porque carece de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, o porque el otro cónyuge no dio su consentimiento de forma libre y espontánea porque sufrió de un error en una cualidad personal que es determinante para otorgar el consentimiento al contraer matrimonio. (Quintana, 2008: pp. 95)

Debo señalar, al igual que lo hice con la conducta homosexual, que este numeral consiste sólo en una ejemplificación de la causal genérica de divorcio culpable, cual es: la violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

De esta manera, para que podamos estar en presencia de este numeral siempre va a ser necesario que se cumplan los requisitos de la causal genérica, es decir:

- Violación de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de aquellos para con los hijos.
- Consecuencia de tornar intolerable de la vida en común.
- Que sea imputable a uno de los cónyuges.

Aunque este último punto puede ser cuestionable dado que la drogadicción como el alcoholismo son considerados enfermedades, se podría presentar una situación en que a la vez el cónyuge *inocente* este haciendo abandono de sus deberes maritales como lo son el de auxilio y ayuda mutua. En este mismo sentido razona Enrique Barrientos al señalar que:

“La exigencia de la imputabilidad de la falta puede obrar en ciertos casos como una especie de clausura de dureza, es decir, que impida a uno de los cónyuges demandar el divorcio en determinadas circunstancias so capa de haber concurrido la causa genérica de divorcio de este inciso 1 del artículo 54... en cuyo caso por falta de imputabilidad no podría darse lugar a la acción de divorcio, y no podría el cónyuge escapar de sus deberes de socorro y ayuda en todas las circunstancias de la vida, sin perjuicio, además, de que en este caso el juez deberá tener especialmente en cuenta el deber que le impone el artículo 3 de la ley al ordenarle que las materias de familia las resuelva cuidando proteger siempre el interés... del cónyuge mas débil, para el cual, probablemente, la terminación del matrimonio por divorcio no significaría un acto de protección.” (Barrientos, 2004: pp. 364)

Debo agregar que según López Díaz, la gravedad de la infracción no debe analizarse bajo los parámetros de las condiciones sociales, económicas y culturales de los cónyuges

porque esto implicaría efectuar discriminaciones y relativizar las circunstancias que dieron origen al divorcio culpable. (López, 2007: pp. 294).

Por último, será mi objetivo dilucidar cuál será la ponderación que efectuará el juez de familia frente a la solicitud de divorcio por alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges, y entre éstos y los hijos, ello porque el cónyuge alcohólico o drogadicto representa a un enfermo que debe ser auxiliado y ayudado por su consorte. Siendo así, ¿Con la solicitud de divorcio, el cónyuge inocente estaría infringiendo, a la vez, los deberes y obligaciones que impone el matrimonio como lo son el deber de ayuda mutua y el deber de socorro?, ¿Qué deberá tener en cuenta el juez, cuáles serán sus parámetros?, ¿Prevalece el bien estar familiar?

2. HISTORIA DE LA LEY

En las actas de tramitación de la ley 19.947, se plasmó la idea de que son obstáculos a un adecuado bienestar en la convivencia familiar, que debe existir en todo hogar, el alcoholismo o drogadicción que puedan presentar uno de los cónyuges. Esta situación, necesariamente involucrará la infracción de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio. Así, se hizo presente que:

“La Comisión entendió que, dentro de esa falta, vulneratoria de deberes, que produce el efecto de impedir una convivencia familiar razonable, quedan comprendidas los casos de homosexualidad y enfermedades como la drogadicción y el alcoholismo”. (Cuenta en sesión N° 11, legislatura 249. Senado).

Sin embargo, también se hizo presente que el padecimiento de alcoholismo o drogadicción por parte de uno de los cónyuges constituye una situación de menoscabo para aquel porque se considera que dichas adicciones son enfermedades que dejan en un estado

de indefensión a quienes las presentan. Quedando plasmada la idea en las actas la historia de la ley 19.947, a saber:

“El señor VIERA-GALLO.- Señor Presidente, para la historia de la ley, también destaco que puede darse un caso al revés: el relativo a un enfermo alcohólico que da origen al divorcio por una afrenta o por no cumplir sus deberes conyugales. Además, lo van a abandonar económicamente. Y este abandono no es razonable, porque cuando uno se casa asume esa responsabilidad en lo favorable y en lo adverso. Y resulta que esa persona, además de padecer de alcoholismo grave, va a quedar botada en la calle”
(Cuenta en sesión 33, legislatura 350. Senado)

Siguiendo la idea del señor Viera Gallo, se podría llegar a sostener que el declarar el divorcio por alcoholismo o drogadicción de uno de los consortes que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, se estaría infringiendo a la vez los deberes y obligaciones que emanan del matrimonio, como lo pueden ser el deber de socorro y el deber de auxilio.

Por otro lado, el señor Espina recalca la idea de que el cónyuge alcohólico o drogadicto por cuya falta se declaró el divorcio queda, luego de terminado el matrimonio, en un estado de indefensión que por tanto es necesario protegerlo ya sea mediante una pensión exigible a sus hijos o mediante una compensación económica por parte de su, ahora, ex cónyuge si el juez lo considera como una persona *enferma*.

“El señor ESPINA.-...en el caso del alcohólico que da origen al divorcio y queda solo, tiene derecho a pensión de alimentos de parte de sus hijos, porque ese vínculo se mantiene, no se pierde... El juez tendrá que ponderar si es un enfermo alcohólico. Si determina que lo es y que su estado es de indefensión, no obstante haber sido el causante del divorcio, obviamente resolverá que, en ese caso, procede la compensación.” (Cuenta en sesión 33, legislatura 350. Senado)

Con esto, puedo observar que en la historia de la ley quedó plasmada la concepción de que el alcoholismo o drogadicción constituye una enfermedad y que por tanto el cónyuge infractor debe ser auxiliado y no dejado en una situación de abandono. Además, queda latente la idea de que frente a una solicitud de divorcio de esta naturaleza se infringen a la vez los deberes y obligaciones que impone el matrimonio y por tanto el juez puede quedar en la disyuntiva de si declarar o no el divorcio, cosa que considero deberá solucionarse casuísticamente. Sin embargo, el juez de familia deberá hacer una ponderación de derechos para ver si decreta o no el divorcio, teniendo presente por un lado que debe primar la armonía en el hogar para el normal desenvolvimiento de los hijos y una buena crianza ya que el alcoholismo o drogadicción por lo general traer apareado los problemas de violencia intrafamiliar y de malos hábitos, y por el otro no olvidando que los cónyuges se deben auxilio y ayuda mutua en la enfermedad.

3. DOCTRINA

Como primer punto, debo precisar que se entiende por alcoholismo y por drogadicción para los autores.

Alcoholismo.

Carlos López, basándose en el manual Merck, dice que representa “*una enfermedad crónica, caracterizada por una tendencia a beber mas de lo debido y aceptado socialmente, intentos infructuosos de dejar la bebida, y mantenimiento de la costumbre a pesar de las diversas consecuencias sociales y laborales*” (López, 2007: pp. 302).

En una línea similar, Larraín Ríos señala que es “*la intoxicación o consecuencia grave de un prolongado y excesivo consumo de alcohol. Desde el punto de vista*

jurídico y de acuerdo con el Diccionario Jurídico Black, la embriaguez habitual es aquella que padece una persona dada a la ebriedad o al uso excesivo de bebidas intoxicantes, que ha perdido el poder o la voluntad dejándose llevar, en forma incontrolada, de su apetito por aquéllas” (1997: pp. 12).

Por otro lado, es pertinente dar la definición de alcoholismo que nos entrega la Organización Mundial de la Salud⁴, la cual nos dice que es un “*Término de significado variable y usado durante mucho tiempo que se emplea generalmente para referirse al consumo crónico y continuado o al consumo periódico de alcohol que se caracteriza por un deterioro del control sobre la bebida, episodios frecuentes de intoxicación y obsesión por el alcohol y su consumo a pesar de sus consecuencias adversas*”. Sin embargo, la OMS precisa que desde 1977 prefiere utilizar la expresión síndrome de dependencia del alcohol cuando se haga alusión al alcoholismo como enfermedad, ello por analogía con la dependencia de las drogas. (OMS, 1994: pp. 16 – 17).

Drogadicción.

López señala, según el manual Merck, que consiste en “*la dependencia física y psicológica intensa a las drogas, esto es, narcóticos que en razón del desarrollo de la tolerancia, deben administrarse en dosis continuas cada vez mayores, y con profundos efectos psicológicos y sociales*”

Larraín Ríos, en cambio, emplea el término *toxicomanía* para referirse al uso habitual e inmoderado de drogas o estupefacientes. Según el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, toxicomanía significa el “*Hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor*” (Diccionario de la Lengua Española).

⁴ De ahora en adelante OMS.

Para la OMS, en cambio, es el síndrome de dependencia a las drogas, el cual se caracteriza por ser un “conjunto de fenómenos del comportamiento, cognitivos y fisiológicos que pueden desarrollarse tras el consumo repetido de una sustancia. Normalmente, estos fenómenos comprenden: un poderoso deseo de tomar la droga, el deterioro del control de su consumo, el consumo persistente a pesar de las consecuencias perjudiciales, la asignación de mayor prioridad al consumo de la droga que a otras actividades y obligaciones, un aumento de la tolerancia y una reacción de abstinencia física cuando se deja de consumir la droga”.

Habiendo especificado el significado que se le atribuye a dichos términos, pasaré a analizar directamente el numeral 5 del artículo 54, ley 19.947.

El precedente de esta ejemplificación de la causal genérica de divorcio culpable en lo que se refiere al alcoholismo, señala Illanes, posee como precedente a la ley de 1884 en su artículo 21 N°9, donde se sancionaba al “vicio arraigado, embriaguez o disipación” como causal de divorcio no vincular. (2006: pp. 176).

María Soledad Quintana señala que hoy en día tanto el alcoholismo como la drogadicción se consideran enfermedades por la Organización Mundial de la Salud y que por tanto se estaría incurriendo en la misma situación de la *conducta homosexual*, esto es sancionar a alguien por conductas que le son inimputables. (2008: pp. 94 – 95)

Al respecto, pienso que, sí bien el alcoholismo y la drogadicción constituyen enfermedades y con ello las personas que las padecen no poseen control sobre sus actos y necesidades, pero antes de que se desencadenara éste trastorno su voluntad era libre y espontánea ya que su cuerpo se encontraba saludable y es en ese estado que decide dar el paso para consumir sustancias tóxicas para su organismo. Con esto, quiero precisar que el cónyuge alcohólico y/o drogadicto a pesar de ser un enfermo que no se debe abandonar,

cuando él era sano aún optó por tomar el camino del alcohol y/o las drogas, arrastrando a su familia con él, y por ello es culpable de romper con la armonía familiar. Además, producto del consumo experimentará una serie de cambios negativos en su personalidad que afectarán en la relación con sus hijos y su entorno, corrompiendo la unidad que imperaba hasta ese entonces en el hogar. Por tanto, las conductas del alcohólico y/o drogadicto sí son imputables, porque sí tuvo su voluntad libremente determinada al decidir consumir este tipo de sustancias.

Ahora bien, el cónyuge alcohólico y/o drogadicto es un enfermo que debe ser auxiliado por su consorte para que pueda rehabilitarse de su adicción o síndrome de dependencia, ya que es el seno familiar el ambiente más propicio para su recuperación puesto que contará con el apoyo de los suyos. Representando ello la ejecución por parte del otro cónyuge de algunos de los deberes esenciales del matrimonio, vale decir el deber de asistencia y ayuda mutua y el deber de socorro. Para que este análisis sea más acabado es necesario que precise que se entiende por éstos deberes.

Urbina Matus señala que el deber de socorro se encuentra consagrado en el artículo 131 y 134 del código civil, y consistiría en proporcionarse los auxilios económicos necesarios para vivir tanto los cónyuges como la familia común, es decir es la forma en que la mujer y el marido deben contribuir para satisfacer las necesidades de la familia, lo que dependerá de la capacidad económica que posea cada uno y el del régimen matrimonial al cual estén adscritos. Además, se entiende por los autores, como Mesa Barros y Somarriva, que el “deber de mutua obligación alimentaria” y el “deber recíproco de socorro” consistirían en lo mismo. En este deber predomina el aspecto pecuniario.

Por su parte, el deber de asistencia o ayuda mutua se encuentra consagrado en el artículo 131 del citado código, y radica en la obligación de los cónyuges de ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Dentro del concepto de *ayuda* se encuentran insertos los cuidados personales, el apoyo, consolación y consejo que uno de los cónyuges debe al otro en las adversidades de la vida y en las *enfermedades*. En este deber, en cambio,

predomina el aspecto afectivo que se demostraría en la “benevolencia del amor” y la solidaridad conyugal. (2009: pp.324 - 327).

Con ello, es deber del cónyuge *saludable* acudir en favor del cónyuge enfermo proporcionándole ayuda y socorro, es decir económica y moralmente, para que aquél pueda superar su adicción y que de ese modo retorne al hogar la armonía familiar. Si por el contrario, el cónyuge del alcohólico o drogadicto no lo ayuda a rehabilitarse de sus adicciones estaría infringiendo los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, una forma de quebrantar dichas cargas maritales sería solicitando el divorcio ya que de esa forma se desligaría del cónyuge enfermo, abandonándolo a su suerte porque es sabido que estos enfermos están expuestos a despidos y marginación social a causa de que su personalidad presenta transformaciones negativas. Además, la familia juega un rol fundamental en la rehabilitación del adicto y si se da lugar al divorcio el alcohólico o drogadicto quedaría en una situación de desamparo ya que no tendría un hogar que lo contenga.

Al respecto, García Cantero expresa que no existe nadie como el otro cónyuge para intentar la curación de un alcohólico, pero si se falla en la rehabilitación y además existe un peligro latente para la vida familiar o la salud del otro cónyuge, al juez no le quedará mas remedio que acceder a la voluntad del cónyuge sano. Le corresponderá al juez determinar el interés familiar, dentro del cuál esta incluido también el interés del enfermo, del otro cónyuge y el de los hijos, pudiendo establecerse para que opere un mejor y más eficaz tratamiento terapéutico que sea necesario decretar esta salida. Esto también se puede hacer aplicable al drogadicto.

López Alarcón, en lo que respecta al cónyuge del adicto dentro del interés familiar, señala que dentro del interés de este cónyuge sano sólo se encontraría a: su salud, su integridad corporal y el peligro para su vida, estos serían los únicos intereses individuales aceptables. Dentro del interés familiar respecto de la descendencia, considera a la educación y formación de los hijos, la cual no se debe permitir que se perturben por las

adicciones del padre o madre ya que ello conducirá a una deformación psíquica desequilibrada de modo irreversible. (1982: pp. 867- 876)

Así las cosas, frente a una solicitud de divorcio el juez de familia debe tener presente que el cónyuge alcohólico o drogadicto es un enfermo que necesita de ayuda, pero por sobre todo debe velar por el adecuado desarrollo de los hijos que componen el hogar. Un síndrome de dependencia de este tipo no sólo podrá afectar al cónyuge del enfermo sino también a sus hijos puesto que verán transformado su hogar en un lugar en el cual no es deseable permanecer a causa de un padre o madre que se ha vuelto violento, ausente o disipador para poder mantener su vicio. Si es así, al juez no le quedará más alternativa que decretar el divorcio puesto que el síndrome de dependencia se ha tornado en un impedimento grave para la convivencia armoniosa en el hogar.

En esta línea, Alejandra Illanes precisa que el alcoholismo o drogadicción debe constituir un impedimento grave para la convivencia familiar y ello debe ser especialmente evaluado por el juez ya que es en el seno del hogar donde se podrá remediar esta enfermedad y es por ello que el juez deberá poner especial atención en que se cumpla este requisito, teniendo siempre presente, por lo demás, el artículo 3 inciso 1 y 2 de la ley 19.947 que dispone:

Artículo 3º.- Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.

En lo concerniente a que circunstancias se estimarán que representan un impedimento grave para la convivencia armoniosa de la familia producto del alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges se incluye: cuando el cónyuge infractor no atiende sus negocios y su hogar de manera adecuada, cuando continuamente pierde el control de si mismo, cuando

sólo se muestra interesado de si mismo y producto de ello mantiene a su cónyuge en un estado de preocupación y angustia psicológica, sabiendo que no se puede esperar su ayuda bajo situación alguna. (Illanes, 2008: pp. 177- 178)

Se considerará como componente de conflicto en la convivencia familiar las repercusiones económicas, laborales y sociales. Respecto al ámbito afectivo, en un principio, especifica García Blázquez, el amor y respeto del enfermo hacia su pareja e hijos se conservará pero luego de un lapso de tiempo la vida afectiva se irá deteriorando. Por otra parte, el enfermo producto de su adicción podrá desarrollar trastornos metabólicos, endocrinos y hepáticos que desencadenarán, posiblemente, en una impotencia coeundi y generandi. (1993: pp.301)

Para precisar aún más, en lo referente a la drogadicción, los expertos hacen el distingo en los trastornos por consumo de alucinógenos entre la dependencia y el abuso. La dependencia consistiría en un consumo notoriamente menos frecuente, pero que según el manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales, igualmente quien lo padece puede “incumplir repetidamente obligaciones importantes en la escuela, el trabajo o la casa debido al deterioro del comportamiento causado por la intoxicación por alucinógenos”. Sin embargo, para López Díaz, tanto la dependencia como el abuso pueden producir efectos similares en la destrucción de la convivencia familiar y con esto los términos se equipararían. (2007: pp. 303).

De modo que, pese a todos los esfuerzos desplegados por el cónyuge sano para propender a la recuperación de su cónyuge alcohólico y/o drogadicto será necesario, en algunas ocasiones, solicitar el divorcio por la vía del artículo 54 N°5 de la ley 19.945 por cuanto, ya no se puede hacer demasiado y, en realidad, la continuación de este enfermo en el hogar sólo tiende a seguir destruyéndolo ya que, como se ha podido observar, las personas que padecen este tipo de síndromes de dependencia pierden su norte, no miden las consecuencias de sus actos y concentran todos sus esfuerzos en mantener su vicio, pasando a formar sus seres queridos sólo un obstáculo para el mantenimiento de su estilo de vida en

los casos mas graves. Frente a este panorama, el juez siempre deberá velar por el bienestar de los hijos, para que aquellos se desenvuelvan en un ambiente propicio para desarrollar todos sus potenciales y alcanzar su máximo crecimiento tanto en el aspecto psicológico como en el espiritual. Siendo así, el juez de estimar necesario declarar el divorcio por el bien de los hijos, lo hará.

Barrientos señala que para que pueda proceder aplicar este motivo de divorcio culpable es necesario que exista una prueba de toxicomanía o de la enfermedad alcohólica, señalando que la Organización Mundial de la Salud califica a la drogadicción y al alcoholismo como enfermedades de tipo fisico-psíquico espirituales.

En este sentido, se puede encontrar diversas denominaciones para referirse a éste tipo de exámenes toxicológicos por parte de los laboratorios de análisis clínicos, y así encontramos las menciones a: examen o análisis de barbitúricos; examen o análisis de benzodiazepinas; examen o análisis de anfetaminas; examen o análisis de analgésicos; examen o análisis de antidepresores; examen o análisis de narcóticos; examen o análisis de fenotiazinas; examen para drogadicción; análisis toxicológico; prueba de alcoholemia. Los exámenes para detectar el abuso del alcohol son de diversos tipos y son los siguientes:

- ✦ Examen toxicológico o examen de alcoholemia. Este análisis puede decir si alguien ha estado bebiendo alcohol recientemente, pero no necesariamente confirma el alcoholismo.
- ✦ Conteo sanguíneo completo (CSC).
- ✦ Nivel de folato.
- ✦ Pruebas de la función hepática.
- ✦ Magnesio en suero.
- ✦ Proteína total.
- ✦ Ácido úrico.

El examen toxicológico también sirve para buscar la presencia de drogas en el organismo y se utiliza con mayor frecuencia sirviéndose de una muestra de sangre u orina. Sin embargo, también puede llevarse a cabo poco después de la ingestión del medicamento, utilizando los contenidos estomacales, los cuales se obtienen a través de un lavado gástrico o después de vomitar. En algunas ocasiones se necesitara de consentimientos especiales, manipulación y etiquetado de muestras u otros procedimientos especiales.

El inconveniente es que para detectar la presencia de drogas o alcohol en el organismo el análisis deberá efectuarse durante cierto período de tiempo después de haber tomado la droga o fármaco o mientras aún se puedan detectar formas de ésta en el cuerpo. Los ejemplos son los siguientes.

- 🖨 Alcohol: 3 a 10 horas
- 🖨 Anfetaminas: 24 a 48 horas
- 🖨 Barbitúricos: hasta 6 semanas
- 🖨 Benzodiazepinas: hasta 6 semanas con un alto nivel de consumo
- 🖨 Cocaína: 2 a 4 días y desde 10 hasta 22 días si el consumo es excesivo
- 🖨 Codeína: 1 a 2 días
- 🖨 Heroína: 1 a 2 días
- 🖨 Hidromorfona: 1 a 2 días
- 🖨 Metadona: 2 a 3 días
- 🖨 Morfina: 1 a 2 días
- 🖨 Fenciclidina (PCP): 1 a 8 días
- 🖨 Propoxifeno: 6 a 48 horas
- 🖨 Tetrahidrocannabinol (THC): 6 a 11 semanas con consumo excesivo

Los rangos de los valores normales pueden variar ligeramente entre diferentes laboratorios. Un valor normal generalmente significa que no se encontró alcohol, ni medicamentos de prescripción que no estén recetados, ni drogas ilegales o psicoactivas. En cambio los niveles elevados de alcohol o fármacos recetados pueden ser un signo de

intoxicación o sobredosis intencional o accidental, sin embargo, la presencia de drogas ilegales o fármacos que no le han sido recetados a la persona es indicio de drogadicción.

De modo que para poder alegar la drogadicción y/o alcoholismo del cónyuge, con la finalidad de solicitar el divorcio culpable será necesario basarse en esta clase de pruebas que demuestren la presencia de aquellas sustancias en el organismo en niveles elevados, las cuales no son excluyentes de otro tipo de exámenes que resulten del avance de la técnica médica.

Con todo, el juez deberá ponderar los méritos de las circunstancias caso a caso y no obstante la existencia de exámenes clínicos que comprueben el alcoholismo y/o drogadicción del cónyuge procurará velar, siempre, por el interés superior de los hijos. Pudiendo ser, según el caso, que lo mejor sea no declarar el divorcio ya que el cónyuge enfermo no presenta cambios graves en su personalidad y organismo, estando a tiempo aún de salvar dicho matrimonio con la colaboración del cónyuge sano en la rehabilitación de su consorte.

4. DERECHO COMPARADO

En este apartado ilustraré cuál es la situación de nuestros países vecinos, pertenecientes a Suramérica y el Estado de México, respecto de cómo sancionan al alcoholismo y/o drogadicción de uno de los cónyuges como motivo de solicitud de divorcio.

Larraín Ríos precisa que en materia de divorcio las legislaciones de otros países para referirse al alcoholismo usan los términos “embriaguez habitual”, “grosero y confirmado hábito de embriaguez”, “embriaguez que haga insoportable la vida en común”, “ebriedad escandalosa” y otros. Sin embargo, todos éstos aluden a lo mismo, vale decir que sólo el “hábito incontrolado a ingerir bebidas alcohólicas hasta producir los efectos de la

embriaguez” puede ser estimado como motivo de divorcio, y no así “la embriaguez ocasional ni el consumo habitual pero moderado de bebidas alcohólicas”. (1997: pp. 12).

El código civil peruano establece como motivo de divorcio al uso habitual e injustificado de alucinógenos u otras sustancias que generen toxicomanía. De modo que ordena:

Artículo 349.- Causales

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333, incisos 1 a 10.

Artículo 333.- Causales

Son causas de separación de cuerpos:

7.- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía.

De este modo sanciona directamente al drogadicto, pero también se puede incluir al alcohólico mediante el empleo de la frase “...o de sustancias que puedan generar toxicomanía” y en virtud del significado que le otorga el Diccionario de la Real Academia Española a dicho término se puede invocar, también, el divorcio por alcoholismo de uno de los cónyuges.

Por otro lado, el código civil argentino también sanciona la adición a las drogas o alcohol por parte de uno de los cónyuges, pero el mecanismo opera de forma diversa. Primero se deberá solicitar la separación personal fundándose en el artículo 203 de dicho código y luego del transcurso de 3 años desde que quedase firme la sentencia de separación personal se podrá solicitar la conversión de tal sentencia en una de divorcio.

Art. 203. Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la

droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

Art. 216. El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238.

Art. 238. Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204 y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205.

Por su parte, el Estado de Colombia también contempla estos síndromes de dependencia por parte de uno de los cónyuges ya sea como dependencia al alcohol y/o a las drogas, estableciendo como sanción el divorcio.

Artículo 154. Son causales de divorcio:

- 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.*
- 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.*

A la vez, podemos encontrar a México en su Estado de Querétaro sancionando al cónyuge drogadicto y/o alcohólico.

Artículo 248.- Son causales de divorcio necesario:

- XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas o estupefacientes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;*

Por último, el código civil de Venezuela también castigaría al cónyuge que incurre en el vicio de las drogas y/o el alcohol, para aludir al consumo de drogas utiliza la expresión “*fármaco dependencia*”.

Artículo 185:

Son causales únicas de divorcio:

6°. La adición alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común.

En vista de estas 5 legislaciones diversas que la nuestra, puedo extraer que los requisitos para solicitar el divorcio por el motivo estudiado variaran de país en país, algunos serán mas exigentes que otros y velarán por la protección al hogar común. El Estado Mexicano de Querétaro es el más parecido al nuestro en esta materia puesto que contempla la mantención de la familia, la cuál incluye a los hijos, y la relación conyugal. Por su parte, la legislación argentina también sería bastante similar a la nuestra ya que establece como requisito que tales afecciones produzcan trastornos de conducta en el cónyuge alcohólico y/o drogadicto que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos, pero la sanción directa es la separación personal y no el divorcio, como en Chile, aunque luego de un lapso de tiempo se pueda pedir que dicha separación personal mude en divorcio.

De modo que son diversos los ordenamientos jurídicos comparados que contemplan dentro del divorcio al alcoholismo y a la drogadicción, independiente de la terminología que utilicen para referirse a ellos, pero sin embargo, son muy pocos los que incluyen a los hijos dentro de los requisitos que deben cumplirse para poder solicitar este motivo de terminación del vinculo marital, demostrando con ello que son ordenamientos donde prima la protección al núcleo familiar ya que no sólo el cónyuge sano se ve afectado con estos tipos de adicciones sino que también sufren sus consecuencias el resto de los integrantes que componen la familia, es decir los hijos.

5. DERECHO CANONICO

En este punto debo hacer una evocación a todas las precisiones que se hicieron al momento de analizar la *conducta homosexual* en materia de nulidad eclesiástica, puesto que el alcoholismo también se encuentra incluido en el canon 1095 n° 3, es decir no pueden contraer matrimonio “quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica”. Dicho eso, se hace aplicable al alcoholismo o drogadicción como causa de nulidad eclesiástica, por la vía del canon 1095 n°3, todo lo dicho en el capítulo de conducta homosexual sobre la nulidad eclesiástica.⁵

Si bien es cierto que el motivo de mi estudio es el alcoholismo o drogadicción de uno de los consortes en materia de divorcio, debo mencionar que veré la nulidad eclesiástica sólo para conocer cómo se sanciona a estos síndromes de dependencia de uno de los cónyuges en sede canónica, debiendo hacer hincapié en que la nulidad eclesiástica se asemeja más bien a la nulidad civil. No obstante ello, es importante que tenga en cuenta que es lo que sucede en el derecho canónico frente a estas enfermedades.

Los cónyuges que padezcan de estas anomalías de origen psíquico se mirarán como incapaces para el derecho canónico, de modo que, para el derecho canónico es incapaz quién no posee el suficiente gobierno de sí y de sus actos en el momento constitutivo del matrimonio, y esta incapacidad deberá extraerse de 2 factores que serán: la gravedad de la anomalía y la preexistencia de ésta al momento de entregar el consentimiento matrimonial.

Se entenderá como grave y constitutivo de incapacidad para *asumir* las cargas maritales las anomalías de gran entidad, dejándose de lado la mala voluntad, los leves vicios de carácter o los trastornos de personalidad que provocan una relación interpersonal mas difícil sino, por el contrario, es necesario que la causa de naturaleza psíquica provoque una relación interpersonal intolerable. Respecto al requisito de la preexistencia no es necesario

⁵ Páginas 20 y 21.

que la anomalía, en este caso el alcoholismo o drogadicción, se manifiesta de manera clara debido a que puede haber existido ya en ese momento pero sólo de forma latente, es decir que al menos deben estar al momento de la celebración del matrimonio los elementos patológicos que hagan detonar la incapacidad del cónyuge.

La incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causa de naturaleza psíquica significa que el cónyuge que la padezca *carece de la posesión o dominio de sí necesarios para hacerse cargo y responder de las obligaciones matrimoniales esenciales*. Se debe destacar que, en realidad, la causal de nulidad eclesiástica no es la causa psíquica sino que ésta sería el origen fáctico de la imposibilidad de asumir las obligaciones maritales esenciales, y es ello lo que constituiría la verdadera incapacidad consensual. (Meneses, 2005: pp. 143 – 145)

La imposibilidad de asumir las cargas maritales por anomalías de orígenes psíquicas incluye diferentes causas, como lo son las de índoles psicopatológicas, enfermedades mentales, ciertas situaciones del psiquismo, de la personalidad y su desarrollo. Todas ellas, afectan el grado de auto-posesión psicológica y los comportamientos “propios esenciales para la recta ordenación de una unión conyugal hacia sus fines, y lesionan la capacidad de superar las dificultades ordinarias y comunes de la vida matrimonial, generando reacciones desequilibradas y anormales que impiden la misma dinámica conyugal, en su dimensión mínima esencial” (Arrieta Ochoa de Chinchetru, 2008)

Sin embargo, los autores canonistas señalan que el alcoholismo crónico se va incubando y se va instalando por medio de un proceso de lenta evolución, pasando a través de varias etapas antes de llegar a su punto máximo de culminación. Lo mismo se hace aplicable a la drogodependencia. Meneses, cita a una sentencia canónica, que también se podría hacer aplicable a la situación de un cónyuge drogadicto, la cuál dispone lo siguiente:

“Para que el contrayente se case marcado con esta incapacidad no es necesario que se case siendo ya un alcoholizado crónico en tal grado que desde el principio

haga humanamente intolerable la convivencia conyugal, sino que es suficiente que al casarse tenga una tan fuerte propensión a embriagarse que encierre en acto próximo, en ese momento, la potencialidad de hacer en el futuro humanamente intolerable la convivencia conyugal”.

Finalmente, el mismo autor recalca que un “toxicómano es una persona en crisis, en conflicto consigo mismo, con la familia, con la sociedad, emotivamente frágil, moralmente débil, con un gran temor de cualquier responsabilidad, incapaz de sentirse amado, incapaz de amar. Actúa constantemente bajo el impulso de los sentimientos, de las emociones y del medio; trata de esconder su propia inadecuación, la falta de respeto consigo mismo dentro de una falsa imagen lo que le impide estar en contacto con sí mismo y lo sustrae del enfrentamiento con la realidad, hacia la cual reacciona instintivamente; o bien, descargando sus sentimientos en forma primitiva y en ello sin preocuparse de las posibles consecuencias...”

Con ello, se resalta la personalidad inestable de un sujeto adicto a las sustancias tóxicas para el organismo como lo son las drogas y el alcohol, que pone en constante peligro su vida y de quienes lo rodean, cónyuge e hijos, siendo necesario declarar la disolución del vínculo marital en pos de proteger a su familia. Aunque es preciso recalcar que para el derecho canónico es necesario que éste cónyuge enfermo debe haber presentado la enfermedad al momento de contraer matrimonio, aunque sea sólo de modo latente.

En base a todo lo expuesto, puedo concluir que el derecho eclesiástico considera al alcoholismo y a la drogadicción como una enfermedad grave, que atenta contra la armonía familiar debido a la inestabilidad de quien la padece, resaltando que aquella es una persona desequilibrada que no se preocupa de las consecuencias que puedan acarrear sus actos y que por ello es necesario disolver el vínculo marital ya que en dichas circunstancias debe primar la armonía y estabilidad en el hogar por sobre los deberes maritales que unen a los cónyuges, como lo son el de protección recíproca y auxilio. Ello con la salvedad de que

estos síndromes de dependencia deben alterar *gravemente* la armonía en el hogar y no bastará con simples conflictos que puedan empañar en algún grado la vida familiar.

6. JURISPRUDENCIA CHILENA

En este punto me fue posible recabar sentencias que declaran el divorcio ya sea invocando la causal genérica del artículo 54 de la ley 19.947 o aludiendo a su número 1, es decir Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos. Sin embargo, todas estas sentencias se fundaban en que el cónyuge culpable del divorcio era alcohólico y que producto de ello era un sujeto violento, que gustaba de maltratar a su consorte y que fruto de su conducta enferma terminaba por provocar daños psicológicos irreparables en sus hijos. Tal es el caso de la sentencia Rit C- 2209-2006 del segundo juzgado de familia de San Miguel.

Sin embargo llama la atención que no se encuentre sentencia que haga aplicación del N°5 del artículo 54, de la citada ley, y que pese a ello se compruebe que la gran mayoría de las personas en Chile demandan divorcio culpable pero invocando la causal genérica de tal artículo. Esto, puede ser producto de un facilismo probatorio y de optar por la petición más segura de ser acogida.

Sin embargo, es un hecho que el juez de familia considera al cónyuge alcohólico y/o drogadicto como un gran potencial de perturbación de la armonía familiar y que producto de su adicción desencadena en episodios de violencia intrafamiliar contra su cónyuge y/o contra los hijos que componen el hogar, si es que no existe algún otro integrante familiar.

7. CIERRE NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 54

En base al mérito de todos los antecedentes recabados se puede concluir que el alcohólico y/o drogadicto es una persona enferma que necesita de la ayuda de su núcleo familiar para poder rehabilitarse, es decir de su cónyuge e hijos. Pero, cuando la situación escapa de control, y la enfermedad sólo tiende al quebrantamiento de la armonía familiar, pese a los esfuerzos desplegados por el cónyuge sano, la solicitud de divorcio por la vía del N° 5 del artículo 54 de la ley 19.947 no quebrantaría los deberes conyugales por parte de éste, porque se hizo todo lo posible, o si los llegase a quebrantar sería mas importante velar por el mantenimiento de la armonía familiar, vale decir por el interés superior de los hijos y del cónyuge mas débil.

Sin embargo, es menester para presentar la solicitud de éste tipo de divorcio el contar con los exámenes clínicos que avalen la existencia de la drogadicción y/o alcoholismo del cónyuge y será tarea del juez decidir si declara o no el divorcio. Si lo hace, el cónyuge enfermo se transformaría en un infractor de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio para con el otro cónyuge o para con sus hijos, porque no hay que olvidar que este N°5 del artículo 54 no es mas que una ejemplificación de la causal genérica contenida en el primer inciso de dicho artículo.

Todo ello porque tanto para el derecho canónico, la jurisprudencia, derecho comparado y la doctrina ven al cónyuge alcohólico y/o drogadicto como un potencial causante de violencia intrafamiliar contra el otro cónyuge como contra sus hijos porque la ingesta de estas sustancias produce cambios orgánicos y psíquicos en la persona que las consume, dando como resultado a una persona violenta o con transformaciones negativas en su personalidad, cuando menos. Ello sin contar la dilapidación de dinero en el sustento del vicio, lo cual también repercute en la mantención de las necesidades del hogar.

Por último, puede que el alcoholismo o drogadicción no fuese de tal entidad como para considerársele una enfermedad, pero igualmente se podrá solicitar el divorcio por la vía de la causal genérica, siempre queda esa opción.

CONCLUSIÓN

En base al merito de todo lo anteriormente expuesto, tanto en lo referente a la conducta homosexual como al alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, ambos del artículo 54 numerales 4 y 5 correlativamente, se puede llegar al siguiente epílogo:

Por un lado, la intención del legislador al sancionar la conducta homosexual de uno de los cónyuges fue el repudio al quebrantamiento al deber de guardarse fe al que adscriben los cónyuges cuando otorgan su consentimiento matrimonial, el cual no sólo se ve quebrantado con conductas infieles sino también con actos sexuales con personas del mismo sexo. Con ello, la *conducta* sancionada por el legislador sólo debe ser de carácter sexual, no incluyéndose el cambio de roles meramente. Ello porque el legislador no busca sancionar a la homosexualidad sino la transgresión del deber ya enunciado, ello porque rompe con la armonía familiar y torna intolerable la convivencia conyugal. Sin embargo es prudente recalcar que dicha infracción debe ser reciente ya que si se solicita el divorcio invocando la conducta homosexual del cónyuge acaecida mucho tiempo atrás, lo más probable es que el juez desestime dicha demanda porque se entiende que habría operado el perdón del cónyuge inocente por dicha infracción y que la convivencia entre los cónyuges no se tornó intolerable puesto que siguieron conviviendo por un periodo de tiempo considerable. Siendo un requisito de la demanda de divorcio por conducta homosexual que la comisión de este tipo de actos torne intolerable la vida en común, ya que éste numeral 4 que contiene a la sanción de la conducta homosexual no es más que una mera ejemplificación de la causal genérica contenida en el mismo artículo 54, artículo que exige que la infracción de los deberes y obligaciones maritales o para con los hijos torne intolerable la vida en común.

Por tanto, si la conducta homosexual se llevó a cabo mucho tiempo atrás, se considerará que existió un perdón por parte del otro cónyuge y que con ello la convivencia en común no

fue intolerable, no cumpliéndose así el requisito que exige la causal genérica de divorcio culpable contenida en el artículo 54, inciso 1, de la ley 19.947. De modo que, la demanda de divorcio deberá ser desestimada por el juez de familia por no cumplir con los requisitos legales que se exigen para su correcta interposición en tribunales.

Ahora bien, en lo referente al alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges que sea un impedimento para la convivencia armoniosa en el hogar, lo que buscó el legislador fue proteger el interés familiar, velando por sobre todas las cosas por el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. Cónyuge más débil que podrá ser en algunas ocasiones el enfermo por el síndrome de dependencia a dichas sustancias tóxicas, y en otras ocasiones el cónyuge sano que producto de la misma enfermedad de su consorte es violentado por éste o mantenido en situaciones económicas precarias debido al desembolso que produce las adicciones de su marido o mujer.

Lo cierto es que, el juez de familia deberá analizar la situación caso a caso y decidir que es lo más conveniente para el interés superior de los hijos, en virtud del artículo 3 inciso 1 de la ley 19.947, no dejando de lado el hecho de que el mejor escenario para una prospera rehabilitación del enfermo es el seno familiar y teniendo presente el inciso 2 del mismo artículo al momento de tomar su decisión. Ello en correlación con el cumplimiento de los deberes maritales de socorro y ayuda mutua por parte del cónyuge sano. Sin embargo, lo más importante para el juez será el propender a la protección de los hijos de un ambiente hostil e insano en el hogar.

Por último, no se debe olvidar que tanto el alcoholismo como la drogadicción del cónyuge se deben probar mediante los exámenes clínicos tendientes a ello.

BIBLIOGRAFÍA

1. Arrieta Ochoa de Chinchetru, José Ramón (2008): “*La incapacidad psíquica y la nulidad matrimonial: comentarios al canon 1095, 3º*”. Disponible en <http://www.iuscanonicum.org/index.php/derecho-matrimonial/40-el-consentimiento-matrimonial/96-la-incapacidad-psiquica-y-la-nulidad-matrimonial-comentarios-al-canon-1095-3o.html>. Fecha de última consulta: 16 de Agosto del 2010.
2. Barrientos Grandon, Javier y Novales Alquézar, A. (2004): *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. 2ª Ed., Lexis Nexis, Santiago de Chile.
3. Barrientos detección de redes. Javier (2009): “*Código de la Familia*”. Ed. Legal Publishing, Chile.
4. Código Civil del Estado de Querétaro, México. Disponible en <http://www.tribunalqro.gob.mx/biblio/codigos.php> Fecha última consulta: 9 de Mayo del 2010.
5. Código Civil Peruano. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01166.pdf> Fecha última consulta: 9 de Mayo del 2010.
6. Código Civil Argentino. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>. Fecha última consulta: 20 de Julio del 2010.
7. Código Civil Colombiano. Disponible en <http://www.encolombia.com/derecho/C%C3%B3digoCivilColombiano/CodCivilLibro1-T6y7.htm#TITULO%20VII>. Fecha de última consulta: 10 de Agosto del 2010.

8. Dr. Tango, Inc (2010): “*Análisis Toxicológico*”. Enciclopedia MedlinePlus, Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003578.htm>. Fecha de última consulta: 4 de Septiembre del 2010.
9. Dr. Tango, Inc (2010): “*Alcoholismo y abuso de alcohol*”. Enciclopedia MedlinePlus, Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos. Disponible en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000944.htm>. Fecha de última consulta: 4 de Septiembre del 2010.
10. Figueroa Yáñez, Gonzalo (2006): “Separación y divorcio: causales y efectos” en *Cuadernos de análisis jurídico* de la Universidad Diego Portales, Santiago, N° 43, pp. 79 – 93.
11. García Cantero (1982): “Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales” 2da edición, tomo II en *Revista de Derecho Privado*, tomo VIII, volumen 5°. Madrid, España.
12. García Blázquez, Manuel (1993): “Aspectos médico-legales de la nulidad y separación matrimonial”. Ed. Comares, 4ta edición, Granada, España.
13. “Historia de la Ley N° 19.947: Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil” Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19947/HL19947.pdf>. Fecha última consulta: 7 de Abril del 2010.
14. Illanes Valdés, Alejandra (2006): “El Divorcio (I): sistema adoptado por la legislación chilena. Divorcio. Sanción” en *El Nuevo Derecho Chileno del matrimonio (Ley N°19.947 de 2004)*, Vidal Olivares, Álvaro (ed.). Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 161 – 178.

15. Larraín Ríos, Hernán (1997): “*Divorcio Necesario y sus Causas en las Legislaciones Mundiales*” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCIV, N° 1, pp. 1 - 16. Disponible en http://www.microjuris.com/mjch_mjd12 . Fecha ultima consulta: 30 de Junio del 2010.
16. López Alarcón, Mariano (1982) “Nulidad, Separación y divorcio por causa de perturbación psíquica, alcoholismo y toxicomanía” en *La Ley*. Buenos Aires, Argentina, pp. 867- 876.
17. López Díaz, Carlos (2006): *Compensación Económica en la Nulidad y el Divorcio*. 1era Ed. Librotecnia, Santiago de Chile.
18. López Díaz, Carlos (2007): *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. 4ta Ed. Librotecnia, Santiago de Chile.
19. Meneses Iturrizaga, Luis Eugenio, Salinas Araneda, Carlos, eds. (2005) “*La Incapacidad Matrimonial por Causas Psíquicas: Sentencias del Tribunal Eclesiástico Regional de Valparaíso*”. Ed. Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
20. Montecinos Fabio, Carolina y Zavala Ortiz, José Luis (2007): *Jurisprudencia divorcio: [cese de convivencia, compensación económica, procedimientos]*. Puntotex, Santiago, Chile.
21. Organización Mundial de la Salud (1994): “*Glosario de Términos de Alcohol y Drogas*”. Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, España. Disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/1994/9241544686_spa.pdf. Fecha de Última Consulta: 12 de Agosto del 2010.

22. Pérez Levezow, Enrique (2006): Algunas consideraciones sobre la nueva ley de matrimonio civil en Chile en *Panorama Internacional de derecho de familia: cultura y sistemas jurídicos comparados*, Alvares de Lara, Rosa María (ed.). México, Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo I, pp. 151 – 160. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2287/10.pdf>. Fecha Última Consulta: 4 de Mayo del 2010
23. Quintana Villar, María Soledad y Gómez Calderón, Ana (2008) “La separación y el divorcio en la Ley de matrimonio civil” en *Colección de estudios de Derecho civil en Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Guzmán Brito, Alejandro (ed.). Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 77- 100
24. Ramos Pazos, René (2000) “*Derecho de Familia*”. 3ª Ed. Editorial Jurídica, Chile. Disponible en <http://www.microjuris.com/lib17> . Fecha ultima consulta: 1 de Abril del 2010.
25. Real Academia Española (2001): “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima segunda edición. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=toxicoman%C3%ADa Fecha última Consulta: 10 de Agosto del 2010.
26. Sentencia de la Ilustrísima Corte Suprema (2007): Caso María Elena Rojas Azócar con Carlos Atilio Corvalán Maggio. 07/09/07, número Legal Publishing 37217.
27. Urbina Matus, Enrique (2009): *Matrimonio en el derecho natural y positivo*. 1era ed. Librotecnia, Santiago de Chile.