

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO**

**LA DEROGACIÓN TÁCITA DEL ARTÍCULO 102 DEL
CÓDIGO CIVIL**

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

Bárbara Paz Gajardo Torres

2009

A mis padres;
propulsores y forjadores de cada uno de mis sueños
responsables y receptores de cada uno de mis logros.

A Blanca Pérez, mi segunda madre;
ejemplo de esfuerzo, emprendimiento y capacidad de amar,
cuyas enseñanzas marcaron profundamente mi infancia.

INTRODUCCIÓN

Desde mis primeros años de estudios superiores he desarrollado un creciente interés en un área específica del Derecho, en el área más tradicional pero a la vez la más vilipendiada en los últimos tiempos, esto es, el Derecho Civil. Mi encanto por esta área se reafirmó y acrecentó cuando dentro de esta rama estudiamos el denominado Derecho de Familia, quizás ese fue el punto de la carrera en que corroboré que mi decisión de estudiar Derecho había sido la correcta y más aún, sentí que a su estudio apuntaría desde entonces mi vida profesional.

El Derecho de Familia nos ofrece la bella oportunidad de conectarnos con otras áreas de conocimientos, tales como la sociología, la psicología, la religión, el trabajo social, etc., y muchas veces nos obliga también a tomar posiciones respecto de temas valóricos relevantes en una sociedad, lo cual obviamente nos ayuda a reforzar convicciones e idear líneas argumentativas basadas no sólo en conocimientos jurídicos, si no que tratando de incorporar distintos elementos provenientes de otras áreas del conocimiento que den fuerza a nuestra posición.

Dentro del Derecho de Familia, encontramos, sin duda, a una de las instituciones más relevantes desde las primeras épocas de la vida en sociedad hasta nuestros tiempos, estamos hablando por cierto del Matrimonio; pilar fundamental de nuestra sociedad, a pesar de los cambios que ha sufrido el principal núcleo de la familia en Chile.

Muchos pueden tratar de restarle importancia al Matrimonio, señalando que cada vez hay más familias que se forman sobre la base del mero concubinato, que las personas tienden a casarse cada vez menos, que el matrimonio ya no cuenta con la valoración social de antaño, etc. Sin embargo, estas opiniones no son tan certeras, en realidad las personas siguen considerando al matrimonio como la fuente y núcleo fundamental de la familia, y si bien el número de parejas que deciden convivir sin contraer matrimonio aumenta cada vez más es también cierto que las estadísticas demuestran que la mayoría de esas parejas a la hora de tener hijos deciden contraer matrimonio; y asimismo los jóvenes que en principio son el rango etéreo que menos valora al matrimonio, también, en su mayoría consideran que es este entorno el ideal

para formar una familia. De estos dos antecedentes deducimos que en realidad el matrimonio sigue gozando de gran valoración social, y sigue siendo considerado fundamental en la formación de su familia, la cual a su vez es el núcleo básico de la sociedad.

Sin embargo, lo importante es recalcar que la noción de matrimonio de nuestros tiempos, por cierto es muy distinta a la que existía hace 150 años, cuando entró en vigencia nuestro Código Civil, esto se debe, a que el matrimonio al ser una institución social, depende de los hombres, y la sociedad humana obviamente va evolucionando, va experimentando cambios, los cuales repercuten y se manifiestan en sus instituciones. De modo que si bien el matrimonio sigue gozando de la máxima aprobación social, este matrimonio debe ser enmarcado dentro del contexto social actual, y no de hace 150 años. Estas transformaciones que ha experimentado el matrimonio a lo largo de la historia han sido consecuencia de una transformación más profunda que ha experimentado el Derecho de Familia en las últimas décadas, como bien lo expresa Barros Bourie la tendencia creciente en el Derecho comparado ha ido hacia la consolidación de un espacio de no derecho, esto implica, una “renuncia de la sociedad a la coacción propia de la ley civil para transferir de lleno la tarea ordenadora de la convivencia a otras instituciones normativas”¹. El mismo autor señala que el hecho de que “al derecho le corresponda una papel necesariamente limitado en materias de familia no es el resultado de una vocación permisiva o nihilista, sino de la constatación de los límites de actuación legítima y eficiente del poder público en materias que la cultura moderna radica, como nunca antes, en la conciencia de las personas y en la fortaleza espontánea de las costumbres. La esfera de no derecho resultante exige limitar la coacción a lo patrimonial y al cuidado de los hijos, dejando lo esencial de la vida familiar a las creencias y normas espontáneas que dan forma a la sociedad civil.”²

En la misma línea argumental puede mencionarse que una de las críticas que puede hacerse a la concepción del matrimonio indisoluble es justamente la de atentar en

¹ BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales*. Estudios Públicos 85, 2002. Disponible En la página Web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie, página 8.

² BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales*. Estudios Públicos 85, 2002. Disponible En la página Web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie, página 11.

contra de otros principios fundamentales, para la mayoría más relevantes que la indisolubilidad del vínculo, como por ejemplo la libertad de conciencia, la libertad de cultos e incluso la libertad de expresión, así lo estableció el senador Evans en el seno de la discusión de la Comisión de estudios constitucionales encargada de elaborar en ese entonces la actual Constitución de 1980. En el seno de esta discusión, se trató el tema frente a la propuesta del senador Jaime Guzmán de incorporar en el artículo 1 la siguiente frase: “La defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional”. Esta propuesta se rechazó principalmente por argumentos como los del señor Ortúzar quien argumentó que establecer la indisolubilidad del matrimonio en la Constitución Política de la República significaba “cercenar la libertad de conciencia, porque se traduce en querer que todos piensen y actúen como católicos”³.

Es por esto que cuando en el marco de mis clases de Derecho Civil tres, mientras analizábamos el concepto de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, surgió en mí la motivación de profundizar en el estudio de este concepto que ha acompañado a nuestro Código desde su entrada en vigencia en 1857, más aún cuando mi profesora de entonces mencionó que habían autores que pensaban que el concepto había quedado tácitamente derogado al entrar en vigencia la ley 19947 que regula el divorcio vincular, por lo menos en la parte relativa a la indisolubilidad del vínculo. Ese cuestionamiento me interesó profundamente y por eso al momento de decidir el tema de mi tesis siempre tuve claro que debía ser relativo a la presunta derogación tácita del artículo 102.

Referirnos a la derogación tácita del artículo 102, implica también abordar otros temas principalmente la supuesta indisolubilidad del matrimonio y todas las aristas que dicha afirmación conlleva, partiendo por dirimir si efectivamente el matrimonio ha sido indisoluble alguna vez, si esta indisolubilidad es un atributo inherente al matrimonio, y si la falta de ella desnaturaliza o no la institución en análisis.

³ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Comentario al libro de Hernán Corral, Ley de divorcio: Razones para un no.* Disponible en página Web www.cepchile.cl/dms/archivo_3148_1046/rev87_veloso.pdf, páginas 290-291.

En este trabajo procuraré esencialmente develar la vigencia o derogación tácita del artículo 102 del Código Civil, para lo cual se llevará a cabo un análisis detallado del debate parlamentario previo a la introducción del divorcio vincular en Chile, plasmado en las actas de la ley 19947, y asimismo revisaremos las posturas doctrinales y jurisprudenciales a que ha dado paso la decisión del Parlamento de no modificar el concepto de matrimonio después de la vigencia de la ley 19947 que regula el divorcio vincular.

Para enmarcar esta investigación debemos partir por señalar que existen distintos sistemas matrimoniales reconocidos por la doctrina y aplicados en las diversas legislaciones. Es así, como el profesor Barrientos Grandón y la profesora Aránzazu Novales explican que hay cuatro criterios predominantes para clasificar los sistemas matrimoniales⁴, a saber:

La constitución del matrimonio

La jurisdicción sobre el matrimonio

El régimen de registro matrimonial

La disolución del matrimonio

Sin duda el criterio que nos interesa por ser atingente con el tema que trataremos en este trabajo, es el último, sin perjuicio de lo cual expondremos a groso modo las clasificaciones a que cada criterio dan origen.

A- Según la constitución del matrimonio, se reconocen tres sistemas matrimoniales:

Sistemas Monistas: Se reconoce una única especie de matrimonio. Este sistema a su vez reconoce dos variantes:

Matrimonio religioso obligatorio: únicamente se reconoce el matrimonio religioso (vigente en Chile hasta el año 1884, sólo se admitía el matrimonio católico)

Matrimonio civil obligatorio: Sólo se reconoce al matrimonio reglado por la ley civil (vigente en Chile desde 1884 hasta el 2004)

⁴ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, NOVALES ALQUÉZAR, ARÁNZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis, segunda edición, Santiago, Chile 2004, páginas 120 a 128.

Sistemas Dualistas: Coexisten el matrimonio civil y un cierto matrimonio religioso con efectos civiles. Se pueden distinguir dos variantes:

Matrimonio de libre elección por los contrayentes: Además del matrimonio civil el Estado reconoce un cierto y concreto matrimonio religioso, produciendo ambos los mismos efectos civiles. Este sistema está vigente en Portugal.

Matrimonio civil subsidiario: Existe un matrimonio religioso reconocido por el Estado, permitiéndose el matrimonio civil sólo a quienes no participan de la fe religiosa cuyo matrimonio es reconocido.

Sistemas pluralistas: Coexisten diversos matrimonios, sean civiles o religiosos.

B- Según la jurisdicción del matrimonio se distinguen los sistemas matrimoniales:

Sistemas de exclusiva jurisdicción estatal: Se desconoce toda potestad jurisdiccional eclesiástica sobre el matrimonio. Se distinguen dos modalidades:

Jurisdicción exclusiva y excluyente del Estado. Era el sistema consagrado por la ley de matrimonio civil de 1884. Sólo se reconoce la jurisdicción estatal.

Jurisdicción exclusiva del Estado sin perjuicio de la forma religiosa. Es el sistema que ha seguido la nueva ley de matrimonio civil. Se admite la celebración del matrimonio bajo forma religiosa, pero la jurisdicción sobre el matrimonio queda reservada exclusivamente a los tribunales civiles.

Sistemas de reconocimiento de jurisdicción eclesiástica: Se reconoce potestades jurisdiccionales a la Iglesia en cuanto a la celebración y regulación del matrimonio. Estuvo vigente en Chile hasta la dictación de la ley matrimonio civil de 1884.

Sistemas de reconocimiento de resoluciones eclesiásticas: El Estado reconoce efectos civiles sólo a ciertas resoluciones emanadas de los tribunales eclesiásticos.

C- Según el régimen de registro distinguimos:

Sistemas de mera transcripción: El ordenamiento estatal exige simplemente la transcripción del acta de matrimonio religioso en el Registro Civil correspondiente, de modo tal, que el oficial correspondiente se limita a verificar que el acta fue extendida de forma adecuada, sin juzgar el contenido del acto.

Sistemas de calificación limitada: En este caso el oficial del Registro Civil, debe antes de inscribir el acta del matrimonio religioso, examinar si este matrimonio cumple con los requisitos específicos a que está sujeto de acuerdo a la ley civil.

Sistemas de calificación amplia: En estos sistemas el oficial del Registro Civil, antes de inscribir el acta debe verificar que se cumplan íntegramente todos los requisitos que la ley civil exige para dar valor a los matrimonios que constan en un acta extendida por una entidad religiosa. Dependiendo de la forma a través de la cual el oficial de Registro Civil verifica el cumplimiento de los requisitos, se distinguen dos variedades de este sistema:

a- Sistemas de expediente civil previo: Los contrayentes deben tramitar un expediente previo ante el Registro Civil para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley civil, y luego pueden contraer matrimonio bajo forma religiosa.

b- Sistemas de calificación a posteriori: En este caso el cumplimiento de los requisitos debe demostrarse al momento de inscribir el acta de matrimonio extendida por una entidad religiosa ante el oficial del Registro Civil.

D- Según la forma de disolución del matrimonio podemos reconocer los siguientes sistemas matrimoniales:

Sistemas de indisolubilidad absoluta: El matrimonio reconocido por la legislación estatal es indisoluble.

Sistemas de disolubilidad absoluta: La regla general está constituida por la disolubilidad del matrimonio, sin reconocer excepciones, a través del divorcio regulado en la misma ley estatal. Se reconocen diversas formas, a saber:

Indiferencia ante la naturaleza del vínculo: Este es el caso que el Estado reconoce efectos civiles a los matrimonios religiosos, pero le aplica a ambos la misma regulación sobre el divorcio sin distinciones.

Indiferencia ante la forma del vínculo: Se da en aquellos sistemas que si bien reconocen un matrimonio civil único aceptan su celebración, sea en forma civil o religiosa, haciendo aplicables indistintamente a ellos las normas sobre el divorcio.

Matrimonio civil disoluble: Se trata aquí de sistemas monistas de matrimonio civil único, que si bien asumen que el matrimonio se disuelve por divorcio, generan el conflicto que si los cónyuges celebraron un matrimonio religioso indisoluble, ya que el divorcio es incapaz de disolver este vínculo religioso.

3- Sistemas de disolubilidad limitada: Se reconoce el carácter indisoluble del matrimonio canónico, al cual no le afecta la normativa civil, de modo que el único matrimonio disoluble por vía del divorcio es el matrimonio civil.

Derivado de la última clasificación de los sistemas matrimoniales, es decir, aquella que atiende a la forma de disolución del matrimonio, podemos señalar que la forma típica de disolución del matrimonio válidamente contraído es el divorcio. El divorcio es la forma que el Estado reconoce para poner fin a un matrimonio válidamente celebrado, y su aceptación o rechazo en la legislación define la forma de la institución matrimonial.

La palabra divorcio viene de la voz latina “divorcium”, la cual deriva de “divertere”, que significa separación. Si bien nuestro legislador no definió al divorcio, es posible encontrar diversas definiciones doctrinales, por ejemplo:

- Ana María Watkins señala que el divorcio es “la ruptura del vínculo matrimonial contraído válidamente, en virtud de una sentencia judicial fundada en causa legal”⁵.
- Carlos López Díaz, señala que el divorcio es “la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos cónyuges, o sea, la disolución absoluta, plena y duradera del vínculo del matrimonio, pudiendo, por lo tanto, ambos cónyuges contraer nuevas nupcias”⁶
- Juan Andrés Orrego señala que el divorcio es una “causal de término del matrimonio válidamente celebrado, que declara el juez, a petición de uno o de ambos cónyuges, cumpliendo previamente los requisitos que lo autorizan y en ciertos casos, transcurrido que sea el plazo previsto en la ley”.⁷

Así como distinguimos diversos sistemas matrimoniales, podemos reconocer también distintos sistemas de divorcio, a saber⁸:

⁵ WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. *¿Divorcio o Hipocresía legal?* Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile, 1991, página 63.

⁶ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile 2005, página 249.

⁷ ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. *Temas de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile, 2007, página 304.

⁸ VELOSO VALENZUELA PAULINA. “*El Divorcio*” en *Ley 19.947 de Matrimonio Civil*. Seminario Academia Judicial Chile, 2004, página 65.

1- Sistemas de divorcios causados: Exigen la concurrencia de una causa para impetrar el divorcio, en general estas causas son impuestas por la ley.

2- Sistemas de divorcio sin causas: En estos sistemas basta la mera voluntad de los cónyuges para divorciarse.

Dentro del primer tipo de divorcio subdistinguimos:

1- Sistema de divorcio culpa o de divorcio sanción: El divorcio es concebido como una institución fundada en la existencia de un acto culpable de uno de los cónyuges.

2-Sistema de divorcio consensual: En este sistema el principio que fundamenta el divorcio es el mutuo acuerdo de los cónyuges.

3-Sistema de divorcio remedio: El divorcio en este caso descansa sobre el hecho de la ruptura de la unión conyugal, la convivencia conyugal se vuelve intolerable, de modo que la ley no tiene más que reconocer esta situación irremediable aceptando el divorcio como un remedio a esta ruptura.

Sin perjuicio de que hemos optado por esta clasificación de los sistemas de divorcio, es preciso mencionar que hay autores que optan por distinguir sólo dos tipos de divorcio⁹, a saber:

- Divorcio por falta o culpa: Que sería el consagrado en el artículo 54 de la ley 19947.

- Divorcio por cese efectivo de la convivencia: Consagrado en nuestra legislación en el artículo 55.

A lo largo de este trabajo iremos develando cual o cuales sistemas tanto matrimoniales como de divorcio ha adoptado nuestra legislación a lo largo de su tradición jurídica y fundamentalmente con posterioridad a la ley 19947. Estos dos conceptos: matrimonio y divorcio, serán los puntales de nuestro trabajo y sobre ellos plantearémos diversos cuestionamientos hasta llegar a nuestra interrogante principal relativa a la derogación tácita del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio como vínculo indisoluble, con posterioridad a la vigencia de la nueva ley de

⁹ PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “*Reformas a la Formación y Efectos del Matrimonio en la Nueva Ley: Un Apunte General*” en *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947*. Editado por Colegio de Abogados de Chile A.G., 2004, páginas 59-60.

matrimonio civil, ley 19947, que reconoce el divorcio vincular como forma válida para poner término al matrimonio.

Capítulo I: Matrimonio e indisolubilidad ¿binomio inseparable?

1- Referencia histórica de la regulación del matrimonio en cuanto a su carácter indisoluble

Con el objeto de ofrecer una lectura omnicomprendensiva de la importancia que históricamente se ha dado a la indisolubilidad como atributo de la institución matrimonial, es pertinente realizar una breve exposición del tratamiento que se ha dado a este tema, en diferentes etapas históricas.

1-La indisolubilidad en el Derecho Romano

Justiniano define al matrimonio en los siguientes términos: “viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens”¹⁰, esto es, “la intimidad y la comunidad de vivir, ideal e intencionadamente perpetua, entre dos cónyuges”¹¹.

De la definición de Justiniano se desprenden los dos elementos esenciales del matrimonio romano, a saber: la cohabitación y la intención marital; esta intención marital (*affectio maritalis*) es lo que actualmente denominamos consentimiento, pero con la gran particularidad de que en el Derecho Romano, este consentimiento no sólo debía estar presente al momento de contraer el vínculo (consentimiento inicial), como es hoy en día, sino que era un elemento integrante de la noción de matrimonio, era un requisito continuo y necesario para la mantención de la unión matrimonial.

Arangio Ruiz señala que por matrimonio en el más antiguo derecho romano se entiende a un “acto o hecho jurídico en virtud del cual una mujer, *sui o alieni iuris*, sale de la familia de origen y entra en una nueva familia, en condición de sometida y con la

¹⁰ BONFANTE PIETRO. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Reus, Centro de enseñanza y publicaciones, Madrid, España, 1959, segunda edición, página 180.

¹¹ BONFANTE, PIETRO. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Reus, Centro de enseñanza y publicaciones, Madrid, España, 1959, segunda edición, página 180.

particular función de procrear al jefe de familia o a uno de sus súbditos libres una descendencia legítima”¹².

En principio el matrimonio sólo era una situación de hecho, la cual solamente con la continuación ininterrumpida por cierto tiempo (usus) se podía transformar en relación jurídica. En época aún antigua se reconoció en el matrimonio una fuente inmediata de derechos y obligaciones, es decir, una relación jurídica, sin embargo sólo se le entendía como una relación continuativa, que si bien tiene efectos durables, como en lo referido a la legitimidad de los hijos; en otras esferas produce efectos por el tiempo que dura, mientras que cada uno de los cónyuges puede hacerlo cesar cuando quiera. Es por estos motivos que en esta época se comparaba al matrimonio con la posesión, ya que ambos se apoyaban en dos elementos de duración:

Uno de hecho y externo (convivencia marido y mujer)

Uno moral e interno (affectio maritales, entendiéndola como la intención de tratarse recíprocamente como marido y mujer).

La diferencia que se establecía entre ambas instituciones es que mientras en la posesión el elemento más relevante es el material (disponibilidad de la cosa), en el matrimonio el elemento dominante era el moral (affectio maritales)¹³.

Así las cosas el matrimonio era similar a lo que entendemos hoy por concubinato, esta fisonomía no se modificó sustancialmente ni siquiera con la llegada del cristianismo.

El derecho romano clásico miraba con buenos ojos el matrimonio y más aún la procreación, por lo que se fomentaron las segundas nupcias, con la dictación de dos leyes que prácticamente las hacían obligatorias (Iulia y Papia Poppaea). Esta buena impresión de las segundas nupcias cambia en el Derecho romano post clásico.

En cuanto a las causales de disolución del matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges, era la causal estadísticamente predominante. Junto a esta causal y con la

¹² ARANGIO-RUIZ VINCENZO. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferbo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, página 487.

¹³ Ver ARANGIO-RUIZ VINCENZO. *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferbo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, página 489 y siguientes.

misma relevancia se encontraban las causas derivadas de la desaparición de la *affectio maritalis*, sea en uno o en ambos cónyuges, esto no es otra cosa que el divorcio romano.¹⁴ Y es que si el matrimonio como dijimos antes requiere un acuerdo permanente de los cónyuges, cada vez que este falte el matrimonio dejará de ser tal.

En la época republicana este ánimo de poner fin al matrimonio se manifestaba en la separación material, acompañada generalmente de la declaración de uno o ambos cónyuges de querer romper el vínculo matrimonial, denominado, *repudium*.

Este divorcio o *repudium* al igual que el matrimonio estaban exentos de formalidades, aunque por la tradición y la costumbre romana, el divorcio no era algo común, de hecho en sus orígenes no era bien visto, estaba profundamente arraigado en la mentalidad de la época el hecho de que era imposible concebir un matrimonio en el que faltara la *affectio maritalis*. Con la expansión del Imperio Romano, ya en los últimos años antes de Cristo, hubo una degeneración de los principios y valores del pueblo romano, lo que se manifestó en un aumento de los divorcios, y en la pérdida de trascendencia de instituciones como el matrimonio.

En el derecho post clásico, la mayor cohesión familiar y la influencia del cristianismo hicieron que el divorcio se rodeara de precauciones y reservas.

Sin embargo, la Edad Media trajo consigo el triunfo de las ideas cristianas, cuya manifestación en Roma fue la distinción entre divorcio de mutuo acuerdo y divorcio unilateral, este último fue prohibido. Justiniano, un poco más adelante en la historia, en su afán de acercarse a las ideas cristianas optó por castigar todo tipo de divorcio. Pero las consecuencias de este acto que atentaba en contra de las convicciones fuertemente arraigadas del pueblo romano, las experimentó su sucesor Justino II, quien se vio obligado por la presión social a restaurar de inmediato el divorcio por mutuo consentimiento.¹⁵

¹⁴ BONFANTE PIETRO. *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Reus, Centro de enseñanza y publicaciones, Madrid, España, 1959, segunda edición, página 190.

¹⁵ BONFANTE PIETRO. *Instituciones de Derecho Romano*. Editorial Reus, Centro de enseñanza y publicaciones, Madrid, España, 1959, segunda edición, página 192-193.

2-Edad Media: Predominio del Derecho Canónico

Con el advenimiento del Cristianismo y su preeminencia en el mundo occidental, se replanteó un sistema familiar romano bajo una perspectiva valórica trascendente. El tema de la indisolubilidad del matrimonio fue discutido ya por los primeros padres de la Iglesia Católica, inclinándose cada vez más por las posturas que pregonaban la indisolubilidad del matrimonio. El Concilio de Trento zanjó la discusión proclamando el carácter sacramental y por consiguiente indisoluble del matrimonio. El origen de esta posición de la Iglesia Católica se basa en una interpretación de los Evangelios. Se apoyan en los escritos de San Lucas y San Marcos para quienes Jesús rechazó en absoluto la posibilidad de que el hombre repudiara a su mujer, sin excepción alguna, contradiciendo así lo señalado por San Mateo, para quien Jesús rechazó la posibilidad de que el hombre repudiara a la mujer excepto en caso de fornicación o adulterio, es decir, reconoce excepciones a la regla.

Cabe señalar que los protestantes encabezados por Lutero y Calvino replantean la tesis de la disolubilidad del matrimonio basándose justamente en San Mateo 19:9, negándole por tanto carácter sacramental al matrimonio.

Fue el derecho Canónico en la Edad Media el que instauró la noción del matrimonio indisoluble por naturaleza, aunque paradójicamente fueron los mismos que instauraron la idea de que el matrimonio es un contrato, esta paradoja será tema de otro capítulo de este trabajo.

3- La indisolubilidad en la legislación francesa del siglo XIX

La disolubilidad del matrimonio se consagra por primera vez con el triunfo de las ideas libertarias de la Revolución Francesa el 20 de septiembre de 1792 señalando que: “La facultad de divorciarse resulta de la libertad individual, que se perdería con un compromiso indisoluble”¹⁶. En esta primera etapa se concedieron las mayores facilidades posibles para conseguir el divorcio, lo que llevó a un libertinaje que no se

¹⁶ WATKINS ANA MARÍA. *¿Divorcio o Hipocresía legal?* Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile 1991, página 73.

concedía con la tradición francesa, por lo que debió repararse con la dictación del Código Napoleónico.

Si bien como consigna el profesor Corral, el Código Civil francés de 1804 trató de conciliar las ideas revolucionarias con las tradiciones y costumbres francesas, en el tema del matrimonio, claramente triunfaron las ideas revolucionarias; en primer lugar se quitó el carácter sacramental del matrimonio, para darle la fisonomía de un contrato civil, y por otro lado reguló el divorcio vincular aunque un poco más restringido de lo que anteriormente había establecido la ley de 1792, la cual permitía incluso el divorcio unilateral por incompatibilidad de carácter, como manifestación de la libertad individual. El código civil reconoció que idealmente el matrimonio es una unión perpetua, sin embargo, era congruente con las ideas libertarias e individualistas de la revolución acoger el divorcio aunque con ciertas restricciones, es así, como se excluyó el divorcio por voluntad unilateral, permitiendo sólo el divorcio por mutuo acuerdo y fundado en una grave causa¹⁷.

Con posterioridad, el 8 de mayo de 1816 con la restauración Barbónica, Luis XVIII, reinstaló en Francia el matrimonio indisoluble, es por esto que destacados autores como Pothier en su “Tratado del contrato de matrimonio” se refieren al matrimonio como vínculo indisoluble cuya única causa de terminación es la muerte de uno de los cónyuges, el divorcio sólo volverá a aparecer en la legislación francesa el 27 de mayo de 1884 con la llamada ley Naquet, sólo por causales basadas en la culpa de uno de los cónyuges, las cuales sólo serán renovadas entrado ya el siglo XX¹⁸.

4- Matrimonio y Divorcio en el siglo XX

Sin duda, el siglo XX fue la época en que se consolidó en las diversas legislaciones, fundamentalmente occidentales, la noción de divorcio vincular como forma de poner término al matrimonio válidamente celebrado, terminando así en forma definitiva con la pretensión del matrimonio indisoluble. En los países europeos, tales

¹⁷ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. “La familia en el código civil francés y en el código civil chileno”*. Editorial Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2004, páginas 54 y 55.

¹⁸ Ver LOPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile, 2005, páginas 251-254.

como Alemania e Inglaterra si bien se había establecido el divorcio en el siglo XIX, en el siglo XX hubo una consolidación de esta figura, estableciendo ciertas limitaciones, ya que la tendencia de fines del siglo XIX había sido a no establecer restricción alguna al divorcio.

Sin embargo, en los países Latinoamericanos el siglo XX fue la época en que se aceptó por primera vez el divorcio vincular terminando con la indisolubilidad del matrimonio impuesta en gran medida por la influencia de la Iglesia Católica en estas latitudes. Así sucedió en países como Colombia, Argentina y Paraguay.

Las contingencias políticas de este siglo también influyeron en la regulación del matrimonio y el divorcio, a modo de ejemplo la Rusia comunista estableció un casamiento y un divorcio de hecho, es decir, el amor libre, se reconoció al parentesco de hecho como base de la familia, sin embargo las consecuencias negativas de este liberalismo extremo, llevaron a este mismo régimen a dar marcha atrás estableciendo cada vez más formalidades a las uniones matrimoniales. Asimismo en la Alemania nazi, se instauró el denominado “neopaganismo alemán”, en el cual perdió toda importancia la unión estable del matrimonio, lo único importante era que se unieran las mejores madres y los mejores padres para formar una raza superior, sin embargo, la derrota alemana y por consiguiente del Hitlerismo en la segunda Guerra Mundial pusieron término a esta tendencia. Por otro lado, finalizada esta guerra los países socialistas dictaron nuevas normas relativas al divorcio cuya tendencia fue a permitir el divorcio sin necesidad de invocar una causal específica, atendiendo sólo al hecho de que se vuelva imposible la reconciliación de la pareja por problemas de convivencia, así ocurrió en Polonia, Rumania, Hungría, y U.R.S.S¹⁹.

5- La indisolubilidad en la legislación chilena a la época de entrada en vigencia del Código Civil

Hasta antes de la entrada en vigencia del Código Civil en 1857, regían en nuestro país las leyes castellanas, lo que se traduce en que el propio Carlos V en 1530 dispuso la aplicación del derecho de Castilla en las Indias, conforme al orden establecido años

¹⁹ Ver WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. ¿Divorcio o Hipocresía Legal? Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile, 1991, páginas 75-89.

antes por la ley de Toro (1505)²⁰, con el tiempo su aplicación se complementó con la legislación dictada por los nacientes estados independientes. La vigencia de estas leyes civiles castellanas en nuestro país, terminó con la entrada en vigencia del Código de Bello, (aunque debemos consignar que uno de los textos inspiradores de Bello fue precisamente Las Partidas, una de las principales leyes que regía a Las Indias)²¹.

Esto trajo consigo que el naciente Código Civil recogiera las influencias del antiguo derecho español, y por consiguiente del derecho canónico, lo que implicó establecer un matrimonio absolutamente indisoluble, y en la que el divorcio sólo implicaba una separación de cuerpos, que en ningún caso ponía término al vínculo matrimonial, cuya regulación quedó entregada por completo a la Iglesia Católica, y a las reglas del derecho canónico (arts. 103 y 117)²², en tanto que los no católicos debían contraer matrimonio frente al sacerdote competente, quien actuaría como ministro de fe junto a dos testigos.

Es pertinente consignar que en España en esa época ya circulaban variados proyectos de Código Civil que propiciaban la secularización del matrimonio (desde el proyecto de 1821 en adelante). Esto trajo como consecuencia, establecer un matrimonio indisoluble por excelencia, cuya única forma de disolución válida era la muerte de uno de los cónyuges.

6- La indisolubilidad a fines del siglo XIX, a propósito de la introducción de las ideas liberales, que conducen a la promulgación de la ley de matrimonio civil de 1884.

En 1884, durante el gobierno de Domingo Santa María, y gracias a la mayoría liberal-radical se promulgaron dos leyes trascendentes; la ley de matrimonio civil y la

²⁰ GUZMAN BRITO ALEJANDRO. *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. "La influencias del código civil francés en las codificaciones americanas"*. Editorial Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2004, página

²¹. SALINAS ARANEDA, CARLOS. *Del influjo canónico en las partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile. Rev. estud. hist.-juríd.* [online]. 2004, no.26 p.491-492. Disponible en la página Web: <http://www.scielo.cl>

²² CORRAL TALCIANI HERNÁN. *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. "La familia en el código civil francés y en el código civil chileno"*. Editorial Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2004, página 53.

ley de registro civil, que terminan con la potestad de la Iglesia para regular el matrimonio, entregando esta potestad al Estado, a través de un funcionario público que será el encargado de celebrar el matrimonio, estableciendo un conjunto de reglas en cuanto a sus requisitos, celebración, nulidad etc., para su complementación se dictó también la Ley de Registro Civil e Identificación, en el cual se llevaría de ahí en adelante el registro de los matrimonios celebrados.

En cuanto a la posibilidad de disolver el matrimonio, se estableció que el matrimonio sólo podría terminar por muerte de uno de los cónyuges o por alguna causal que autorice su nulidad (bastante restringidas), manteniendo por tanto la visión de un matrimonio absolutamente indisoluble y concibiendo un divorcio consistente sólo en una separación de cuerpos. En el marco de esta ley de 1884 la doctrina definía al divorcio allí consagrado usando los siguientes términos: “es la separación legítima de un hombre y una mujer que se encuentran unidos por vínculo matrimonial”²³. Esto deja en claro que en realidad no se trataba de un divorcio, sino sólo de una separación de cuerpos que dejaba vigente el vínculo matrimonial. Es por esto que en esta época los autores distinguían claramente entre divorcio perpetuo, el cual no tenía acogida en la legislación de la época, y divorcio temporal, que era el consagrado en ese entonces.

Es importante señalar que no obstante no reconocerse el divorcio en términos tales, para muchos autores, si existía un divorcio encubierto en nuestra legislación, ya con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19947. Nos referimos al fraude legal de la nulidad del matrimonio basado en la incompetencia del funcionario que lo celebra (Oficial del Registro Civil), derivada esta supuesta incompetencia del hecho de que los cónyuges tenían residencia fuera de la circunscripción correspondiente al momento de contraer matrimonio.

Este sería un divorcio por vía jurisprudencial y sin mayores restricciones. Como señala Wilson en la práctica se trataba de un divorcio de mutuo consentimiento²⁴. Durante más de cuarenta años, se utilizó este fraude en el sistema para obtener el

²³ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia. Colección Manuales Jurídicos N° 50. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada y corregida por María Dora Martinic y Graciela Weinstein, Santiago, Chile, 1994, página 61.

²⁴ WILSON PIZARRO, CARLOS. *Presentación general de la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Ley N° 19947 DE Matrimonio Civil*. Seminario Academia Judicial, Chile, 2004, página 7.

término del matrimonio. Todos los actores del sistema, vale decir, abogados, jueces, cónyuges y testigos, sabían que se trataba de una mera ficción, y en la práctica todos eran parte y cómplices de un montaje. Esta nulidad matrimonial se obtenía reduciéndose la discusión a un conjunto de negociaciones privadas entre los cónyuges de carácter estrictamente pecuniarias, las que generalmente perjudicaban al cónyuge más débil que debía ceder ante las presiones del más poderoso, por lo menos económicamente hablando, además de todo eso marcaba una gran discriminación social, ya que sólo podían acceder a él quienes contaban con los recursos necesarios para montar este fraude; sin duda este divorcio “a la chilena”, implicaba una gran desprotección de la familia y era una muestra de hipocresía social²⁵. Se trató de un resquicio que vino a solucionar un problema latente en nuestra sociedad, Wilson señala que reflejaba una “verdad formal” de rechazo al divorcio vincular, pero que en definitiva generaba grandes conflictos al interior de la sociedad, al generarse ingentes uniones de hecho posteriores a la ruptura matrimonial sin la anuencia de uno de los cónyuges para proceder a la nulidad²⁶.

No obstante no haberse aceptado el divorcio vincular, sino hasta el año 2004, con la entrada en vigencia de la ley 19947, desde 1883 es posible encontrar registros de proyectos de ley que trataron de incorporar el divorcio vincular en Chile, sin resultado positivo. A continuación haremos una exposición resumida ordenada cronológicamente, de los diversos proyectos de ley presentados a lo largo de nuestra historia, hasta llegar a la aceptación del divorcio vincular²⁷.

1883: Primer proyecto presentado en nuestro país para consagrar el divorcio. La propuesta fue planteada por el diputado de la época don Manuel Novoa, en el marco de la discusión de la Ley de Matrimonio Civil de 1884. El principal argumento esgrimido fue que Chile debía seguir el ejemplo de los países más avanzados, como Estados

²⁵ Ver AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio. Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, ANTIAGO, Chile 1996, páginas 47 a 51.

²⁶ WILSON PIZARRO, CARLOS. *Presentación general de la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Ley N° 19947 DE Matrimonio Civil*. Seminario Academia Judicial, Chile, 2004, página 7

²⁷ Véase WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. *¿Divorcio o Hipocresía Legal?* Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile 1991, páginas 315 - 338. Concordar con LOPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile, 2005, páginas 254-256.

Unidos e Inglaterra, que ya contemplaban el divorcio vincular. Esta iniciativa sólo tuvo dos votos a su favor.

1910: Ramón Barros Luco como corolario de su obra “Origen y desarrollo del matrimonio y el divorcio en la familia humana”, elaboró un proyecto de ley que modificaba el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil, contemplando la introducción del divorcio aduciendo tres causales: adulterio, abandono malicioso por tres años de la familia, condena a presidio o reclusión perpetua.

1917: Se presenta un nuevo proyecto de ley que busca introducir el divorcio vincular. Luego de una larga tramitación es rechazado en 1924 por 52 votos contra 45. Este proyecto buscaba modificar el artículo 37 de la Ley de Matrimonio Civil de 1884, aceptando que el matrimonio termine por divorcio, basado éste en cuatro causales: adulterio, abandono malicioso, condena a presidio por más de cinco años, y mutuo consentimiento.

1927: El diputado Santiago Rubio presenta un nuevo proyecto de ley, el cual contempla 9 causales de divorcio, el cual obviamente es rechazado.

1930: Durante la discusión del proyecto de ley que daría posteriormente origen a la ley 4.808 sobre Registro Civil e Identificación, un grupo de diputados presentó una moción para incorporar el divorcio en nuestra legislación, la cual fue desestimada de inmediato.

1933: Se presenta un nuevo proyecto de ley, cuyos principales impulsores fueron los diputados Sotomayor, Alfonso y Castelblanco. La novedad de este proyecto está dada por la contemplación de una causal desconocida hasta esa época, consistente en la incompatibilidad de caracteres al extremo de hacer imposible la vida en común, además de esto contemplaba la causal de mutuo consentimiento si es que hubiesen transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio. Este proyecto ni siquiera llegó a votarse en sala.

1934: Los senadores Álamos, Figueroa, Señoret, Barrueto y Michel, presentan un nuevo proyecto que contemplaba 17 causales de divorcio, el cual al igual que el proyecto anterior, no alcanzó a ser votado en sala.

1943: La Comisión de Derecho Civil del Instituto de Estudios Legislativos a proposición de Arturo Alessandri Rodríguez, estudió un proyecto elaborado en forma de memorandum por Leopoldo Ortega y Arturo Alessandri, el cual tampoco tuvo un resultado exitoso.

1964: La diputada Inés Enríquez fue la principal impulsora de un nuevo proyecto de ley que contemplaba el divorcio, distinguiendo dos tipos de divorcio: temporal y perpetuo.

1969: Los diputados Naudón y Morales, impulsan un nuevo proyecto de ley que contempla nueve causales de divorcio.

Durante el Régimen Militar se rechazó toda posibilidad de legislar sobre el divorcio, como respaldo a esta postura se dicta la Constitución de 1980.

Desde 1990 con el regreso de la Democracia, se presentan tres nuevos proyectos de ley, a saber:

14 de mayo de 1991: Un grupo de diputados liderados por Laura Rodríguez presentan un proyecto que contemplaba el divorcio por ruptura irremediable de la convivencia, hecho que se podía presumir cuando hubiese mutuo consentimiento o bien separación por más de un año.

8 de septiembre de 1993: Otro grupo de diputados liderados esta vez por Adriana Muñoz, vuelven a intentar introducir el divorcio en Chile, a través de un proyecto que contemplaba la posibilidad de divorciarse probando el cese de convivencia por más de un año.

11 de noviembre de 1995: Mariana Aylwin lidera esta vez a un grupo de parlamentarios de diversos sectores políticos, que con el número 1.759-18, presentan un nuevo proyecto de ley que busca introducir el divorcio vincular en Chile. Es justamente este proyecto el que logró convertirse en ley, en lo que ahora conocemos como Nueva Ley de Matrimonio Civil, Ley 19.947, o coloquialmente llamada Ley de Divorcio, la cual se encuentra vigente desde el año 2004.

7- La indisolubilidad luego de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil (19947)

Luego de la promulgación de la ley 19947 en el año 2004, y por consiguiente con la introducción del divorcio vincular en Chile, se pone fin en términos estrictos a la indisolubilidad del matrimonio, al permitir poner fin al vínculo matrimonial ya sea por el acuerdo de voluntades de los cónyuges, como por la voluntad unilateral de uno de ellos, probándose en ambos casos el cese efectivo de convivencia por un determinado período de tiempo prescrito por la ley, restringiéndose al mismo tiempo las causales de nulidad, y entregando la regulación de estos temas a los nacientes tribunales especializados de familia.

Luego de la entrada en vigencia de esta ley podemos decir, siguiendo los criterios ya expuestos en este trabajo mencionados por el profesor Barrientos Grandón y Aranzazu Novales, que nuestro sistema matrimonial quedó conformado de acuerdo a las siguientes características:

- Desde el punto de vista de la constitución del matrimonio, la ley 19947 deja ciertas dudas en cuanto al sistema elegido. Sin perjuicio de estas dudas, se ha entendido que nuestro sistema matrimonial ha asumido un singular sistema monista, de matrimonio civil único, pero con ciertas peculiaridades de forma en cuanto a su celebración.

- Desde la perspectiva de la Jurisdicción sobre el matrimonio, la ley 19947 ha plasmado un sistema de jurisdicción estatal exclusiva y excluyente de cualquier eventual jurisdicción eclesiástica o religiosa.

- En cuanto al régimen de registro, nuestra legislación ha establecido un sistema que el profesor Barrientos Grandón califica de “curioso”, ya que consagra una calificación o verificación amplia y a posteriori por parte del Oficial del Registro Civil.

- Por último, y en relación al criterio más atingente a este trabajo, esto es, según la disolubilidad del matrimonio, la ley 19947 asume sin lugar a dudas el principio de

disolubilidad absoluta, estableciendo como regla general y sin excepciones la posibilidad de disolver todos los matrimonios reconocidos por la ley civil, a través del divorcio regulado por la legislación estatal.

Este principio encuentra su consagración legal en el artículo 42 número 4 de la ley 19947, señalando que el matrimonio termina por “sentencia firme de divorcio”, reforzado por lo dispuesto en el artículo 53 del mismo cuerpo legal, el cual señala que “el divorcio pone término al matrimonio”. El profesor Barrientos, señala que es tan absoluta la postura adoptada por el legislador que incluso hace aplicable las disposiciones de la ley 19947, a los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma ley, según lo dispone expresamente el artículo 2 transitorio de la ley 19947.

Es pertinente también en esta etapa, definir a cual o a cuales sistemas de divorcio adscribió nuestra legislación en virtud de la ley 19947, según la clasificación vista en la parte introductoria de este trabajo.

Debemos partir por mencionar que nuestro sistema de divorcio es causado, es decir, exigen una causa para impetrar el divorcio, las que son determinadas por la ley. Como recordaremos dijimos que existían tres sistemas de divorcio reconocidos por la doctrina y el derecho comparado a modo de recuerdo: divorcio-culpa o divorcio-sanción, divorcio consensual o por mutuo consentimiento y divorcio-remedio o divorcio-quiebra.

La ley 19947, acogió en su regulación los tres sistemas mencionados, lo que se conoce como sistema mixto, así las cosas, contempla el divorcio-culpa o divorcio-sanción, en el artículo 54, el cual regula una causal genérica para que el cónyuge “inocente” demande de divorcio al cónyuge culpable, y luego señala una numeración no taxativa de ciertos hechos que configuran esta causal genérica de divorcio-culpa.

Luego, en el artículo 55 incisos 1 y 2, regula el divorcio consensual o por mutuo consentimiento, estableciendo el plazo de un año de cese de convivencia para que los cónyuges de mutuo acuerdo impetren la declaración de divorcio.

Y finalmente en el inciso del artículo 55 se contempla el divorcio remedio, el cual habilita a un cónyuge para demandar unilateralmente el divorcio, en caso que la convivencia haya cesado por más de tres años.

En cuanto a esto cobra relevancia el rol que se les asignó a los cónyuges a propósito del divorcio, es decir, que grado de autonomía se les reconoce, y cuál es el rol que debe cumplir el Juez en este procedimiento. La mayoría de los autores expresa al respecto que nuestra legislación otorga gran preponderancia a los cónyuges, reconociendo plenamente su autonomía, y por otro lado otorga al juez un rol más bien limitado, tutelar en ciertos temas. Esta autonomía entregada a los cónyuges se reflejaría en aspectos tales como²⁸:

- El o los cónyuges determinan el estatuto aplicable a su ruptura, es decir, no hay una calificación previa del juez, esto ha llevado a ciertos autores a afirmar que en Chile se estableció un divorcio a la carta, donde se entrega un amplio menú y el o los cónyuges deciden que elegir (no sólo por las opciones de divorcio sino también porque frente al quiebre matrimonial, pueden optar por la separación de hecho, la separación judicial o la nulidad del matrimonio).

- En segundo lugar se presenta también como manifestación de esta autonomía de la voluntad de los cónyuges el hecho de que se optó por no establecer cláusulas de dureza, tema que será analizado con posterioridad en este trabajo.

- Un tercer aspecto que manifestaría la primacía de la voluntad de los cónyuges es la inclusión del divorcio de mutuo acuerdo, en el cual el juez lo único que debe hacer es verificar que el acuerdo al que han llegado los cónyuges sea conforme a los parámetros impuestos por la ley, es decir, el juez no puede negar el divorcio, salvo incumplimiento del plazo exigido.

- Y un cuarto aspecto, se refiere al gran valor asignado a la decisión de los cónyuges o del cónyuge para divorciarse, ya que los efectos del divorcio pueden pactados por las partes previamente a la demanda misma, e incluso deben ser previos en algunas situaciones o posteriores a ella, por medio de la mediación. El objetivo de la ley

²⁸ VELOSO VALENZUELA PAULINA. El Divorcio en Ley 19947 de Matrimonio Civil. Seminario Academia Judicial, Chile 2004, páginas 60-64.

sería que los cónyuges lleguen solos a un acuerdo, y el juez sólo deba homologarlo. El criterio de homologación que emplee el juez debe ser el de complitud y suficiencia establecidos por la propia legislación familiar. En la utilización de estos criterios se manifiesta el carácter tutelar que asume el juez de familia frente al divorcio, debe tutelar el interés del o los menores involucrados y del cónyuge más débil.

Esta primacía de la autonomía de la voluntad de los cónyuges que se consagra en la Nueva Ley de Matrimonio Civil, puede ser considerada una manifestación de una tendencia general que ha marcado la legislación familiar en las últimas décadas conocido como contractualización o privatización del Derecho de Familia, esta tendencia implica que las normas de derecho de familia se han ido flexibilizando, y se ha ido ampliando el margen de disponibilidad de los particulares al respecto, otorgándose a la voluntad individual un rol preponderante en los actos de familia, los que antes estaban completamente regulados en la legislación, y el margen dejado a la autonomía de la voluntad de los individuos era bastante restringido. Esta situación sin duda ha ido cambiando en los tiempos contemporáneos, y este cambio se ha reflejado en nuestra legislación familiar, no sólo en el ámbito del matrimonio, sino también en materia de cuidado personal, relación directa y regular, alimentos entre otras, ya que en todas ellas la voluntad de los particulares juega ahora un rol preponderante.

Esta primacía de la autonomía de la voluntad de los cónyuges sin embargo, no puede ser calificada de absoluta, ya que reconoce limitaciones fundamentalmente nos referimos a la exigencia sin excepción alguna de que el divorcio siempre debe ser declarado por resolución judicial, es decir, en ningún caso va a ser suficiente sólo la voluntad de las partes, aunque exista mutuo acuerdo, siempre debe intervenir el juez, representante del Estado para declarar terminado el matrimonio por divorcio. Esta circunstancia unida al hecho de que incluso habiendo mutuo acuerdo de los cónyuges se exija el requisito objetivo del cese de convivencia por más de un año, lleva a muchos autores a concluir que si bien nuestro legislador fue liberal a la hora de regular el divorcio no podríamos decir que se estableció un divorcio meramente voluntario, ya que la mera voluntad no es ningún caso suficiente para obtener el divorcio.

2- Razones que históricamente se han dado para sostener que la indisolubilidad es un rasgo inherente al matrimonio

1- Visión general

El fin de este párrafo consiste en dilucidar si la indisolubilidad es un atributo inherente al matrimonio, que no puede ser suprimido de él, bajo riesgo que si así se hiciera, ya no podríamos hablar de matrimonio propiamente tal, o sea, se desnaturalizaría la institución.

La afirmación de que el matrimonio es indisoluble, proviene de la concepción cristiana de esta institución, y es que el matrimonio, no sólo es una institución jurídica y social, sino que también es un sacramento, y no cualquier sacramento, sino que el más antiguo de ellos y el que históricamente más relevancia ha alcanzado. Pothier parte su “Tratado del contrato de matrimonio”, señalando: “Luego de haber creado Dios á Eva, la presentó á Adán, y nuestros dos primeros padres celebraron el contrato de matrimonio con aquellas palabras: HOC NUNC OS EX OSSIBUS MEIS, ET CARO DE CARNE MEA...ET ERUNT DUO IN CARNE UNA”²⁹. Obviamente discutir si el matrimonio como sacramento puede disolverse o terminarse por una razón distinta a la muerte de uno de los cónyuges, o la nulidad del mismo, sería abordar un tema que no corresponde a este trabajo. Lo que trataremos de dilucidar es hasta que punto es posible distinguir entre el matrimonio como sacramento, y el matrimonio como institución jurídica.

Al respecto, la Iglesia Católica ha sostenido que la indisolubilidad del matrimonio no proviene sólo de su carácter sacramental, sino que sería un elemento de la naturaleza del mismo. De acuerdo a la doctrina católica, el matrimonio es indisoluble en virtud de la ley natural, sea que se trate del matrimonio civil o religioso.

Sin embargo, parece un acto prudente poner en relieve una gran distinción, en nuestro país, desde 1884 existe un matrimonio civil, celebrado ante un funcionario

²⁹ POTHIER ROBERT JOSEPH, *Tratado del contrato de matrimonio*. Editorial Roger, Barcelona, España 1846, página 5.

público, que no tiene connotación religiosa alguna, al cual puede acceder cualquier persona que cumpla ciertos requisitos legales, sin importar su credo religioso.

Efectuada esta distinción, podemos encontrar un punto de partida al desarrollo del tema, el matrimonio cualesquiera sea su naturaleza jurídica, es un acto del hombre en ejercicio de la autonomía de la voluntad, al cual el Estado le otorga reconocimiento y validez, por lo que si es el Estado el que le otorga reconocimiento y validez, está igualmente éste facultado para quitárselos frente a determinadas circunstancias, y es que los hombres están sujetos a la ley humana, sin perjuicio de que cada uno pueda validar la existencia de una ley divina anterior y por cierto superior a ésta, pero es imposible y aún más autoritario querer imponer esta ley divina a aquellos hombres no creyentes, la posición contraria sería retroceder más de cien años en la historia, y entregar la regulación del matrimonio a la Iglesia Católica, atentando en contra de principios básicos reconocidos internacionalmente y constitucionalmente, tales como la libertad de conciencia y de cultos, enmarcados dentro del principio inspirador básico de nuestra legislación, esto es, la autonomía de la voluntad.

Nos avocaremos ahora al estudio de los principales argumentos para sostener que la indisolubilidad es un atributo esencial del matrimonio, y los comentarios y críticas que estos traen consigo. Partiremos con mencionar los cinco motivos dados por Santo Tomás, luego los cinco argumentos expuestos en el proyecto de Carlos Dupré, y finalmente analizaremos el argumento de la ley natural.

2- Las razones de Tomás De Aquino para justificar la indisolubilidad del matrimonio

En este análisis nos basaremos en lo expuesto por Santo Tomás en su obra “Suma contra los gentiles”³⁰.

³⁰ DE AQUINO, TOMÁS. *Suma contra las gentiles*. Versión directa del texto latino, por María Mercedes Bregada. Libro Tercero, Editado por Club de lectores, Aristocracia en libros, Buenos Aires, Argentina, 1951, páginas 325 y siguientes.

Los motivos esgrimidos por Santo Tomás para justificar la indisolubilidad del matrimonio son:

Se dice que según la naturaleza es conveniente que en aquellas cosas que le pertenecían al padre le suceda el hijo. Santo Tomás señala textualmente: “las posesiones se ordenan a la conservación de la vida natural, y porque la vida natural, que no puede conservarse en el padre perpetuamente, se conserva en el hijo como por cierta sucesión según la semejanza de la especie, es conveniente según la naturaleza que en aquellas cosas que le son propias del padre le suceda el hijo”³¹, prosigue señalando “por lo tanto es natural que la solicitud del padre por el hijo dure hasta el fin de su vida”³², por lo que concluye que el orden natural requiere que el padre y la madre permanezcan juntos hasta el fin de sus vidas.

En virtud de la equidad, refiriéndose a la situación de la mujer, haciendo alusión a dos aspectos; por un lado señala textualmente “la mujer necesita al varón no sólo para la generación, sino también para la gobernación, ya que el varón es más perfecto en la razón y tiene más fuerza”³³, y por otro lado señala que en algún momento cesará la fecundidad y hermosura de la mujer lo que impedirá que sea tomada por otro, por lo que atentaría contra la equidad natural el hecho de que el hombre pudiera despedirla cuando él quisiese.

Señala asimismo que sería también contrario al orden natural el hecho de que la mujer pudiese despedir al marido a su voluntad, ya que “la mujer está naturalmente sujeta al marido como a quien la gobierna”³⁴.

³¹ DE AQUINO, TOMÁS. *Suma contra las gentiles*. Versión directa del texto latino, por María Mercedes Bregada. Libro Tercero, Editado por Club de lectores, Aristocracia en libros, Buenos Aires, Argentina, 1951, página 325-326.

³² DE AQUINO, TOMÁS. *Suma contra las gentiles*. Versión directa del texto latino, por María Mercedes Bregada. Libro Tercero, Editado por Club de lectores, Aristocracia en libros, Buenos Aires, Argentina, 1951, página 326.

³³ DE AQUINO, TOMÁS. *Suma contra las gentiles*. Versión directa del texto latino, por María Mercedes Bregada. Libro Tercero, Editado por Club de lectores, Aristocracia en libros, Buenos Aires, Argentina, 1951, página 326.

³⁴ DE AQUINO, TOMÁS. *Suma contra las gentiles*. Versión directa del texto latino, por María Mercedes Bregada. Libro Tercero, Editado por Club de lectores, Aristocracia en libros, Buenos Aires, Argentina, 1951, página 326.

Por la denominada “certeza de la prole”, la que sería necesaria porque el hijo necesitaría la duradera gobernación del padre, en este sentido el matrimonio establece un principio de certeza de paternidad y maternidad. De modo que cualquier cosa que impida la certidumbre de la prole son contra el natural instinto de la especie humana. Establece que cuanto mayor es la amistad más firme y duradera debe ser, y entre el marido y mujer debe haber la “máxima amistad”, ya que hombre y mujer, a diferencia de otros animales, se unen no sólo en el acto de la cópula carnal, sino también para compartir todo el trato doméstico.

La generación, que si se une a las buenas costumbres, se orientan al bien común, relacionándose con la “conservación de la especie”. Señala que entre los actos naturales sólo la generación se ordena al bien común, ya que se destina a la conservación de la especie. Como la ley ha sido instituída para el bien común, sería preciso que aquellas cosas que atañen a la generación de la prole estén ordenadas tanto por leyes divinas, como humanas. En el mismo argumento esgrime que todas las cosas del hombre deben ordenarse a aquello que es óptimo, y la unión indivisa entre hombre y mujer conviene según las buenas costumbres, pues así sería más fiel el amor del uno al otro, ya que si se saben indivisiblemente unidos, tendrían más cuidado en las cosas domésticas y se eliminarían así motivos de discordias que se generarían en caso de que el marido despidiese a la mujer, entre éste y la familia de ella.

Análisis de los argumentos

En cuanto al primer argumento, partiremos señalando que si bien los autores del proyecto otorgan a este argumento un carácter meramente material, es decir, señalan que se refiere a la sucesión del hijo en los bienes del padre; nos parece adecuado extrapolar esta “sucesión” no sólo a bienes, o cosas materiales, sino también a aspectos valóricos o morales que debe transmitir un padre a su hijo. Este argumento, en cuanto al sentido material ha perdido vigencia hoy en día ya que existen leyes que regulan detalladamente, la forma en que se sucede en los bienes de una persona, y por lo menos en nuestro país se otorgan derechos preferentes a los hijos en esta sucesión. En cuanto a lo que denominamos aspectos valóricos, podemos decir, que para que el hecho de que estos valores se traspasen a los hijos no dependerá exclusivamente de que los padres vivan juntos para siempre.

Sin duda el segundo argumento, hoy en día no resulta válido, más aún porque atenta contra la dignidad de la mujer y contra principio de igualdad de todas las personas consagrado constitucionalmente, es un argumento del todo anacrónico.

El tercer argumento también peca de anacrónico, ya que los avances de la ciencia han permitido establecer diversos métodos, accesibles para toda persona para determinar la filiación, más aún las legislaciones se han preocupado de asegurar el derecho de toda persona a conocer su verdadera filiación. Por lo demás cabe decir que el hecho de que los hijos nazcan dentro del matrimonio no asegura completamente que los hijos tengan filiación matrimonial.

En cuanto al cuarto argumento, sin duda la “amistad” entre cónyuges es importante en un matrimonio, sin embargo, es difícil concebirlo como justificativo de la indisolubilidad, por el contrario, la falta de esta amistad es común en las parejas y muchas veces es un factor para que termine la convivencia, no necesariamente va a existir entre los cónyuges esta “amistad”, ya que ella no es inherente al matrimonio, es lo deseable, pero no siempre está presente.

En cuanto al último argumento, admitido como válido por los autores del proyecto, esto es, la generación que se ordena al bien común, considerando a esta generación como el elemento característico del matrimonio. Este argumento parece golpeado por la realidad social, tantas veces expuesta por los autores como fundamento del proyecto, y es que como lo dicen ellos mismos en la época de discusión del proyecto de ley el 40% de los niños en Chile nacían fuera del matrimonio, por lo que esa afirmación del matrimonio como única posible fuente de generación no parece muy cierta. Es también discutible que la procreación sea un elemento característico y esencial del matrimonio, ya que es posible concebir matrimonios sin hijos, por lo que no sería del todo correcto considerarla una razón para sostener la indisolubilidad del matrimonio, no sólo por los datos estadísticos mencionados, sino también porque son dos temas distintos, uno es discutir si el matrimonio es o no indisoluble, otro distinto es referirse a los fines del matrimonio, uno de los cuales por cierto puede ser la procreación, pero lo que suceda con el matrimonio luego de haber cumplido con el fin de procrear, es ajeno al hecho de esta generación, lógico es que lo deseable, es que la

unión se mantenga, por el bien de los hijos, e incluso por el “bien común”, pero no es un imperativo, ni asegura la mayor protección de los menores fruto de la unión, así como tampoco el matrimonio asegura la generación.

3-Las 5 razones para considerar indisoluble el matrimonio, establecidas en el proyecto de Carlos Dupré

Para esta exposición nos basaremos en el orden propuesto por Pedro Morandé Court, en la obra “Controversia sobre familia y divorcio”³⁵.

En el proyecto propuesto por Carlos Dupré y otros parlamentarios, se opta por mantener incólume la indisolubilidad del matrimonio, rechazando la incorporación del divorcio vincular proponiendo una solución alternativa, a la que se hace referencia en otro segmento de este trabajo. Las razones dadas para sustentar la indisolubilidad del matrimonio son:

El amor entre un hombre y una mujer, que “por su virtualidad de comunión de cuerpos, involucraría todas las dimensiones del ser humano”³⁶, es por esto que la aceptación y consentimiento recíprocos traerían consigo, como elemento propio de su naturaleza la perpetuidad, en aras de realizar un proyecto de vida común.

El contrato matrimonial sería el cauce jurídico necesario a esta unión, dándole estabilidad y permanencia, fundamentando la calidad de los vínculos familiares. Como el matrimonio es la base de la familia cumpliría fines de socialización y personalización, por lo cual requeriría que el consentimiento que lo origine se funde en un vínculo sin condiciones ni plazos.

El matrimonio perdería su identidad específica si se suprimiera la indisolubilidad, ya que la ley aceptaría como normal en la génesis del contrato la ruptura del vínculo.

³⁵ MORANDE COURT PEDRO, “*Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico*” en *Controversia sobre familia y divorcio*. Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile 1997, páginas 23 y siguientes

³⁶ MORANDE COURT PEDRO, “*Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico*” en *Controversia sobre familia y divorcio*. Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile 1997, página 24.

Los hijos tienen el derecho humano irrenunciable de vivir y desarrollarse con sus progenitores, derecho que se vulneraría al sustituir la indisolubilidad del matrimonio.

La ruptura de la comunidad parental provoca un daño severo en el proceso de personalización de los hijos. Y es que la carga genética recibida por el hijo, determinaría que las demandas emocionales y psicológicas deban ser asumidas por padres que se complementan en una comunidad de vida.

Análisis de los argumentos:

En cuanto al primer argumento, si bien parece plausible la idea de que en virtud del matrimonio, la unión marital deba involucrar íntegramente todos los aspectos de las personas que se ligan, como asimismo supone la idea que exista entre ellas un proyecto de vida común, creemos que estos son aspectos subjetivos del matrimonio, que si bien constituyen un ideal de lo que entendemos por unión marital, estos elementos no están siempre presentes en un matrimonio, porque se fundan en el amor entre cónyuges, y se debe aceptar que el amor se puede acabar tanto en el matrimonio como fuera de él. Por lo que podríamos concluir que este amor entre hombre y mujer, que involucra todas las dimensiones del ser humano, es un elemento para contraer el vínculo matrimonial, pero no puede ser un argumento para sostener la indisolubilidad inherente del vínculo, porque perfectamente este amor, y este plan de vida juntos pueden no prosperar. Así Ana María Watkins señala que en la comunidad de vida que constituye el matrimonio intervienen dos personas distintas, cuya relación se funda en el amor, el afecto, la atracción sexual, ninguna de las cuales pueden ser impuestas por una ley. Si ellas faltan se pierde la identidad espiritual entre hombre y mujer, haciendo sumamente difícil la convivencia³⁷.

Paulina Veloso señala que si uno de los cónyuges se niega a preservar la unión matrimonial, el Derecho no puede hacer nada para obligarlo a permanecer unido a su cónyuge. Esta visión del matrimonio dignificaría a la institución, ya que de lo contrario

³⁷ WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. ¿Divorcio o Hipocresía Legal? Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile, 1991, página 94.

se está degradando a los cónyuges, imponiéndoseles por ley una perpetua vinculación personal, que sea contraria a su voluntad³⁸.

Morandé Court señala que cualquier límite temporal al proyecto común de vida lo haría inviable, viciando el consentimiento y la aceptación de la persona del cónyuge para la realización efectiva de la vida en común³⁹. Al respecto, nos parece que se incurre en un error, y es que este consentimiento y aceptación deben ser analizados en cuanto a su validez, al momento de contraer el matrimonio, en ese momento debe existir este amor y este deseo de realizar un proyecto de vida juntos, con ánimo de que sea para siempre; el aceptar la posibilidad de disolver el matrimonio, no implica que los esposos se casen ahora pensando en divorciarse posteriormente, sólo implica reconocer que esta misma motivación que los llevo a contraer matrimonio puede mutar con el tiempo, e incluso desaparecer, y en este caso parece de toda lógica aceptar que se disuelva el matrimonio cuya base ha desaparecido, reconociendo obviamente que sería una situación excepcional. Para Watkins esta voluntad permanente y constante de los cónyuges de permanecer unidos constituye un extremo ideal difícil de lograr, señalando que a lo que debemos aspirar es a que cada cónyuge se responsabilice respecto de la continuidad del matrimonio, la cual surgiría entonces como una conquista y no como una obligación impuesta por una ley⁴⁰.

El segundo argumento, parece aún más criticable, y es que pretender dar al matrimonio la función de mantener la unión y estabilidad familiar, es instrumentalizar una institución que se supone fundada en el amor de los cónyuges, y más aún es atribuirle una función que simplemente no está a su alcance y no le es propia. Nuevamente, nos encontramos con una situación que puede ser concebida como la ideal, esto es, una familia sólida, unida y estable, pero no podemos aceptar que el matrimonio asegure estas cualidades. Debemos tener claro como señala Watkins que

³⁸ VELOSO VALENZUELA PAULINA. *Comentario al libro de Hernán Corral, Ley de divorcio: Razones para un no.* Disponible en página web www.cepchile.cl/dms/archivo_3148_1046/rev87_veloso.pdf

³⁹ MORANDE COURT PEDRO. “*Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico*” en *Controversia sobre familia y divorcio*. Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile 1997, página 26.

⁴⁰ WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. *¿Divorcio o Hipocresía Legal?* Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile 1991, página 299.

“un buen matrimonio no se rompe por el hecho de que el legislador reglamente la situación de los matrimonios mal avenidos que no pueden mantenerse unidos”⁴¹.

Es importante en este punto recalcar que la ley civil no cuenta con los medios para asegurar la estabilidad ni la permanencia de los matrimonios, así lo establece Barros Bourie quien afirma “la ley civil no puede penetrar en las razones más profundas del quiebre, ni está, en principio, en condiciones de juzgarla en su mérito”⁴². Para Barros Bourie el rol del Derecho Civil, debe limitarse a favorecer que el mal de la ruptura matrimonial no se acreciente. Las reglas del divorcio no operan ex ante, sino que constituyen un remedio legal a una crisis ya desatada⁴³.

Es cierto que la familia cumple fines sociales, y que estos por tanto pueden extenderse al matrimonio, por ser éste una de las fuentes de la familia, pero existen muchas familias que no se fundan en el matrimonio y que cumplen con estas funciones incluso de mejor forma con la familia matrimonial.

En razón de esto es que no podemos estar de acuerdo con Morandé Court y en general con los autores del libro “Controversia sobre familia y divorcio”, que reconocen únicamente un tipo de familia: aquella basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, reduciendo así el concepto de familia a la unión matrimonial, desconociendo y rechazando la existencia de otras familias constituidas de formas diferentes. De hecho a nivel doctrinal la mayoría de los autores están contestes en afirmar que el legislador ha reconocido constitucionalmente a las familias no matrimoniales, ya que el artículo 1 inciso 2 de la Constitución Política de la República, reiterado en el artículo 1 inciso primero de la ley 19.947 establece que el matrimonio es la base principal de la familia, lo que deja abierta la posibilidad de que existan otros tipos de uniones no

⁴¹ WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. ¿Divorcio o Hipocresía Legal? Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile 1991, página 297.

⁴² BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales*. Estudios Públicos, 85, año 2002, página 6. Disponible en la página web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie

⁴³ BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales*. Estudios Públicos, 85, año 2002, página 9. Disponible en la página web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie

matrimoniales, que igualmente serán consideradas una familia, y que por tanto serán protegidas por el legislador⁴⁴.

Concluyendo, no parece correcto este argumento para fundar la indisolubilidad del matrimonio, en primer lugar porque el matrimonio no asegura la realización de los fines familiares, y no tiene medios para hacerlo, porque no se puede imponer a través de una institución jurídica ideales que la extrapolan; y en segundo lugar porque reconocemos y validamos la existencia de familias que no se fundan en el matrimonio, las que son igualmente aptas para lograr los fines de socialización y personalización atribuidos a la familia. Es por esto que parece una contradicción que el autor señale que el hecho de no poner plazos ni condiciones al matrimonio, sería una garantía de que las personas que vengan al mundo serán consideradas como tales, como seres únicos e irrepetibles que tienen valor en si mismos sin otro motivo o razón; ya que a nuestro parecer se está atentando en contra del principio fundamental e inherente de toda persona a ser tratado como tal, sin distinciones arbitrarias, al señalar que sólo son familias las fundadas en el matrimonio, ya que esto implica desamparar y discriminar a prácticamente la mitad de los niños de este país que no tienen una familia basada en el matrimonio.

El tercer argumento se refiere a que el divorcio implicaría aceptar como normal la ruptura del vínculo, perdiendo el matrimonio su identidad institucional específica⁴⁵. En este mismo sentido apunta la crítica de un grupo conservador “pro familia” que señala que aceptar el divorcio es transformar al matrimonio en “una unión de hecho regulada legalmente”, asemejándolo con la mera convivencia, lo que traería consigo un

⁴⁴ Véase DOMÍNGUEZ HIDALGO CARMEN. “Reformas a la Formación y Efectos del Matrimonio en la Nueva Ley: *Un Apunte General*” en *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947*. Editado por Colegio de Abogados de Chile A.G., 2004, páginas 6-7. Véase también HÜBNER. “*La nueva ley de matrimonio civil*” en *Matrimonio civil y divorcio: Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley 19.947*. Serie Cuadernos de Extensión Jurídica, 11. Editado por Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2005, páginas 22-23. Véase también LÓPEZ DÍAZ CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile 2005, páginas 142-143.

⁴⁵ MORANDE COURT PEDRO, “*Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico*” en *Controversia sobre familia y divorcio*. Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile 1997, página 27.

desincentivo para las nuevas generaciones para contraer matrimonio⁴⁶. Al respecto cabe decir que regular el divorcio no implica reconocerlo como positivo, ni menos aún fomentarlo, sólo implica hacerse cargo de una realidad social, pero no hace que el matrimonio pierda su fisonomía. Nos parece plausible la afirmación de Barros Bourie para quien “el punto de partida de la discusión no es el divorcismo, asociado a una especie de anarquismo moral, sino el hecho real y estadístico de que ocurren rupturas en familias establecidas en matrimonios”⁴⁷.

Este argumento también es esgrimido por Hernán Corral quien señala que admitir el divorcio es convertir al matrimonio en un mero “contrato a prueba”, en una convivencia de hecho con efectos civiles, un concubinato pactado ante un Oficial de Registro Civil y regulado legalmente en sus consecuencias patrimoniales y personales⁴⁸. Al respecto concordamos con lo expuesto por Paulina Veloso al comentar el libreo de Corral, quien señala que de estar en lo correcto el autor citado, no existiría matrimonio en ningún país, sólo habrían convivencias legalizadas, ya que desde sus orígenes en el Derecho Romano, se ha regulado y aceptado el divorcio como forma de término del matrimonio⁴⁹.

La cuarta razón, es mencionada frecuentemente y genera bastante discusión. Se alude en esta argumentación al derecho de todo hijo de vivir con sus progenitores, el que se vulneraría de aceptar la regulación del divorcio.

⁴⁶ ARRIAGADA MARISOL, FERNANDO ORREGO, ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, GONZALO VIAL CORREA, JUAN DE DIOS VIAL CORREA, entre otros. “*Razones por las cuales una Ley de Divorcio afectaría negativamente a todos los matrimonios chilenos*”. Familias por la Familia. Santiago, Chile, 1994, página 5.

⁴⁷ BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales*. Estudios Públicos, 85, año 2002, página 6. Disponible en la página Web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie

⁴⁸ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Ley de divorcio: Razones de un no. Colección de estudios de derecho actual*. Editorial Universidad de los Andes, primera edición 2001, Santiago, Chile, páginas 90 y 131.

⁴⁹ VELOSO VALENZUELA, PAULINA. *Comentario al libro de Hernán Corral, Ley de divorcio: Razones para un no*. Disponible en página Web www.cepchile.cl/dms/archivo_3148_1046/rev87_veloso.pdf

Habitualmente se justifica el rechazo al divorcio fundándose en el bienestar de los hijos⁵⁰, obviamente no es discutible que el mejor ambiente para el desarrollo de un niño, es en su hogar junto con sus padres, rodeado de un entorno que le entregue amor, educación y respete sus derechos. Esta situación ideal lamentablemente no es tan frecuente como quisiéramos, muchos son los niños que carecen de estas condiciones, y frente a esta realidad implacable, lo que corresponde hacer a una sociedad madura, que respeta y protege a los niños, es integrarlos y darles un trato igualitario, y nada más contrario a este respeto y protección que discriminarlos por la familia de la que provienen, y es que todos debemos estar de acuerdo que son los menores las principales víctimas de un quiebre familiar, por lo que la preocupación de la sociedad debería tender a auxiliar y procurar el mayor bienestar de estos niños por sobre la defensa de supuestos principios que están absolutamente sobrepasados por la realidad. Y es que negándose a la regulación del divorcio, no vamos a impedir los quiebres matrimoniales, los matrimonios con o sin divorcio contemplado en la ley se terminan, porque no es la regulación del divorcio la causa de los quiebres, no es el divorcio el que vulnera este “derecho” de los hijos de vivir con sus padres, y es que hay muchos niños que viven sin uno de sus padres sin que medie divorcio de por medio. Antes de la ley 19947, y ahora a años de su entrada en vigencia, la realidad es la misma: una gran mayoría de los niños de este país no viven con ambos progenitores, sea por divorcio, separaciones, por abandono de uno o ambos padres, o bien viven con ambos padres pero estos no están casados.

Se agrega en este argumento que “ningún concepto de autorrealización personal otorga el derecho de tener un hijo y abandonarlo”⁵¹. Al respecto debemos considerar que obviamente quien tiene un hijo, en cualquier condición, habiendo o no matrimonio de por medio debe asumir la responsabilidad que esto trae consigo, el deber de hacerse cargo de un hijo extrapola el ámbito del matrimonio, y es un imperativo ético que toda persona debe asumir independiente de las condiciones en que el hijo fue concebido. Sin

⁵⁰ Véase también ARRIAGADA MARISOL, FERNANDO ORREGO, ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, GONZALO VIAL CORREA, JUAN DE DIOS VIAL CORREA, entre otros. *Treinta y tres razones para defender la Familia y evitar el Divorcio*. Familias por la Familia. Santiago, Chile, 1994, páginas 13-15.

⁵¹ MORANDE COURT, PEDRO. “*Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico*” en *Controversia sobre familia y divorcio*. Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1997, página 28.

embargo nos parece una equivocación afirmar que el divorcio traería consigo el abandono de un hijo, más aún podríamos decir que una de las grandes ventajas de la regulación del divorcio es proteger y asegurar el respeto de los derechos de los menores, tanto materiales como afectivos. De modo que este argumento estigmatiza a hijos de padres separados al calificarlos de “abandonados”.

La quinta razón continúa la línea argumental de lo recién desarrollado, por lo que no es necesario ahondar más en el tema ya que los comentarios, la crítica y la conclusión es la misma; no nos parece un argumento convincente para justificar la indisolubilidad del matrimonio.

Analizados ya los argumentos de dos épocas distintas para justificar la indisolubilidad del matrimonio, podemos extraer una conclusión relevante, y es que si observamos bien los argumentos esgrimidos, no obstante algunos atisbos similares en el cimiento de dos de ellos, esto es, el amor entre cónyuges, y la protección de los hijos, tienen un desarrollo diametralmente distinto, lo que demuestra que estas exposiciones no son más que argumentos subjetivos de uno, o varios autores, que defienden la idea de un matrimonio indisoluble. Por lo que estas posiciones resultan perfectamente equiparables a la de las personas que defienden el divorcio vincular, y es que en definitiva los argumentos son opiniones absolutamente debatibles y susceptibles de desvirtuar con argumentos en contrario igualmente válidos.

4-La ley natural como principal argumento de indisolubilidad

Desde primitivos tiempos diversos autores han señalado que el matrimonio es indisoluble en conformidad a la “ley natural”. El tema no es fácil de tratar, y es que el concepto de ley natural no es unívoco ni fácil de comprender; precisamente porque corresponde a aquella gran división del derecho, entre derecho positivo y derecho natural, que divide desde los inicios de la ciencia jurídica a los estudiosos del derecho. Para aceptar este argumento previamente debemos aceptar que existe un conjunto de normas o principios anteriores y superiores a la ley humana.

Para abordar este tema partiremos por mencionar que el ius naturalismo ha experimentado una evolución histórica, pasando por distintas fases, a saber⁵²:

- Concepción clásica del iusnaturalismo. Dentro de esta concepción clásica podemos distinguir varias etapas: Presocrática, Sofistas, Sócrates, Platón, Aristóteles.

- Filosofía helenista: de la cual destacaremos el abandono de la metafísica, centrando todo pensamiento en la ética.

- Estoicismo: que es la manifestación del iusnaturalismo precristiano. Esta corriente nos presenta la idea de un orden cósmico (logos), y un destino (determinismo universal), por lo que los actos deben adaptarse a las leyes de la naturaleza. Pregonan la existencia de tres tipos de leyes; la ley natural, la ley humana, y la ley universal, por eso se le considera un precedente del cristianismo.

- Cicerón: para personificar en él la época romana. Las ideas de Cicerón se resumen en objetivismo, influenciado por el estoicismo, y la convicción de que la naturaleza es el fundamento del Derecho. Distingue tres tipos de leyes: ius civiles (leyes positivas de cada comunidad), ius gentium (derecho universal), y ius naturale (derechos abstractos y naturales).

- Iusnaturalismo cristiano. Sin duda debemos partir por San Pablo, considerado el precursor del iusnaturalismo cristiano. Afirma la existencia de una ley moral natural, señala que la ley de Dios está inscrita en la naturaleza.

Luego, San Agustín parte de un concepto de ley eterna que pasada por el filtro racional del hombre es ley natural.

Llegamos así a Santo Tomás de Aquino y el iusnaturalismo católico escolástico, la ley natural, representa la participación del hombre en la ley eterna se caracteriza por la universalidad e inmutabilidad. Santo Tomás define a la ley natural como: “expresión de la voluntad divina, dada a conocer al hombre no sólo por la revelación que exigiría

⁵² Historia del ius naturalismo. Disponible en la página web <http://www.galeon.com/iusnaturalismo/>

carácter de hagiógrafo en cada ser humano, sino por la razón humana”⁵³. La ley natural es expresión de la voluntad divina, y sería el correcto uso de la razón lo que llevaría al hombre a distinguir entre el bien y el mal. Toda ley propiamente tal, es una ley moral, al ser una ordenación de la recta razón hacia el bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. Esta ley será obedecida no sólo por respeto a la autoridad sino también porque la razón así lo indica. De esto se derivaría que una ley inmoral no es verdadera ley, ya que no obliga, va contra la razón, por consiguiente no es Derecho, es mera violencia, y no debe ser obedecida, más aún se dice que debería ser desobedecida⁵⁴. Así para Santo Tomás un requisito de validez y de eficacia de toda norma jurídica es la justicia de su contenido.

- Iusnaturalismo racionalista⁵⁵ el cual revela un cambio de mentalidad que se basa en la revalorización de las ciencias naturales y la separación entre filosofía y teología, que desencadena la separación entre derecho y moral. Lo principal es el alejamiento del Derecho natural respecto de Dios, quien deja de ser la fuente de toda moral, y pasa a ser reemplazado por la naturaleza racional del hombre, ya que el derecho natural se construiría por la razón humana, esto es, a través de operaciones lógicas deductivas que se amplían indefinidamente a partir de preceptos naturales y conocidos. El principal expositor de esta tendencia es Hugo Grocio quien equipara el derecho natural con la naturaleza racional, agregando al componente racional el componente social.

Finalmente cabe mencionar que el siglo XIX marca la decadencia de las ideas naturalistas, hay una fuerte reacción contra el racionalismo ilustrado, y una marcada influencia de Kant, lo que marca el apogeo de las ideas positivistas que dominaron el siglo XIX y XX.

⁵³ *El iusnaturalismo católico escolástico*. Documento electrónico disponible en la página web: <http://es.shvoong.com/law-and-politics/law/history-law/1734930-el-iusnaturalismo-catolico-escolastico/>
DE AQUINO, SANTO TOMAS. *Suma Teológica*

⁵⁴ *El iusnaturalismo católico escolástico*. Documento electrónico disponible en la página web: <http://es.shvoong.com/law-and-politics/law/history-law/1734930-el-iusnaturalismo-catolico-escolastico/>
DE AQUINO, SANTO TOMAS. *Suma Teológica*

⁵⁵ Historia del iusnaturalismo. Documento Electrónico disponible en la página web <http://www.galeon.com/iusnaturalismo/>

Una vez concluido el resumen histórico de las diversas corrientes naturalistas, es hora de vincular estas ideas con la concepción del matrimonio indisoluble. Para esto debemos acercarnos a las ideas del iusnaturalismo cristiano, quizás la corriente que mas ha desarrollado el tema que nos interesa.

El profesor José Joaquín Ugarte Godoy, empieza su argumentación para señalar que la ley de divorcio es injusta señalando que hay cosas prohibidas por ser malas y cosas mandadas por ser buenas⁵⁶, estas derivarían de la propia naturaleza y formarían el denominado derecho natural, frente al cual la ley positiva sólo tiene el deber de reconocerlo. Y señala ejemplos de cosas prohibidas por ser malas como asesinar o la venta de una sentencia por el juez. No cabe duda que todos podemos coincidir en que hay conductas que pueden ser calificadas como malas y por tanto en función del bien de la colectividad deben prohibirse, tratando de reducirlas en cuanto sea posible, como por ejemplo los asesinatos y asimismo hay conductas que todos podemos calificar como positivas y por lo tanto fomentables para el bien del conjunto como por ejemplo la educación de los niños; cabe entonces preguntarse: ¿es la disolución del matrimonio malo por naturaleza tanto así que debe ser repudiada y castigada por la sociedad tal como se reprueba y castiga un asesinato? ¿Son acaso equiparables estas conductas?

Obviamente la respuesta es negativa, y es que si bien ambas son acciones que traen consecuencias negativas en la sociedad, no son en caso alguno asimilables, en primer lugar porque quien fracasa en su matrimonio en ningún caso es autor de un delito, ni digno de una sanción ni coactiva ni social, ni menos aún puede ser considerado un riesgo para sus semejantes, a diferencia de lo que sucede con el autor de un asesinato. Por lo que la primera conclusión que extraemos es que si bien ambas son conductas no fomentables está claro que no pueden ser consideradas dentro de un mismo grupo de “cosas que por naturaleza son malas” y por tanto reprochables.

⁵⁶UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, “¿Por qué es injusta una ley de divorcio?” en *Matrimonio civil y divorcio: Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley 19947*. Cuadernos de extensión jurídica 11. Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 2005, página 195

Cabe entonces preguntarse si la indisolubilidad del matrimonio forma o no parte de la ley natural⁵⁷. Según la postura más conservadora del iusnaturalismo que sostiene que la ley natural es la que proviene directamente de Dios, y es revelada a los hombres en las Escrituras, en las cuales se consagraría expresamente el matrimonio como un vínculo indisoluble por representar la unión indivisible de Cristo con la Iglesia⁵⁸. Sin embargo podemos encontrar dos argumentos fuertes en contra de esta postura:

En primer lugar todos conocemos la diversidad de opiniones que encontramos a la hora de interpretar las escrituras, por lo que no faltan los que dicen que no se estableció una indisolubilidad absoluta sino relativa tendiente a la estabilidad del matrimonio. Argumento que puede ser reforzado señalando que la misma Iglesia Católica siempre ha reconocido la posibilidad de disolver el matrimonio en un caso preciso llamado privilegio paulino, que se refiere a la posibilidad de disolver el matrimonio no consumado. Además en la mayoría de los documentos expuestos por la Iglesia Católica se habla de indisolubilidad pero referido al matrimonio “cristiano sacramental y consumado”. Al contrario son pocos los textos que establecen una indisolubilidad absoluta del matrimonio, cabe mencionar que hay una ardua discusión acerca de si el Concilio de Trento estableció o no el carácter indisoluble del matrimonio, sin que se encuentre una respuesta unívoca al respecto.

En segundo lugar debemos preguntarnos si efectivamente fuesen las Escrituras las que establecieren la indisolubilidad del matrimonio ¿es posible o mejor dicho es correcto aplicar esta norma a aquellas personas que no creen en Dios y por consecuencia desconocen la autoridad de estas Escrituras? La respuesta parece clara; es imposible y contrario a los principios de libertad y autodeterminación que guían a nuestra sociedad moderna imponer nuestras creencias a todas las personas pasando por encima de sus creencias personales, ya que esto atenta además contra otro principio fundamental, cual es, la igualdad entre todos los hombres.

Para otra corriente del naturalismo la indisolubilidad es parte de la ley natural, que si bien proviene de una ley eterna dada por Dios a los hombres, éstos la pueden

⁵⁷ Véase ESCRIBAR ANA. “*Matrimonio Indisoluble y legalización del divorcio: Análisis de la perspectiva de una ética mínima*”. CYber Humanitatis N° 25. Universidad de Chile, 2003. Documento electrónico disponible en la página web www.cyberhumanitatis.uchile.cl.

⁵⁸ BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Terrae, Santander, España, 1971, página 157.

conocer a través de la recta razón que les indica lo que está mal y lo que está bien. Esto es el iusnaturalismo católico escolástico difundido principalmente por Tomás de Aquino. Para esta corriente sería la ley de la naturaleza la que exigiría que la unión entre el hombre y la mujer en matrimonio sea permanente, ya que esta sería la única forma de cumplir con la finalidad esencial del matrimonio, es decir, la procreación y la crianza integral de los hijos o prole⁵⁹ como se le denominaba entonces.

En un primer momento Santo Tomás sólo se basa en el argumento de la prole para justificar esta permanencia, una vez que los hijos ya son mayores, recurre a un “concepto feudal de matrimonio”⁶⁰ señalando que es deber de los padres proveer a los hijos durante toda su vida, tratando de asegurar la mejor herencia posible para después de su muerte. Este argumento es criticable porque obviamente no se puede aplicar a los matrimonios sin hijos, frente a esta crítica Santo Tomás señala que el matrimonio tiene también un fin secundario, cual es el bien de la persona que lo contrae, sin embargo las leyes del matrimonio están hechas más para el bien de todos que para el bien individual.

Sin embargo, fue el mismo Santo Tomás quien con posterioridad, señaló que si bien la indisolubilidad es requerida por la ley natural, sería un precepto secundario de esta ley, y admitiría excepciones⁶¹.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que Bassett no está errado al señalar en su obra que la ley natural sólo justificaría a lo más una indisolubilidad relativa del matrimonio, pero en ningún caso absoluta, sin excepciones⁶².

⁵⁹ BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Terrae, Santander, España, 1971, página 159.

⁶⁰ BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Terrae, Santander, España, 1971, página 159.

⁶¹ BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble?* Editorial Sal Terrae, Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Santander, España, 1971, página 159.

⁶² Ver BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble?* Editorial Sal Terrae, Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Santander, España, 1971, página 158 y siguientes

5- Conclusiones

Ningún argumento es lo suficientemente fuerte como para sostener una indisolubilidad absoluta del matrimonio, todos reconocen alguna excepción, o son fácil blanco de críticas que les restan credibilidad.

Todos los argumentos esbozados para justificar la indisolubilidad se basan en creencias personales de sus autores, ninguna tiene un fundamento objetivo ni incontrarrestable por sus opositores.

No reconocer la posibilidad de disolver el matrimonio frente a casos concretos implicaría desconocer la realidad y trazar una distancia insostenible entre el ordenamiento jurídico y la realidad social.

El comentario realizado al iniciar este análisis, resulta pertinente para concluir el tema; el matrimonio no sólo es un sacramento cristiano, es una institución jurídica y social regulada por la ley civil, sujeta a los cambios y a la evolución social. El matrimonio no dejará de ser lo que es por la introducción del divorcio vincular, ni será una ley la que impida que los matrimonios se terminen, el deber de la ley civil es reconocer la realidad social, regular relaciones personales y patrimoniales teniendo como sujeto de regulación a todas las personas sin distinción de credo, ya que las leyes no se dictan para los cristianos, sino para todos, y la sociedad se enriquece con el pluralismo y el respeto de todas las creencias.

3- Relación entre la indisolubilidad del matrimonio y su naturaleza jurídica.

La definición de la naturaleza jurídica del matrimonio puede ser un índice relevante para determinar si podemos o no calificarlo de indisoluble, y es que la relación entre estas dos temáticas es estrecha y muchas veces ignorada en las líneas argumentales de los autores.

Nuestro código señala sin vacilación que el matrimonio es “un contrato indisoluble”, combinación paradójica y digna de ser analizada y criticada, nos ayudará a

responder otro de los cuestionamientos que constituye unos de los objetivos de este trabajo, esto es, si es conveniente modificar el concepto de matrimonio del Código Civil, y si este concepto se mantiene o no vigente.

Para abordar este tema partiremos por hacer una resumida exposición de las principales tendencias en cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, esto es:

El matrimonio como un contrato.

El matrimonio como institución.

El matrimonio como un acto del Estado.

Aclararemos que no se abordará la noción de matrimonio sacramento en forma particular, aunque de todos modos está incluida en la noción de matrimonio como un contrato, y la razón es la siguiente: si bien es claro que para una parte de la población el matrimonio es un sacramento por su valor religioso, esto no puede ser extrapolado a una legislación civil, ya que el Estado chileno es laico, y permite la libertad de cultos y de creencias, por lo que más allá de que personalmente cada cual pueda considerar al matrimonio un sacramento, este capítulo tiene por objeto dilucidar la naturaleza jurídica del matrimonio, y sin desconocer que puede tener una connotación religiosa, no cabe duda que ésta no forma parte de este trabajo, el cual tiene por objeto de análisis al matrimonio regulado y conceptualizado por nuestra legislación, esto es, el matrimonio civil.

El matrimonio como un contrato

La noción del matrimonio como un contrato proviene del derecho canónico, el cual buscó dignificar el matrimonio, superando la noción sustentada por el derecho romano y los matrimonios por conveniencia, estableciendo que el matrimonio debía fundarse en el amor y en la libre decisión de los contrayentes. Fue en el Concilio de Trento en el que se estableció que el matrimonio es un contrato que “otorga el derecho mutuo y exclusivo sobre el cuerpo respecto a los actos que por su naturaleza están ordenados a la procreación de los hijos”⁶³

⁶³ BASSET WILLIAM. *Matrimonio: es indisoluble?*. Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Tarrae, primera edición, Santander, España, 1971, página 119.

La teoría del matrimonio contrato propiamente tal encuentra su origen en el siglo XVII, con el objeto de justificar la intervención del Estado, y poniendo de relieve que lo esencial del matrimonio es el consentimiento de los contrayentes⁶⁴.

Los canonistas sostuvieron que el matrimonio era un contrato consensual pero sagrado, el cual a diferencia de los otros contratos tenía sus elementos esenciales, esto es, la unidad y permanencia, determinados por Dios y no por las partes. Este contrato sería irrevocable ya que daría origen a un vínculo sagrado, ya que según esta postura canónica sería este contrato natural el cual Cristo elevó a la categoría de sacramento, sin mutar su condición de contrato.⁶⁵

Posteriormente esta postura fue adoptada por los legisladores franceses del siglo XIX, quienes vieron en ella una manifestación de la libertad personal y de la exaltación de la autonomía de la voluntad, ya que el rasgo esencial del matrimonio sería el consentimiento de los contrayentes, dejando así la puerta abierta para introducir el divorcio, ya que al ser un contrato las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

El matrimonio sería un contrato porque nace del acuerdo de voluntades de los esposos, quienes al otorgar su consentimiento, dan lugar a un conjunto de derechos y deberes jurídicos.

De esta noción de contrato también se desprende que si al matrimonio le faltare alguna de las formalidades que la ley prescribe para su validez, no habría ahí matrimonio alguno.

Esta noción de matrimonio como contrato fue acogida en principio por nuestra Jurisprudencia, lo que se demuestra en dos fallos de las primeras décadas del siglo pasado. En el año 1911 (agosto), la Corte de Apelaciones de La Serena señaló: “según

⁶⁴ MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. *El matrimonio. Sacramento, contrato, institución*. Editorial Mexicana, S.A. 1965, primera edición, página 141.

⁶⁵ BASSETT, WILLIAM. *Matrimonio: es indisoluble?*. Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Tarrae, primera edición, Santander, España, 1971, página 121.

la definición del artículo 102 el matrimonio es un contrato, que tal como está sujeto a las reglas generales que rigen a todos los contratos y a las particulares de él”⁶⁶. De este modo el primer criterio de nuestros tribunales apuntaban a considerar al matrimonio como un simple contrato, sin regulación especial alguna.

Este criterio se modificó en octubre de 1931 cuando la Corte Suprema, si bien mantuvo la opción de considerar al matrimonio como un contrato reconoció que era un contrato especial por lo cual debía regirse por leyes especiales, señaló: “por ser el matrimonio un contrato *siu generis*, que está regido por leyes especiales, son éstas las que deben aplicarse y no las generales relativas a todo contrato”⁶⁷.

Luego veremos que este criterio jurisprudencia ha evolucionado y hoy marca una tendencia distinta.

El matrimonio como institución

Esta tendencia surgió en gran medida frente a las insuficiencias e incoherencias de la teoría del matrimonio-contrato.

Y es que parten del principio básico que es imposible concebir al matrimonio como un simple contrato, porque el matrimonio es mucho más que eso, Bassett señala que es un estado de vida personal y socialmente institucionalizado⁶⁸. Y es que los fines que persigue el matrimonio extrapolan la esfera contractual, y más aún extrapolan el ámbito netamente jurídico, como formar una familia, concebir hijos y lograr una comunidad plena de vida, todos fines relevantes no sólo para los individuos contrayentes sino que para la comunidad en su conjunto, el matrimonio así entendido es vital para una sociedad, por lo que no podría ser menos que una institución.

⁶⁶ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, página 17.

⁶⁷ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, página 17

⁶⁸ BASSETT WILLIAM. *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Atræ, primera edición. Santander, España, 1971, página 123.

La institución es entendida como una situación jurídica, cuyas reglas y marcos están fijadas de antemano por el legislador con independencia de la voluntad de los interesados, la institución es un todo orgánico, un cuerpo social que desborda las facultades del individuo, de manera que una persona es libre para decidir si someterse o no a una institución, pero una vez que ha aceptado, debe someterse a ella tal cual es, sin opción de modificar las reglas que la gobiernan⁶⁹. De manera que el consentimiento inicial del matrimonio en palabras de Troncoso Larrondo equivaldría al acto de adhesión a la institución.

Estas ideas van variando de autor en autor según el concepto de institución que maneje cada uno de ellos. Así por ejemplo Magallón Ibarra señala que el matrimonio tiene carácter institucional porque en él se encuentra un conjunto de principios, una colección metódica de elementos sociales y jurídicos que se regulan dentro de la idea del propio matrimonio, y que mediante él, al celebrarse se fundaría la base orgánica de una nueva familia, o sea se establecería una nueva célula social⁷⁰

Por otra parte uno de los principales expositores de la corriente institucionalista, el francés Haurior, señala que una institución social consiste principalmente en una idea objetiva que se transforma en una obra social por un fundador, idea que va reclutando adhesiones en el medio social sujetando a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas⁷¹.

Por otro lado el profesor Ramos Pazos, al que citaremos en la teoría siguiente, señala que el matrimonio efectivamente reúne todos los requisitos propios de una institución, estos serían: núcleo humano básico, con valor en sí mismo, organizado dentro de un orden jurídico, dirigido al bien común, y permanente⁷².

⁶⁹ TRONCOSO LARRONDE, HERNÁN. *Derecho de familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, 2006, octava edición, Santiago, Chile, páginas 13 y 14.

⁷⁰ MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. *El matrimonio. Sacramento, contrato, institución*. Editorial Mexicana, S.A. 1965, primera edición, Ciudad de México, México, página 241.

⁷¹ MAGALLON IBARRA JORGE MARIO. *El matrimonio. Sacramento, contrato, institución*. Editorial Mexicana, S.A. 1965, primera edición, Ciudad de México, México, página S.A. 1965, primera edición, página 249.

⁷² RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de familia, tomo 1*. Editorial Jurídica de Chile, 2001, cuarta edición, Santiago, Chile, páginas 30 y 31.

Más allá de esta gama de puntos de vista en cuanto a la noción de institución, podemos reconocer en el matrimonio ciertos rasgos que sin duda institucionales, a saber: es un núcleo social, que da origen a una familia dotada de estabilidad y permanencia., se dirige al bien común, y existe una autoridad lo que se manifiesta con la figura de la patria potestad.

Esta postura doctrinal ha encontrado respaldo en la jurisprudencia contemporánea. Como ejemplo de esto podemos mencionar el fallo de la Corte Suprema (causa Rol n° 5048-06) con fecha 12 de marzo de 2007, en el que da una definición de matrimonio que claramente coincide con la noción de matrimonio institución, renegando de la naturaleza contractual que el Código Civil establece. El fallo señala:

“El matrimonio implica una comunidad de vida y de afectos que la ley protege estableciendo los deberes y obligaciones derivados de esa institución en relación a los cónyuges, los hijos y los bienes”⁷³.

También podemos mencionar el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua del 8 de noviembre de 2006 (causa Rol n°442-2006), en el cual expresamente se dice que el matrimonio es una institución. En este caso la Corte se pronunciaba sobre una apelación a una sentencia que acogió una demanda de divorcio. El apelante esgrimía entre otras cosas que el matrimonio se regiría exclusivamente por la teoría del acto jurídico, por lo cual sólo la voluntad acorde de las partes podía disolver dicho vínculo, que se generó por un acuerdo de voluntades de las partes del mismo. Al respecto la Corte señaló: “Corresponde desechar el recurso en cuanto razona sobre la teoría del acto jurídico, pues sus disposiciones resultan inaplicables al matrimonio, por cuanto ellas están relacionadas fundamentalmente con los actos jurídicos patrimoniales y, el matrimonio más que un contrato, es una institución que debe regirse por las normas propias que lo regulan.”⁷⁴

⁷³ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, páginas 16-17. Concordar con Gaceta Jurídica n° 321, marzo 2007, página 119.

⁷⁴ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, páginas 17-18. Ver también páginas 269 a la 263 del mismo libro.

El matrimonio como acto del Estado

Sin duda esta teoría no tiene el desarrollo de las dos anteriores, fundamentalmente porque es más contemporánea. Muchos atribuyen su origen al italiano Cicus, en Chile su gran defensor es el profesor René Ramos Pazos.

Esta teoría señala que es el Estado a través de un funcionario público, o sea, el oficial de registro civil, el que une a las partes en matrimonio. De modo que la voluntad de los contrayentes sólo sería uno de los presupuestos necesarios para realizar esta unión.

Si bien Cicus reconoce que habrían dos intereses en juego en esta unión, esto es, el del Estado y el de los esposos, el cual incluso considera preponderante, lo que se manifiesta en que el Estado está obligado a llevar a cabo su celebración salvo que existan determinados impedimentos; no podría considerarse en opinión del autor que el interés de los esposos es un interés individual privado de los mismos, negando todo valor a una concepción privatista del matrimonio⁷⁵.

Esta tesis encontraría su fundamento en nuestra legislación en el artículo 18 inc. 2° de la Ley de Matrimonio Civil.

Ramos Pazos pone énfasis en la función que desempeña el oficial de Registro Civil, quien no es un mero ministro de fe, sino que debe verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, bajo la amenaza de aplicarse penas en su contra si no cumple esta función. Pero más aún señala que lo más importante es que es precisamente este oficial el que los une en matrimonio, citando el artículo 17 de la ley de matrimonio civil que señala: "...los declarará casados en nombre de la ley"⁷⁶

⁷⁵ CICUS, ANTONIO. *El derecho de familia*. Editorial Editar S.A., Buenos Aires, 1947, páginas 308 y siguientes.

⁷⁶ RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de familia, tomo 1*. Editorial jurídica de Chile, cuarta edición Santiago, Chile 2001, página 29.

Asimismo parece relevante señalar que en opinión del profesor recién citado, esta teoría de matrimonio como acto del Estado, no contradice la teoría del matrimonio institución, ya que precisamente por el carácter institucional del matrimonio es que interviene el Estado, para declarar casados a los contrayentes.

Hasta ahora hemos repasado a grandes rasgos los argumentos esenciales de cada una de las teorías, sin embargo cada una de estas teorías (sobre todo las dos primeras), han sido objeto de importantes críticas y cuestionamientos, que serán útiles para el desarrollo de este trabajo, razón por la cual serán mencionadas enseguida, para luego vincular este tema con la indisolubilidad del matrimonio.

Críticas a la noción del matrimonio como un contrato

En primer lugar, sin duda la gran crítica y en la cual coinciden los diversos autores, se refiere a que los efectos de un contrato, esto es los derechos y obligaciones que él genera, son determinados por la voluntad de las partes, como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, quizás el principal principio inspirador de nuestra legislación civil.

Es decir, las partes son libres para determinar las consecuencias jurídicas de la convención que celebran, o a lo menos gran parte de ellas; esto sin duda no se produce al celebrar el “contrato” de matrimonio, cuyo estatuto no depende de la voluntad de las partes, sino que está predeterminado imperativamente por el legislador, ante lo cual, los contrayentes sólo tienen la opción de celebrar el matrimonio bajo las condiciones impuestas, o bien permanecer solteros. Si deciden contraer matrimonio, no tienen facultad alguna para modificar o alterar las condiciones impuestas por el legislador. Esto sin duda implica una reducción relevante de la autonomía de la voluntad, la cual prácticamente desaparece.

Como contra argumento, no debe faltar quienes dicen que existen otros contratos en los cuales interviene el legislador, disminuyendo la libertad contractual, y no por eso pierden la fisonomía de un contrato. Frente a esto parece correcto lo señalado por el

profesor Troncoso Larronde, en cuanto a que en esos contratos, siempre queda a las partes una pequeña libertad para fijar ciertas cláusulas y condiciones contractuales, lo que no sucede en absoluto en el matrimonio, cuyo estatuto es completamente legal⁷⁷, sin espacio para la regulación particular.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, parece relevante señalar que en el matrimonio también hay una limitación a la autonomía contractual, en cuanto a la fuerza de la voluntad contractual para generar relaciones jurídicas validas, ya que mientras un contrato requiere para su perfeccionamiento por regla general la voluntad de las partes, sin perjuicio de que la ley en ocasiones exige formalidades, ya sea la entrega de la cosa, en los contratos reales, o el cumplimiento de una solemnidad, en los solemnes, en materia de matrimonio, no exige una simple solemnidad, sino que exige la presencia indubitada de un funcionario público (oficial de registro civil) para celebrar el matrimonio.

Aquí no faltará quien diga que en otros contratos también se exige la presencia de un funcionario público para que produzcan todos sus efectos, sin embargo no debe olvidarse que la intervención de este funcionario es en la calidad de ministro de fe de la realización de un acto, en cambio el oficial del registro civil que celebra el matrimonio, es parte integrante de la celebración del acto, su actuación es parte del acto matrimonial propiamente tal.

La tercera crítica a la teoría del matrimonio como un contrato, está dada por la constatación de que si efectivamente el matrimonio fuese sólo un contrato, es decir, el producto de la voluntad de las partes, serían estas mismas partes las que libremente podrían deshacer aquello que ellas hicieron, y de la misma forma como el matrimonio nació, o sea por el acuerdo mutuo de las partes, podría disolverse.

Esto sin duda no ocurre en la realidad legislativa, menos de nuestro país, último lugar del mundo que permitió el divorcio, y en el que actualmente si bien existe el divorcio por mutuo consentimiento, y más aún por voluntad unilateral, ambos están sujetos al control judicial.

⁷⁷ TRONCOSO LARRONDE HERNÁN. *Derecho de familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, octava edición, Santiago, Chile 2006, página 13.

De manera que no parece correcta la afirmación de quienes sostienen que con la introducción del divorcio en Chile el matrimonio se vuelve más contrato aún. Y es que si bien se acepta la posibilidad de disolverlo, la forma de disolución, y los trámites que involucra no se corresponden con las formas típicas de disolver un simple contrato. Y es que ningún otro contrato contempla un divorcio para disolverse, por el contrario se disuelven por la simple voluntad de las partes, sin sujeción a formalidades, o de una de ellas cumpliendo algún requisito, o bien están sujetos a un tiempo de duración determinado de antemano, lo que en caso alguno es aplicable al matrimonio.

Esto no obsta a reconocer que la nueva legislación matrimonial otorga mayores facultades a los particulares para regular las materias relativas al matrimonio, exaltando el principio de autonomía de la voluntad, en una materia en la cual antes prácticamente este principio estaba excluido, otorgándose de este modo un rol preponderante al consentimiento de los cónyuges como elemento básico para contraer y mantener vigente el matrimonio, esto sin duda es consecuencia de una tendencia contemporánea en el Derecho de Familia conocido como privatización o contractualización del mismo, el cual ya ha sido mencionado con anterioridad en este trabajo. Sin embargo, esta constatación no nos parece suficiente para afirmar que el matrimonio después de la entrada en vigencia de la ley 19.947 haya adquirido con mayor fuerza la fisonomía de un contrato.

Lo que si es destacable ahora aunque se desarrollará después, es que si bien no parece que la introducción del divorcio en Chile implique reconocer en el matrimonio un contrato, si es relevante la relación que es dable establecer entre el matrimonio como contrato y la indisolubilidad del mismo, partiendo de la base que fueron los mismos quienes por un lado sostuvieron que el matrimonio es un contrato, y por otro señalaron que es absolutamente indisoluble, combinación que podría ser calificada de poco feliz.

En cuarto lugar es interesante la crítica expuesta por Bassett en cuanto a la insuficiencia de la noción de contrato para resolver los problemas con que los tribunales se encuentran en relación a las relaciones matrimoniales, señala que si perfectamente pueden existir personas que den su consentimiento válido para contraer matrimonio, y cumplan con el contrato en sentido estricto, esto es, con el intercambio exclusivo y

permanente de derechos de actividad sexual, y sin embargo no estén dispuestas a mantener la verdadera relación interpersonal que implica el matrimonio⁷⁸.

Sin duda este argumento para conservar su validez debe ser actualizado a las condiciones vigentes de regulación del matrimonio, pero esta anacronía no lo hace perder totalmente su utilidad para criticar en nuestros tiempos la noción del matrimonio como un contrato.

Si bien ya no cabe el ejemplo del homosexual que señala el autor porque éste está incluido entre las causales de divorcio, ni tampoco el ejemplo del sociópata, el cual podemos entender que se incluiría entre las causales de nulidad del matrimonio, por carecer de capacidad y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio; no es menos cierto que muchas de las afirmaciones señaladas por el autor en ese párrafo, son acertadas, por ejemplo cuando señala que el matrimonio implica algo más que entregar y recibir mutuamente derechos a actos corporales que son por sí mismos aptos para la procreación, y asimismo me parece acertado la afirmación de que la noción de contrato empequeñece la realidad del matrimonio, y lo convierte en una mera realidad legal apretadamente definida, concluyendo que el matrimonio tiene una realidad jurídica básica que no es meramente contractual, ya que el consentimiento para el matrimonio no se refiere sólo a actos corporales sino a un estado de vida.⁷⁹

Complementando lo anterior suele criticarse también a esta postura doctrinal, que es imposible concebir al matrimonio como un vínculo netamente jurídico, como lo es un contrato, ya que el matrimonio se relaciona con la naturaleza humana, y está impregnado de diversas ideas morales o religiosas, por lo que trasciende con creces el ámbito jurídico, y con mayor razón el ámbito contractual.

Por lo que puede ser un grave error reducir a una figura jurídica definida taxativamente por el legislador la noción de matrimonio, que implica una realidad social

⁷⁸ Ver BASSETT WILLIAM. *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Terrae, Santander España, 1971, página 128 y siguientes.

⁷⁹ Ver BASSETT WILLIAM. *Matrimonio: es indisoluble?* Estudio ecuménico e interdisciplinar. Serie Colección Teológica y Mundo Actual, 26. Editorial Sal Terrae, Santander España, 1971, página 138.

y un conjunto de elementos jurídicos y no jurídicos, que no están comprendidos en la idea de contrato que el propio legislador maneja, ni responden a los principios vistos por todos en materia contractual.

Basta con señalar que en el matrimonio quedan reducidos prácticamente a cero los principios de libertad contractual (por lo menos en lo que se refiere a la libertad de configuración interna), y el principio de fuerza relativa de los contratos, ya que es claro que el matrimonio no sólo produce efectos entre las partes contratantes.

Asimismo si bien cabe decir que se aplicaría de cierto modo el principio de la fuerza obligatoria del contrato, en el sentido que el contrato se celebra para ser cumplido, en caso que no se cumplan las obligaciones que él conlleva no se aplican las soluciones previstas para los contratos propiamente tales, y es que por ejemplo el gran efecto del incumplimiento de un contrato bilateral, como se supone debe entenderse el matrimonio, si es que fuese un contrato, es la aplicación de la condición resolutoria tácita, contemplada en el artículo 1489 del código civil, que autoriza a la parte diligente a solicitar el cumplimiento forzado o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, solución que en ningún caso podría aplicarse al matrimonio. Como tampoco podrían aplicarse en el caso del matrimonio los otros denominados “Efectos particulares de los contratos bilaterales”, a saber la Teoría del Riesgo y la Excepción del contrato no cumplido.

Es también criticable la teoría contractual del matrimonio en cuanto a los efectos que produce la celebración de tal acto, en relación a los contratos propiamente tales; mientras el contrato produce efectos sólo para las partes que lo celebran (salvo contadas excepciones en que afectan a terceros), en virtud del principio de la fuerza relativa de los contratos, vigente con muy pocas excepciones en nuestra legislación, el matrimonio produce por esencia efectos no sólo para los contrayentes, sino que para un conjunto de terceros que se verán alcanzados por sus efectos, y más aún podemos decir, sin temor a equivocarnos, que sus efectos se extrapolan a la sociedad en su conjunto.

Y esto es consecuencia de otra diferencia entre el matrimonio y un contrato, esto es, la finalidad que persiguen las partes con su celebración, y es que los fines del matrimonio, trascienden el interés particular de los involucrados, y se vinculan con el

bienestar de la sociedad, principalmente por la procreación, la protección de los menores, la formación de la familia, etc., fines que están muy alejados de los perseguidos en un contrato propiamente tal, el que por lo general sólo tiende a la satisfacción de un interés particular (o sea a satisfacer necesidades particulares de los individuos que lo celebran). Los fines del matrimonio trascienden la esfera particular del individuo que lo contrae, y más aún trascienden el ámbito jurídico y contractual, como anteriormente ya lo había mencionado.

Finalmente, también es criticable concebir al matrimonio como un contrato utilizando el siguiente razonamiento: la celebración de un contrato está destinada a producir efectos jurídicos, esto es, al nacimiento de derechos y obligaciones para una o ambas partes (caso del matrimonio). A su vez estas obligaciones nacen para ser cumplidas dentro del mismo vínculo contractual, y por regla general están llamadas a extinguirse por su cumplimiento, por ejemplo en la compraventa (contrato más común de nuestra legislación), la obligación que surge para el comprador al celebrar el contrato es principalmente la de pagar el precio convenido, y al momento de pagar el precio su obligación se extingue. O en caso de un contrato de tracto sucesivo, como el arrendamiento, una vez que el arrendatario paga la renta se extingue su obligación, pero surge inmediatamente una nueva obligación, que es pagar la renta siguiente, así hasta la terminación del contrato, ya sea al vencimiento del término estipulado, o cuando una de las partes quiera ponerle fin dando el aviso correspondiente a la otra parte.

En el matrimonio es imposible utilizar esta lógica propia de todo contrato, ya que aquí las obligaciones si bien nacen para cumplirse, éstas no se extinguen por su cumplimiento, sino que al contrario, subsisten durante toda la vigencia del matrimonio, de modo que no se extinguen por su sólo cumplimiento, sino que forman parte integrante de la noción de matrimonio que como sabemos tiene al menos un afán de permanencia, por lo que las obligaciones que él genera también compartiría esta particularidad de ser “para siempre”, por lo menos esa es la intención al contraer el vínculo matrimonial.

No obstante aceptar como válidas todas estas críticas debemos reconocer como expusimos anteriormente que la tendencia que prima actualmente en el Derecho de Familia comparado es la privatista o autonomista, fenómeno denominado también

contractualización del Derecho de Familia. Esta tendencia también se ha instalado en nuestro país, y obviamente en esta discusión la postura más coherente con este principio sería reconocer en el matrimonio a un contrato, ya que de este modo, se exaltaría la autonomía de la voluntad de los cónyuges para determinar los efectos del acto que celebran, reduciendo al mínimo la intervención del Estado en estas materias, y ampliando el margen de disponibilidad de los particulares respecto de estas normas. Sin perjuicio de este reconocimiento creemos que en el ámbito de Derecho de Familia sigue siendo relevante que se establezcan regulaciones aunque sea mínimas, con el objeto de proteger los derechos e intereses de los involucrados entre los cuales no existe igualdad de condiciones, nos referimos principalmente a los niños, niñas y adolescentes, y también al denominado cónyuge más débil, la mujer por antonomasia, cuya situación si bien ha mejorado considerablemente en las últimas décadas, sigue siendo de desventaja respecto del hombre, más aún en el ámbito familiar.

Esto nos lleva a pensar que si bien en el matrimonio lo relevante es la voluntad de los contrayentes de unirse con afán de permanencia con el objeto de desarrollar un plan de vida juntos, no debe olvidarse que los fines del matrimonio extrapolan el ámbito de interés particular de los contrayentes, ya que el matrimonio sigue siendo la base principal de la familia, y esta a su vez es la base fundamental de la sociedad, por lo que los efectos del matrimonio tienen fuertes repercusiones sociales, de modo tal, que en ningún caso podríamos considerar que el matrimonio es un acto que depende de la mera voluntad de los contrayentes y del cual ellos puedan disponer a su arbitrio, esto sería reducir al matrimonio a un rol menor, como el de cualquier otro contrato, lo que sin importar cualquier tendencia comparada nos parece inaceptable. Concordamos así con Barros Bourie cuando señala que “el matrimonio es una institución que ha sobrevivido a la prueba de la experiencia y la razón. Es especialmente valioso en nuestro tiempo, en que necesitamos como nunca antes de estabilidad afectiva y de intimidad”⁸⁰, por lo cual no podemos concebirlo como un simple contrato sujeto únicamente a la libre voluntad de los contratantes.

⁸⁰ BARROS BOURIE, ENRIQUE. La ley civil ante las rupturas matrimoniales. Estudios Públicos 85, 2002. Disponible en la página Web http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie, página 8.

Críticas a la noción de matrimonio como institución

Las críticas a esta teoría parten de una constatación vista también en otras áreas del derecho, porque cada vez que definimos algo como una institución, nos encontramos con un gran obstáculo, esto es, con la vaguedad y ambigüedad del término institución.

Es de conocimiento general que la voz institución tiene varios significados, y no hay una opinión mayoritaria en cuanto, a cual es el significado correcto, ya que hablar de una institución en si implica una vasta gama de ideas, compatibles o no entre si, susceptibles de abarcar una gran cantidad de realidades jurídicas, científicas o sociales.

Los opositores de esta tendencia parten del siguiente postulado: no se puede definir al matrimonio como una institución, si nadie puede definir con exactitud que es una institución; por lo que decir que el matrimonio es una institución implicaría decir nada concreto, nada nuevo, nada palpable, no sería ningún aporte en la tarea de dilucidar la naturaleza jurídica del matrimonio, por el contrario sólo sería agregar un nuevo elemento distractivo, y un nuevo foco de discusión.

Este postulado sin duda es cierto, en el sentido que existen variadas concepciones de lo que se entiende por institución, así se puede comprobar en este trabajo, al encontrar cuatro o cinco conceptos distintos de institución para justificar que el matrimonio se enmarca en esta figura, y seguramente cualquiera que haga el mismo ejercicio comprobará lo mismo. Sin embargo, esto no necesariamente es obstáculo para utilizar la noción de institución a la hora de tratar de conceptualizar o acercarse a una conceptualización de matrimonio

Si bien, todos los autores dan una noción distinta de institución, como lo vimos en la parte pertinente, todos ellos son capaces de enmarcar al matrimonio dentro de ella, sin desnaturalizar al matrimonio en su concepción jurídica, y coincidiendo en algunos aspectos relevantes.

Es por esto, que al parecer el defecto que ven algunos en cuanto a la vaguedad y ambigüedad del término institución, puede ser utilizada como una virtud para

acercarnos a una noción de matrimonio, ya que esta misma amplitud, ayuda a enmarcar las peculiaridades de una figura única como el matrimonio, a la cual es dable aplicar los elementos básicos de una institución en los cuales coinciden la mayoría de los autores, si bien no nos da un concepto exacto y absolutamente delimitado de matrimonio, nos da las pautas para entender sus aspectos esenciales.

La segunda crítica que encontramos a esta teoría, se refiere a que cometería el mismo error que la teoría contractual, en orden a tratar de enmarcar al matrimonio dentro de la figura de una institución, o sea subsumir la idea de matrimonio en la de institución, lo cual tampoco sería correcto, ya que si bien se puede reconocer que al interior del matrimonio hay una institución, el matrimonio no es sólo una institución, no se agota en ella. El matrimonio sería anterior a la institución misma y la institución representaría no su idea primaria, sino su idea final; sería como identificar a un edificio, con sus propios cimientos⁸¹.

Esta crítica parece más acertada que la anterior, los institucionalistas absolutistas señalan que el matrimonio es una institución y listo, es decir, tratan de reducir toda la realidad jurídica y social que conlleva el matrimonio en la noción de institución.

A partir de las críticas a estas dos posturas, críticas que aparecen suficientemente justificadas, hay algunos autores que han optado por una postura que podríamos denominar ecléctica.

Así los profesores Gabriel Marty y Pierre Raynaud, señalan que ninguna de las dos posiciones es totalmente satisfactoria y acertada, y más aún señalan que estas posiciones que en principio parecen alejarse tanto, pueden por el contrario complementarse y dar una respuesta más completa.

Parten de la base de la insuficiencia de ambas posturas por si solas para explicar la naturaleza jurídica del matrimonio, y señalan que ambas tienen algo de razón. Ya que por un aparte, si miramos el matrimonio en su origen, nos encontraremos con un

⁸¹ MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. *El matrimonio. Sacramento, contrato, institución*. Editorial Mexicana S.A., primera edición, Ciudad De México, México, 1965, página 241.

contrato; pero si los cónyuges adhieren a su estatuto predeterminado por el legislador forman una institución.

De manera que el matrimonio comienza jurídicamente por un contrato que liga mutuamente a las partes y que está sometido a reglas contractuales, pero después del contrato, o por efecto de él, estos mismos contrayentes adherirían a una institución. Por lo que el contrato de matrimonio tendría la particularidad de dar origen a una institución, que en definitiva es la familia⁸².

A partir de eso Troncoso Larrondo señala que el matrimonio sería entonces “un contrato por el cual las partes adhieren a una institución cuyo estatuto ha sido elaborado por la autoridad pública”⁸³

Si bien esta nomenclatura del matrimonio como contrato e institución a la vez, en principio no parece del todo errada en cuanto a que el matrimonio nace a la vida jurídica al igual que un contrato, esto es, por la libre voluntad y el acuerdo de las partes contrayentes, es discutible que esa razón sea suficiente para calificarlo como contrato, ya que el contrato tiene otros rasgos que no se condicen en absoluto con el matrimonio.

Por eso parece riesgoso calificar una figura tan relevante como el matrimonio de contrato por la única circunstancia de que surge a la vida jurídica como uno de ellos, ya que esto implica ignorar las características propias del matrimonio, que le dan forma y lo configuran como tal.

De modo tal que no porque el matrimonio se origine en un acuerdo de voluntades, puede ser calificado como contrato aunque se atempere esta afirmación señalando que este contrato da origen a una institución, para salvaguardar la circunstancia que la regulación del matrimonio corresponda a la autoridad pública y no a las partes.

⁸² TRONCOSO LARRONDE HERNÁN. *Derecho de familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, octava edición, Santiago, Chile, 2006, páginas 15 y 16.

⁸³ TRONCOSO LARRONDE HERNÁN. *Derecho de familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, octava edición, Santiago, Chile, 2006, página 16.

Por esto es difícil coincidir con el profesor Troncoso Larronde y su definición de matrimonio que concilia ambas tendencias; lo cual no obsta a que estemos de acuerdo en que el matrimonio comparta rasgos de contrato por un lado (en cuanto a su nacimiento), y de institución por otro (una vez celebrado). Pero aceptar esta confluencia en ningún caso implica considerar correcto que el matrimonio sea definido como un contrato.

Si bien es cierto que institución tampoco es una noción que englobe totalmente o que calce justamente con el concepto de matrimonio, parece que es menos riesgosa su utilización, como punto de partida para definir al matrimonio, habida consideración de la amplitud de su significado. Pero desde ya señalaremos que tampoco parece totalmente acertado definir al matrimonio como una institución simple y llanamente

Al parecer la naturaleza jurídica del matrimonio se corresponde más con la idea de institución que con la de contrato, pero cosa distinta es definir jurídicamente al matrimonio como una institución, porque esta noción sigue siendo vaga y requiere una explicación previa.

Al respecto, vale la pena el siguiente comentario: hay ciertas figuras cuya conceptualización es por esencia difícil, porque en ellas confluyen elementos variados, que nos impiden formarnos una visión única y absoluta de su naturaleza, este es el caso del matrimonio, el cual es mucho más que una figura jurídica que deba ser definida por el código civil, por que es una realidad humana, que para muchos tiene también connotación divina, que surge del instituto de los hombres, y extrapola cualquier figura jurídica; razón por la cual cualquier definición legal que podamos analizar de matrimonio será en algún grado insuficiente o errónea.

Relación entre la naturaleza jurídica y la indisolubilidad del matrimonio

Anteriormente en este trabajo nos hemos referido a la indisolubilidad como atributo del matrimonio, y en aras de complementar y aportar a este estudio,

abordaremos ahora la relación que podemos percibir entre esta indisolubilidad y la naturaleza jurídica del matrimonio.

Tomaremos como punto de partida de este análisis una paradoja que ya mencionamos anteriormente, esto es, los mismos autores que consideraron e impusieron la noción de matrimonio contrato fueron los que establecieron que era un vínculo indisoluble (vale decir, los canonistas del siglo XVI). Y digo paradoja, porque este binomio parece contradictorio y difícil de sustentar utilizando argumentos jurídicos. Esto por las siguientes razones, a saber:

- Si afirmamos que el matrimonio es un contrato, no podemos desconocer que el contrato es por esencia disoluble, y más aún la regla general es que se disuelva por voluntad de las mismas partes que lo celebraron, ya que no es más que el fruto de la voluntad libre y exteriorizada de las partes. Entonces es dable cuestionarse: ¿cómo es posible sustentar que el matrimonio no se disuelve por motivo alguno si es un contrato?

- Esta contradicción da origen a una de las críticas a la teoría contractual del matrimonio, que parece tener mucho sentido, y es que sostener lo contrario implicaría o reconocer que el matrimonio no tiene la naturaleza de un contrato aunque el código así lo llame, o bien, sería coherente afirmar que si es un contrato puede disolverse, ya que la perpetuidad no es propia de la naturaleza contractual (materia gobernada ampliamente por el principio de libertad contractual, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad).

- Para tratar de justificar lo injustificable hay autores que han señalado que se le dio carácter contractual al matrimonio con el objeto de dignificarlo, en consideración al momento histórico y a las circunstancias sociales reinantes (siglo XVI), esto es, para evitar los matrimonios por conveniencia y los matrimonios forzados, razón por la cual se enfatiza que el matrimonio es el fruto del acuerdo de los contrayentes, y no puede ser impuesto ni inducido por la fuerza. Sin embargo, en opinión de estos autores, esto no le quitaría el carácter perpetuo del matrimonio, ya que este carácter viene dado por el carácter sacramental del vínculo matrimonial, dándose aquí la combinación muy utilizada por el derecho canónico y los autores partidarios de él, que el matrimonio es un contrato, en el sentido que nace del acuerdo de las partes, pero a la vez es un sacramento

ya que es manifestación de la unión entre Jesús y la Iglesia, lo que lo vuelve absolutamente indisoluble, es decir, el matrimonio sería un contrato - sacramento.

- Ante esta afirmación nuevamente es relevante subrayar que estamos hablando de la legislación civil de un país laico, que debe desprenderse de connotaciones religiosas, por lo que no cabe hablar de sacramentalidad del matrimonio si estamos hablando de naturaleza jurídica del matrimonio, ya que lo religioso sin duda ya no tiene que ver con lo jurídico. Partiendo de esta base, sería insostenible en nuestros días justificar que se le de la naturaleza de contrato al matrimonio, ya que las condiciones sociales han cambiado mucho, y los motivos que impulsaron esta denominación desaparecieron hace siglos, por lo que hoy en día es un argumento anacrónico.

- Si descartamos este argumento, y analizamos objetivamente y con criterio jurídico la combinación en estudio matrimonio contrato - matrimonio indisoluble, veremos que en realidad no tiene sustento. Es posible afirmar que el matrimonio es indisoluble utilizando argumentos ya estudiados, como asimismo podemos defender que el matrimonio sea un contrato, no obstante las críticas señaladas, pero no podemos decir que es un contrato y al mismo tiempo es indisoluble; esto implicaría decir que el matrimonio es fruto de la voluntad de las partes, pero esta voluntad no tiene ninguna injerencia en lo que ellas mismas crearon, no pueden reglarlo en caso alguno, es decir, se quita toda relevancia a la voluntad de las partes, lo que es inconcebible en un contrato que es gobernado por la voluntad de las partes. O sea, las partes podrían hacerlo pero en ningún caso deshacerlo, qué pasa entonces con el conocido y utilizado aforismo “en derecho las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen”.

- A partir de esto, se torna importante destacar la posible incoherencia que encontramos en la definición de matrimonio de nuestro Código Civil, que sigue señalando no obstante el paso de los años y la evolución jurídica y legislativa, que el matrimonio es un contrato y a la vez proclama, que es una unión indisoluble.

Luego de este primer análisis cabe analizar el binomio matrimonio institución - matrimonio indisoluble.

El profesor Ramos Pazos señala que justamente la teoría institucionalista del matrimonio surge como una forma de justificar la indisolubilidad del matrimonio, ya que sus cultores (Lefèvre, Levy y Bonnacase), pensaban que la noción de matrimonio institución repelía la noción de divorcio. Y luego citando a Hubner Gallo señala que el matrimonio institución no puede ser disuelto por la voluntad de los cónyuges, y que a su vez su objeto está fuera del comercio humano, y que produce plenos efectos respecto de terceros⁸⁴.

A partir de lo señalado por el profesor Ramos Pazos, y coincidiendo con su análisis, podemos estar de acuerdo o no con estos autores que señalan que el matrimonio es una institución y por tanto sería indisoluble, pero es claro que este binomio es mucho más coherente y justificable que el anterior.

Esta posición da lugar a los siguientes comentarios, a saber:

- Podemos encontrar en esta postura una gran ventaja, la cual es reconocer que el matrimonio no depende sólo de la voluntad de las partes, ya que una vez celebrado su regulación escapa de la voluntad que le dio origen, y esto se debe a que el matrimonio tiene una trascendencia social, que extrapola y sobrepasa a los cónyuges propiamente tal, los efectos del matrimonio alcanzan a los cónyuges, a terceros y a la sociedad en su conjunto. A partir de esta visión es más coherente señalar que el matrimonio atendido esta trascendencia es indisoluble. De ahí que es entendible la opinión de que el matrimonio institución repele al divorcio; sin embargo si bien puede repelerlo porque obviamente no es bueno para la sociedad, no por eso conlleva necesariamente a la conclusión que el matrimonio es indisoluble.

- La voz institución es un concepto humano, y una de sus características es la mutabilidad, es decir, que puede variar en el tiempo, la institución no es estática sino que puede adaptarse a los cambios sociales. En la definición de institución no es un elemento definidor la indisolubilidad, sino que la estabilidad, o incluso como señala Ramos Pazos la permanencia, que no debiera entenderse como indisolubilidad absoluta, ya que el matrimonio si bien reconoce como regla general la estabilidad y a la

⁸⁴ RAMOS PAZOS, RENÉ. *Derecho de familia, tomo 1*. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, Chile, 2001, páginas 29 y 30.

permanencia en el tiempo, estas características pueden separarse sin desvirtuarse de la pretendida inquebrantabilidad absoluta del vínculo matrimonial.

- Por lo que podemos afirmar que el matrimonio si comparte estas características de toda institución (estabilidad y permanencia), pero eso no impide que pueda disolverse en determinadas circunstancias.

- Por otro lado se puede observar cierta incongruencia en señalar que una institución humana como el matrimonio, es absolutamente indisoluble, ya que la indisolubilidad absoluta parece una característica que más tiene que ver con lo divino que con lo humano; por lo que si el matrimonio es una institución de los hombres, es perfectamente posible que ellos establezcan las condiciones particulares de esta institución, sin perjuicio de respetar ciertos elementos inseparables del concepto de institución, entre los cuales no parece que esté incluida la indisolubilidad.

- Asimismo parece relevante señalar que las instituciones son mutables y pueden ir evolucionando para ajustarse a los cambios sociales y así no quedar obsoletas, por lo que el matrimonio al ser una institución también puede ir evolucionando para ajustarse a los tiempos contemporáneos, de otro modo perdería su relevancia social y la adhesión social que necesita toda institución para ser tal. Por lo que si en algún momento se sostuvo que el matrimonio como institución debía ser considerado indisoluble, sería correcto pensar que hoy en día no se le puede concebir como indisoluble, sino como una institución social estable y con ánimo de permanencia.

Por último cabe analizar si es correcto aseverar que el matrimonio es indisoluble si pensamos que es un acto del Estado.

En este punto debemos distinguir, entre quienes sostienen que el matrimonio es simplemente un acto del Estado y quienes como Ramos Pazos piensen que el matrimonio es un acto del Estado pero también una institución.

Si decimos que el matrimonio es simplemente un acto del Estado, podría resultar claro que no necesariamente debe ser indisoluble, ya que si es una potestad estatal, el mismo Estado tiene la fuerza necesaria para determinar sus características esenciales.

Por lo que en caso de nuestra legislación, si el propio Código Civil regula y permite el divorcio vincular, es claro que la decisión del Estado en la que intervinieron todos sus poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) es establecer un matrimonio que admite disolución en casos determinados, también regulados por la legislación. Por lo que se concluiría que si adherimos a esta postura podemos concebir un matrimonio disoluble o indisoluble según lo establezca el poder estatal.

Si sostenemos que el matrimonio es un acto del Estado, pero a la vez es una institución, entonces quizás alguien podría afirmar que el matrimonio es indisoluble, ya que una de las características de una institución es la permanencia. Frente a esta postura, parecen válidos los argumentos ya señalados cuando nos referimos a la combinación matrimonio institución – matrimonio indisoluble, reiterando lo siguiente; el concebir al matrimonio como institución no implica considerar que no puede disolverse de modo alguno, ya que la característica de permanencia exigida a una institución apunta más a la estabilidad que debe poseer, y al ánimo de subsistir en el tiempo, sin estar sujeta a límite temporal alguno, ya que como hemos repetido varias veces las personas al contraer matrimonio lo hacen con la certeza o aún con la esperanza de que va a ser para siempre, de ahí que el matrimonio reúne los requisitos para ser una institución sin necesidad de considerarlo como absolutamente indisoluble.

Luego de concluir este análisis cabe señalar la importancia de dilucidar la naturaleza jurídica del matrimonio, para determinar sus características esenciales, y en el tema que más nos interesa en este trabajo, para relacionarlo y armonizarlo con nuestra postura a cerca de la indisolubilidad o disolubilidad del matrimonio.

Capítulo II

La indisolubilidad del matrimonio frente al divorcio vincular. ¿Qué sucedió con el concepto de matrimonio indisoluble consagrado en nuestra legislación cuando se aprobó la ley 19.947?

1- Contenido de la discusión para introducir el divorcio vincular en Chile. Contexto general en que se produjo la discusión sobre el divorcio. Mención de los proyectos que en la época se discutieron

A fines del siglo XX, el tema de legislar sobre el divorcio con disolución de vínculos en nuestro país, ocupaba un espacio importante en la contingencia nacional, y es que a puertas de iniciarse el siglo XXI, Chile era uno de los dos países del todo el globo, junto a Irlanda, que no contemplaba una regulación jurídica del divorcio. Lo que para sectores conservadores minoritarios era un triunfo, para la gran mayoría de la población constituía una omisión injustificable de los legisladores absolutamente incongruente con la realidad social imperante en la época.

Es por esto que a fines de 1995, se discutían en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que introducían modificaciones a la legislación matrimonial vigente:

El proyecto patrocinado por un grupo de diputados de la Democracia Cristiana, encabezados por Carlos Dupré, cuyo rasgo característico era la mantención de la indisolubilidad como atributo esencial del matrimonio, eliminando la nulidad fraudulenta por motivo de incompetencia del Oficial del Registro Civil, pero introduciendo una nueva institución llamada “familia reconocida”, la cual implicaba reconocer legalmente ciertas uniones de hecho, entre un hombre y una mujer desarrolladas públicamente, por un período no inferior a cinco años, existiendo impedimento para cualquiera de ellos de contraer matrimonio válido, teniendo por lo

menos un hijo en común. Las personas así vinculadas recibirían el nombre de consortes⁸⁵.

Este proyecto sin embargo no tuvo gran aceptación, fue criticado por diversos sectores sociales, críticas que podríamos resumir en los siguientes puntos:

1 - Implicaba introducir una nueva institucionalidad jurídica legal, a través de la institución de los consortes y la familia reconocida.

2 - Era incongruente con el principio de la indisolubilidad del matrimonio que se supone pretendía resguardar, ya que en la práctica estaba aceptando la constitución de familias paralelas, estableciendo una especie de segundo matrimonio, reconocido por la ley aunque utilizando otros nombres u otros estatus, por lo cual habría un desmedro de la familia fundada en el matrimonio, permitiendo la posibilidad que una misma persona tenga cónyuge y consorte a la vez.

3- También es importante mencionar como crítica al proyecto la introducción en su artículo 98, de las “familias ilegítimas” comprendiendo a familias que no se constituían sobre la base del matrimonio o que no comprendían en el concepto de familia reconocida establecida por el proyecto. Esta nueva noción era abiertamente contraria al espíritu de la legislación familiar de fines del siglo XX, que buscaba terminar con discriminaciones de antaño, y proteger los intereses de los niños. Cabe recordar que en la misma época en que se daba a conocer este proyecto en el Congreso en la Cámara de Diputados se aprobaba la ley que terminaba con la criticada y antigua distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, cabe reflexionar entonces que la aprobación de esta idea hubiese significado un retroceso inexcusable del legislador.

4- Por otro lado también se le criticó la ampliación insertada a las causales de nulidad, ya que esto en la práctica implicaba sustituir el fraude procesal de

⁸⁵ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, páginas 67 y 68.

incompetencia del oficial del Registro Civil, por otros a los que daría lugar la ampliación de las causales de nulidad⁸⁶.

El segundo proyecto que se discutió en el Congreso, y el cual suscita nuestro mayor interés ya que es la base de la actual Ley de Matrimonio Civil, es el patrocinado por los diputados Mariana Aylwin, Ignacio Walter, Isabel Allende, Víctor Barrueto, Carlos Cantero, Sergio Elgueta, Juan Pablo Letelier, Arturo Longton, Eugenio Munizaga, Jaime Rocha, María Antonieta Saa y José Antonio Viera-Gallo, en el cual participaron juristas destacados como Carlos Peña, Gastón Gómez y Andrea Muñoz.

Este proyecto planteaba la introducción del divorcio vincular en Chile, pero con una gran particularidad, dada por la conservación de la noción de matrimonio indisoluble contenida en el Código Civil, lo que obviamente resulta difícil de entender.

Partiremos esquematizando los principales argumentos esgrimidos por los autores del proyecto para apoyar la consagración del divorcio vincular. Es relevante señalar que los principales gestores de este proyecto, son parlamentarios que profesan la religión católica, lo cual es factor para analizar el proyecto y entender su contenido, razones y objetivos. Y más aún es importante porque uno de los principales opositores a la inserción del divorcio vincular en Chile fue la Iglesia Católica, y los grupos más cercanos a ella, representados en gran número por la Democracia Cristiana, partido al que pertenecen los rostros más emblemáticos de este proyecto.

Este proyecto según sus propios gestores obedece a la necesidad de responder a un deber de solucionar y no de esquivar los temas relevantes y contingentes de la sociedad, impuesto por el propio ordenamiento jurídico. En palabras de los mismos gestores del proyecto su labor sería abocarse “con el debido apoyo especializado, al estudio de un tipo de legislación que se hiciera cargo del tema (y del drama) de las rupturas matrimoniales, conciliándolo con la perspectiva de protección a la familia, a fin de evitar, entre otras cosas, una reacción liberal, divorcista e individualista, ajena a

⁸⁶ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, páginas 65 y 66.

nuestras propias convicciones y a nuestra tradición cultural”⁸⁷. Señalan asimismo, que sin duda lo que los motivó en definitiva a desarrollar este proyecto es la “constatación clara y definitiva acerca de la realidad del divorcio en Chile, -sí, divorcio en Chile, así, con todas sus letras-, y el ambiente de hipocresía social que lo ha rodeado por varias décadas, a vista y paciencia de todos”⁸⁸.

Constatado ya el motivo del proyecto de ley mencionado, es dable comenzar a analizar los cimientos que fundamentan y justifican la introducción del divorcio en Chile, manteniendo empero la indisolubilidad del matrimonio.

El primer tópico a analizar es la afirmación de la existencia de un divorcio encubierto, a través del fraude legal de la incompetencia del Oficial del Registro Civil. Y es que la confirmación de este postulado derrumba el argumento conservador de que introducir el divorcio vincular en Chile, es desconocer el innegable atributo de la indisolubilidad inherente al matrimonio, sin el cual se desvirtúa la institución y se desprotege a la familia, vulnerando incluso la Constitución. De este modo para los autores del proyecto, la introducción del divorcio no desconoce la indisolubilidad del matrimonio, sólo regula una situación que si bien es excepcional e indeseada ocurre en la realidad social, constituida por los quiebres matrimoniales, ya que a tras este fraude procesal se escondería un divorcio encubierto, y más aún, uno de los divorcio más liberales del mundo, por la facilidad de su obtención , con base jurisprudencial, y que implica un fraude procesal, lo que no sólo es reprobable éticamente sino también afecta la estructura de las instituciones jurídicas⁸⁹.

Si bien esta discusión carece actualmente de relevancia jurídica, parece interesante relacionar este tema con dos aspectos relevantes del Derecho Civil:

- En primer término cabe la relación con el sistema de interpretación de los contratos, cuyo ámbito de aplicación excede al de los contratos, siendo su norma básica

⁸⁷AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 13.

⁸⁸AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 13.

⁸⁹AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 79.

la consagrada en el Art. 1560, que establece la prevalencia del querer interno de los individuos por sobre la voluntad expresada, de manera que en este caso cabría preguntarse ¿cuál era la intención de los cónyuges al iniciar un proceso de nulidad del matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil?, la respuesta sólo puede ser una: en la gran mayoría de los casos buscaban poner término al matrimonio, por problemas de convivencia, en ningún caso su intención era anular su matrimonio con el fin de corregir un vicio que se produjo en la celebración del matrimonio. Cabe recordar el aforismo “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”.

- También cabe relacionarlo con la institución de la simulación, y es que los cónyuges que recurrían a este fraude legal, manifestaban una voluntad distinta de su intención real, inventando la concurrencia de un vicio de nulidad inexistente, con el objeto de eludir una prohibición legal, cual era en estricto rigor poner término a un matrimonio válidamente celebrado mientras vivieren ambos cónyuges. Podría agregarse además que se trataría de una simulación ilícita por lo antes mencionado.

Habiendo señalado esto podríamos decir que si bien podría ser confuso calificar una nulidad como divorcio, por la diferencias existentes entre estas instituciones, no es menos cierto que es poco plausible señalar que introducir el divorcio vincular rompería la indisolubilidad del matrimonio, ya que a través del fraude legal de la nulidad se produce el mismo efecto que en el divorcio, esto es, se pone fin al vínculo matrimonial, efecto que es perseguido por las partes tanto en el divorcio como en la nulidad, lo que obviamente estrecha las diferencias entre ellas y hace irrelevante el nombre que se le ponga, porque la intención y el efecto es idéntico.

La introducción del divorcio vincular en Chile no sería más que un sinceramiento del sistema, justificable no sólo por razones éticas, sino también porque es labor del Ordenamiento Jurídico adaptarse a la realidad social, y no taparse a los ojos frente a realidades incontrarrestables.

La segunda razón para apoyar que se legislara sobre divorcio en Chile parte del manoseado concepto de bien común, los autores del proyecto adhieren al concepto tomista de bien común, esto es, “bien del todo y de las partes”, entendiendo que el todo

es la comunidad y las partes son las personas⁹⁰. Esto implicaría “propender al bien de ambos (comunidad de personas) y no de una a costa de la otra”. Así cabe la cita a la postura de los obispos italianos frente al referéndum sobre el divorcio que tuvo lugar en dicho país en 1974, en la cual si bien confirman el principio básico de la indisolubilidad del matrimonio, agregan que el concepto de bien común plantea una interrogante, la que es relevante para definir este argumento: “¿Siempre y en cada caso el bien excluye el divorcio, o bien en determinadas situaciones concretas el mismo bien común no excluye, sino que tolera el divorcio?, En otras palabras, ¿la aplicación general es absoluta o relativa a un determinado contexto socio-cultural?”. Y seguidamente concluyen que se debe pasar de la aplicación general a la aplicación particular, considerando el bien común en concreto, referido a una determinada situación histórica y social⁹¹. En el mismo documento se continúa argumentando que el deber de la ley civil no es prohibir cualquier mal, o mandar cualquier bien, sino que permitir o tolerar algunos males, que en una determinada situación histórica y social resulten ser males menores. Este es el llamado principio de tolerancia civil.

Es de este modo que los legisladores argumentan a favor de legislar sobre el divorcio vincular fundándose en que su labor como garantes del bien común, es muchas veces “tolerar un mal, en la búsqueda del mayor bien posible”⁹².

Si bien podemos calificar de loable el argumento, debemos reconocer que esta opinión está fuertemente influenciada por una determinada concepción filosófica de los expositores, de modo que con el afán de salvaguardar la objetividad del análisis debemos decir que este razonamiento es permeable a múltiples críticas, derivadas de las distintas concepciones y aún más, de las diversas interpretaciones de una misma concepción de la definición de bien común.

Como tercer fundamento relevante para regular el divorcio vincular en Chile, estaba dado por la carencia de regulación en la época frente a una ruptura matrimonial⁹³.

⁹⁰ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 52.

⁹¹ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes primera edición, Santiago, Chile 1996, página 53.

⁹² AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia Y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes primera edición, Santiago, Chile 1996, página 54.

Este argumento se vincula con el primero, es más podría desprenderse de él, pero se expone separadamente, porque es de la máxima importancia y circunda con cualquier otro argumento al respecto. Se puede desprender lo siguiente:

Implica reconocer una realidad social frecuente, lo cual no es más cumplir con la labor propia de los legisladores, que es encarar los conflictos sociales y darles la mejor regulación, y en lo posible solución .

Esta regulación implica una protección de la familia, y no al contrario, ya que era esta omisión la que dañaba más la institución familiar, al permitir omisivamente la existencia de familias paralelas, sin reconocer derechos definidos para ninguna de ellas, constituyendo una fuente de grandes conflictos que sólo repercutían en consecuencias sociales desfavorables. Proteger a la familia no significa taparse los ojos frente a una realidad que existe y es palpable, simulando que todas las familias están constituidas y organizadas según un ideal impuesto desde tiempos inmemoriales.

Finalmente se esgrime como argumento la justa autonomía de la política, que tiende a contrarrestar la férrea oposición a esta ley desplegada por la Iglesia Católica de la época. Exponen así la necesidad de delimitar claramente las esferas de competencia de la autoridad eclesiástica y la autoridad civil, ya que tanto como la política como la religión tienen su campo propio de acción⁹⁴. Lo que corresponde a la Iglesia, como orientadora de aspectos morales, es proponer un ideal, por medio de la palabra, la persuasión o el ejemplo de sus fieles, por sobre la utilización de la amenaza o la imposición. Obviamente la Iglesia Católica como Institución debe ser una continua defensora del matrimonio indisoluble, fiel a su tradición, a la doctrina católica y al magisterio de la Iglesia, pero la labor de los legisladores es distinta, no se pueden inspirar sólo en principios sino también “en las complejidades de la vida concreta de cada día”⁹⁵.

⁹³AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes primera edición, Santiago, Chile 1996, página 33.

⁹⁴ AYLWIN MARIANA, WALKER IGMACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 54.

⁹⁵ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 55.

Las principales contraargumentaciones a lo señalado por los parlamentarios para apoyar la introducción del divorcio, se basan en dos elementos:

- Supresión del fraude procesal: Si bien reconocen la buena intención en la idea, predicen la continuación de los fraudes procesales, principalmente porque las causales de nulidad y divorcio son imposibles de objetivar por la ley, ya que son por esencia subjetivas generando amplias interpretaciones, sujetas a la discrecionalidad del juez correspondiente, caso en el cual la experiencia comparada demostraba que en general los jueces se limitaban a aceptar el divorcio sin realizar un control o examen mayor de las causales invocadas⁹⁶.

- Excepcionalidad del divorcio: Cuestionan esta afirmación ya que el proyecto permite el divorcio incluso bastando la sola voluntad unilateral de uno de los cónyuges, probando sólo el cese de la convivencia por un determinado tiempo, lo cual consideran otra fuente de fraude legal, sin que exista posibilidad de un control judicial efectivo⁹⁷.

Estos argumentos responden sólo una parte de nuestra pregunta, ¿por qué apoyar o rechazar una ley de divorcio vincular?, pero no se responden a la pregunta de ¿puede el divorcio vincular ser compatible con un matrimonio indisoluble planteado por los autores de la ley?

Para responder a esta interrogante los autores del proyecto recurren a un único gran argumento, cual es, la concepción del divorcio como régimen de excepción, es decir, el matrimonio no pierde su carácter de indisoluble porque las personas se siguen casando para toda la vida, ya que este es un atributo inherente al matrimonio, pero no se puede desconocer la existencia de quiebres matrimoniales no reparables, y dadas las perniciosas consecuencias sociales que estas arrastran, se hace necesario legislar sobre el divorcio vincular, para evitar un mal mayor; los expositores señalan que el divorcio nunca puede considerarse un bien en sí, sólo va a ser admisible como régimen de

⁹⁶ MORANDE COURT PEDRO. *“Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico” en Controversia sobre familia y divorcio.* Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1997, páginas 16 y 17.

⁹⁷ MORANDE COURT PEDRO. *“Los proyectos de familia y divorcio. Análisis antropológico” en Controversia sobre familia y divorcio.* Editorial Universidad Católica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1997, páginas 19-20-21 y 22.

excepción, lo que no contradice la norma y más aún el principio fundamental conforme al cual el matrimonio es para toda la vida.

Así concebido el divorcio sólo tendría lugar frente a casos calificados que en que la ruptura fuese irrevocable y definitiva, para lo cual la ley establecerá según los parlamentarios “un conjunto de resguardos e instrumentos concretos, encaminados precisamente a tratar de acreditar, por los medios legales, la situación descrita anteriormente”⁹⁸, esto es, el quiebre definitivo e irrevocable. Cito textualmente estas palabras porque dan lugar a una fuerte contra argumentación de la postura contraria, la cual será tratada con posterioridad.

Obviamente frente a esta postura, existen criterios discrepantes que abogan por la incompatibilidad del divorcio vincular frente a la indisolubilidad del matrimonio.

La argumentación de estos autores se sintetiza en dos ideas, a saber:

- La afirmación de que el matrimonio es un vínculo indisoluble, rasgo que no admite excepciones.

- La afirmación de que la introducción del divorcio vincular en la legislación, hace perder al matrimonio su carácter indisoluble, desnaturalizándose la institución, por lo cual matrimonio indisoluble y divorcio vincular son conceptos irreconciliables.

Respecto del primer numeral, este fue analizado en otro tópico de este trabajo, en aras de su extensión, y de su contenido.

Lo que nos interesa ahora es analizar el segundo numeral, para contrarrestar lo señalado por la primera postura, es decir, responderemos a la pregunta: ¿por qué es incompatible el matrimonio indisoluble con el divorcio vincular?

Partiremos con la postura del profesor Hernán Corral, un emblemático defensor del matrimonio indisoluble, y consecuentemente opositor de la ley de divorcio.

⁹⁸ AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO. *Familia y Divorcio: Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 1996, página 70.

El profesor Corral parte de la controversial afirmación de que la familia protegida constitucionalmente es aquella fundada en el matrimonio monógamo e indisoluble⁹⁹. De manera que introducir un divorcio vincular en Chile es inconstitucional, ya que atenta contra la estabilidad familiar, protegida constitucionalmente. Para contra argumentar esta afirmación se suelen citar las actas constitucionales en las que se deja abierta la posibilidad de que existan familias que no se funden en el matrimonio, las que serán protegidas de la misma forma por el constituyente. En virtud de que esta última postura es actualmente aceptada casi unánimemente no ahondaremos mayormente en este tema. Al mismo tiempo Corral señala que el divorcio es también es inconstitucional, porque atentaría contra el derecho de contraer matrimonio consagrado en los Tratados Internacionales como un derecho esencial emanado de la naturaleza humana, ya que el divorcio hace que el matrimonio deje de ser tal, en virtud del divorcio no habría auténtico matrimonio¹⁰⁰.

El profesor Corral señala que el matrimonio sólo puede disolverse válidamente por la muerte de uno de los cónyuges, o la declaración de nulidad

Introducir el divorcio sería transformar el contenido esencial del vínculo matrimonial, “se trataría de un mero contrato a prueba, esto es, de una relación protegida por la ley mientras es querida por ambos sujetos; en suma, de una convivencia de hecho con efectos civiles.¹⁰¹”. Asimismo, el autor señala en el mismo texto, el matrimonio se convertiría en un concubinato al que se le atribuye arbitrariamente el nombre de matrimonio, pactado ante un Oficial de Registro Civil, y cuyas consecuencias patrimoniales y personales son reguladas por el legislador. Esto implicaría desconocer el compromiso jurídico que trae aparejado el matrimonio, de

⁹⁹CORRAL TALCIANI HERNAN. *Ley de divorcio: Razones para un no. Colección de estudios de Derecho Actual*. Editado por Universidad de los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 2001, página 135.

¹⁰⁰ CORRAL TALCIANI HERNAN. *Ley de divorcio: Razones para un no. Colección de estudios de Derecho Actual*. Editado por Universidad de los Andes, primera edición, Santiago, Chile, 2001, página 133.

¹⁰¹ CORRAL TALCIANI HERNAN. *Ley de divorcio: Razones para un no. Colección de estudios de Derecho Actual*. Editado por Universidad de los Andes, primera edición, Santiago, Chile, página 90.

entregarse por entero a un hombre o mujer para fundar una familia, dándose lugar a un acuerdo eminentemente transitorio y rescindible¹⁰².

Al respecto Paulina Veloso comentando la obra de Corral señala que este argumento implicaría afirmar que en todos los países en que se consagra el divorcio vincular no existe matrimonio¹⁰³. Esta idea de que no existe matrimonio si hay divorcio vincular para algunos autores no tiene fundamento histórico, ni conceptual, ni lógico, como lo señala la misma Veloso.

Por otro lado el profesor Álvaro Vidal Olivares distingue al matrimonio de otras uniones de hecho que pueden constituir los individuos, y señala precisamente que el elemento distintivo del matrimonio es su carácter indisoluble, elemento que es de la esencia o de la naturaleza del matrimonio¹⁰⁴.

La indisolubilidad no implica en palabras del autor “la imposibilidad de que los interesados puedan separarse de hecho y dejar de convivir”¹⁰⁵, lo que implica, es que no obstante haber dejado de convivir, siguen ligados, de lo contrario estaríamos frente a un concubinato. Cabe entonces preguntarse, ¿cuál es el fundamento para consagrar un matrimonio indisoluble con todas las complejidades que ello acarrea? Y la respuesta para el autor es clara: El matrimonio cumple funciones que ninguna unión de hecho puede cumplir, las uniones de hecho sólo tienen motivaciones, no funciones ni finalidades, motivaciones que son privadas, individuales, variables, y contingentes; el matrimonio en cambio, tiene funciones sociales, públicas, inmutables, necesarias, típicas, que son inherentes a él considerado como institución objetiva, que al subjetivarse, o sea cada vez que tiene lugar una unión concreta, los sujetos que se unen por su intermedio tienen que asumir.

¹⁰²CORRAL TALCIANI HERNAN. *Ley de divorcio: Razones para un no. Colección de estudios de Derecho Actual*. Editado por Universidad de los Andes, primera edición, Santiago, Chile, página 131.

¹⁰³ VELOSO VALENZUELA PAULINA. *Comentario al libro de Hernán Corral Talciani. Ley de divorcio: Razones para un no*. Estudios públicos, Santiago, Chile, 2002, página 285. Disponible en la página Web www.cepchile.cl/dms/archivo_3148-1046/rev87_veloso.pdf

¹⁰⁴ VIDAL OLIVARES ÁLVARO. *El nuevo derecho chileno del matrimonio. Ley 19947*. Editorial Jurídica, primera edición, Santiago, Chile, 2004, página 32 y 35.

¹⁰⁵ VIDAL OLIVARES ÁLVARO. *El nuevo derecho chileno del matrimonio. Ley 19947*. Editorial Jurídica, primera edición, Santiago, Chile, 2004, página 32.

Continúa con este razonamiento señalando que obviamente esto no obsta que cada individuo tenga sus motivos personales para unirse a otro, sin embargo estas motivaciones subjetivas no se toman en cuenta para configurar la institución, ya que la institución existe para cumplir fines institucionales, supra individuales, de manera que son los individuos los que tienen que adaptarse al matrimonio y no al revés¹⁰⁶.

Los motivos que llevan a contraer matrimonio, no definen la institución como tal, obviamente es deseable que estos motivos sean buenos, peor si no lo son, la institución no varía su naturaleza.

En el matrimonio debería existir una comunión de personas, encargadas del servicio recíproco de la perfección de otros, o sea, hombre, mujer e hijos, por medio de una entrega total, y esta función de servicio recíproco sólo se logra por medio de la institucionalidad, basada en una unión sin condiciones. Si esa unión se disuelve no implica el fracaso ese servicio que era el fin objetivo de la unión, sino que ese servicio simplemente no era el fin objetivo de la institución, por eso se permitiría su disolución. Ahora, si efectivamente el fin objetivo no se cumple, no por eso se justificaría una disolución, ya que de lo contrario la unión contraída no podría ser calificada, según el autor, de matrimonio, sino de concubinato, y no hubiese tenido dicho fin objetivo¹⁰⁷. Para existir matrimonio deben estar presentes todos los elementos constitutivos de él, so pena de no existir, y la indisolubilidad sería uno de ellos.

Así el autor concluye que la introducción de la disolubilidad del matrimonio, denominada divorcio, implica la abolición del matrimonio, aún cuando se le siga llamando matrimonio, sólo va a ser una unión disoluble reemplazable. “el matrimonio así definido es por derecho natural indisoluble. Cuando la ley lo haga disoluble, deja de ser matrimonio”¹⁰⁸

¹⁰⁶ VIDAL OLIVARES ÁLVARO. *El nuevo derecho chileno del matrimonio. Ley 19947*. Editorial Jurídica, primera edición, Santiago, Chile, 2004, página 33

¹⁰⁷VIDAL OLIVARES ÁLVARO. *El nuevo derecho chileno del matrimonio. Ley 19947*. Editorial Jurídica, primera edición, Santiago, Chile, 2004, página 34- 35.

¹⁰⁸ VIDAL OLIVARES ÁLVARO. *El nuevo derecho chileno del matrimonio. Ley 19947*. Editorial Jurídica, primera edición, Santiago, Chile, 2004, página 37.

Hemos transcrito las ideas del autor tratando de guardar la mayor fidelidad posible, y es que la postura es compleja y en extremo interesante, quizás es uno de los pocos autores que no fundamentan la indisolubilidad del matrimonio fundándose en preceptos religiosos, lo cual puede ser calificado como una virtud, ya que la legislación no es sólo para los creyentes, sino para toda la comunidad. Al mismo tiempo establece un vínculo entre la indisolubilidad y la naturaleza de institución que tiene el matrimonio, vínculo que muchas veces es omitido en toda argumentación.

Asimismo es destacable la existencia de unos fines objetivos del matrimonio, distinguiéndolos claramente de los motivos o fines personales de los contrayentes, muchas veces invocados para permitir un divorcio, y es que son muchos los que han planteado que el matrimonio tiene por fin la felicidad de los cónyuges, frente a esta postura individualista, que exalta la figura del hombre centro de la sociedad, facultado para servirse según su conveniencia de todas las estructuras e instituciones que el Estado y la sociedad en general pueden brindarle, sin considerar la existencia de objetivos que superan a un individuo particular.

Podemos señalar que es plausible atribuirle al matrimonio fines que van más allá de intereses particulares, aunque no compartamos el absolutismo planteado por el autor en el sentido de que nada puede destruir esta unión, ni menos aún la referencia al derecho natural como fuente de la indisolubilidad, concepto que lleva a múltiples discusiones, lo cual debilita la posición más que fortalecerla, quizás su omisión no habría penado en el desarrollo de su argumentación.

2- Conservación del concepto de matrimonio indisoluble contenido en el Código Civil. Análisis del debate parlamentario. Argumentos para no modificar el concepto de matrimonio. Posturas discrepantes que se presentaron en el Congreso. Posturas doctrinales frente a la conservación del concepto.

Cuando se discutió al interior de nuestro Parlamento, la aprobación del proyecto de la nueva Ley de Matrimonio Civil, se abordó aunque tangencialmente el tema de la

modificación del concepto de matrimonio, contenido en el artículo 102 Código Civil, el cual como todos sabemos consagra la indisolubilidad del matrimonio¹⁰⁹.

Y esta discusión no era en nada absurda, ya que la principal controversia era la aprobación del divorcio vincular, lo que obviamente acabaría con este carácter indisoluble del matrimonio, o por lo menos en estricto rigor provocaría tal consecuencia

Por este motivo dividiremos este capítulo en dos partes, a saber:

- Discusión que se planteó al respecto en el Parlamento. Análisis de los argumentos y de los conceptos propuestos.
- Opiniones doctrinales. Análisis argumental.

Discusión que se planteó al respecto en el Parlamento. Análisis de los argumentos y de los conceptos propuestos.

El primer tema a desarrollar se refiere al debate que se dio en el Parlamento en cuanto a la conservación o modificación del concepto de matrimonio contenido en el Código Civil.

Para esto se debe dar especial valor a las actas de las sesiones parlamentarias en que se discutió el tema, aclarando desde ya que la extensión de este debate es casi inapreciable frente a otras discusiones a que dio lugar este proyecto de ley.

Mariana Aylwin, fue quien defendió en el Congreso la conservación del concepto de matrimonio, basándose en los siguientes argumentos, expuestos en la cámara de diputados¹¹⁰ :

¹⁰⁹ Artículo 102 Código Civil: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”

¹¹⁰ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*, Sesión 44ª de la Cámara de diputados. Jueves 23 de enero de 1997. Biblioteca Congreso Nacional. Volumen I, Santiago, Chile 2004.

En su opinión el objeto de la inmutabilidad del concepto es buscar armonizar la afirmación positiva del matrimonio que tienen los autores del proyecto, y la necesidad de buscar la mejor solución posible para el conflicto de las rupturas matrimoniales, y las nuevas uniones conyugales.

Señala asimismo que se pretende enfatizar y reforzar la idea de que el matrimonio es para toda la vida, no obstante admitir causales de divorcio vincular, de manera que estas serían una excepción frente a la regla general de que el matrimonio no se disuelve. Y a propósito de lo mismo añade que hasta el derecho más relevante como el derecho a la vida reconoce excepciones (legítima defensa), por lo que no habría inconveniente en establecer excepciones al matrimonio indisoluble.

Y finalmente señala que la norma del 102 del código Civil que define al matrimonio como indisoluble, ha convivido más de cien años con un título llamado “De la disolución del matrimonio”.

Esta opinión fue apoyada por otros parlamentarios integrantes del Senado, como Alberto Espina y José Antonio Viera-Gallo. El senador Espina señaló en ese entonces, que al ser el matrimonio un contrato, no había obstáculo para declarar el matrimonio indisoluble y luego admitir causales de disolución, señalando que la validez de los contratos no obsta a causales de terminación sobrevivientes, y pone como ejemplo lo que ocurre en el contrato de compraventa¹¹¹.

En cuanto a los argumentos esgrimidos por la entonces diputada Aylwin, cabe señalar lo siguiente:

En cuanto a la necesidad de conciliar el divorcio vincular con la relevancia que los autores del proyecto dan al matrimonio, parece poco lógico creer que con la conservación de una definición en un texto, se protege de forma más óptima una institución como el matrimonio, difícilmente las personas se divorcien menos por la redacción de la norma; atribuir esta función de proteger la relevancia social del

¹¹¹ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*, Diario de sesiones del Senado. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sesión 11, volumen V, Biblioteca Congreso Nacional Santiago, Chile, 2004, página 390 y 391.

matrimonio a un mero concepto legal, no parece ser la solución más óptima para defender la institución matrimonial.

El segundo argumento parece más acertado, aunque no exento de polémica. Como ya se hemos señalado anteriormente el matrimonio, no obstante cualquier modificación de su regulación, tiene un afán de permanencia, es decir, las personas que se casan lo hacen con la convicción o por lo menos con la ilusión de que va a ser para siempre, en ningún caso ponen un plazo extintivo o algo similar, esto en consideración a la esencia del matrimonio, determinada fundamentalmente por lo trascendente de sus fines. Esto sin duda lleva a concluir que es correcto señalar que el matrimonio generalmente tiende a ser para siempre, y sólo en casos excepcionales, se produce su disolución en la forma regulada por la legislación.

Sin embargo, no parece adecuado utilizar la terminología, regla general y excepciones, ya que por lo general esta terminología se refiere a cifras estadísticas, que permiten determinar cuales son las conductas más habituales y las menos habituales dependiendo de cual de ellas es más repetida por los individuos.

De manera que estos términos podrían revestir ciertos peligros en caso de ser utilizados en este tema, ya que si el número de divorcios comienza a aumentar y el de matrimonios a disminuir, podría llegar un momento en que el número de divorcios superen al de matrimonios, y entonces tendríamos que decir; que la regla general es el divorcio, obviamente esto es inconcebible para una legislación y una cultura jurídica y sociológica como la nuestra, que sigue valorando la relevancia social del matrimonio, si bien es un ejemplo exagerado, pone de manifiesto que estos términos pueden comprometer un elemento esencial del matrimonio, como es su estabilidad y afán de permanencia, lo que está alejado del propósito de proteger al matrimonio expresada por la misma parlamentaria en el argumento anterior.

Este argumento recibe otra gran crítica que desarrollaremos más adelante, que se refiere a la incongruencia de señalar por un lado que el divorcio es excepcional, y por el otro lado de no establecer mayores restricciones para obtenerlo.

Y en cuanto al tercer argumento, esto es, la convivencia del concepto por más de cien años con el título denominado “De la disolución del matrimonio”, tampoco podría ser calificado de argumento feliz, porque implica reconocer y validar que nuestra legislación llevara más de cien años estableciendo una incongruencia entre el encabezado de uno de sus títulos y el contenido del mismo, lo que claramente no parece adecuado.

Asimismo consignamos el apoyo dado por ciertos senadores a la permanencia del concepto, haciendo especial referencia a la opinión del senador Espina, la cual llama particularmente la atención, debido a la argumentación por él esgrimida.

El senador Espina señaló que el matrimonio era un contrato y como tal podía contener causales de terminación sobrevivientes que no afectaren su validez, por lo que no era necesario modificar el concepto que lo define como indisoluble, ya que de igual modo seguiría siéndolo. Esta opinión parece altamente criticable desde el punto de vista jurídico, por los siguientes argumentos:

Como anteriormente consignamos en este trabajo, no creemos correcto definir al matrimonio como un contrato. Sin embargo el senador si bien opta por considerar al matrimonio un contrato al mismo tiempo dice que es indisoluble, binomio que como expresamos anteriormente, parece adolecer de incongruencias insalvables.

Sin embargo, no se queda sólo en eso, sino que agrega que el divorcio equivaldría a una causal de terminación sobreviviente del matrimonio. Cabe entonces preguntar: ¿dónde queda la indisolubilidad del matrimonio si él mismo está señalando que existen causales de terminación sobrevinientes? La contradicción es clara, y es que indisolubilidad con causales de terminación no parecen en absoluto términos conciliables o compatibles, si partimos del lógico punto de vista que indisoluble es aquello que no permite disolución, que por consiguiente no se puede terminar, como algo indisoluble admitiría causales de terminación.

Y finalmente, concluye su línea argumental señalando un ejemplo, mencionando al contrato de compraventa. Frente a esto podríamos decir que nada más alejado de la definición de matrimonio en nuestros tiempos que una compraventa, contrato que versa

sobre cosas, por lo que es inconcebible establecer una comparación entre matrimonio y compraventa. Cito textual a Espina, para mantener la fidelidad del argumento: “Por ejemplo, la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, pero luego se puede resciliar, rescindir o resolver. El matrimonio por regla general, es indisoluble, excepcionalmente, cumpliéndose determinados requisitos, se permite la disolución.”¹¹²

Ante tal cita cabe una reflexión: como bien dice el senador Espina en la compraventa las partes convienen en el precio y en la cosa, tiene esto algo en común con el consentimiento de los consortes al aceptar contraer matrimonio, existe entre ellos una semejanza que permita aplicar la terminología de causal de terminación sobreviviente, o acaso el matrimonio se termina como un simple contrato de compraventa. La respuesta pareciera ser claramente negativa, y es que hacer alusión a un contrato como la compraventa en este caso, parece una degradación del concepto de matrimonio incoherente con la esgrimida defensa del matrimonio y de la familia en la cual se escudaban por los parlamentarios.

Junto con el senador Espina, el senador Viera-Gallo defendió la misma posición, pero utilizando un argumento que ya mencionamos en este trabajo, y que parece coherente con la noción de matrimonio de nuestra cultura jurídica, el referido senador señala que se debe mantener inalterado el concepto, porque “la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del contrato”¹¹³, opinión que fue acogida y respaldada luego en la Cámara de diputados.

En la Comisión del Senado las razones esgrimidas para conservar el concepto del 102, y que en definitiva se impusieron en la discusión parlamentaria fueron similares a las esgrimidas por Mariana Aylwin, aunque quizás dotadas de mayor lucidez, estas razones pueden resumirse en tres puntos, a saber:

¹¹² . *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Diario de sesiones del Senado. Segundo informe de Comisión, de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sesión 11. Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004, páginas 390 y 391.

¹¹³ . *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Diario de sesiones del Senado. Segundo informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sesión 11. Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004, página 391.

1-Como señaló el senador Viera-Gallo, la indisolubilidad se relacionaría con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del matrimonio.

2-No existe impedimento para que un acto válido, pueda terminar después por causa superveniente.

3- Y finalmente la ya reiterada mención a la excepcionalidad de la disolubilidad frente a la regla general que es la indisolubilidad del matrimonio¹¹⁴.

Los argumentos primero y tercero están estrechamente vinculados, ya que precisamente de la intención de los contrayentes es que emana la característica del afán de permanencia del matrimonio, la intención de los contrayentes es casarse para toda la vida, de modo que lo común será esto, lo que no obsta que en circunstancias especiales el vínculo que se pretendía indisoluble, pueda disolverse.

Sin embargo es cuestionable que por estas razones se deba mantener la expresión indisoluble, ya que en estricto rigor los mismos argumentos dan a entender que el matrimonio puede disolverse, en casos excepcionales, como señalan los legisladores, pero se disuelve. Si como dijimos fuese correcto señalar que la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes, parece entonces que la definición de matrimonio no debería incluir la expresión indisoluble como parte integrante de la naturaleza del matrimonio, sino que se debería hacer referencia a esta característica como una intención de las partes al celebrar al matrimonio, pero no como una característica inherente al matrimonio propiamente tal, por lo que no se justificaría incluir la voz indisoluble en la definición legal de matrimonio.

El segundo argumento no hace más que reforzar la idea que el matrimonio es un acto disoluble, ya que al señalar que un acto válido puede después terminar por causa sobreviviente, lo que sucedería en caso del matrimonio y el divorcio, están aceptando precisamente que el matrimonio que cumplió con todos los requisitos necesarios para nacer perfecto a la vida jurídica, incluida la intención de los contrayentes de que sea para siempre, pueda posteriormente terminar, que no es otra cosa, que disolverse, por

¹¹⁴BARRIENTOS GRANDÓN JAVIER, NOVALES ALQUÉZAR ARANZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis, segunda edición, Santiago, Chile, 2004, página 163.

una causa sobreviviente, que no serían otras que las causales de divorcio reguladas en los artículos 54 y 55 de la ley de matrimonio civil, por lo que este argumento se vuelve en contra de la referida opción de mantener la expresión indisolubilidad.

Por otro lado hubo un grupo de parlamentarios que promovieron la modificación del concepto, en consideración a la contradicción que implicaría introducir el divorcio vincular y mantener el concepto de matrimonio indisoluble.

Dentro de este grupo estuvo el senador Carlos Ominami, quien en la discusión planteada en el Senado respecto de la modificación del 102, a lo menos en la frase que consagra la indisolubilidad del matrimonio, puso el énfasis en la exigencia de objetividad que rodea a toda norma jurídica, es decir, que el alcance de las normas jurídicas no puede quedar entregado a la mera intención de los contratantes. De manera que subraya la contradicción que se produce, si se afirma que el matrimonio es indisoluble, y luego seguidamente, se regula su disolución. Por esto, señala que el artículo 102 de no ser expresamente modificado quedaría “tácitamente modificado”, ya que la Ley de Matrimonio Civil N° 19947 es posterior al artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio como indisoluble¹¹⁵.

En apoyo a la postura de Ominami, el Senador Silva también recalcó la objetividad que debe tener una norma jurídica, aludiendo a modo de crítica a la opinión del Senador Viera Gallo, señalando que este criterio, implicaría incorporar un elemento subjetivo a la norma jurídica que define al matrimonio, ya que el carácter disoluble o indisoluble del matrimonio dependería del fuero interno de quien contrae matrimonio, y no de una norma de derecho como según su opinión correspondería, ya que es precisamente el atributo de la objetividad de una norma jurídica, la que le da seguridad jurídica a la misma, de modo que sería imposible concluir que el matrimonio seguirá siendo indisoluble si se regula su disolución¹¹⁶.

¹¹⁵ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de sesiones del Senado, sesión 19. Biblioteca del Congreso Nacional, volumen V. Santiago, Chile 2004, página 1430 y 1431.

¹¹⁶ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de sesiones del Senado, sesión 19. Biblioteca del Congreso Nacional, volumen V. Santiago, Chile 2004, página 1431.

Si analizamos estas dos argumentaciones en términos estrictos, no parecen errados, y es que como dijimos antes, sería correcto señalar que si el matrimonio es indisoluble no podrían existir vías para su disolución, ya que parece una incongruencia notoria y desde el punto de vista semántico indiscutible; sin embargo esta proclamación y exaltación del carácter objetivo que debe tener una norma jurídica, puede ser no tan recomendable en materias sensibles como el Derecho de Familia, en el cual están involucrados mucho más que una serie de principios jurídicos reconocidos positivamente en su mayoría. Esto no quiere decir que estemos de acuerdo con la conservación del concepto, sino que sólo estamos enfatizando en que el argumento de la objetividad de las normas jurídicas en este tipo de materias no es tan contrarrestable como lo puede ser en otra área del Derecho.

Es interesante también la referencia que hace el senador Ominami, a la modificación tácita del concepto, producido por la entrada en vigencia de la nueva ley de matrimonio civil. Nos preguntamos acá si es que el senador se quiso referir a la derogación tácita del concepto planteada por algunos autores e incluso acogida jurisprudencialmente, o se refiere a una situación jurídica especial a la que denominó modificación tácita.

Adhiriendo a esta posición los senadores Núñez y Gazmuri, propusieron reemplazar el concepto de matrimonio del artículo 102 por el siguiente “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de crear una unidad de vida entre ellos, en donde ambos se procurarán respeto, igualdad, ayuda mutua y la posibilidad de procrear hijos”¹¹⁷

Esta postura también fue apoyada por el ejecutivo, personificado en el Ministro de justicia de la época, José Antonio Gómez, quien manifestó la incongruencia que significaría mantener el concepto de matrimonio indisoluble, si se aprobaba el divorcio vincular.

¹¹⁷ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de sesiones del Senado. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Indicaciones N° 247, sesión 19, martes 16 de diciembre del 2003. Biblioteca Congreso Nacional, Volumen V. Santiago, Chile 2004

Esto llevó a que el ejecutivo también propusiera un nuevo concepto de matrimonio, a saber: “es la formalización de una unión heterosexual, con voluntad de permanencia, ante un representante del poder público”¹¹⁸.

Nos abocaremos a analizar los dos conceptos de matrimonio propuestos en el parlamento para reemplazar el del artículo 102 del Código Civil.

Partiremos con el concepto de los senadores Núñez y Gazmuri: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de crear una unidad de vida entre ellos, en donde ambos se procurarán respeto, igualdad, ayuda mutua y la posibilidad de procrear hijos”¹¹⁹

Parten manteniendo la noción de que el matrimonio es un “contrato solemne”. Como ya se ha dicho no parece lo más adecuado señalar que el matrimonio es un contrato por los argumentos ya examinados en la parte pertinente de este trabajo.

Luego destaca el concepto, que el matrimonio es sólo entre un hombre y una mujer, descartando una posible unión homosexual, idea inconcebible en la época, pero que hoy en día ha cobrado relevancia, por una moción de un grupo de diputados que plantea eliminar la referencia al matrimonio heterosexual, dejando la puerta abierta para legislar sobre el matrimonio homosexual¹²⁰. No obstante esta iniciativa, la idea de permitir el matrimonio gay sigue siendo bastante lejana en nuestra cultura jurídica.

Señala luego que el fin del matrimonio es crear una unidad de vida entre los cónyuges. Esta terminología si parece plausible, precisamente por que el matrimonio busca formar esta unidad de vida, unir a dos personas para que construyan una vida en común, para que sean uno solo, en términos cristianos, para ir forjando un futuro juntos, en una unidad que incluye cuerpo y alma.

¹¹⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO CARMEN. *Seminario: Nueva ley de matrimonio civil, ley 19947. “Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: Un apunte general”*. Editado por el Colegio de abogados de Chile AG., Santiago, Chile, 2004, página 6.

¹¹⁹ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Diario de Sesiones del Senado. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Indicaciones N° 247, sesión 19, martes 16 de diciembre del 2003, Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004., página 1431.

¹²⁰ Ver moción parlamentaria

Justamente es esta unidad de vida la que da origen a lo que comúnmente se les denomina fines del matrimonio, esto es, la procreación, la realización personal, la formación de la familia, etc., todos estos fines tienen como base un fin primordial que es esta unidad de vida, que en definitiva permite que sobre ella se construya todo lo demás.

Y finaliza señalando: “en donde ambos se procurarán respeto, igualdad, ayuda mutua y la posibilidad de procrear hijos”. En este caso hay una mezcla de los deberes-derechos que el matrimonio impone a los cónyuges (respeto, ayuda mutua, igualdad), con uno de sus fines (procreación).

Partiremos señalando que en general no creemos adecuado mencionar en el concepto los derechos-deberes del matrimonio, ya que se genera el siguiente conflicto; si los incluimos todos el concepto sería muy largo, lo que no es adecuado, y si mencionamos algunos como en este caso, quedará la impresión de que hay algunos más relevantes que otros, o que tienen una connotación especial, lo que tampoco parece correcto. Por lo que lo más adecuado sería si bien hacer referencia a que el matrimonio crea derechos-deberes para los cónyuges, no individualizar alguno de ellos, ya que de su regulación se preocupa el Código Civil en forma especial.

Lo mismo podemos decir respecto de la inclusión en el concepto de fines específicos como la procreación. Y en este caso es aún menos recomendable, ya que los fines del matrimonio varían y son recurrente motivo de discusión, no existe unanimidad para señalar cuales son, y tampoco están regulados taxativamente por el legislador como los derechos-deberes, por lo que mencionar uno o alguno de ellos es inconveniente o por lo menos foco de conflictos. Por eso parece plausible el señalar como fin del matrimonio la creación de una unidad de vida, ya que es un fin genérico, amplio que deriva en muchos otros fines específicos, y por último si se quiere destacar un fin o algunos fines, es siempre más adecuado utilizar la voz “entre otros”.

En conclusión estamos frente a un concepto que no supera dos inconvenientes del actual; tanto al considerar un contrato al matrimonio, como al mencionar algunos fines y algunos derechos-deberes, sin señalar que la enumeración no es taxativa. El

aspecto positivo destacable es la mención de “creación de una unidad de vida” como fin primordial de todo matrimonio.

Corresponde ahora analizar el concepto propuesto por el Ejecutivo de la época que definía al matrimonio con las siguientes palabras: “es la formalización de una unión heterosexual, con voluntad de permanencia, ante un representante del poder público”¹²¹.

El primer comentario que provoca este concepto, es que elude dar una posición respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio; aunque no estaría tan errado pensar que adhiere a la posición de que el matrimonio es simplemente un acto del Estado, ya que pone énfasis en la intervención de un funcionario público. Y a la vez por descarte, si claramente no adhiere a la posición que es un contrato, tendríamos que pensar o que es una institución o que es un acto del Estado, pero lo de institución no lo deja establecido claramente, porque es un concepto más bien relativo, informal, que tiende a desligarse de esas concepciones para evitar discusiones, razón por la que sólo podríamos hacerla coincidir con la postura de quienes conciben al matrimonio como un acto del Estado.

Parte señalando que es la “formalización de una unión heterosexual”. Respecto a lo de la heterosexualidad, remitiremos a lo señalado al respecto en el comentario del concepto anterior.

Si bien podríamos concordar que el matrimonio trae consigo la formalización de una unión, es claro que es mucho más que eso, parece incompleto y vago definir al matrimonio simplemente como la formalización de una unión, puede ser eso, pero no sólo eso.

Si suena acertada la frase “con afán de permanencia”, es una buena manera de reemplazar la voz indisoluble, y representa bien lo esencial del matrimonio, esto es, la voluntad de los cónyuges de unirse para siempre; y a su vez es conciliable con la regulación del divorcio que se introdujo en la legislación.

¹²¹ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de Sesiones del Senado, sesión 11, anexo N°1, Indicaciones de S.E el Presidente de la República, 13 de septiembre del 2001, Biblioteca Congreso Nacional, volumen II, Santiago, Chile 2004, página 636.

La mención de la intervención del funcionario del Estado, también parece acertada, para destacar lo esencial de esta intervención y distinguirla así de la intervención de estos funcionarios en otros actos jurídicos en que actúa como un mero ministro de fe, dejando claro que esta intervención es parte integrante del concepto de matrimonio, distinguiéndolo así de un mero contrato.

Es decir, en este concepto encontramos dos buenos elementos, que son: la mención del funcionario público, y sobretodo el afán de permanencia. Sin embargo también puede ser calificada de incompleta, no sólo porque no define en sí la naturaleza del matrimonio, sino que también porque nada menciona respecto de los derechos-deberes que el matrimonio crea para los cónyuges, ni hace alusión alguna a la finalidad del matrimonio, punto a parecer de muchos importante por la trascendencia social y jurídica del matrimonio, y sobretodo porque no está regulado en ninguna otra parte.

Cabe mencionar que el ministro de justicia de la época, Señor Marco Antonio Gómez, manifestó expresamente su voluntad de modificar el concepto del 102, señalando que si bien la Cámara de diputados optó por mantener la redacción del artículo 102 como intención programática, “será incongruente mantener la declaración de indisolubilidad si se acuerda incorporar el divorcio vincular”, de ahí que el ejecutivo propuso suprimir la moción de indisolubilidad del artículo 102.¹²²

Junto con estas propuestas de suprimir el concepto del 102 y reemplazarlo por alguno de los señalados, se hicieron también indicaciones en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, cuya finalidad era eliminar la expresión “indisolublemente”.

La primera de ellas fue efectuada el 13 de septiembre del 2001 por el Presidente de la República al Congreso, y en ella proponía reemplazar la frase “e indisolublemente y por toda la vida”, por la frase “y para toda la vida”¹²³. La Comisión rechazó esta

¹²² *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de sesiones del Senado, Segundo Informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sesión 11. Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004, , página 391 y 392

¹²³ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Indicaciones del Ejecutivo al proyecto de nueva ley de matrimonio civil, 13 de septiembre del 2001. Diario de Sesiones del Senado Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004.

indicación fundándose en que sería innecesaria, en consideración al carácter excepcional que tendría el divorcio en nuestra legislación, según lo ya señalado por la Cámara de Diputados¹²⁴.

En tanto los senadores Ávila, Núñez, Parra, Pizarro y Silva, presentaron una indicación que proponía eliminar del artículo 102 la expresión “indisolublemente”, y también la expresión “procrear”¹²⁵.

Las dos indicaciones señaladas que compartían la opción de modificar la expresión indisoluble contenida en el concepto de matrimonio, dado por el Código Civil en el artículo 102, fueron rechazadas en la referida Comisión por cuatro votos a uno¹²⁶.

Opiniones doctrinales. Análisis argumental

El debate en relación a la modificación del concepto de matrimonio como consecuencia de la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación, traspasó las dependencias del Congreso Nacional, siendo tema abordado por algunos autores en sus obras sobre la nueva legislación matrimonial y también fue un tema expuesto en algunos seminarios y conferencias. Así podemos distinguir dos opiniones al respecto; aquellos autores que creen que el legislador se equivocó al no modificar el concepto de matrimonio, y aquellos que piensan que la opción del legislador de conservar el concepto fue la correcta.

- Autores que creen que el legislador se equivocó al no modificar el concepto de matrimonio

¹²⁴ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de Sesiones del Senado, sesión 11, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Biblioteca Congreso Nacional, volumen V, Santiago, Chile 2004, página 543.

¹²⁵ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario.* Diario de sesiones del Senado, martes 16 de diciembre del 2003. Indicación N° 249. Biblioteca Congreso Nacional, volumen V Santiago, Chile 2004.

¹²⁶ Los senadores Chadwick, Espina, Romero, y Viera-gallo votaron para rechazar las indicaciones; el único voto favorable a las indicaciones fue del senador Silva. (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Diario de Sesiones del Senado)

En el año 2004, el Colegio de abogados de Chile organizó un seminario sobre la nueva Ley de Matrimonio Civil. En este seminario la abogada Carmen Domínguez Hidalgo, al analizar las reformas generales a la legislación matrimonial y de familia, se refirió en primer término a la decisión del Congreso de conservar el concepto de matrimonio.

La expositora señalada recalca que la no modificación del concepto no fue un olvido del legislador, sino por el contrario una opción deliberada, lo que pudimos comprobar con el debate y las ideas recién expuestas.

Y partiendo de esa aseveración, afirma sin titubear que fue un error, inexplicable e incoherente, atribuible al desconocimiento de los parlamentarios del real contenido y trascendencia de la reforma¹²⁷.

Los razonamientos que la llevan a esta conclusión se pueden englobar en dos ideas fuertes, estas son:

Enfatiza en el significado de la palabra “indisoluble”, señalando incluso la definición que da la RAE al respecto (es lo que no se puede disolver o desatar), lo que demostraría la incongruencia lógica del divorcio vincular con la noción de matrimonio indisoluble, ya que el matrimonio indisoluble implica la imposibilidad de admitir cualquier forma de disolución, salvo la muerte de un cónyuge o la declaración de nulidad, es decir, un vínculo jurídico que no admite límite temporal alguno.

En segundo lugar manifiesta su disconformidad con el argumento de los legisladores, en cuanto a que el matrimonio por regla general continuaría siendo indisoluble, y el divorcio tendría lugar sólo en casos de excepción, por lo que no sería necesaria la alteración del concepto.

¹²⁷DOMINGUEZ HIDALGO, CARMEN. *Seminario: Nueva ley de matrimonio civil, ley 19947. “Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: Un apunte general”*. Editado por el Colegio de abogados de Chile AG., Santiago, Chile, 2004, página 4.

Al respecto destaca que la reforma introducida, en ningún caso puede ser calificada de restrictiva, como para considerar al divorcio una excepción, sino que por el contrario, la califica de amplia, ya que permite incluso el divorcio unilateral, sin establecer mayores resguardos en comparación a otras legislaciones. En este punto alude a que nuestro legislador no contempló las llamadas “cláusulas de dureza”, que implican una limitación para conceder el divorcio, como por ejemplo que el juez pueda denegar el divorcio si éste se opone nítidamente al interés familiar o infrinja un perjuicio irreparable al otro cónyuge.

Su conclusión final se traduce en enfatizar, que no obstante el concepto, el matrimonio dejó de ser indisoluble, cada vez está más cerca de las instituciones de derecho privado, gobernadas por la autonomía de la voluntad, convirtiéndose así en otra manifestación de la contractualización del derecho de familia, y tomando distancia de la noción de orden público.

El análisis de la opinión recién sintetizada, se puede concretar en los siguientes comentarios:

- El primer argumento esgrimido parece en principio del todo lógico y correcto, y es que si analizamos el término indisoluble sólo considerando su sentido semántico, es claro que el matrimonio con la aceptación del divorcio vincular perdió esta característica, ya que el divorcio justamente permite y regula la disolución del vínculo matrimonial.

Sin embargo, este argumento puede ser rebatido aludiendo a la especial interpretación que en este caso se debe atribuir a la voz indisoluble, ya que perfectamente podríamos decir que esta palabra tiene un significado especial en materia de derecho matrimonial, por lo que no bastaría atribuir el significado habitual a la voz indisoluble, ya que tendría una connotación jurídica particular. En este caso puede incluso ser pertinente recordar las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil, especialmente en su artículo 21¹²⁸. Una opinión conciliable con esta idea

¹²⁸ Artículo 21 Código Civil: Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

manifiesta el profesor Barrientos, quien para defender la conservación del concepto da una especial interpretación a la voz indisoluble, la que analizaremos posteriormente, oportunidad en la cual ahondaremos un poco más en este tema.

- En cuanto al segundo argumento enfatizaremos en la aseveración de que nuestra legislación no fue restrictiva al regular el divorcio, sino por el contrario, lo hizo en términos amplios, fundamentalmente porque no incorporó las denominadas cláusulas de dureza.

Debemos partir por entender que es una cláusula de dureza. La cláusula de dureza faculta al juez para no dar lugar al divorcio, no obstante concurren todos los requisitos para configurar la causal exigida por el legislador, cuando a su juicio el divorcio pueda provocar daños mayores¹²⁹. Es decir, es una facultad del juez para restringir la admisibilidad del divorcio, y a su vez una limitación a la voluntad de una o ambas partes que solicitan esta resolución, basada en la protección de la familia, de los menores, y del cónyuge más desprotegido.

El proyecto original contemplaba este tipo de cláusula en el artículo 56 que señalaba: “No obstante verificarse las causales previstas en los artículos 52 y 53 podrá el juez no dar lugar al divorcio si atendida la avanzada edad de los cónyuges u otras circunstancias semejantes, arribase fundada y terminantemente a la conclusión de que el daño que el divorcio se evita es claramente menor que aquel que al decretarlo actualmente se causa.

En tales casos, el juez expondrá pormenorizadamente las razones y hechos que, constando en el ordenamiento jurídico, y en el proceso, funden su decisión y decretará desde ya la separación de los cónyuges”¹³⁰

¹²⁹ VELOSO VALENZUELA PAULINA. “El Divorcio” en *Ley N° 19947 de Matrimonio Civil. Seminario*. Editado por Academia Judicial de Chile. 13 y 14 de octubre de 2004, Santiago, Chile, página 62.

¹³⁰ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Sesión 27, Cámara de diputados, martes 28 de noviembre de 1995. Biblioteca Congreso Nacional, volumen I, Santiago de Chile 2004, página 30.

En este artículo se establecía una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, pero al mismo tiempo otorgaba al juez la facultad y asimismo el deber, de velar porque el divorcio efectivamente fuere la única solución viable que evitara un mal mayor, de manera que si el divorcio fuere a provocar un daño mayor, podía denegarse, y en su reemplazo decretar la separación de los cónyuges, con la posibilidad de que si cambiasen las circunstancias, cualesquiera de los cónyuges pudiese solicitar el divorcio.

De manera que la opción de eliminar esta disposición no fue irrelevante, sino que de ella se puede desprender una conclusión importante, esta es, que los legisladores priorizaron la autonomía de la voluntad de las partes, por sobre cualquier otro interés que es posible advertir en la institución del matrimonio, lo que sin duda parece contradecir la postura de establecer un divorcio excepcional.

Las razones que llevaron a los parlamentarios a desechar la inclusión de este artículo se fundan en que ellas otorgarían una amplia discrecionalidad al juez para resolver las materias de que se trate, lo cual implicaría una contradicción con el carácter objetivo que se pretendió dar a las causales de divorcio en la nueva legislación, según se plasmó en las propias actas de la ley¹³¹. Y sin duda esta opción también viene a confirmar la intención de los legisladores de otorgar mayor relevancia a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, recalcando que es el consentimiento de las partes el elemento esencial en el matrimonio, acercando a nuestra legislación familiar a la tendencia privatista o autonomista del Derecho de Familia contemporáneo.

De modo que no es errado señalar que nuestros legisladores fueron bastante liberales al regular el divorcio, lo que es paradójal con la dificultad que se manifestó en el Congreso para aprobar la ley. De hecho muchas legislaciones más avanzadas que la nuestra y que contemplan el divorcio hace ya bastantes décadas, establecen las denominadas cláusulas de dureza o cláusulas de rigor para limitar la admisibilidad del divorcio, dando mayor atribución a los jueces para pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia.

¹³¹ *Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario*. Sesión 36, martes 2 de septiembre de 1997, Biblioteca Congreso Nacional, volumen II. Santiago de Chile 2004, página 284.

No obstante de eso, y haciendo justicia a los legisladores, vale decir, que es correcto señalar que un sistema objetivo de causales de divorcio, no implica la inclusión de este tipo de causas, por lo que en términos estrictos, esto puede ser considerado un acierto de los legisladores, o por lo menos un acto coherente de aquellos.

Sin embargo, cabe preguntarse, si es que la inclusión de una única cláusula de dureza, como la que se presentó en el proyecto original, es suficiente o acaso tan poderosa como para quitar el rasgo de la objetividad al sistema. Parece que la respuesta tiende a ser negativa, y más aún si reparamos en que nuestro legislador reguló no sólo un divorcio basado en una causal objetiva como el cese de convivencia, sino que también contempló el divorcio por culpa, el cual obviamente implica un grado de subjetividad, e igualmente da un margen de deliberación al juez, el cual deja de ser un sujeto que meramente constata una situación, como en el cese de convivencia, y se convierte en el sujeto encargado de estimar si se configura o no la causal invocada por una de las partes, esto es, si se configura la culpa del cónyuge demandado, y es que si hablamos de culpa, no hay duda que estamos invocando un grado de subjetividad, ya que como sabemos, la culpa objetiva casi no tiene aplicación en la legislación civil, ni menos en la legislación de familia.

Por otro lado, esta alusión a la incongruencia entre este artículo con el sistema objetivo, no fue tomado en cuenta cuando se discutió la modificación o conservación del concepto de matrimonio indisoluble consagrado en el 102, ya que el motivo para mantener el concepto implicaba en opinión de alguno de los legisladores agregar un elemento subjetivo a la norma jurídica, lo que no era conveniente en aras de la seguridad jurídica, sin embargo, esta indicación de modificar la noción de indisoluble fue rechazada por los mismos legisladores, que en este caso suprimieron el artículo por vulnerarla objetividad del sistema, lo que revela una inconsistencia en el debate parlamentario.

Si vemos las legislaciones comparadas, observaremos que en varias de ellas si se contemplan cláusulas de dureza, aunque se trate de países que establecieron el divorcio varias décadas antes que Chile. Y es que en este tema los legisladores mantuvieron la antañña noción del juez espectador que tantas veces se ha intentado superar, pero que parece demasiado inculcada en nuestra tradición jurídica, por lo que de cierto modo esta

no inclusión de cláusulas de dureza en la nueva legislación de matrimonio civil, puede ser más atribuible a esta concepción clásica de cual es el papel que debe desempeñar un juez en un juicio, que al argumento de proteger la objetividad que se intentó dar al sistema.

Así por ejemplo, la legislación alemana, estableció el divorcio el 14 de junio 1976, a través de una reforma al BGB, dio la facultad al juez para suspender el divorcio si es notoriamente inconveniente para una de las partes, así el código civil alemán señala: “No habrá lugar al divorcio si bien existe ruptura matrimonial, siempre y cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad nacidos gracias al mismo, o cuando el divorcio supondría, a causa de las circunstancias extraordinarias, una carga tan grave para el cónyuge opuesto al mismo que haga que la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente imprescindible, incluso, teniendo en cuenta los intereses del otro cónyuge solicitante”¹³².

Por otro lado la legislación francesa autoriza al juez a denegar el divorcio cuando sea excepcionalmente duro para uno de las partes o para los hijos, o cuando el demandado estuviere enfermo y pudiere agravarse. En tanto la legislación inglesa, también otorga esta facultad al juez, aunque en términos más amplios, ya que le permite denegar el divorcio por decisión unilateral si causare un grave perjuicio al otro cónyuge.

133.

En el vecino Argentina se acogió el divorcio en 1987, a través de la ley N° 23515, estableciendo sin embargo que el juez podría negar el divorcio si estimase que las razones que las partes invocan no son graves¹³⁴.

¹³² VELOSO VALENZUELA PAULINA. “El Divorcio” en *Ley N° 19947 de Matrimonio Civil. Seminario*. Editado por Academia Judicial de Chile. 13 y 14 de octubre de 2004, Santiago, Chile, página 62.

¹³³*Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional*. Instituto de Ciencias de la Familia. Facultad de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Cuadernos de Extensión Jurídica 3. Universidad de los Andes, 2002, Santiago, Chile, páginas 12 y 13.

¹³⁴*Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional*. Instituto de Ciencias de la Familia. Facultad de Derecho. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Cuadernos de Extensión Jurídica 3. Universidad de los Andes, 2002, Santiago, página 12

Hay otros países como Chile en que no se permite al juez aplicar estas cláusulas de dureza, como por ejemplo España, Bélgica, Italia entre otros.

No obstante esta afirmación de que nuestro legislador no contempló cláusulas de dureza no es unánime, ya que existen quienes señalan que es posible reconocer una cláusula de dureza en el artículo 55 inciso 3 de la ley 19947, al conceder al juez la facultad de no dar lugar al divorcio en caso que el demandante de divorcio (petición unilateral de divorcio) haya incumplido reiterada y culposamente su obligación de alimentos¹³⁵. De hecho el senador Ominami presentó una moción para modificar este artículo suprimiendo aquella parte que faculta al juez a denegar el divorcio si el demandante no ha cumplido su deber de alimentos pudiendo hacerlo, con el objeto de agilizar la tramitación en los tribunales de familia, y en la moción se refiere al artículo 55 como una cláusula de dureza¹³⁶.

Atendida la diversidad y extensión que suele darse en las distintas legislaciones al contenido de las llamadas cláusulas de dureza, no parece en principio errado pensar que la contenida en el artículo 55 es una de ellas, atendido a que cumple el requisito de otorgar al juez la facultad de rechazar el divorcio no obstante cumplirse todos los elementos que configuran la causal que le da lugar; sin embargo podemos observar dos diferencias relevantes entre las cláusulas referidas y lo dispuesto en el citado artículo, estas son:

En primer lugar en las cláusulas de dureza el juez niega el divorcio para evitar un mal mayor de aquel que el divorcio pretende subsanar. En caso del artículo 55 no existe este móvil, sino que se basa en un hecho concreto que es el no cumplimiento de la obligación alimenticia, lo que no necesariamente puede ser calificado como mal mayor en comparación al daño que el divorcio pretende evitar.

¹³⁵ Artículo 55 inciso 3 ley 19947: “Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos, respecto del cónyuge demandado, y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo”.

¹³⁶ OMINAMI, CARLOS. Moción en la honorable Cámara del Senado 4985-07. 12 de abril del 2007.

En segundo lugar, observamos que el papel que juega el juez en uno y otro caso es muy diferente; mientras en las cláusulas de dureza el rol del juez es preponderante y activo, ya que es él quien debe definir y determinar cuando el divorcio va a ser una peor solución que la mantención del vínculo, o que va a ocasionar un perjuicio excepcional al cónyuge o a los hijos, lo que exige un estudio acabado del caso y de las circunstancias que lo rodean, junto con aplicación de criterios personales y parámetros jurídicos; en el artículo 55 lo único que debe hacer el juez es verificar a petición de la parte demandada el no pago de la obligación alimentaria, sin estudiar otro antecedente, ni utilizar algún criterio jurídico o humano en particular, sólo realiza la constatación de un dato objetivo.

En consideración a estas dos diferencias, parece más correcto señalar que el artículo 55 no contiene una cláusula de dureza, ya que las diferencias que hay entre ellos son más definitorias que los aspectos en común, no obstante entonces que podamos considerar que el artículo 55 establece una limitación para solicitar el divorcio, no por eso debe denominarse cláusula de dureza.

Esta aptitud deliberada del legislador de no contemplar las llamadas cláusulas de dureza, da lugar a la crítica expuesta referente al carácter excepcional del divorcio frente a esta apertura en cuanto a su admisibilidad sin establecer mayores restricciones para su otorgamiento, lo que revelaría una incongruencia parlamentaria.

A primera vista pareciera que la crítica es acertada, sin embargo es posible señalar que ambos aspectos no necesariamente deben ser relacionados de esa forma, es decir, no necesariamente el divorcio es excepcional cuando se establecen cláusulas de dureza, o expresado de otra forma, las cláusulas de dureza no transforman en excepcional al divorcio.

Esto es explicable de la siguiente manera: si bien las cláusulas de dureza podrían reducir el número de divorcios al interponer un nuevo obstáculo para su obtención, esto no significa que el divorcio sea excepcional por eso, ya que este tema va más allá de las estadísticas al respecto, como anteriormente señalamos, de manera que el no establecimiento de estas cláusulas no determina que el divorcio pierda su carácter de excepcional, ya que este carácter no atiende sólo al número que señalan las estadísticas, sino que tiene como factor determinante la esencia del propio matrimonio, esto es su

afán de permanencia, determinado por la voluntad de los contrayentes de formar un vínculo perdurable sin limitaciones temporales, de manera que el divorcio se plantea como excepcional frente a la esencia que determina a una institución como el matrimonio, y no por el número de sentencias judiciales que lo declaren en un tiempo determinado.

Concluyendo, si bien la postura de la ex diputada Aylwin es criticable desde el punto de vista de su argumentación, tiene la virtud de recalcar que la regulación del divorcio no implica terminar con la relevancia social que tiene el matrimonio, y menos aún implica que ahora las personas se van a casar con la intención de divorciarse, sino por el contrario, el ánimo de permanencia, y la voluntad de que el vínculo sea estable subsisten, pero aceptando ahora que en aquellos casos en que no se pueda continuar con la vida en común pueda disolverse el vínculo para evitar daños mayores, y es en ese sentido que el divorcio será excepcional. De manera que la contra argumentación de Carmen Domínguez, en ese punto parece no del todo acertada, ya que la excepcionalidad del divorcio no está determinada por la existencia de las cláusulas de dureza sino por la esencia del vínculo matrimonial.

El profesor Juan Andrés Orrego sostiene que si bien en un principio podría entenderse que no se modificó el concepto, porque el matrimonio sigue siendo indisoluble atendiendo a que no admite resciliación como otros contratos, o sea, no se termina por la sola voluntad de los contrayentes, ya que la legislación incluso en el divorcio de mutuo acuerdo exige la concurrencia de otros requisitos, como el cese de convivencia por un período determinado de tiempo, es claro que la frase indisolublemente y por toda la vida dejó de ser de la esencia del matrimonio, y sólo responden a la lógica aspiración de los contrayentes al momento de contraer el vínculo matrimonial, lo que no sería suficiente argumento para la conservación del referido concepto¹³⁷.

Luego de esto el mismo profesor señala que lo correcto sería afirmar que existe una derogación tácita del artículo 102 del código civil, en la parte referida a la

¹³⁷ ORREGO JUAN ANDRÉS. *Análisis de la nueva ley de matrimonio civil: Referencias a las normas reglamentarias de la ley de matrimonio civil, decreto supremo 673. Comentarios a la ley 19968, de tribunales de familia*. Editorial Metropolitana, segunda edición, Santiago, Chile, 2005 página 13.

indisolubilidad, esto es, la frase “indisolublemente, y por toda la vida”. Esta opinión es sostenida también por otros autores, quienes concuerdan con Orrego en esta derogación tácita parcial del artículo, o bien sostienen que todo el artículo debe entenderse tácitamente derogado.

- Autores que creen que la opción del legislador de conservar el concepto de matrimonio del 102 fue correcta

Frente a las opiniones recién expuestas está la de quienes defienden la conservación del concepto de matrimonio indisoluble del artículo 102, así por ejemplo es interesante analizar la postura del profesor Barrientos Grandón, quien sostiene la premisa de que el matrimonio continúa siendo indisoluble, por lo que es adecuado mantener inalterado el concepto.

Barrientos Grandón parte admitiendo que se debe dilucidar la forma en que se entenderá en el nuevo derecho matrimonial chileno la expresión indisoluble contenida en la definición de matrimonio. Este autor mantiene la opinión de considerar a la indisolubilidad como una propiedad de la naturaleza del matrimonio, lo que no se alteraría por la aceptación del divorcio vincular. Para fundamentar esta posición distingue entre una indisolubilidad intrínseca e indisolubilidad extrínseca del matrimonio.

La indisolubilidad intrínseca implicaría que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de los contrayentes, y al mismo tiempo implicaría que el matrimonio en si mismo exigiría la indisolubilidad, considerando que el ideal de matrimonio es que dure para toda la vida de los cónyuges; en tanto, que la indisolubilidad extrínseca se refiere a la imposibilidad de disolver el matrimonio desde fuera, por un acto de potestad humana cualesquiera¹³⁸.

De acuerdo a estas nociones, el profesor Barrientos concluye que el matrimonio en Chile comparte el atributo de la indisolubilidad intrínseca, propio de su naturaleza y que impide que pueda disolverse por la sola voluntad de los contrayentes, y esta

¹³⁸ BARRIENTOS GRANDÓN JAVIER, NOVALES ALQUÉZAR ARANZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis, segunda edición, Santiago, Chile, 2004, página 164.

indisolubilidad al pertenecer a la naturaleza del matrimonio, hace esencial que quienes contraen el vínculo tengan intactas sus facultades mentales y al mismo tiempo la capacidad psíquica suficiente para comprender como inseparable del matrimonio, la comunidad de vida que él implica, de manera que si no se cumplen estos requisitos estaríamos frente a la nulidad del matrimonio. Lo mismo sucedería en caso de existir un error sobre una cualidad esencial del otro cónyuge que pudiera incidir directamente en la naturaleza indisoluble del matrimonio, razón por la cual deba ser considerado como determinante para otorgar el consentimiento, ya que en ese caso faltaría el consentimiento libre y espontáneo que el matrimonio exige.

Distinto es el caso de la indisolubilidad extrínseca, ya que existe la posibilidad que la potestad civil, a través de un procedimiento judicial externo, pueda disolverlo según la forma y con las condiciones reguladas por la ley. Esta indisolubilidad externa que caracterizaría al matrimonio en Chile quedaría de manifiesto en opinión del autor expuesto con las palabras empleadas en el artículo 44 de la LMC. al señalar que “el matrimonio termina” por “sentencia firme de divorcio”, es decir, por un acto de potestad externa¹³⁹.

El planteamiento del profesor Barrientos suena bastante coherente para explicar la conservación del concepto de matrimonio indisoluble que consagra el artículo 102 no obstante la aprobación del divorcio vincular.

Esto tiene relación con lo que someramente mencionábamos antes, en cuanto a la necesidad o la conveniencia de dar una interpretación específica a la voz indisoluble del artículo 102, ya que es claro que si aplicamos la definición comúnmente empleada de indisoluble, consagrada por la RAE., el matrimonio dejó de ser indisoluble con la introducción en nuestra legislación del divorcio vincular.

Sin embargo, como advertimos en esa ocasión, no podemos olvidar que muchas veces las palabras tiene una interpretación específica cuando son empleadas en el

¹³⁹ BARRIENTOS GRANDÓN JAVIER, NOVALES ALQUÉZAR ARANZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis, segunda edición, Santiago, Chile, 2004, página 164 y 165.

ámbito jurídico, que prevalece a la hora de interpretar la norma por sobre el significado común atribuido a ella.

Esto es lo que propone el profesor Barrientos, o sea, una particular interpretación de la voz indisoluble, atribuyéndole un doble significado, que demostraría que el matrimonio sigue conservando un aspecto indisoluble, por lo que la opción legislativa de mantener el concepto que lo define como indisoluble no fue errada.

Al respecto, y después de analizar todo el debate argumental esgrimido por las diversas posiciones, pareciera que la opción de Barrientos es la más acertada para justificar la no modificación del concepto, el problema es que en ningún momento los parlamentarios aludieron esta posición, ni siquiera abogaron por una nueva interpretación de la voz indisoluble, que permitiera conciliar el concepto con el divorcio, ya que en los antecedentes de esta discusión, no se divisan elementos que nos puedan llevar a concluir que la intención de los legisladores fue conservar el concepto en aras de esta especial interpretación dada a la palabra “indisolublemente”; sino que por el contrario se expusieron otras razones ya señaladas, que revelan la intención real de los legisladores en cuanto a la no modificación de la expresión “indisolublemente”.

Por otro lado esta opinión del profesor Barrientos no cuenta con aceptación mayoritaria a nivel doctrinario, en el cual hay opiniones muy divididas al respecto, pero que en su mayoría apuntan a negar que el matrimonio sigue siendo indisoluble, no obstante esgrimir distintos argumentos; ni tampoco a nivel jurisprudencial (aunque el material jurisprudencial es escaso en este tema), por lo que no cabe aplicar aquella regla de interpretación también mencionada que señala que las palabras que tengan una significación especial para una ciencia o arte deben ser interpretadas en el sentido que comúnmente le dan a esa palabra (indisoluble en este caso), aquellos que profesan aquella ciencia o arte.

Por lo que si bien la opinión del referido autor pueda ser plausible doctrinalmente, no sólo en sentido de que esté o no en lo correcto, sino que también por que es evidentemente un aporte a la discusión que plantea un argumento novedoso e interesante, no es suficiente desde el punto de vista estrictamente legal, para justificar la

no modificación del concepto de matrimonio, por lo menos en cuanto a la declaración de indisolubilidad.

Capítulo III

¿Está derogado tácitamente el artículo 102 del Código Civil?

1-Qué entendemos por derogación. Tipos de derogación. Qué entendemos por derogación tácita. Presupuestos para estar frente a una derogación tácita.

Para tratar este tema, debemos partir por tener claro que al hablar de derogación tácita nos estamos refiriendo a una de las causales de cesación de eficacia de las normas jurídicas.

El cese de eficacia de una norma jurídica se puede producir por causas intrínsecas o extrínsecas.

Por causas intrínsecas entendemos aquellas contenidas en la misma norma de cuya extinción se trata, es decir, operan desde el interior de la norma que se extingue. Se consideran causas intrínsecas:

Transcurso del tiempo predeterminado para la eficacia de la norma (cuando se trata de las llamadas normas temporales)

Consecución del objetivo que la norma se propuso alcanzar.

Desaparición de las circunstancias determinadas para las cuales se dictó la norma.

Por causas extrínsecas entendemos a aquellas contenidas en una norma distinta de aquella que se extingue. La norma primitiva deja de tener eficacia en virtud de otra norma posterior en el tiempo. La causa de extinción en este caso opera desde fuera de la norma que dejó de existir.

La causa extrínseca por excelencia es la derogación¹⁴⁰.

¹⁴⁰ En Roma se utilizaba la expresión “rogatio”, para referirse a una propuesta de nueva ley, sin embargo para proponer esta nueva ley también era necesario una “rogatio”, de modo que para distinguir ambas se le antepuso el prefijo “ab” a aquella rogatio que buscaba suprimir una ley existente denominándosela abrogatio. Esta última expresión implicaba una supresión total de la ley anterior, de manera que para referirse a una supresión parcial se instauró el término “derogatio”.

Nuestro Código Civil trata la derogación en su título preliminar, desde el artículo 52 en adelante, sin que en estos artículos se defina a la derogación.

Podemos encontrar distintos conceptos, por ejemplo:

Es un hecho por el cual una norma jurídica se suprime total o parcialmente por otra norma jurídica de tiempo posterior, la cual sustituye o no el contenido que suprime la antigua.¹⁴¹

Marcel Planiol señalaba que se trataba de la supresión de la fuerza obligatoria de una ley, sea que reemplacen sus disposiciones por otras, sea que se la suprima lisa y llanamente.¹⁴²

En tanto que Carlos Ducci señala que la derogación de la ley es la “supresión de la fuerza obligatoria de una disposición legal, ya sea por su reemplazo por otra o por su simple eliminación”¹⁴³

El Tratado de Derecho Civil de Alessandri, Somarriva y Vodanovic contiene también una definición de derogación expresando que “la derogación es la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otra”¹⁴⁴

En general se entiende por derogación a la extinción de la eficacia de una norma jurídica por efecto de otra norma posterior.

Actualmente el término abrogación ha caído en desuso, de modo que se utiliza el término derogación para ambos fenómenos ya reseñados, es decir, tratándose de supresión total o parcial.

¹⁴¹ OHLSEN VÁSQUEZ NORMA. *La derogación de las normas jurídicas*. Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile 1967. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, página 6.

¹⁴² PLANIOL MARCEL. *Traité élémentaire de droit civil*. Novena Edición. Ed. Pichard, Paris, Francia, 1926, tomo I, página 195.

¹⁴³ DUCCI CLARO, CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile 1988, página 54.

¹⁴⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y general*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998, página 204.

Todos los autores coinciden en señalar como rasgo fundamental de la derogación de la ley el hecho de que es una facultad privativa del legislador, esto implica, que ningún otro poder del Estado cuenta con esta potestad, ni tampoco los particulares pueden derogar normas.

Esta derogación puede ser expresa o tácita y total o parcial.

La primera clasificación es la que nos ocupa a nosotros.

La derogación es expresa cuando “la nueva ley dice expresamente que deroga a la anterior” según dispone expresamente el artículo 52 inciso segundo del Código Civil. La derogación es tácita “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la anterior” (artículo 52 inciso tercero Código Civil).

La derogación tácita se distingue por dos elementos esenciales, a saber:

1-La inexistencia de una declaración particular que señale específica o genéricamente las leyes que se derogan, es decir, no requiere una declaración formal de la voluntad derogatoria.

2- Debe existir una incompatibilidad irreconciliable entre dos normas jurídicas de las que se trata, las cuales necesariamente deben ser de distinta data en el orden cronológico. Esta característica es para algunos autores el fundamento principal de la derogación tácita¹⁴⁵.

El profesor Pescio señala que la derogación es tácita “cuando resulta de la incompatibilidad o contradicción entre las disposiciones de la ley nueva con las de la antigua”¹⁴⁶. El autor señala que la derogación tácita se funda en la regla de razón, que

¹⁴⁵Ver GOMEZ PLAZA JAIME. *Problemas que plantea la derogación tácita y orgánica de las normas jurídicas*. Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile 1966. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, páginas 56, 57, 58.

¹⁴⁶ PESCIO VARGAS VICTORIO. *Manual de Derecho Civil*. Serie Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1948, página 297.

indica que si el legislador ha manifestado sucesivamente dos voluntades diversas sobre una misma materia, debe prevalecer la última.

En tanto Alessandri, Somarriva y Vodanovic en el Tratado de Derecho Civil señalan que la derogación tácita se funda en que existiendo dos leyes contradictorias de épocas diversas, se debe entender que el legislador ha dictado la segunda ley con el objeto de modificar o corregir la primera¹⁴⁷.

Asimismo el profesor René Navarro señala que cuando hablamos de derogación nos estamos refiriendo al fin de la existencia de la ley, ya que se responde a la pregunta ¿hasta cuando rige una ley? Define a la derogación como “aquel acto del propio legislador que a través de una ley pone fin a la existencia y valor de otra ley”¹⁴⁸. Lo fundamental en la derogación tácita es determinar cuando existe incompatibilidad o inconciliabilidad entre dos normas jurídicas.

Es por esto que los autores están contestes en señalar que determinar cuando hay derogación tácita es una tarea compleja, que genera diversos problemas, los que se ven agudizados por el abuso que la actividad legislativa hace de esta figura, ya que prácticamente todas las reformas que se introducen en la legislación vigente se hacen utilizando este tipo de derogación, son pocos los casos en que existe derogación expresa de normas.

Podemos decir que el elemento de la incompatibilidad se da cuando las dos normas jurídicas contienen regulaciones jurídicas diversas, de tal modo que se haga imposible la aplicación simultánea de ambas, debido a la contradicción que de esto se seguiría. En otros términos, diremos que se da este elemento cuando se hace imposible aplicar la nueva ley sin destruir la primera.

¹⁴⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998, página 204.

¹⁴⁸ NAVARRO ALVIÑA RENÉ, *Manual de Derecho Civil*, Curso de Derecho Civil I. Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica. Sujetos de Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, primera edición, Santiago, Chile, 2006, página 63.

De esta característica esencial de la derogación tácita se desprende que este tipo de derogación no se presume, sino por el contrario debe probarse, es decir, se hace necesario acreditar que la ley posterior contradice la ley anterior, de modo que no puede aplicarse una sin infringir la otra.

Doctrinalmente se han establecido tres supuestos esenciales para identificar y reconocer cuando existe derogación tácita, estos son¹⁴⁹:

1- Identidad de las materias reguladas por la ley antigua y la nueva: Este supuesto se refiere al contenido sustantivo de las leyes en conflicto. Tanto la ley antigua como la nueva ley deben referirse a una misma materia, deben regular una misma situación de hecho específica. El supuesto de hecho de regulación debe ser el mismo.

2- Identidad de los destinatarios de las normas: Nos referimos aquí a que las normas involucradas en esta controversia, es decir la ley primitiva y la nueva ley, estén dirigidas a regular el actuar o la conducta de unos mismos sujetos; es decir que los sujetos que van a ser imperados por la nueva ley sean los mismos que eran imperados por la ley antigua que regulaba las mismas materias que la nueva ley.

3- Contradicción o incompatibilidad en los fines de los preceptos: Este supuesto exige que la regulación que de la nueva ley a una determinada materia sea compatible con la regulación que daba una ley anterior a esta misma materia, dirigida a ambas a unos mismos sujetos. Es decir, el objetivo de la nueva ley debe conciliar con el objetivo de la ley antigua.

La derogación tácita puede ser total o parcial, es decir, puede abarcar a toda la ley anterior o sólo a alguna de sus disposiciones.

Al respecto el artículo 53 del Código Civil dispone que “la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”. Esto implica que mientras mayor

¹⁴⁹ OHLSEN VÁSQUEZ NORMA. *La derogación de las normas jurídicas*, Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile 1967. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, página 34.

sea el número de disposiciones incompatibles entre la nueva ley y la antigua, mayor será también la amplitud de la derogación tácita.

Cabe destacar que como señalamos anteriormente la derogación tácita deja vigentes todas aquellas disposiciones de la ley primitiva que no sean incompatibles con la nueva ley, y esta característica marca la diferencia principal entre esta derogación y la denominada derogación orgánica, que tiene lugar cuando una nueva ley regula toda la materia regulada por una o por varias leyes anteriores, dejando sin efecto todas las disposiciones anteriores sin importar si son compatibles o incompatibles con la nueva ley.

Por último debemos mencionar que Victorio Pescio tiene una opinión particular en cuanto a los supuestos en que se puede hablar de derogación tácita, ya que el autor señala que no cabe calificar de derogación tácita cuando se dicta una ley especial que regula las mismas materias de una ley general existente, ya que en este caso la incompatibilidad no sería real, sino que todo se reduciría a que se excluye del dominio de la ley general lo que corresponde al campo de aplicación restringido a la ley especial. Este postulado encontraría su fundamento en los artículos 4 y 13 del Código Civil, los cuales establecen la primacía de la ley especial sobre la general.¹⁵⁰

No obstante esta opinión, debemos señalar que la opinión dominante es la contraria a la expuesta por Pescio, ya que la mayoría de los autores aceptan la posibilidad de que una ley especial derogue tácitamente a una ley general, así lo exponen Alessandri, Sommarriva y Vodanovic en su Tratado quienes dedican un tópico pequeño de su obra a analizar el problema de “La derogación con relación a la ley general y la ley especial”; ocasión en la cual señalan que “indudablemente” si se dicta una ley especial con posterioridad a una general, prevalecerá la especial en todo aquello en que ambas resulten incompatibles, derogándose las disposiciones que no puedan coexistir con la nueva ley, lo cual resultaría de la mera aplicación de los principios

¹⁵⁰ PESCIO VARGAS VICTORIO. *Manual de Derecho Civil*. Serie Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1948, páginas 297-298.

generales de la derogación tácita¹⁵¹. Los autores sostienen que el verdadero inconveniente es dilucidar si hay o no derogación tácita cuando es una ley general la que sucede a una especial, regulando la misma materia pero conteniendo disposiciones incompatibles; en este caso si hay una mayor discusión doctrinal para determinar si opera o no la derogación tácita.

En tanto Carlos Ducci en su obra si bien toma partido sobre el último problema planteado, esto es, la derogación tácita de una ley especial por una ley general posterior, señalando que esta derogación no puede operar, nada dice sobre una supuesta imposibilidad de hablar de derogación tácita cuando se da el caso contrario, de lo cual, a contrario sensu desprendemos que forma parte de la mayoría de los autores que sostienen una opinión contraria a la de Pescio¹⁵².

2- ¿Corresponde hablar de derogación tácita del artículo 102? Análisis de los presupuestos de la derogación tácita en el caso concreto del artículo 102

Teniendo más claro que debemos entender por derogación tácita corresponde responder a la interrogante que motiva este acápite, es decir, ¿se derogó tácitamente el artículo 102 del Código Civil, cuando entró en vigencia la ley 19947, que consagró el divorcio vincular?

Anteriormente cuando nos referimos a los aspectos generales de la derogación tácita mencionamos que en general la doctrina reconoce tres supuestos para estar en presencia de este tipo de derogación. Es por esto que al tenor de estos supuestos analizaremos si cabe hablar en este caso, al menos teóricamente, de una derogación tácita.

¹⁵¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998, páginas 207-208.

¹⁵² Ver DUCCI CLARO CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile, 1988, página 54 y siguientes.

El primer supuesto se refiere a la identidad de materias reguladas por las normas en cuestión.

Al respecto, en este caso estamos frente a una ley especial, la ley 19947, Ley de Matrimonio Civil, que tal como su nombre lo dice busca regular todas aquellas materias que digan relación con la figura jurídica del matrimonio. Y por otro lado, estamos frente a un artículo del Código Civil, ley general que regula los aspectos más relevantes de esta rama del derecho. El libro primero en el cual se encuentra el artículo en cuestión se denomina “De las personas”, y en título IV denominado justamente “Del matrimonio” se refiere a esta institución.

De modo que resulta claro que ambas normas regulan una misma materia, una lo hace de modo general y la otra lo hace específicamente.

El segundo supuesto referido a la identidad de los sujetos destinatarios de estas normas, en forma indiscutida también concurre, y la obviedad es tal que no merece más comentario.

El tercer supuesto es sin duda el que adquiere mayor relevancia ya que de él derivan las controversias en esta materia; y se refiere a la contradicción o incompatibilidad que debe existir en los fines de los preceptos.

La pregunta entonces debe ser ¿son incompatibles la ley 19947 que establece el divorcio con el artículo 102 del código civil, que establece la indisolubilidad del matrimonio?

En principio, y sólo utilizando el sentido común y atendiendo a la terminología utilizada pareciera obvio responder que son incompatibles, ya que la misma ley 19947 establece que el matrimonio termina por el divorcio, por lo cual si el matrimonio se termina por la voluntad de los cónyuges, no puede aplicarse el artículo 102, por lo menos en cuanto dispone que el matrimonio es indisoluble y para toda la vida.

Desde este punto de vista se daría el supuesto requerido para estar frente a la derogación tácita, ya que la aplicación de la nueva ley, en este caso, la ley 19947,

“destruye” o hace inaplicable lo preceptuado en la ley antigua, representada en este caso por el artículo 102.

Lo mismo sucedería si lo miramos en sentido contrario, si aplicáramos estrictamente la ley primitiva (102 código civil) que establece que el matrimonio es indisoluble y para toda la vida, se haría imposible aplicar la ley 19947 la cual consagra entre las causales de terminación del matrimonio al divorcio, incluso basado en la voluntad unilateral de uno de los cónyuges.

Al producirse esta incompatibilidad irreconciliable no quedaría más opción que aceptar que estamos frente a la derogación tácita del artículo 102, o sea, frente a una ley anterior derogada tácitamente por una posterior, en este caso, frente a una ley general derogada tácitamente por una especial, destacando siempre que la derogación se produce por la incompatibilidad absoluta de las normas, ya que si esta no existiera no estaríamos en el campo de la derogación, si no sólo frente al problema de los criterios de aplicación preferente de las normas.

Desde un punto de vista teórico y pragmático nos debe parecer sin duda que esta es la opción correcta, y es que resulta lógico pensar que es imposible aplicar una norma que establece que el matrimonio es indisoluble y para toda vida, si se dicta una ley posterior y especial que establece que el matrimonio puede terminarse por el divorcio, en virtud de la mera voluntad de los cónyuges. Debería entonces entenderse derogado tácitamente el precepto anterior (artículo 102 Código Civil) en todo aquello que sea incompatible con la nueva ley (ley 19947), ya que se dan todos los supuestos teóricos que ha planteado la doctrina para estos efectos.

Si la respuesta fuese tan clara, obviamente no tendría sentido dedicarle un estudio especial. Pero como en todo cuestionamiento jurídico, esta respuesta no es aceptada por todos como correcta y al no ser unánime la conclusión, es válida la discusión. Y el punto a cuestionar no es difícil de hallar, ya que radica justamente en la afirmación que ambas normas en discordia sean absolutamente incompatibles o irreconciliables, de modo tal que la aplicación de una de ellas, destruye a la otra.

Como majaderamente hemos señalado para estar frente a la derogación tácita se requiere que la nueva ley contenga disposiciones que sean incompatibles de un modo inconciliable con una o más disposiciones de la ley antigua, de lo que seguidamente debemos cuestionarnos ¿hasta que punto son incompatibles las disposiciones de la ley 19947 con el artículo 102 del Código Civil?, ¿Es de tal magnitud esta incompatibilidad que no puede aplicarse la nueva ley sin entender derogada la primitiva ley?

El argumento del profesor Barrientos Grandón en cuanto a que los legisladores no manifestaron voluntad expresa de derogar el artículo en cuestión por lo que se debe entender que continúa vigente, no nos parece adecuado en estas instancias en consideración a que precisamente una de las características que define a la derogación tácita, es la falta de una voluntad derogatoria expresa.

Sin embargo es posible plantear un argumento fuerte, para sostener que no hay derogación tácita del concepto de matrimonio contenido en el Código Civil.

Anteriormente hicimos referencia a las actas de la ley 19947. En ellas y en otros escritos elaborados por los legisladores impulsores de esta ley, ya mencionados con anterioridad, se establece claramente que la noción de matrimonio indisoluble no variará con la aceptación del divorcio vincular. Para los gestores de esta ley el matrimonio seguiría siendo en esencia indisoluble, es decir, las personas que contraigan matrimonio seguirán haciéndolo con la intención clara de que sea para toda la vida, convirtiéndose el divorcio en una situación excepcional frente a conflictos humanos que no tengan otra solución, por lo tanto, el divorcio no quitaría al matrimonio su fisonomía descrita en el artículo 102 del Código Civil.

De esta manera podría concebirse la idea que la noción de matrimonio indisoluble y para toda la vida establecida en el artículo 102 del Código Civil puede convivir con la ley que acepta el divorcio vincular, ya que el artículo 102 sería una norma programática que establece una noción ideal de matrimonio, independientemente de lo que suceda en situaciones excepcionales constituidas en este caso por los divorcios. De este modo no estaríamos frente a la derogación tácita del artículo 102 ya que faltaría el requisito indispensable de la incompatibilidad irreconciliable de las normas en conflicto, las cuales podrían convivir sin destruirse la una a la otra, sino que

interpretándolas al tenor de lo expuesto por los legisladores impulsores de la nueva ley de matrimonio civil.

El artículo 102 sería entonces de aquellas normas que establecen especies de principios en los cuales se plasman ideales válidos y valiosos de acuerdo al criterio de los legisladores de la época para el bienestar de la sociedad, pero que no necesariamente deben ser tenidos por absolutos, sino que por el contrario, los mismos legisladores establecen ciertas excepciones, o mejor dicho, fijan normas que quebrantan este principio en consideración a motivos de diversa índole que justifiquen por cierto esta dualidad en principio ilógica.

Así planteado no serían pocos los que estén de acuerdo con el profesor Barrientos Grandón cuando señala que no se puede entender derogado tácitamente el artículo 102, ya que esta disposición puede ser compatibilizada con la ley 19947 que consagra el divorcio vincular.

Nos encontramos así frente a una pregunta antigua y relevante en la discusión jurídica, ¿corresponde al legislador, por esencia temporal, establecer en la legislación positiva lo que debe ser? ¿Es el legislador a través de normas positivas el encargado de establecer las pautas valóricas deseables en una sociedad?

Y esta pregunta debe ser considerada relevante ya que si respondemos positivamente, que el legislador tiene la misión de establecer pautas valóricas y morales en la sociedad de su época, entonces consecuentemente debemos aceptar que el artículo 102 del Código Civil está plenamente vigente, ya que establece el ideal de cómo debe ser asumido el matrimonio por la población, indistintamente que el mismo legislador por razones de fuerza mayor, y frente a la imposibilidad de evitar las rupturas matrimoniales, acepte regular la posibilidad de terminar el matrimonio por divorcio, para evitar así consecuencias más nefastas para la sociedad que las producidas por el quiebre matrimonial. El divorcio es así concebido un mal menor, indeseable por cierto, pero a veces inevitable.

Si por el contrario asumiéramos que al legislador no le corresponde establecer las pautas morales ni valóricas de su época, es decir, no le corresponde regular lo que

“deber ser”, sino sólo debe preocuparse de regular “lo que es”, es decir, debe mirar la realidad de su época y dictar las normas mas eficientes y convenientes para la mayoría de la población, no podríamos concebir que existan disposiciones como la del 102, que establece que el matrimonio es indisoluble y para toda la vida, siendo que la realidad social es muy distinta, realidad social que por lo demás en este caso fue normada por una ley especial, la 19947, cuyo principal objetivo fue desde un principio aceptar la posibilidad de poner término al matrimonio por la voluntad de los cónyuges.

La disposición del 102, al menos en la parte cuestionada, estaría demás. Lo lógico en virtud de este razonamiento sería suprimirla, ya que el legislador excedería sus funciones. Sin embargo, frente a este criterio de los legisladores de mantener la disposición, correspondería entenderla a lo menos como tácitamente derogada, ya que claramente es imposible entenderla vigente después de la ley 19947 y del comportamiento de la sociedad al respecto.

Por último, es permeable también la noción de que el artículo 102 es una norma programática, que no se ha derogado tácitamente en virtud de la ley 19947 justamente por este carácter, en consideración que si así fuese implicaría entender que al ser una norma que establece una noción ideal de matrimonio, es una norma aspiracional, en el sentido de que el deseo de los legisladores apunta a que todos los matrimonios en algún momento sean indisolubles, es decir, a que en algún momento dejen de existir los divorcios. De este modo la ley 19947 en la parte relativa al divorcio, estaría vigente sólo durante el tiempo que sea necesario para alcanzar el objetivo deseado por los legisladores, en cuanto a que el matrimonio sea indisoluble.

Esta idea sin duda sería inconsistente, ya que obviamente los quiebres matrimoniales son un fenómeno social que no terminarán en un momento determinado, sino que por el contrario, siempre van a existir, que son parte de la interacción de los agentes sociales, y obviamente no depende de la voluntad del legislador el que sucedan o no. Ninguna proyección sociológica podría decir que en cinco, diez o veinte años más se terminarán los divorcios si se siguen determinadas pautas. Esto sin duda quita fuerza a la idea de mantener el artículo 102 del Código Civil como una norma programática de nuestra legislación.

3- Posturas doctrinales que se han planteado al respecto.

Este tema no ha sido ampliamente debatido en doctrina, en general los autores en sus obras sólo hacen una breve referencia al respecto, sin desarrollar los argumentos de su postura.

Carlos López Díaz, señala que frente a esta interrogante podemos encontrar cinco respuestas¹⁵³:

a- Que el pasaje relativo a la indisolubilidad del matrimonio contemplado en el artículo 102 del Código Civil se encuentra tácitamente derogado, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Civil.

b- Que no ha existido derogación tácita del artículo 102, ya que el matrimonio sigue siendo indisoluble, pero en el sentido que no admite resciliación, ya que aún cuando exista mutuo acuerdo de los cónyuges para divorciarse, se exige igualmente acreditar el cese de la convivencia. Esta respuesta no parece ser satisfactoria, ya que de todos modos implica reconocer que el matrimonio admite disolución, sólo que no permite la resciliación, sin embargo esta característica no lo vuelve indisoluble, sólo matiza la indisolubilidad consagrada.

c- Que no se ha producido derogación tácita, pero el elemento de la indisolubilidad del matrimonio, ya no es de la esencia de la institución, sino de su naturaleza. El mismo autor desestima de inmediato esta teoría señalando que si fuese un elemento de la naturaleza las partes podrían prescindir de él, sin embargo no existe la posibilidad de que las partes por su mera voluntad pongan término al matrimonio, por lo que cualquier declaración de las partes en orden a renunciar al carácter disoluble o indisoluble del matrimonio, carecería de valor, atendiendo al tenor del artículo 12 del Código Civil.

¹⁵³ LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*. Tomo I. Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile, 2005, páginas 140-142.

d- Que el artículo 102 ha pasado a ser una norma programática, de modo que no habría una derogación, sería sólo una norma programática que carece de carácter vinculante, ya que no tiene mecanismos jurídicos para ejecutarse (ya nos referimos con anterioridad a esta posición y al porque no podemos compartir esta postura).

e- Que el matrimonio sigue siendo indisoluble, pero distinguiendo la indisolubilidad intrínseca de otra extrínseca. La primera implicaría que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de los cónyuges. La extrínseca implica que el matrimonio pueda o no pueda disolverse desde fuera por un acto de cualquier potestad humana. Por lo que nuestro matrimonio sería de indisolubilidad intrínseca, ya que por su propia naturaleza se dirigiría a la perpetuidad, y no puede ser disuelto por la simple voluntad de los cónyuges. Esta postura fue analizada en un acápite anterior de este trabajo, por lo que no volveremos a pronunciarnos al respecto.

No obstante plantear estas opciones el autor no toma claramente partido por ninguna de ellas, se limita a exponerlas. Mencionaremos a continuación alguna de las opiniones de los escasos autores que han tomado partido sobre el tema.

Juan Andrés Orrego se refiere tangencialmente a este tema en las notas al pie de una de sus obras señalando que “se podría concluir que en la parte citada (“indisolublemente y por toda la vida”) la definición ha sido tácitamente derogada”¹⁵⁴

Una posición contraria a Orrego, la encontramos en el profesor Barrientos Grandón, quien señala que se debe descartar la interpretación que implica entender que la ley 19947 derogó tácitamente el artículo 102 del Código Civil, en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio, ya que en su opinión consta en las actas de la ley una voluntad expresa del legislador de no derogarlo¹⁵⁵. Funda esta postura en el hecho, que las mociones que planteaban eliminar la referencia a la indisolubilidad del concepto, de matrimonio fueron rechazadas.

¹⁵⁴ ORREGO JUAN ANDRÉS. *Análisis de la nueva ley de matrimonio civil: Referencias a las normas reglamentarias de la ley de matrimonio civil, Decreto Supremo 673. Comentarios a la ley 19968 de Tribunales de Familia*. Editorial Metropolitana, segunda edición, Santiago, Chile, página 13.

¹⁵⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER– NOVALES ALQUÉZAR ARANZAZU. *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Editorial Lexis Nexis, segunda edición, Santiago de Chile, 2004. Página 163.

Otros autores simplemente no abordan el tema, por ejemplo Troncoso Larronde cuando analiza el concepto de matrimonio, señala que no obstante haberse mantenido el concepto de matrimonio, al consagrar el divorcio, no cabría duda de que el matrimonio perdió su característica de indisoluble.¹⁵⁶ Sin embargo nada señala respecto a como entender esta mantención de la voz indisoluble.

Court Murasso califica de “curioso” el hecho de que el legislador siga aludiendo al carácter indisoluble del matrimonio no obstante introducir el divorcio, que justamente pone término a un matrimonio válidamente contraído¹⁵⁷, pero tampoco ahonda al respecto.

Más allá de la opinión personal que cada uno de nosotros pueda tener respecto, de si el matrimonio es o sigue siendo indisoluble a pesar de la introducción del divorcio, es importante tratar de realizar un análisis objetivo, de la posibilidad de que el artículo 102 se encuentra derogado tácitamente, al menos en cuanto a la referencia a la indisolubilidad en virtud de la vigencia de la ley 19947. Esto porque la derogación tácita, es una institución que puede ser identificada a través de parámetros ciertos y objetivos, no obstante que cabe señalar que como toda institución jurídica y por tanto humana puede ser interpretada de diversas formas.

A partir de la opinión de Barrientos Grandón podemos abordar la interrogante planteada desde otro punto de vista, ya que el autor señala que hay una voluntad expresa de los legisladores de mantener el concepto de matrimonio indisoluble, por lo que no cabe hablar de derogación tácita; sin embargo, doctrinalmente se reúnen todos los requisitos para estar frente a una derogación tácita.

En cuanto a esta postura cabe profundizar en una arista; si establecemos que el tema que está en discusión es la presunta derogación tácita del artículo 102 del Código Civil, es claro que derogación expresa no hay, es decir, que el legislador no manifestó

¹⁵⁶ TRONCOSO LARRONDE HERNÁN. *Derecho de Familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, octava edición, Santiago, Chile, 2006, página 11-12.

¹⁵⁷ COURT MURASSO EDUARDO. *Nueva Ley de Matrimonio Civil: Ley 19947 de 2004, analizada y comentada*. Editorial Legis, primera edición, Santiago, Chile 2004, páginas 3-4.

expresamente que en virtud de la entrada en vigencia de la ley 19947, se derogaba el artículo 102 que define al matrimonio, si así lo hubiera hecho, obviamente esta discusión no existiría. Por lo que las palabras del profesor Barrientos deben ser entendidas en otro sentido, ya que de lo contrario sería muy sencillo refutar su argumento, señalando que justamente por no haber voluntad derogatoria expresa del legislador se dice que hay derogación tácita de la norma.

Y el sentido al que quizás quiso aludir el profesor Barrientos, cuando señala que la voluntad expresa del legislador fue no derogar el artículo 102, fue establecer que no obstante que en el debate parlamentario se discutió la modificación o posible supresión del artículo 102, se impuso al fin y al cabo la postura de mantener incólume la definición de matrimonio, por lo que es esta la voluntad expresa del legislador, que de acuerdo a la opinión del autor señalado, debe prevalecer a la hora de establecer la vigencia o derogación tácita del mencionado artículo. O sea, el razonamiento sería: si el legislador, según consta en las actas de la ley, discutió la posibilidad de modificar o derogar el concepto de matrimonio, y al final optó por mantenerlo, no habría porque entenderlo derogado tácitamente ya que el legislador no lo quiso así, de lo contrario lo hubiera derogado o modificado, por lo que la voluntad expresa del legislador sería mantener el concepto de matrimonio, por lo que hablar de derogación tácita del artículo sería ir en contra de la voluntad del mismo legislador.

Frente a esto podemos preguntarnos: ¿efectivamente cabe hablar en este caso de voluntad expresa del legislador en cuanto a no derogar el concepto de matrimonio?

Debemos partir por señalar que esta voluntad expresa del legislador a la que alude Barrientos Grandón, sería la contenida en las actas de la ley, en la discusión parlamentaria previa a la dictación de la ley 19947, lo que en estricto rigor corresponde al espíritu del legislador de la época, ya que la voluntad expresa de la ley propiamente tal, es el tenor literal de la legislación, aquella voluntad que se plasma en la letra de la ley, y que queda en este caso determinada por lo dispuesto expresamente por la ley 19947, la cual contempla entre las causas que ponen fin al matrimonio válidamente celebrado, a la sentencia de divorcio, aceptando el divorcio de mutuo acuerdo y también el unilateral. Por lo que lo primero que debemos aclarar es que el profesor Barrientos

confunde la voluntad expresa del legislador con el espíritu del mismo plasmado en este caso en las actas de la ley.

Para profundizar en este tema, ya que el profesor Barrientos aludió a la “voluntad expresa del legislador” puede resultar acertado recurrir a los principios de interpretación de la ley, contemplados en el Código Civil, entre los artículos 19 y 25.

Recordemos que interpretar una ley a grandes rasgos es determinar su significado, alcance, sentido o valor en general y frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse¹⁵⁸.

La primera regla de interpretación, la cual se aplica con preferencia a las demás, establece que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (Artículo 19 Código Civil).

En caso de que el tenor de la ley no fuese claro, de acuerdo al inciso segundo del mismo artículo 19 del Código Civil, se podrá interpretar una expresión obscura de la ley recurriendo a su intención o espíritu claramente manifestado en la historia fidedigna de su establecimiento (se conjugan aquí dos elementos de interpretación, a saber, el elemento histórico y el elemento lógico), obviamente se refiere con esto a las actas de la ley que tratamos de interpretar.

El artículo 19 nos lleva a preguntarnos que debemos entender por sentido de la ley; y la respuesta la entrega el artículo 20 del mismo cuerpo legal, al señalar que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Tradicionalmente se entendió tanto por los autores como por la jurisprudencia que el sentido natural y obvio de una palabra es el que establecía el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), sin embargo, en la actualidad se entiende que cualquier diccionario que goce de cierta credibilidad puede ser empleado para determinar el sentido natural y obvio de una palabra. Más aún, es relevante mencionar lo señalado por el profesor Navarro Alviña, en cuanto a que

¹⁵⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998, página 171.

nuestros tribunales ya hace un tiempo, están permitiendo recurrir al significado que en las circunstancias sociales en que se dictó la ley tienen las palabras, ya que el sentido natural de una palabra es el que se les atribuye en el medio que se las emplea¹⁵⁹.

Al respecto Alessandri, Somarriva y Errázuriz, señalan que el sentido de la ley es claro cuando el entendimiento o inteligencia de ella no ofrece dudas. Destacan en este punto que no es claro el sentido de una norma, si hay otra que la contradice¹⁶⁰. Al respecto, no faltaran quienes se apresuraran en señalar que en este caso el sentido de la ley 19947 no es claro ya que el artículo 102 expresa una idea contraria; sin embargo nos parece que a lo que se refieren los profesores en la obra citada es a que dentro de una misma ley, el sentido de una norma no es claro si se contradice con otra norma de la misma ley, ya que para determinar el sentido de la ley se debe analizar a ésta en su conjunto y no cada norma aisladamente. Sin embargo, en el caso que analizamos se trata de dos leyes diferentes, por lo que no tendría lugar la prevención esgrimida por los autores.

Finalmente, el artículo 25 del mismo cuerpo legal establece, que si no pudiesen aplicarse ninguno de los criterios de interpretación mencionados en los artículos anteriores, se podrá recurrir al espíritu general de la legislación.

Evidenciado esto, el razonamiento que debe seguir es: si se dicta una ley que acepta el divorcio como forma de poner término a un matrimonio válidamente celebrado, ¿no debe entenderse que el sentido claro de la ley es que el matrimonio se puede disolver, poniendo fin así a la noción de matrimonio indisoluble que mantenía nuestra legislación, la cual no aceptaba el divorcio? ¿Acaso no es claro el sentido de una ley que establece expresamente que el matrimonio termina por sentencia de divorcio?

En virtud de todo lo expuesto, consideramos que la respuesta adecuada es considerar que claramente la ley 19947 lo que hace es poner término a la noción de

¹⁵⁹ NAVARRO ALVIÑA RENÉ. *Manual de Derecho Civil*, Curso de Derecho Civil I. Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica. Sujetos de Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, primera edición, Santiago, Chile, 2006, página 53.

¹⁶⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998, página 185.

matrimonio indisoluble, aceptando que el matrimonio puede disolverse por voluntad de uno o ambos cónyuges, a través de la figura del divorcio; consagrando de este modo claramente un matrimonio disoluble. En este sentido creemos que el sentido de la ley 19947 es claro, en cuanto a que no cabe duda, que permite disolver el matrimonio, regulando extensamente la figura del divorcio, sin señalar en ningún momento que el divorcio es una situación de excepción frente a un matrimonio por esencia indisoluble, ni estableciendo mayores restricciones para poner fin a un matrimonio validamente celebrado, bastando que los cónyuges manifiesten ante un tribunal de familia, su voluntad de poner término al matrimonio por cualquier motivo de convivencia, acreditando el cese de la vida en común por un lapso de tiempo que en ningún caso supera los tres años.

De modo que no parece difuso u oscuro el sentido de la ley 19947, en cuanto a la consagración de un matrimonio disoluble, y al fin de la noción de matrimonio indisoluble, que intentó mantener nuestra legislación por más de cien años. Más aún, cabe consignar que la ley 19947 es conocida popularmente como “Ley de Divorcio”, ya que justamente el hito que marcó esta ley, fue permitir que el matrimonio terminara a través del divorcio.

Esto se refuerza, si recordamos lo expuesto antes respecto de lo que debe entenderse por sentido claro de la ley, se refiere al sentido natural y obvio de las palabras, que a su vez es aquel que se da a una palabra en la RAE, o en otro diccionario que goce de prestigio; en este caso la RAE o cualquier otro diccionario que consultemos confirmará que si en la ley 19947 se dice que “el matrimonio termina por...”, claramente se está estableciendo que el matrimonio no es indisoluble, ya que a su vez indisoluble, es aquello que no se puede disolver, y si el matrimonio puede terminar es porque la indisolubilidad no es un rasgo que lo defina.

Más aún, como señalamos antes, el profesor Alviña nos recordó que la jurisprudencia también acepta como sentido natural de una palabra, a aquel que se les atribuye en el medio que se las emplea, y en este caso, la comunidad en su conjunto ha entendido al divorcio como una forma de poner término al matrimonio, por lo que el sentido de la ley para la población es claro, la ley 19947, conocida como ley de

divorcio, justamente permite poner fin al matrimonio por medio de la figura del divorcio vincular.

No obstante, que para nosotros no exista duda que el sentido de la ley es claro, en cuanto permitir la disolubilidad del matrimonio, realizaremos el ejercicio contrario; es decir, vamos a suponer que el sentido de la ley no fuese claro, por lo cual el artículo 19 en su inciso primero sería inaplicable debiendo recurrir entonces a los otros criterios, fundamentalmente y acogiendo lo expuesto por el profesor Barrientos, al inciso segundo del mismo artículo, que se refiere al espíritu o intención de la ley reflejada en la historia fidedigna de su establecimiento.

Si recurrimos a las actas de la ley, debemos reconocer hidalgamente, que el legislador mantuvo el concepto de matrimonio indisoluble y para toda la vida conscientemente, no fue un olvido ni una omisión involuntaria, ya que el tema se discutió, y la postura que se impuso fue la propuesta por los impulsores del proyecto de ley, quienes planteaban la introducción del divorcio vincular como una situación de excepción, que no alteraría en nada la naturaleza esencialmente indisoluble de la unión matrimonial, por lo cual se hacía innecesario modificar el concepto.

Sin embargo, es menester es esta parte de nuestro análisis, recordar que existen dos criterios de interpretación¹⁶¹, a saber:

- Criterio histórico o subjetivo: Trata de reconstruir la voluntad del legislador.
- Criterio normativo u objetivo: Establece que la ley tiene un significado propio, independiente del pensamiento de sus autores.

En general en nuestra tradición jurídica prevalece el criterio objetivo, ya que contra el criterio subjetivo pueden esgrimirse fuertes críticas que le restan valor, sintetizadas por el profesor Carlos Ducci de la siguiente forma¹⁶²:

Es imposible determinar la voluntad subjetiva del legislador.

¹⁶¹ DUCCI CLARO CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile, 1988, páginas 77-78.

¹⁶² DUCCI CLARO CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile, 1988, páginas 77 y 78.

Esta supuesta voluntad carecería de sentido frente a la evolución y a los cambios que experimentan en el tiempo las costumbres, técnicas y en general todo el medio social.

La ley es la voluntad del Estado y ésta se manifiesta por la ley misma y no por la opinión de los que participaron en su formulación.

El mismo autor señala, que nuestra legislación claramente opta por el criterio objetivo de interpretación, lo que se demuestra con la utilización de ciertos términos, (en el Código Civil) que claramente son una manifestación de esta opción, por ejemplo: el artículo 19 inciso 1 se refiere al “sentido de la ley”, el inciso 2 del mismo artículo dice “...su intención o espíritu claramente manifestada en ella misma”, el artículo 22 se refiere al “contexto de la ley”, etc. Asimismo el autor, destaca que no existe en el texto legal, disposición alguna que permita interpretar la ley buscando la supuesta voluntad del legislador, ya que incluso cuando el artículo 19 inciso 2, habla del espíritu o intención de la ley, se está refiriendo en definitiva al sentido objetivo de la ley¹⁶³.

En virtud de lo expuesto anteriormente, y coincidiendo con el autor en que nuestra legislación adhiere al criterio objetivo de interpretación, creemos que al interpretar la ley, se debe buscar el sentido o significado propio de la ley, y no la voluntad de los autores de la misma, ya que la ley tiene una voluntad propia, porque debe responder a una necesidad social, y no a la intención de un grupo determinado de personas. Por lo que si bien, en este caso la supuesta voluntad subjetiva del legislador de la época fue mantener la indisolubilidad como atributo del matrimonio, a través de la no modificación ni derogación del concepto, esta voluntad subjetiva no puede prevalecer por sobre la voluntad expresa de la propia ley, que al aceptar y regular el divorcio vincular establece la disolubilidad del vínculo matrimonial, ya que la voluntad subjetiva de un grupo de parlamentarios, en ningún caso está por sobre la voluntad objetiva de la ley. Y en este caso la voluntad objetiva es clara, se estableció la disolubilidad del matrimonio, voluntad que por lo demás goza de absoluto respaldo social, lo que refuerza la idea de que el sentido de la ley 19947 fue permitir que el matrimonio

¹⁶³ DUCCI CLARO CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile, 1988, páginas 77 y 78.

validamente celebrado pudiese disolverse, terminando con la indisolubilidad prevista en el artículo 102.

Entendiendo que el tenor de la ley 19947 es claro, concluimos que aplicando el artículo 19 se hace innecesario, o mejor dicho no corresponde consultar cual fue la supuesta voluntad del legislador para determinar si el matrimonio sigue o no siendo indisoluble, porque claramente la ley 19947 pone fin a esta disyuntiva, estableciendo la disolubilidad del matrimonio. Pero de todos modos si dijésemos que el sentido de la ley es difuso, lo que se debe buscar es la voluntad objetiva de la ley y no la voluntad subjetiva de sus autores, por lo que de todos modos la conclusión es la misma, la ley 19947 consagró la disolubilidad del matrimonio, haciendo inaplicable el artículo 102 que establece la indisolubilidad del vínculo. Por lo que el argumento del profesor Grandón debe ser desestimado en consideración a que hace prevalecer la voluntad subjetiva de los autores de la ley, obviando que la voluntad objetiva de la ley es clara y discrepante.

Sin embargo, esta conclusión, debe ser matizada con una reflexión, ya que no podemos pasar por alto el hecho de que existe una discordancia marcada entre la intención de los legisladores de la ley 19947, en cuanto a su concepción del matrimonio indisoluble y su relación con el divorcio, y lo que en definitiva ellos mismos plasmaron en la letra de la ley. Mientras los legisladores tanto en el proyecto de ley, como en la discusión parlamentaria, abogaron por establecer el divorcio como una situación excepcional, como un mal inevitable, un mal menor, el cual no alteraría la naturaleza para ellos indisoluble del matrimonio; en definitiva promulgaron una ley que claramente establece la disolubilidad del matrimonio, estableciendo el divorcio vincular sin mayores restricciones, y que quiéranlo o no dejó en claro que el matrimonio dejó de ser indisoluble, si es que alguna vez lo fue. Ciertamente esta incongruencia no tiene una clara explicación y se vuelve un factor distractor en la discusión.

Concluyendo, creemos que desde los distintos puntos de vista en que se analizó el tema de la derogación tácita del artículo 102 del Código Civil, la respuesta tiende a ser la misma, el artículo 102 quedó tácitamente derogado con la entrada en vigencia de la ley 19947.

4- Análisis de la jurisprudencia existente

Desde la entrada en vigencia de la ley 19947, se han tramitado y hecho efectivos un considerable número de divorcios.

Sin embargo, la disyuntiva de que sucede con la vigencia del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio como indisoluble, no ha sido un tema recurrente en las salas de nuestros tribunales. Es así, como luego de una exhaustiva revisión de la jurisprudencia desde la época de entrada en vigencia de la ley 19947, hasta la época actual, sólo es factible encontrar un fallo en que un tribunal superior de la República se manifiesta a cerca de la vigencia o derogación tácita del artículo 102.

El escaso aporte jurisprudencial al debate planteado, puede ser atribuido a que la índole del asunto tratado tiene más importancia teórica o doctrinal que práctica, ya que más allá de que esté o no derogado tácitamente el artículo 102, lo concreto es que en Chile el divorcio pone término al matrimonio, y ningún tribunal de la República podría desconocer o ir en contra de aquello. El divorcio es decretado una vez que se cumplen los requisitos prescritos por la ley, de modo que no surgen prácticamente conflictos relativos a la definición legal de matrimonio que lo caracteriza como indisoluble.

Esta escasa relevancia, que en la práctica ha tenido el conflicto de la derogación tácita del artículo 102, no obsta a que teóricamente sea un tema interesante que merece toda nuestra atención. Y no obstante haber un único fallo sobre el particular, éste debe ser analizado, ya que de todos modos constituye un importante respaldo jurisprudencial a la postura que aboga por la derogación tácita del artículo 102.

Análisis particular del fallo

Materia: Apelación en causa de divorcio unilateral

Tribunal de origen: Tribunal de Familia de Rancagua

Tribunal de alzada: Corte de Apelaciones de Rancagua

Fecha del fallo de segunda instancia: 8 de noviembre de 2006

Rol causa: 442-2006

Relación general de los hechos relevantes de la causa: El año 2005, se interpone demanda de divorcio unilateral fundado en el cese efectivo de la convivencia conyugal por un lapso superior a tres años, según lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil. La demandada demanda reconvencionalmente compensación económica.

Luego de llevarse a cabo todas las diligencias que la ley exige, en audiencia de juicio, se acoge la demanda de divorcio, y también la demanda reconvencional de compensación económica.

La demandada principal, interpone por medio de su abogado, recurso de apelación en contra del fallo principal que acogió el divorcio.

Fundamentos esgrimidos en la apelación: La apelante funda el recurso relativo a la aceptación de la demanda de divorcio, en los siguientes argumentos¹⁶⁴:

Señala que el matrimonio se registraría exclusivamente por la teoría del acto jurídico, de modo tal, que sólo la voluntad acorde de las partes podría disolver el vínculo, generado en virtud precisamente del acuerdo de voluntades que dio origen al matrimonio.

Señala que la sentenciadora hizo primar la ley por sobre las normas de orden constitucional, ya que por un lado el Código Civil establece en el artículo 102 la indisolubilidad del matrimonio, y por otro lado la ley 19947 sería inconstitucional, ya que transgrediría el derecho de propiedad, ya que afectaría el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución.

Contenido de la resolución de la Corte¹⁶⁵: La Corte en primer lugar, en el considerando segundo del fallo, desestima el argumento de la inconstitucionalidad de la

¹⁶⁴ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda. Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, página 17y 259.

¹⁶⁵ *Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil*. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda. Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007, página 17y 259, 260, 261. Véase también *Familia. Legislación y Jurisprudencia*. Coordinado y editado por Departamento de Estudios Jurídicos de Estudios Jurídicos Punto Lex. Editorial Punto Lex S.A., Primera edición, Santiago,

ley 19947, señalando que esta materia no es competencia de dicho tribunal, ya que la judicatura competente para analizar ese tema sería el Tribunal Constitucional, por lo que se abstiene de pronunciarse al respecto.

En segundo lugar, en el mismo considerando, rechaza la alusión a que el matrimonio deba someterse a la regulación típica de un acto jurídico, señalando que estas disposiciones son inaplicables al matrimonio, atendida la naturaleza institucional y no contractual del matrimonio.

Y finalmente, en el considerando tercero hace referencia a la indisolubilidad del matrimonio prevista en el artículo 102 del Código Civil.

Al respecto señala, que no es efectivo que el matrimonio sea indisoluble desde que se publicó y entró en vigencia la ley 19947, ya que esta ley contempla en sus artículos 1 y 42, la disolubilidad del vínculo matrimonial. El artículo 1 en su inciso segundo, expresa que dicha ley regulará entre otras materias “la disolución del vínculo matrimonial”, y por su parte el artículo 42 contempla dentro de las causales de término del matrimonio, a las sentencias firmes de nulidad y divorcio.

En cuanto a la voluntad del legislador, de no eliminar la palabra indisolublemente empleado en el artículo 102 señala: “lo cierto es, que no hay ninguna justificación lógica para encontrar el motivo de haberla mantenido, ya que cuando de acuerdo a la historia de la ley, no se aprobaron las mociones para eliminar la palabra indisolublemente, no hay explicación clara y coherente sobre el particular. Desde hace varios años que en nuestra sociedad se viene discutiendo públicamente, la introducción del divorcio con separación de vínculo y toda la ciudadanía tomó conocimiento de su aprobación como ley de la República, por parte del legislativo y del ejecutivo; lo que refleja el espíritu del legislador de cambiar la indisolubilidad del matrimonio por su disolubilidad. Ahora bien, si no hubo una derogación expresa del artículo 102 o una modificación del mismo, lo cierto es que se ha derogado tácitamente la indisolubilidad, desde que el nuevo cuerpo legal (ley 19947) contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y ello, quiérase o no, al tenor del artículo 52 del Código Civil, constituye derogación tácita”.

Chile 2007, página 385. Contiene un resumen del fallo. Véase también un resumen del fallo en la página Web iurischile.cl

Por último señala también que el artículo segundo transitorio de la ley 19947, hace aplicable dicho cuerpo legal a los matrimonios celebrados con anterioridad a su vigencia, por lo que expresamente el legislador le dio efecto retroactivo.

Este fallo judicial, si bien es el único antecedente de esta naturaleza que consta en nuestra jurisprudencia, es lo suficientemente categórico al señalar que el artículo 102, por lo menos en la parte relativa a la indisolubilidad se encuentra tácitamente derogado, más aún, calificando de inexplicable el actuar de los legisladores de la época, que optaron por mantener el concepto.

Sin duda, aunque sea un solo antecedente existe, y debe ser tomado en cuenta para definir una posición sobre la controversia planteada en este trabajo, ya que la jurisprudencia es uno de los tópicos relevantes a la hora de definir criterios para resolver cualquier controversia jurídica.

Por otro lado, cabe señalar que no hay fallo alguno desde la entrada en vigencia de la ley 19947, que reafirme que el matrimonio es indisoluble, o que siquiera se refiera a una posible indisolubilidad del vínculo.

De modo tal, que por lo menos desde el punto de vista jurisprudencial hay una sola postura en cuanto a la derogación tácita del artículo 102.

CONCLUSIONES

- La primera conclusión que podemos extraer del trabajo y la investigación realizada, es que en estricto rigor el matrimonio, en ninguna etapa histórica fue absolutamente indisoluble; ya que incluso el Derecho Canónico, permitía poner fin al matrimonio en determinadas circunstancias, por lo que hablar de indisolubilidad absoluta del matrimonio es incurrir en un error.

- Luego de esta primera constatación, debemos consignar que la indisolubilidad difícilmente puede ser considerada un atributo inherente al matrimonio, ya que este rasgo de la indisolubilidad se impuso en una etapa histórica determinada, con un objeto preciso, que consistía fundamentalmente en dotar al matrimonio del valor que había perdido en épocas anteriores, sobretodo bajo el imperio del Derecho Romano. Esta contingencia histórica, fue aprovechada por sectores religiosos para imponer la idea de matrimonio indisoluble por esencia, fundamentándose en conceptos religiosos que de modo alguno pueden ser considerados como premisas inobjetables y obligatorias para toda una comunidad, formada por culturas religiosas diversas. Esta idea se refuerza con el análisis que se realizó respecto de los argumentos que históricamente se han dado para sostener la indisolubilidad del matrimonio, los cuales como comprobamos han ido variando en distintas etapas históricas, quedando la mayoría de ellos obsoletos con el transcurso de los años, y los que se pueden considerar vigentes son fácilmente contrastables y frágil blanco de críticas, por lo que en realidad ninguno de ellos puede ser considerado como irrefutable, para fundamentar en él esta postura de matrimonio indisoluble. Por lo expuesto, podemos concluir que la indisolubilidad no es un rasgo inherente al matrimonio, de modo tal, que es perfectamente posible concebir un matrimonio que acepte causales para su disolución, sin que esto altere o modifique la naturaleza matrimonial. El rasgo que podríamos considerar que define al matrimonio es la comunidad de vida que pretenden formar los cónyuges al momento de contraer el vínculo, la cual por cierto va acompañada de un afán de permanencia y estabilidad.

- En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, y su relación con la indisolubilidad del mismo, podemos señalar, que claramente nos parece que el matrimonio no es un contrato, ya que las críticas a dicha teoría son demasiado

convincientes como para ignorarlas más allá de la letra de la ley. Si consideramos insuficiente a la teoría del acto del Estado, ya que a nuestro parecer el matrimonio es mucho más que eso, llegamos a la conclusión que la teoría que más concuerda por lo que entendemos por matrimonio actualmente es la teoría institucional. Optamos por esta teoría porque creemos que es la que más describe la naturaleza del matrimonio, los rasgos que esencialmente definen a una institución pueden encontrarse en el vínculo matrimonial, si bien pueden existir críticas a esta teoría que son aceptables, claramente esta postura es mucho más conciliable con lo que hoy entendemos por matrimonio que las otras dos. En lo que respecta a la relación que es dable establecer entre esta definición y la indisolubilidad del matrimonio, cabe señalar que lo relevante fue poner de manifiesto, la grave incongruencia del binomio matrimonio contrato – matrimonio indisoluble, planteada por algunos autores y recogida en nuestra legislación civil. Asimismo pudimos comprobar que si bien el binomio matrimonio institución – matrimonio indisoluble puede tener mayor fundamento tampoco resulta del todo acertado, principalmente porque la institución se caracteriza por estar sujeta a los cambios sociales.

- Respecto del debate parlamentario en cuanto a la introducción del divorcio vincular, y la posibilidad de que este conviva con una noción de matrimonio indisoluble, la opción que se impuso en el Parlamento, a instancia de los impulsores del proyecto, fue la de aceptar el divorcio como una situación excepcional, frente a la innegable realidad de que en ocasiones el matrimonio no puede continuar, sólo cuando la convivencia se hiciese imposible, y el mal que causa la unión fuese mayor que el que causa el divorcio, éste se llevaría tendría lugar. Más allá de la argumentación expuesta, lo claro es que semánticamente y objetivamente es imposible conciliar la noción de matrimonio indisoluble, y la aceptación de que el matrimonio pueda terminar por sentencia firme de divorcio. Si el matrimonio puede terminar, es claro que no es indisoluble. Lo mismo opinamos respecto a la mantención del concepto de matrimonio del artículo 102 del Código Civil; cualquiera haya sido la razón de los legisladores, lo cierto es que esta decisión, fue una incongruencia que no tiene fundamento plausible, más aún atendiendo a la regulación flexible que se estableció para obtener el divorcio.

- Establecido que nos parece una incongruencia la mantención de la voz indisolubilidad en el concepto de matrimonio, creemos que lo más acertado

doctrinalmente, es considerar derogado tácitamente al artículo 102 del Código Civil, por cumplirse en este caso todos los requisitos necesarios para estar frente a una derogación tácita, por no existir un argumento en contrario que nos lleve a pensar distinto, y porque la única vez que nuestros tribunales se han pronunciado al respecto optaron claramente por señalar que el artículo 102 se derogó tácitamente en virtud de la entrada en vigencia de la ley 19947.

BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN MARIANA, WALKER IGNACIO, *Familia y divorcio. Razones de una posición*. Editorial Los Andes, primera edición 1996, Santiago, Chile.

SILVA BASCUÑAN ALEJANDRO, DÍAZ VERGARA CARLOS, COUSIÑO VALDES CARLOS, CORRAL TALCIANI HERNÁN, MORANDÉ COURT PEDRO, *Controversia sobre familia y divorcio: cinco estudios de las recientes iniciativas legales sobre el matrimonio, familia y divorcio*. Ediciones Universidad Católica de Chile, primera edición 1997, Santiago, Chile.

CORRAL TALCIANI HERNÁN, *Ley de divorcio: Razones de un no. Colección de estudios de derecho actual*. Editorial Universidad de los Andes, primera edición 2001, Santiago, Chile.

VIDAL OLIVARES ALVARO, *El nuevo derecho chileno del matrimonio*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición 2004. Santiago de Chile.

TRONCOSO LARRONDE HERNAN, *Derecho de Familia. Serie colección manuales*. Editorial Lexis Nexis, octava edición 2006, Santiago, Chile.

BASSETT WILLIAM, *Matrimonio: es indisoluble*. Editorial Sal Terrae, 1971, Santander, España.

UGARTE GODOY JOSÉ JOAQUÍN, *Matrimonio civil y divorcio: Análisis crítico y criterios para la aplicación de la ley 19.947. Serie Cuadernos de extensión jurídica 11.¿ Porqué es injusta una ley de divorcio?* Editorial Universidad de los Andes, edición 2005. Santiago, Chile.

MAGALLÓN IBARRA JORGE, *El matrimonio: Sacramento, contrato, institución*. Editorial Mexicana S.A., primera edición 1965, Ciudad de México México.

RAMOS PAZOS RENE, *Derecho de Familia, tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición actualizada 2003, Santiago, Chile.

CICUS ANTONIO, *El derecho de familia*. Editorial Editar S.A., 1947, Buenos Aires, Argentina.

BARRIENTOS GRANDON JAVIER, NOVALES ALQUEZAR ARANZAZU, *Nuevo derecho matrimonial chileno*. Editorial Lexis Nexis, segunda edición, 2004, Santiago, Chile.

DOMINGUEZ HIDALGO CARMEN, *Seminario Nueva Ley de Matrimonio Civil, ley 19947. Reformas a la formación y efectos del matrimonio en la nueva ley: un apunte general*. Editado por el colegio de abogados de Chile, 2004, Santiago de Chile.

VELOSO VALENZUELA PAULINA, *Ley 19.947 de matrimonio civil. Seminario "El divorcio"*. Editado por la academia judicial de Chile, 13 y 14 de octubre 2004, Santiago, Chile.

Informe sobre el divorcio. La evidencia empírica internacional. Cuadernos de Extensión Jurídica 3. Editorial Universidad de los Andes, 2002, Santiago, Chile.

ORREGO JUAN ANDRÉS, *Análisis de la nueva ley de matrimonio civil: Referencias a las normas reglamentarias de la ley de matrimonio civil, decreto supremo 673, comentarios a la ley 19.968 de tribunales de familia.* Editorial Metropolitana, segunda edición 2005, Santiago, Chile.

OHLSEN VASQUEZ NORMA, *La derogación de las normas jurídicas.* Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, 1967, Santiago, Chile.

PLANIOL MARCEL, *Traité élémentariri de droit civil, tomo I,* Editorial Pichard, novena edición, 1926, París, Francia.

GÓMEZ PLAZA JAIME, *Problemas que plantea la derogación tácita y orgánica de las normas jurídicas.* Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, 1966, Santiago, Chile.

COURT MURASSO EDUARDO, *Nueva ley de matrimonio civil: ley 19947 de 2004 analizada y comentada.* Editorial Legis, primera edición 2004, Santiago, Chile.

BONFANTE PIETRO, *Instituciones de derecho romano. Centro de enseñanzas y publicaciones.* Editorial Reus, segunda edición 1959.

GUZMAN BRITO ALEJANDRO, CORRAL TALCIANI HERNÁN, *El código civil francés de 1804 y el código civil chileno de 1855. Influencias, convergencias y divergencias.* Cuadernos de extensión jurídica n 9. Universidad de los Andes Santiago, Chile 2004.

SALINAS ARANEDA CARLOS, *Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil chileno.* Revista de estudios histórico-jurídicos (on line), 2004, número 26, disponible en la página web <http://www.scielo.cl>

Historia de la ley. Compilación de textos oficiales del debate parlamentario. Biblioteca Congreso Nacional, volumen I y V, 2004, Santiago, Chile.

VELOSO PAULINA, *Comentario al libro de Hernán Corral, Ley de divorcio: Razones para un no.* Disponible en página web www.cepchile.cl/dms/archivo_3148_1046/rev87_veloso.pdf

Historia del iusnaturalismo. Documento electrónico disponible en página web <http://www.galeon.com/iusnaturalismo/>

POTHIER JOSEPH ROBERT, *Tratado del contrato de matrimonio.* Editorial Roger, Barcelona, España 1846.

BARROS BOURIE, ENRIQUE. *La ley civil ante las rupturas matrimoniales.* Estudios Públicos 85, 2002. Disponible En la página Web

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=enrique_barros_bourie

WATKINS SEPÚLVEDA, ANA MARÍA. *¿Divorcio o Hipocresía legal?* Editorial Alborada, primera edición, Santiago, Chile, 1991.

LÓPEZ DÍAZ, CARLOS. Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia. Tomo I. Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, Chile, 2005.

PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “Reformas a la Formación y Efectos del Matrimonio en la Nueva Ley: Un Apunte General” en *Seminario: Nueva Ley de Matrimonio Civil. Ley 19.947*. Editado por Colegio de Abogados de Chile A.G., 2004

ROSSEL SAAVEDRA, ENRIQUE. Manual de Derecho de Familia. Colección Manuales Jurídicos N° 50. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada y corregida por María Dora Martinic y Graciela Weinstein, Santiago, Chile, 1994, página 61.

WILSON PIZARRO, CARLOS. *Presentación general de la Nueva Ley de Matrimonio Civil en Ley N° 19947 DE Matrimonio Civil*. Seminario Academia Judicial, Chile, 2004

ARRIAGADA MARISOL, FERNANDO ORREGO, ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, GONZALO VIAL CORREA, JUAN DE DIOS VIAL CORREA, entre otros. “Razones por las cuales una Ley de Divorcio afectaría negativamente a todos los matrimonios chilenos”. Familias por la Familia. Santiago, Chile, 1994.

ARRIAGADA MARISOL, FERNANDO ORREGO, ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN, GONZALO VIAL CORREA, JUAN DE DIOS VIAL CORREA, entre otros. *Treinta y tres razones para defender la Familia y evitar el Divorcio*. Familias por la Familia. Santiago, Chile, 1994

El iusnaturalismo católico escolástico. Documento electrónico disponible en la página web: <http://es.shvoong.com/law-and-politics/law/history-law/1734930-el-iusnaturalismo-catolico-escolastico/> DE AQUINO, SANTO TOMAS. *Suma Teológica*

ESCRIBAR ANA. “Matrimonio Indisoluble y legalización del divorcio: Análisis de la perspectiva de una ética mínima”. *CYber Humanitatis* N° 25. Universidad de Chile, 2003. Documento electrónico disponible en la página web www.cyberhumanitatis.uchile.cl.

Serie Jurisprudencia. Ley de Matrimonio Civil. Compilación, sistematización y coordinación Rafael Vargas Miranda, Editorial Metropolitana, primera edición, Santiago, Chile 2007

Historia del ius naturalismo. Disponible en la página web <http://www.galeon.com/iusnaturalismo/>

DUCCI CLARO, CARLOS. *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile 1988.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, VODANOVIC ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y general. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, séptima edición, Santiago, Chile, 1998.

PESCIO VARGAS VICTORIO. *Manual de Derecho Civil*. Serie Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1948

NAVARRO ALVIÑA RENÉ, *Manual de Derecho Civil*, Curso de Derecho Civil I. Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica. Sujetos de Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, primera edición, Santiago, Chile, 2006.

Familia. Legislación y Jurisprudencia. Coordinado y editado por Departamento de Estudios Jurídicos de Estudios Jurídicos Punto Lex. Editorial Punto Lex S.A., Primera edición, Santiago, Chile 2007

INDICE

Introducción.....	3-11
Capítulo I: Matrimonio e indisolubilidad ¿binomio inseparable?	
1-Referencia histórica de la regulación del matrimonio en cuanto a su carácter indisoluble.....	12
La indisolubilidad en el Derecho Romano.....	12-14
Edad Media: Predominio del Derecho Canónico.....	15
La indisolubilidad en la legislación francesa del siglo XIX.....	15-16
Matrimonio y Divorcio en el siglo XX.....	16-17
La indisolubilidad en la legislación chilena a la época de entrada en vigencia del Código Civil.....	17-18
La indisolubilidad a fines del siglo XIX, a propósito de la introducción de las ideas liberales, que conducen a la promulgación de la ley de matrimonio civil de 1884.....	18-22
La indisolubilidad luego de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Matrimonio Civil (19947).....	23-26
2- Razones que históricamente se han dado para sostener que la indisolubilidad es un rasgo inherente al matrimonio.....	27
Visión general.....	27-28
Las razones de Tomás De Aquino para justificar la indisolubilidad del matrimonio.....	28-32
Las 5 razones para considerar indisoluble el matrimonio, establecidas en el proyecto de Carlos Dupré.....	32-39
La ley natural como principal argumento de indisolubilidad.....	39-44
Conclusiones.....	45
3- Relación entre la indisolubilidad del matrimonio y su naturaleza jurídica.....	45
El matrimonio como un contrato.....	46-48
El matrimonio como institución.....	48-50
El matrimonio como acto del Estado.....	51-52

Críticas a la noción del matrimonio como un contrato.....	52-58
Críticas a la noción de matrimonio como institución.....	59-62
Relación entre la naturaleza jurídica y la indisolubilidad del matrimonio.....	62-67

Capítulo II: La indisolubilidad del matrimonio frente al divorcio vincular. ¿Qué sucedió con el concepto de matrimonio indisoluble consagrado en nuestra legislación cuando se aprobó la ley 19.947?

1- Contenido de la discusión para introducir el divorcio vincular en Chile. Contexto general en que se produjo la discusión sobre el divorcio. Mención de los proyectos que en la época se discutieron.....

68-81

2- Conservación del concepto de matrimonio indisoluble contenido en el Código Civil. Análisis del debate parlamentario. Argumentos para no modificar el concepto de matrimonio. Posturas discrepantes que se presentaron en el Congreso. Posturas doctrinales frente a la conservación del concepto.....

80-81

Discusión que se planteó al respecto en el Parlamento. Análisis de los argumentos y de los conceptos propuestos.....

81-93

Opiniones doctrinales. Análisis argumental.....

93

Autores que creen que el legislador se equivocó al no modificar el concepto de matrimonio.....

93-103

Autores que creen que la opción del legislador de conservar el concepto de matrimonio del 102 fue correcta.....

103-106

Capítulo III: ¿Está derogado tácitamente el artículo 102 del Código Civil?

1-Qué entendemos por derogación. Tipos de derogación. Qué entendemos por derogación tácita. Presupuestos para estar frente a una derogación tácita.....

107-113

2- ¿Corresponde hablar de derogación tácita del artículo 102? Análisis de los presupuestos de la derogación tácita en el caso concreto del artículo 102.....

113-118

3- Posturas doctrinales que se han planteado al respecto.....	119-128
4- Análisis de la jurisprudencia existente.....	129-132
Conclusiones.....	133-135
Bibliografía.....	136-139

