

NULIDAD Y DIVORCIO EN EL PROYECTO DE NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

Mauricio Tapia

El proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil crea nuevas causales de nulidad matrimonial, reconoce el divorcio vincular por culpa y por cese irremediable de la convivencia. Un análisis jurídico de sus normas, teniendo presente la realidad nacional y la experiencia comparada, lleva a concluir: **a)** La ampliación de la nulidad es innecesaria y riesgosa. Además de no representar el problema social de las rupturas, hurga en cuestiones subjetivas, exige una odiosa prueba y esconde verdaderas causas de divorcio estimulando por ello la simulación. **b)** El divorcio fundado en la culpa de un cónyuge obliga a los jueces a la tarea ingrata e imposible de reconstruir los motivos del fracaso, intromisión en la intimidad privada que incrementa la enemistad entre los cónyuges y perjudica el interés de los hijos. **c)** El divorcio por cese irremediable de la convivencia es un criterio objetivo que respeta la libertad de los cónyuges para juzgar las causas de su separación y que al pacificar la ruptura favorece los acuerdos. Este criterio, que contiene resguardos para evitar separaciones inflexivas, repudiación y desventajas para el cónyuge más desvalido, resulta conveniente como causal de divorcio.

MAURICIO TAPIA. Abogado y académico en la Universidad de Chile. Actualmente prepara su tesis doctoral en la Universidad de París, Val de Marne.

1. **E**n la misteriosa novela *Las Afinidades Electivas* (1809) Goethe expresó, en términos que parecen universales, la tensión que existe en el matrimonio entre las pasiones humanas y el orden social. Como en la ciencia química, sostiene, existen naturalezas afines que se atraen espontánea e irresistiblemente y otras que, por el contrario, se repelen con una fuerza equivalente. Atribuyendo una temporalidad ineludible a las afinidades humanas, Goethe utiliza otra analogía para insinuar la función antagonista y selectiva del orden social: juntar, como ciertos mediadores químicos, aquellos que ya no quieren seguir juntos.

La historia del orden social nacional evidencia, tal como el mundo occidental experimenta desde fines del siglo XVIII, una creciente tolerancia frente a la decisión de los cónyuges de separarse. Pero se debe evitar un engaño. El divorcio vincular existe en Chile al menos desde el año 1925, época en que se generalizó la simulación de la nulidad matrimonial por incompetencia del oficial civil. En efecto, si bien técnicamente la nulidad difiere del divorcio, su significación humana es idéntica: libera a los cónyuges y les permite contraer un nuevo matrimonio¹. La práctica masiva de la nulidad, como afirmó recientemente Enrique Barros, no se debe a que la ley chilena contenga un resquicio insalvable, sino a que en un momento histórico los jueces ya no se sintieron autorizados para pasar por encima de la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo². Este cambio de mentalidad en nuestra jurisprudencia, según un comentario escrito por Arturo Alessandri hace más de 70 años, se debe a que la conciencia nacional acepta como humana y conveniente la ruptura de un vínculo cuya subsistencia es perjudicial (para la sociedad, los cónyuges y los hijos)³.

Las perversidades de este divorcio chileno son conocidas: la hipocresía del vicio originario esconde una separación carente de regulación, sencilla de lograr (basta un poco de dinero y amigos dispuestos a mentir), nefasta y onerosa para el cónyuge más desvalido, para los hijos y para la sociedad⁴.

2. En la actualidad, el acuerdo sobre la nocividad de esa nulidad y la evidencia del elevado número de rupturas matrimoniales han originado un interesante debate acerca de las bondades y las perversidades del divorcio

¹ Como lo demuestra Jean Carbonnier en *Droit Civil. La Famille. L'Enfant, le Couple* (1999), pp. 614 y s.

² Enrique Barros, "La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales" (2002), p. 12.

³ Comentario a sentencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29, sec. 1^a, p. 351.

⁴ Sobre los costos sociales e individuales de esta ausencia de regulación, véase Carlos Peña, "Divorcio: Razones para Legislar", artículo de prensa, *El Mercurio*, 3 de junio de 2001.

vincular. Los modestos propósitos de este artículo impiden abordar esa discusión, sin ocultar la convicción de que en sociedades crecientemente pluralistas es preferible que las personas decidan sus propios proyectos de vida, y que la función del derecho sea más bien secundaria, llamado sólo a regular las implicancias personales y patrimoniales de rupturas que escapan a su control⁵.

Los comentarios jurídicos que siguen se refieren a tres cuestiones del proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil (Proyecto) y de sus indicaciones (en especial la presentada por el Ejecutivo que sería un “texto de compromiso”) que se consideran relevantes: **A)** Los inconvenientes de la extensión de la nulidad matrimonial; **B)** Los efectos negativos del divorcio por culpa (*divorcio-sanción*); y **C)** Las ventajas del divorcio por cese irremediable de la convivencia (*divorcio-remedio*). El análisis se realiza con la certeza de que siendo el fracaso de la vida en común una experiencia dolorosa y compleja, es urgente la búsqueda de un régimen coherente y justo, que refleje adecuadamente la realidad nacional de las rupturas. En tal sentido, las referencias a soluciones comparadas se efectúan reconociendo que no siempre pueden ser apropiadas para nuestras costumbres, aunque teniendo en cuenta que las dificultades prácticas presentadas en esos países se originan, muchas veces, en motivos sociológicos o psicológicos que podrían reproducirse en nuestro país.

A. Los inconvenientes de la extensión de la nulidad matrimonial

3. François Géný sostuvo que para la humanidad el pasado, en particular la tradición jurídica, es una carga excesivamente pesada⁶. La discusión para modificar la Ley de Matrimonio Civil muestra que los decenios de divorcio disfrazado de nulidad pesan sobre nuestro presente y así el Proyecto y sus indicaciones no sólo mantienen sino que crean nuevas causales de nulidad (continúan también los eufemismos, al vestir la discusión del divorcio como “Nueva Ley de Matrimonio Civil”).

Desde una perspectiva sociológica, pareciera que el problema que reclama una urgente solución es otorgar efectos civiles a la ruptura de numerosos matrimonios y no resolver un sorpresivo aumento de matrimo-

⁵ El repliegue del derecho en materia de familia ha sido analizado por Jean Carbonnier en *Flexible Droit: Pour Une Sociologie du Droit sans Rigueur* (2001), pp. 9 y s. En *Estudios Públicos* existe una traducción del examen de Mary Ann Glendon acerca de la evolución del derecho en ese mismo sentido (“Derecho y Familia”, 1999), pp. 137 y s.

⁶ François Géný, *Science et Technique en Droit Privé Positif* (1915), V. II, párrafo 168.

nios “anulables”. Y ello obedece a una razón de sentido común: luego de años de convivencia, de formación de un patrimonio común, de realización de planes compartidos, del nacimiento de hijos, las personas tienden naturalmente a plantearse su fracaso como un proyecto que funcionó por un tiempo y que por diversas razones no prosperó, y no como algo que jamás debió existir por defectos de validez originales.

4. Por otra parte, la nulidad es una sanción jurídica propia del derecho de contratos, del derecho patrimonial, que castiga con la invalidación retroactiva (desde su origen) al contrato que carece de algún elemento de validez. Así, es paradójico que quienes defienden el matrimonio como “institución”, origen de la familia, impulsen a la vez la ampliación de la nulidad, aproximándolo al universo de los contratos civiles patrimoniales (idea que sostuvieron pensadores tan diversos como John Locke y Martín Lutero)⁷. Es evidente que el matrimonio no es un contrato como los otros, interesa principalmente a las personas y no al patrimonio, da nacimiento a un estado permanente y no a meros intercambios transitorios. Estas particularidades hacen impracticable la invalidación retroactiva típica de la nulidad. Por esta misma razón, como se expone, la nulidad es una noción que se acomoda mal al matrimonio (por lo menos al matrimonio civil).

5. Nuestra legislación consagra actualmente causales de nulidad del matrimonio, sancionando incapacidades y vicios del consentimiento, que tienen en común el consistir en circunstancias rigurosamente precisadas en la ley (y por ello difíciles de simular), tal como la minoría de edad. No obstante, una cuestión parece pacífica: esa especie de mala broma de afirmar que se residía en un lugar distinto, para sostener la incompetencia del oficial civil y declarar la nulidad del matrimonio, debe terminar. Excluyendo esa simulación, el Proyecto incorpora nuevas causales, tomadas del derecho canónico, consistentes en incapacidades por trastornos psíquicos o falta de juicio para asumir las obligaciones del matrimonio, y vicios del consentimiento, referidos al error sobre cualidades personales y a presiones psíquicas para contraer matrimonio.

Existen argumentos para sostener que esta ampliación de la nulidad es innecesaria y riesgosa: **a)** las nuevas causales son indeterminadas, hurgan en subjetividades difíciles de apreciar externamente; **b)** su prueba obliga a ventilar públicamente intimidades, profundiza las odiosidades entre los cónyuges y perjudica a los hijos; **c)** esconden verdaderas causas de divor-

⁷ Como afirma Mary Ann Glendon, “Derecho y Familia” (1999), pp. 176 y s.

cio, originadas en hechos posteriores a la celebración del matrimonio, estimulando por ello la simulación de la nulidad; **d)** por último, como los efectos de la nulidad son inapropiados para dar cuenta de la ruptura, debe recurrirse, como hace el Proyecto, a los efectos del divorcio, demostrando la inutilidad práctica de esa extensión. Estas razones, que se revisan a continuación, aconsejan que las hipótesis de ruptura que se pretende solucionar con la nulidad sean reguladas por normas del divorcio vincular, que representan de mejor forma aquello que sucedió en los hechos: que la vida en común, por circunstancias imprevisibles y posteriores al matrimonio, se volvió insoportable.

a) La indeterminación de las nuevas causales de nulidad

6. Como se indicó, el Proyecto amplía la nulidad creando nuevas incapacidades y vicios del consentimiento. Las incapacidades afectarán a quienes, “por causas de naturaleza psíquica, no pudieren asumir las obligaciones esenciales del matrimonio...” (art. 4 N° 3), o cuando impidan formar la “comunidad de vida que implica el matrimonio” (Ind. Ejec. art. 1° N° 8), disposición tomada del §1095 N° 3 del Código de Derecho Canónico. El Ejecutivo, por su parte, pretende incorporar una incapacidad que afectará a quienes carezcan de “suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio” (ibídem), que ha sido extraída del §1095 N° 2 del Código de Derecho Canónico.

7. En general, el derecho presume que todas las personas son capaces, salvo que circunstancias extraordinarias, que impidan la existencia o el conocimiento de la voluntad, justifiquen la declaración de incapacidad. Tales circunstancias son graves, pues la incapacidad es la negación del autogobierno en la vida civil. Por ello las incapacidades son minuciosamente definidas por la ley, cuidando de apreciarlas sobre elementos externamente constatables, evitando así las incertidumbres (por ejemplo, son incapaces para contraer matrimonio los impúberes y los dementes). Desconociendo estos principios, el Proyecto y la indicación del Ejecutivo incorporan incapacidades enormemente imprecisas, que exploran cuestiones subjetivas de difícil constatación, siendo imposible anticipar las situaciones en que un cónyuge será declarado incapaz y su matrimonio será anulado.

En efecto, una cuestión es sostener la incapacidad del demente (estado de enajenación habitual que obliga a privarlo de la administración y

disposición de sus bienes y a nombrarle un curador), y otra totalmente distinta es afirmar que una simple anomalía psíquica origine la incapacidad si impide asumir las obligaciones del matrimonio o la vida en común. En tal caso, ¿cuáles son estas anomalías?, ¿cómo se medirá su gravedad?, ¿cómo se distinguirán de las meras perturbaciones de la convivencia?, ¿cómo evaluará el juez que hacen insostenible la vida conyugal o impiden cumplir deberes matrimoniales?, etc. La irreductibilidad de las patologías psíquicas y la complejidad de las relaciones humanas hacen difícil elaborar respuestas generales, y mientras que para algunos una leve alteración mental puede desmoronar la vida conyugal, para otros será simplemente un malestar que la tolerancia y la solidaridad familiar deben solucionar.

Las restantes indicaciones al Proyecto insisten en estas incapacidades por motivos psíquicos. En realidad, si se pretende considerar como causal de nulidad una patología mental más o menos grave, no debe desconocerse que en los países que la reconocen ella da lugar al divorcio y no a la nulidad, porque la experiencia muestra que tales enfermedades son procesos evolutivos imposibles de precisar si estaban o no presentes al momento de la celebración del matrimonio (tal es el caso de Austria, Francia, Luxemburgo, Portugal y Noruega, entre otros países, que tratan estas patologías como causal de divorcio).

8. Más aún, la indicación del Ejecutivo, como se señaló, declara incapaz a todo el que carezca de “suficiente juicio y discernimiento” para comprender y comprometerse con los derechos y deberes del matrimonio, disposición que parece castigar la inmadurez, la ignorancia de deberes o una mera debilidad de carácter. Debe tenerse presente que el Proyecto eleva la edad necesaria para contraer matrimonio a 16 años, medida que tiende a asegurar la madurez de la decisión. Además, siendo habitual que se llegue al matrimonio sin experiencias de convivencia, es evidente que la comprensión y el compromiso con los deberes del matrimonio resultan a esa época más bien teóricos. Por ello, esta disposición puede ser un estímulo implícito al concubinato prematrimonial, forma práctica de “comprender” el verdadero alcance de los deberes de la vida en común, de apreciar si se está dispuesto a “comprometerse” y de evitar el riesgo de nulidad (en tal sentido, la indicación al Proyecto que reconoce “hogares no matrimoniales” puede ser un primer paso para dar forma jurídica a la realidad nacional de los concubinatos).

9. Por otra parte, el Proyecto también reconoce nuevos vicios del consentimiento que sancionan el error acerca de cualidades personales y las

presiones psíquicas para contraer matrimonio, análogos a los consagrados en los §1097 y 1103 del Código de Derecho Canónico. En primer lugar, el vicio referido al error sobre las “cualidades personales [del otro contrayente] que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento” (art. 7 N° 1), es una causal sumamente general que deja un amplio margen a la interpretación. En efecto, si bien es posible determinar a qué se refiere la actual Ley de Matrimonio Civil cuando sanciona el error respecto a la “identidad” del otro contrayente (la novelesca hipótesis de casarse con una persona creyendo que era otra), es por el contrario difícil precisar cuándo una “cualidad personal” puede ser tan gravemente determinante para que su decepción destruya con nulidad el matrimonio. Si los fines del matrimonio son, según la ley, “vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, ¿podrá ser calificada como una de esas cualidades una alteración temporal, una leve disfunción sexual o una depresión que impida momentáneamente el auxilio del otro cónyuge? Después del fracaso son pocas las cualidades que no se transforman en insoportables defectos, y la alegación de que existió error respecto a ellas puede ocultar el simple interés de atribuir la responsabilidad del quiebre al otro cónyuge. Como afirma René Ramos Pazos, en una obra clásica del derecho nacional, consagrar un error sobre estas cualidades lleva a privar al matrimonio de toda estabilidad, permitiendo que cualquier decepción produzca la nulidad⁸.

10. No resulta más claro el segundo vicio del consentimiento, que castiga la “presión psicológica grave, ocasionada por la persona del otro contrayente, por un tercero o por una circunstancia externa que hubiere sido determinante para contraer el vínculo” (art. 7 N° 2). Muchas son las presiones que conducen a las personas a contraer matrimonio: el entorno social, la insistencia de la familia, la necesidad de asegurar un futuro tranquilo, etc. Resulta entonces difícil vislumbrar el límite entre presiones socialmente tolerables y aquellas que acarrearán la nulidad. Por lo demás, la creencia de que se contrajo matrimonio a causa de una presión constituye generalmente un simple pretexto que intenta justificar tardíamente el fracaso de la vida en común.

11. En todos estos casos, la ambigüedad de estas nuevas causales de nulidad encierra el riesgo de que cualquier alteración, decepción o defecto de carácter, muchos de ellos pasajeros o desfigurados por la pasión, sean utilizados para alegar la nulidad del matrimonio. De esa forma, “el fortale-

⁸ René Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, párrafo 17.

cimiento de la familia”, uno de los fines perseguidos por varios sectores de la sociedad y por el Proyecto, se vería ostensiblemente debilitado.

b) Las nuevas causales de nulidad demandan una prueba odiosa

12. La alegación y prueba de estas nuevas causales de nulidad ocasionan una profundización de las diferencias entre los cónyuges y un perjuicio para la familia. Para recurrir a la nulidad se obliga probar anomalías psíquicas, carencia de juicio, incumplimiento de deberes conyugales (algunos de ellos bastantes íntimos), imposibilidad de vida en común, decepción acerca de cualidades personales, etc. Como se expondrá a propósito del divorcio por culpa, siendo insuficiente la mera confesión, este tipo de prueba implica la ventilación de intimidades de un modo escandaloso (certificados médicos dudosos, exposición de documentos privados, etc.). Esto compromete cualquier posibilidad de reconciliación y arrastra consecuencias desastrosas para los hijos, expuestos a un proceso que se afana en demostrar que el matrimonio de sus padres no debió existir por ser el fruto del temor, de un desquiciamiento temporal o de la falta de madurez.

c) Las nuevas causales de nulidad son verdaderas causas de divorcio

13. Es cuestionable, asimismo, que estas circunstancias afecten al matrimonio desde su celebración. En la mayoría de los casos, la frustración de un cónyuge, las alteraciones y en general los problemas de convivencia se manifiestan gradualmente, a través del desarrollo de la vida en común y del descubrimiento paulatino del otro. Al momento del matrimonio los cónyuges intercambian su consentimiento con la idea de formar un proyecto permanente, pero es la convivencia la que corrompe esas buenas intenciones llevándolos a la ruptura. En el fondo, las nuevas causales de nulidad reflejan una búsqueda obstinada de la responsabilidad de un cónyuge en el quiebre de la relación, hipótesis propia del divorcio por culpa, como se expondrá.

Por lo anterior, estas causales de nulidad tienen la tendencia a transformarse en meras excusas, que pretendidamente invocan vicios que afectan la validez originaria del vínculo, pero cuya ocurrencia en verdad se constata sólo cuando el matrimonio fracasa (Enrique Barros⁹). Así, por su interme-

⁹ Enrique Barros, “La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales” (2002), p. 13.

dio, se vuelve a abrir el camino para la utilización abusiva de la acción de nulidad, mediante la simulación de causales que en realidad constituyen motivos, más o menos fundados, de divorcio.

d) Los efectos naturales de la nulidad son inapropiados

14. La naturaleza particular del matrimonio lo distancia de los otros contratos civiles y provoca que los efectos propios de la nulidad sean inconvenientes, debiendo recurrirse a una regulación característica del divorcio. Esto tiene, como se expuso, la sencilla explicación de que la significación humana de la nulidad y del divorcio es idéntica, subyaciendo en ambos una dolorosa ruptura con los mismos problemas prácticos: división del patrimonio común, protección del cónyuge menos favorecido y de los hijos. Por ello, el principal efecto de la nulidad, que es la destrucción retroactiva del matrimonio desde su celebración, resulta impracticable y pernicioso. El contrato de matrimonio da origen a un estado jurídico, a una calidad permanente, que generalmente es la sede de la familia. Aplicar ese efecto retroactivo conduciría al absurdo de presumir que jamás hubo vida común, que no existieron proyectos y bienes compartidos, que los hijos nacieron fuera del matrimonio.

Reconociendo lo anterior, el Proyecto afirma que los efectos de la nulidad comienzan desde su declaración y no desde la celebración del matrimonio (art. 30), y aunque la indicación del Ejecutivo pretende asociarle un efecto retroactivo, ello permanece como una mera declaración de principios. En efecto, ambos textos reconocen que la nulidad no afectará a la filiación de los hijos y contemplan la institución del matrimonio putativo, ficción jurídica que permite otorgar al matrimonio nulo los efectos del válido respecto del cónyuge de buena fe. Más aún, el Proyecto establece reglas idénticas para nulidad y divorcio en materia de definición de relaciones patrimoniales y del futuro de los hijos (art. 59 y s.). Por su parte, la indicación del Ejecutivo obliga a los cónyuges que tuvieran hijos menores y que deseen anular su matrimonio (y sólo si invocan las nuevas incapacidades y vicios del consentimiento) a obtener previamente la separación judicial provisoria y la separación judicial definitiva, es decir, a seguir las mismas etapas exigidas para el divorcio (Ind. Ejec. N° 31). En la práctica la nulidad actúa hacia el futuro, tal como el divorcio, confirmando las sospechas acerca de su verdadera naturaleza y las objeciones a su extensión en el Proyecto.

15. Los argumentos anteriores llevan a concluir que es innecesario y riesgoso crear nuevas causales de nulidad matrimonial. El Proyecto persigue regular los efectos civiles de las rupturas matrimoniales y para ello no es necesario estimular la alegación de hipotéticos vicios originales. La sola ventaja de insistir en la nulidad sería la de constituir un camino menos violento para quienes han visto morir su relación, pero cuyas creencias les impiden recurrir directamente al divorcio, teniendo en cuenta especialmente que la Iglesia Católica, a diferencia de otras religiones, no acepta el divorcio vincular pero sí la nulidad. De este modo, sería una nulidad con un cierto aire confesional, como lo demuestra el hecho que las causales hayan sido extraídas del derecho canónico y algunas indicaciones al Proyecto, que pretenden que la sentencia eclesiástica que declare nulo el matrimonio, previa autorización judicial, surta efectos civiles.

Dos razones llevan a oponerse a la ampliación de la nulidad con tales propósitos. De una parte, es cierto que el derecho canónico utiliza frecuentemente estas causales para declarar nulos ciertos matrimonios. Sin embargo, el examen de tales nulidades, efectuadas en el marco confesional por quienes deben dirigir espiritualmente a sus fieles, puede y debe explorar en la profundidad de las conciencias su sinceridad. Tal tarea no puede demandarse, sin embargo, a jueces civiles que no cuentan con las mismas herramientas y cuya misión se reduce a apreciar conductas externas y no a invadir las conciencias de las personas. De otra parte, la extrapolación de la nulidad del derecho canónico al derecho nacional desconoce que el primero es un orden que pretende guiar espiritualmente a sus fieles y no la vida civil de una comunidad crecientemente pluralista. No cabe duda de que un afán de igualdad y de secularización del Estado llevó al legislador a adoptar la Ley de Matrimonio Civil en 1884. Por ello esta ley, resultado de importantes movimientos y acuerdos sociales, declara en su Art. 1° que los requisitos y formalidades que la religión prescribe “no se tomarán en cuenta [...] para decidir sobre la validez del matrimonio ni para reglar sus efectos civiles”. El Proyecto, de manera elocuente, deroga esta disposición.

16. En todo caso, si se persiste en la idea de ampliar la nulidad sería aconsejable, además de reducir las ambigüedades precisando de mejor forma las causales, adoptar ciertos resguardos que impidan la simulación y el abuso de la acción de nulidad. Tales resguardos, reconocidos en el derecho comparado, se refieren a un examen material de la relación conyugal, con el fin de apreciar si los eventuales vicios de nulidad pueden presumirse saneados por la prolongación de la convivencia luego de su descubrimiento. Con ese fin, los plazos de prescripción de la acción de nulidad deberían ser

bastante breves. En el Proyecto la acción fundada en un vicio del consentimiento prescribe en un año, contado desde que se descubre el error o desaparece la fuerza, que la indicación del Ejecutivo eleva a tres años (el art. 181 del Código Civil francés, por ejemplo, lo reduce a 6 meses). Más aún, tanto el Proyecto como la indicación del Ejecutivo declaran que la acción de nulidad por algunas de las nuevas incapacidades no prescribe por el paso del tiempo, no importando cuánto se prolongue la convivencia luego del cese de la incapacidad.

Asimismo, considerando que la frontera entre las causales de nulidad y de divorcio es al menos difusa, y que ambas producen el mismo efecto práctico de disolución del vínculo, debería regularse de forma similar su procedimiento, evitando crear ventajas procesales para quienes opten por la nulidad. Así, la nulidad debería cumplir las mismas etapas procesales del divorcio y respetar idénticas normas protectoras del cónyuge más desvalido y de los hijos. Sin esos resguardos, se estimularía la simulación de la nulidad para acceder a sus beneficios procesales, creando una especie de “divorcio privilegiado” más simple y rápido de lograr. Ello cambiaría la farsa de la incompetencia por una comedia de imputaciones bastante innoce, aunque más expedita que el divorcio, para lograr la formalización de la ruptura. Por lo demás, sólo un tratamiento similar para todos quienes pretendan oficializar su ruptura respeta la exigencia constitucional de igualdad ante la ley.

B. Los inconvenientes del divorcio por culpa de un cónyuge *(divorcio-sanción)*

17. Además de ampliar la nulidad, el Proyecto reconoce el divorcio vincular fundado en la culpa del cónyuge que viola grave y reiteradamente los deberes matrimoniales, haciendo intolerable el mantenimiento de la vida en común (art. 52), denominado generalmente *divorcio-sanción*. Como se expone, la culpa como causal de divorcio ha sido progresivamente abandonada en el derecho comparado por las siguientes razones: **a)** la naturaleza particular del contrato de matrimonio hace de la culpa una noción inapropiada para fundar el divorcio, conduciendo además a una intromisión en la intimidad privada; **b)** la culpa es una causal de divorcio indeterminada, que implica el riesgo de que cualquier conducta sea utilizada como excusa para solicitarlo; **c)** por último, la alegación y prueba de la culpa aumenta la odiosidad entre los cónyuges, elimina cualquier posibilidad de reconciliación y perjudica el interés de los hijos.

a) La culpa es un concepto inapropiado para el divorcio

18. La utilización de la culpa como causal de divorcio insiste en el tratamiento del matrimonio como un contrato, buscando al contratante culpable del incumplimiento y del fracaso matrimonial. Sin embargo, como se expuso, el matrimonio no es un contrato como los otros, en él las relaciones no se fundan en un intercambio antagonista de bienes o servicios sino en la cooperación entre los cónyuges. Esta cooperación vuelve artificial la visión de la ruptura en términos de culpabilidades individuales, puesto que en la mayoría de los casos los motivos del fracaso son difusos o provienen de faltas compartidas. Así, en los países que aplican aún el concepto de culpa es sorprendente que cerca de la mitad de los juicios iniciados por demanda de un cónyuge imputando culpas al otro finalice con una decisión que distribuye responsabilidades, declarando también culpable al demandante¹⁰.

Por lo demás, existen en la sociedad una pluralidad de concepciones de familia y dentro de ella cada pareja diseña su relación, dando un contenido diverso a los deberes legales (fidelidad, respeto, protección, etc.). La utilización de la culpa menosprecia esa riqueza y reduce la ruptura matrimonial a un juego simplista de víctimas y victimarios. “Todas las familias felices se parecen, pero las familias infelices son infelices cada una a su manera”, comienza explicando Tolstoi en *Ana Karenina*. Siendo difícil determinar externamente cuándo se ha violado un deber matrimonial, el examen de la culpa exige una reconstrucción del pasado, hurgando en la intimidad de la pareja, ventilando cuestiones que las personas tienen el legítimo derecho a guardar en estricta reserva. Es cierto que la culpa tiene, inconscientemente, una connotación de reproche moral, pues en gran medida es la traducción laica del pecado. Sin embargo, en las relaciones conyugales tal reproche debe permanecer en la intimidad de la familia; el derecho, con sus pobres medios, es incapaz de explorar los motivos de conflictos irreductibles. Esta conclusión, por lo demás, es coincidente con el resultado de dos encuestas efectuadas en el año 2001, que afirma que la mayoría de los chilenos consideran que el divorcio cae dentro de la “moral personal”¹¹.

¹⁰ Como se ha demostrado en la discusión parlamentaria de la reforma del divorcio en Francia (2001-2002). En este mismo sentido, el estudio sociológico de la familia de Irène Théry, *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui...* (1998), pp. 115 y s.

¹¹ Encuestas realizadas por la Fundación Chile 21 y la Universidad Alberto Hurtado. La encuesta de la Fundación Chile 21, “Opinión Pública N° 3. Opiniones y Percepciones sobre el Derecho a Elegir y la Píldora del Día Después” (octubre 2001), es una muestra aleatoria de hogares (600 casos), efectuada telefónicamente en Santiago, Iquique, Antofagasta, La Serena, Coquimbo, Viña del Mar, Valparaíso, Concepción, Talcahuano y Temuco. Por su parte, la encuesta de la Universidad Alberto Hurtado se realizó entre el 27 de julio y el 17 de agosto de 2001; es una muestra aleatoria (900 casos), efectuada por Time Search en el hogar del entrevistado, en la Región Metropolitana.

b) La indeterminación y los riesgos de la culpa como causal de divorcio

19. La culpa es una causal indeterminada de divorcio. La sanción del incumplimiento de “deberes matrimoniales” tiene la perniciosa tendencia a transformarse en una fuente de obligaciones bastante originales, con el único propósito de acreditar su incumplimiento y demandar el divorcio. Así, la jurisprudencia francesa, aplicando una disposición copiada por el Proyecto, ha creado obligaciones de una manera casuística, dando lugar al divorcio, por ejemplo, en atención a una actividad sindical demasiado absorbente o a una infidelidad de orden puramente intelectual. Asimismo, la exigencia de que la violación sea “reiterada y grave” envuelve la difícil tarea de valorar la trascendencia de conflictos íntimos, con el fin de evitar que las salas de tribunales se repletan de querellas insignificantes. Más aún, tales incumplimientos deben hacer “intolerable el mantenimiento de la vida en común”, cuestión subjetiva que lleva a preguntarse acerca de la tolerancia que es esperable entre cónyuges, existiendo sacrificios que naturalmente demanda la vida en común.

En este mismo sentido, resulta particularmente criticable el art. 51 del Proyecto, que establece una especie de divorcio por culpa sancionando al cónyuge que está “permanentemente en una situación o adquirir una conducta que contradiga gravemente los fines del matrimonio o lo inhabilite para alcanzarlos de manera compatible con la naturaleza del vínculo”. Si se hace un esfuerzo por entender esta extraña norma, pareciera que comprende no sólo actuaciones (violaciones de deberes conyugales consagradas en el art. 52), sino que también una especie de “tentativa” (en vías de “adquirir una conducta”) o simplemente el encontrarse en un estado (“situación”). Una situación y una adquisición de una conducta son conceptos innovadores, pero enormemente imprecisos, y una buena fuente de conflictos de interpretación. Las “situaciones” en que puede estar una persona tienen una naturaleza bastante diversa, abriendo una vía para que cualquier defecto de carácter, crisis o depresiones sean invocados como causas de divorcio. Los ejemplos que utiliza el Proyecto y la indicación del Ejecutivo no aclaran su sentido, insistiendo en cuestiones tales como la “homosexualidad” o la “infracción de deberes sexuales del matrimonio” que anuncian una escandalosa prueba. Es en verdad odioso que el derecho con sus burdos mecanismos intente juzgar situaciones como la sexualidad de una pareja, es un menosprecio a las esferas más íntimas de las relaciones humanas.

c) Problemas de la prueba del divorcio por culpa

20. Los efectos nefastos de la culpa como causal de divorcio se constatan sobre todo al momento de su prueba. La práctica de países que la aplican evidencia que transforma la ruptura en un “paseo infernal”, que recrea el dolor y las humillaciones, incentivando pruebas fraudulentas o escandalosas (certificados médicos, cartas íntimas, etc.), revolucionando el entorno de la pareja (amigos, familiares y empleados son llamados como testigos), todo lo cual inhibe cualquier posibilidad de reconciliación¹². Por lo demás, como los cónyuges tienen la ilusión de que el juez esclarecerá la realidad de la pasada intimidad de la pareja, les invade un profundo sentimiento de injusticia cuando éste decide con los elementos necesariamente parciales de que dispone. Más grave aún, los hijos se ven en medio de una lucha entre enemigos, rodeados de insultos efectuados por testigos y abogados interpuestos, en un conflicto que se esfuerza por reconstruir responsabilidades pasadas y que desmedra el futuro. Así, son los hijos quienes reciben los peores efectos de este proceso, el aumento de la odiosidad entre sus padres tiende a prolongarse a manera de epílogo en la aplicación de la tuición, del régimen de visitas o en el cumplimiento oportuno de la obligación de alimentos¹³.

La conflictiva demostración de estas causales provoca también que el juicio de divorcio sea innecesariamente largo y costoso (para la administración de justicia y para los cónyuges). Así, en Francia, una de las razones para abandonar la culpa como causal de divorcio ha sido el absurdo de que en muchos casos el juicio dura más que la pasada convivencia. Así también el estado de Lousiana (EE. UU.), que ha creado un contrato de matrimonio que puede ser disuelto casi exclusivamente por culpa (*Convenant Marriage Law*, 1997), ha provocado el aumento de “negociaciones a la sombra de la ley” y repentinos cambios de estado para obtener el divorcio, en atención a que el procedimiento resulta excesivamente complejo y oneroso.

¹² Como lo demuestra el informe de François Colcombet, que consideró el testimonio de los jueces de asuntos familiares en Francia (2001), pp. 2 y s. Respecto de otros países que aplican la culpa como causal de divorcio, Frédérique Granet, *L'Opportunité d'une Réforme d'Ensemble, Convergences et Divergences des Droits Européens de la Famille* (2000), pp. 7 y s.

¹³ En este sentido, Edward W. Beal y Gloria Hochman, en una investigación traducida por *Estudios Públicos*, concluyen: “En un divorcio rabioso y castigador, suele estallar una disputa feroz por la custodia y los hijos se convierten en prendas, en factores de regateo dentro de una batalla que acaba transformándose en una guerra en gran escala” (“Los Hijos del Divorcio en la Adulterz”, 1995, p. 257.)

21. Frente a todos estos inconvenientes de la culpa, es lógico preguntarse por qué las personas tienden a elegir este conflictivo mecanismo y no deciden formalizar su ruptura alegando causales más pacíficas como la desaparición de la convivencia. En principio, una razón psicológica muestra que los cónyuges tienden a desplazar la ventilación de sus diferencias al tribunal en un público y final “ajuste de cuentas”, donde naturalmente ninguno quiere aparecer, ante su familia y sus amistades, como responsable del fracaso. La atribución de culpas de la ruptura pasa a transformarse también, de una manera simbólica, en una catarsis del sufrimiento, pues, como sostenía Ovidio en sus *Remedios de Amor*, no hay nada como pensar continuamente en los defectos del otro para erradicar la pasión.

Existen también razones jurídicas. La primera está ligada al tedio de la tramitación del divorcio por otras causales. En la mayoría de las legislaciones el divorcio por culpa tiene ventajas procesales, como la disminución del período de separación efectiva exigido para demandar el divorcio o la omisión de trámites (la mediación, por ejemplo), y por esto existe el riesgo implícito de que los cónyuges simulen su culpabilidad para acceder a ellas¹⁴. Así, en el Proyecto, mientras el divorcio por otras causales demanda un cese de la convivencia de entre 3 y 5 años, el divorcio por culpa no requiere ningún plazo de separación. En segundo lugar, porque el derecho tiende a tratar, de manera desproporcionada, de peor forma al cónyuge que provoca por su culpa el divorcio. Según el Proyecto, quien genera la separación por su culpa pierde, desde la sentencia que decreta judicialmente la separación (antecedente del divorcio), los derechos en la sucesión abintestato de su cónyuge y el derecho a la porción conyugal (art. 3° letras n y ñ); las donaciones hechas por causa del matrimonio al cónyuge culpable pueden ser revocadas (art. 3°, letra q); y también desaparece su derecho a la prestación compensatoria (Ind. Ejec. art. 1° N°14)¹⁵.

22. Por estas razones, resulta elocuente que la Asamblea Nacional en Francia haya decidido el 10 de octubre 2001 derogar el art. 242 del Código Civil, que contiene el divorcio por culpa y en cuya redacción se inspiró el art. 52 del Proyecto (la indicación del Ejecutivo, art. 1° N° 36, lo adopta casi literalmente)¹⁶. La reforma en ese país se basa en un completo estudio sociológico de la realidad del divorcio (1998-1999), que examinó

¹⁴ Aunque la confesión de un cónyuge no es suficiente (art. 68 del Proyecto), junto a otras pruebas podría lograr la simulación de la causal.

¹⁵ Acerca de esta prestación compensatoria, véase *infra*, N° 31.

¹⁶ Los estudios sociológicos de Irène Théry, *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui...* (1998), y de Françoise Dekeuwer-Défossez, *Rénover le Droit de la Famille: Propositions pour un Droit Adapté aux Réalités et aux Aspirations de Notre Temps* (1999).

detalladamente 23 años de aplicación de la culpa, concluyendo que sus efectos son devastadores y que contribuye a dramatizar inútilmente una situación ya dramática¹⁷. La legislación inglesa, por su parte (*Family Law Act*, 1996), célebre por su posición reacia al divorcio y por las medidas que implementa para salvar el matrimonio, ha renunciado a efectuar una enumeración de causales de divorcio, incluyendo aquellas fundadas en la culpa, en beneficio del criterio del fracaso matrimonial que facilita los acuerdos entre los cónyuges. Además de éstos, son numerosos los países que abandonaron en los últimos años este *divorcio-sanción* en beneficio de un *divorcio-remedio* basado en el quiebre irremediable de la convivencia (por ejemplo, Alemania, Canadá, Holanda, España, Suecia y con matices Dinamarca, Noruega y Suiza).

Aunque esta experiencia comparada pueda considerarse ajena a la realidad nacional, puede al menos anticiparse la incómoda labor de los jueces de aprobarse el Proyecto, pues según una encuesta reciente el 43% de la población cree que las rupturas en nuestro país se provocan por infidelidad, la que deberá ser alegada y probada en juicio¹⁸.

23. Por otra parte, los argumentos acerca de que la culpa sea un freno para los divorcios frívolos y un castigo a las malas conductas, no son ni convincentes ni suficientes para aceptarla como criterio del divorcio. En efecto, si se quiere evitar divorcios irreflexivos basta con estimular las reconciliaciones por medio de períodos de reflexión y de un proceso razonable de mediación (hipótesis utópica en un juicio que busca frenéticamente al culpable), o en ausencia de acuerdos, constatar en los hechos el quiebre irreversible de la relación (por un plazo razonable de separación). Por otro lado, si se quiere reprimir conductas indebidas, nuestro derecho cuenta con herramientas para sancionar violencias intrafamiliares, crímenes y delitos, reparar perjuicios patrimoniales y morales, desheredar por indignidad o revocar donaciones por ingratitud.

¹⁷ Una diferencia existe entre la posición de esa Asamblea (que pretende eliminar toda referencia a la culpa en el divorcio) y la posición del Senado (febrero 2002), que prefiere mantener una remisión a la culpa, aunque otorgando amplias facultades a los cónyuges para que eludan el examen de la culpabilidad en el proceso (a la que también atribuye efectos negativos). Así, el juez podría decretar el divorcio en cualquier momento del juicio si los cónyuges reconocen que sus relaciones están irremediablemente alteradas, cuestión que vuelve en definitiva sobre el examen de si la convivencia ha cesado irreversiblemente.

¹⁸ Encuesta de la Fundación Chile 21, "Opinión Pública N° 1: En torno a la Ley de divorcio" (junio 2001). Muestra aleatoria de hogares, efectuada telefónicamente (600 casos) en Santiago, Iquique, Antofagasta, La Serena, Coquimbo, Viña del Mar, Valparaíso, Concepción, Talcahuano y Temuco.

24. Para evitar todos estos inconvenientes resulta práctico distinguir entre motivos de la ruptura y causales de divorcio. La gente rompe su convivencia por múltiples razones: pérdida del respeto, traiciones, desaparición del amor, etc. Tales razones deben permanecer en estricta reserva en el ámbito de la familia y constituyen una “triste caja negra” que sólo sus protagonistas pueden examinar. Una cuestión totalmente distinta son las “causales de divorcio”, que deben responder a un estado objetivo, público y por ello fácilmente constatable, como es una prolongada e irreversible separación. La obstinada intención de hurgar en la ruptura para sindicar a un culpable es un desdén a la complejidad humana y evidencia una excesiva desconfianza en las personas, un cuestionamiento impertinente de su madurez para gobernar el destino de sus vínculos. Ello no obsta, como se expone a continuación, a tomar medidas que eviten divorcios irreflexivos, repudiación y perjuicios al cónyuge más desvalido.

C. Las ventajas del divorcio por cese irremediable de la convivencia (*divorcio-remedio*)

25. Esta causal de divorcio, denominada *divorcio-remedio*, constata en los hechos que la vida conyugal fracasó irreversiblemente, sin hurgar en los motivos íntimos de una ruptura que sólo se limita a formalizar. El Proyecto la consagra, señalando que el cese efectivo de la convivencia da lugar al divorcio: si pasaron más de 3 años desde que fue aceptada por ambos cónyuges la separación; si transcurrieron más de 5 años desde la separación, aunque no haya sido aceptada de común acuerdo; o si pasaron 2 años desde la sentencia de separación judicial, esto es, después de 4 años del cese efectivo de la convivencia, ya que la separación judicial exige previamente acreditar 2 años de distanciamiento (art. 49 y 50). En realidad tales hipótesis comprenden dos causales de divorcio distintas: el cese irreversible de la convivencia y el mutuo acuerdo, que el Proyecto exige, acertadamente, se justifique por el quiebre efectivo de la vida en común.

Las ventajas de este *divorcio-remedio* frente a un *divorcio-sanción* fundado en la culpa son las siguientes: **a)** es una causal objetiva que respeta la intimidad privada al eludir el examen de los motivos de la ruptura; **b)** pacifica el divorcio, favoreciendo acuerdos entre los cónyuges y asegurando el bienestar de los hijos; **c)** disminuye el riesgo de divorcios irreflexivos; y, **d)** elimina el peligro de repudiación y contiene resguardos para el cónyuge más desvalido.

a) Es una causal de divorcio objetiva

26. El cese irremediable de la convivencia es una causal de divorcio objetiva que elude el examen de culpabilidades y de cualquier otro motivo íntimo de la ruptura, respetando la intimidad privada y la autonomía de las personas para decidir el destino de sus relaciones. La labor del tribunal se reduce a comprobar en los hechos que los cónyuges viven separados, sin perjuicio de que en caso de ofensas graves de un cónyuge pueda recurrirse a los mecanismos clásicos del derecho para perseguir su sanción (como el castigo de delitos y la indemnización de perjuicios).

Este *divorcio-remedio* nació en el derecho comparado en los años 70 como una respuesta a los escandalosos resultados que provoca la prueba de la culpa, que venía aplicándose en Europa desde fines del siglo XIX. Paulatinamente países de diversas costumbres y culturas jurídicas han modificado su legislación haciendo de ésta la causal única de divorcio (por ejemplo Suecia en 1973, Alemania en 1976, España en 1981, Canadá en 1985, Noruega en 1991, Dinamarca en 1991, Inglaterra en 1996, Suiza en 1998 y Francia en discusión este año).

27. Con matices en estas legislaciones, la idea general, que inspira algunas disposiciones del Proyecto, exige para dar lugar al divorcio la constatación de un hecho y la construcción de una presunción. La circunstancia que debe constataarse es el fracaso del matrimonio traducido en el cese de la convivencia. En algunos países (como Alemania) este cese de la convivencia puede probarse incluso si se sigue habitando en un domicilio común, aunque separadamente, cuestión que protege al cónyuge menos favorecido que tiene dificultades para mudarse rápidamente. En segundo lugar, es necesario construir la presunción de que la cesación de la convivencia es irreversible, es decir, que no existen posibilidades de reconciliación. Para llegar a esta presunción se utilizan, en los modelos comparados, esencialmente tres mecanismos objetivos de convicción: la exigencia de un plazo razonable de separación, el otorgamiento de un período de reflexión entre la presentación de la demanda y su confirmación, y la proposición de una mediación si hay probabilidades de reconciliación. Como se expone, el Proyecto contiene algunos de estos resguardos.

b) Es una causal de divorcio pacífica

28. Este sistema de divorcio contribuye a pacificar la ruptura, restando dramatismo al ya dramático quiebre de la vida en común y abriendo

oportunidades para una eventual reconciliación. En tal sentido es elocuente que la legislación inglesa de 1996, inspirada en el propósito de salvar siempre que sea posible el matrimonio, haya decidido erradicar el examen de la culpabilidad, aceptando como única causal de divorcio el fracaso de la vida conyugal, que ha probado estimular los acercamientos.

Cuando la reconciliación es imposible, facilita al menos la adopción de acuerdos sobre distribución de bienes comunes, tuición, visitas y alimentos de los hijos. De esta manera, se asegura su futuro y se disminuye el costo ligado al procedimiento. Así también se logran mayores probabilidades de que los acuerdos alcanzados sean respetados espontáneamente, evitándose que el pago de pensiones y el régimen de visitas sean usados como última arma de extorsión. Los hijos por lo demás llevan en mejor forma un proceso amigable y razonable de separación, que un juicio cargado de insultos y de recriminaciones entre sus padres¹⁹. Por último, esta pacificación permite a quienes fundan una nueva familia luego de la separación, formalizar la ruptura de manera menos traumática y contraer un nuevo vínculo que regularice sus actuales relaciones.

c) Disminuye el riesgo de separaciones irreflexivas

29. El riesgo de que un procedimiento simple tienda a trivializar el divorcio, estimulando separaciones irreflexivas, se elimina si existen desincentivos adecuados. Como se indicó, en el derecho comparado se emplean tres resguardos para confirmar que la separación es irreversible. En primer lugar, el plazo de separación efectiva debe ser relativamente prolongado si no existe acuerdo entre los cónyuges (entre 1 y 3 años en la mayoría de los países). En caso de existir acuerdo, este plazo es considerablemente menor (sin plazo en Inglaterra, Suecia y en la reforma en Francia, 6 meses en Dinamarca, 1 año en Alemania, España y Canadá). En segundo lugar, es conveniente otorgar a los cónyuges una oportunidad de reconsiderar su decisión concediéndoles un período de reflexión entre la presentación de la demanda y su confirmación. Este plazo varía también en las legislaciones,

¹⁹ Según Edward W. Beal y Gloria Hochman: “Pese a la naturaleza intrínsecamente rencorosa del divorcio, existe de todas formas un número sorprendente de parejas que es capaz de preservar la amistad. Cuando consiguen simular, con tanta fidelidad como sea posible, la cohesión de la familia predivorciada, hay grandes probabilidades de que los hijos salgan beneficiados. Puede que resulten incluso más fortalecidos y mejor adaptados que los hijos de hogares intactos, pero disfuncionales e infelices” (“Los Hijos del Divorcio en la Adulter”, 1995, p. 261.)

siendo mayor cuando hay hijos menores (entre 3 y 15 meses). En tercer lugar, durante este período de reflexión también es recomendable abrir un procedimiento de mediación, que comience con una entrevista obligatoria ante el juez para instruirlos sobre las consecuencias personales y financieras del divorcio, y que continúe con una mediación voluntaria si existe posibilidad de reconciliación.

30. El Proyecto contempla plazos de 3 a 5 años de separación material antes de demandar el divorcio, que podrían revisarse de acuerdo a la realidad chilena, teniendo en cuenta que la lentitud de la tramitación de las causas puede aumentar considerablemente el tiempo de espera antes de formalizar la ruptura²⁰. También, si se quiere incentivar las reconciliaciones, puede ser conveniente implementar el período de reflexión aludido, sin que ello implique la duplicidad de juicios y de costos. Por esto, resulta criticable la idea del Ejecutivo de exigir, antes del divorcio, la declaración de separación judicial provisoria, esperar dos años para demandar en un segundo juicio la separación judicial definitiva, seguir esperando otros dos años para demandar finalmente en un tercer juicio el divorcio (Ind. Ejec. art. 1 N° 36). Un procedimiento así de moroso eternizaría el dolor de la ruptura, recreando de tiempo en tiempo situaciones devastadoras para los cónyuges y para las nuevas relaciones que formen. Ello significaría además una innecesaria multiplicación de juicios y de costos. La ley española de divorcio (1981), por ejemplo, que introdujo junto al divorcio la “separación judicial” (que parece ser el origen de esta idea), ha generado un incremento considerable del costo de la formalización de la ruptura y muchos especialistas adelantan su derogación o sustitución por un “período de reflexión”. Por último, tampoco parece aconsejable forzar un proceso de mediación que por naturaleza es una opción “amigable” que busca acercar sólo a quienes tienen la voluntad de hacerlo, salvo en cuanto existan hijos menores, y lo que se pretenda con la mediación obligatoria es acercar a los cónyuges para definir su futuro²¹.

²⁰ En Suiza, por ejemplo, se discute actualmente el carácter excesivo del plazo de 4 años de separación que exige la ley (1998) para dar lugar al divorcio cuando no hay acuerdo. En el mes de abril de este año, el Tribunal Federal de ese país, en una decisión que no fue bien recibida por la opinión pública, rechazó una demanda de divorcio por no cumplir ese plazo de separación, a pesar de que los cónyuges estaban distanciados desde hacía tiempo y que la mujer había formado una familia con su nueva pareja.

²¹ En la ley de divorcio de Noruega (1991), por ejemplo, el proceso de mediación es obligatorio sólo si los cónyuges tienen hijos menores de 16 años. Por otra parte, un procedimiento obligatorio de conciliación o de mediación para reconciliar a los cónyuges es casi imposible de poner en práctica. Así, la ley italiana de 1970 (modificada por leyes de 1975 y

Complicar excesivamente el procedimiento no sólo desincentivará el divorcio de aquellos que por motivos baladíes pretenden dar fin a su relación, sino el de aquellos que deberán suspender una juiciosa decisión frente a las ingratitudes de juicios que se anuncian antipáticos, morosos y caros. La práctica masiva de la nulidad en Chile es la mejor prueba que el derecho no puede obligar a las personas a mantenerse casadas, y es una advertencia que la simulación de causales de nulidad o de divorcio por culpa puede ser una indeseable externalidad de la creación de un procedimiento de divorcio por quiebre irremediable de la convivencia enmarañado y fatigante.

d) Disminuye el riesgo de repudiación y tiene resguardos para el cónyuge más desvalido

31. Este sistema de divorcio disminuye el riesgo de crear una especie de repudiación (al estilo del derecho musulmán). En primer lugar, existe una gran diferencia de naturaleza entre la repudiación y el divorcio por quiebre irremediable de la convivencia. La repudiación es un procedimiento extrajudicial, prerrogativa exclusiva del marido, y que consiste en la entrega a la mujer de una simple carta que da cuenta del rechazo, tal como lo reconocía el derecho mosaico (*Deuteronomio*, 24). Con esa carta la mujer pasa a ser soltera y debe abandonar el hogar común. Por el contrario, si bien el divorcio por ruptura irremediable puede ser demandado por uno solo de los cónyuges, es un procedimiento judicial, abierto tanto al marido como a la mujer, y que contiene resguardos para evitar el empobrecimiento del cónyuge más desvalido. Por lo demás, mediante el procedimiento de declaración de bienes familiares y la atribución en casi la totalidad de los casos de la tuición de los hijos a la mujer, es el marido quien generalmente abandona el hogar común.

Por el contrario, sí existe el riesgo de repudiación en las nuevas causales de nulidad y en el divorcio por culpa, que atribuyen la titularidad de la acción exclusivamente al cónyuge supuestamente “inocente”, quien puede presionar indebidamente al otro para que facilite la simulación de una causal de nulidad o de culpa, y de esa forma obtener una separación rápida y ventajosa.

Es evidente que para evitar tales riesgos debe asegurarse un acceso igualitario de hombres y mujeres al divorcio e impedir a la vez que el

1987), que intenta forzar la conciliación, ha demostrado en los hechos su inoperancia. La jurisprudencia de ese país ha terminado por renunciar, como regla general, a perseguir la conciliación si existe una causa objetiva de divorcio y si los cónyuges muestran por su comportamiento que desean verdaderamente divorciarse.

cónyuge menos favorecido (generalmente la mujer que se encargó del cuidado del hogar, sin desarrollar una actividad profesional) sea empobrecido injustamente por la separación. En este sentido, resulta destacable la consagración en los países escandinavos de un “derecho al divorcio”, no como una instigación insensata al quiebre de la familia, sino como una declaración de la firme intención de otorgar a la mujer un acceso igualitario al divorcio²². Tal derecho se materializa mediante la disminución de la intervención judicial (en ausencia de conflictos, hay una preponderante intervención administrativa, más rápida y menos costosa que la judicial) y de la ayuda económica estatal para enfrentar los costos del divorcio (asesoría jurídica y psicológica).

En un sentido análogo, resulta apropiado el art. 59 del Proyecto, que exige al juez constatar el carácter equitativo de los acuerdos a que lleguen los cónyuges al momento del divorcio, en especial si compensan las desventajas de incorporación al mercado laboral del cónyuge que permaneció al cuidado de los hijos y del hogar común. Tales “prestaciones compensatorias” deberían distribuir adecuadamente los costos del divorcio, disminuyendo la disparidad que la ruptura provoca en las condiciones de vida, teniendo en cuenta no sólo la pasada inactividad laboral de un cónyuge, sino también su edad, su estado de salud, su calificación profesional, su patrimonio, etc.

32. Existiendo esos resguardos, que impiden rupturas frívolas, repudiación y distribuyen adecuadamente los costos del divorcio evitando el empobrecimiento injusto de un cónyuge, el divorcio por ruptura irremediable de la convivencia se presenta como un mecanismo pacífico y conveniente para hacer frente a la dolorosa realidad nacional de las rupturas. Por el contrario, la ampliación de la nulidad y el divorcio por culpa resultan innecesarios y nocivos, agravan los conflictos y tienen la fuerte tendencia a reintroducir la vergonzosa práctica de la simulación para aprovechar sus ventajas procesales, comprometiendo cualquier esfuerzo de reconciliación y perjudicando el interés de los hijos.

²² Éste es uno de los propósitos de las leyes de divorcio de Suecia (1973), Dinamarca (1991) y Noruega (1991).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alessandri, Arturo. Comentario a sentencia. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 29, sec. 1ª, p. 351.
- Barros, Enrique. “La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales”. *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002).
- Beal Edward W. y Hochman, Gloria. “Los Hijos del Divorcio en la Adulthood”. *Estudios Públicos*, 57 (verano 1995).
- Carbonnier, Jean. *Droit Civil. La Famille. L'Enfant, le Couple*. París: PUF, 20ª ed., 1999.
- Carbonnier, Jean. *Flexible Droit. Pour une Sociologie du Droit Sans Rigueur*. París: L.G.D.J., 10ª ed., 2001.
- Colcombet, François. *Rapport N° 3299*. París: Documents Parlementaires, Assemblée Nationale, 8 de octubre de 2001.
- Dekeuwer-Défossez, Françoise. *Rénover le Droit de la Famille: Propositions pour un Droit Adapté aux Réalités et aux Aspirations de Notre Temps*. París: Odile Jacob, La Documentation Française, 1999.
- Fundación Chile 21, “Opinión Pública N° 1: En torno a la Ley de Divorcio”. Junio 2001.
- Fundación Chile 21, “Opinión Pública N° 3: Opiniones y Percepciones sobre el Derecho a Elegir y la Píldora del Día Después”. Octubre 2001.
- Gény, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*, París: Sirey, 1915. V. II.
- Glendon, Mary Ann. “Derecho y Familia”. *Estudios Públicos*, 76 (primavera 1999).
- Granet, Frédérique. *L'Opportunité d'une Réforme d'Ensemble: Convergences et Divergences des Droits Européens de la Famille*. París: Editions du Juris-Classeur, hors-série, Droit de la Famille, diciembre 2000.
- Peña, Carlos. “Divorcio: Razones para Legislar”. *El Mercurio*, 3 de junio de 2001.
- Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.
- Théry, Irène. *Couple, Filiation et Parenté Aujourd'hui: Le Droit Face Aux Mutations de la Famille et de la Vie Privée*. París: Odile Jacob, La Documentation Française, 1998.
- Universidad Alberto Hurtado. Encuesta de opinión, 2001.