

---

## LIBRO

---

Hernán Corral: *Ley de Divorcio: Las Razones de un No*

(Colección de Estudios de Derecho Actual,  
Editorial Universidad de los Andes, Santiago, 2001)

### **HERNÁN CORRAL: *LEY DE DIVORCIO: LAS RAZONES DE UN NO***

**Paulina Veloso**

**E**n la discusión del tema del divorcio, como en muchas otras en el derecho de familia, está subyacente la posición filosófica o ideológica de quien participe en el debate. Esto lo reconoce así Hernán Corral en su libro *Ley de Divorcio: Las Razones de un No*, tanto en la breve introducción que inicia el libro (p. 15), como en la reflexión final del corolario (p. 168):

Este libro parte con un esfuerzo por sintetizar la evolución que ha tenido el Derecho de Familia en los países occidentales en las últimas décadas. El divorcio es sólo una de las claves de esa evolución, pero ella va acompañada de otros cambios que tienden a revelar que estamos frente a una matriz ideológica que ha traspasado todas las fronteras y tiende a desbancar los presupuestos tradicionales de la regulación familiar. (P. 15)

Cuando se participa en un debate de este tipo, donde hay una disputa apasionada y plena de tensiones, muchas veces existe dificultad de exponer el punto de vista contrario de una manera fiel y exacta. El autor comentado no escapa a esta dificultad. Por ello, tengo serias dudas de que algún exponente de una posición liberal, en cualquiera de sus vertientes, y cuyo centro

---

PAULINA VELOSO VALENZUELA. Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

es el reconocimiento de la autonomía individual —que constituye, por cierto, el trasfondo filosófico de gran parte de los autores que han razonado positivamente en torno a, y/o propiciado los cambios en el ámbito del derecho de familia, incluido el divorcio—, pudiere sentirse representado con la exposición que hace el autor de las posiciones filosóficas contrarias a su planteo.

Y dado que el autor asume posiciones consideradas conservadoras en esta temática, resulta difícil, desde una posición liberal, hacer un comentario de este libro sin entrar a rebatir ciertos aspectos relevantes. Por lo demás, sospechamos que es el debate lo que justamente pretende el autor.

Ahora bien, en el libro comentado no se precisa de manera nítida el sustento filosófico de la postura expuesta. Pero el autor cita muchas veces al Papa Juan Pablo II, con lo cual debemos dar por sentado su posición religiosa en el tema. Lamentablemente, el punto de vista religioso no permite hacer un debate de ideas. Como dice Martín Farrel: “Los principios religiosos son —necesariamente— de tipo metafísico, no susceptibles de prueba, dogmáticos, autoritarios y, en buena medida, inmunes al razonamiento. El orden jurídico, por su parte, está dirigido a todos, creyentes o no creyentes. Para cualquier contenido del orden jurídico hay que dar razones, proporcionar argumentos”<sup>1</sup>. Con todo, esas citas aportan un argumento moral, y por tanto no deben ser consideradas como un “mero golpe de autoridad”, o una renuncia a la argumentación.

En todo caso, es interesante anotar que algunos de los puntos centrales del autor encuentran una cercanía con los pensadores conservadores del siglo XIX, tales como Louis de Bonald, Frédéric Le Play y Auguste Comte, que reflexionaron en torno a la familia y el matrimonio en contraposición a un razonamiento liberal<sup>2</sup>.

En efecto, Hernán Corral nos dice: “En el matrimonio no sólo existe un deseo o aspiración ideal de estabilidad, sino una promesa, un compromiso jurídico de fidelidad, que se traduce en la entrega de la entera persona de un contrayente al otro. Esa entrega personal mutua incluye por definición la temporalidad en la que se desarrolla la personalidad de los esposos” (p. 131). Más adelante reitera: “El matrimonio se presenta como algo más que una relación meramente contractual: se trata de un compromiso que se asume como integral y en el cual hombre y mujer se entregan en comunidad personalizada para construir un futuro común, de manera que su individualidad no puede ya realizarse (para bien o para mal) sin relación a la de su pareja” (p. 146)

<sup>1</sup> Martín Farrel, *La Ética del Aborto y la Eutanasia* (1993), p. 14.

<sup>2</sup> Véase al respecto Carlos Ruiz, “La Familia en el Pensamiento Conservador” (1996), pp. 89 y ss.

Por su parte, Louis de Bonald sostuvo: “El lazo del matrimonio legítima y legalmente contraído es indisoluble porque las partes, reunidas en un cuerpo social, interiormente unido por la religión, exteriormente ligado por el Estado, han perdido su individualidad y ya no tienen voluntad particular, que separa, que oponer a la voluntad social, que reúne. Todos los motivos contra el divorcio pueden reducirse a esta razón: el divorcio supone individuos y el matrimonio hace que ya no haya tales; *et erunt duo in carne una*”<sup>3</sup>.

Como un punto muy central de la exposición argumentativa contra una posición liberal, Hernán Corral invoca, precisamente, los principios de un liberalismo de la neutralidad —el pluralismo, la tolerancia y la neutralidad del Estado respecto de los planes de vida personal— para sostener que no cabe negar la posibilidad de que existan matrimonios indisolubles y, al mismo tiempo, matrimonios disolubles. En efecto, el autor sostiene: “La ley civil debiera reconocer una pluralidad de modelos matrimoniales que se corresponda con el pluralismo cultural y religioso que predomina en las sociedades postmodernas [...] [D]ebieran reconocerse dos tipos de matrimonio civil: uno susceptible de disolverse por divorcio y otro perpetuo e indisoluble. [...] Sólo de esta forma se tutelarán por el Estado las dos opciones sobre el matrimonio, y si no fuere así, se estaría imponiendo en la sociedad una determinada concepción de la libertad, aquella que supone que el hombre no puede comprometerse para toda la vida” (pp. 78-79). Y más adelante concluye: “Los regímenes divorcistas instaurados, contrariamente a lo declarado por sus inspiradores, no responden a principios de tolerancia y pluralismo, sino que al revés manifiestan un propósito de imposición ideológica absoluta, totalitaria y excluyente” (p. 89).

No es fácil otorgarle un sustento a esta tesis. Desde luego, toda concepción liberal considera la autonomía como inalienable. Si no fuere así: ¿por qué no permitir que algunas personas acepten voluntariamente someterse a la esclavitud? Es decir, siguiendo con la línea argumental del autor, una concepción pluralista debería permitir que las personas, en uso de su libertad y autonomía, pudieren aceptar someterse a esclavitud. Éste es uno de los casos de daño a uno mismo que Mill, por ejemplo, no aceptaba.

Cierto es que la ley debe respetar a quienes por convicciones religiosas no quieran divorciarse, aunque su matrimonio haya fracasado. Pero si, no obstante sus convicciones religiosas, los cónyuges quieren divorciarse, el ordenamiento jurídico debería proporcionar las herramientas para ello,

---

<sup>3</sup> Louis de Bonald, *Oeuvres II* (1853), p. 70.

aunque cuando contrajeron matrimonio hayan pensado, y así declarado, que tal vínculo sería para toda la vida.

En el derecho comparado hay países que le reconocen validez civil al matrimonio religioso (España, Italia, Portugal, Colombia); sin embargo, quienes han contraído matrimonio religioso quedan regidos por la ley civil para los efectos de divorcio. Los países que consideraron este tipo de legislación, opcional, establecieron la primacía del estatuto civil en el tema del divorcio, aunque en algunos casos —Colombia y Portugal— se tardaron algún tiempo en prescribir esta primacía.

El autor señala que esta idea de un régimen dual de matrimonio ha tenido una cierta consagración en Louisiana (EE.UU.), donde se ofrecen dos tipos de matrimonio, cada uno con su propio régimen de celebración y de disolución. Se agrega, al final del libro, el texto de esta ley, del año 1997. Sin embargo, cabe observar que en los dos tipos de matrimonio contemplados en esa ley es posible el divorcio. En uno, de estos dos tipos de matrimonio, con más restricciones que en el otro.

Una cosa es que dos personas puedan tener el propósito —muy sincero— de contraer matrimonio para toda la vida, y otra muy distinta es que ese matrimonio pueda realmente prolongarse durante toda la vida de los cónyuges. Por lo demás, este cambio de parecer, al menos de parte de alguno de los cónyuges, lo advierte como posible el propio autor: “Resulta engañoso argüir en contra que quienes conciben el vínculo matrimonial como indisoluble pueden atenerse a su conciencia absteniéndose de ejercer el derecho a divorciarse conferido por la ley civil. Lo cierto es que, llegado el caso, ante la petición de uno de los cónyuges, el otro deberá someterse y adquirir la situación jurídica de divorciado, por más que dicha situación vulnere sus más íntimas convicciones” (p. 90).

Quizás lo que no se repara suficientemente es que el matrimonio requiere consentimiento de dos personas, durante toda su vida. Si uno de los cónyuges se niega a perseverar en esa unión, nada puede hacer el Derecho para obligarlo a permanecer unido a su cónyuge. Una visión así, al revés de lo que sostienen sus detractores, dignifica el matrimonio, lo hace más exigente. Mauricio Mizrahi expone lúcidamente este punto de vista: “Discrepamos de quienes consideran que el matrimonio, desde el punto de vista de su regulación legal, ha descendido a la categoría de cualquier estipulación contractual. No cabe duda de que ya no es la institución inmutable y de naturaleza sagrada de antaño; pero de ahí no puede deducirse que se produjo su degradación. En todo caso, el requisito del afecto subsistente que, en mayor o menor grado, se ha filtrado como una exigencia en las

legislaciones posmodernas y que formalmente se traduce en la necesidad de un consentimiento permanente para evitar la ruptura, constituye para nosotros un verdadero acto de dignificación y de sublimación de la institución matrimonial, y ello en la medida en que importa otorgar una preeminencia al contenido de la relación por sobre los meros aspectos formales”.

Continúa Mizrahi con una exposición que comparto: “Creemos que repugna a la sensibilidad del hombre que la ley imponga una perpetua o cuasi perpetua vinculación personal, contraria a su voluntad. Se traduciría en una degradación moral del cónyuge, en cuanto se lo constriñe a un compromiso de amor para el futuro; a una deshumanizada convención, tras una suerte de entrega espiritual del sujeto. Hay dignificación, en suma, en los intentos de las leyes contemporáneas de no inmiscuirse en lo más profundo de la intimidad de los individuos; en respetar sus decisiones personales —sin la contrapartida de absurdas y obsoletas sanciones— en este ámbito tan delicado en el que está involucrada nada menos que la integridad ética de la persona humana”<sup>4</sup>.

Con todo, el autor del libro en comento, intenta identificar el meollo de la discusión sobre el divorcio en Chile (en otros países, son otros los temas en discusión respecto del divorcio). En efecto, considera que el tema central de la discusión es “si una persona que ya se ha casado puede volver a contraer matrimonio con otra, en vida de su primer consorte. Éste es el problema jurídico del divorcio, y la cuestión de las rupturas matrimoniales nada tiene que ver con él, como no sea el de servir de elemento justificante para conceder el derecho a una nueva unión” (p. 150).

Es muy relevante esta distinción, ya que es frecuente que en el debate público sobre el divorcio se argumente más bien contra las rupturas, apuntando cuán nocivo es el quiebre conyugal para los hijos y para los propios cónyuges. El autor entiende que el problema es otro, esto es: si pueden o no volver a contraer matrimonio los cónyuges que han sufrido un quiebre matrimonial.

De allí que pueda sostenerse que considerando que en Chile existen —¡qué duda cabe!— situaciones de ruptura conyugal —separaciones de hecho o jurídicas (divorcio temporal o perpetuo)—, y en tales casos los hijos viven sólo con uno de los padres, se colige que es dudoso que pueda argumentarse en el sentido de las graves consecuencias originadas por el divorcio respecto de los hijos menores, ya que esas consecuencias —cualesquiera sean— derivan de la separación, de hecho o *de juri*, producto de la ruptura, y no del divorcio con ruptura de vínculo.

---

<sup>4</sup> Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, Matrimonio y Divorcio* (1998), p. 172.

Teniendo claro, entonces, que el centro del debate sobre el divorcio en Chile es si se permite o no, por la ley, que los cónyuges que han fracasado puedan volver a contraer matrimonio —como lo afirma el autor—, y no la ruptura, es que resulta extremadamente discutible, desde el punto de vista axiológico y sociológico, que se le pueda pedir al Derecho el objetivo de impedir que en los cónyuges que han sufrido una ruptura o quiebre conyugal surja nuevamente ese sentimiento esencialmente humano, de naturaleza eminentemente subjetivo, que sin embargo escapa a una estricta racionalidad, cual es el amor. Porque si alguno de los cónyuges construye una nueva relación de afecto, amistad y amor con otra persona, es muy probable que pretenda volver a contraer matrimonio.

Refiriéndose a los límites del Derecho en esta temática, el profesor Enrique Barros reflexiona así: “Es sabido que la ley civil no tiene por objeto construir un mundo perfecto. Su alcance no puede ser la represión de todos los actos incorrectos, ni, menos aún, ordenar todos los actos virtuosos, como muy bien lo entendió la doctrina clásica del derecho natural” (p. 10). Agrega: “La familia ha pasado a ser esencialmente un ámbito privado de relaciones. Por lo mismo, no resulta aceptable ni es viable, que el derecho civil, con sus rústicos medios coactivos, imponga conductas en esa esfera de intimidad. Que al derecho corresponda un 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” (p. 11)<sup>5</sup>.

Hernán Corral advierte que al consagrar una legislación que permita el divorcio en Chile, se transforma 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” (p. 90). Más adelante dice: “El compromiso jurídico de casarse, entregarse por entero a un hombre o mujer para fundar una familia, pasa a ser desconocido por la ley. Sólo se permite un acuerdo eminentemente transitorio y rescindible, al que se atribuye arbitrariamente el nombre de matrimonio, pero que en esencia no es más que un concubinato pactado ante el oficial del Registro Civil y regulado legalmente en sus consecuencias patrimoniales y personales” (p. 131).

---

<sup>5</sup> Enrique Barros, “La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales” (1994), p. 10.

Este planteamiento es muy similar al de los cuatro obispos chilenos (de Santiago, Concepción, La Serena y Ancud) que en el siglo XIX se opusieron tenazmente al establecimiento de la Ley de Matrimonio Civil, declarando: “Si se entiende por matrimonio civil la unión conyugal que no emana del sacramento, eso no será más que un concubinato protegido por la ley, pero jamás el modo legítimo de formar la familia”. Luego añadían: “Si en el matrimonio civil, o sea en el amancebamiento legalizado, se establece la indisolubilidad, aun cuando no se hiciese extensiva más que a los que apostataren de la religión católica, todavía sería atentatorio a la libertad católica. [...] Tendría consecuencias fatales y que todo matrimonio celebrado fuera de las prescripciones del Derecho Canónico sería nulo y, por tanto, concubinato”<sup>6</sup>.

Si se acepta la línea argumental de Hernán Corral, debería concluirse que sólo existe matrimonio en Chile, único país que no acepta el divorcio vincular. En los demás países habría una convivencia legalizada pero no un matrimonio propiamente tal, no obstante que lo denominen como tal. Es curiosa y bastante extrema esta conclusión, teniendo presente que esta figura incluso se contempló en el Código de Hamurabi y ciertamente se conoció en la época del derecho romano. En efecto, salvo en algunos países y breves períodos históricos, siempre ha existido el divorcio vincular como causal que pone término al matrimonio.

Desde un punto de vista ontológico, la pregunta que surge espontáneamente es: ¿por qué la esencia del matrimonio sería la indisolubilidad?

En otros temas, como el de la nulidad matrimonial por incompetencia del oficial del Registro Civil, Hernán Corral realiza una síntesis muy acuciosa. Rechaza que esta nulidad constituya una especie de divorcio jurisprudencial, argumentando así en un sentido opuesto a la opinión casi unánime de diversos autores, quienes han resaltado esta especie de “creación” jurisprudencial<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Citado en Mariana Aylwin e Ignacio Walker, *Familia y Divorcio: Razones de una Posición* (1996), pp. 46 y ss.

<sup>7</sup> H. Corral señala: “Pero lo objetivo, lo real, lo concreto desde el punto de vista jurídico, es que no hay propiamente creación jurisprudencial de una especie de divorcio vincular que venga a suplir o contradecir la ley vigente. Sólo existen casos de nulidad probados en el expediente y fallados como tales por los tribunales. Pero incluso aquellos que han sido fallados por sentencia ejecutoriada, en la medida en que se constate posteriormente el fraude, quedan sujetos a revocación”. Más adelante: “La cuestión entonces se mantiene en el plano del fraude o de la simulación de particulares, que afecta a muchos otros sectores de la legislación (piénsese, por ejemplo, en el fraude tributario) y de la misma judicatura (juicios ejecutivos o embargos simulados), sin que nadie, por su presencia, llegue a sostener que han pasado a constituir una nueva regla de derecho, creada jurisprudencialmente. Se trata de fraudes a la ley, de juicios simulados para eludir obligaciones legales: ni más, ni menos” (p. 106). En un sentido contrario se pronuncian diversos autores. Entre ellos, Manuel Soma-

El libro ofrece un resumen interesante, con opiniones críticas, de aspectos relevantes de las legislaciones que contemplan el divorcio, analizando en particular la normativa de Europa, Estados Unidos y Argentina.

A propósito de estas legislaciones, el autor señala que en ellas se ha acogido la tesis del divorcio remedio, y en seguida critica la falta de coherencia con los postulados de esta tesis que observa en cada uno de esos ordenamientos jurídicos. Dice que si se resumieran los postulados que fundamentan el divorcio remedio se obtendrían, en síntesis, las siguientes ideas: el divorcio será siempre tratado como una situación de excepción: no se pretende desestabilizar la institución jurídico-social del matrimonio, sino dar una solución a los casos excepcionales en que se ha roto irrevocablemente la comunidad de vida; que el divorcio debe ser concebido no como una pena o sanción ante el incumplimiento, sino como un camino de salida, un remedio; que el divorcio, al ser configurado como un remedio, no quedará entregado a la mera voluntad o al capricho, sea de ambos cónyuges, o incluso de alguno de ellos. La ruptura objetiva del matrimonio será apreciada judicialmente, lo que salvaguarda la seriedad del procedimiento; que la legalización del “divorcio remedio” constituye una opción que garantiza la tolerancia y el pluralismo que identifican a la sociedad contemporánea; y que el divorcio en ningún caso podrá llevar a cambiar la fisonomía jurídica del matrimonio (pp. 39 y 40). A continuación de exponer estas razones, Corral señala: “¿En qué medida se reflejan estos postulados teóricos en los concretos diseños normativos?”. Agrega: “Al finalizar añadiremos algunas noticias sobre estas regulaciones [...]. El estudio de la configuración [...] nos hará posible conocer la forma en que la concepción del ‘divorcio remedio’, ha sido plasmada [...], y si realmente puede decirse que ha visto cumplidos sus objetivos teóricos o si más bien cabe hablar de fracaso y frustración” (p. 41).

---

riva dice: “Con posterioridad se vio que estas demandas de nulidad del matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil no tenían otro objeto que poner fin a la vida matrimonial, que había llegado a ser insoportable para ambos cónyuges. La válvula de escape de una situación semejante era el divorcio, pero éste no existe en nuestra legislación, y sabido es que cuando la ley no contempla soluciones jurídicas a las diferencias de las partes, éstas se ingenian para resolverlas. Los tribunales se hicieron eco de esta realidad, cambiaron de rumbo y aceptaron que mediante prueba de testigos, se pudiera destruir lo que sobre el domicilio y residencia habían declarado los contrayentes” (Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, 1963, p. 81). Esta idea, de una solución creada por la jurisprudencia, es apuntada por los profesores Carmen Domínguez y Ramón Domínguez en un artículo en que comentan los cambios y creaciones jurisprudenciales, en diversas materias. Al respecto, señalan: “La ley está ahí, tal cual salió de las manos del Legislador el 14 de diciembre de 1855. Se ha mantenido por más de un siglo; pero las sentencias, por abundante aplicación en un mismo sentido, terminaron con su existencia práctica”. Más adelante: “En suma, la jurisprudencia se llevó la indisolubilidad del matrimonio. Si los cónyuges están de acuerdo en la nulidad del vínculo, los Tribunales no se oponen con argumentos legales” (“Lo que la Jurisprudencia se Llevó”, 1991, pp. 96-98).



El tema merece discutirse. Ni las razones que señala el autor parecen ser las que realmente han llevado a la doctrina a desechar el divorcio por culpa, ni tampoco las legislaciones han acogido plenamente, ni pretendido acoger, de manera pura, esta tesis del divorcio “remedio”. Al contrario, en general, las leyes en materia de familia manifiestan simultáneamente muy diversos planteamientos filosóficos e ideológicos, reflejando con ello cierta pluralidad de posiciones filosóficas en las asambleas legislativas de los diversos países, de allí que constituyen más bien legislaciones con “concepciones mixtas”, en que ningún punto de vista es aceptado plenamente, desechando la alternativa opuesta. Desde este punto de vista, hay legislaciones más cercanas al divorcio remedio, como podrían ser la alemana o la suiza, y hay legislaciones derechamente mixtas, como la francesa o, quizás, la española.

También es necesario considerar que dado que el divorcio es una institución muy antigua, las concepciones respecto de él han ido cambiando, y consiguientemente se han ido modificando las legislaciones mediante transformaciones que a veces han dejado subsistente, en parte, lo antiguo. De manera que en ellas concurre lo nuevo y lo antiguo, a la vez. En suma, en materia de divorcio se observa un cierto proceso inacabado y una fuerte discusión doctrinal (desconocemos en Chile esta discusión porque lamentablemente aquí hemos estado en el debate de una cuestión anterior: si se legisla o no sobre el divorcio vincular). Y en estas transformaciones que se observan en el derecho comparado, se han ido dejando de lado el divorcio por culpa y las facultades del juez para rechazar el divorcio, pero en un proceso relativamente lento y complejo. Por ello las legislaciones son raramente puras.

Mizrahi ofrece un acabado relato de las razones por las cuales la doctrina mayoritaria ha rechazado el divorcio por culpa, que son distintas a las consideradas por Hernán Corral. Las razones que menciona Corral a favor del denominado divorcio remedio no constituyen propiamente, en verdad, las razones más profundas que llevaron a la doctrina a acoger el divorcio remedio y rechazar el divorcio por culpa<sup>8</sup>. En efecto, Mizrahi

---

<sup>8</sup> Se denomina “divorcio remedio”, en términos generales, al que procede por una causal objetiva, referida al quiebre irreparable del vínculo conyugal, sin indagar en las razones o culpas personales de los cónyuges. Tradicionalmente la separación de hecho por un número determinado de años hace presumir este quiebre o ruptura definitiva de los cónyuges. El “divorcio sanción” es aquel en que éste es admitido como sanción al cónyuge que ha incurrido en conductas reprochables, muchas veces establecidas taxativamente por el legislador. Se sigue aquí la lógica de que todo divorcio comporta la existencia de una falta, de un actuar culpable. Ambos tipos de divorcio, en sus versiones más puras, suponen concepciones muy distintas sobre el matrimonio y el divorcio.

argumenta contra el divorcio sanción o por culpa, con base, en síntesis, al desarrollo de las siguientes ideas: 1) Durante el proceso de divorcio es muy improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal. 2) Pero no sólo se trata de una cuestión de prueba, sino que se cuestiona la existencia misma de la culpabilidad exclusiva de un cónyuge (o, si se quiere, la inocencia del otro). 3) El desarrollo del proceso contradictorio inculpatario desencadena perniciosas consecuencias en el núcleo familiar, especialmente en los hijos, por la especie de guerra judicial que se crea entre las partes durante el pleito. 4) En el juicio, un tercero —el juez— se inmiscuye en aspectos de la intimidad y privacidad de la pareja que quizás ellos no quisiesen que quede registrado en un tribunal<sup>9</sup>.

El libro de Hernán Corral contiene una buena síntesis del proyecto de ley que contempla el divorcio y que se analiza actualmente en el Senado, estando ya aprobado en la Cámara de Diputados. A propósito de él, y del análisis de la legislación comparada, el autor se refiere a los temas centrales de la discusión sobre el divorcio en el mundo: las causales, el rol del juez, los efectos desde el punto de vista del cónyuge más débil y los hijos menores, la separación como figura distinta del divorcio y el nexos con éste, etc. Todos estos asuntos no son meras cuestiones técnicas sino que, como queda en evidencia en el libro, hay en cada uno de ellos un trasfondo filosófico e ideológico indudable.

El autor señala que el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil, al contemplar el divorcio, sería inconstitucional por diversas razones que explica. En primer lugar, sostiene que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial (contemplado en los tratados internacionales sobre derechos humanos) que emana de la naturaleza humana, y como tal se encuentra reconocido por la Constitución, y no se respetaría este derecho si existiere el divorcio, porque entonces no habría propio y auténtico matrimonio (p. 133). En segundo lugar, afirma que el proyecto adolecería de inconstitucionalidad debido a que vulnera el deber constitucional del Estado de promover únicamente políticas públicas que favorezcan la protección y el fortalecimiento de la familia, excluyéndose medidas que persiguen por el contrario desestabilizar y disminuir la cohesión de las uniones familiares. Aduce que cuando el constituyente se refiere a la familia en el artículo 1º de la Constitución, se refiere a la familia constituida con base en el matrimonio monógamo e indisoluble de los cónyuges (p. 135). Por último, argumenta que es muy discutible que la ley, como se contempla en el proyecto, pueda

---

<sup>9</sup> Mauricio Luis Mizrahi, *Familia, Matrimonio y Divorcio* (1998), p. 196 y ss.

ser aplicada *in actum*, ya que el divorcio incide sobre el pacto matrimonial. Hay, dice, “una suerte de expropiación de bienes incorporeales”, si la ley declara disoluble un vínculo matrimonial que se contrajo como perpetuo (p. 136).

Todas estas afirmaciones resultan muy discutibles. En síntesis, sostener que no hay matrimonio si existiere divorcio vincular, es una afirmación que no tiene sustento histórico, ni conceptual, ni lógico. Plantear que la familia, basada en un matrimonio indisoluble, sería la única que considera la Constitución, es refutable desde la perspectiva de la historia de la propia Carta Constitucional, de la fuente considerada por ésta<sup>10</sup> y también desde la jurisprudencia<sup>11</sup>. Considerar que existiría “una suerte de expropiación de bienes incorporeales”, si la ley declara disoluble un vínculo matrimonial que

---

<sup>10</sup> Tal cual consta en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 191, del 18 de marzo de 1976, p. 6, la fuente de la frase que se refiere a la familia, en el artículo 1° de la Carta constitucional, es la Declaración Universal de Derechos Humanos; específicamente en su artículo 16.3, cuyo texto dice: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En consecuencia, hay razones poderosas para entender que la familia a que se refiere este artículo no puede ser sino la familia fáctica y no jurídica.

<sup>11</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de marzo de 2001, Rol N° 4.033-98:

“Vistos y teniendo, además, presente:

1° Que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, base y piedra angular donde se sustenta el ordenamiento social y jurídico; principios que recoge el artículo primero de nuestra Carta Constitucional. Sin embargo, ni la Constitución ni el Código Civil, ni disposición alguna de nuestro ordenamiento jurídico define “La Familia”.

En la actualidad no puede decirse que exista un concepto claro y delimitado de lo que debe entenderse por familia, lamentablemente —el estudio etimológico— no nos brinda una mayor ayuda, puesto que existen las más variadas explicaciones sobre el origen y desarrollo del vocablo.

Por lo general, las legislaciones no definen lo que debe entenderse por familia, incluso nuestro Código Civil en las sesenta veces que usa esta voz, tampoco lo define, pero se encarga de dar lo que podría tomarse como un concepto amplísimo de familia, al referirse a los derechos de uso y habitación quedando incluidos en ésta, los cónyuges, los hijos, los sirvientes necesarios, los allegados y los alimentarios.

Carbonier, por ejemplo, define familia como, “el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por la filiación, por el parentesco y la afinidad, resultantes éstos del matrimonio o de la filiación”, Enrique Rossel plantea que familia “es un conjunto de individuos unidos por vínculos de matrimonio o parentesco”. Ambos autores, acentúan la importancia en las relaciones conyugales y de parentesco.

Otros autores, además de considerar los dos elementos anteriormente nombrados, subrayan la existencia de una autoridad como jefe de familia, la existencia de vínculo de afecto, solidaridad, apoyo, seguridad, educación y en general la satisfacción de las necesidades de sus componentes.

Más aún, parte de la dogmática amplía el concepto a uniones fácticas, proyectándola no sólo a relaciones extramatrimoniales, sino que también a la madre soltera y sus

se contrajo como perpetuo, es suponer que el estado civil sería un bien incorporal, lo que resulta muy discutible.

Sobre la historia de la Constitución Política, quizás el texto comentado debió considerar lo que al respecto se discutió en la Comisión de Estudios Constitucionales al elaborar la Constitución Política. En efecto, debe recordarse que el señor Jaime Guzmán propuso que el artículo 1° prescribiera: “La defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional” (p. 6). Esta propuesta fue rechazada en definitiva, después de un larguísimo debate, por estimarse que esta frase podría inducir la idea de que la Constitución Política impedía al legislador que se normara sobre el divorcio vincular. En efecto, el señor Evans sostuvo que “[...] colocar en el plano de un deber para todos los habitantes de la República, para todos los miembros de la comunidad nacional, como lo expresa el señor Guzmán, la defensa de la integridad de la familia y, consecuentemente —porque no puede ser de otra manera—, la indisolubilidad del matrimonio, vulnera otras garantías constitucionales, como son la libertad de conciencia; incluso la libertad de cultos, porque hay algunos de éstos que permiten la disolución del vínculo matrimonial; la libertad de expresión, etc. Estima que esta materia ronda mucho el ámbito de lo estrictamente personal [...]. No quisiera que se acusara a los miembros de esta Comisión de pretender imponer constitucionalmente la indisolubilidad del vínculo [...]” (p. 12). Agrega que el deber de respetar la institución familiar “[...] no se extiende a tener que aceptar la indisolubilidad del vínculo matrimonial, porque cualquiera persona podría decir que respeta la institución familiar y que, al mismo tiempo, acepta la disolución del vínculo matrimonial para proteger muchas veces otros valores insertos en el núcleo familiar o a otras personas que están en él, como son los hijos, quienes tal vez, en ciertas circunstancias, pueden llevar, con la disolución del vínculo matrimonial, una vida más normal” (p. 12). En la misma sesión, el presidente, señor Ortúzar, sostuvo que establecer la indisolubilidad del matrimonio en la Constitución Política “significa cercenar la libertad de conciencia,

---

hijos, a las convivencias polígamas, incestuosas e, incluso, a las convivencias homosexuales.

2° Que de lo expuesto en el considerando que antecede, se puede concluir, que el concepto “de Familia”, está en continua evolución, tanto en el tiempo como en el lugar en que se desarrolla, existiendo cierto paralelismo con la noción de “buenas costumbres” que es diferente según sea la sociedad y el momento que esto sucede. Se confirma la sentencia en alza de veinte de julio de mil novecientos noventa y ocho”.

(Sentencia publicada en *Gaceta Jurídica* N° 249, 2002, p. 92.)

porque se traduce en querer que todos piensen y actúen como católicos” (p. 18). El señor Evans señala que “los miembros de la Comisión, como constituyentes, estarían imponiéndoles a los chilenos su fe o la fe de la mayoría” (p. 18). El señor Ortúzar estima que “él no podría incurrir en un pecado de sectarismo religioso tal, como el que significaría establecer en la Constitución el principio de indisolubilidad del matrimonio. [...] [D]esde un punto de vista jurídico, le parecía, además, una aberración” (p. 20). Luego agrega que “Le parece que se estaría entrando en un campo que cae por entero dentro de la conciencia de los ciudadanos y se prestaría para que el día de mañana se dijera que la Comisión ha actuado con un sectarismo religioso impropio de hombres tolerantes [...]”<sup>12</sup>.

En definitiva, debe reconocerse que este libro constituye un importante aporte en un debate de gran relevancia en el derecho de familia. En efecto, estamos en presencia de un texto que resume de manera muy clara las concepciones de quienes se oponen a legislar sobre el divorcio vincular. Seguramente es el libro más revelador de esta posición, y por ello será de lectura obligada para todos los estudiosos del tema. Es un libro que provoca, induce al debate, entrega argumentos y discurre en diversos sentidos. Por ello celebro su publicación, acogiendo una incitación implícita al debate, lo cual es seguramente lo que ha pretendido el autor.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aylwin, Mariana; y Walker, Ignacio. *Familia y Divorcio. Razones de una Posición*. Santiago: Editorial Los Andes, 1996.
- Barros, Enrique. “La Ley Civil ante las Rupturas Matrimoniales”. *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002).
- Bonald, Louis de. *Oeuvres*. París: Librairie d’Adrien le Clerc, 1853. Citado en Carlos Ruiz, “La Familia en el Pensamiento Conservador”, *Revista de Filosofía*, Vol. XLVII-XLVIII (1996), Universidad de Chile.
- Comisión Constituyente. Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 191, celebrada el 18 de marzo de 1976.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia del 30 de marzo de 2001, rol N° 4.033-98. *Gaceta Jurídica* N° 249 (2002).
- Domínguez, Carmen; y Domínguez, Ramón. “Lo que la Jurisprudencia Se Llevó”. *Revista de Derecho*, N° 189 (1991), Universidad de Concepción.
- Farrel, Martín. *La Ética del Aborto y la Eutanasia*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1993.
- Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Buenos Aires: Ed. Atenea, 1998.
- Somarriva, Manuel. *Derecho de Familia*. Santiago: Ed. Nascimento, 1963.
- Ruiz, Carlos. “La Familia en el Pensamiento Conservador”. *Revista de Filosofía*, Universidad de Chile, Tomo LXVII-XLVIII (1996). □

<sup>12</sup> Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 191, celebrada el 18 de marzo de 1976.