

## **LA LEY CIVIL ANTE LAS RUPTURAS MATRIMONIALES**

**Enrique Barros Bourie**

El autor sostiene que la ley civil tiene una tarea limitada pero esencial en materia de rupturas matrimoniales. Discute que de los efectos benéficos de la institución matrimonial para la felicidad y el perfeccionamiento humanos, se siga necesariamente que la ley civil no debe dar lugar al divorcio vincular. Por el contrario, el autor sostiene que hay mejores argumentos en favor de que debería legislarse en la materia. Afirma que en una sociedad pluralista, el derecho civil no debe asumir un rol excesivamente fuerte en la conformación de las costumbres. Y aunque se estimare que ello es conveniente, sus medios son muy bruscos para regular las relaciones de amistad y respeto que sostienen a la familia. Por el contrario, piensa que es preferible hacerse cargo de que ciertos matrimonios fracasan, y que es precisamente entonces cuando el derecho de familia adquiere especial relevancia para establecer un ordenamiento justo que minimice el mal de la ruptura.

---

ENRIQUE BARROS. Abogado. Profesor de Derecho de la Universidad de Chile. Consejero del Centro de Estudios Públicos.

## I

Es difícil discernir y aceptar las fronteras que razonablemente deben existir entre las convicciones morales y religiosas y la ley civil. Por eso, una sospecha de incoherencia amenaza a quien sostiene, por un lado, que el matrimonio es una institución que contribuye a la perfección de los cónyuges, de la familia y de la sociedad humana, y afirma, sin embargo, la conveniencia de que se reconozca legalmente el divorcio.

El debate en torno a una ley de divorcio vincular está contaminado de partida por una trampa semántica: la alternativa estaría planteada entre divorcistas y antidivorcistas, donde *divorcista*, según una intención que habita en esa palabra, no sólo significa una opinión jurídica, sino evoca el propósito oscuro de contribuir a la desintegración de la familia. Ya en ese uso del lenguaje se muestra una profunda incomprensión de las razones que motivan a muchos chilenos (estadísticamente a la mayoría) a pensar que debe haber una ley civil de divorcio, a pesar de creer en las bondades del matrimonio.

El punto de partida, en consecuencia, no es el divorcismo, asociado a una especie de anarquismo moral, sino el hecho real y estadístico de que ocurren rupturas en familias establecidas en matrimonio. La ley civil no puede penetrar en las razones más profundas del quiebre, ni está, en principio, en condiciones de juzgarla en su mérito. La necesidad de enfrentar el problema de las rupturas matrimoniales parte simplemente de un hecho conocido: si bien quienes se casan se proponen honradamente tener una relación de por vida, ocurre que algunos fracasan y su matrimonio se frustra. Surgen entonces preguntas respecto al cuidado de los hijos, a las relaciones económicas, así como a la condición legal de eventuales uniones futuras de los cónyuges separados. En todas esas materias la ley civil debe establecer un ordenamiento prudencial. Lo que se discute en esta sede es el contenido de este ordenamiento, que rige cuando el matrimonio ha fracasado, y no las ventajas de la institución matrimonial.

El fracaso matrimonial es un mal para los cónyuges y los hijos, pues significa la frustración de su plan común de vida y supone asumir la pérdida de los bienes que proporciona la institución matrimonial. Recién entonces el derecho pasa a ser determinante. Nadie consulta las leyes para ordenar su vida familiar: el derecho civil recién se hace presente en el momento en que ha desaparecido la unidad de vida en el hogar, porque se ha destruido la amistad, la recíproca inclinación o simplemente el respeto y tolerancia entre los cónyuges.

## II

El tema del divorcio es delicado porque se refiere a la primera y más general de las preguntas que enfrenta el derecho de la familia, como es la que indaga por las relaciones que deben existir entre la ley civil y la ley moral.

Una antigua doctrina del derecho natural, que ha sido reiteradamente invocada en la discusión acerca del divorcio, establece en esencia que en materias fundamentales para la convivencia la ley civil debe estar fundada en los principios morales que proveen al bien de la sociedad y de las personas. En correspondencia, el matrimonio es concebido como una institución de derecho natural en un doble sentido: porque no ha sido creado por la ley civil, sino es preexistente a la organización del Estado; y porque favorece el perfeccionamiento de los cónyuges y de los hijos y contribuye al bien general de la sociedad.

A partir de estas premisas se ha inferido una doctrina más fuerte, como es que el matrimonio es indisoluble de acuerdo con el derecho natural, pues sólo de ese modo podría cumplir sus fines. En una dimensión sacramental, esta regla ha sido sostenida enérgicamente desde tiempos tempranos por el derecho canónico, clara diferencia de la Iglesia Católica con las otras iglesias cristianas, incluida la griega ortodoxa. De ello se ha seguido, casi mecánicamente, que el reconocimiento del matrimonio como una institución esencial para la felicidad y el perfeccionamiento humanos, excluye la aceptación del divorcio por la ley civil. Me parece que esta tesis es errónea y simplista, desde diversas perspectivas.

Ante todo, en una sociedad pluralista, donde el matrimonio carece de la dimensión sacramental que le confiere el derecho canónico, es inevitable cierta diferenciación entre lo legal y lo moral. Ello se muestra en que nada atenta más directamente contra una auténtica religiosidad que su politización. Por eso, no se debe pretender que el derecho civil sea reflejo exacto de las convicciones más fuertes. A ello se agrega que esta pretensión es también riesgosa, porque una vez aceptada surge la amenaza de que las costumbres queden entregadas al control extenso del aparato público (lo que por naturaleza es el ideal fundamentalista o totalitario, según esa pretensión tenga fundamento religioso o puramente político).

Suele decirse, sin embargo, que, más allá de la diversidad, no puede haber disenso respecto de los principios. Pero también en esta línea argumental es aconsejable la cautela. Todo principio moral constituye una orientación a la razón, pero rara vez se impone de modo inexorable. Por lo general, los principios orientan el juicio práctico que lleva a actuar (o a

legislar) de cierta manera. Pero, por mucho que se concuerde en el principio (como es la protección de la familia organizada en matrimonio), otras razones pueden ser más poderosas y excluir en ciertas circunstancias su aplicación. En la doctrina tradicional del derecho natural, la indisolubilidad pertenece precisamente al orden de principios que pueden ser excluidos si existen razones poderosas para ello. Así se muestra, por ejemplo, cuando el derecho canónico hace prevalecer el interés de la fe por sobre la regla de indisolubilidad (Código de Derecho Canónico, §§ 1142, 1143); o cuando se admite dispensa para el matrimonio religioso de quienes sólo estaban casados bajo la ley civil, a condición de que esta última relación haya terminado legalmente en divorcio (ídem, § 1071 números 2 y 3).

Esta ponderación prudencial es con mayor razón importante para el derecho civil, donde la búsqueda de reglas justas exige seguir un camino lleno de ripios. Se suele ignorar que a la ley civil corresponde tomar el matrimonio como un asunto humano, sujeto a las vicisitudes y debilidades de nuestra especie. Cualquiera familiarizado con el trabajo legal sabe que las soluciones, por lo general, no se imponen de un modo necesario a la razón. Exigen sopesar bienes o intereses y, además, reconocer los límites de eficacia de la ley civil.

Incluso la idea de un contrato que obliga a las partes de por vida, cede frente a la realidad de una ruptura irremediable. La separación puede ser un mal menor respecto de una familia en estado de guerra interna. Por lo demás, se debe tener cautela al utilizar el argumento contractual en contra del divorcio vincular, porque ha llegado a ser principio del derecho civil la desahuciabilidad de todo contrato que establezca una relación personal indefinida.

Por eso, no es casual que en materias más vinculadas a la autonomía e intimidad de la persona o de la familia, la tendencia creciente del derecho comparado vaya hacia la consolidación de un espacio de *no derecho* (Jean Carbonnier). La sociedad renuncia a la coacción propia de la ley civil para transferir de lleno la tarea ordenadora de la convivencia a otras instancias normativas. Desde esta perspectiva es prudencialmente preferible que la disputa (no sólo discursiva, sino práctica) entre las diversas formas de vida y las creencias que las sostienen se plantee en la sociedad civil. Lo propio e insustituible de la tarea de las autoridades espirituales y de las instancias reflexivas a lo extenso de la sociedad radica precisamente en este ámbito no político de las orientaciones para la consecución de una buena vida. De ello se sigue que en este terreno de las creencias, convicciones y costumbres es donde se juega la fortaleza de las instituciones familiares.

De ahí que por fuertes que sean nuestras convicciones normativas respecto de la institución del matrimonio, la tarea del derecho no puede limitarse a expresar esas creencias. Su típica función es más bien proveer de reglas para resolver los conflictos que se siguen de la ruptura, del abandono y de otros males indeseados. De la realidad usualmente desoladora de la ruptura se sigue la necesidad de normas justas y eficaces que regulen la tuición de los hijos, los deberes económicos de los cónyuges separados y los efectos legales de la formación de nuevas parejas que aspiren a ser permanentes.

### III

El matrimonio es una institución que ha sobrevivido la prueba de la experiencia y la razón. Es especialmente valioso en nuestro tiempo, en que necesitamos como nunca antes de estabilidad afectiva y de intimidad. Como dice Peter Berger, el individuo casado ‘asienta cabeza’, porque el matrimonio es el lugar de la conversación, de la amistad y, en definitiva, de la autoafirmación, lo que resulta esencial en un mundo abstracto, plagado de relaciones puramente funcionales, como el contemporáneo. Por eso ha persistido por siglos como sede de la intimidad, así como de la crianza y del asentamiento afectivo y social de los hijos.

Sin embargo, la sociedad actual impone a los cónyuges y a la institución del matrimonio exigencias y desafíos inéditos: el debilitamiento del vínculo patriarcal de subordinación de la mujer (que en Tomás de Aquino aparece como un argumento principal en favor de la indisolubilidad); la independencia económica de los cónyuges; la apertura de la vida personal y de trabajo hacia fuera de la familia; las exigencias crecientes respecto a una participación compartida y completa de los cónyuges en la vida del hogar, y, correlativamente, el desmoronamiento del doble estándar en sus relaciones recíprocas. Por otro lado, la expansión de una ideología de la ‘autenticidad’ socava la fortaleza de los vínculos interpersonales. Todo ello provoca que al matrimonio se le pida hoy más que nunca antes y esté sujeto, a la vez, a peligros desconocidos hace pocas generaciones. Nada produce más angustia que el divorcio, dice un conocedor del espíritu de este tiempo (Botho Strauss). Por lo mismo, son tremendos los costos personales de todos los afectados por las rupturas matrimoniales. Pero la experiencia también muestra que quienes han fracasado en su matrimonio no abjurán de la institución, sino tienden a formar nuevas relaciones, en la expectativa, muchas veces exitosa, de que éstas resulten ser estables y definitivas.

En definitiva, la pregunta es si la ley civil debe observar como principio axiomático la indisolubilidad, como lo ha hecho hasta ahora (infructuosamente, por lo demás). O si, por el contrario, debe partir de la constatación de que por falta de lucidez o simplemente porque el hombre suele fracasar en sus empresas más delicadas, la ruptura matrimonial es un mal recurrente, que arriesga, una vez producido, con devenir en un mal mayor. Mi inclinación es a pensar, desde una perspectiva normativa, que el derecho civil debe limitarse a favorecer que el mal de la ruptura matrimonial no se acreciente. La mantención de una cáscara legal carente de contenido relacional dificulta que la ruptura, que antecede a cualquiera interferencia del derecho, se produzca con el mínimo de costo humano. Así, frente a los males que provoca la ruptura de la convivencia en el seno de la familia, dar lugar al divorcio civil puede ser, en nuestros tiempos, una exigencia de caridad. Las reglas sobre divorcio no operan *ex ante*, sino constituyen un conjunto de remedios legales a una crisis ya desatada.

#### IV

A lo anterior se agrega la restricción adicional, antes aludida, relativa a los límites de eficacia y de actuación legítima del derecho civil en materias vinculadas a la familia. 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.

Por eso, por lo demás, en casi todas las tradiciones jurídicas se ha aceptado en la materia la diferencia entre los ideales morales y las normas del derecho civil: ya el Código de Hamurabi reguló detalladamente el divorcio a partir de diversas hipótesis, referidas al comportamiento recíproco del marido y de la mujer; a pesar del rechazo bíblico del divorcio, la repudiación fue aceptada por la ley civil hebrea, porque a ello fue llevado Moisés, en su calidad de gobernante, por la debilidad de los hombres; también los antiguos germanos, que como ningún otro pueblo arcaico cultivaban la familia (como acredita Tácito con admiración), aceptaban la institución civil del divorcio; lo mismo valió, en una dimensión extrema, en Roma, donde el matrimonio era considerado, a pesar de sus efectos legales indirectos, una relación privada con fundamento exclusivo en la *affectio maritalis*, que estaba fuera del control del derecho y que podía ser terminada por cualquiera de los cónyuges cuando cesaba la inclinación recíproca en que se soportaba la relación.

A esta constatación histórica se agregan los tremendos cambios culturales acaecidos imperceptiblemente en el tiempo moderno. Por un lado, el poder público está cada vez más lejano, estructurado en la forma de esa organización enorme y compleja que ha llegado a ser el Estado. El orden político moderno en poco se parece al de la tardía Edad Media, en que la institución del matrimonio pasó a regirse por el derecho canónico, o de la temprana modernidad, en que la jurisdicción eclesiástica no fue objetada en la cristiandad católica ni en la reformada. El Estado moderno, que opera como una extensa organización de poder, está limitado por la libertad religiosa y por el pluralismo social asegurado por los principios normativos del constitucionalismo. Por otro lado, las experiencias del Estado policial, desde la temprana inquisición, muestran la conveniencia de que el derecho civil no penetre en la intimidad de la familia sino en casos de crisis o de violencia.

Pero más allá de la secularización del derecho, que es consecuencia del pluralismo que permea el orden político, tampoco pueden ignorarse los cambios ocurridos en la sociabilidad de la familia. La relación familiar está cada vez más aislada en sí misma, separada de la antigua comunidad local, que tejía fuertes lazos normativos. 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.

En este orden de cosas resulta evidente que los medios de que dispone el Estado para proveer a la estabilidad de la familia son escasos y más bien indirectos. A diferencia de lo que se creyó hasta la Ilustración, el papel del derecho de familia en la sociedad contemporánea es crecientemente terapéutico y no pedagógico. Se puede argumentar que el valor expresivo del derecho no es insignificante; así y todo, resulta preferible partir del supuesto de que las leyes aprobadas por el parlamento no tienen la fuerza de alterar las costumbres. Así se explica que en Inglaterra, con leyes análogas, haya seis veces más divorcios que en Argentina. El fin primario del derecho es regular los conflictos y miserias de la vida real. La tarea de

ejercer influencia positiva en las costumbres queda esencialmente radicada en las propias familias, en la educación y en las autoridades espirituales.

Por lo mismo, resulta discutible la pretensión de transformar la indisolubilidad del matrimonio en una política pública, justificada como medio para prevenir los males de la disolución de la familia. Por afectar la esfera de sociabilidad más íntima, las interferencias del poder público en la relación matrimonial deben estar particularmente justificadas. Pero aún en el supuesto discutible de que se estime que al Estado corresponde satisfacer ese ideal de perfección humana, la tarea debe darse por perdida, porque los medios de que dispone no son los apropiados para ese fin.

## V

Lo que ha ocurrido en Chile con el divorcio es sintomático de un fenómeno recurrente en el derecho comparado: instituciones dirigidas a un fin han sido usadas con uno diverso. En definitiva, la mentira acerca del domicilio de los contrayentes que sirve de antecedente a la nulidad es menos soez que la empleada durante décadas en los países que reconocían el divorcio por culpa, donde ambos cónyuges concurrían al juez atribuyéndose recíprocamente las peores faltas y desviaciones. En Chile, las mejores razones técnico-jurídicas están por el rechazo de las nulidades y en los tribunales hay fallos y votos de minoría que así lo demuestran. La generalización de la práctica de las nulidades por una supuesta incompetencia territorial del funcionario no se debe, en consecuencia, a que la ley chilena tenga un resquicio legal insalvable, sino a que los jueces simplemente no se sienten autorizados para pasar por encima de la decisión de los cónyuges de terminar con su vínculo.

Podría afirmarse que el camino para evitar este fraude a la ley sería incorporar al derecho civil causales de nulidad del matrimonio más diferenciadas y amplias, referidas a vicios de origen del vínculo matrimonial, que no son aceptados por la ley civil chilena, pero que han pasado a ser reconocidas por el Código de Derecho Canónico de 1983. Tal sería el caso de las incapacidades establecidas en el §1.095 de este último, que declara inhábiles para contraer vínculo a quienes al momento del matrimonio tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio y a quienes por razones psíquicas no están en situación de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Estas causales de nulidad no estaban reconocidas en el derecho canónico vigente en los tiempos de nuestra ley de matrimonio civil, que, en esencia, tradujo a un

lenguaje laico el derecho canónico de la época (1884). Nada permite suponer, sin embargo, que la ampliación de las causales de nulidad civil pudiera ser una solución. Desguarnecido aún de los resguardos procesales de la sede canónica, causales tan indeterminadas de nulidad tendrían una tendencia irresistible a transformarse en simples excusas, que pretendidamente invocan vicios que afectan la validez originaria del vínculo, pero cuya ocurrencia en verdad se constata sólo cuando el matrimonio ha fracasado.

Como he adelantado, tampoco es recomendable establecer causales de divorcio basadas en la culpa, porque ello obliga al juez a la tarea inabordable de juzgar las intimidades y las recíprocas responsabilidades de los cónyuges. Además, constituye un incentivo adicional a la odiosidad, porque en tales circunstancias el juicio de divorcio suele devenir en una interminable sucesión de cargos recíprocos. Por eso, no parece haber alternativa a la causal basada en la ruptura irremediable de la relación conyugal. Y lo irremediable de la ruptura se muestra, en último término, en la separación de hecho de los cónyuges por un plazo prudencial. Aún el divorcio por mutuo consentimiento requiere en la mayoría de las jurisdicciones un año de separación de hecho (lo que puede expresarse en la exigencia de que ambos cónyuges renueven luego de un año su solicitud antes de que sea decretado por el juez).

## VI

La disolución del vínculo produce dos efectos fundamentales, diferentes a la mera separación de hecho: por un lado, extingue las relaciones legales del matrimonio disuelto y, por otro, permite que los antiguos cónyuges sujeten una eventual relación futura a las reglas del matrimonio civil.

En el primer orden de materias, la ley civil tiene una importancia decisiva e insustituible, tanto respecto a las relaciones económicas entre los antiguos cónyuges, como a las tuiciones y alimentos para los hijos. A la ruptura matrimonial suele seguir alguna negociación. La ley civil, al regular los efectos de tal ruptura, encauza los acuerdos entre los cónyuges y, por duro que resulte reconocerlo, fija las posiciones estratégicas relativas en esa negociación. El juez, desde el trasfondo, puede controlar que los acuerdos no resulten excesivamente gravosos para el cónyuge más débil o perjudiciales para los niños.

La experiencia comparada muestra que la ley civil puede así contribuir a que el mejor interés de los niños sea el principio que ordena los efectos legales de la ruptura (según el principio recogido por el art. 242 II

del Código Civil luego de la reciente reforma al estatuto de la filiación). En cuanto a las relaciones entre los cónyuges, las reglas pueden favorecer que se neutralice la intensidad de la crisis, evitando humillaciones innecesarias y garantizando protección económica al cónyuge más desvalido.

En definitiva, estas reglas deben establecer un marco equitativo para la inmensa mayoría de las rupturas que terminan, según la experiencia, en acuerdos entre los cónyuges. Y en los demás casos actúan como reglas de justicia para limitar el mal de un quiebre tan profundo que dificulta acuerdo convencional alguno. La ley no puede forzar a que los cónyuges permanezcan unidos, ni menos puede introducirse en los afectos y convicciones; pero al regular los conflictos ya desatados se le puede exigir que capture sentimientos ampliamente compartidos acerca del valor de la crianza de los niños y de la dignidad del cónyuge que con mayor intensidad debe soportar la carga de la separación, evitando que el egoísmo penetre no sólo las costumbres, sino también los correctivos legales que deben moderar los efectos de la ruptura (Mary Ann Glendon).

## VII

Quisiera por último referirme a la naturaleza jurídica de la nueva relación que pueda establecer un separado. En el derecho canónico, salvo dispensa o nulidad, la relación de un separado que vive con quien no es su cónyuge es adulterina. Esa calificación es conceptualmente idéntica en materia civil, por mucho que hayan sido eliminados los efectos penales y los más importantes efectos civiles del adulterio, así como la antigua categoría infamante de los hijos de dañado ayuntamiento.

La pregunta que corresponde plantearse es si la ley civil debe dar protección legal de matrimonio a los separados que forman casa común y que desean formalizar su vínculo. El tema tiene que ver con la aspiración a una posición social de casados, pero también con cuestiones que van más allá de lo puramente expresivo: si la ley reconoce valor al nuevo matrimonio, los hijos se presumen del marido y son matrimoniales; existe un régimen de bienes entre hombre y mujer, que no queda sujeto al estatuto inseguro y precario de las uniones de hecho; se reconocen deberes de socorro recíproco, que se materializan en un derecho legal de alimentos; se adquieren los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente; y si también esta relación sucumbe, se aplican las reglas protectoras del derecho matrimonial.

Algunos plantean el asunto como un derecho que tendría el separado a rehacer su vida. La réplica es que se pretende dar patente legal al adulte-

rio. Si la disputa reside en que con el divorcio se desnaturaliza el matrimonio, no debe olvidarse que el concepto proviene literalmente de una institución romana que escapaba a la regulación del derecho positivo. Por otra parte, las palabras tienen su asentamiento en las costumbres y no puede ignorarse que los divorciados (*anulados*) que se han vuelto a casar son socialmente considerados como unidos en matrimonio. Al atribuir carácter civil a esa relación la ley da forma jurídica a una realidad de la vida social de esa pareja y provoca un bien, porque promueve su estabilidad, dentro de los límites de lo legal. Por eso, incluso en el terreno moral cabe preguntarse si es más ética una sociedad que niega a esta relación el carácter legal de matrimonio. En especial si se atiende que ello favorece que esa relación quede sujeta a reglas ciertas y justas, situación que jamás alcanzan las meras relaciones de hecho, por esfuerzos que a tientas hagan los jueces para resolver los conflictos y efectos patrimoniales que se suscitan entre meros convivientes.

En último término, aún más allá de estas razones, conviene atender a que la ley civil no es eficaz para actuar sobre las conciencias o sobre la intimidad familiar y que debe perseguir propósitos más bien modestos: “frente a algunas máximas para grabar en el mármol, cuantos remedios a tientas” (Jean Carbonnier). Del mismo modo como no se puede regular coactivamente que los hijos honren a sus padres, el derecho tampoco puede evitar que los matrimonios fracasen. El derecho civil reconoce en el matrimonio una institución que favorece el bien personal, familiar y general. Pero también es una pregunta práctica que exista un orden mínimo en la economía y en las relaciones personales cuando la familia organizada en matrimonio enfrenta la desgracia de la ruptura. Y es precisamente cuando se ha llegado a esta situación, que la tarea del derecho resulte irremplazable. □