

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL EN CHILE

Enrique PÉREZ LEVETZOW\*

En Chile, después de una larga tramitación, finalmente a partir del 17 de noviembre de 2004, entró a regir la Ley 19.947 publicada seis meses antes y que corresponde a la nueva ley de matrimonio civil, que reemplaza a la dictada en 1884. Para una mejor comprensión del tema en análisis, debemos primeramente hacer una breve historia del matrimonio en nuestro país como asimismo determinar algún concepto de familia y de matrimonio.

Iniciaremos nuestro análisis a partir de la época de la conquista de lo que actualmente es el territorio de Chile, y esto por una razón de orden práctico que no involucra desconocer la organización familiar precolombina, sino porque fue el español quien trajo consigo no sólo el lenguaje sino que además el derecho, y fueron éstos los que imperaron, bajo lo que podemos denominar derecho indiano o colonial, hasta la Independencia y aún más allá, hasta la dictación de las primeras normas de derecho privado propiamente chilenas.

En esta primera fase, heredada, insistimos, del conquistador, las normas sustantivas de derecho de familia eran las que daba el derecho canónico vigente en esa época en la península o metrópoli. Baste recordar que las labores de inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones estaban entregadas en exclusividad a las parroquias de la Iglesia católica, misión que por lo demás se mantuvo hasta que entraron en vigencia las leyes laicas el año 1884, salvo algunas excepciones como la ley de matrimonio de disidentes de 1844. Fue sólo a partir de 1884 que la constitución del matrimonio se entregó a un organismo del Estado.

Durante 120 años dicha ley no fue modificada sustancialmente, y ha sido ahora, recién en 2004 que se ha logrado la promulgación de

\* Profesor de derecho civil en la Universidad Central de Chile.

la Ley 19.947 nueva ley de matrimonio civil, cuya mayor novedad es la aceptación del término del vínculo merced al divorcio.

Esta es una ley que se puede indicar como producto del compromiso entre grupos conservadores y liberales de nuestra sociedad, representados ambos en el Congreso Nacional. Una lucha entre lo antiguo y lo nuevo.

En el texto que nos ocupa se reconoce la libertad, la autonomía de los cónyuges para decidir sobre su futuro frente a un fracaso de la relación matrimonial. Es así como se rechazó la denominada cláusula de dureza, que permitía al juez no dar lugar al divorcio.

Producto de la ley actual el o los cónyuges pueden elegir entre diversas alternativas, a conveniencia de sus intereses. Por ejemplo: separación de hecho o judicial, en que siguen casados pero bajo distinto hecho. O bien poner término al matrimonio por nulidad o divorcio, y éste puede ser por mutuo acuerdo, por cese de convivencia o por falta.

No podríamos continuar analizando la situación de familia actualmente vigente en Chile sin dar previamente algunos conceptos de familia y matrimonio.

Nuestro legislador ha sido muy renuente a conceptualizar en este ámbito, así ya en la Constitución de 1980 se señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, pero no se la define. En el seno de la comisión redactora se discutió sobre si la familia a la cual se referiría la carta magna era la matrimonial, la no matrimonial, o ambas; y ante la discrepancia se optó sencillamente por no definir.

Como no hay definición legal es que debemos necesariamente buscar en la doctrina.

Por allá por 1946 un gran civilista chileno que fue don Manuel Somarriva definió el parentesco como la relación de familia que existe entre dos sujetos, con lo cual ligó indisolublemente familia y parentesco.

Discrepamos de esta unión conceptual pues consideramos que es menester diferenciar entre parientes y familia. El parentesco está reglado en los artículos 28 y 31 del Código Civil chileno, y puede darse por consanguinidad que es “aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados” o por afinidad, que “es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer”.

Como hay familias en las cuales sus miembros no son parientes entre sí y no están ni han estado casadas, para llegar a un concepto de

familia que involucre ambas, es decir la matrimonial y la no matrimonial, debemos tomar en consideración, entre otros elementos, algunos de estos:

– *Voluntariedad*. Entendemos por tal el ánimo del sujeto de formar un grupo familiar. Lo consideramos un acto volitivo, a diferencia del parentesco, que nos resulta impuesto por el solo hecho del nacimiento. Resulta de la esencia el ánimo de convivir.

– *Afectividad*. El cariño, amor, afecto recíproco son el detonante, y a la vez causa y efecto de la relación familiar.

– *Permanencia*. Un vínculo familiar debe durar a través del tiempo, lo que excluye las relaciones temporales.

– *Capacidad*. Sólo personas capaces pueden, en ejercicio de su libre albedrío, conformar una familia.

– *Domicilio*. Es decir la residencia, acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Pues un grupo familiar debe tener necesariamente un asiento material y jurídico. Obsérvese que como consecuencia de la permanencia es necesario utilizar el concepto de domicilio y no el de residencia ni menos el de habitación.

Familia vendría a ser entonces *un grupo de personas naturales que conforman una comunidad de vida material y afectiva de sus integrantes, donde hay interrelación económica entre ellos, distribución del trabajo interno, comunidad de intereses, propósitos comunes, entre los cuales justamente debe estar la transmisión de valores a la prole común, si la hubiere; o a la descendencia de cada uno y/o conjunta si se tratase de una familia ensamblada.*

En lo que dice relación con el matrimonio la definición del Código Civil de 1855 hoy aparece derogada tácitamente, toda vez que las disposiciones de la nueva ley de matrimonio civil son incompatibles con la norma anterior. En efecto, el artículo 102 indica que: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”. Habida consideración que la reciente ley 19.947 permite la disolución del vínculo matrimonial, éste ya no es indisoluble; y dado que el artículo 52 del Código Civil dice que hay derogación tácita de la ley “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior” resulta que la definición del 102 está derogada tácitamente.

Por lo anterior debemos buscar un concepto de matrimonio. Proponemos: *“Un contrato solemne entre un hombre y una mujer en virtud del cual éstos, unidos por especiales vínculos de afecto íntimo y recíproco, consienten en formar una comunidad de intereses sólo alcanzable entre ambos”*.

Volviendo al análisis de la nueva ley de matrimonio civil, veamos ahora cuál es el ámbito de su aplicación. Esta ley regula: 1) Los requisitos para contraer matrimonio. 2) La forma de su celebración. 3) La separación de los cónyuges. 4) La declaración de nulidad matrimonial. 5) La disolución del vínculo. 6) Los medios para remediar y paliar las rupturas entre los cónyuges, y 7) Los efectos de estas rupturas matrimoniales.

Como puede observarse, todo lo relativo al contrato de matrimonio queda regido por la Ley 19.947.

Se puede afirmar que los aspectos patrimoniales, en cuanto a los regímenes patrimoniales del matrimonio no están incluidos, y ello por cuanto de esa normativa se ocupa directamente el Código Civil.

Sí se puede señalar que en lo procesal ambos tópicos son tratados en la misma sede, toda vez que la ley que creó los Tribunales de Familia, que comenzaron a operar el 1o. de octubre de 2005, conoce de todas esas materias.

Principio básico que se podría considerar consagrado en la ley 19.947: La protección a la familia matrimonial.

El artículo 2o. de la ley consagra la norma constitucional del derecho a la personalidad en cuanto garantiza la libertad para contraer matrimonio. Señala que: *“La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”*. Es más, para favorecer a la realización del matrimonio incluso concede acción popular, ya que indica que: *“El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por un acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente”*. Toda esta normativa no es sino aplicación de principios consagrados en declaraciones internacionales como ser la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica.

El artículo 3o. expresa que: *“Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés su-*

perior de los hijos y del cónyuge más débil”. Nos habla del “interés superior de los hijos”, sin definirlo por cierto. Cabe preguntarse qué se entiende por ello: ¿La plena satisfacción de sus derechos? ¿La inmutabilidad de la filiación? ¿O bien la situación favorecida del hijo concebido después de la separación de sus padres? Podría afirmarse que consiste en que frente a una colisión de intereses entre los de los hijos frente a los de los padres o terceros, el intérprete siempre deberá preferir los de los hijos.

También se intenta proteger al que se denomina “cónyuge más débil” ambigüedad que permite una gama muy amplia y variada de interpretaciones.

El inciso 2o. de este artículo le entrega al juez un poder casi divino que en la práctica será muy difícil de ejercer pues ordena: “Conociendo de esta materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada. Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges”.

Rescatable es lo señalado en el inciso final, pues trasunta la idea de que la familia continúa después de la separación de la pareja lo que se explicita más adelante ya que la ley incentiva la relación entre padres e hijos después de dicha separación.

Además, la idea que se consagra en el texto que estamos comentando es la de mantener el vínculo. Por ello el juez está obligado a llamar a una audiencia de conciliación, y en caso de nulidad o divorcio procederá la compensación del cónyuge más débil.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la ley directamente protege la familia matrimonial, no obstante que se acepta la disolución del vínculo.

Otro de los aspectos tratados son los requisitos para contraer matrimonio. Consideración básica: en derecho las cosas son lo que son y no lo que se diga. Si se trata de un acto jurídico bilateral, creador de derechos y obligaciones, estamos en presencia de una convención generadora de derechos, es decir un contrato, donde naturalmente hubo consentimiento. Como se trata de un contrato de familia, dada las características de esta rama del derecho, el legislador ha hecho de éste un contrato

solemne, el cual da origen o es el fundamento de la institución de derecho de familia denominada familia matrimonial.

Visto desde otro ángulo podemos sostener que la familia es matrimonial o no matrimonial, y a la primera se accede mediante la celebración previa del contrato de matrimonio. Es a este tipo de familia a la que regula mediante el contrato de matrimonio la ley reciente, materia del presente comentario.

Requisitos de existencia del matrimonio: Diversidad de sexos, consentimiento y actuación de un funcionario público denominado Oficial de Registro Civil. En nuestra legislación el matrimonio es heterosexual y monogámico.

Requisitos de validez: capacidad legal y consentimiento libre y espontáneo. Es decir, exento de vicios como el error y la fuerza.

En cuanto al error en la persona cabe observar que sólo podría tratarse de la identidad física, o bien preguntarse si el legislador quiso referirse a un aspecto más amplio. Si por ejemplo, se tratase de las cualidades personales que fueron estimadas como determinantes para otorgar el consentimiento. Esta amplitud de interpretaciones podría resultar una puerta mágica para las nulidades, la que a su vez es una solución para quienes no deseen divorciarse por no resultarles aceptable el término divorcio, pero sí querer disolver el vínculo.

De igual forma se sanciona la fuerza, tanto la ocasionada por una persona como por una circunstancia externa. Al hablar de circunstancia externa no se sabe a qué se refiere la ley, si al entorno social, al trabajo, a la religión que profese o a alguna otra circunstancia.

Además, se requiere para la validez del matrimonio la ausencia de prohibiciones e impedimentos tales como el vínculo matrimonial no disuelto, no ser menor de 16 años, lo que es un resabio de la impubertad que impedía contraer matrimonio antiguamente y otros señalados expresamente en la ley.

Tratándose de un contrato solemne es la ley la que ha señalado las formalidades que deben cumplirse, y éstas son anteriores a la celebración del contrato y coetáneas al mismo. Entre estas últimas se encuentran los diversos actos que debe llevar a cabo el funcionario público denominado oficial del Registro Civil, ante quien necesariamente deberá celebrarse el matrimonio. La ley impone a este funcionario que en presencia de los contrayentes y testigos dé lectura a la información de aquellos testigos que previamente habían declarado que los contrayentes no tenían

impedimentos para contraer matrimonio, y además lea de viva voz tres artículos del Código Civil que contienen los deberes y derechos propios del matrimonio. A continuación “preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido o mujer y, con la respuesta afirmativa, los declarará casados en nombre de la ley” (artículo 18).

De lo anterior se puede colegir que el consentimiento lo prestan las partes libre y espontáneamente, con conocimiento de los deberes y derechos propios del contrato que están celebrando y son ellos quienes perfeccionan el consentimiento que da origen al contrato; y el funcionario público sólo reconoce tal circunstancia y por ello es que los “declara” casados en nombre de la ley.

Como con anterioridad a la presente ley se exigía para la validez del matrimonio que el oficial del Registro Civil ante quien se celebraba el contrato fuese el correspondiente al domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes, al no existir divorcio en Chile, esa fue la causal que se invocó por miles de personas durante muchos años para obtener la nulidad del matrimonio de común acuerdo, aduciendo que ninguno de los contrayentes al momento de la celebración del contrato tenía domicilio ni residencia dentro de los límites territoriales del Oficial del Registro Civil que había autorizado el matrimonio, y la incompetencia de éste era lo que constituía causal de nulidad del mismo. Tal procedimiento, fraudulento si se quiere, era la fórmula de disolución del vínculo estando de acuerdo las partes. La nueva ley, al consagrar la posibilidad de disolución del contrato matrimonial mediante el divorcio quiso eliminar toda posibilidad de recurrir nuevamente al “artilugio” de incompetencia del oficial del Registro Civil, y es por ello que dio competencia para ser partícipe en el contrato de matrimonio a cualquier oficial del Registro Civil del país, siempre que ante él se celebren los actos o solemnidades previas ya referidos.

Una originalidad de la ley que comentamos lo constituye el artículo 20, que permite celebrar ceremonias religiosas previas al matrimonio, lo que ha sido mal llamado matrimonio religioso.

Sabido es que en derecho comparado existen tres sistemas: matrimonio único civil, matrimonio optativo entre el religioso y el civil, con igual valor o bien matrimonio civil que considera válido el religioso.

En Chile hasta el 18 de noviembre de 2004 existía el matrimonio único civil, y con la nueva ley, no obstante lo dispuesto en el artícu-

lo 20 que pasaremos a comentar, continúa vigente el sistema de matrimonio único civil.

Lo anterior, que pudiera parecer incongruente, tiene su explicación en cuanto en la norma citada se autoriza la celebración de matrimonios ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público, pero tal ceremonia no producirá efecto civil alguno si los contrayentes dentro de ocho días no presentaren el acta de dicha celebración ante un oficial del Registro Civil para su inscripción, quien en tal oportunidad verificará el cumplimiento de los requisitos legales, les dará a conocer los derechos y deberes que les corresponden en cuanto cónyuges y por último éstos deberán ratificar el consentimiento prestado con anterioridad. O sea, en rigor, a partir de esta actuación ante el funcionario mencionado es que recién se perfecciona el contrato de matrimonio.

Finalmente, debemos referirnos a lo que la ley denomina separación de los cónyuges y terminación del matrimonio mediante sentencia firme de divorcio, lo que constituye la novedad.

Como el tiempo nos amenaza, diremos brevemente que la ley considera lo que en doctrina se denomina divorcio, sanción donde uno de los cónyuges, inocente, demanda al otro, el culpable o incumplidor de los deberes propios del matrimonio; y además el llamado divorcio remedio o solución, y que es demandado de común acuerdo. Variadas son las razones por las cuales es preferible en bien de la familia, el esgrimir causales objetivas donde el juez sólo deberá constatar el quiebre de la convivencia.

La Ley 19.947 señala primeramente las causales que posibilitan la demanda de divorcio por incumplimiento de uno de los cónyuges. El artículo 54 expresa: “El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”. A continuación se señalan algunas causales, algunas más objetivas que otras. Entre las primeras, por ser de fácil constatación, está la condena ejecutoriada por la ejecución de ciertos delitos. Más difícil de precisar resulta en cambio la causal que señala “conducta homosexual”, sin explicitar si se refiere a la tendencia, preferencia o hechos concretos. De igual forma resulta un tanto ambigua la causal “Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia,

socorro y fidelidad propios del matrimonio” o la de “alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos”.

En general, este divorcio con cónyuge inocente y cónyuge culpable no favorece la posterior relación de familia que siempre, a todo evento, debe mantenerse entre los padres ex cónyuges y la prole común.

Fuera de la figura anterior, también se contempla en la ley el divorcio de común acuerdo, ya que el artículo 55 lo permite expresamente: “...el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año”. De no mediar el acuerdo, es posible que uno de los cónyuges demande el divorcio acreditando el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de por lo menos tres años.

Fuera de estas causales la ley considera lo que dio en llamar compensación económica,

si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa (artículo 61).

Institución bastante original y cuya naturaleza jurídica permite una amplia discusión, ya que en estricto rigor no es compensación. El tiempo no nos permite en esta oportunidad entrar al detalle de este y otros aspectos de la ley.

En consecuencia, bástenos afirmar que a partir de noviembre de 2004 en Chile es posible disolver el contrato de matrimonio mediante la voluntad común de las partes o de una sola de ellas. Esta modernidad no viene sino a confirmar una tendencia generalizada, acorde con los signos de los tiempos, de reconocer el derecho a la libertad de las personas para decidir sobre los aspectos más fundamentales de su vida.