

DEL PICÓ RUBIO, JORGE (2010): *DERECHO MATRIMONIAL CHILENO* (SANTIAGO, ABELEDO PERROT/LEGALPUBLISHING) 459 PP.

El autor es profesor de Derecho Civil, y actualmente Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. En su trabajo de investigación ha combinado el interés por el Derecho de Familia, por el Derecho Canónico y el Derecho Eclesiástico del Estado. Nos ofrece ahora una monografía contundente sobre la actual configuración del Derecho matrimonial chileno, que es fruto de su investigación doctoral realizada en la Universidad de Zaragoza.

La obra contiene un pormenorizado análisis de la regulación del matrimonio en sus aspectos institucionales y personales tal como ha sido recogida en la llamada Nueva Ley de Matrimonio Civil, la Ley N° 19.947, aprobada el año 2004. En 12 capítulos con una redacción fluida y no exenta de elegancia, Jorge del Picó elabora un tratamiento dogmático de la nueva normativa que sin duda contribuirá de manera significativa al acopio de doctrina en la materia y también a una mejor aplicación de la ley en los estrados administrativos y judiciales.

Pero se equivocaría quien viera en este libro otra obra más que se dedica al estudio meramente normativo de la nueva legislación, al modo en que suelen proceder los profesores, más interesados en la sistemática y adecuada coordinación de las normas que de su significado histórico, sociológico y simbólico-político.

El estudio que nos ofrece Del Picó es rico en matices y perspectivas de análisis que vienen a enriquecer y a explicar de mejor manera los preceptos y su entramado orgánico en la nueva ley.

Hay en estas páginas un esfuerzo notable por complementar el análisis jurídico-normativo con sus implicancias antropológicas, sociológicas, políticas, culturales y religiosas.

Desde la perspectiva antropológica, destaco principalmente el capítulo tercero dedicado a los temas: Matrimonio, sociedad y derecho, donde expone el principal problema

que el legislador debió enfrentar, y que a nuestro juicio no hizo correctamente, a saber cómo el matrimonio es el “modo constitutivo de la familia”. Sus reflexiones sobre las rupturas matrimoniales, las uniones de hecho y las uniones entre personas del mismo sexo nos alertan que el debate sobre la familia y la admisión del divorcio proseguirá aún en nuestras sociedades, permaneciendo la pregunta de qué es lo específico del matrimonio como comunidad humana y de interés social.

En cuanto a las rupturas matrimoniales, el autor se alinea con aquellos que piensan que no son expresiones de libre autonomía frente a la cual el Estado debiera replegarse para dejar hacer, sino que “constituyen circunstancias personales, íntimas y dolorosas, no deseadas y de consecuencias generalmente negativas para la sociedad” (p. 96). De esta forma, el autor intenta armonizar en la regulación del matrimonio el interés individual de los cónyuges con el interés público que favorece la estabilidad y la armonía de la familia. De las tres posturas que se manifestaron en la Comisión Nacional de la Familia, convocada por el presidente Aylwin en 1991, a saber: que el divorcio no debía admitirse porque desvirtuaba el compromiso matrimonial, que el divorcio debía proceder pero solo ante situaciones de quiebre irremediable de la convivencia matrimonial, y que el divorcio debería proceder como un derecho individual de cualquiera de los cónyuges a rehacer su vida, el autor se identifica claramente con la segunda: “no se concibe la solución legal de una ruptura matrimonial a través del divorcio como una extensión de los derechos de libertad, o como un derecho al divorcio” (p. 96).

Aunque por mi parte yo coincidía —y sigo coincidiendo— con la primera postura manifestada en la Comisión Nacional de la Familia, comparto con Del Picó que, en el espíritu y el texto de la Ley N° 19.497, el divorcio es entendido como una situación extrema y excepcional que contradice el deseo de los cónyuges y de la sociedad de que el matrimonio

* Traducción del título: Chilean Matrimonial Law.

sea para toda la vida. Así cobra significado e importancia que no se haya derogado la definición de matrimonio del art. 102 del Código Civil.

No obstante, hubiera sido de desear que se pusieran más resguardos para evitar que este divorcio extremo y excepcional sea aplicado jurisprudencialmente como un “derecho a descasarse”. El mismo autor se lamenta de que el plazo del divorcio unilateral sea tan breve, y que no se haya finalmente contemplado una fase de reflexión previa.

Con todo, pienso que siguiendo este planteamiento habría que modificar la terminología que está consagrándose en el uso para designar los tipos de divorcio, y que el mismo autor utiliza, y que consiste en sostener que la ley habría dado lugar a tres formas de divorcio: por culpa, por mutuo acuerdo y unilateral. Esta tipología corresponde más bien a un divorcio concebido como mero derecho a descasarse. Pero no es lo que quería el legislador ni lo que dice la ley: el divorcio que no es por falta imputable, es un divorcio por una causa objetiva y que debe ser acreditada judicialmente: el cese efectivo y no interrumpido de convivencia. Es a esta situación fáctica a la que la ley ha otorgado la función indiciaria de reconocer un quiebre definitivo y terminal del matrimonio. Otra cosa es que el plazo de duración del cese se module en función de las voluntades de los cónyuges que concurren a solicitarlo.

Junto con la perspectiva antropológica, está la política. Es evidente que los textos de la nueva Ley de Matrimonio Civil han sido el resultado de muchas deliberaciones, discusiones y acuerdos políticos. En el libro que comentamos, este proceso subterráneo se pone a la vista, y así se hacen más comprensibles las opciones normativas, con sus aciertos y sus errores. Jorge del Picó pasa revista a los distintos actores de la escena política que posibilitaron que se introdujera la nueva ley con divorcio incluido: los partidos políticos, la Iglesia católica, la masonería y las confesiones religiosas minoritarias. A mi juicio es un lúcido análisis que sintetiza con rigor e imparcialidad las posiciones de estas instituciones. Los datos que nos entrega el autor toman mayor interés

si se tiene en cuenta que él participó como asesor del Ministerio de Justicia en la preparación y discusión de la indicación sustitutiva mandada al Congreso por el presidente Ricardo Lagos que fue finalmente la que permitió la aprobación del proyecto. Después de leer estas páginas, me parece que uno puede plantearse e intentar responder la pregunta ¿por qué se aceptó en Chile el divorcio que había sido discutido por diversos proyectos de ley, que se mencionan en la obra, desde el año 1917? ¿Por qué Chile no fue un Uruguay que ya a comienzos del siglo XX había secularizado completamente el matrimonio aceptando el divorcio? Si uno ve los actores políticos hay varios que permanecen en su misma posición: la Iglesia católica en contra, la masonería y los partidos políticos de raigambre socialista o laicista en general, a favor. El factor que inclinó la balanza fue el Partido Demócrata Cristiano que desde la enfática declaración de 1957: “La familia es la célula fundamental de la sociedad. El divorcio y todo lo que la debilite o destruya es rechazado”, pasa en la década de los noventa, a sostener no ya la tolerancia del divorcio sino la conveniencia de su legalización. Son dos de sus más destacados representantes en la Cámara de Diputados: Mariana Aylwin e Ignacio Walker, los que lideran el grupo políticamente transversal que presenta el proyecto de ley de matrimonio civil con divorcio que más adelante llegaría a convertirse en la Ley N° 19.947. Resultan muy interesantes las reflexiones de Jorge del Picó sobre este cambio del Partido, que luego incluyó hasta sus dirigentes de tendencia conservadora que tuvieron que intervenir en el proyecto en el Senado. Señala el autor, que “en forma lenta, pero certera, y al margen de cualquier posición grupal interna, la colectividad se inclinó finalmente por la primera opción [favorable al divorcio], profundizando el alejamiento cada vez mayor del tronco católico que le había servido de sustento histórico. En adelante, la mirada a los problemas políticos sería preferentemente política y secundariamente doctrinaria. Sutilmente, sin mayor repercusión inmediata, la colectividad había cambiado su propio curso histórico con una decisión que trascendería también a la sociedad chilena” (p. 70). A estas

alturas, parece claro que la idea de sintonizar mejor con las opiniones de mayor popularidad, dejando a un lado los principios doctrinarios que le proporcionaban identidad, no han sido rentables al partido, si se mira su evolución desde el 2004 a la fecha. Pero la herencia de su opción ha permanecido y permanecerá seguramente por mucho tiempo en el ordenamiento jurídico chileno.

Otra de las perspectivas que aborda Jorge del Picó en su *Derecho matrimonial chileno*, y que normalmente es descuidada por los autores jurídicos, es la religiosa. Esto nos parece un acierto porque efectivamente el matrimonio está ligado muy fuertemente a la convicciones y creencias religiosas de gran parte de la población, con independencia de su credo particular. Me atrevería a decir que hasta para los no creyentes o declaradamente agnósticos estas realidades como el nacimiento, el matrimonio y la muerte tienen algo de sagrado, de sabor a misterio insondable y trascendente. Todos los que se casan quieren que se haga una ceremonia con ritos o rúbricas litúrgicas. Hasta el oficial del Registro Civil se siente obligado, con el beneplácito de los contrayentes y asistentes, a “predicar” en la ceremonia del matrimonio civil, de la mano de los artículos del Código Civil sobre los derechos y deberes de los cónyuges, que debe leer.

Así como no estamos de acuerdo con el autor en cuanto a la conveniencia de haber acogido el divorcio civil, sí lo estamos con la idea de reflejar en la legislación una recepción del matrimonio celebrado ante una confesión o entidad religiosa con personalidad de derecho público, que después de una dura lucha política, en la que entiendo que el autor desempeñó un papel fundamental, se logró plasmar, aunque con limitaciones, en el art. 20 de la Ley de Matrimonio Civil.

En esto nuestra ley ha sido innovadora y vanguardista. He visto cómo en Argentina por ejemplo se mira con interés esta fórmula chilena de acoger al matrimonio religioso, más aún cuando la legislación civil allí ha hecho extensible el matrimonio a las uniones de personas del mismo sexo. Para un gran sector de creyentes, católicos y de otras confesiones cristianas y no cristianas, esta es una completa

desfiguración del matrimonio civil, de modo que prestar su consentimiento ante su propia Iglesia, y luego pedir los efectos civiles del matrimonio mediante su inscripción aparece como algo mucho más tolerante y menos violento, que la imposición de una única forma de contraer matrimonio legalmente.

La fórmula del art. 20 no es perfecta y no es raro que haya recibido críticas no solo desde los sectores laicistas, sino incluso desde los mismos católicos, por entender que la exigencia de ratificación en el plazo de 8 días no es más que un enmascaramiento de una forma de matrimonio civil. No comparto este criterio y pienso, por el contrario, que se ha abierto una brecha saludable para que impere un mejor respeto a la libertad de conciencia y de religión, que no debiera desaprovecharse. Más bien, habría que perfeccionar la normativa. Por una parte, mediante una interpretación que la haga viable, como de alguna manera se intenta en el libro. En este sentido, es valorable la propuesta de Jorge del Picó de entender que en este tipo de matrimonios, el pacto conyugal debe reputarse celebrado en la fecha de prestación del consentimiento, aunque los efectos solo comiencen a desplegarse con la ratificación e inscripción. El perfeccionamiento puede ser legislativo y de hecho se discute en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica la Ley de Matrimonio Civil, entre otras cosas para ampliar el plazo de ocho días y para permitir la inscripción del matrimonio religioso por mandatario. Si el matrimonio civil puede contraerse por mandatario especialmente facultado al efecto, no se entiende por qué no se podría otorgar mandato ya no para contraer, sino solo para ratificar un matrimonio ya celebrado. El peligro que creyeron ver los legisladores de multitudes de fieles haciendo uso de esta opción en diferentes iglesias, casándose varias veces y fraguando todo tipo de fraudes a terceros, se ha desvanecido completamente en los años de aplicación de la ley. A pesar de las dificultades son entre 1.000 y 1.500 matrimonios que cada año de manera pacífica y sin litigiosidad alguna han utilizado esta fórmula. Parece haber llegado la hora de hacerla más sencilla y viable para asegurar la libertad de conciencia de miles de chilenos.

Por cierto, pienso que un aprecio mayor a la libertad de conciencia debería llevar a respetar los matrimonios contraídos en una confesión religiosa como la católica, que los considera indisolubles, como tales, y no privándolos de efectos civiles cuando concurren las causales del divorcio legal. En el libro se sostiene la ingeniosa tesis, que proviene de la ley de divorcio italiana, que tratándose de un matrimonio canónico la sentencia de divorcio no lo disuelve sino que solo le retira los efectos civiles, dejando subsistente el vínculo religioso. Pero esto no podría ser de otra manera. ¿Cómo podría pretenderse que el Estado disolviera un vínculo religioso? Lo realmente respetuoso sería que reconociera la perdurabilidad de los efectos civiles mientras se mantuviera vigente el matrimonio religioso.

Como puede verse, el libro que reseñamos está lleno de reflexiones, análisis y opiniones del más sumo interés para cualquier persona, y no solo para los juristas, que quieran adentrarse en el actual diseño normativo del régimen jurídico del matrimonio en Chile. Las fuentes que utiliza el autor son igual-

mente abundantes y variadas; desde tratados, libros, monografías y estudios eruditos hasta columnas y cartas al Diario, documentos de trabajo, encuestas, etc.; todo parece servirle para retratar el panorama social donde se inserta esta nueva legislación matrimonial chilena. Solo es de lamentar que, aunque en general se invoca mucho la realidad social como una especie de justificación para haber legislado aprobando el divorcio, no se contengan datos sobre cómo ha funcionado este “remedio” en estos cinco años y verificar si se cumplieron aquellas previsiones que hacían sus partidarios: que disminuirían las rupturas (salvo un primer crecimiento inicial por la demanda contenida), que subirían las tasas de nupcialidad, que se regularizarían las uniones de hecho, que disminuiría el número de nacimientos fuera de matrimonio, etc. Uno tiene la impresión que, por el contrario, todas las cifras desmienten aquellas optimistas previsiones y más bien confirman los temores de los que fuimos sus detractores.

HERNÁN CORRAL TALCIANI*

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Civil en la Universidad los Andes.