



ANDREA MUÑOZ SANCHEZ

Abogada, Profesora de  
Derecho Civil de la  
Facultad de Derecho de la  
Universidad Diego  
Portales.

*Algunas cuestiones debatidas en relación al*

# Divorcio Vincular

En el actual debate que se ha abierto en torno al proyecto de ley sobre matrimonio civil, aprobado en primer trámite legislativo por la Cámara de Diputados, han surgido un par de cuestiones que resulta de interés examinar, atendido que, aparentemente, tendrían problemas de constitucionalidad. A ello destinaré las reflexiones que siguen.

El primer aspecto cuestionado, dice relación con la irrenunciabilidad de la acción de divorcio establecida en el proyecto.

Esta es una norma que no sólo se encuentra contemplada en el mencionado proyecto, sino también en la Ley de Matrimonio Civil actualmente vigente, con respecto al divorcio que en ese cuerpo legal se consagra (separación de cuerpos). El objeto de una norma de este tipo, es impedir que las personas puedan renunciar en forma anticipada y abstracta, al ejercicio de un derecho que la ley les confiere (pedir el divorcio), pero en ningún caso obsta a que los cónyuges puedan renunciar a pedir el divorcio, en concreto, por una causa existente y conocida, lo que ocurre, en términos generales, cuando ha habido cohabitación posterior a la causal. De manera que nadie queda obligado a ejercer la acción de divorcio si concurren causales para hacerlo, ya que es una cuestión de estricto dominio privado del cónyuge que se siente afectado, como tampoco nadie puede ser presionado a desprenderse de ese derecho mientras se trate de una hipótesis o situación no verificada.

La razón o fundamento para establecer la irrenunciabilidad de la acción de divorcio, es que éstas son normas de orden público, indisponibles para las partes, ya que a través de pactos privados entre los cónyuges, pudieran establecerse reglas que deterioren o menoscaben los derechos y obligaciones que las leyes

señalan a cada cónyuge respecto del otro.

En el ámbito del derecho de familia, es un hecho indiscutible que la autonomía de la voluntad es un principio que se encuentra significativamente atenuado y que sus normas, lejos de ser supletorias de la voluntad de las partes, se le imponen al sujeto en forma imperativa, reservando para éste, sólo la libertad de conclusión respecto de los actos jurídicos que celebre. La libertad de configuración, existente y poderosa en el ámbito patrimonial, deja paso así, al estatuto que el legislador ha previsto para ese determinado acto, sin que los cónyuges, o los padres, puedan estipular o convenir ninguna clase de modalidades, salvo contadas excepciones. ¿Cómo podría ser de otra manera, si se piensa que no se trata de meros contratos privados, sino de la organización de instituciones que conforman el sistema familiar? Difícil resulta pensar en que cada cual pueda revisar y modificar, a su conveniencia, los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, ya sea entre marido y mujer, o bien, entre padres e hijos.

Ahora bien, el hecho que esta disposición haya sido objetada en el proyecto en estudio, y que no merezca reparos su inclusión en el ley actual, obviamente está demostrando que lo que se reclama no es una mayor libertad para las personas, sino en el fondo, lo que se busca al intentar que la acción de divorcio sea renunciable en forma anticipada, es incorporar, derechamente, la posibilidad que los cónyuges deroguen, por su voluntad, las normas sobre divorcio que el proyecto contempla. Lo anterior, no es otra cosa que regular, por otra vía, la tesis que propugna la posibilidad de que existan dos sistemas paralelos de matrimonio, al establecerse la alternativa de casarse con disolución de vínculo o sin él. De esta manera, quienes

no quisieran verse sometidos a la ley de divorcio, podrán convenir, previamente y en forma recíproca, que renuncian a ejercer dicha acción en contra del otro cónyuge.

En mi opinión, esta modalidad fuera de ser perversa e impracticable que introduce un elemento de difícil valoración y manejo para la pareja de futuros contrayentes - es de dudosa constitucionalidad frente a la garantía de la libertad de conciencia. En efecto, es posible sostener que la alternativa de casarse «con cláusula de indisolubilidad», sería si no una exigencia de la Iglesia Católica respecto de sus feligreses, al menos una recomendación perentoria respecto de la cual difícilmente un creyente podría sustraerse. Eso implica, claramente, violentar la libertad de conciencia, en la medida que el culto a esa -u otra- determinada fe religiosa se condiciona o supedita al ejercicio de ciertos derechos. En términos prácticos, no puede ser libre la opción de fe de un sujeto, que sabe que de escoger cierta religión, se verá privado de un derecho como es el de ejercer la acción de divorcio. La Constitución garantiza el pleno respeto a la libertad de conciencia y de culto, por lo que sería cuestionable una ley que justamente propiciara diferencias, en el ámbito de los derechos civiles, según cual sea la opción religiosa.

El segundo punto cuestionado dice relación con la extensión de los efectos de la ley de divorcio, a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia. Este aspecto controvertido, está contemplado en el 2º artículo transitorio del proyecto, de acuerdo al cual, los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, se regirán, en lo tocante a la separación, nulidad y divorcio, por lo previsto en ésta.

Aún cuando no ha habido una exposición clara de los motivos por los cuales se invocaría la inconstitucionalidad de esta norma, lo probable es que ella estuviera basada en el derecho de propiedad que los cónyuges tendrán, en relación a los derechos emanados del contrato de matrimonio celebrado bajo la vigencia de las actuales normas, las que les garantizarían la indisolubilidad del matrimonio. Esa interpretación llevaría, probablemente, a sostener que dicho derecho (a casarse para toda la vida), se incorporó al patrimonio de cada uno de los cónyuges, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes y que en consecuencia, de acuerdo a la garantía de la inviolabilidad del derecho de propiedad contemplada en el artículo 24 de la Constitución Política de la República, la disposición transitoria que se comenta sería inconstitucional. Cabe recordar aquí, que la protección del derecho de propiedad en el actual

Constitución se ve fortalecida y en cierto modo ampliada, al hacer extensiva la protección (acción de protección), expresamente, al derecho de propiedad que se tenga sobre derechos corporales e incorporales (cuyo es el caso).

Sobre el particular y aun en conocimiento de la notable extensión que se le ha dado, por esta vía, al derecho de propiedad, pienso que este no es un razonamiento correcto, justamente, porque las normas que en virtud de esta ley se consagran, son normas de orden público, que dicen relación con la ordenación de la familia y el interés común y, en consecuencia, han de regir de inmediato.

No cabe aquí invocar la ley del contrato, como si estuviéramos en el ámbito puramente privado. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con la normativa referente a los bienes familiares, que pueden aplicarse a matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, cualquiera sea el régimen de bienes bajo el cual los cónyuges estuvieren casados. Con respecto a esta ley, nadie ha pensado sugerir que sólo rija para quienes se casen en el futuro, a pesar que podría considerarse que limita los derechos de los cónyuges, válidamente adquiridos bajo la vigencia de las antiguas normas.

Mirado desde la perspectiva de la constitución del estado civil, la ley de efecto retroactivo es categórica al señalar que el estado civil constituido al amparo de una ley, subsistirá aunque esta pierda después su fuerza; en tanto los derechos y obligaciones anexos a él se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, o modifique o derogue los antiguos.

De esto se pueden desprender varias cosas. En primer término, que la aplicación de la ley que admite el divorcio vincular no afecta el estado civil que hayan adquirido las personas bajo la vigencia de la ley anterior, las cuales conservan el estado civil que tengan. En segundo lugar, que las normas que en esta nueva ley se pudieran establecer, apuntan a una serie de requisitos para adquirir la condición o estado de divorciado, estado que hoy no existe, por lo que mal podría atribuirsele efecto retroactivo, ya que no modifica una calidad antes existente. Por último, y llevados a dilucidar si el aspecto relativo a la disolubilidad del matrimonio es una condición esencial del matrimonio, o puede considerarse un derecho anexo al mismo -y, en consecuencia, subordinarse a la nueva ley- es posible sostener que efectivamente estamos en presencia de un derecho anexo y no de la esencia, en la medida que los elementos de la esencia del matrimonio son aquellas obligaciones que recíprocamente se prometen marido y mujer -fidelidad, respeto, socorro -mas no el hecho de ser indisoluble.