

*caja 12 M (4)**Andrés Cerezo*

1

MATRIMONIO: DISOLUCION O DIVORCIO. COMENTARIOS

INTRODUCCION. Debo dejar en claro, antes de iniciar mis comentarios que participo de la concepción cristiana del matrimonio y de la familia y por ende de su proyección en el tratamiento canónico de la nulidad matrimonial. Concuerdo con la línea gruesa del proyecto de Instituto Libertad que, de algún modo introduce, en núcleo Derecho positivo, el sistema de las nulidades canónicas, pero quiero dejar en claro que ello no es tanto por la similitud anotada, sino porque creo que un tratamiento tal se adecúa mejor a la naturaleza del Derecho, concebido éste como instrumento de control social.

Las reflexiones que siguen se sitúan en la perspectiva de lo que el Derecho puede hacer en las rupturas matrimoniales y no en el análisis del articulado del proyecto, ya que, al fin de cuentas no soy un especialista del Derecho de Familia.

1. En la polémica tradicional, siempre se pone énfasis, entre nosotros, acerca de si debe o no establecerse el divorcio vincular, si debe reforzarse la institución matrimonial eliminando las causales que permiten, generalmente en forma simulada, su disolución por vía de la nulidad y, en caso afirmativo si el divorcio vincular debe proceder por causales, por causales culpables o si por la sola voluntad de los contrayentes.

Sólo recientemente se ha planteado la necesidad o posibilidad de recoger la experiencia de los tribunales eclesiásticos católicos, sobre la nulidad matrimonial, que han desarrollado una jurisprudencia del mayor interés respecto a los requisitos del matrimonio, la capacidad de las partes contrayentes y las condiciones en que se presta el

consentimiento.

2. En esta polémica, no se ha tomado en consideración una cuestión que, a mi juicio es básica y que, en medida importante, determina el tipo de solución que se puede propugnar frente al hecho indesmentible de las rupturas matrimoniales. Ella dice relación con las posibilidades efectivas que tiene el Derecho, en particular la ley, para inducir las conductas sociales y, en particular para influir en la conducta de las personas. La polémica asume que pueden tomarse diversas opciones: divorcio o no divorcio; divorcio reglado o por consentimiento mutuo, nulidades estrictas o amplias y que tales opciones serán eficaces una vez que se dicte la ley correspondiente. La polémica asume la omnipotencia del legislador: que la ley puede cambiar la realidad del modo que se lo proponga.

3. Me parece que al plantear así las cosas implica una posición más bien idealista acerca de lo que la ley y el Derecho, en general son capaces de hacer respecto de la la realidad social y, en definitiva, respecto de las conductas individuales.

4. Lo anterior se conecta con el problema acerca de la relación entre el Derecho y la sociedad y, en última instancia, acerca de las posibilidades que la norma tiene de hacerse conducta efectiva en los individuos. Walter Friedman, jurista inglés de este siglo, a propósito de la relación entre el Derecho y la sociedad, llamó la atención acerca de un hecho que creo exacto y que consiste en que las instituciones que configuran el Derecho pueden tener una carácter más bien expresivo o más bien instrumental. Lo primero se produce cuando la materia reglada dice relación con cuestiones vinculadas a los valores y actitudes muy básicos de la personas y de la sociedad. Lo segundo cuando la

institución sólo tiene el carácter de un medio más o menos neutral para conseguir determinados objetivos. Ejemplo claro de normas de carácter expresivo son muchas de las relativas al matrimonio y la familia, ejemplo de las instrumentales son las reglas del tránsito. Friedman postula que la eficacia de la ley es muy alta tratándose de cuestiones de carácter instrumental y que, en cambio, cuando el legislador intenta introducir cambios en materias de naturaleza expresiva, su eficacia es cada vez menor en la medida que toca aspectos altamente valóricos.

5. Lo que Friedman dice respecto del Derecho y la bondad se puede trasponer a la conducta individual: la norma tiene posibilidad de ser más eficaz en la medida que no toca los sentimientos más íntimos de las personas o en la medida que por corresponder tanto a esos sentimientos íntimos buscan, en la práctica, el cumplimiento espontáneo. El Derecho es muy limitadamente eficaz o simplemente ineficaz tratándose de sentimientos o percepciones.

6. Esta relatividad en cuanto a la eficacia del Derecho se relaciona muy directamente con el problema en análisis: el Derecho puede o no ser un instrumento adecuado, en materia de familia, dependiendo de su identificación con los valores socialmente compartidos. Pero, en todo caso y aun cuando esa identidad se produzca, presenta muy serias restricciones para inducir y obtener, en concreto, adecuadas conductas de las personas. Me detendré especialmente en este último punto.

7. En términos fácticos, el Derecho es eficaz cuando obtiene que las conductas de los individuos se adecúen en alto grado a sus prescripciones. En términos jurídicos más estrictos, es eficaz cuando las prestaciones debidas por los individuos tienen lugar sea espontánea, sea por medio del cumplimiento forzado, sea, en fin, por el

cumplimiento por equivalencia.

8. En esta perspectiva, el Derecho patrimonial tiene, al menos en principio, una mas alta posibilidad de ser eficaz que el Derecho de familia en cuanto éste regula relaciones personales (no patrimoniales). En efecto, estas obligaciones no son susceptibles de cumplimiento forzado o por equivalencia. Están dotadas de sanciones de carácter indirecto o incluso que suponen la negación misma de la prestación. Pensemos, por ejemplo en el deber de fidelidad y, en general en los deberes no económicos entre los cónyuge a que se refiere el artículo 131 del Código Civil. Su sanción principal no es el cumplimiento forzado o por equivalencia, como uno esperaría, sino que el divorcio por las causales de los nos. 1 y 2 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil: esto es, la separación de hecho. Ello posiblemente porque el cumplimiento forzado o la indemnización de los perjuicios son impensables. Hay normas que no tienen sanción del todo, como ocurre con las obligaciones emanadas de los espousales.

9. Y la verdad es que las cosas no podrían ser muy distintas pues tratándose de los sentimientos de las personas y de actitudes muy personales, el instrumento jurídico carece de los recursos para ordenar adecuadamente el cumplimiento debido. Si se quiere legislar seriamente en materia de Derecho de Familia parece esencial reconocer esta limitación básica de este instrumento de control social que es el Derecho.

10. Lo dicho, me parece, tiene particular relevancia en materia de divorcio. Muchas veces he oido que hay que eliminar el actual mecanismo de disolución del matrimonio por la vía de las nulidades simuladas, legislado seriamente en materia de divorcio. En general se dice que legislar seriamente significa no permitir el divorcio por

6

tema de la naturaleza del matrimonio radica en el empleo de la expresión "contrato" en muchas de las definiciones legales de la institución, que resulta distractiva acerca de la naturaleza del matrimonio. Si con la expresión contrato se quiere subrayar que es un vínculo que debe ser libremente contraído, la alusión no está mal, pero el matrimonio no se agota en la idea de contrato. Jurídicamente el contrato alude también a las ideas de intercambio y de ley privada (de alcance solo para las partes) que nada tienen que ver con el matrimonio, al menos dentro del marco de nuestra cultura.

14. En efecto, aparte de la necesidad de consentimiento libre y de la libre selección de la persona con quien se contrae, el matrimonio no tiene nada de intercambio (a menos que se le caricaturice) y mucho menos de ley privada ya que sus efectos ni son libremente determinados por las partes ni se producen sólo entre las ellas sino también respecto de terceros que no concurren con su voluntad, como los hijos y parientes, y también respecto de la sociedad toda.

15. El Código de Derecho Canónico emplea la expresión "concordio" y no contrato cuando describe al matrimonio en el canon 1055. Concordio se conecta etimológicamente a suerte: por el matrimonio se comparte la suerte, la vida y los resultados de la vida común. En el matrimonio no hay intercambio de bienes sino entrega personal de los sujetos y hay también un acto fundacional de una institución social que es la familia.

16. Así concebido el matrimonio, no puede tratarse como una contrato y no puede, en consecuencia, concluir el modo que lo hacen los contratos patrimoniales: por mutuo acuerdo o por resolución por incumplimiento de las obligaciones, que son situaciones homologables al divorcio vincular por común acuerdo o por causal culpable.

17. La naturaleza del matrimonio, a mi juicio, repugna del divorcio vincular. No excluye, en cambio, y más bien presupone la idea de nulidad: una matrimonio para ser consorcio de vida y para ser fuente de una institución debe serlo ordenadamente: debe ser contraido por personas que se han elegido libremente, en la oportunidad que decidan autónomamente, con conocimiento de los deberes que se asumen, por personas maduras, capaces de elegir adecuadamente, etc. El Código de Derecho Canónico recoge la larga experiencia de la jurisdicción eclesiástica que ha elaborado, adecuadamente, las condiciones de validez del verdadero matrimonio. Por ello participo plenamente del proyecto analizado en cuanto hace Derecho positivo chileno esa experiencia.

18. Las ideas jurídicas de nulidad o ineficacia y las de validez o eficacia significan que un acto produce o no efectos, existen o no existen para el Derecho. El acto nulo no logra crear la realidad jurídica a que se aspira. La nulidad es una sanción con la que habitualmente opera el Derecho, es una sanción de blanco y negro concordante con las limitaciones de la brocha gorda a la que aludíamos antes.

19. Por lo demás, tras los fracasos matrimoniales, en un gran número de oportunidades existe una causal de nulidad: un vínculo contraído por personas inmaduras, sin la debida libertad, que no estaban en condiciones de discernir acerca de los efectos del acto. En esta perspectiva no veo una radical separación entre el divorcio y la nulidad, si bajo el nombre de divorcio se incluyen aquellas causales que arrancan de la falta de condiciones para contraer un matrimonio válido, las que, en definitiva y por la naturaleza de las cosas son, en muchos casos la causa de la ruptura matrimonial.

19. Con todo no puedo dejar de mencionar que el desarrollo del Derecho Canónico y la seriedad de su procedimiento frente a las rupturas matrimoniales descansa sobre el principio inquisitivo. El juez canónico busca por él mismo la verdad y no es un simple árbitro como ocurre con nuestro juez civil. Incorporar las causales canónicas de nulidad sin intruducir jueces especializados y activos no cambia mucho las cosas respecto de la actual situación.