

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIV – OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1956 – N.º 98

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA – CONCEPCION (CHILE)

EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ

Abogado y Profesor de Derecho Civil

EL CODIGO CIVIL Y LA EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

SUMARIO.—1) Criterio que siguió Andrés Bello en el Código Civil de 1855.
2) Factores que determinaron la evolución legislativa familiar.
3) Contenido de esta evolución. 4) Nuevas ideas sobre la emancipación de la mujer. 5) El divorcio vincular. 6) Actuales tendencias en el derecho comparado.

I. CRITERIO QUE SIGUIO ANDRES BELLO EN EL CODIGO CIVIL DE 1855.

En lo referente al Derecho de Familia, Andrés Bello se atuvo en el Código Civil de 1855 a las siguientes ideas fundamentales:

El matrimonio es un contrato solemne, puro y simple e indisoluble.

El Derecho Canónico regula lo relativo a su celebración, validez y dispensas. La ley determina sus efectos civiles (régimen de bienes, filiación, asistencia entre cónyuges, etc.).

El divorcio, simple separación de cuerpos, lo decreta la autoridad eclesiástica. Sus efectos los señala el Código en los artículos 170 y siguientes.

La potestad marital es amplia y la incapacidad relativa de la mujer casada consecuencia del régimen matrimonial legal de comunidad de ganancias. El marido administra libremente y sin inge-

rencia de la mujer sus bienes propios, los sociales y los de aquélla, sujeto en cuanto a estos últimos a las limitaciones en su disposición que se contienen en el título de la Sociedad Conyugal.

Sólo tiene lugar la separación parcial de bienes pactada en las capitulaciones matrimoniales, y la separación judicial total en resguardo de los intereses de la mujer, por insolvencia, administración fraudulenta o mal estado de los negocios del marido.

La patria potestad compete exclusivamente al padre sobre los bienes de sus hijos legítimos no emancipados. Carece de ella la madre. Pero ésta tiene, junto con el padre, la autoridad paterna para velar por el cuidado, crianza y educación de los hijos.

En materia de filiación, el Código de 1855 distingue entre los hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos.

Los legítimos tienen el más amplio favor legislativo y en la sucesión intestada de los padres excluyen a todo otro heredero, sin perjuicio de la concurrencia del cónyuge sobreviviente por su porción conyugal.

Los hijos naturales, sólo adquieren esta calidad por reconocimiento voluntario, expreso, solemne y atributivo del padre, de la madre o de ambos. Carecen de derechos hereditarios en la sucesión intestada si hay hijos legítimos y los tienen reducidos, a falta de éstos. Son legitimarios y están sujetos a guarda, no a patria potestad. Rigen a su respecto las reglas de la autoridad paterna.

Los hijos simplemente ilegítimos, sólo adquieren esta calidad por reconocimiento voluntario del padre o tácito judicial después de dos citaciones. Tienen derecho a alimentos necesarios.

La maternidad ilegítima puede establecerse probando el hijo el hecho del parto y su identidad; pero la acción no puede intentarse contra mujer casada.

Resumiendo, podríamos decir entonces que: matrimonio indisoluble; incapacidad relativa de la mujer casada; administración unitaria y concentrada en el marido de la sociedad conyugal; patria potestad exclusiva y de absolutos poderes; y filiación matrimonial fuertemente favorecida, fueron los principios dominantes que informaron el criterio de Bello en el Código de 1855.

Por lo demás, eran las ideas rectoras de su época y obedecían a un fin claro: el fortalecimiento del vínculo familiar en interés de la estabilidad social.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

543

El ordenamiento jurídico del siglo pasado, desde el Código de Napoleón adelante, —y nuestro Código Civil no es extraño a aquel ordenamiento— es individualista. Vale decir, hay un claro predominio del interés personal, corresponda éste al marido, al padre o al hijo legítimo, sobre el interés de los otros componentes del grupo y sobre el interés social, pero esto no puede ser objeto de una crítica a priori.

Cierto es que la mujer es relativamente incapaz; cierto que el marido y padre de familia concentran en sí plenas facultades y poderes, pero no lo es menos que, dadas las condiciones económicas, sociales y morales de esa época, este orden legislativo realizó su finalidad, cual era la de consolidar la célula familiar, en términos tales que los defectos de su exagerado individualismo sólo se pusieron de relieve al cambiar esas condiciones económicas, sociales y morales durante el siglo XX.

II. FACTORES QUE DETERMINAN LA EVOLUCION LEGISLATIVA FAMILIAR.

Puede decirse que los factores que determinan la evolución legislativa familiar, tanto entre nosotros como en otros países, son de índole social, moral y económica.

Son factores de índole social, las ideas relativas a la secularización del matrimonio; a la aceptación del divorcio vincular en otras legislaciones y a la situación de inferioridad de los hijos extra-matrimoniales.

Son factores de índole moral, la difusión de las prácticas anti-concepcionales; el descenso de la natalidad; el relajamiento de los deberes de asistencia familiar entre cónyuges y parientes.

Son factores de índole económica, todas las manifestaciones derivadas del maquinismo y su influencia en la nueva estructura económica de la empresa moderna, que determinan profundos cambios en la producción, distribución y consumo de los bienes, es decir, mayores y nuevas necesidades, a la vez que falta de medios suficientes para satisfacerlas. Esto hace que la mujer casada y los hijos trabajen fuera del hogar.

Semejante proceso, que motiva la dispersión y disgregación familiar, conduce por su parte a la justificación aparente de la igualdad entre varón y mujer, y al debilitamiento de las potestades paterna y marital, debido a la independencia que proporciona el tener una fuente de recursos propios.

III. CONTENIDO DE ESTA EVOLUCION.

La ocurrencia de estos hechos o fenómenos sociales, ha ido determinando en el siglo XX una clara evolución del régimen jurídico de la familia y en un triple aspecto:

En primer término, se ha atenuado el individualismo que consagraba el Derecho antiguo. Es así como se atribuye también la patria potestad a la madre legítima a falta del padre —entre nosotros por el Decreto-Ley N.º 328 de 1925 y por la Ley N.º 5.521 de 1934—; se favorece la filiación natural, facilitándose la investigación de la paternidad ilegítima y otorgando mayores derechos alimenticios y hereditarios a los hijos extra-matrimoniales —entre nosotros por las reformas de la Ley 5.750 de 1935 y de la Ley 10.271 de 1952—; y, finalmente, se concede, en otras legislaciones, capacidad más o menos amplia a la mujer casada.

En segundo lugar, se ha acentuado la función social de las relaciones familiares, propendiéndose a crear la solidaridad entre sus componentes. Es ésta una reacción a la independencia que trajo consigo el individualismo. Antonio Cicu, profesor de la Universidad de Bolonia, nos habla de un Derecho de Familia semi-público, ubicado en zona intermedia, entre el Derecho Privado y el Derecho Público (1), y en el cual los poderes familiares sólo pueden ejercitarse con miras a la solidaridad del grupo y al bien común.

En un tercer aspecto, y a esto deseamos referirnos con particularidad en esta charla, puede observarse que en estos últimos años se dictan numerosas y diversas leyes modificatorias o complementarias que, bajo pretexto de adaptar la familia a la evolución social, económica o moral, no comportan en realidad sino que un retroceso hacia un marcado individualismo, contrario a la solida-

(1) Antonio Cicu: "El Derecho de Familia", año 1947, página 443.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

545

ridad familiar y a la función social del matrimonio. Me refiero a las leyes que, en otros países, reconocen el divorcio vincular; y a las que en nuestro Derecho establecieron el patrimonio reservado de la mujer casada y facilitaron cada vez más el régimen de separación total. Es decir: al Decreto-Ley N.º 328 de 1925 y a las Leyes N.ºs 5.521 de 1934, 7.612 de 1943 y 10.271 de 1952.

Cabe destacar aquí una observación de suma importancia. Ninguna entidad jurídica es más sensible, más receptiva, a los cambios que se experimentan en las estructuras social, económica y moral, que la familia.

Pero debemos preguntarnos: ¿Son estas transformaciones y tendencias las que por el solo hecho de producirse justifican determinado ordenamiento familiar y su cambio, o es que la familia existe para y en función del valores más permanentes, de modo que su régimen jurídico ha de atenerse a estos valores y no sólo a las exigencias sociales, económicas y morales de la época?

Poniendo ejemplos: la disgregación moderna de la familia a causa del trabajo separado de la mujer y de los hijos, ¿justifica por sí sola normas legales en que se atenúe seriamente la patria potestad o la potestad marital?

Creemos que sobre toda otra consideración transitoria, hay valores como éste de la "autoridad y potestad familiar", de validez permanente, y que no sólo tienen su causa o razón de ser en la naturaleza misma del hombre sino que desempeñan un necesario cometido de función social, imposible de desconocer en Derecho positivo sin caer en graves trastornos para la familia y para la sociedad, mucho peores que los males que se trata de remediar.

Lo mismo podríamos afirmar de la indisolubilidad matrimonial, ordenada no sólo en interés personal de los cónyuges por la permanencia y seguridad de su unión, ni sólo en interés de la formación de los hijos, sino que ordenada en razón del bien común, porque la relajación del vínculo conduce inevitablemente a la desintegración incontrolable de la familia y de la sociedad.

Son planteamientos fundamentales que no pueden omitirse al examinar una evolución legislativa.

Estamos demasiado acostumbrados a oír eso de que "la ley debe plegarse a la necesidad y no ésta a aquélla". Pero quienes así afirman olvidan dos cosas:

La primera, es que una necesidad puede ser expresión de desorden, porque lo que la legitima no es la fuerza del número ni la de la Autoridad Pública, sino que su conformidad con la razón de ser de las cosas y de las instituciones. Luego, Derecho positivo que se aparte de esa "razón de ser", es ley que consagra una necesidad injusta. Acerca de cuál es esa "razón" en la familia me extenderé más adelante.

Y en segundo lugar se olvida, cuando aquello se afirma, que la ley, el Derecho objetivo, están llamados no sólo a mandar, prohibir o permitir, sino que, y muy especialmente, a realizar los valores espirituales: la libertad, la integridad de la persona humana, la integridad familiar, no por y para el solo bien de la persona sino que por y para el bien común de la sociedad toda.

Así consideradas las cosas, habrá que analizar desde este punto de vista cuál es, en el orden familiar, su razón de ser y si se ajusta a ella o no nuestra evolución legislativa en la materia.

IV. NUEVAS IDEAS SOBRE LA EMANCIPACION DE LA MUJER.

Sin duda que las dos expresiones más relevantes suscitadas a fines del siglo XIX y principios del XX con motivo de la transformación que experimenta la familia son: la emancipación de la mujer y el divorcio vincular.

Como ambas corresponden a conceptos que tienden a realizarse en el Derecho positivo, es útil examinar su contenido, su valor y su eficacia práctica.

Sobre la emancipación de la mujer se ha formado la siguiente tesis: Existiendo igualdad biológica e intelectual entre la mujer y el hombre se impone la necesidad de reconocer iguales derechos y responsabilidades a ambos.

En consecuencia, debería reconocerse plena capacidad a la mujer casada; no podría limitarse su derecho a desarrollar un trabajo separado del marido y debería facilitarse en su favor el régimen de separación de bienes. En suma, su independencia jurídica como un corolario de su autonomía social y económica.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

547

Sin embargo, para establecer la exactitud de esta tesis hay que analizarla a la luz del concepto de familia, porque dentro de ella va a operar.

La familia es, según definición de cátedra, "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, del parentesco o de la adopción". No obstante, falta a esta definición un elemento, cual es precisar los fines que la familia persigue o lo que es lo mismo señalar para qué existen relaciones jurídicas entre cónyuges, padres e hijos, y parientes. Tales fines son éstos: En orden a los cónyuges, la complementación de los sexos; en orden a los hijos, su cuidado, crianza y educación; en orden a la sociedad, el perfeccionamiento y defensa de los componentes del grupo.

Ahora bien, esta primera finalidad de la familia, de lograr la complementación de los sexos, está impuesta no por la ley positiva sino que por la naturaleza, ya que es de orden natural que varón y mujer tengan sexos diferentes a fin de que uno supla lo que falta al otro.

No necesito insistir en la diferencia somática y psíquica que media entre hombre y mujer. La diferencia anatómica y fisiológica es determinante de la complementación y atracción sexual.

Alexis Carrel, expresa: "Las diferencias que existen entre el hombre y la mujer no provienen de la forma particular de sus órganos o del modo de educación. Son de naturaleza más fundamental, determinadas por la estructura misma de los tejidos y por la impregnación de todo el organismo de sustancias químicas específicas. La ignorancia de estos hechos fundamentales ha llevado a los promotores del feminismo a creer que ambos sexos debían tener la misma educación, los mismos derechos y las mismas responsabilidades. En realidad, la mujer difiere profundamente del hombre. Cada una de las células de su cuerpo lleva la marca de su sexo. Lo mismo ocurre con sus órganos y sobre todo con su sistema nervioso. Las leyes fisiológicas son tan inexorables como las del mundo sideral. No pueden ser sustituidas por los deseos humanos. Estamos obligados a aceptarlas como son. Las mujeres deberían desarrollar sus aptitudes de acuerdo con su naturaleza propia, sin tratar de imitar a los varones. Su papel en el progreso de la civilización es mucho mayor que el del hombre y por eso no deberían abandonar sus funciones específicas. En suma, entre los dos sexos

hay diferencias irrevocables y es imperativo tenerlas en cuenta al construir el mundo civilizado" (2).

Y esta diferencia fisiológica entre ambos sexos determina, además, una diferencia psicológica innegable, porque mientras el hombre tiene aptitud de actuación social, la mujer la tiene de actuación material y emocional. De ahí que en la familia se atraen y complementan.

No son, pues, hombre y mujer ni iguales ni desiguales, son distintos. Esta es la razón de ser de la diferencia de sexos.

Pues bien, ¿qué consecuencia se sigue de este fenómeno en el Derecho? La de que a distintas aptitudes corresponden también distintos derechos y distintas responsabilidades, para que cada uno en su ámbito propio desenvuelva plenamente su propia aptitud.

La negación de este concepto recibe el nombre de "Emancipación de la Mujer".

Significa trabajo de la mujer fuera del hogar y separado del marido; significa reconocer a aquélla amplia capacidad e independencia en la adquisición, administración y disposición de los bienes; significa atribuirle en absoluta igualdad con el marido todas las potestades sobre los hijos. Es decir, darle actuación social.

¿Cuál es el resultado de esta distorsión del orden natural impuesta en la ley positiva?

Por una parte, la relajación de la autoridad del marido. La mujer obtiene una evidente independencia al gozar de una fuente de recursos propios. En otros términos, la desarticulación progresiva de la autoridad familiar, porque no se olvide que la independencia patrimonial es causa importante, a la larga, de desunión en lo afectivo y que, con más frecuencia de lo que se cree, contribuye a minar la base espiritual de la familia.

Además, sobreviene perturbación grave en la educación de los hijos. La mujer no educa, lo hacen terceras personas, es decir, se desvía ella de su función propia. Agreguemos a esto el riesgo de la estabilidad matrimonial. La mujer enfrentada ante los ambientes del trabajo puede, más fácilmente si bien no siempre, ser llevada a violar la fidelidad conyugal.

(2) Alexis Carrel: "La Incógnita del Hombre". Editorial Iberia (Barcelona), 9.ª Edición, Agosto de 1952, página 100.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

549

Finalmente, se produce la limitación de la natalidad. Los hijos no son compatibles con el trabajo de la mujer fuera del hogar.

¿Qué argumentos se dan, entonces, para justificar la actuación social de la mujer, su trabajo separado del marido? Son de orden económico.

Se dice que el marido no alcanza por sí a subvenir a las necesidades comunes y se agrega, que la mujer debe trabajar cuando el marido, culpablemente, le niega estos recursos. Ambas consideraciones se hacen valer, en especial, respecto a la clase asalariada.

La Ley 5521 de 1934, que modificó el artículo 150 del Código Civil, estableciendo el patrimonio reservado de la mujer casada que trabaja, tuvo esas justificaciones, y le reconoció a ésta capacidad para administrar con independencia del marido el producto de su trabajo, los frutos del mismo y lo que con ambos adquiriera.

La prohibición judicial para impedirlo, a petición del marido, tenía que ser, como lo ha sido en la práctica, de ocurrencia sólo excepcional.

Si se examina la discusión de la Ley 5521 es interesante observar que, en parte alguna, hay alusión siquiera a otras consideraciones que las de mera técnica legislativa. Preocupación por la prueba de la capacidad y del origen y dominio de los bienes; preocupación por el funcionamiento del pasivo, etc., mas, en parte alguna, atención preferente al grave problema social que la reforma involucra y que se halla detrás de este sobre-estimado problema económico.

El problema económico es una parte de la cuestión social, que es más amplia. La otra parte, sin lugar a dudas de mucho mayor transcendencia permanente, es la que nos muestra la necesidad de una familia sólidamente integrada, para lo cual es supuesto básico que cada cónyuge realice su función propia sin menoscabo y la solidaridad, y no la independencia, en el régimen de bienes.

El artículo 150 propende a la separación patrimonial completa; al desplazamiento de la administración en manos de la mujer tocante al producto de su trabajo y, todavía, deja al arbitrio de esta última determinar, al disolverse la sociedad, si el marido participará o no en los bienes reservados, según ella acepte o renuncie los gananciales.

Es decir, es la consagración del individualismo contra la solidaridad conyugal. Hemos pasado del individualismo en favor del marido, que criticábamos, al individualismo ahora en favor de la mujer, siendo que ambos se apartan del principio fundamental: la familia desempeña un rol social que se logra por la solidaridad entre los cónyuges mediante el régimen de comunidad de bienes.

Si hay problemas económicos, si los recursos son insuficientes en el hogar, toca al legislador dictar las normas que aseguren a empleados y obreros remuneraciones justas, pero no es la solución facilitar los medios para que la mujer se sustraiga a sus funciones propias y trabaje aparte del marido.

Y aún así, si por circunstancias excepcionales, tuviere ella que desarrollar una actividad remunerada, que la ley lo permita contemplando limitaciones efectivas en favor de la familia, por ejemplo con reducción de la jornada de trabajo, y siempre dentro de un régimen de bienes en que se realice la solidaridad conyugal.

Si el problema es que el marido, culpablemente, no subviene pudiendo a las necesidades comunes, toca al legislador reconocer a la mujer casada, previa una expedita tramitación ante el juez, el derecho de socorro o de alimentos con medidas de retención inmediata o la separación de bienes en casos extremos, pero no posibilitarla para desempeñar un trabajo separado siempre incompatible con sus aptitudes de mujer de hogar y de madre.

La excepción no puede justificar la norma, porque la ley se da para la generalidad y no para las excepciones.

Reformas legislativas del contenido de la que analizamos implican un retroceso y no un avance social. Mediante ellas se debilita la autoridad del marido; se relajan los vínculos familiares; se perturba la educación de los hijos y, en definitiva, se contribuye a la creciente desintegración de la familia. Es decir, son reformas sin ningún contenido de función social.

Naturalmente que, por las razones dadas, nada obsta a que la mujer soltera o viuda desarrolle cualquier actividad compatible con su sexo. Lejos está de nuestra mente la falsa idea de la incapacidad cultural de la mujer, cien veces desmentida.

En las leyes posteriores a la N.º 5.521, es decir, la N.º 7.612 de 1943 y la N.º 10.271 de 1952, la evolución legislativa ha mantenido igual punto de vista, anti-familiar y anti-social.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

551

En ellas se reconoce con gran amplitud el pacto de separación total de bienes, al tiempo y durante el matrimonio, es decir, que en lugar de promover la idea de unidad patrimonial que es factor importante en la unidad afectiva y moral entre cónyuges, tiende la ley a relajar más y más estos vínculos para satisfacer intereses personales, en detrimento del mucho más importante interés de la familia.

Es cierto que hay libertad de pactar separación o no, pero no lo es menos que la ley tiene en esto un rol social y educativo que cumplir, cual es evitar que por motivos insubstanciales, generalmente para evadir impuestos, se dé un paso perjudicial a la familia y aún a los mismos intereses de la mujer que no trabaja. Prueba de esto último es que la Ley N.º 10.271 mejora la condición hereditaria del cónyuge sobreviviente es precisamente por la situación económica desmedrada en que suele quedar la mujer al disolverse la sociedad conyugal, como resultado de una separación total pactada durante el matrimonio.

Nuestros más destacados profesores de Derecho Civil no han atribuido importancia al aspecto que tratamos.

Así, Alessandri Rodríguez, acepta sin más consideraciones la evolución en su estado actual y agrega: "... Es de esperar que esta evolución no se detenga porque se compadece con las ideas de libertad y de igualdad de los sexos que prevalecen en la sociedad moderna y que tienden a relajar más y más los vínculos familiares en favor de la completa emancipación legal de la mujer" (3).

Y Somarriva Undurraga, en su última obra, dice: "... Si la mujer no es biológica, ni socialmente inferior al hombre era indispensable que empezara su lucha emancipadora, ilustrándose, en términos tales que le permitiera rivalizar con éste en sus distintas actividades" (4).

Por las razones antes expuestas no creemos que puedan compartirse, sin más estudio, estas opiniones.

Una salvedad especial merece la Ley N.º 10.271 de 1952, en

(3) Alessandri R., Arturo: "Tratado práctico de la Capacidad de la Mujer Casada, etc.", 1940, N.os 12 y 14, páginas 25 y 27.

(4) Somarriva U., Manuel: "Evolución del Código Civil Chileno", 1955, N.º 168, página 264.

cuanto exige la autorización de la mujer casada para la enajenación voluntaria, gravamen y arrendamiento a largo plazo de los bienes raíces sociales, bajo sanción de nulidad relativa.

Se ha dado así un paso importante hacia lo que es una tendencia clara en el Derecho Comparado: reconocer el principio de la solidaridad familiar a través de la co-administración de ciertos bienes comunes.

A este respecto, se está imponiendo hoy día un nuevo régimen matrimonial denominado de Participación en los Gananciales. En él, ambos cónyuges tienen independencia jurídica pero dentro de un marco de cooperación. Hay separación de patrimonios durante el matrimonio respecto de los bienes llamados personales o propios, que son los aportados y adquiridos a título gratuito. Una especie de comunidad virtual, o mejor de co-administración, sobre los bienes denominados "matrimoniales" —los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso o provenientes del trabajo—. Plena capacidad de ambos cónyuges y división igual de los gananciales al término del régimen.

Es decir, es un sistema que funciona como una separación, con limitaciones; y se liquida como una comunidad. No consagra, pues, la independencia de ninguno de los cónyuges respecto del otro, sino que su recíproca colaboración dentro de la familia.

Como expresa el profesor Imre Zajtay, "este régimen tiene la ventaja sobre el de separación, de asegurar a los dos cónyuges un igual aprovechamiento de los trabajos y economías comunes. Y asegura tal resultado —esta es su ventaja sobre el régimen de comunidad— sin concentrar los poderes de administración y disposición sólo en manos del marido, pues permite el libre juego de la capacidad de la mujer casada" (5).

Tal régimen rige con éxito en Hungría, Suecia, Noruega, Finlandia, Colombia, Costa Rica, Perú y Uruguay, en este último introducido por una ley del año 1946.

Resumiendo, podemos decir que la emancipación de la mujer ha determinado una legislación contraria a los intereses perma-

(5) Imre Zajtay y Vaz Ferreira: "Contribución al Estudio de los Regímenes Matrimoniales de Participación", publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, Octubre de 1950, página 813.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

553

nentes de la familia, que son la complementación y colaboración de los cónyuges por el desarrollo de sus propias aptitudes y la solidaridad en el régimen de bienes.

Se aparta de estos fines el reconocimiento del trabajo separado de la mujer casada, sin limitación, y el régimen de separación total de bienes ampliamente facilitado. Pensamos que cumple estos fines, este nuevo régimen matrimonial de Participación en los Gananciales, cuya adopción en Chile presentaría claras ventajas.

V. EL DIVORCIO VINCULAR.

Como es sabido, el divorcio vincular consiste en la disolución del matrimonio en virtud de causa legal y por sentencia de juez.

También se sabe que, entre nosotros, el divorcio no es vincular. No disuelve el vínculo; sólo suspende la vida común de los cónyuges.

Para disolver el matrimonio, si no hay causa legal de nulidad, se recurre a un juicio simulado con el objeto de que ésta se declare, en el cual ambos cónyuges reconocen la incompetencia del Oficial del Registro Civil que los casó, causal que contempla la ley.

Es decir, hemos llegado a un falso divorcio por mutuo consentimiento, con burla de la ley y de la justicia, en que mienten las partes, los abogados, los testigos y el juez. La Corte de Santiago conoce de siete nulidades por día, lo que puede dar una pauta sobre la gravedad del problema.

Ante esta anomalía jurídica y social no hay sino una de dos soluciones: o se establece el divorcio vincular, o se asegura efectivamente la indisolubilidad matrimonial, eliminando la incompetencia del Oficial del Registro Civil como causal de nulidad.

Por las razones que paso a exponer, considero que el divorcio, lejos de remediar los problemas familiares, los aumenta y extiende en términos tales, que una vez reconocido por la ley, su influencia expansiva y desquiciadora en la familia y en la sociedad es en el hecho irreductible.

Yo prescindo aquí, de dos aspectos con los cuales suele argumentarse contra el divorcio: 1.º) Se sostiene que el matrimonio es un Sacramento. Prescindo de este aspecto religioso, toda vez que

para algunos puede carecer de valor y estimarse meramente un punto de vista ideológico. Debo reconocer eso sí que me parece una posición racional, porque racional es la indisolubilidad como se demostrará más adelante. 2.º) Se sostiene que el matrimonio es una Institución. También elimino este argumento, porque pudiera estimarse contradicho por el texto del artículo 102 del Código, que define al matrimonio como un "contrato". Dejo constancia, no obstante, que son fuertes las razones que se dan en apoyo de la tesis institucional en nuestro Derecho.

Y prescindo de estos dos aspectos, porque entiendo que el divorcio —sea el matrimonio sacramento o no, sea institución o no—, es un hecho que pone término al "estado de familia". En consecuencia, afecta a los valores que la familia representa.

¿Y cuáles son esos valores? Ellos son de índole personal y social.

En primer lugar el afecto y mutua comprensión entre los cónyuges, aún a costa de su propio renunciamento. Como dice un autor inglés: "La sociedad y los hijos exigen que los cónyuges se entiendan, cueste lo que costare" (6).

En segundo término, la necesidad de que sean los padres y no otros, quienes tengan a su cargo la función natural de cuidar, criar y educar a sus hijos, aún a costa de sacrificios personales y, finalmente, el bien de la sociedad toda, que exige la realización de estos valores espirituales dentro de la familia, aún a costa de la abnegación de los cónyuges.

Pues bien, el divorcio reconoce la preeminencia del interés personal de los cónyuges incomodados o desagradados sobre los intereses superiores de los hijos y de la sociedad.

Es, pues, el divorcio, expresión máxima de individualismo, ya que si en algún contrato las partes están llamadas a cumplir y realizar una función social, aun a costa de su propio interés, es en el matrimonio.

Y como las encuestas sobre las causas de divorcio acusan un porcentaje enorme en que el motivo no es otro que el erotismo sexual, es decir, la inquietud por satisfacer estos deseos en nuevas

(6) G. K. Chesterton: "La Superstición del Divorcio". Obras Completas, 1952, Tomo I, página 898.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

555

uniones, conviene que destaquemos este aspecto principalísimo de la función que el matrimonio desempeña dentro de la sociedad.

Un autor norteamericano ha dicho: "Todos creen sin decirlo que la función genética es, como el aparato alimenticio, una cosa exclusivamente para el bien del individuo. No lo es. La tendencia sexual es una tendencia social y no da derecho para la satisfacción personal sino para el matrimonio que es un fenómeno social. Muchos creen que por tener instintos sexuales tienen por este mismo título el derecho de su satisfacción. La ley de la naturaleza da un derecho, pero uno no más, el de casarse para satisfacer el hambre sexual, no al capricho, sino que con una mujer y estableciendo con ella una sola familia en que se procreen hijos para el bien de la comunidad y de la raza" (7).

Ahora bien, esta función social del matrimonio, que se traduce en que sobre el interés personal de los cónyuges está el de los hijos y el de la sociedad, no puede realizarse sin un supuesto básico de seguridad jurídica, que es la indisolubilidad del vínculo.

¿Podría concebirse real y sólida comprensión y afecto entre cónyuges unidos por un vínculo que se sabe es contingente? ¿No es éste el incentivo más poderoso a la infidelidad conyugal? ¿Sería posible la perfecta crianza y educación de los hijos sujeta a las vicisitudes de la disolución?

Se argumenta en favor del divorcio sosteniendo que es preferible aceptarlo como remedio ante un matrimonio mal avenido, que da mal ejemplo a los hijos y, en cambio, se permite así regularizar otra vida de familia por nuevos matrimonios.

A este respecto hay que considerar tres situaciones:

En primer lugar, la desavenencia absoluta entre cónyuges. Si se hiciera una encuesta de las causales que provocan divorcios, como ha ocurrido en otros países, se llegaría a la conclusión de que es muy superior el porcentaje de casos abusivos al de casos necesarios.

Son pocas las situaciones de real e insuperable desavenencia; en cambio muy numerosas aquéllas en que se aprovecha esta puerta, simulando situaciones graves, para satisfacer lo que no es otra

(7) Gustavo Weigel, "Preparación al Matrimonio", Conferencia, Santiago 1941, página 157.

cosa que una tendencia sexual egoista. El nuevo cónyuge generalmente está elegido mucho antes del divorcio; en realidad el problema es el del nuevo matrimonio.

Pues bien, la única forma de atajar una tendencia sexual desorbitada, que daña a la comunidad y a la raza, no es relajar el vínculo matrimonial, sino que consolidarlo con la seguridad de la permanencia, factor esencial en el dominio de los instintos, a lo cual la ley no puede sustraerse como tampoco se sustrae a ello la ley penal.

En segundo término, se presenta la situación del cónyuge culpable. Si la causa de la desintegración de la familia se debe a este cónyuge, el divorcio aparece inaceptable a su respecto: a) porque, aparte de no recibir una sanción, obtiene la finalidad deseada, que es anti-social y b) porque si ya hizo desgraciado un hogar ¿será socialmente conveniente que quien presenta muestras claras de inadaptación familiar, renueve en lo sucesivo otras experiencias con resultados que no pueden ser más dudosos? La subsistencia sana de la sociedad exige, por lo menos, evitar una probabilidad de esta índole.

Finalmente, en lo que se refiere al cónyuge inocente, hay que distinguir: a) Si éste no acepta el divorcio, la situación es injusta a su respecto ya que se le impondría y quedaría, entonces, en desigual condición que el otro cónyuge, lo que tiene especial importancia tratándose de la mujer; y b) Si en cambio ha aceptado el divorcio, su situación es igualmente remediable con la separación de cuerpos, en el evento de tratarse de casos que realmente no tengan solución.

Pero, entonces, se argumenta en favor del divorcio lo siguiente: los cónyuges separados y no divorciados están en una situación falsa y sería fomentar el concubinato adúltero.

Respondemos a lo anterior que el concubinato adúltero sobreviene también y muy principalmente en régimen de divorcio. Pero los males familiares y sociales que se siguen del divorcio son concretos, esto es, perturbación total de la vida de familia y de sociedad; abuso desenfrenado del mismo sin posibilidad alguna de control eficaz.

En cambio, los males que se siguen de la simple separación de cuerpos no tienen, por lo menos esta enorme fuerza expansiva

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

557

o de difusión que presenta el divorcio. Por otra parte, la simple separación hace posible reconciliarse a los cónyuges; el divorcio lo impide y obstaculiza, pues ahonda los conflictos al crear nuevas relaciones con otros cónyuges y con otros hijos.

En suma, lo que se opone al divorcio es la preeminencia del interés social sobre el individual de los cónyuges. La función social que a menudo se exige por la ley, cuando están en juego valores más importantes que nuestro propio interés. Y si no, ¿la defensa del valor nacionalidad no nos exige la vida incluso? El interés común limita todos los derechos de la personalidad y todos los derechos patrimoniales. Así, pues, no se crea que es ajeno a esta limitación el matrimonio, contrato social por excelencia.

Sobre la materia en estudio conviene citar a algunos autores extranjeros.

Colin y Capitant, expresan: "Hay que reconocer que la institución del divorcio conduce fatalmente al abuso del divorcio. Por otra parte, los resultados que de él se esperaban no se consiguieron. Se dijo que reduciría los adulterios, los crímenes pasionales, las uniones ilegítimas y los hijos naturales; que aumentaría la natalidad. Por el contrario, la cifra de los procesos por adulterio se triplicó en cuatro años, la natalidad experimentó notable descenso, aumentaron los crímenes pasionales y fue mayor el número de los suicidios" (8).

Ambroise Colin, dice: "Nadie puede negar que lo que constituye el honor y la dignidad moral de los sexos en el matrimonio es el pensamiento de su perpetuidad. El régimen de la indisolubilidad es una conquista de la civilización cristiana; desconocerlo porque lo propicia la Iglesia Católica aparece como signo de estrechez espiritual. Los partidarios del divorcio hacen resaltar la superioridad de ese estado sobre el que crea la simple separación de cuerpos. Es cierto que la simple separación es falsa y penosa; con frecuencia conduce al concubinato adúltero; sin embargo, la experiencia demuestra que los partidarios del divorcio exageran el valor de este remedio. Los esposos de alma inquieta buscarán en vano en

(8) Colin y Capitant: "Curso Elemental de Derecho Civil Francés", Edición de 1952, páginas 447 y 448.

una segunda unión la felicidad que no pudieron hallar en la primera. Y por otro lado la perspectiva de una disolución posible, en caso de cualquier desinteligencia entre los cónyuges, provocará fácilmente ocasiones para que nazca la discrepancia entre ellos. Ciertamente no existe la felicidad en la sociedad francesa desde que se implantó el divorcio. Muchas diferencias conyugales se envenenan con la perspectiva de la disolución y en cambio se adormecerían con la indisolubilidad" (9).

El eminente profesor francés René Savatier, en su "Curso de Derecho Civil", editado en París en 1947, expresa: "El matrimonio es un contrato, pero su contenido, su finalidad social, la necesidad de mantener una familia sólida y el propio interés de los hijos, exigen restricciones a la libertad contractual, las cuales explican y justifican la inadmisibilidad del divorcio" (10).

Un último argumento suele darse en favor del divorcio: Podría ser —se dice— un remedio, si controlado por el juez, éste apreciara la existencia de causales taxativas ponderando minuciosamente la prueba.

Al respecto Josserand afirma: "Creo con Montesquieu que el divorcio no es conforme a la naturaleza, pero por lo menos es útil para casos excepcionales y cuya cuidadosa delimitación corresponde al legislador" (11).

Sobre este particular, la experiencia de los países en que se ha implantado, demuestra lo contrario.

El control no es posible ni es eficaz porque influyen contra él dos factores decisivos: a) La simulación de los cónyuges y b) La complacencia de los jueces en la valoración de la prueba.

a) La simulación de los cónyuges. Generalmente las causales de divorcio están taxativamente señaladas en la ley. En la realidad marido y mujer desean disolver el matrimonio por incompatibilidad de caracteres y por mutuo consentimiento. Entonces, no concu-

(9) Obra citada: página 453.

(10) Citado en "Anuario de Derecho Civil", España, Abril-Junio de 1948, página 632.

(11) Luis Josserand: "Derecho Civil", Tomo I, Volumen II, N.º 910, página 144.

EVOLUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

559

riendo las causas legales, éstas se simulan de común acuerdo, situación ante la cual los jueces no tienen más que resolver conforme a lo alegado y probado.

Es lo que sucede entre nosotros actualmente. Es el caso de Francia, donde se simula la causal de injurias graves y es el caso de Alemania donde se falsea la circunstancia de concurrir una incompatibilidad de caracteres que afecta gravemente al vínculo matrimonial (artículo 1568 del Código Civil Alemán).

De aquí que el control por causales taxativas carece de eficacia práctica y ante ello no hay otra solución que el establecimiento de la absoluta indisolubilidad.

b) Complacencia de los jueces en la valoración de las pruebas. También la experiencia ha demostrado que los Tribunales son complacientes en la apreciación de las pruebas, de modo que lejos de restringir las posibilidades de disolución en el hecho las facilitan. A este respecto entran a jugar situaciones de sentimiento, humanidad y afectivas, que si bien tienen fuerza en casos particulares, con vista a satisfacer determinados intereses, no lo es menos que constituyen una puerta fácilmente abierta a la propagación de las causas de divorcio.

Baste para ello señalar el hecho de que en nuestro país la gran mayoría de las demandas por nulidad de matrimonio deberían desecharse por improbadas, cosa que está muy lejos de suceder ya que los jueces consienten, sin discriminar, en la simulación que se presenta ante ellos. En Francia, los Tribunales del Sena, en un año, acogieron el 93% de demandas de divorcio, dato que consigna Josserand, y que es más que suficiente para darse cuenta de cuál es la actitud de los jueces en estas materias.

En conclusión, aceptado el divorcio en una legislación, su fuerza expansiva y su abuso escapan a todo control eficaz.

VI. ACTUALES TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

El divorcio se acepta en la mayoría de los países, excepto en España, Irlanda, Italia, Chile y Colombia. No obstante, la tendencia mundial contemporánea es ir a su restricción creciente.

Así lo sostiene Henri Mazeaud, sabio profesor de la Sorbonne, en publicación del año 1951 (12), y lo mismo expresa Marc Ancel, al decir: "El movimiento legislativo de lucha contra la expansión del divorcio, en mérito de consideraciones políticas, nacionales, demográficas o morales, es en la actualidad un hecho que el comparatista imparcial se ve en la obligación de subrayar" (13).

Así tenemos que en Francia, las leyes de 1941, 1945 y 1953 han establecido plazos destinados a aburrir a las partes y a promover la reconciliación.

En Inglaterra, se ha dictado una ley según la cual no se admite demanda de divorcio durante los tres años siguientes al matrimonio.

En Rusia, después que lo consagró con máxima liberalidad en 1927, y aún por declaración unilateral, se ha dictado un decreto por el Soviet Supremo, de 8 de Julio de 1944, en conformidad al cual se restringe el divorcio a causales graves, se recomienda a los jueces especial atención a la prueba y se impone multa a los cónyuges que lo obtienen.

¿Qué demuestra esta tendencia del Derecho Comparado?

Que la llamada "necesidad del divorcio", no es tal. Es simple expresión de un desorden social. Y que, por el contrario, la familia y el matrimonio exigen seguridad jurídica, ya que sólo así pueden realizarse sus valores espirituales y morales.

Esa seguridad se encuentra, a nuestro juicio, en el afianzamiento de la indisolubilidad matrimonial.

(12) Citado en Revista "Información Jurídica", Madrid, Abril de 1951, página 443.

(13) Marc Ancel: "Evolución Moderna del Derecho de Familia", ponencia de las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado de Montevideo. Septiembre de 1948, Revista de la Facultad de Derecho, Abril de 1950, página 99.