

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL

CLAUDIO VERDUGO BARROS
Profesor de Derecho Civil
Universidad Bernardo O'Higgins

I. PRESENTACIÓN

La señora Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins, doña Luz María Reyes S., me ha formulado el especial encargo de iniciar las exposiciones en este Seminario de Homenaje a nuestro recordado Profesor de Derecho Civil, don Sergio Gaete Rojas (†), con una presentación e introducción general a las materias del Derecho de Familia las que, posteriormente, serán abordadas con mayor detenimiento por los otros profesores del Seminario, conforme a su programa.

Hago presente que la primera impresión que nos produjo el tema propuesto, esto es, realizar un análisis *crítico* de la nueva ley de matrimonio civil nos provocó una sincera complicación. Lo anterior, por cuanto la palabra *crítica* tiene varios sentidos y, por lo mismo, para poder centrar razonablemente mi cometido, lo primero era dilucidar qué quería señalar la mentada palabra.

Así, en una primera acepción –y para esto me he basado en tan solo algunas de las varias definiciones que entrega el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua– *crítica* es el “*arte de juzgar la bondad, verdad, belleza de las cosas*”. En una segunda acepción, *crítica* es “*cualquier juicio formado sobre una obra de literatura o arte*”. Finalmente, *crítica* es también en un sentido amplio y por extensión “*murmuración*”.

* El presente texto constituye una transcripción de la exposición realizada por el Profesor Verdugo en el Seminario sobre “Actualizaciones de Derecho Civil” realizado por la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins, en el mes de agosto pasado, en homenaje al Decano Don Sergio Gaete Rojas.

Siguiendo el consejo aristotélico del *justo medio* he optado a lo que mis capacidades y buen sentido me aconsejan, efectuar un *juicio formado* sobre la obra que constituye la nueva ley de matrimonio civil, sin pretender buscar su *bondad, verdad o belleza* y, desde luego, sin caer en la simple *murmuración*.

II. PLANTEAMIENTO

Resuelta la primera cuestión, surge de inmediato la segunda: ¿Qué materias abordar en esta crítica? Obviamente, no todas, solo algunas. Más bien, unas pocas y naturalmente, sin provocar interferencias o superposiciones con los exponentes que me seguirán en este Seminario.

Luego de las más variadas reflexiones, en distintos momentos y estados de ánimo, me parece que la forma más sensata de lograr el cometido que me ha señalado la señora Decana, es la selección siguiente:

- A) La nueva Ley de Matrimonio Civil y el artículo 102 del Código Civil.
- B) Celebración del Matrimonio ante entidad religiosa: ¿Cuál es la necesidad y (utilidad) de un doble consentimiento?
- C) El error en las *cualidades de la persona* y su relación con la incapacidad matrimonial y las causales de divorcio.
- D) "Nuevas fronteras" para el concepto de *fuera*.

En ese mismo orden y sin pretender agotar los temas y lo que es más importante, no agotar al paciente público, efectuaremos la exposición.

III. LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL Y EL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL

Debo confesar que una de mis mayores inquietudes cuando se inició la discusión de la Nueva Ley de Matrimonio Civil era, naturalmente, qué haría el legislador con la definición de matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil.

Sin querer conocer el texto hasta su publicación en el *Diario Oficial*, con algo de inexperiencia y, por qué no decirlo, casi con ingenuidad, busqué incesantemente las modificaciones que la Ley N° 19.947 introducía al Código Civil. Para mi sorpresa, la ley en comento no modificaba el artículo 102, no obstante que ella tenía como única y verdadera justificación, eliminar el atributo de la *indisolubilidad* del matrimonio.

Con ello, todos mis variados ejercicios mentales para buscar una adecuación al precepto del Código fueron del todo inútiles.

Sin embargo, el problema no quedaba ahí por cuanto y curiosamente por esas cosas ignotas del destino y en que don Sergio Gaete Rojas, tuvo en su momento una decisiva y total intervención, me ha tocado servir invariablemente en esta Universidad la cátedra de Derecho Civil III que incluye, entre las más disímiles materias, el Derecho de Familia.

¿Qué les diría a los alumnos entonces? Obviamente, no bastaba con eliminar el ahora incómodo –a lo menos, para los fines científicos de la cátedra– *indisolublemente* que contenía el texto del artículo 102 en comento y dejar el *actual*. ¿Qué hacer con la expresión “y por toda la vida”? ¿Habría entonces que incluir una distinción entre *voluntad* y el mero *propósito*? Obviamente una y otra cosa son distintas y la voluntad de permanencia del matrimonio, quedaría reducido a una mera esperanza o expectativa de ello, sin contenido obligatorio y por lo mismo, carente de real contenido jurídico.

A pesar de todas estas disquisiciones, el hecho incontestable es que el legislador de la Ley N° 19.047 no modificó el artículo 102, lo dejó intacto, pero nos parece indubitado que solo cabe concluir que lo *derogó tácita y parcialmente*, por resultar incompatible el referido precepto con las disposiciones posteriores de la ley en cuestión. Este fenómeno de la derogación tácita, no obstante, no sería un simple olvido o inadvertencia del legislador, sino que nos hemos enterado que en la discusión legislativa esto se habría hecho *ex profeso*. O sea, y para mi mayor sorpresa, entonces, no se trató de un simple olvido, como he dicho, el que en todo caso sería francamente inverosímil.

Haciendo una búsqueda más acuciosa en el articulado de la nueva ley de matrimonio civil, observé que en el texto de la misma figuraba el artículo 8° transitorio, que podría ser la solución del problema planteado en torno a la definición legal de matrimonio en Chile, por cuanto este expresaba: “*Facúltase al Presidente de la República para*

que, dentro del mismo plazo, fije el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil y de las leyes que se modifican expresamente en esta ley, **para lo cual podrá incorporar las modificaciones y derogaciones de que hayan sido objeto tanto expresa como tácitamente**; reunir en un mismo texto disposiciones directa y sustancialmente relacionadas entre sí que se encuentren dispersas, e introducir cambios formales, sea en cuanto a redacción, para mantener la correlación lógica y gramatical de las frases, a titulación, a ubicación de preceptos y otros de similar naturaleza, pero solo en la medida en que sean indispensables para su coordinación y sistematización. El ejercicio de estas facultades no podrá importar, en caso alguno, la alteración del verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales vigentes”.

De ese modo, no me quedó más que esperar qué haría el Presidente al fijar el texto refundido y sistematizado del Código Civil, respecto del artículo 102 y su derogación tácita, en cuanto a la indisolubilidad se refiere.

Y ahí inicié nuevamente las mismas inquietudes y expectativas en espera del “DFL” en que se convirtió nuestro Código Civil. Mi espera, de igual modo, resultó ser tan inconducente como inútil, pues el mencionado DFL dejó nuevamente intacto el mentado artículo 102, con lo cual, en términos llanos, no hay una definición legal de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento, tal vez que en el caso del Presidente existe una obvia diferencia: no se puede reprochar al Ejecutivo el no haber ejercido lo que era una mera facultad y que, en cambio, nos parece era un claro imperativo en el legislador.

IV. CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ANTE ENTIDAD RELIGIOSA: ¿CUÁL ES LA NECESIDAD Y (UTILIDAD) DE UN DOBLE CONSENTIMIENTO?

Una de las mayores modificaciones respecto de la legislación anterior es la relativa a las formas de celebración del matrimonio. En especial, la forma de celebración ante entidades religiosas, que regula el artículo 20 de la ley.

En lo que interesa a esta exposición, el señalado artículo dispone:

“Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los

requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este Capítulo, desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil.

El acta que otorgue la entidad religiosa en que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos, y la fecha de su celebración, deberá ser presentada por aquellos ante cualquier Oficial del Registro Civil, dentro de ocho días, para su inscripción. Si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto civil alguno.

El Oficial del Registro Civil verificará el cumplimiento de los requisitos legales y dará a conocer a los requirentes de la inscripción los derechos y deberes que corresponden a los cónyuges de acuerdo a esta ley. Los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión. De todo lo anterior quedará constancia en la inscripción respectiva, que también será suscrita por ambos contrayentes.

Desde el punto de la teoría del acto jurídico y lo prevenido en el artículo 1445 N° 2 del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 2° que *consienta en dicho acto o declaración...*"

Por su parte, el Código Civil conoce de la figura de la *ratificación*, entre muchos otros –y por citar los más conocidos– en los siguientes casos: En el artículo 1684 a propósito de la *ratificación de la nulidad relativa*; en el artículo 672 en la *ratificación de la tradición*, cuando se ha efectuado por quien no es el dueño o su legítimo representante; en el artículo 2160 en la *ratificación del mandato*, cuando el mandatario ha obrado fuera de los límites de su mandato.

¿Qué tienen en común estas figuras con la ratificación del consentimiento a que se refiere el artículo 20 de la ley en comentario?

De momento, la *ratificación* es un acto jurídico *unilateral* que poco y nada tiene que ver con el *consentimiento*, por esencia, *bilateral*. En adición a lo anterior, la ratificación es una figura que permite esencialmente *sanear actos* que adolecen de un vicio que afecta la eficacia del mismo acto, en razón de *nulidad* en los casos en que se admite este remedio y/o de *inoponibilidad*, esto último, particularmente sucede cuando la ratificación ha de provenir de un tercero que es ajeno al mismo acto. En suma, la ratificación –jurídicamente– es un

mero *remedio* a ciertos actos que han nacido a la vida del Derecho, *incompletos, defectuosos o imperfectos* y, ciertamente, en los casos en que la misma ley admite tal *saneamiento*.

Ahora bien y volviendo a la pregunta con que se inicia este apartado, ¿cuál es la necesidad desde el punto de vista de la conformidad de la obra (la ley) con las reglas del arte (el derecho), de exigir una *ratificación del consentimiento* en el matrimonio celebrado (y por lo mismo, ya *consentido*) ante la entidad religiosa? ¿Qué decir, además, del plazo de ocho días (corridos) para ratificar? tan inexplicable como la exigencia misma de exigir la *ratificación bilateral del consentimiento*, lo que demuestra la completa inutilidad del primero, pues en tal caso, cabría concluir que la ley contemplaría la *retractación* del consentimiento ya formado, bastando no concurrir ambos o alguno de los cónyuges a la denominada ratificación.

Por lo dicho, a nosotros nos parece que si el consentimiento ha de ser ratificado bilateralmente, como lo exige la ley respecto de la forma de celebración del matrimonio antes aludida, entonces, el *primer consentimiento* ante la entidad religiosa no puede legítimamente ser tenido por tal y por ello, se traduce es un acto insustancial y *vacío de contenido*, por completo inconducente y que no produce por sí mismo *ningún efecto civil*. En eso y solo en eso, es lo único que podemos estar de acuerdo con el señalado artículo 20.

V. EL ERROR EN LAS CUALIDADES DE LA PERSONA Y SU RELACIÓN CON LA INCAPACIDAD MATRIMONIAL Y LAS CAUSALES DE DIVORCIO.

Una segunda modificación mayor respecto de la legislación matrimonial anterior, dice relación con el error en las *cualidades de la persona* en cuanto vicio del consentimiento, no admitido previamente, por lo que la figura del *error in persona* quedaba reducido al error en la *identidad física* y no en la *identidad moral o social*, este último, también llamado el error en las cualidades a que me he referido.

El artículo 8º señala: "*Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: ...2º Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, (...)*".

Más allá de las obvias consideraciones que podría sugerir el precepto con relación a qué cualidades personales serían las suficientes para provocar la nulidad del matrimonio, nos llama la atención la posibilidad jurídica en orden a si este puede aplicarse, primeramente, con respecto a ciertas causales de incapacidad matrimonial que fueron derogadas o derechamente ignoradas en la nueva legislación.

Me refiero en especial, a la impotencia *perpetua e incurable* que, en la legislación precedente, siendo *coeundi* y no *generandi* de acuerdo al criterio de la legislación canónica del cual fue tomada esta causal, viciaba de nulidad el matrimonio, precisamente, con relación a sus fines, la procreación y la vida en común.

Queda ahora abierta la interrogante, por lo tanto, respecto a si la impotencia *coeundi*, e incluso la *generandi*, cabrían bajo el concepto difuso de *cualidades personales* a que se refiere este precepto y que se conecta con los fines matrimoniales. Dicho de otro modo y en términos simples, ¿se podría alegar la infertilidad de uno de los cónyuges como causal de nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales?

Recordemos, además, que la regla de prescripción de la nulidad por error en las cualidades personales es de tres años, según aparece en el artículo 48 letra b), pero no contados desde la celebración del matrimonio *si no que desde que se ha salido del estado de error*. Esta última, otra novedad, por cierto, respecto de la teoría general de los actos jurídicos y que podría, por ejemplo, que un matrimonio de 10 años que nunca hubiera consultado a un especialista o facultativo, descubriese en ese momento la infertilidad del marido o de la mujer. Solo desde ese momento saldría del estado de error y por lo tanto, la acción sería perfectamente admisible, a lo menos, en cuanto al plazo de su interposición.

Por otra parte, nos causa inquietud la vinculación del error en las cualidades morales con las *causales de divorcio*, en especial, casos tales como los de *homosexualidad* o *drogadicción*, del artículo 54, numerales 4º y 5º que, podrían dar pie a una nulidad del matrimonio o indistintamente, al divorcio vincular.

¿Quedaría, entonces, al arbitrio del cónyuge *inocente* demandar la nulidad o el divorcio, por ejemplo, respecto de la circunstancia ignorada de la homosexualidad o drogadicción del marido o de la mujer?

VI. "NUEVAS FRONTERAS" PARA EL CONCEPTO DE FUERZA

Otra novedad es la variación del concepto de fuerza contenido en el artículo 8° N° 3 de la Ley que señala: "*Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: (...) 3° Si ha habido fuerza, en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil, ocasionada por una persona o por una circunstancia externa, que hubiere sido determinante para contraer el vínculo*".

La fuerza, conforme a la tradición siempre se ha caracterizado por ser un *acto humano* injusto e ilegítimo, por cierto, pero *nada fuera de lo humano*. ¿Es, entonces realmente *fuerza*, la segunda figura que ape-la a circunstancias externas que bien podría confundirse con el *estado de necesidad* o incluso, con otras posibles hipótesis como la *simulación unilateral* o la *reserva mental*?

Dejo, sencillamente, planteada la pregunta: ¿una situación de guerra o de crisis económica o la pérdida abrupta de la protección familiar por cualquier causa, podría ser alegada como fuerza para viciar el consentimiento matrimonial?

VII. CONCLUSIÓN

Finalmente, agradezco sinceramente la confianza de la señora Decana, espero igualmente no haberla defraudado, aunque estoy cierto de lo difícil del cometido que me propuso. A fin de cuentas, creo haber expuesto a mi leal saber y entender sobre la obra que comento y su conformidad o disconformidad con las reglas del arte; por cierto, no he buscado ni he tenido pretensión alguna de buscar verdad, bondad ni belleza en ella; pero tampoco y aunque reconozco que me ha sido difícil, he caído en la murmuración.

Solo he intentado emitir un juicio formado sobre la obra jurídica en comentario, únicamente considerando las reglas del arte y seguramente a vista de todos con demasiadas e insoportables interrogantes y sin ninguna respuesta. Muchas gracias.