

Nº 213
Año LXXI
Enero - Junio 2003
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

"DIVORCIO A LA CHILENA": O EL MATRIMONIO ANTE EL OFICIAL DEL REGISTRO CIVIL INCOMPETENTE¹

JÜRGEN SAMTLEBEN

Max Planck-Institut für Ausländisches und
Internationales Privatrecht (Hamburg)

El 8 de septiembre de 1997, por 58 votos contra 26, la Cámara de Diputados chilena aprobó una ley de divorcio que permite para todos los matrimonios sin restricción la disolución del vínculo matrimonial por ruptura irremediable del mismo. Cuando esta ley sea aprobada por el Senado, habrá caído con ello también la prohibición de divorcio en el último Estado sudamericano², perdiendo importancia una práctica jurídica que tanto en Chile como en el extranjero adquirió una indecorosa notoriedad como "divorcio a la chilena". Ello por cuanto, pese a no existir la posibilidad de divorcio, desde hace mucho tiempo chilenos con medios económicos suficientes podían alcanzar la disolución del vínculo matrimonial de manera "legal", si es que juntos se resignaban a una farsa de justicia y encontraban para ello compañeros de juego solícitos.

El Código Civil chileno de 1855 había entregado íntegramente al Derecho Canónico lo concerniente a la celebración y disolución del matrimonio. De éste se recibieron, al introducirse el matrimonio civil en 1884, no sólo el principio de la indisolubilidad, sino también las causales para una disolución por la vía de la

¹ Traducción, autorizada por el autor, efectuada por la abogada Adriana Aravena Torres, del original "Scheidung auf chilenisch' - oder die Ehe vor dem unzuständigen Standsbeamten", publicado en *StAZ Das Standesamt* Nº 3/1998, pp. 77-79.

[El Comité Editorial agradece la autorización dada por el Dr. Samtleben para publicar esta traducción; y hace presente que este destacado jurista ha publicado recientemente un artículo sobre la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena Nº 19.947 (*Diario Oficial* de 17 de mayo de 2004): Samtleben, Jürgen, "Heirat und Scheidung im neuen chilenischen Ehegesetz", en *StAZ Das Standesamt* Nº 10/2004, pp. 285-290].

² Igualmente antes en Brasil (1977), Argentina (1987), Paraguay (1991) y por último en Colombia (1992); véase sobre ello Samtleben, *IPRax* 1993, 59, y 1994, 63 s.

demanda de nulidad. Así, al igual que en el Derecho Canónico donde desde el Concilio de Trento sólo se consideró válido el matrimonio celebrado ante el párroco correspondiente a la parroquia de residencia de los contrayentes (*parochus proprius*)³, la validez del matrimonio civil celebrado ante el funcionario del registro civil dependió del hecho de que al menos uno de los contrayentes tuviera residencia en su territorio jurisdiccional⁴. La falta de esta condición conducía consecuentemente a la nulidad de la celebración del matrimonio. Mientras ya en 1907 esta causal de nulidad fue suprimida en el Derecho Canónico⁵, permanece, sin embargo, hasta hoy en el derecho chileno. Otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos también la contienen, pero usualmente limitada a que se haga valer dentro de plazos cortos⁶. Tal saneamiento por el transcurso del tiempo no está en todo caso contemplado en el derecho chileno, en que la demanda de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil es posible ejercerla sin límites en el tiempo⁷. No podían faltar abogados ingeniosos que sacaran provecho de esta circunstancia para lograr así para su pudiente clientela la disolución del vínculo matrimonial que no era permitida normalmente. Para ello sólo se necesitaban dos testigos que confirmaran ante el tribunal la declaración de los cónyuges en orden a que al tiempo de la celebración del matrimonio ellos no vivían en la circunscripción del respectivo oficial del Registro Civil.

³ Schulte, *Handbuch des katholischen Eherechts* (1855), pp. 56-63, 70 s. Incluso Napoleón, quien antes de su coronación como emperador se casó secretamente con Joséphine por la Iglesia, obtuvo más tarde con esta justificación la anulación.

⁴ Ley de matrimonio civil 1884, arts. 9, 31.

⁵ Esto ocurrió por el Decreto "Ne Temere" del 02.08.1907 (en vigencia desde el 19.04.1908), luego de que la anterior regulación condujera muchas veces a controversias. Al respecto véase: Knecht, *Handbuch des katholischen Eherechts* (1928), pp. 615 s., 620 s.; Gottlob, *Grundriss des katholischen Eherechts* (1948), pp. 131 s., 133 s.

⁶ Brasil: Art. 208 CC 1916 (2 años), limitado por la jurisprudencia al caso del funcionario objetivamente incompetente; al respecto véase: Barros Monteiro, *Curso de direito civil. Direito de familia* (18ª edición 1979), p. 79, y hoy art. 67 § 6 Ley de Registro 1973. Colombia: Art. 126 CC 1873, art. 13 N° 1 Ley N° 57 de 1887; para uso análogo del plazo de 3 meses del art. 143, 145 CC véase C.S. 09.12.1975, *Foro Col.* 14 (1976) 41 = *Jur. civ.* 1975, 72 y 136. México: Art. 97, 235 Párrafo 3, art. 250 CC Dist. Fed. 1928 (Saneamiento por "posesión de estado matrimonial"); fundamentalmente en sentido contrario Ibarrola, *Derecho de familia* (3ª edición 1984), p. 262 s. Perú: Art. 248 ss., 277 N° 8 CC 1984 (6 meses); para su evolución véase Cornejo Chávez, *Derecho familiar peruano* Tomo 1 (6ª edición 1987), p. 223 ss. Venezuela: Art. 117 párrafos 2-3 CC 1942 (1 año), sobre ello Torres-Rivero, *Rev. Fac. Cienc. Jur. Pol.* 81 (1991), 123, 128 ss.

⁷ Asimismo todavía en Costa Rica conforme a los arts. 24, 65 letra e) del Código de Familia 1973, los que, sin embargo, son poco importantes en la práctica al existir la posibilidad de divorcio por común acuerdo; cfr.: Trejos, *Derecho de familia costarricense* I (4ª edición 1990), p. 86 (y el proyecto de reforma en *Gac.* del 30.09.1991, p. 12 s.). Anteriormente también en Ecuador, art. 111 N° 4 C.C. (hasta 1970) y El Salvador, art. 117, 162 N° 2 CC (hasta 1994); sobre la jurisprudencia más antigua véase: Merino Pérez, *Jurisprudencia ecuatoriana civil y penal* Tomo 4 (1975), p. 341, y en El Salvador C.S. 27.07.1943, *Rev. Jud.* 47-49 (1947), 564.

Desde 1920, vencidas las resistencias iniciales, se pudo hacer valer el "divorcio a la chilena" en la jurisprudencia, siendo aceptado finalmente también por la Corte Suprema⁸, la cual en una sentencia de 1925 admite por primera vez la prueba de testigos contra los datos del acta de matrimonio, aunque todavía con considerables cautelas⁹. Poco tiempo después ésta sostuvo que la prueba del documento era en general insignificante en tal sentido, ya que la ley no solicitaba ni de los testigos del matrimonio ni de los contrayentes una información sobre su residencia¹⁰. La Ley de Registro Civil de 1930 impuso sin embargo expresamente a los testigos del matrimonio la obligación de pronunciarse también sobre esta circunstancia¹¹. Pero esta exigencia fue inútil, ya que mientras tanto la práctica se había introducido de tal manera que los tribunales solícitamente daban más crédito a las afirmaciones de los testigos del proceso que a las anteriores declaraciones de los testigos matrimoniales¹². Tampoco la amenaza de la excomunión por la Iglesia pudo ya detener el imparable aumento de los "divorcios"¹³. Así, luego de registrarse sólo 21 casos en 1926, pocos años más tarde eran ya varios cientos¹⁴. En el año 1940 el número se elevaba sobre los 1.000 y a comienzos de los años 70 fluctuaban entre 3.000 a 5.000 anuales¹⁵. Hoy se supone que uno de cada cinco matrimonios se "divorcia" de esta manera¹⁶, lo que deja de manifiesto la imperiosa necesidad de una ley de divorcio¹⁷.

⁸ Extensamente sobre ello Tapia Arqueros, "Aspectos del matrimonio en el Derecho Civil de Chile referidos especialmente a su disolución", en *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, T. 3 (1969), pp. 579, 601 ss.; sobre la jurisprudencia más antigua véase Alessandri Rodríguez, *Rev. Der. Jur.* 29 (1932), II, 1-352.

⁹ C.S. 30.07.1925, *Rev. Der. Jur.* 23 (1926), II: 1-659; sólo en caso de una prueba completamente inequívoca sería esto compatible con la moral y la justicia.

¹⁰ C.S. 20.11.1925, *Gac. Trib.* 1925-II,355; 29.12.1930, *Rev. Der. Jur.* 28 (1931), II: 1-423; 28.03.1932, *ibidem* 29 (1932) II-1-351; 28.04.1933, *ibidem* 30 (1933) II: 1-321; 26.07.1934, *ibidem* 31 (1934) II: 1-505; 12.04.1935, *ibidem* 32 (1935) II: 1-296; 26.05.1936, *ibidem* 33 (1936) II: 1-316.

¹¹ Ley sobre Registro Civil 1930, art. 39 N° 7.

¹² Ya en 1932 escribió Alessandri Rodríguez: "Hoy día, en que la conciencia pública acepta como humana y conveniente la ruptura de un vínculo cuya subsistencia es más bien perjudicial y contraproducente para la sociedad y para los cónyuges e hijos, los tribunales, intérpretes de esa conciencia, acogen esta nulidad de un modo uniforme. Suplen así la deficiencia de nuestra legislación que, inspirada todavía en un criterio estrecho y atrasado, impropio del siglo en que vivimos, rechaza el divorcio con disolución de vínculo" (Alessandri Rodríguez, *cit.*, p. 352).

¹³ Decreto de las autoridades eclesiásticas chilenas del 28.07.1941, citado en Velasco Letelier, *De la disolución del matrimonio* (1973), p. 165 s.

¹⁴ Véase los datos estadísticos en *ibidem*, pp. 165 y 170-172.

¹⁵ Según Fueyo Laneri, *Hacia una primera ley de divorcio en Chile* (1972), p. 10; Tapia Arqueros, *cit.*, p. 610.

¹⁶ "Divorciarse o anularse", informe en *Granma Internacional* N° 50 del 20.12.1995, p. 16.

¹⁷ Según otro informe, en Chile se declaran nulos aproximadamente 60.000 matrimonios anualmente, *Ecos de España y Latinoamérica* 1997, N° 4, p. 20. Con 14.000.000 de habitantes esto correspondería aproximadamente a la tasa de divorcio en los países anglosajones y estaría aun por sobre el promedio europeo; *cf.*: *Statistisches Jahrbuch für das Ausland* 1997, p. 41.

También en la doctrina chilena se ve en la demanda de nulidad un sucedáneo ante la ausente posibilidad de divorcio¹⁸. Pero la práctica corriente no está exenta de riesgos. No todos los jueces están dispuestos a tomar parte en este juego evidente. Así es frecuente que la demanda de nulidad sea denegada por insuficiente prueba, por estimarse que las declaraciones de los testigos matrimoniales sobre la residencia de los contrayentes no han sido desmentidas¹⁹. En todo caso recientemente la Corte Suprema ha adherido varias veces a la opinión de otorgar preeminencia a las afirmaciones de los testigos del proceso por sobre la prueba documental de la partida de matrimonio²⁰. Es discutible junto a ello la pregunta de si se puede negar a los contrayentes el recurso de la nulidad de matrimonio por haber conocido la causa de la nulidad de acuerdo al artículo 1683 del Código Civil²¹. Aquí prescindiremos de reproducir en detalle la evolución de la jurisprudencia, respecto de la cual los índices de las revistas de derecho especializadas dan extensa información²². Tampoco se pueden abordar más de cerca en este contexto las complicaciones que se generan en el derecho internacional privado, pues ello requeriría de un apartado especial²³.

Sólo el aspecto criminal necesita todavía una especial reflexión, porque de

¹⁸ Tapia Arqueros, *cit.*, p. 613; Fueyo Laneri, *cit.*, p. 10 ss.; Meza Barros, *Manual de derecho de familia*, T. 1 (1975), p. 168; Somarriva Undurraga, *Derecho de familia*, T. 1 (1983), p. 81; Ramos Pazos, *Derecho de familia* (1993), pp. 70 ss., 94, 109; Rossel Saavedra, *Manual de derecho de familia* (7ª edición 1993), pp. 48 s., 62; además véase *supra* nota 12.

¹⁹ Así C.S. 07.08.1986, *Rev. Der. Jur.* 83 (1986), II: 1-109; 03.12.1991, *ibidem* 88 (1991), II: 1-104. En el mismo sentido y con clara crítica a la práctica dominante numerosas sentencias de la C. Ap. Santiago, por ejemplo 22.09.1983, *Gac. Jur.* 40, 27 (28 s.); "se trata de un juicio simulado..., que en definitiva lleva a un fraude a la ley"; 08.05.1997, *ibidem* 203, p. 104: "una ficción jurisdiccional".

²⁰ C.S.18.04.1985, *Gac. Jur.* 58, p. 32; 14.07.1988, *ibidem* 97, p. 19; 31.08.1988, *ibidem* 98, p. 13; 04.12.1989, *ibidem* 114, p. 19; 26.05.1992, *ibidem* 143, p. 44; 21.01.1995, *Rev. Der. Jur.* 92 (1995), II: 1-1; 24.09.1996, *Gac. Jur.* 195, p. 34. Véase también 15.10.1996, *ibidem* 196, p. 34, donde ya para la celebración del matrimonio se recurría por precaución al funcionario incompetente.

²¹ La Corte Suprema ha rechazado el empleo del art. 1683 CC en el derecho matrimonial: C.S. 20.09.1954, *Rev. Der. Jur.* 51 (1954), II: 1-443; 17.07.1978, *ibidem* 75 (1978), II: 1-415; para la opinión contraria vea las decisiones de los tribunales inferiores en Yáñez Aguilera, *Gac. Jur.* 150 (1992), *Anexo* (Boletín 3) 1 ss. Véase también al respecto Tapia Arqueros, *cit.*, p. 609.

²² Vea los índices de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y de la *Gaceta Jurídica* bajo el título "Nulidad de Matrimonio".

²³ Véase: Samtleben, *RabelsZ* 33 (1969), 253, 257. Sobre la práctica alemana relativa al reconocimiento de los "Divorcios a la chilena" véase: OLG Celle 20.08.1963, *StAZ* 1964, 193; BayObLG 19.07.1967, *StAZ* 1967, 292; además en Raape, *Internationales Privatrecht* (5ª edición 1961), p. 262 pie de página 41 al final. En cambio, en los otros estados latinoamericanos la mayoría de las veces se rechaza el reconocimiento de las sentencias de nulidad de matrimonio chilenas; así en Argentina: Cám. Nac. Civ. 08.03.1978, *El Derecho* 79, 299 Nota Goldschmidt (pero véase 17.10.1986, *La Ley* 1987-B,433,437 s.); en Brasil: Sup. Trib. Fed. 20.06.1980, *Rev. Trim.* 94,1022; 07.06.1989, *Rev. Trim.* 129, 986; *Rev. Trib.* 650,208; sobre ello también 20.04.1944, *Arch. Jud.* 71, 400 (409); en Venezuela: C.S. 03.05.1984, *Gac. For.* 124-1, 297; 11.10.1984, *ibidem* 126-1,104; 23.02.1989, *ibidem* 143-1, 173; 06.12.1990, *Jur. C.S.* 17 (1990) Nº 12, p. 233.

acuerdo al derecho chileno una declaración testimonial falsa también está por principio sancionada penalmente. Sin embargo, generalmente sólo se llega a tal castigo cuando el demandante, sin el conocimiento de su cónyuge, busca obtener o ha obtenido la declaración de nulidad a través de testigos falsos²⁴, o cuando los mismos testigos matrimoniales, en el proceso de nulidad posterior, declaran algo distinto a lo que sostuvieron en la celebración del matrimonio y por eso se impone manifiestamente la sospecha de la declaración falsa²⁵. La sentencia penal puede luego conducir a la reapertura del proceso y a la consecuente anulación de la sentencia de declaración de nulidad²⁶. En todo caso, de acuerdo a una sentencia de la Corte Suprema, no es suficiente para ello que de cuatro testigos sólo dos hayan sido penalmente condenados por falso testimonio, pues la sentencia de nulidad también se basa en las declaraciones de los otros dos testigos²⁷.

A esta curiosa práctica se pondrá fin próximamente cuando la nueva ley de divorcio entre en vigor²⁸. ¿O quizás no?: pues el proyecto de ley recientemente aprobado en la Cámara de Diputados constituye el séptimo tentativo de introducir el divorcio en Chile²⁹. Subsiste la duda sobre si el Senado chileno lo aprobará. Hasta la fecha en su composición tenían mayoría los opositores al divorcio, los que han sido apoyados principalmente por la Iglesia Católica. Luego de las recientes elecciones de diciembre de 1997 ha cambiado la composición y la relación de fuerzas en el Senado. Pero aún no se puede determinar qué posición le corresponderá en él a las fuerzas reformistas. Permanece de este modo abierta la interrogante en orden a si ¿existirá en el futuro el divorcio en Chile o subsistirá el "divorcio a la chilena"?

²⁴ Sobre la persecución disciplinaria y penal de tales prácticas véase Tapia Arqueros, *cit.*, p. 611 ss.; Velasco Letelier, *cit.*, p. 172; Somarriva Undurraga, *cit.*, p. 85 ss.

²⁵ Al respecto véase una decisión de un tribunal inferior del 09.06.1993, *Gac. Jur.* 157, 172 (174 al final).

²⁶ Ilustrativo sobre ello C.S. 12.03.1964, *Rev. Der. Jur.* 61 (1964), II:1-170; 28.03.1967, *ibidem* 64 (1967), II: 1-64; 07.07.1986, *Gac. Jur.* 73, 29. Sobre la fingida notificación de la demanda de nulidad de matrimonio véase C. Ap. Santiago 01.04.1996, *ibidem* 190, 46. Ocasionalmente desaparecen también las actas de los procesos; cfr.: C.S. 03.07.1959, *Rev. Der. Jur.* 56 (1959), II:4-141.

²⁷ C.S. 23.03.1966, *Rev. Der. Jur.* 63 (1966), II: 1-55; semejante ya 12.11.1952, *ibidem* 49 (1952), II:1-390.

²⁸ En Francia, donde en el siglo 19, durante la prohibición de divorcio, las demandas de nulidad de matrimonio desempeñaron también un gran papel, disminuyó su número drásticamente con la reintroducción del divorcio: Colin/Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français* T. I (11ª edición, 1947), p. 172 s. En forma similar antes en Brasil la frecuente declaración de nulidad de los matrimonios "forzados" en determinados distritos jurisdiccionales era un reemplazo para el faltante divorcio y hoy difícilmente tiene mayor importancia; al respecto véase la sentencia del Supremo Tribunal Federal del 20.04.1944 (citada en nota 23). Sobre el significado de las demandas de nulidad matrimonial en Irlanda bajo la prohibición de divorcio válida hasta 1997, véase: Marshall, *Georgia J. int. Comp. L.* 26 (1997), 505, 513 s.

²⁹ Sobre iniciativas legislativas anteriores véase: Velasco Letelier, *cit.*, p. 257 ss. Por último, a principios de los años 70, durante el gobierno de Allende, se elaboró un anteproyecto de ley por Fuego Laneri (el texto de este anteproyecto puede consultarse en Fuego Laneri, *cit.*, p. 41 ss.).