



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

“Nueva Ley de Matrimonio Civil, ¿y su armonía internacional?”

Alumna: Tammy Pustilnick Arditi
Profesor Guía: Héctor Mario Ramírez Necochea

Santiago, Chile
2011

A mi mamá, por su cariño incondicional.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EL ESTATUTO PERSONAL Y SUS INSTITUCIONES.....	4
1.1.- Estatuto Personal. Aspectos generales.....	4
1.2.- La Capacidad y el Matrimonio.....	7
CAPÍTULO II	
EL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	8
2.1.- Tipos de Matrimonios.....	8
2.2.- Concepto Jurídico de Matrimonio en el Derecho Chileno....	11
2.3.- Distintos Aspectos que se regulan del Matrimonio en DIPr...	16
CAPÍTULO III	
EL MATRIMONIO Y SUS REQUISITOS DE FONDO.....	17
3.1.- Aspectos Generales.....	17
3.2.- Legislación Aplicable.....	18
3.3.- El Matrimonio Poligámico.....	21
3.3.1.- Aspectos Generales	
3.3.2.- Validez en Chile del Matrimonio Poligámico	
3.4.- Los Vicios del Consentimiento. Los Matrimonios Arreglados	26
3.4.1.- Aspectos Generales	
3.4.2.- Validez en Chile del Matrimonio Concertado	
3.5.- Ausencia de Impedimentos Dirimentes.....	31
3.5.1.- Formas de solucionar el Desequilibrio Legal	
3.6.- La Diversidad de Sexo. El Matrimonio Homosexual.....	37

- 3.6.1.- Aspectos Generales
- 3.6.2.- Validez en Chile del Matrimonio Homosexual
- 3.6.3.- Inconstitucionalidad de la Norma que lo niega

CAPÍTULO IV

EL MATRIMONIO Y SUS REQUISITOS DE FORMA.....	44
4.1.- Matrimonio Religioso en Chile.....	44
4.2.- Matrimonio ante Agentes Consulares o Diplomáticos Extranjeros	49
4.2.1.- Aspectos Generales	
4.2.2.- Validez en Chile del Matrimonio ante Agentes Consulares o Diplomáticos	
4.3.- Matrimonio Consensual.....	52
4.3.1.- Aspectos Generales	
4.3.2.- Validez en Chile del Matrimonio Consensual	

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES.....	59
-------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.....	63
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

Día a día la globalización acrece nuestros conocimientos y amplía nuestros límites culturales, económicos y tecnológicos. Hace algún tiempo, estos últimos se restringían en razón a la comuna o ciudad donde nos encontráramos; luego, se ampliaron al territorio nacional; actualmente, éstos se expanden a nivel internacional, pudiendo señalar incluso que, gracias a la globalización, hoy en día no existe límite geográfico que nos impida evolucionar en nuestros conocimientos.

La globalización, como *tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*,¹ es la base esencial de la intercomunicación e interconexión entre personas de diversas nacionalidades y, con ésta, la consecuencia inmediata de creación de normas que regulen dichas relaciones particulares; estas normas son las que en derecho se denominan normas de Derecho Internacional Privado, es decir, son aquellas leyes² que regulan los actos jurídicos celebrados por particulares en un país, cuyos efectos tendrá lugar en otro(s), o cuyas partes no son nacionales del lugar de celebración.

Dentro de los diversos aspectos que regula el Derecho Internacional Privado (en adelante, indistintamente, "DIPr"), encontramos lo que se denomina el Estatuto Personal, concepto que históricamente se ha entendido que engloba los conceptos de estado y capacidad.

Dentro del Estatuto Personal, una de las materias que mayormente se ha visto afectada por este proceso de expansión cultural es la del matrimonio, institución que por su diversa calificación jurídica ha generado más que un problema en la regulación de DIPr. A ello la urgente necesidad que estas normas se vayan adecuando en un

¹ Diccionario de la Real Academia Española.

² Entendiendo la palabra ley tal como lo define nuestro Código Civil en su artículo 1º: "Declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma que prescribe la Constitución, manda, prohíbe o permite".

marco internacional, donde la convivencia y respeto por los actos jurídicos celebrados en otros países es esencial.

La validez y reconocimiento de un matrimonio celebrado en un país extranjero es un pilar fundamental en la construcción de normas de DIPr y, precisamente, ésta ha sido la tendencia de nuestro legislador, el cual en el Artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil (en adelante, indistintamente “LMC”³) señala en términos generales que un matrimonio celebrado en el extranjero, conforme a la legislación del lugar de celebración producirá los mismos efectos en Chile como si se hubiese celebrado en territorio nacional. Sin embargo, no basta más que una lectura detallada a este artículo (y a la ley en general) para darse cuenta que esta tendencia de “armonía internacional” que pretende dar nuestro legislador se torna en no más que una simple intención de aceptar todo matrimonio celebrado en el extranjero, ya que los límites, requisitos y exigencias que impone hacen que la regla general sea el no reconocimiento y/o validez de éstos, convirtiéndose los requisitos exigidos en verdaderas trabas legales, quitándole validez legal a un acto jurídico tan esencial en nuestras relaciones particulares como es el matrimonio.

El objetivo de este trabajo será señalar cuales son estas graves trabas que impone nuestro legislador en materia de matrimonio, específicamente respecto a sus requisitos de forma y fondo; graves trabas porque se alejan de uno de los principios esenciales del DIPr que es la armonía internacional y el respeto por los actos jurídicos que se celebran en el extranjero. Y junto con señalarlas, indicar cual sería una adecuada solución a éstas, llevando así a que nuestras normas de DIPr concuerden con la tendencia moderna de reciprocidad en la validez de nuestros actos, y fomenten lo que ya se ha vuelto una necesidad mundial: las relaciones privadas internacionales y su validez en todo país.

De igual forma, en este trabajo se analizará el reciente hito histórico en nuestro país en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago declaró admisible el recurso de protección a favor del matrimonio homosexual; éste señala que las normas que

³ Nueva Ley Sobre Matrimonio Civil. Nº 19.947. Promulgada el 7 de Mayo de 2004.

prohíben el matrimonio homosexual serían inconstitucionales, recurso que actualmente se encuentra tramitándose en el Tribunal Constitucional.

La finalidad de esta memoria será dar a entender que “la intención no es lo que vale” y que si bien nuestro legislador intentó adecuarse a la tendencia mundial sobre normas de DIPr, el camino a seguir fue otro, incluso en algunos casos precisamente el opuesto, tal como se expondrá a continuación.

EL ESTATUTO PERSONAL Y SUS INSTITUCIONES

Estatuto Personal. Aspectos Generales

El estatuto personal se ha definido de diversas formas, unas más amplias y/o complejas que otras. Diversos autores han tratado de obtener un concepto de esta institución jurídica; sin embargo, ante la complejidad, he optado por una simple definición que es la del profesor Diego Guzmán Latorre el cual señala que *podemos definir al estatuto personal como el conjunto de materias sometidas a la ley, que sigue a la persona.*⁴

Se señala que el origen de la denominación de “estatuto personal” proviene de Italia junto con el derecho romano aproximadamente durante el siglo XIII, donde en la zona de Lombardia existían una variada gama de ciudades-estados cada una regida por su propia normativa que gozaba de absoluta autonomía. Con posterioridad fue necesario que se reconocieran los actos jurídicos celebrados en una ciudad-estado en otra, buscando la forma de aplicar extraterritorialmente una norma, de manera que la norma de su “propio estado” o “estatuto personal” lo siguiera aun cuando la persona se encontrara en una ciudad-estado distinta a aquella donde se celebró su acto o contrato.

Dentro de este abstracto concepto de estatuto personal encontramos dos aspectos principales que históricamente se regulan dentro de él: el estado y la capacidad de una persona. Digo históricamente porque el concepto de estatuto personal se consagra ya desde la época del Código de Napoleón, el cual en su artículo 3º señalaba que “las leyes que regulan el estado y capacidad de las personas, rigen a los franceses aun cuando residan en países extranjeros.”

⁴ GUZMÁN, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003. p.260.

Es importante señalar que la idea del estatuto personal se opone a la del “estatuto real”, que en términos generales se ha definido como *aquel que tiene por único o principal objeto la condición jurídica de los bienes*.⁵ Sin embargo nuestra Corte Suprema, con el fin de precisar este concepto, ha señalado que se trata de las leyes in-rem, es decir, que son aquellas normas que regulan de manera directa y exclusiva a los bienes, independiente de las personas y los actos que se celebran respecto de ellos.

¿Qué se ha entendido por el estado de una persona?. Se ha señalado que la palabra “estado” en este caso hace referencia a lo que en derecho romano se entiende por “estatus”, es decir, es la relación que tiene una persona con la comunidad en general; se refiere a que sea o no miembro de una clase particular.

Se ha criticado bastante este concepto ya que se ha señalado que es bastante problemático sujetar el estatuto personal, que sigue a la persona donde quiera que vaya, a un concepto tan amplio y abstracto como el recién definido. Es por ello que se ha interpretado este concepto de “estado” como de “estado civil” con el fin de ganar mayor precisión.

Nuestro código civil señala en su artículo 304 que “el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles.” Este concepto también ha sido criticado por ser demasiado amplio, ya que perfectamente podría estarse definiendo a la capacidad o nacionalidad. Por ello que se ha señalado que el estado civil de una persona es la calidad permanente de un individuo particularmente vinculada a sus relaciones de familia, es decir, vinculado directamente con el derecho de familia, cuestión que claramente no es un requisito necesario en el estatuto personal.

Por todo lo anteriormente mencionado, y la complejidad de encontrar un concepto “efectivo” del “estado” dentro de estatuto personal, es que la tendencia

⁵ Íbid p.261

moderna es a eliminar los conceptos de estado y/o estado civil, para tratar directamente las diversas instituciones que lo componen: la capacidad y el matrimonio.

La Capacidad y el Matrimonio

Para lograr entender qué es la capacidad, es necesario a-priori distinguir las dos categorías de ésta, a decir: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es un atributo de la personalidad y por lo tanto, inherente a toda persona.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones por si mismo, sin requerir de autorización alguna. No toda persona tiene capacidad de ejercicio. Esta incapacidad va ligada a ciertos rangos de edad que nos limitan en nuestro actuar u estos rangos etéreos dependen del país del que seamos nacionales. Así por ejemplo, en Chile se obtiene capacidad absoluta de ejercicio a los 18 años de edad, a diferencia de lo que ocurre en Argentina que es a los 21 años de edad.

La capacidad de ejercicio torna absoluta importancia en materia de DIPr, ya que al ser una limitante en el actuar jurídico de las personas y por ende en la validez de los actos que celebremos, es de absoluta relevancia el determinar si una persona es capaz en un determinado país y si dicha capacidad “lo sigue” donde quiera que vaya o dependerá del lugar donde se encuentre. Y esta pregunta torna aun más importancia cuando se trata de determinar la capacidad para celebrar actos tan relevantes en el ámbito social y jurídico como el matrimonio, donde cada vez más personas de distintas nacionalidades, con diversas culturas y leyes que los regulan se conocen y desean unirse (válidamente) para toda la vida.

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tipos de Matrimonios

Con la expansión cultural que se ha vivido en el último tiempo, diferentes tipos de matrimonio han llegado a nuestro conocimiento; tipos de matrimonios que no sabíamos siquiera que existían o algunos de tradiciones tan arcaicas que pensábamos que ya no se practicaban.

Habitualmente escuchamos hablar sobre un sólo modelo o esquema “normal” de matrimonio, el cual en cuanto a su forma como fondo es el monógamo heterosexual civil, aquél celebrado entre un hombre y una mujer ante un funcionario público del país del lugar de celebración. Sin embargo, las clases de matrimonio son diversas y esto se debe a la variedad de culturas que existen en el mundo y a los propios cambios culturales que ha tenido cada sociedad. No olvidemos que en Chile rigió el esquema de matrimonio religioso hasta el año 1884, es decir, sólo tenía validez el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica. Esta calificación jurídica del matrimonio cambió drásticamente a partir del 16 de enero del año en mención al promulgarse la Ley de Matrimonio Civil,⁶ mediante la cual comenzó a regir el matrimonio laico e indisoluble, cuestión sujeta nuevamente a una reforma el año 2004 por la Ley N° 19.947 que acepta el divorcio con disolución de vínculo como una de las formas de poner término al matrimonio.

Lo recién mencionado es un ejemplo claro de cómo, al cambiar nuestra cultura y valores dentro de una sociedad, las instituciones jurídicas también evolucionan, amoldándose a los nuevos límites impuestos por la sociedad y aceptados por el legislador. *El Código Civil fue promulgado y comenzó a regir a comienzos de la segunda mitad del siglo XIX, desde aquél entonces a la fecha ha sufrido una serie de*

⁶ Ley de Matrimonio Civil, promulgada el 16 de enero de 1884; Diario Oficial N° 2.028.

*modificaciones con motivo de los cambios sufridos por nuestra sociedad durante el transcurso del tiempo.*⁷

Además de estas dos grandes clases de matrimonios, el laico y el religioso, este último aún vigente en países musulmanes, Grecia, Israel e incluso en Chile se le otorga indirectamente validez a este matrimonio (cuestión que se verá en el siguiente capítulo), existen otras formas de matrimonios como el consensual o ante agentes diplomáticos.

En razón a los requisitos de fondo, cuestión que también se desarrollará al detalle en el transcurso de este trabajo, encontramos diversos tipos de matrimonio, tales como el matrimonio homosexual, poligámico o aquellos arreglados por los padres o jefes de una comunidad.

La diversidad cultural extiende nuestros horizontes, nos ayuda a comprender y a interiorizarnos con una diversidad y gama de religiones, valores y creencias impresionante; sin embargo, cuando se trata de regular y legalizar las distintas instituciones de nuestro actuar jurídico la dificultad se manifiesta. El hecho que las personas se puedan desplazar de un lugar a otro, cambiar de residencia y domicilio hace necesario que sus estilos de vida sean reconocidos en todos los países. Esto, en materia de matrimonio y sus diversas formas y facetas conlleva una gran tarea para el DIPr. *La institución matrimonial se encuentra sujeta a una nueva tensión cuando las personas se insertan en una sociedad culturalmente diferente y cuando se generan relaciones entre personas procedentes de distintas culturas. En el primer caso se producen problemas de reconocimiento y aceptación del matrimonio de origen de los extranjeros (monógamo, polígamo), así como de la regulación que su ordenamiento haga de la posible crisis matrimonial (nulidad, separación, divorcio). En el segundo, la celebración del matrimonio de personas que pertenecen a culturas diferentes implica la necesidad de establecer un equilibrio entre los ordenamientos jurídicos de origen de*

⁷ BOLETÍN N° 5780-18. Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio.

los contrayentes para evitar situaciones claudicantes y, al mismo tiempo, la necesidad de resolver una posible crisis matrimonial.⁸

⁸ GARCÍA Rodríguez, Isabel. La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la practica española y europea. Publicada en las Actas de Seminario Universidad de Sevilla. España, diciembre 2005. p.2

Concepto Jurídico de Matrimonio en el Derecho Chileno

La palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*. Al dividirla encontramos la expresión “*matris*” (de madre) y “*monium*” (condición legal u oficio), lo que nos lleva a entender el matrimonio como la “condición legal de madre, oficio de madre”, es decir, el matrimonio nace como la institución mediante la cual la mujer se encontraba en la posición legal (y social) para ser madre, cuestión que claramente llama la atención, ya que aun cuando el concepto de matrimonio no proviene del derecho eclesiástico, de igual forma se interioriza y adopta la idea que sólo se puede tener hijos dentro de un matrimonio, de una unión conformada, aceptada y reconocida legalmente por la sociedad. En otras palabras, el concepto tan conocido hoy en día de “madre soltera” fue inculcado desde años remotos, junto con el derecho romano, y que si bien se ha ido evolucionando, aceptando la idea de tener hijos fuera del matrimonio, es algo que socialmente no es bien visto aun; y digo sólo socialmente porque desde el punto de vista jurídico, el repudio que existía hacia estas criaturas nacidas fuera del matrimonio, en nuestro país por lo menos, ya ha cesado.

El concepto de matrimonio puede obtenerse desde distintas perspectivas. Por ejemplo, la RAE lo define como *la unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales*.⁹ Quiero manifestar desde ya que este concepto es absolutamente anticuado para ser una definición que proviene de un órgano laico, ya que solo encuadra el concepto de matrimonio en la unión de un hombre y una mujer siendo que desde hace casi 10 años que las uniones entre el mismo sexo se han validado en distintos países; más aún, no sólo lo limita a la unión heterosexual, sino que también monógama y no olvidemos que culturas ancestrales, como la del pueblo musulmán, entienden y aceptan el concepto de matrimonio donde el hombre puede tener más de una esposa inclusive.

Desde la perspectiva de la Iglesia Católica, el matrimonio es un sacramento, por el cual *el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y*

⁹ Diccionario de la Real Academia Española.

*educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.*¹⁰

Así, de estos breves ejemplos, se concluye que cada sociedad, dependiendo de la cultura que adopte, le otorga un distinto significado a la institución del matrimonio, pero concordando todos estos en que independiente de quien o quienes sea esta unión, respecto de los cónyuges se crean derechos y obligaciones.

En Chile la institución del matrimonio se encuentra jurídicamente definida en el Código Civil (en adelante, indistintamente “CC”) el cual en su artículo 102 señala que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”. De la mencionada definición se pueden sustraer diversos aspectos de la visión que tiene nuestro legislador respecto al matrimonio y que expondré a continuación.

En primer lugar, se señala que el matrimonio es un contrato. ¿Qué significa que sea un contrato?, ¿es acaso el mismo esquema de contrato que una compraventa o arrendamiento?.

Muchas han sido las críticas a este concepto de “contrato” ya que siguiendo la definición del Código Civil Chileno, el “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹¹ y en el caso del matrimonio, ¿los cónyuges simplemente se obligan a dar algo o hacer o no alguna cosa?. Claramente el trasfondo de la institución del matrimonio es mucho más complejo que una simple declaración de voluntad; este acto jurídico comprende valores y esquemas sociales que son difícil de encuadrarlos en un simple modelo de contrato, ya que si nos vamos a la literalidad de la definición se señala que el matrimonio es indisoluble, característica que no cumple el concepto de contrato. Es por ello que se han sugerido otros conceptos de matrimonio, tales como institución

¹⁰ En línea: <http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM#4.1.0.7.0.0.1055> [consulta: 20 enero 2011].

¹¹ Artículo 1437 CC.

jurídica regulada por el Estado pero que para su nacimiento requiere de la manifestación de los contrayentes, o como un acto de funcionario público ya que es éste quien los contrae en matrimonio. No se ha llegado a ninguna solución adecuada y por ello se retorna al concepto de contrato, ya que si bien no cumple con todas las características del mismo, el matrimonio es finalmente el acuerdo de voluntades de dos o más personas que crea obligaciones.

En segundo lugar se señala que el matrimonio es un contrato solemne. ¿Qué significa que sea solemne?. Las solemnidades en derecho son aquellos requisitos que exigen las leyes en razón a los aspectos externos de los actos jurídicos que se relacionan con la existencia y validez de éstos. Si falta algún requisito de existencia el acto no se genera de forma alguna; si falta alguno de validez, el acto será válido pero podrá ser declarado nulo siempre que en cuanto al tiempo no haya prescrito el derecho a pedirlo.

La ley señala que el matrimonio es solemne ya que para que éste exista como tal se requiere que se celebre ante un oficial de registro civil y dos testigos. De manera tal que todo otro ritual que no se celebre ante este funcionario público o dos testigos no será matrimonio y, por lo tanto, no se generarán los derechos y deberes entre ellos.

En tercer lugar nuestro legislador señala que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, de forma que implícitamente excluye el matrimonio homosexual y la poligamia en sus dos aspectos, poliandria (mujer con varios maridos) como poliginia (varón con varias esposas).

En cuarto lugar se señala que el matrimonio es una unión actual, indisoluble y para toda la vida. Que sea actual significa que el matrimonio no puede estar sujeto a ninguna modalidad, tal como “me caso contigo si te haces millonario”, idea que tiene una fundamentación racional basándose en criterios morales y de orden público. El problema surge con las características de “indisoluble” y “para toda la vida”, ya que dichas cualidades encajaban perfecto con la antigua Ley de Matrimonio Civil donde no se acogía la idea del divorcio con disolución de vínculo, de manera tal que una vez

que se contraía matrimonio no había forma de destruir esta unión; el antiguo artículo 19 de esta ley señalaba que “El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges”; cuestión que de igual manera de criticaba ya que no existía fundamentación adecuada para no permitir el divorcio siendo que nuestro país ya no se regía por la Iglesia Católica ni por sus dogmas ni sacramentos, por lo que un matrimonio con características tales como que *el amor de los esposos exige, por su misma naturaleza, la unidad y la indisolubilidad de la comunidad de personas que abarca la vida entera de los esposos*¹² no debía regir en nuestra sociedad.

Es por eso que, con la Nueva Ley de Matrimonio Civil se reforma y avanza en este tema, alcanzando matices internacionales sobre el matrimonio y su disolución, rigiendo desde el año 2004 en Chile el divorcio como una de las causales de término del matrimonio.¹³ Debido a esto es que surge la pregunta sobre ¿por qué no se eliminaron las características de “indisoluble” y “por toda la vida”? La justificación que dio el Senado cuando esta ley se encontraba en trámite fue que *la Cámara de Diputados no modificó el artículo 102 del Código Civil en lo referido a la indisolubilidad del matrimonio, porque entendió que el divorcio sería una situación excepcional*.¹⁴ En mi opinión, y con todo respeto, es bastante absurdo que nuestros legisladores realicen un avance cultural tan importante como el de permitir la disolubilidad del matrimonio para, a la vez, caer en una contradicción tan grande por temor a que la sociedad haga de una institución como el divorcio algo “normal”. ¿No se supone que los cambios legislativos son precisamente para que las personas se acojan y hagan uso de ellos?, aún más ¿no se supone que cuando existe una reforma legislativa se debe principalmente a que el legislador observa un problema, lo analiza y busca la forma de solucionarlo?. En palabras simples, nuestro legislador lo que hace es señalar: “sí, es necesario una reforma legislativa que incorpore el divorcio con disolución de vínculo debido a los nuevos estándares sociales y culturales en que se encuentra la sociedad chilena, pero aun cuando estemos evolucionando en nuestras instituciones jurídicas seguirán prevaleciendo los valores del matrimonio indisoluble y para toda la vida”. ¿Ilógico?, cuestionable, principalmente porque las leyes están, más que para

¹² En línea: <http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c3a7_sp.html> [consulta: 20 enero 2011].

¹³ Artículo 42 LMC

¹⁴ BOLETÍN del Senado. N° 1759- I8, p. 37

entenderlas (como señaló el Senado) para cumplirlas y, por lo tanto, con esta intención del legislador de no eliminar las palabras de “indisoluble” y “por toda la vida” de la definición del matrimonio lo único que logra es generar un conflicto de normas donde la solución más armónica es la de entender como tácitamente derogadas dichas palabras con la nueva LMC. Así por lo menos lo entendió la Corte de Apelaciones de Rancagua la cual en los autos caratulados “Alvarado Ruiz, Alejandro del C. c/ Salazar Palma, Marta” señaló en su considerando tercero *que en cuanto a la indisolubilidad del matrimonio contenida en el artículo 102 del Código Civil, ello no es efectivo, desde que se publicó en el diario oficial y entró en vigencia la ley 19.947, que establece la nueva ley de matrimonio civil. En ella se contempló claramente, en sus artículos 1 y 42, la disolubilidad del vínculo. En efecto, el inciso segundo del artículo 1, expresa que dicho cuerpo legal trata, entre otras materias, la disolución del vínculo matrimonial; a su turno, el artículo 42 dentro de las causales de término del matrimonio contempla, las sentencias firmes de nulidad y de divorcio. (...) Ahora bien, si no hubo una derogación expresa del artículo 102 o una modificación del mismo, lo cierto es que se ha derogado tácitamente la indisolubilidad, desde que el nuevo cuerpo legal (ley 19.947) contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y ello, quiérase o no, al tenor del artículo 52 del Código Civil, constituye derogación tácita. Además, el artículo segundo transitorio de la ley 19.947 hace expresamente aplicable dicho cuerpo legal, a los matrimonios celebrados con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que el legislador le ha dado expresamente efecto retroactivo a la posibilidad de decretar el divorcio, respecto de aquellos matrimonios celebrados cuando no existía el divorcio con disolución de vínculo.*¹⁵

Finalmente el artículo 102 CC señala cuales son los fines esenciales del matrimonio al indicar que con éste los cónyuges se comprometen a vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Como conclusión final de esta explicación se obtiene que la calificación jurídica del matrimonio para el derecho chileno descansa sobre las bases de una familia nuclear, heterosexual junto a requisitos de solemnidad.

¹⁵ ROL 442-06.

Distintos Aspectos que se regulan del Matrimonio en DIPr

Como anteriormente mencioné, existen variados tipos de matrimonio a nivel mundial, y esta diferencia radica principalmente debido a la diversa gama cultural que existe entre una sociedad y otra. Así, encontramos matrimonios monógamos o poligámicos; matrimonios homosexuales o heterosexuales. Cada uno de estos tipos de uniones corresponde a un aspecto del matrimonio que regula los (i) requisitos de fondo de esta unión. A su vez, también encontramos matrimonios celebrados ante entidades religiosas, funcionarios públicos o agentes consulares. Estos tipos de matrimonio se regulan bajo el aspecto de los (ii) requisitos de forma.

Desde una distinta perspectiva, existen otros aspectos que el DIPr regula en razón del matrimonio, que si bien no serán tratados en este trabajo, su mención es necesaria para abarcar todas las perspectivas de éste. Así, además de los aspectos de forma y fondo del matrimonio, encontramos:

- (iii) Efectos del matrimonio en cuanto a las personas,
- (iv) Efectos del matrimonio en cuanto a los bienes,
- (v) Divorcio y
- (vi) Nulidad del matrimonio.

EL MATRIMONIO Y SUS REQUISITOS DE FONDO

Aspectos Generales

*Los requisitos de fondo representan las circunstancias que se deben cumplir para contraer matrimonio, para que éste sea válido.*¹⁶

Desde esta perspectiva, los requisitos de fondo dicen relación con las partes contrayentes; son las exigencias que la ley les impone desde una visión “personal”, íntima, que se relaciona principalmente con su sexo y capacidad. En palabras más simples, en razón de estos requisitos las partes se encontrarán impedidas de contraer matrimonio no por un aspecto banal como, por ejemplo, que no cuenten con un testigo u oficial público, sino que en virtud de estos requisitos de fondo, las partes se encontrarán limitadas de celebrar el matrimonio porque la ley les exige que tengan una determinada edad o determinado sexo. Aquí el legislador impone requisitos mucho más profundos y limitantes, que de no cumplirse, simplemente las partes no podrán contraer matrimonio.

En derecho comparado, los requisitos de fondo dicen relación con tres aspectos fundamentales, aspectos que son minuciosamente investigados y regulados. Pueden resumirse en (a) la diversidad de sexo de los contrayentes, (b) consentimiento exento de vicios y (c) ausencia de impedimentos dirimentes.

¹⁶ CORHAN Adriana. *Dreptul familiei. Curs. Teorie și practică*, ed. revisada y completada. Timisoara, Augusta, 2000, p.56. En línea: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_51a78_los_requisitos.pdf> [consulta: 5 febrero 2011].

Legislación Aplicable

La ley aplicable a los aspectos de fondo del matrimonio depende de cada país. Así, algunos regulan estos requisitos por la ley personal de los esposos, basándose en su nacionalidad, como Francia o Portugal; otros se basan en el domicilio, como Inglaterra o Canadá. Esto significa que en el hipotético caso que en un país X se conozca un nacional del país Y con un nacional de país Z y deseen contraer matrimonio, cada uno de ellos se registrará por su ley nacional y, por lo tanto, la validez del matrimonio deberá enmarcarse bajo los requisitos de tres legislaciones: del país del lugar de celebración (si así lo exige el país X para las personas que contraigan matrimonio en su territorio), la legislación del país Y y la legislación del país Z para cada uno de los contrayentes.

El hecho que los países impongan para la validez del matrimonio que sus ciudadanos se rijan por la ley nacional es, a mi parecer, una limitación e incongruencia con los objetivos que el DIPr intenta alcanzar, a decir, la globalización y armonía internacional entre las distintas legislaciones.

Precisamente, la idea de buscar una armonía entre las leyes de los distintos países se basa en el objetivo de alcanzar que un acto jurídico celebrado en un país y válido en éste, sea igual de válido en cualquier otro país que se desee expandir sus efectos. Aplicando la ley nacional, lo único que se logra es imponer a las personas y sentenciarlas a exigencias que deberán cumplir por el resto de sus vidas aun cuando lleven años viviendo en otro país y bajo otras reglas culturales.

En todos estos casos, sin embargo, la aplicación de la ley personal puede ser limitada cuando viola el orden público internacional del derecho local. Tal cosa ocurre si, por ejemplo, la ley personal prohíbe el matrimonio por diferencias de raza o de religión. Lo mismo sucede cuando un divorcio vincular, reconocido por el derecho local, no lo es por la ley personal de alguno de los cónyuges, que sigue considerando al vínculo respectivo como no disuelto; en ese caso, el derecho local puede

*desconocer este impedimento para el matrimonio, por razones de orden público internacional.*¹⁷

Otros países regulan estos requisitos según el principio *lex locus regit in actum*, es decir, someten estos requisitos de fondo a la ley del lugar de celebración. De esta forma, aquí no torna relevancia la nacionalidad de cada uno de los contrayentes, sino que simplemente tendrán que cumplir con los requisitos que les exige el país donde van a contraer matrimonio para que dicho acto sea válido.

Este principio se aplica en la mayoría de los países de América Latina, así como también en Estados Unidos y China por ejemplo.

Desde una perspectiva internacional, el criterio sobre la legislación que debe entrar a regir los requisitos de fondo del matrimonio es variado. Así por ejemplo el Código de Bustamante señala que los aspectos de capacidad, consentimiento, impedimentos y consejos paternos se regirá por la ley personal de los contrayentes.¹⁸ Por el contrario, los Tratados de Montevideo de 1940 establecen que dichos requisitos se regirán por la ley del lugar de celebración; sin embargo, señala expresamente que cualquiera de los Estados de los cuales son nacionales los contrayentes, podrán negarse a reconocer el matrimonio celebrado en otro país cuando no cumplan con los requisitos propios que éstos exigen para sus nacionales.

Es importante destacar que estos tratados utilizan la palabra “reconocer” al momento de limitar los requisitos que deben cumplir sus nacionales para contraer matrimonio, y no dice “negar validez”, ya que como se verá más adelante, existen países donde no sólo imponen como limitación que sus nacionales se rijan por su ley personal en estos aspectos del matrimonio, sino que además imponen que en el caso de no cumplirlos, dicho matrimonio no tendrá valor en ese país. Y sin ir más lejos, un ejemplo de dichos Estados es Chile.

¹⁷ RAMIREZ, Mario. Curso básico de derecho internacional privado. Legal Publishing (lexisnexis). 2010. Santiago, Chile. pp. 101 y 102.

¹⁸ Artículo 36 Código Bustamante.

A continuación, desarrollaré cada uno de los requisitos de fondo que el DIPr regula en razón del matrimonio desde una perspectiva de los distintos tipos de esta unión.

El Matrimonio Poligámico

Aspectos Generales

La poligamia es el estado o situación del polígamo. Un polígamo es aquel que está casado o que mantiene relaciones simultáneas con varias personas del otro sexo.¹⁹

La poligamia se puede analizar desde dos perspectivas: la poliandria y la poliginia. La primera proviene del griego *polýs* (muchos) y *andrós* (hombres) que hace alusión a la situación de matrimonio de una mujer con varios hombres. La segunda, proveniente también del griego, *polýs*, y *gyné*, (mujer), y se refiere a la situación adversa, de la unión conyugal de un hombre con varias mujeres.

La poligamia matrimonial se conecta principalmente con aspectos religiosos. Así por ejemplo, en el estado de Utah, Estados Unidos, cuyas instituciones se basan en la ley mormona la poliginia es de las principales características de este estado, siendo aproximadamente *unas 40.000 personas en el estado de Utah que viven en familias poligámicas ilegales en donde el hombre tiene más de una esposa.*²⁰

En la actualidad, los países que aceptan estos tipos de matrimonios son aquellos cuyas leyes y políticas se ven inmersos en la religión, rigiendo todas sus instituciones jurídicas según su ley religiosa. Uno de estos casos es Arabia Saudita, cuya política se basa en la ley islámica, otorgando validez a la poliginia. Si bien la tendencia de matrimonios poligámicos es relacionada normalmente con tradiciones arcaicas, actualmente existen países cuyas leyes le otorgan validez a estos tipos de matrimonios.

¹⁹ En línea: <<http://definicion.de/poligamia/>> [consulta: 19 de marzo de 2011].

²⁰ Traducción libre. "Some 40,000 people in the US state of Utah live in illegal polygamous families in which a man takes more than one wife." En línea: <<http://www.polygamy.com/index.php/news/legalization/question-legalise-polygamy-in-utah/>> [consulta: 19 de marzo de 2011].

Validez en Chile del matrimonio poligámico

El artículo 102 CC al definir el acto jurídico del matrimonio señala que es un contrato solemne entre un hombre y una mujer.

De esta primera frase se desprende que nuestro legislador, expresamente, sólo concibe el acto jurídico del matrimonio en la unión de dos personas, un hombre y una mujer, de manera que el matrimonio poligámico, tanto en su fase de poliandria como poliginia, se encuentra absolutamente descartado en nuestra legislación.

Las razones por las cuales nuestro legislador impone que la institución del matrimonio solo sea concebida desde una perspectiva monógama no tiene mayor importancia para el análisis de este trabajo; las razones pueden encontrarse en el espíritu de la Ley de Matrimonio Civil como en aspectos culturales, debido a que Chile, al ser un país laico no se acoge a ninguna tradición religiosa que adopte este concepto de matrimonio. Como recién mencioné, en este desarrollo, la justificación no tiene mayor relevancia.

Lo que sí es de absoluta importancia, tanto para el desarrollo de este trabajo como para el DIPr, es analizar si un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero (y válido según la ley del lugar de celebración o personal de los cónyuges) tendrá validez en Chile.

La Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, señala en su artículo 80 inciso primero que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración”. Esto significa que un matrimonio celebrado en el extranjero, conforme a la ley del lugar de celebración tendrá los mismos efectos como si se hubiese celebrado en Chile y, por lo tanto, la armonía internacional rige en su máximo esplendor.

Sin embargo, lo anteriormente mencionado es anticiparse demasiado a conclusiones, ya que posteriormente que este artículo 80 establece lo que podría

entenderse como aplicación absoluta del principio *lex locus regit in actum*, este numeral señala como requisito para la validez de los matrimonios extranjeros “que se trate de la unión entre un hombre y una mujer” (subrayado agregado por el autor). De esta forma, lo que podría haberse connotado como una legislación desarrollada y globalizada, se restringió al extremo de no reconocer ciertas clases de matrimonios celebrados válidamente en el extranjero.

¿Qué pasa si una familia musulmana, compuesta por un hombre y varias esposas se viene a vivir a Chile?. Aplicando el artículo 80 de la recién mencionada ley esta familia se sentirá discriminada por su condición religiosa, debiendo “adecuar” su cultura y creencias a los límites normativos de nuestro país, trayendo ello consecuencias tan gravosas como por ejemplo, que la segunda mujer no tendrá derecho alguno en la sucesión de su marido, ya que al haberse casado con él cuando ya contaba con un vínculo matrimonial no disuelto, las leyes chilenas no le reconocen valor alguno a esta unión.

¿No nos encontramos acaso precisamente ante una situación de discriminación por índole religiosa?. El artículo 19 n° 6 de la Constitución Política de la República de Chile garantiza “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.”

¿El artículo 80 de la LMC no es acaso una restricción a este derecho al impedir que familias, por ejemplo musulmanas, puedan desarrollar y radicarse en Chile conforme a los principios y valores de su religión?. La verdad que la respuesta a esta pregunta puede llevarnos a muchas otras interrogantes y cuestionamientos; lo importante de resaltar de todo esto es que verdaderamente el inciso primero del artículo 80 de la LMC se encuentra en el borde de la inconstitucionalidad (en el caso que actualmente ya no lo fuera), y que más allá de un tema legal, este artículo retrasa todo camino que el DIPr intenta encauzar, que es precisamente que las personas tengan la seguridad que actos jurídicos legalmente celebrados en un país, les serán reconocidos en otro, y no como sucede en el caso de Chile donde no sólo no son

reconocidos, sino que no producen efecto alguno, provocando consecuencias tan alarmantes como el desconocimiento de sus derechos, como sería a modo de ejemplo, al momento de la sucesión.

Como consecuencia de la armonía que el Derecho Internacional Privado procura establecer entre las distintas legislaciones se produce otro importantísimo efecto, cual es la seguridad de los derechos en el orden internacional. Si no existiera este Derecho, el hombre, considerando como ciudadano del mundo, no tendría ninguna garantía en sus derechos fundamentales, ni en sus bienes, ni en los actos jurídicos que ejecutara, dado que no sabría, al trasladarse a otro país, a qué legislación le correspondería someterse, no sabría si su estado civil, su capacidad y, en general, sus derechos fundamentales quedarían o no modificados por el solo hecho de trasladarse a otro país.²¹

La solución a este problema podría encontrarse por ejemplo en los artículos 59 y 60 del Código Civil Español. El primero establece que “el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste”; posteriormente el artículo 60 señala que “el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente”.

En el derecho español lo que ocurre, por lo tanto, es que *el legislador español confiere cierta validez a las normas del derecho islámico relativas a la celebración del matrimonio, que se aplicaran simultáneamente o en conjunción con las normas civiles. En la práctica, esto supone que se aplicará el Derecho musulmán para regular la forma coránica de celebración del matrimonio, y que en todo lo no regulado por dicho ordenamiento se aplicará la legislación civil española.²²*

²¹ GUZMAN, Diego. Op. cit. p. 24

²² GIMENEZ Costa, Ana. El Matrimonio Musulmán: Problemas de Adaptación al Derecho Español. p.2. En línea: <http://www.islamicity.com/mosque/w_islam/poly.htm>. [consulta: 21 de marzo de 2011].

Muchos podrían pensar que estas normas no se diferencian en lo absoluto de nuestro actual artículo 20 de la LMC, el cual también consagra la validez de los matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público. Sin embargo, este artículo lo que hace (lo cual se verá con más detalle en los capítulos próximos), es “simular” la validez de los matrimonios religiosos celebrados en Chile, ya que el mismo numeral impone la obligación a los cónyuges de concurrir ante cualquier oficial del registro civil a “validar” dicho matrimonio, concluyendo entonces que si no se realiza ello en el plazo exigido, el matrimonio no tendrá efecto civil alguno. De igual forma, este artículo establece que los matrimonios religiosos, y aquí cito el inciso primero del artículo, “producirán los mismo efectos que el matrimonio civil, siempre que se cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial es este Capítulo, desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil”. Por lo tanto, si una pareja de musulmanes quiere casarse según sus leyes religiosas se encontrará limitado no sólo en el hecho de tener que “ratificar” la celebración del mismo ante un organismo civil, sino que además deberá cumplir con todos los demás requisitos que impone la ley para la celebración del matrimonio, y uno de ellos es precisamente la monogamia. Por lo tanto, ¿existe realmente en nuestra legislación el reconocimiento del matrimonio religioso?. Tengo serias dudas al respecto.

La causa de promulgar por parte del legislador español los artículos anteriormente mencionados, se debe a que *la sociedad española es, desde el punto de vista de los modelos de familia, una sociedad profundamente multicultural.*²³

Chile con este tipo de normas tan restrictivas no alcanzará nunca dicha diversidad; se encuentra retrasado en maneras impensables respecto a sus normas de DIPr, generando como principal efecto un paralizado ordenamiento jurídico.

²³ Íbid p.1.

Los Vicios del Consentimiento. Los Matrimonios Arreglados

Aspectos Generales

En primer lugar, es importante señalar que la denominación de “vicio del consentimiento” ha tenido reparos en la doctrina moderna, ya que el concepto de consentimiento se ha definido como el acuerdo de voluntades necesario para dar nacimiento a un acto jurídico bilateral.²⁴ De manera que al hablar de vicios del “consentimiento” se estaría restringiendo sólo a la hipótesis de los actos jurídicos bilaterales, es decir, aquellos que requieren la manifestación de voluntad de dos o más personas. Esta hipótesis no es correcta, ya que estos vicios también pueden encontrarse en los actos jurídicos unilaterales, como al momento de aceptar una herencia o escribir un testamento. Debido a esto, la tendencia actual de la doctrina moderna ha sido que, en vez de hablar de vicios del consentimiento, referirse a ellos como vicios de la voluntad.

Jorge Giorgi dice que *todo lo que extingue u ofusca la inteligencia, como también lo que restringe o merma la libertad, constituye para nosotros, según su gravedad, defecto o vicio en el acto interno del querer.*²⁵

Nuestro Código Civil, no define el concepto de vicios del consentimiento (o de la voluntad), sino que se limita en su artículo 1451 a señalar que “los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”.

En materia de matrimonio, los vicios del consentimiento (aquí bien utilizada la palabra “consentimiento” ya que el matrimonio por esencia requiere para su nacimiento la manifestación de dos voluntades), se restringen solamente al error y la fuerza.

²⁴ VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Santiago, Chile. p 62.

²⁵ GIORGI, Jorge. Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Editorial Reus. 1930, Madrid, España. p. 59.

Se preguntará, tal vez, ¿por qué el dolo no tiene aplicación como vicio en materia de matrimonio?. Bueno, la explicación remonta al derecho romano donde se señala que es intrínseco de los seres humanos el buscar reflejar la mejor imagen posible de uno en la época del noviazgo, siendo amable, cariñoso, caballero, etc; y, que también era consecuencia lógica del matrimonio, que una vez celebrada esta unión, las personas comenzaran a enseñar una faceta “más relajada” de cada uno. Por ende, si se aceptara el dolo como vicio del consentimiento en el matrimonio, toda mujer podría alegar que su marido “la ha engañado” porque cuando eran novios siempre fue atento y generoso y desde que se casaron ya no lo es. O cualquier hombre podría alegar dolo por parte de su señora señalando que antes del matrimonio ella demostró ser una mujer liberal y permisiva y desde que están casados no lo deja nunca salir con sus amigos. ¿Risibles situaciones?, pero ciertas. De manera que, eliminando el dolo como vicio del consentimiento se evita que la institución del matrimonio se desvanezca por cualquiera situación cotidiana que caracteriza a todo ser humano.

Así entonces, encontramos que para que el matrimonio no padezca de vicio alguno, no debe haber concurrido ni error ni fuerza en la voluntad de los cónyuges. Esto se torna bastante interesante si abordamos el tema de los matrimonios arreglados.

Varias culturas adoptan la idea del matrimonio concertado. Este tipo de matrimonio, donde normalmente los padres buscan y deciden con quien se casarán sus hijos, tiene lugar en países como la India y Paquistán. En el primer país por ejemplo, cuando los padres deciden que llega el momento de que su hija se case, ellos anuncian el *curriculum* de la hija en la sección matrimonial del periódico; describen sus atributos físicos e intelectuales y, posteriormente, esperan a que llegue el “mejor postor”.

Normalmente, el trasfondo de los matrimonios concertados va de la mano con la intención de mejorar el status social de la familia. Los padres eligen el cónyuge de

sus hijos buscando aquel que pertenezca a una buena familia, que otorgue una buena dote y que mejore su nivel socioeconómico.

Los matrimonios arreglados corresponden a más del 90% de los matrimonios en India.²⁶ Los hijos son educados bajo estos parámetros y muchos de ellos lo aceptan como parte de sus tradiciones y cultura; sin embargo, con los avances tecnológicos, globalización y expansión cultural, día a día nos invaden miles de historias, noticias y eventos sobre sucesos en otras partes del mundo y, con ello, nuestras metas, ideales y expectativas ya no se limitan a lo que nos enseña nuestra familia o sociedad. Muchos jóvenes encuentran distintas alternativas sobre como guiar sus vidas y muchos aprenden que hay otra opción, que no en todos los países es “normal” que los padres arreglen los matrimonios de sus hijos y, producto de esto, desean una alternativa, la cual al no tenerla, se ven forzados a casarse debiendo cumplir con las tradiciones de su cultura.

La pregunta que surge ahora es, ¿estos matrimonios “forzados” tienen validez en Chile?.

Validez en Chile del Matrimonio Concertado

El artículo 44 de la LMC establece las causales de nulidad del matrimonio, señalando que “el matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales que deben de haber existido al tiempo de su celebración: b) cuando el consentimiento no hubiera sido libre y espontáneo en los términos expresados en el artículo 8º”.

A su vez, el artículo 8 numeral 3º de la LMC establece que “Falta el consentimiento libre y espontáneo en los siguientes casos: 3º 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”.

²⁶ En línea: < <http://blog.lasociedadgeografica.com/tag/matrimonio/> > [consulta: 5 de abril de 2011].

En virtud de los dos artículos recién mencionados se desprende que si una persona se ha visto “forzada” para contraer matrimonio, podrá alegar la nulidad del mismo, acción que prescribe en tres años contados desde que desaparece el hecho que originó la fuerza, conforme a los términos del artículo 48 de la LMC.

Se ha señalado que las razones por las cuales se agregó también como causal de nulidad del matrimonio que la fuerza fuese causada por una circunstancia externa se debía a que muchas veces las mujeres se veían presionadas a contraer matrimonio por el hecho de quedar embarazadas y la sociedad las “forzaba” a casarse por el gran peso social que significaba ser madre soltera.

Bueno, razonamiento parecido puede hacerse respecto de los matrimonios arreglados, ya que, como anteriormente mencioné, son los padres quienes deciden con quien contraerán matrimonio sus hijos, y éstos, normalmente menores de edad, sólo se encuentran en la posición de acatar las decisiones de sus ascendientes, ya sea por el deber de cumplir con sus tradiciones (fuerza producida por una circunstancia externa) o bien porque son sus padres quienes los obligan, ya que a esas edades son pocos los niños que se atreven a desobedecer a sus padres, sobre todo en culturas tan disciplinadas como las de oriente.

Por lo tanto, si en Chile se celebra un matrimonio conforme a las tradiciones de la India, y se arregla que un hijo se casará con una determinada persona, cualquiera de los dos cónyuges que se haya sentido “forzado” a contraer dicho matrimonio podrá solicitar la nulidad del mismo mientras no hayan transcurrido más de tres años desde que el hecho que origina la fuerza haya desaparecido.

Respecto a los matrimonios forzados celebrados en el extranjero, circunstancia que es mucho más común que en nuestro país, el artículo 80 de la LMC establece en su inciso 3º que “tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes”.

Así, nuevamente este artículo 80 cae en una intolerancia y poca clarividencia de lo que ocurre en el resto del mundo. Una cosa es permitir que si una persona se vio forzada a contraer matrimonio en Chile, ésta tenga la posibilidad de pedir la nulidad del mismo; pero otra cosa muy distinta es que nuestro legislador imponga que dichos matrimonios celebrados en el extranjero no serán válidos en Chile. Me pregunto, ¿qué ocurre con aquellos indios que se radican en Chile, felizmente casados tal vez, pero que señalan que fueron obligados a casarse por sus tradiciones pero que actualmente han aprendido a vivir juntos?, ¿podrá acaso el marido o mujer pedir la nulidad de dicho matrimonio una vez que lleguen a Chile?.

La verdad es que nuestra legislación deja abierta variadas interrogantes que son difíciles de solucionar; interrogantes que provienen de disposiciones tan egoístas como la de no aceptar un matrimonio celebrado en el extranjero conforme a las tradiciones y ritos del lugar de celebración. Acaso ¿es nuestro legislador dueño de la verdad absoluta y por ello declara la nulidad de todo otro modelo de matrimonio que no cumpla con los requisitos legales chilenos?.

Ausencia de Impedimentos Dirimentes

En materia de matrimonio, las prohibiciones que se establecen para los contrayentes se denominan impedimentos.

Los impedimentos se clasifican a su vez en dos clases: (i) los dirimentes, *que son los que obstan a la celebración del matrimonio, de tal suerte que si no se respetan, la sanción es la nulidad del vínculo matrimonial; e (ii) impedientes, que nuestro Código Civil llama prohibiciones, cuyo incumplimiento no produce nulidad sino otro tipo de sanciones.*²⁷

Los artículos 5, 6 y 7 de la LMC establecen cuales son estos impedimentos, en virtud de los cuales, si los cónyuges los tuvieran, dicho matrimonio sería nulo o sería sometido a otras sanciones legales.

Para efectos de este trabajo, el impedimento que torna importancia es el establecido en el artículo 5 de la mencionada ley, el cual dispone que “no podrán contraer matrimonio: 2º los menores de dieciséis años.” Este impedimento corresponde a los de categoría dirimente, es decir, su incumplimiento produce la nulidad del matrimonio.

Por lo tanto, todo matrimonio celebrado en Chile, donde uno o ambos cónyuges sea menor de 16 años, será nulo conforme a ley.

La pregunta que surge ahora es, ¿qué ocurre cuando este matrimonio fue celebrado en el extranjero?.

El artículo 80 de la LMC en su inciso 2º señala que “podrá ser declarado nulo de conformidad a la ley chilena, el matrimonio celebrado en país extranjero que se haya contraído en contravención a lo dispuesto en los artículos 5º, 6º y 7º de esta ley”.

²⁷ GONZALÉZ, Joel. Apunte de Derecho de Familia. p. 18. Elaborado sobre la base del libro “Derecho de Familia” de René Ramos Pazos. Editorial Jurídica de Chile.

De la simple lectura de este artículo se desprende que si un matrimonio celebrado en el extranjero donde alguno o ambos cónyuges es menor de 16 años, podrá pedirse la nulidad de éste en Chile. Pero, este extraño artículo genera bastantes interrogantes.

La primera, ¿este artículo exige aquel límite de edad sólo a los chilenos o a toda persona que celebre su matrimonio en el extranjero?.

El artículo 15 de la antigua Ley de Matrimonio Civil señalaba en su inciso 2º que “(sin embargo,) si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en los artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile”. En virtud de este antiguo artículo, el juez contaba con mayor libertad al momento de determinar respecto de quienes se aplicaba la exigencia de edad (establecida en el antiguo artículo 4º número 2 impedía la unión de matrimonio si ambos o uno de los cónyuges era impúber²⁸), ya que al señalar las palabras “chileno o chilena” el juez podía determinar que dicha exigencia sólo aplicaba para el caso de que el chileno que contrae matrimonio en el extranjero fuese impúber, no imponiendo dicha exigencia al otro cónyuge de diferente nacionalidad.

Actualmente el artículo 80 de la LMC no hace distinción alguna, poniendo en un mayor aprieto a juez.

Respecto a los chilenos que contraigan matrimonio en el extranjero no existe mayor complicación para resolver este desafío legal, ya que para estos casos se hace referencia al artículo 15 número 1 CC que establece que “las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles siguen al chileno en el extranjero respecto al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile”. De esta forma, la capacidad para contraer matrimonio sigue al chileno

²⁸ Nuestro Código Civil establece que es impúber el hombre mayor de 7 años y menor de 14 y la mujer mayor de 7 y menor de 12 años.

incluso en el extranjero cuando después dicho matrimonio quiera producir efectos en Chile. Pero, ¿qué ocurre con los extranjeros?. La ley no hace distinción, por lo que cabría concluir que incluso cuando un chileno contraiga matrimonio en el extranjero con un nacional del país de lugar de celebración, cumpliendo con todos los requisitos de forma y fondo que exige dicho país, dicho matrimonio puede ser declarado nulo en Chile por no cumplir con los requisitos que impone la ley chilena. ¿Absurdo?, la verdad es que sí.

Pongamos un ejemplo para graficar esta situación: En Colombia, la ley permite la celebración del matrimonio desde los 15 años con autorización de sus padres. Si un chileno de 18 años se va a vivir a Colombia, conoce a una mujer de 15 años y se casa con ella con autorización de sus padres, ese matrimonio será nulo en Chile por que el artículo 80 de la LMC no sólo impone el impedimento dirimente al chileno, sino que a también a su cónyuge al no hacer distinción. Aún más, y yéndome más al extremo aún, si el esposo fuese también de nacionalidad colombiana, y contrae matrimonio con esta mujer de 15 años dicho matrimonio también será nulo en Chile porque nuestra LMC señala claramente que podrá ser declarado nulo “el matrimonio celebrado en país extranjero”, sin distinguir país de lugar de celebración ni nacionalidad de los cónyuges.

¿No es esto acaso una total antítesis de lo que el DIPr desea lograr?. El DIPr es un compendio de normas legales cuya misión principal es lograr una armonía entre la legislación de las naciones; ¿y qué es lo que ocurre?, nuestro legislador hace exactamente lo contrario, desconociendo no sólo un acto jurídico celebrado en el extranjero (tan esencial como el matrimonio en la vida de las personas) cuando una de las partes contratantes es chilena, sino que incluso cuando dicho acto ha sido celebrado por extranjeros ajustándose a todas las exigencias que les impone su ley personal y del lugar de celebración. Como señala el Profesor Mario Ramírez, nuestro legislador impone nuestras exigencias legales más allá de límites territoriales como si éstas fuesen verdades absolutas; *nuestros conceptos jurídicos, elevados a la*

*categoría de verdades universales, nos impiden reconocer que la convivencia internacional nos introduce en un escenario donde impera la diversidad.*²⁹

Formas de solucionar el desequilibrio legal

Como anteriormente señalé, nuestro artículo 80 de la LMC señala que “podrá ser declarado nulo” aquel matrimonio que incumpla con alguno de los impedimentos dirimentes o prohibiciones que la misma exige., es decir, la nulidad no opera de pleno derecho, sino que como cualquier otra causa de nulidad en nuestro derecho, ésta debe ser alegada en vía judicial.

Haciendo uso del ejemplo anteriormente mencionado sobre el matrimonio entre un chileno y una colombiana, esta norma facilita el engaño entre los cónyuges, ya que permite casos tan extremos como que este chileno contraiga matrimonio con la colombiana, consume su matrimonio, y luego en Chile, pida la nulidad del mismo por ser ella menor de 16 años.

Por otra parte, si dicho matrimonio se radica en Chile y antes de que la colombiana cumpla los 16 años el marido fallece, los ascendientes de éste podrán pedir la nulidad de dicho matrimonio y dejar a la mujer sin derecho sucesorio alguno.³⁰

La verdad es que el hecho que nuestro legislador hable de “nulidad” me confunde en totalidad, ya que la nulidad, como institución jurídica, es aquella sanción legal que se genera respecto de “todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” (artículo 1681 CC).

La nulidad, para su existencia, requiere de una causa, de un motivo para su generación, la cual en este caso ¿cuál sería?, ¿contraer matrimonio cumpliendo todas

²⁹ RAMIREZ, Mario. Apunte: Observaciones a la nueva Ley de Matrimonio Civil, p.4

³⁰ El artículo 46 letra a) de la LMC señala que podrán ejercer la acción de nulidad de matrimonio, en el caso del impedimento del artículo 5 número 2 de la LMC los ascendientes siempre y cuando el cónyuge que padecía dicho impedimento no haya cumplido los 16 años.

las exigencias que establece la ley del lugar de celebración del acto jurídico llamado matrimonio?.

La solución que algunos autores han otorgado ante esta indefensión legal es, en primer lugar, efectuar una modificación legal a dicho artículo, situación que en lo personal considero de urgencia máxima si Chile desea seguir expandiendo fronteras y caracterizarse por un país tolerante a la diversidad.

Incluso más, esta norma va en contra de todos los principios y reglas internacionales que regulan la institución del matrimonio. En primer lugar porque se estaría quebrantando la teoría de los derechos adquiridos, ya que los cónyuges adquirieron válidamente ese derecho, en su país y en conformidad a las leyes del lugar de celebración; me pregunto ¿cómo se sentiría una pareja chilena que quiere radicarse en un país extranjero y al momento de llegar les informan que su matrimonio es nulo?.

Esta norma también es contraria al espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece que “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia”.³¹ Se ha entendido por edad núbil³² aquella edad suficiente para contraer matrimonio, edad que es impuesta por cada país pero cuyo promedio rodea los 15 años. De manera que si un país determina que la edad núbil para contraer matrimonio en su territorio es la de 15 años, ¿por qué nuestro legislador cree que tiene derecho para no sólo decir que dicha norma es errónea sino que, además, exigir el cumplimiento de sus requisitos so pena de nulidad?.

La segunda solución, menos completa, pero un gran avance para esta injusta norma legal, es la de modificar las frase “se podrá pedir la nulidad” por “no serán reconocidos”, de manera tal que si bien dichas uniones no serán consideradas dentro

³¹ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³² *âge nubil o nubilité*, del latín *nubis*, matrimonio: Es la edad mínima que pueden tener las personas para contraer matrimonio; por debajo de esa edad no está permitido casarse, ni los padres pueden autorizar un matrimonio. En línea: <http://www.cronotecagenealogica.com/mayoria_edad.html> [consulta: 26 de marzo de 2011].

de la calificación jurídica de matrimonio, si serán reconocidos por ejemplo al momento de otorgar derechos sucesorios, aplicando de esta forma el Orden Público pero aminorado, tal como sucede en España con los matrimonios homosexuales o poligámicos.

La Diversidad de Sexo. El Matrimonio Homosexual

Aspectos Generales

En el transcurso de los últimos años, diez años aproximadamente, la globalización, tolerancia y respeto a lo “distinto” nos ha llevado a aceptar, por la gran mayoría, la idea del matrimonio homosexual, el cual corresponde a aquella unión entre dos personas del mismo sexo, sea entre dos mujeres o dos hombres.

El reconocimiento del matrimonio homosexual es un gran avance en la legislación de un país; otorgar derechos y deberes a parejas del mismo sexo es una institución que se ha logrado en ciertos países, pero cuyo reconocimiento a nivel mundial aún se encuentra bastante en el tintero.

A la fecha, son diez los países donde se reconoce, se celebra y otorga validez a los matrimonios homosexuales, entre los cuales encontramos España, Holanda, Canadá, Bélgica y recientemente también Argentina como primer país latinoamericano, entre otros.

En otras legislaciones, como es el caso de Israel, no se contempla la celebración del matrimonio homosexual dentro de sus territorios, pero se reconoce la validez de los mismos celebrados en el extranjero.

Sin perjuicio de ello, en muchas de las legislaciones donde se han otorgado derechos a las uniones homosexuales éstas no son denominadas bajo el concepto de “matrimonio” propiamente tal. Algunos defienden que este concepto, como anteriormente señalé, al significar de su origen latín “condición para ser madre” no puede comprender las uniones homosexuales donde la procreación no forma parte de los fines de las mismas. Otros, y siguiendo la misma línea, señalan que el concepto de matrimonio debe reservarse únicamente para las uniones heterosexuales ya que esta institución conlleva diversos deberes y obligaciones que no podrían llevarse a cabo en la unión entre parejas del mismo sexo.

Debido a esto, existen ciertos países donde si bien se reconoce y otorga validez a las uniones homosexuales éstas no forman parte de la institución jurídica del matrimonio. Así por ejemplo, el reconocimiento de estas uniones bajo el concepto de “*civil unions and registered partnerships*” o “uniones de facto” es aplicada en varios países como Dinamarca, Alemania, Nueva Zelanda, Inglaterra, Colombia, entre muchos otros.

Dentro de esta última categoría de países, están los que aceptan la celebración de estas uniones de hecho dentro de sus territorios y otros que simplemente reconocen estas uniones celebradas en el extranjero. Así, en Nueva Zelanda por ejemplo, desde el 26 de Abril de 2005 a través de la “*Civil Union Act*” se otorga validez a las uniones civiles homosexuales, o Ecuador, donde tras una reforma constitucional en el 2008, se implementó en el artículo 68 de la misma que “la unión estable y monogámica entre dos personas (hace mención a “dos personas” y no un hombre y una mujer) libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.”

Validez en Chile del Matrimonio Homosexual

Como anteriormente señalé, nuestra legislación sólo concibe la institución del matrimonio bajo la esfera heterosexual. Esto se desprende del ya muy mencionado artículo 102 CC el cual lo parte definiendo como una unión solemne entre un hombre y una mujer. Así, se rechaza cualquier otra unión que no sea la heterosexual.

La razón que se ha dado para rechazar la validez de la celebración de matrimonios homosexuales en Chile ha sido por razones de moral, orden público y buenas costumbres principalmente, argumentos que no tiene mayor importancia entrar a explicar ni menos atacar en este trabajo. Sin perjuicio de ello, existe un argumento

que rechaza la idea de este tipo de matrimonio que me llama la atención. Se ha señalado que el matrimonio homosexual no puede tener validez en nuestro país ya que no sería armónico con los fines esenciales del matrimonio señalados expresamente en el artículo 102 CC. Este artículo, al definir el matrimonio, señala que éste es un contrato solemne, actual, indisoluble y para toda la vida que celebra un hombre y una mujer “con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.”

Los fines de convivencia y auxilio mutuo pueden cumplirse se trate de una pareja homosexual o heterosexual. El fin de procrear es el que torna importancia en esta discusión ya que precisamente los argumentos que sustentan el rechazo de esta unión es que no podría cumplirse con un fin esencial del matrimonio como es el de la procreación. Sin embargo, este argumento cada vez cuenta con menos seguidores ya que se ha señalado que si bien estos son fines esenciales del matrimonio, por lo que si no se cumple con uno de ellos se podría solicitar el divorcio o separación legal, no son requisitos de existencia del mismo, ya que si así lo fueran, *no se admitirían los matrimonios de ancianos, de personas enfermas o el matrimonio en artículo de muerte.*³³ Aún más, si se siguiera esa línea las personas estériles no podrían contraer matrimonio.

La pregunta que surge ahora es ¿los matrimonio homosexuales celebrados en el extranjero tienen validez en nuestro país?. Para responder a esta interrogante hay que recurrir al artículo 80 de la LMC.

El inciso primero del mencionado artículo señala que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.

³³ GONZALÉZ, Joel. Op.cit. p.14

Así, de la lectura del inciso precedente se desprende, de una manera sencilla y tajante que nuestro legislador niega validez a todo matrimonio homosexual extranjero. Esto realmente tiene una importancia mayor ya que a través de este artículo no sólo no se reconoce la validez de estos matrimonios extranjeros, sino que no se les concede ningún derecho a los contrayentes, negándoles así cualquier derecho hereditario inclusive.

Para graficar la importancia (y descortesía) de este artículo, quiero señalar el siguiente supuesto: dos argentinas, viviendo en Argentina desean contraer matrimonio. Desde el año 2010 en este país es válida la celebración del matrimonio homosexual.

Cumpliendo con todos los requisitos que les exige no sólo la ley del lugar de celebración sino que además su ley personal, concurren ante la entidad pública correspondiente y contraen matrimonio. Resulta que una de las conyugues tiene una hermana que vive en Chile (único pariente vivo que le queda), así que la pareja decide venir a este país y comenzar una vida aquí. Claramente desde un comienzo no pueden optar a beneficios conyugales como cualquier pareja, tales como Isapre, seguros médicos, bancarios, etc... discriminación que para estos efectos no les complica demasiado.

Transcurren 20 años y una de las cónyuges muere aquí en Chile. La viuda argentina concurre ante el registro civil para tramitar el testamento de su amada, y ¿cuál es la sorpresa?, esta supuesta “viuda” no tiene ningún derecho hereditario según las normas de nuestro país, ya que al no ser válido el matrimonio homosexual en Chile no se le reconoce ningún derecho sucesorio; en simples palabras, es una completa extraña para estos efectos, correspondiéndole legalmente toda la herencia a la hermana de su pareja (en el caso que sus padres no estuvieran vivos).

La verdad es que las consecuencias del inciso primero del artículo 80 de la LMC son más graves de lo que se pueden dimensionar con su simple lectura; injusticias como las retratadas en el reciente ejemplo se traducen en limitantes jurídicas de la globalización y del DIPr en su esencia, ya que en vez de fomentar la validez de actos jurídicos celebrados en el extranjero, esta norma realiza una función

completamente opuesta; impide y desconoce actos válidamente celebrados en el extranjero.

Se han señalado diversas razones para aceptar o no el matrimonio homosexual extranjero en nuestro país. Discusiones bastante zanjadas ya por nuestra doctrina y jurisprudencia; discusiones que se han venido repitiendo durante los años sin ninguna mayor solución al respecto. Sin embargo, durante los últimos meses esta discusión ha tornado un nuevo giro bastante interesante al plantearse la discusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 102 CC que define el matrimonio debido a que sería discriminatorio por no aceptar el matrimonio homosexual. Sobre estos sucesos, argumentaciones y efectos legales expondré a continuación.

Inconstitucionalidad de la norma que lo niega

Con fecha 20 de octubre de 2010 ingresa a la Corte de Apelaciones de Santiago (en adelante “CAS”) el recurso de protección rol N° 6787-2010 interpuesto por tres parejas homosexuales contra una oficial del registro civil alegando que se habría violado la garantía constitucional de igualdad ante la ley (contemplada en el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución Política de la República, adelante indistintamente “CPR”), ya que esta funcionaria los habría discriminado arbitrariamente por su tendencia sexual al no permitir la celebración de matrimonio a una de estas parejas, y negarse a la inscripción de las actas de matrimonio celebrados en el extranjero de las otras dos.

Así, el texto del recurso señala que “siendo intrínsecamente todas las personas iguales en dignidad y en derechos conforme consagra nuestra carta fundamental, el negar la posibilidad de contraer matrimonio, o de inscribir uno válidamente celebrado en el extranjero, a dos personas por su condición sexual constituye un grave atentado contra el derecho a la igualdad y un acto – a todas luces – arbitrario.”

La CAS, antes de resolver si tal conducta había sido arbitraria o no, dictaminó como medida para mejor resolver que se oficiase al Tribunal Constitucional respecto a

la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 102 CC a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad consagrado en nuestra legislación. Con fecha 4 de enero de 2011 el Tribunal Constitucional acogió a tramitación este recurso, bajo el Rol N° 1881-11-INA, el cual a esta fecha sigue en curso.

Si bien este asunto no se encuentra resuelto aun, el hecho que la CAS haya acogido a tramitación el recurso de protección demuestra un gran cambio en la mentalidad de nuestros jueces, los que han abierto una puerta a la posibilidad que efectivamente el derecho a contraer matrimonio sea un derecho constitucional, inherente a toda persona, inherente sea cual sea su condición o preferencia sexual.

Este hito jurídico no sólo abre la discusión de la inconstitucionalidad del artículo 102 CC como dispone la CAS, sino que, a mi parecer, la inconstitucionalidad también del artículo 80 de la LMC que impide que matrimonios homosexuales válidamente celebrados en el extranjero puedan tener validez en nuestro país.

El artículo 19 número 2 CPR establece que “la Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

La igualdad ante la ley es un derecho fundamental. Ninguna persona puede ser discriminada arbitrariamente por su edad, sexo, estirpe o condición; y este mandato recae no sólo en las personas, sino que respecto de nuestras autoridades y legislador. Es por ello que al existir la duda si una norma impone discriminaciones arbitrarias, es deber del Tribunal Constitucional analizar dicha norma tal como dispone el artículo 93 número 6 CPR al señalar que son atribuciones de este tribunal “resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”

Si bien esta discusión sobre si es inconstitucional que una norma prohíba la celebración del matrimonio homosexual recién a tomado vuelo en nuestro país, es un tema que ya ha sido discutido en varias partes del mundo, discusiones las cuales muchas terminaron precisamente con la aceptación y legalidad de los mismos. *El matrimonio es un derecho fundamental. Está prohibido que nuestras leyes contengan restricciones a ejercer el derecho a casarse y el derecho a tener una familia basada en diferentes criterios: ciudadanía, religión y raza. La prohibición a contraer matrimonio por un largo tiempo después del divorcio puede llevar a una violación del artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos.*³⁴ De esto se desprende que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial, y por ende, toda persona puede ejercerlo, cualquiera sea su raza, sexo estirpe o condición.

La prohibición de contraer matrimonio no sólo estaría vulnerando el derecho a la igualdad ante la ley, sino que también estaría vulnerando otra garantía constitucional contemplada en el artículo 1º CPR que señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; a su vez, el artículo 2º de la LMC establece que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si tiene edad para ello”. Siguiendo esta lógica, toda persona tiene derecho a contraer matrimonio, y como todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos, que exista una norma que prohíba que sólo determinadas personas no puedan contraer matrimonio por una justificación tan arbitraria como su inclinación sexual claramente cae en inconstitucionalidad.

Como anteriormente señalé, esta discusión no se encuentra zanjada por nuestros jueces, sin embargo, ya se ha demostrado la incongruencia e intolerancia de nuestra legislación, cuestiones que espero, por un tema social, cultural y de la esencia del DIPr se modifique.

³⁴ Traducción libre: “The marriage is a fundamental human right. It is forbidden that our laws contain restrictions to the exercise of the right to marriage and the right to have a family based on different criteria like: citizenship, religion and race. The interdiction to marriage a long time after the divorce could be a violation of the article 12 of the European Convention on Human Rights.”

En http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_51a78_los_requisitos.pdf [consulta: 19 de abril de 2011]. línea:

EL MATRIMONIO Y SUS REQUISITOS DE FORMA

Matrimonio Religioso en Chile

El año 2004 con la publicación de la nueva LMC, se establece en un único artículo, en su párrafo 4º del capítulo II, la errónea e irreal idea del concepto del matrimonio religioso.

El artículo 20 LMC 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.

Sólo podrá denegarse la inscripción si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos exigidos por la ley. De la negativa se podrá reclamar ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Los efectos del matrimonio así inscrito se regirán, en todo, por lo prescrito en esta ley y en los demás cuerpos legales que se refieren a la materia.”

Por medio de este extenso y detallado artículo dícese que Chile amplió sus horizontes, se hizo más tolerante a la diversidad y amoldó su legislación a la tendencia mundial de reconocer legalmente el matrimonio religioso. Pero, ¿esto fue lo que realmente sucedió?.

Basta con una simple lectura de este texto legal para darse cuenta que la ilusión queda simplemente en una ilusión y que el matrimonio religioso no tiene más valor de lo que antes tenía. ¿Por qué?, esta es la explicación:

El artículo 20 de la LMC establece, como primera limitación para el valor jurídico del matrimonio religioso, que éste sea celebrado ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de Derecho Público. Esto significa que no “cualquier” unión religiosa será posteriormente reconocida como matrimonio, sino que sólo aquellas celebradas ante una entidad que cuente con personalidad jurídica, de manera que tácitamente se exige que sea una entidad “legal”, bajo el seno legal de las normas chilenas. Así, se comienza a laicizar este matrimonio.

En segundo lugar, el mencionado artículo exige (y aquí ya termina de tornar laica absolutamente esta institución) que el acta que se levante de la celebración religiosa deberá ser llevada por los contrayentes para su ratificación dentro del plazo de ocho días ante cualquier oficial del registro civil, (y cito el artículo), “tal matrimonio no producirá efecto civil alguno”.

Sin mayor detalle, de este artículo se concluye que el matrimonio celebrado ante una entidad religiosa no tiene valor alguno, porque ¿para qué sería necesario

“ratificarlo” ante una entidad civil?. Pero lo más grave de todo esto es que además de hacer ilusorio el reconocimiento del matrimonio religioso, este artículo da pie para diversos cuestionamientos, como por ejemplo, ¿qué pasa en aquellos casos donde uno de los contrayentes, luego de celebrado el matrimonio religioso, fallece y no logra ratificarlo?; ¿hay derechos sucesorios en este caso?; ó, ¿qué pasa si después de celebrado el matrimonio uno de los contrayentes “se arrepiente” y no quiere ratificarlo?. Esta segunda hipótesis da lugar para que este matrimonio se celebre con fines de engaño, pues, claramente esta institución se trató de legalizar para aquellos que tornan mayor importancia a su religión, que siguen sus conceptos, valores y doctrinas, y por ende, desean contraer matrimonio según sus propias tradiciones. Pongamos el ejemplo de la mujer muy religiosa que desea llegar virgen al matrimonio como le exige su religión. El novio le dice que se casen, y posteriormente a ello no ratifica el matrimonio. *El matrimonio contraído ante Dios, puede consumarse y producir efectos religiosos, naturales y sociales; y sin embargo, todo quedará en la nada jurídica, si no se cumple con los trámites posteriores que exige la ley.*³⁵

En tercer y último lugar, este matrimonio, además de tener sólo una apariencia de legalidad, es contrario a los principios y características propias del Derecho de Familia. En éste existe un claro predominio del interés social sobre el individual y de ello derivan varias consecuencias, una de las cuales es que *los actos de derecho de familia no están sujetos a modalidades*.³⁶ Esto se encuentra expresamente señalado en algunos casos, como ocurre justamente en el artículo 102 CC cuando establece el concepto de matrimonio, al señalar que éste es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen de forma actual, es decir, no sujeto a modo, plazo o condición. Y lo que impone el artículo 20 de la LMC es justamente lo contrario, porque condiciona el matrimonio religioso a una ratificación posterior de manera que sin ella no producirá efecto civil alguno.

La exigencia de ratificación de 8 días y que ésta deba hacerse personalmente por los contrayentes ha influido en la falta de efectividad y divulgación entre las nuevas

³⁵ RAMIREZ, Mario. Apunte: Observaciones a la nueva Ley de Matrimonio Civil. p.2

³⁶ GONZALEZ, Joel. Op.cit. p.5

parejas. En 2004, sólo 64 matrimonios se contrajeron de forma religiosa y fueron inscritos en el Registro Civil, pero en los años 2005 y 2006 la cifra se elevó a más de 1.000 (1.472 y 1.397, respectivamente); en 2007 el número volvió a subir a 1.523.³⁷ Si bien el número de celebración de este tipo de matrimonios se ha elevado durante los últimos años, el rango es muy menor en comparación a los matrimonios anualmente celebrados en Chile, que asciende a 62.170 (año 2010)³⁸ o 59.134 si hacemos la comparación con el año 2007, los cuales además de contraer matrimonio de forma civil, de igual forma, la mayoría, lo ratifica por la iglesia de su religión (esto confirma la falta de efectividad de esta institución, porque ¿para qué va a ser necesario casarse por el civil si posteriormente igualmente se van a casar por la iglesia?).

Debido a esto es que actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley (Boletín 5815-07) que modifica este artículo 20 de la LMC, donde se busca extender el plazo para ratificar este matrimonio de 8 a 30 días y además, permite que la presentación ante el registro civil pueda hacerse a través de un mandatario especialmente facultado para el efecto por medio de escritura pública; *Es por ello que se propone una nueva disposición que sustituya el artículo 20 de la Ley sobre Matrimonio Civil, y la creación de un nuevo artículo 20 bis, que consagren el reconocimiento por parte de la ley civil, del matrimonio celebrado ante entidades religiosas y la posibilidad de que, en un plazo mayor al que se consagra actualmente en la ley, los contrayentes por sí, o por apoderados puedan inscribirlo ante el Registro Civil.*³⁹

Lamentablemente, aun con esta nueva modificación que se intenta aplicar al matrimonio religioso, éste no logrará serlo de una manera completa si se sigue exigiendo para su validez el cumplimiento de requisitos legales; así, los requisitos para celebrar este tipo de matrimonios son de carácter legal no religioso. *Los matrimonios religiosos que se celebren conforme al artículo 20 de la nueva ley de matrimonio civil deberán cumplir, por una parte, las exigencias propias establecidas por la respectiva*

³⁷ PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.947 que regula el Matrimonio Civil.

³⁸ Inscripciones de Registro Civil. En línea:

<<http://www.registrocivil.cl/Servicios/Estadisticas/Archivos/InscripcionesRCivil/inscrip.html>> [consulta: 7 mayo 2011].

³⁹ PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.947 que regula el Matrimonio Civil.

entidad religiosa para el rito matrimonial, y, por otra, las exigencias establecidas por la ley de matrimonio civil, en el entendido de que lo que al estado le interesa no es el cumplimiento de las ritualidades religiosas, sino "los requisitos contemplados en la ley."⁴⁰

⁴⁰ SALINAS, Araneda, Carlos. El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del estado de Chile: un viejo tema aún pendiente. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII. N° 1. Julio 2010. pp. 79-102.

Matrimonio ante Agentes Consulares o Diplomáticos Extranjeros

Aspectos Generales

Otra de las maneras que se puede dar forma al matrimonio es que éste sea celebrado ante agentes diplomáticos o consulares de otro país. Así lo permiten distintas legislaciones, como Francia o Ecuador por ejemplo. Este último establece en el artículo 104 incisos primero y segundo de su Código Civil que:

“Los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador en nación extranjera, tienen competencia para la celebración del matrimonio entre ecuatorianos, ecuatorianos y extranjeros, y entre extranjeros domiciliados en la República.

Igualmente, los agentes diplomáticos y consulares de naciones amigas, acreditados en el Ecuador, pueden celebrar matrimonio válido de sus connacionales, siempre que la ley del país que los acredita, les confiera competencia”.

El Código de Bustamante también reconoce esta forma de matrimonio en su artículo 42 al señalar que “en los países en donde las leyes lo admitan, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes, se ajustarán a su ley personal”. De manera que si dos franceses que residen en Chile contraen matrimonio ante un cónsul francés dicho matrimonio será reconocido en Francia como válido ya que se ajusta a su ley personal. Pero ¿será válido en Chile?.

Validez en Chile del Matrimonio ante Agentes Consulares o Diplomáticos

El artículo 14 CC consagra el espíritu de territorialidad de la ley chilena al establecer que “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

Todo acto jurídico que se celebre en Chile deberá realizarse conforme a lo que establece nuestro legislador, independiente la nacionalidad de las partes que lo celebran. De esta forma, para saber si un matrimonio celebrado ante un agente

consular o diplomático en Chile tiene validez hay que ver si éste encuadra en las exigencias que impone el artículo 102 CC.

El matrimonio es un contrato solemne, y dentro de las solemnidades que exige el legislador es que éste sea celebrado ante un oficial del Registro Civil chileno. Así, cualquier otra forma de matrimonio no tendrá valor alguno en nuestro país.

En Chile ocurrió un caso así, donde la Corte de Apelaciones de Santiago declaró nulo un matrimonio celebrado ante el Ministro de la Cancillería Francesa en Santiago, pues el local de la Cancillería se considera parte integrante del territorio nacional chileno, por lo que no se le podían aplicar las reglas que rigen los matrimonios extranjeros.

Se declaró nulo el matrimonio celebrado en la Cancillería de la Legislación de Francia en Santiago, en que el Ministro de Francia en Chile declara casados en nombre de la ley de los contrayentes, que eran franceses nacidos en Chile...No cabe sostener que a ese matrimonio deban aplicarse las reglas que rigen los matrimonios extranjeros ya que es parte integrante del territorio nacional el local que ocupa en Santiago de Chile la Legación de Francia.⁴¹

En la época de la dictación de este fallo correspondía aplicar la inexistencia de este matrimonio; sin embargo, debido a que en esa época aun regía la desigualdad de filiación respecto de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, la Corte decidió declararlo nulo por razones de equidad y así aplicar la institución del matrimonio putativo.

Esta situación, donde un matrimonio es reconocido en una legislación y no en otra es lo que ha derivado al concepto de matrimonio claudicante, es decir, aquel matrimonio que tiene validez en una legislación y no en otra. *Son matrimonios que no superan el paso de frontera (...) cuando tales matrimonios se hacen valer en el extranjero las autoridades extranjeras consideran que tales matrimonios no existen o*

⁴¹ R.D. y J., Tomo XXXII, Secc. 2ª, p. 17.

*no son válidos a todos los efectos legales (cuando el matrimonio cruza la frontera, se desvanece, deja de existir).*⁴²

⁴² CALVO, Caravaca, Alfonso Luis y CARRASCOSA, González, Javier. Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744. 2007. p. 13.

Matrimonio Consensual

Aspectos Generales

Como señalé en la parte introductoria, el matrimonio se puede amoldar de diversas formas, por ejemplo por medio de un contrato civil, un contrato religioso o por la mera voluntad de los contrayentes. Este último caso es el que se conoce por matrimonio consensual.

Los actos jurídicos bilaterales que requieren para su formación la manifestación de voluntad de dos o más personas, son los que en lenguaje jurídico se conocen como convenciones. A su vez, las convenciones que tiene por finalidad la creación de derechos y/u obligaciones se denominan contratos.

Los contratos se pueden clasificar en diversas gamas; una de ellas es respecto los contratos unilaterales o bilaterales. Estos últimos son aquellos donde, como señala el Artículo 1439 CC, “las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Los contratos bilaterales son aquellos donde ambas partes contraen derechos y obligaciones y esta creación se puede materializar de tres formas, por medio de la entrega de la cosa a que se refiere el acto o contrato, por medio del cumplimiento de ciertas formalidades especiales o por el sólo consentimiento de las partes. Ésta última deriva en la clasificación de los contratos consensuales.

Los contratos consensuales, como ya se pudo ir desprendiendo, son aquellos que para su perfeccionamiento sólo se requiere la manifestación de voluntad de las partes contratantes, es decir, que cada una declare su intención de obligarse respecto de la otra. Por ejemplo, en el contrato de compraventa de un bien mueble, una de las partes se obliga a entregar la cosa y la otra a pagar el precio; manifestadas ambas voluntades el contrato se entiende perfecto.

En el caso del matrimonio consensual éste se perfecciona cuando ambos cónyuges manifiestan su intención de contraer el vínculo matrimonial, así de “sencillo”. No se requiere de una ceremonia civil o religiosa, testigos, ni siquiera de una firma de por medio, sino que la simple voluntad de querer vivir, hacer una vida juntos y mostrarse hacia el exterior como marido y mujer.

Un ejemplo bastante conocido de este tipo de matrimonios es lo que se conoce como “*common law marriage*”, que es aquella forma de matrimonio que *resulta de las acciones de una pareja, a pesar que no han obtenido una licencia de matrimonio o cumplido con los requisitos que exige una la ley de matrimonio del lugar de celebración.*

*Esto normalmente significa que la pareja ha convivido durante un período de tiempo, generalmente un año o más, y entre ellos existe un acuerdo de entenderse casados y reconocerse hacia el mundo como marido y mujer.*⁴³

Esta forma de matrimonio es reconocida en algunos estados de Estados Unidos, como Alabama, Iowa, Kansas, Carolina del Sur, entre otros. Los requisitos para entenderse bajo la forma de matrimonio consensual varían en cada estado. Sin perjuicio de esto, *son requisitos esenciales de éste: la cohabitación y “holding out”.* “*Holding out*” *significa que la pareja se comporta y demuestra ante todo el mundo, a través de su conducta, que ellos son marido y mujer, como asumiendo la mujer el apellido del marido, realizando un declaración conjunta de impuestos, etc. Esto significa que la sola cohabitación no constituye, por si sola, elevarse al nivel reconstituir matrimonio.*⁴⁴

⁴³ “Common law marriage is a marriage that results from the actions of a couple, despite the fact that they have not obtained a marriage license or fulfilled the requirements of a state's statutory marriage laws. This typically means that the couple has cohabitated for a period of time, usually a year or more, while having an agreement to be married and holding themselves out to the world as husband and wife”. Traducción libre. En línea: <http://www.expertlaw.com/library/family_law/common_law.html> [consulta: 12 mayo 2011]

⁴⁴ Among those states that permit a common-law marriage to be contracted, the elements of a common-law marriage vary slightly from state to state. The indispensable elements are (1) cohabitation and (2) "holding out." "Holding out" means that the couple tells the world that they are husband and wife through their conduct, such as the woman's assumption of the man's surname, filing a joint federal income tax return, etc. This means that mere cohabitation cannot, by itself, rise to the level of constituting a marriage. Traducción libre. En línea: <<http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=4265>> [consulta: 12 mayo 2011]

Existen otros países donde se reconoce esta forma de matrimonio. Así es el caso de Canadá, donde en la provincia de Ontario se otorga validez a las “*common-law partners*” o parejas de derecho consuetudinario. En Australia este tipo de matrimonio es conocido como “*domestic relationships*”; y en otros países adquieren el nombre de “*personal relationships*” o “*facto relationships*”; sea el nombre con el cual se denomine al matrimonio consensual, todos convergen en su matriz con características de (i) ausencia de formalidades, (ii) cohabitación y (iii) comportamiento como marido y mujer.

En otros países donde no se contempla en la legislación nacional el matrimonio consensual, se han reconocidos de igual forma éstos celebrados en el extranjero, principalmente por el principio pro matrimonio. ¿Será también éste el caso de Chile?.

Validez en Chile del Matrimonio Consensual

En Chile, como anteriormente señalé, el matrimonio es un contrato solemne, de manera que para su perfeccionamiento requiere del cumplimiento de determinadas formalidades, las que sin ellas no produce efecto alguno. Por lo tanto, todo matrimonio que se celebre en Chile, en conformidad al artículo 14 CC que prescribe que la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluido los extranjeros, deberá celebrarse y cumplir con todos los requisitos exigidos por nuestro legislador.

La duda surge, entonces, respecto de los matrimonios consensuales celebrados en el extranjero y su validez y reconocimiento en nuestro país.

El artículo 80 de la LMC, que se encarga de delimitar la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero, no hace mención, o mejor dicho, excepción alguna respecto de los matrimonios consensuales (como sí ocurre con otros matrimonios anteriormente vistos).

El mencionado artículo, en su inciso primero señala que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismo efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.”

De este inciso se desprende, como anteriormente también señalé, que cumpliendo con los requisitos que exige la legislación del lugar de celebración del matrimonio éste será reconocido en Chile, bajo la salvedad que se trate de un matrimonio heterosexual. Por lo que, en concordancia con este artículo, un matrimonio consensual, celebrado por ejemplo en Canadá, cumpliendo con todos los requisitos que dicho país exige, producirá en Chile los mismos efectos como si se hubiese celebrado en nuestro país, ya que no exige norma alguna que lo niegue (a diferencia de los matrimonios homosexuales o poligámicos donde existe norma expresa que los rechaza).

Sin perjuicio de esto, la jurisprudencia y doctrina chilena son mayoritarias en negarle validez a esta forma de matrimonio. Tal fue el caso de un matrimonio ritual celebrado en China por ciudadanos de ese país donde la Corte Suprema les negó validez en Chile.⁴⁵ Esta E. Corte determinó que “no tendrá valor el simple matrimonio consensual, que es un contrato en el cual no se ha dejado constancia ni siquiera privada.” Así, aun cuando no existiendo norma expresa que le niegue validez a esta forma de matrimonio, la Corte Suprema se inclinó en rechazarlo principalmente por razones de calificación jurídica, ya que la unión consensual no encuadra con la categoría jurídica establecida para el matrimonio por nuestro legislador, es decir, la solemnidad.

Otras razones por las cuales la doctrina se inclina a negarle validez a esta forma de matrimonio son las siguientes:

⁴⁵ Excma. Corte Suprema. Sucesión Joo Yan, sentencia de 14 de diciembre de 1992.

(i) Razón de Orden Público: se señala que reconocer la validez de un matrimonio consensual extranjero sería ser inconsecuente con nuestra propia legislación y las exigencias morales, sociales y culturales que intenta proteger nuestro Orden Público. *En consecuencia, las relaciones internacionales y los sentimientos de cortesía que en buena medida les infunden fuerza, son lícitas en cuanto se mantengan inofensivas y dejan de serlo cuando tienden a hacer aplicar en el territorio de un Estado leyes positivas de otro, sentencias por sus jueces proferidas o contratos allí realizados que se juzgan incompatibles con los mencionados intereses, de donde se infiere, entonces, que la denominada excepción de orden público de la cual viene haciéndose mérito, cumple en últimas una función de defensa que preserva a los Estados de las perturbaciones que puedan derivarse de la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras, en los supuestos cuidadosamente comprobados en que debido a esa aplicación se introduce en realidad un elemento de intolerable desequilibrio en el seno del ordenamiento jurídico del foro, y es a los jueces en este último a los que les corresponde adelantar esa tarea de comprobación.*⁴⁶

(ii) Teoría de los Derechos adquiridos de Diego Guzmán: este autor parte de la base que un derecho adquirido en un determinado país conforme y cumpliendo con todos los requisitos que exige dicho país es un derecho adquirido y, por ende, debe ser reconocido en todo otro estado donde se desee ejercer dicho derecho ya que éste ya forma parte del patrimonio de la persona y por ende, al ser de “su propiedad”, debe ser reconocido donde sea que se encuentre.

Sin perjuicio de lo recién mencionado, este autor señala una excepción a esta teoría al mencionar que *si entre dos o más países existe disparidad sobre una institución de Orden Público, el derecho adquirido en uno en conformidad a una ley de Orden Público, carece de eficacia en el otro en el que la forma de su adquisición choca con su normativa interna.*⁴⁷

⁴⁶ E. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 19 de Julio de 1994, Expediente No. 3894; Santafé de Bogotá, D.C.

⁴⁷ GUZMÁN, Diego.Op.cit. p. 55

Esta teoría se encuentra en concordancia con lo que establece la Convención Interamericana sobre normas generales del Derecho Internacional Privado, la cual en su artículo 7 señala que “las situaciones jurídicas validamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público”.

De esta forma, cuando un matrimonio consensual válidamente celebrado en el extranjero desee radicarse en nuestro país dicho matrimonio no tendrá validez alguna, no porque existe una ley que niegue dicha validez, sino por nuestro tribunales han determinado que esto sería contrario a nuestro Orden Público chileno, ¿extraño no?.

Sin perjuicio que la doctrina es mayoritaria en negarle validez al matrimonio consensual válidamente celebrado en el extranjero, la postura de aceptar estos matrimonios ha ido en crecimiento los últimos años y, así, encontramos fuertes argumentos que apoyan e incitan al reconocimiento de estos matrimonios, los cuales, entre otros son los siguientes:

(i) La familia se encuentra consagrada y protegida constitucionalmente en el artículo 1º inciso segundo CPR al señalar que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Esto significa, que toda persona tiene derecho a consagrar una familia, sea chileno o extranjero, y el no reconocer una familia constituida en el extranjero sería inconstitucional.

(ii) De igual forma el artículo 2º de la LMC señala que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana”, de manera que, nuevamente, toda persona por el hecho de ser tal tiene derecho a formar una familia y no reconocerle este derecho, por no haberse conformado según los requisitos legales de nuestro país, sería no reconocer un derecho inherente a ésta, es decir, un derecho fundamental.

(iii) La Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 17 establece que “se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

Este texto legal se encuentra ratificado y actualmente vigente en Chile, de manera que, conforme al artículo 5 inciso segundo CPR esta Convención tiene rango de norma constitucional y, por ende, rige por sobre las normas del Código Civil. Haciendo por lo tanto ese raciocinio, la categoría jurídica de solemnidad del matrimonio quedaría desplazada por este tratado internacional reconocido por Chile y, entonces, los matrimonios consensuales celebrados en el extranjero deben ser reconocidos tal como expresa el artículo 5 recién mencionado al señalar que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

(iv) Principio pro matrimonio: Otro argumento que favorece la aceptación de esta forma de matrimonio es señalar que estos deben reconocerse en toda legislación cuando han sido validamente celebrados ya que el matrimonio merece el favor de la ley. Este argumento se encuentra íntimamente conectado con el principio del DIPr “*pro validitatis*” el cual tiene por propósito facilitar la validez de los actos jurídicos celebrados en el extranjero en cuanto a las formas de constitución de los mismo no sean concordante con el lugar de destino.

Concuera con este argumento (y postura en general) el profesor Mario Ramírez el cual señala que *la calificación por la lex fori no puede encerrarnos en los localismos del derecho interno, ni menos para justificar situaciones injustas; debe aplicarse son el criterio internacional que exige un mundo cada vez más integrado, y que guía la jurisprudencia moderna de los otros países.*⁴⁸

⁴⁸ RAMIREZ, Mario. Op. cit. p.100.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo el artículo 102 CC ha sido mencionado en bastantes oportunidades; ello debido a que define uno de los actos jurídicos más trascendentales de nuestro actuar jurídico (y social) como lo es el matrimonio.

El DIPr, a través de sus normas y principios, intenta unificar la normativa de cada país con el fin de otorgar seguridad a los actos jurídicos que cada persona celebra; así, uno de los objetivos principales del DIPr es conseguir que un acto o contrato celebrado en un país sea reconocido y válido en otro, como si se hubiese celebrado en éste último.

A través de este trabajo se desarrolló una de las falencias principales con que cuenta nuestro sistema nacional de DIPr, la cual se encuentra precisamente en materia de matrimonio en el artículo 80 LMC. Este artículo, en sus diversos incisos, es una demostración clara de la falta de armonía con que cuentan nuestras normas de DIPr en esta institución jurídica, el cual al exigir tan precisos requisitos para la validación de un matrimonio celebrado en el extranjero limita este acto a extremos de sólo aceptarlo si cuenta con los mismos requisitos de forma y fondo que exige nuestra ley para el matrimonio celebrado en Chile.

El artículo 80 de la referida ley si bien comienza en su inciso primero con una frase tan armónica como la siguiente: “el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno,” no es más que una simple ilusión de lo que en los siguientes incisos implica una absurda y poco integral intención de aceptar los matrimonios extranjeros.

Este trabajo no busca criticar simplemente a nuestro legislador en materia de DIPr, sino que lo que deseo lograr en esta líneas (y espero haberlo hecho) es crear

conciencia de las grandes lagunas e injusticias que actualmente existe en nuestra legislación en materia de matrimonio; injusticias que si bien los grandes perjudicados son los extranjeros, de igual forma se ve perjudicado nuestro país, ya que con este tipo de normas lo único que finalmente se logra es limitar nuestros horizontes, haciendo menos atractivo para los extranjeros radicarse en este país, donde instituciones tan básicas (y esenciales) como el matrimonio se ven prácticamente rechazadas por las exigencias legales para su validez; esto impide finalmente la diversidad cultural el cual considero que es un paso esencial para entrar a un mundo globalizado.

En el desarrollo de este trabajo se concluye finalmente que el único matrimonio extranjero que tiene validez en nuestro país es aquel que tiene exactamente la misma calificación jurídica que describe el artículo 102 CC, es decir, el matrimonio solemne y heterosexual. Esto se desprende de lo siguiente:

Los matrimonios homosexuales y poligámicos extranjeros son expresamente rechazados de plano cuando el inciso primero del artículo 80 LMC señala que “el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer.”

Los matrimonios concertados extranjeros tampoco tienen validez en nuestro país en aquellos casos donde los contrayentes, normalmente menores de edad, han sido obligados por sus padres o por su cultura y tradiciones (“fuerza externa”). Así lo señala expresamente el inciso tercero de este cuestionado artículo.

Aquellos matrimonios extranjeros donde uno o ambos contrayentes cuente con algunos de los impedimentos establecidos en los artículos 5º, 6º y 7º LMC también son causal de nulidad conforme al inciso segundo del artículo 80 LMC, aun cuando estas causales no cuenten con las características de impedimentos en la legislación del país de lugar de celebración.

Finalmente los matrimonios consensuales extranjeros que deberían ser aceptados y válidos en nuestro país por no existir norma expresa que los rechace, de igual forma son negados por nuestra doctrina mayoritaria y jurisprudencia, con argumentos de tan poco peso como que no sería concordante con nuestro orden público, dando razones de calificación jurídica que en la práctica, no tienen mucho sustento.

Es de una urgencia máxima solucionar los problemas tratados en este trabajo, y claramente no por un simple capricho o por el hecho de tener una mentalidad “más abierta” o ser más tolerante a la diversidad, si no que por el hecho de la grave injusticia que actualmente está cometiendo nuestro legislador, restringiéndole a personas derechos tan esenciales como los de contraer matrimonio, derechos de alimentos, sucesión y todo lo que conlleva la institución del matrimonio, derechos que extranjeros se ven privados por un simple egoísmo de nuestro legislador.

Quiero detenerme y hacer un final análisis en lo que respecta a la definición de matrimonio de nuestro código civil. La controversia actual que existe en el Tribunal Constitucional Chileno es, a mi parecer, el primer gran avance para lograr que Chile acepte el matrimonio homosexual. Una definición como la actual conlleva tantas limitaciones y exigencias que actualmente ya no tienen siquiera mayor discusión: las parejas homosexuales existen, es algo real y concreto; éstas han decidido no ocultarse más, haciéndose respetar y demostrando que es una opción de vida, y como opción, como decisión propia, debe ser aceptada por la sociedad y, principalmente, por nuestro legislador. El no reconocerle derechos a estas uniones homosexuales nos lleva exactamente a lo alegado actualmente en el tribunal recién mencionado, a una discriminación autoritaria, sin bases o fundamentación sustancial y, como toda discriminación autoritaria, ésta es inconstitucional.

A la fecha del término de este trabajo esta discusión aún no se encuentra zanjada, pero me tranquiliza profundamente que por lo menos ya se encuentra en tramitación ante un órgano constitucional, porque limitantes como lo que ocurre

exactamente con la definición del matrimonio impiden que Chile se convierta en, lo que espero sea pronto, un país globalizado, tolerante y respetuoso de la diversidad.

Es necesaria la modificación del artículo 80 LMC cómo del artículo 102 CC. El primero para lograr la armonía internacional que inspira el DIPr, y el segundo para lograr tolerancia en nuestra sociedad; mientras ello no ocurra, nuestro país seguirá estancado y, peor aún, sin respetar los derechos esenciales de los matrimonios extranjeros.

BIBLIOGRAFÍA

1. BOLETÍN del Senado. Nº 1759- 18
2. BOLETÍN Nº 5780-18. Modifica el Código Civil en relación al concepto de matrimonio.
3. CALVO, Caravaca, Alfonso Luis y CARRASCOSA, González, Javier. Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744. 2007.
4. CORHAN Adriana. Dreptul familiei. Curs. Teorie și practică,, ed. revisada y completada. Timisoara, Augusta, 2000. En línea: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_51a78_loos_requisitos.pdf> [consulta: 5 febrero 2011].
5. Diccionario de la Real Academia Española.
6. E. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 19 de Julio de 1994, Expediente No. 3894; Santafé de Bogotá, D.C.
7. En línea: < <http://blog.lasociedadgeografica.com/tag/matrimonio/>> [consulta: 5 de abril de 2011].
8. En línea: <<http://definicion.de/poligamia/>> [consulta: 19 de marzo de 2011].
9. En línea: <http://www.cronotecagenealogica.com/mayoria_edad.html> [consulta: 26 de marzo de 2011].
10. En línea: <http://www.expertlaw.com/library/family_law/common_law.html> [consulta: 12 mayo 2011]
11. En línea: <http://www.islamicity.com/mosque/w_islam/poly.htm>. [consulta: 21 de marzo de 2011].
12. En línea: <<http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=4265>> [consulta: 12 mayo 2011]

13. En línea: <<http://www.polygamy.com/index.php/news/legalization/quest-to-legalise-polygamy-in-utah/>> [consulta: 19 de marzo de 2011].
14. En línea:
<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2010/28/28_51a78_loos_requisitos.pdf> [consulta: 19 de abril de 2011].
15. En línea: <http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p2s2c3a7_sp.html> [consulta: 20 enero 2011].
16. En línea:
<http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM#4.1.0.7.0.0.1055> [consulta: 20 enero 2011].
17. Excma. Corte Suprema. Sucesión Joo Yan, sentencia de 14 de diciembre de 1992.
18. GARCÍA Rodríguez, Isabel. La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la práctica española y europea. Publicada en las Actas de Seminario Universidad de Sevilla. España, diciembre 2005.
19. GIMENEZ Costa, Ana. El Matrimonio Musulmán: Problemas de Adaptación al Derecho Español
20. GIORGI, Jorge. Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Editorial Reus. 1930, Madrid, España.
21. GONZALÉZ, Joel. Apunte de Derecho de Familia.. Elaborado sobre la base del libro "Derecho de Familia" de René Ramos Pazos. Editorial Jurídica de Chile.
22. GUZMÁN, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
23. Inscripciones de Registro Civil. En línea:
<<http://www.registrocivil.cl/Servicios/Estadisticas/Archivos/InscripcionesRCivil/in scrip.html>> [consulta: 7 mayo 2011].
24. PROYECTO DE LEY que modifica el artículo 20 de la Ley N° 19.947 que regula el Matrimonio Civil.
25. R.D. y J., Tomo XXXII, Secc. 2ª,
26. RAMIREZ, Mario. Apunte: Observaciones a la nueva Ley de Matrimonio Civil.
27. RAMIREZ, Mario. Curso básico de derecho internacional privado. Legal Publishing (Lexisnexis). 2010. Santiago, Chile.

28. SALINAS, Araneda, Carlos. El reconocimiento del matrimonio religioso en el derecho positivo del estado de Chile: un viejo tema aún pendiente. Investigación publicada en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII. N° 1. Julio 2010.
29. VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. Editorial Jurídica de Chile, 2006. Santiago, Chile.