

## CONSTITUCION Y DIVORCIO VINCULAR

Los partidarios del divorcio vincular piensan que una iniciativa legislativa de esa naturaleza cabría dentro del actual ordenamiento constitucional. En los hechos, mientras el Ejecutivo anuncia que no habrá Mensaje en tal sentido, ya se encuentran en la Cámara de Diputados a lo menos dos mociones parlamentarias que establecen el matrimonio disoluble.

Dichas mociones son inconstitucionales y deberían ser declaradas inadmisibles. La constitucionalidad de esas iniciativas es defendida basándose en la sesión 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la que se dejó constancia de que es resorte del legislador decidir sobre la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio y que la declaración profamilia del artículo 1º de nuestra Constitución no significa adoptar determinada postura en torno al divorcio.

Tal supuesto es débil. En efecto, en la Comisión Ortúzar se dieron posiciones prodivorcistas (Ortúzar, Ovalle) y antidivorcistas (Guzmán, Silva Bascuñán). Es cierto que finalmente se transigió y se aprobó el principio de que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el Estado la protegerá y propenderá su fortalecimiento” y se dejó constancia que, en virtud de los acuerdos, corresponderá al legislador resolver el problema relativo a la indisolubilidad del matrimonio (18 de marzo de 1976, página 33).

Pese a ello, es claro que el órgano constituyente no era la Comisión Ortúzar que propuso establecer la declaración profamilia en un Preámbulo; ni tampoco el Consejo de Estado, que la incorporó al artículo primero de la Constitución. El verdadero Constituyente fue la Junta de Gobierno para toda la Constitución de 1980, incluyendo tal declaración favorable al núcleo familiar.

La Junta de Gobierno, en ejercicio de sus potestades constituyentes, promulgó el Acta Constitucional N° 2, que contiene las Bases Esenciales de la Institucionalidad Chilena por el Decreto Ley N° 1.551 de 13 de septiembre de 1976. Se incluyó en el artículo segundo, inciso tercero: “La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento”. Y para que no quedara sombra de dudas de cuál era la intención del Constituyente al promulgar tal reforma, dice esa Acta Constitucional N° 2 en su considerando 4, letra (a): “4. Que entre los valores

esenciales en que estas bases se sustentan, coincidentes con la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de Chile, de 11 de marzo de 1974, cabe destacar: (a) *La concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad* que considera a aquél como un ser dotado de una dignidad espiritual y de una vocación trascendente, de las cuales se derivan para la persona derechos naturales anteriores y superiores al Estado, que imponen a éste el deber de estar a su servicio y de promover el bien común”. “*Dentro de esta concepción, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento, como asimismo, es deber suyo reconocer a los grupos intermedios entre el hombre y el Estado, conforme al principio de subsidiaridad*”.

Así, entonces, el concepto de familia del artículo primero de nuestra Constitución es el de la familia matrimonial y en este punto la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil coincide con la concepción humanista cristiana, que invoca el Constituyente de 1980, el mismo del Acta Constitucional N° 2 y que no se ha desdicho jamás de esta opción fundamental.

*Es esta familia matrimonial —y no cualquier construcción sociológica o antropológica— la que constituye el fundamento del orden institucional de la República*

Se podrá, sin embargo, legislar para palear los males de las “uniones de hecho”, en especial los que causan a los hijos, o para regular los efectos patrimoniales de tales uniones.

Pero en cada una de estas actuaciones legislativas el Estado deberá obrar con prudencia de modo tal que no se oponga a las bases de la familia ni las debilite, en especial las propiedades de unidad e indisolubilidad del matrimonio.

Reducir el concepto constitucional de familia a “un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” (Diccionario de la Real Academia) es violentar abiertamente la clara voluntad del Constituyente y en los hechos es un fraude a la Constitución.

Es cierto que ya no existe desde 1989, en el artículo 57 de la Constitución, la causal de cesación en el cargo de los presidentes de las cámaras o de sus comisiones por haber admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente contraria a la Constitución Política. Pero sigue siendo cierto que conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica del Congreso —en relación al 24— tal deber de declarar inadmisibles la inconstitucionalidad subsiste, aunque sin sanción jurídica directa.

Porque aún, si esos presidentes no declararan inadmisibles tales mociones, siempre será posible que una cuarta parte de una de las Cámaras o el Presidente de la República requieran al Tribunal Constitucional para que resuelva esta cuestión de constitucionalidad en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución.

Finalmente —y razonando estrictamente según el derecho positivo chileno y sin recurrir a claras razones de derecho natural—, si hipotéticamente una mayoría parlamentaria aprobara una reforma constitucional para admitir sólo un “matrimonio disoluble”, ello atentará contra elementales derechos constitucionales de los chilenos que optan u optaren en el futuro por el matrimonio indisoluble.

Conforme al actual derecho chileno, el matrimonio es una institución o si se prefiere decir una institución-contrato. Por ende, en razón del orden público es hoy por hoy posible limitar severamente la libertad de los contrayentes al sellar su compromiso.

Pero si se redujere lo que es por esencia una institución a un mero y simple contrato: ¿En nombre de qué precepto o principio jurídico positivo se impedirá a los chilenos, que lo quieran, hacer uso de la autonomía de su voluntad y pactar civilmente la indisolubilidad?

En la hipótesis del matrimonio mero contrato al establecerse una alianza indisoluble, sus efectos forman parte del patrimonio jurídico de los contrayentes, garantizado por el artículo 19 N° 24, y reforzado por el art. 19 N° 26.

No hay entonces razón de orden público ni de moral para prohibir a quien lo desee comprometerse indisolublemente.

Además, el derecho al matrimonio está declarado en los Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos. Sería una discriminación arbitraria para los que deseen la indisolubilidad el que la autoridad legislativa impusiera a todos los ciudadanos el cauce jurídico único de la disolubilidad, lo que violentará la conciencia de muchos. Esta discriminación no puede apoyarse ni en el orden público ni en la moral, ni tiene asidero en los derechos humanos.

Debe pues, suscitarse el problema de la inconstitucionalidad de un proyecto de ley de divorcio vincular como etapa previa a su discusión parlamentaria.

En este muy serio debate nacional no se debe aceptar impávidamente —y menos de parte de quienes son académicos del ámbito jurídico— que hablen únicamente quienes esgrimen ideas divorcistas y callen los que en deber de conciencia y de estado han de hacerlo con firmeza en defensa de la

familia basada en el matrimonio, uno e indisoluble, piedra angular de nuestra institucionalidad social y política.

JORGE PRECHT PIZARRO\*

\*Profesor de la Facultad de Derecho de las Universidades Católica de Chile y Adolfo Ibáñez.