

## EL DIVORCIO: ¿INCONSTITUCIONAL?

Dentro de las numerosas publicaciones que se refieren a los temas de “familia”, “matrimonio” o “divorcio”, parece no incluido —no obstante el anuncio de la presentación en la Cámara de Diputados de un proyecto divorcista— el punto de la validez constitucional de una ley que permitiera la disolubilidad del matrimonio. Más precisamente, si tal proyecto se ajusta o no a la Constitución Política de la República, texto fundamental, de obligatoriedad general y que quienes ejercen funciones públicas —para quedar investidos de éstas— han jurado o prometido guardarla y hacerla guardar.

Parece ser cuestión no controversial (como muchos autores v.gr.: José Castán Tobeñas, 1976; Manuel Somarriva, 1963; René Ramos, 1992, estimar, entre otros aspectos, lo siguiente:

- a) que el sentido jurídico de la familia es el de personas unidas por el vínculo matrimonial o de parentesco (“La familia requiere de una estabilidad en las relaciones de parentesco, la que genera un ambiente de intimidad, de confianza, de trato personal, relaciones de amor y recíproca gratitud... por su naturaleza misma requiere de aquellas exigencias y está ligada a otra institución que es su forja: el matrimonio”, Williams B., Jaime, en “La familia, institución de derecho natural”);
- b) que las normas de los derechos relativos a la familia, en que predomina el interés social y no el individual, son de orden público, imperativas e indelegables, de condición superior y distinta a las regidas por el principio de la autonomía de la voluntad;
- c) que el matrimonio, en Chile, es y ha sido siempre indisoluble, incluso después de la dictación de la ley laica de Matrimonio Civil, de 10 de enero de 1884; y
- d) que el matrimonio no es un mero contrato sino que una institución, como lo sostuviera en este siglo el profesor de Derecho francés Carlos Lefebvre (“...existencia de dos personas; idea directriz en consecución de un bien común; autoridad y estabilidad, individualidad objetiva propia, no poder o independencia de las partes...”, Larraín R., Hernán, “Naturaleza jurídica del matrimonio”).

Tales realidades se tuvieron presentes, entre otras, en la elaboración del texto de la Constitución Política vigente, la cual optó claramente por señalar, entre las bases de la institucionalidad, que *la familia es el núcleo fundamental de la sociedad* (Art. 1º inc. 2º C.P.) y que es deber del Estado *dar protección... a la familia, propender al fortalecimiento de ésta* (Art. 1º inc. 5º C.P.); a

lo cual se agregan otras disposiciones como la que asegura el derecho “a la honra de la persona y de su familia” (Art. 19 N° 4 C.P.); que “los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos” (Art. 19 N° 10, inc. 3° C.P.) y que los “padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos” (Art. 19 N° 11, inc. 4° C.P.).

Ya al iniciarse el trabajo de elaboración de la Constitución, los miembros de la Comisión de Estudio tuvieron en vista la necesidad de consignar “la protección ...a la familia”, “ideas relativas a la familia, célula básica de la sociedad” (E. Ortúzar, sesión 17, págs. 7 y 11. Intervenciones en igual sentido de la casi totalidad de los juristas comisionados). Preocupación compartida a través de todas las distintas etapas de la génesis del texto hasta culminar en las normas consignadas precedentemente.

Esto es así en diversos otros textos y es también distinto en algunas Constituciones Políticas que optan, en la materia, por un criterio subjetivo, por tanto desconocedor de la ley natural y sus valores. Por ejemplo, las de El Salvador, de 1983; de Haití, de 1987 (El Estado “...debe igual protección a las familia, sea que se hayan constituido o no por los vínculos del matrimonio”); de Nicaragua, de 1986 (“El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidas por el Estado”), o de Colombia, de 1991, según señala en ponencia reciente el profesor Hernán Corral T. (“¿Familia sin matrimonio? o ¿Familia sin familia?”).

Al contrario, la Constitución chilena no es neutral ni imprecisa o contradictoria frente al tema de la familia ni lo es, consiguientemente, respecto del matrimonio estimado como base fundamental y sólida de ésta. Tendiendo las disposiciones fundamentales chilenas al bien general, no han podido sino consagrar, al respecto, normas que son de derecho natural y que pertenecen, por lo tanto, a la naturaleza permanente de las personas, independientes de tendencias transitorias. Una simple lectura de sus disposiciones y una comparación con los antes citados así lo demuestra.

Por lo demás, que el constituyente chileno haya reafirmado tal criterio de robustecimiento de la familia no es novedad, en cuanto reconoce un valor permanente, con larga —y generalmente indiscutida— tradición jurídica y que sin necesidad de recurrir a mayores encuestas, corresponde al sentir inmensamente mayoritario, “...contexto, ampliamente compartido por la población” como atinadamente se consigna en la “Declaración sobre la familia y el divorcio” suscrita por destacadas personalidades públicas.

Así entonces, frente a tan claras disposiciones constitucionales, que como pocas reafirman los valores propios, aunque no exclusivos, de la nación chilena, cabe concluir que los poderes públicos y sus integrantes

deberán tener presente la inconstitucionalidad de una eventual ley de divorcio con disolución de vínculo y que podrán, así, dentro de sus competencias y obligaciones, ejercer todas las iniciativas y todos los derechos que resguarden el respeto y protección de la familia y el matrimonio. Incluso considerando, si así fuera el caso, que el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio pueden requerir del Tribunal Constitucional, para que éste ejerza su atribución de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de tal proyecto.

SERGIO CARRASCO DELGADO\*

\*Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción.