

CATÓLICOS, MATRIMONIO Y DIVORCIO (1810-2003)

Primera Parte*



Jorge Precht P.
Profesor Facultad de Derecho
P. Universidad Católica de Chile



El matrimonio y su régimen jurídico en el Chile Republicano hasta el día de hoy

Cuando Chile se independiza, rigen en el país las leyes españolas, enteramente compatibles con el derecho canónico, tanto más cuanto los decretos del Concilio de Trento eran obligatorios civilmente en los Estados de la Corona Española.

Por influjo de las ideas liberales, comenzaron a erosionarse esos principios desde mediados del siglo XIX.

Ya en 1855, al dictarse el Código Civil, redactado por Andrés Bello, el Arzobispo de Santiago Rafael Valentín Valdivieso objetó como contrarios a los fueros de la Iglesia los artículos 104, 126 y 128 del Código Civil sobre materias matrimoniales. El artículo 102 definía ya el matrimonio como un contrato, introduciendo el elemento de la libertad contractual, germen que irá horadando el sistema canónico hasta nuestros días.

Los artículos 104, 126 y 128 impulsieron a la autoridad eclesiástica la observación de ciertos impedimentos no contenidos en la legislación canónica¹. Ante el problema, el Arzobispo Valdivieso envió una larga y erudita nota, firmada también por los obispos de La Serena y Concepción, poniendo reparos a estos y otros artículos, pero el proyecto de ley se encontraba ya promulgado.²

Con todo, el Código de 1855 mantuvo en general la legislación canónica en el artículo 117: "El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas". Por su parte, el artículo 103 agregaba: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensas de ellos".

Además, el Código de Bello no sólo reconocía el matrimonio religioso canónico, sino el matrimonio de los no católicos en su artículo 118. Éste se celebra ante el competente sacerdote católico y dos testigos, pero el celebrante operaba en este caso como ministro de fe, y no debía cumplirse con ningún rito o solemnidad del matrimonio católico.

El matrimonio de los no católicos venía siendo celebrado hasta esa fecha en los barcos extranjeros surtos en Valparaíso o Concepción en presencia de un mi-

nistro de su confesión. Por lo demás, el número de extranjeros y el de no católicos era en extremo reducido entre 1810 y 1855.

Esta práctica de casarse en los barcos había sido extendida al caso de matrimonio entre un católico y un extranjero no católico, lo que produjo la promulgación de un edicto del Vicario Capitular, José Alejo Eyzaguirre, que fue presentado para la sede arzobispal de Santiago en mayo de 1844, renunciando a esa candidatura en 1845. Este edicto era contra los que, sin observar las leyes de la Iglesia, contraían matrimonio en Valparaíso, a bordo de buques extranjeros, con protestantes y ante el ministro o pastor de su secta. Estos matrimonios eran nulos y el cónyuge católico incurría en censuras eclesiásticas por comunicación in divinis con los no católicos.³

Respecto al artículo 118, algunos entendieron que, puesto que cómo se hablaba de "los que profesaban una religión diferente de la católica", no se incluía a los que no tenían religión, pero hubo acuerdo entre el poder civil y el eclesiástico en que éstos quedaban incluidos en dicha frase⁴ y así se procedió hasta 1884. Así, entonces, entre 1855 y 1884 hubo prácticamente pleno reconocimiento del matrimonio canónico y parcial del matrimonio religioso no católico, compatible con el régimen de unión entre la Iglesia Católica y el Estado establecido en la Constitución de 1833. Asimismo, existió una especie de matrimonio civil para los que no profesaban fe religiosa.

En 1884, se produjo un cambio fundamental al introducirse no sólo el matrimonio civil, sino el **matrimonio civil obligatorio**. Nótese, entonces, que lo que crea el problema no es la existencia del matrimonio civil (incompatible por lo demás con la unión Iglesia - Estado vigente entre 1833 y 1925), sino la imposición legal a los católicos de celebrar un matrimonio civil a quienes profesan una fe religiosa y ven en el matrimonio un sacramento, lo que crea hasta nuestros días un grave problema aún no resuelto.

La ley de matrimonio civil de 16 de enero de 1884 tuvo una larga tramitación que se inició el 8 de junio de 1868 con una moción de Manuel Antonio Matta, Pedro León Gallo y Domingo Arteaga Alemparte, sobre establecimiento del Registro Civil. El 3 de junio de 1874, Ricardo Letelier, presentó un proyecto sobre ese sujeto que comprendía un capítulo sobre matrimonios. En 1883, se comenzó a discutir la futura ley sobre el matrimonio civil que vino a ser pro-

mulgada sólo el 10 de enero de 1884.

Destacaron entre los promotores del proyecto don Ricardo Letelier, Miguel Luis Amunátegui y Enrique Mac-Iver. En contra argumentó Melchor Concha y Toro. Apoyando el proyecto por el Gobierno, amén del Presidente Domingo Santa María, estuvieron el Ministro del Interior José Manuel Balmaceda y el de Relaciones Exteriores y Culto José Ignacio Vergara. El primer artículo reconoce como único matrimonio válido y eficaz el civil, el segundo da competencia y jurisdicción exclusiva a los tribunales civiles para conocer de los juicios sobre validez y nulidad del matrimonio; y el tercero extiende la competencia y jurisdicción aun a los juicios relacionados con matrimonios contraídos con anterioridad a la ley.

La imposición de un matrimonio único y civil fue enormemente resistida. Por de pronto, la Iglesia señaló que esta ley "tendría consecuencias sociales fatales y que todo matrimonio celebrado por católicos fuera de las prescripciones del Derecho Canónico sería nulo, y por tanto concubinato".⁵

Ya el 20 de noviembre de 1874, los cuatro obispos chilenos de entonces habían entregado un edicto al clero y fieles de todo Chile, en el cual se decía: "la formación de la familia no es cosa que se haya fiado al poder soberano de las naciones para que con sus leyes disponga lo que juzgue más conveniente a la propagación de la especie humana, con la misma libertad que un ganadero arregla sus rebaños (...). Si se entiende por matrimonio civil la unión conyugal que no emana del sacramento; eso no será más que un concubinato protegido por la ley; pero jamás el modo legítimo de formar la familia".⁶

La Iglesia no apoyó la ley de matrimonio civil, sino todo lo contrario.

Sin embargo, la ley aprobada era conciliable con la enseñanza católica sobre el matrimonio, pues seguía sosteniendo la indisolubilidad del matrimonio, no adoptaba el divorcio vincular y las causales de nulidad eran estrictas, aunque no coincidieran con las causales canónicas.

La dualidad del régimen impuesto no necesariamente impedía la pastoral de la Iglesia para lograr que los católicos que se casaran únicamente por la ley civil pudieran regularizar su acción contrayendo la unión sacramental con posterioridad y, como la ley aproba-

da en 1884 no imponía el matrimonio civil anterior al religioso, bien pudo la Iglesia seguir el criterio del obispo de La Serena quien, en circular de 11 de agosto de 1885, dijo: "Después de haberos desposado en la iglesia, andad sin demora o lo más pronto que podáis a la oficina del Registro Civil, porque también éste es vuestro deber. Un buen católico debe tener por norma de conducta obedecer todas las leyes de la Iglesia y también las del Estado, cuando se pueden obedecer sin contradecir la conciencia".

Este criterio pastoral de Monseñor Orrego fue objetado por las autoridades de Santiago y Valparaíso y esa circular no se publicó en los diarios de estas ciudades. Por el contrario, entre 1885 y 1940 fueron numerosos los párrocos que desincentivaron el contraer matrimonio civil como si éste fuera un pecado.

La extrema pasión de los dignatarios civiles y eclesiásticos terminaron por impedir cualquier acuerdo y la familia popular se desintegró sea porque no se casaba o lo hacía sólo ante la Iglesia. En los más instruidos se dieron casos de bigamia (unión religiosa distinta de la unión civil) o varias uniones civiles previo nulidades fraudulentas, sin matrimonio religioso, como sucede hasta hoy en día.

A este respecto escribirá Abdón Cifuentes en sus Memorias: "Convertido el concubinato en matrimonio amparado por la ley y convertido el matrimonio católico en mero concubinato desconocido por la ley, no tardaron en manifestarse las desastrosas consecuencias de este violento trastorno en las costumbres cristianas de nuestro país. Una buena parte de las clases elevadas continuó casándose solo católicamente en odio al Registro Civil; la clase obrera y los proletarios que nada tienen que ganar ni perder con registrar sus matrimonios hicieron lo mismo.

Pero éstos advirtieron luego que puesto que el matrimonio católico no existía para la ley, nada era más fácil que volverse a casar con otra (mujer) ante el Oficial Civil y comenzaron a ensayar esta facilidad ofrecida por la ley a su bigamia, esta prima ofrecida a la maldad de los maridos para abandonar a sus mujeres y a sus hijos legítimos ante la conciencia y contraer nuevos lazos con una concubina y como hay muchos oficiales civiles poco escrupulosos para sus informaciones matrimoniales nada es más frecuente que encontrar esos tenorios del pueblo que después de casarse católicamente se han casado civilmente con otras y otras".⁷

Es Monseñor José María Caro quien ya en La Serena y luego en Santiago, retoma la postura de Monseñor Orrego. Pero como se había penalizado en 1930 la celebración del previo matrimonio religioso si no era seguido, dentro de ocho días, por la celebración del matrimonio civil, los Nos. 438 y 439 del Concilio Plenario Chileno dispusieron desde 1946 lo siguiente: "438: Antes que se celebre un matrimonio ha de constatar que se hará la inscripción civil; con más razón, si hay algún obstáculo para dicha inscripción y en primer lugar, el impedimento de estar ligado civilmente con otra persona. En estos casos, el párroco recurra al Ordinario; quien debe proceder con mucha cautela; 439: No preceda la inscripción civil al sacramento del matrimonio. Pero, si la precedencia fuera alguna vez necesaria, se ha de procurar diligentemente que, cuanto antes, se celebre el matrimonio ante la Iglesia y mientras tanto, no les es lícito cohabitar a los cónyuges".

Por tanto, a la no valorización del matrimonio religioso en 1884 por parte del poder civil, se respondió con la desvalorización del matrimonio civil por parte de la Iglesia Católica.

En los primeros años, esta política eclesiástica dio sus frutos. En 1884, última fecha de vigencia del matrimonio religioso, se celebraron 17.882 matrimonios. En cambio, en 1885, el número de matrimonios civiles fue sólo de 5.200, porque muchas personas uniéndose por el vínculo religioso no aceptaron unirse por el matrimonio civil (incluso indisoluble), ya que se les había hecho creer que repugnaba a sus conciencias. Esta situación, que creó numerosos hijos ilegítimos ante la ley, perduró como está dicho hasta 1940. Pero hay que ver el contexto en que esta lucha se dio. En 1884, cuando el "laicismo" predominaba entre sectores dirigentes, la Iglesia era perseguida. Las sedes episcopales estaban vacantes; eran expropiados los diezmos por la ley de conversión de 1853 y el Gobierno no cumplía sus obligaciones del presupuesto del culto: se negaba a pagar las rentas a los vicarios capitulares de Santiago y Concepción, suprimía las asignaciones a los seminarios; no proveyó ninguna de las canonjías vacantes en los cabildos diocesanos y, aún más, amenazaba con la confiscación de los bienes de los regulares.

A ello se sumó lo que observaba Abdón Cifuentes: "Para completar la Ley de Matrimonio Civil vino el 17 de julio del mismo año 84, la Ley del Registro Civil, que arrebató a los párrocos el registro legal de

los matrimonios y de las defunciones y los pases para el cementerio que antes estaban confiados a ellos, privándolos de las entradas que vivían y sostenían el culto. De esta manera los curas quedaron reducidos a la miseria".⁸

No era precisamente un Estado dialogante el que imponía esas leyes, sino como recordará en 1925 Roberto Peragallo la ley de matrimonio civil de 1884 fue el producto de un Congreso compuesto de funcionarios públicos a sueldo de un gobierno laicista.

Como está dicho, primitivamente no hubo obligación de celebrar antes el matrimonio civil que el matrimonio religioso. La indicación de Francisco Puelma, formulada el 2 de enero de 1884, en ese sentido, fue rechazada y el propio Ministro del Interior, José Miguel Balmaceda, señaló que "desde el instante en que la ley obligara a los creyentes a proceder civilmente primero, en la celebración del matrimonio, pueden levantarse desagradados; protestas que hoy están condenadas a caer en el vacío... La Cámara de Diputados tuvo muy en consideración el propósito inquebrantable de dar al país una ley de matrimonio civil, que fuera perfectamente inofensiva para la fe religiosa, cualquiera que ésta sea y la forma en que ella se produzca".

Pero a la prudencia de Balmaceda sucedió un espíritu antirreligioso y anticlerical.

La precedencia obligatoria del matrimonio civil sobre el matrimonio religioso sólo vino a establecerse por la ley 4.808 del 10 de febrero de 1930, sobre Registro Civil (indicación de Rudesindo Ortega), previas las mociones fracasadas de Guillermo Rivera en 1903, Enrique Barbosa en 1915 y de los demócratas miembros del partido homónimo en la Cámara de Diputados de 1915.

Es nuestro actual artículo 43 de la ley de Registro Civil.⁹

En general, y salvo contadas ocasiones en que el problema se resolvió sin agotar la vía judicial, la precedencia en los hechos del matrimonio religioso no fue penalizada y desde la década de 1940 los párrocos comenzaron a pedir la inscripción civil previa (o al menos el compromiso formal de efectuarla) a la celebración del matrimonio religioso, con lo cual el problema del doble matrimonio encontró una solución de compromiso que dio al país sesenta años de paz

religiosa como consecuencia de la prudencia del primer cardenal chileno, José María Caro, y de los gobiernos radicales de los años '40.

Pero, el mal para la familia chilena ya estaba hecho. El matrimonio civil en nuestros días disminuye constantemente: 1990 (100.000); 1992 (91.000); 1993 (93.000); 1994 (92.000); 1995 (87.000); 1996 (81.000). En 2001, se inscribieron 64.153 matrimonios con una población de 15.116.435 habitantes, en tanto en 1961 con cerca de 8 millones se efectuaron 57.314 matrimonios.

Por último, los datos entregados por el Director del INE don Máximo Aguilera el martes 25 de marzo de 2003, demuestra que entre 1992 y 2002 el porcentaje de casados desciende de 51,8% en 1992 a 46,2% en el año 2002.

En tanto que el promedio de hijos en la década del '50 era de 4,6 hijos, hoy lo es de 2,2. Las nulidades civiles aumentaron un 104% en el período 1980-1998. Roberto Méndez, el Presidente de Adimark, interpretando el último censo, afirmó que en el 2002 en Chile había 300 mil niños menos que en 1992 y que cada año que pasa diez mil mujeres menos dan a luz.¹⁰

Lo propio pasa con el matrimonio canónico que disminuye constantemente, como desciende la tasa de natalidad entre los católicos, en un país, en que aún el 70% de la población, sigue considerándose como integrante de esa fe religiosa, según el censo del 2002.

Con todo, en la Encuesta Nacional de Iglesia de la Conferencia Episcopal de Chile, se afirma que: "El matrimonio religioso se vuelve a generalizar entre los católicos y arroja esta vez una diferencia entre católicos pasivos y no creyentes; dos de cada tres católicos pasivos han tenido un matrimonio religioso, mientras que algo menos de uno de cada dos no creyentes se ha casado según el rito católico (lo que confirman los datos de la incongruencia conyugal que caracteriza al grupo de no creyentes)¹¹.

2. La Constitución de 1980 y una ley de divorcio vincular. La inconstitucionalidad de dicha ley "in limine"

Se ha dado por supuesto que el divorcio cae en el ámbito de la ley. En su favor se ha citado básicamente la sesión 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y el Informe de la Comisión Na-

cional de la Familia, asesora del ex Presidente Patri- cio Aylwin, en el cual se afirma: "No deja de sorpren- der, en todo caso, que en ninguna parte, ni siquiera en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se haya dejado constancia de qué se entendía por tal (por familia), más aún cuando no existe una definición en la legislación civil, a no ser una funcional en relación al ejercicio de un derecho real (de uso). De esta forma, el constituyente deja abierta la posibilidad que sea la sociedad en cada momento histórico, la que defina qué entiende por familia y cómo se harán efectivas muchas de las aspiraciones programáticas consagradas por la Constitución. Aun cuando la legislación civil realiza una prolija regula- ción del matrimonio, lo ya señalado lleva a afirmar que el constituyente no identifica necesariamente fam- ilia con matrimonio. Lo anterior no significa que se desconozca la especial ligazón que los une; pero deja abierta la posibilidad para que se proteja a otros tipos de familia"¹².

La falacia de tal conclusión salta a la vista¹³. Si la familia es el "núcleo fundamental de la sociedad" como dice el artículo 1º de la Constitución, "no parece razonable suponer—sostienen Pedro Morandé—, que las bases fundamentales del ordenamiento institucional tengan como estructura soportante una institución nacida de la unión de hecho de dos perso- nas y que puede ser modificada por ellos a voluntad, aun cuando se revista esta modificación con ciertos resguardos legales... Lo que hace una ley de divorcio —agrega—, precisamente, es transformar el matrimo- nio en una unión de hecho, aunque regulada en algu- nos de sus efectos, puesto que las partes, por mutuo consentimiento o en forma unilateral pueden poner término a la unión".¹⁴

Por el contrario, sólo la familia fundada en el matri- monio indisoluble es el único tipo de sociabilidad humana que puede decirse que es "el núcleo funda- mental de la sociedad", puesto que es el ámbito de personalización por antonomasia: la única que pue- de, en principio, asegurar el pleno desarrollo material y espiritual humano que constituye el bien común, al cual el Estado tiene el deber de contribuir, según dice el artículo primero de la Constitución.

Por tanto, del mencionado texto se deriva que otros tipos de asociación humana no son "familia" en el sentido querido por el constituyente, sin perjuicio de que tales uniones convivenciales puedan ser objeto de medidas de protección en sí mismas o en las per-

sonas que las componen, sin que dichas protecciones deban afectar el deber fundamental de proteger “la familia”. En consecuencia, una asimilación jurídica entre la familia matrimonial y estas otras sociabilidades —como hace la ley de divorcio vincular—, no puede sostenerse que “protegen la familia”.

Porque no son “familias” en el sentido jurídico para la interpretación del artículo primero ni las uniones de hecho, ni las uniones producto de recomposición con los restos de uno o varios matrimonios fracasados, ni las de carácter monoparental, ni las asociaciones fundadas en uniones homosexuales. Podrán incluso constituir “hogar”, pero no son jurídicamente una familia, no pueden ser equiparadas en protección jurídica a la familia. De ello deriva que todo proyecto de ley que para hacer frente a las rupturas matrimoniales asimilara a la familia matrimonial a otras uniones convivenciales es inconstitucional por omisión, pues no cumple con el mandato constitucional de “proteger a la población... a la familia” y de “propender al fortalecimiento de ésta”.

Ello se refuerza si se hace un análisis del resto de los artículos de la Constitución que se refieren a la familia. A saber, el 19, N°4: respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. Y cuando se quiso dar una protección más amplia se refirió el constituyente al “hogar” que se declara inviolable (19, N°5) y a “los padres” que tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos (19, N°10) y el derecho preferente de escoger el establecimiento de enseñanza para ellos (19, N°11) y a “los ascendientes y descendientes” y el artículo 19 N°7 letra *f* señala que “nadie podrá ser obligado en las causas criminales a declarar en contra de sus ascendientes, descendientes o cónyuge”.

Es por esta razón que existe toda una legislación civil que protege a la familia matrimonial y una legislación penal que castiga la bigamia (art. 382, del Código Penal CP); el conyugicidio (parricidio) (art. 390, CP) y el abandono del cónyuge desvalido (art. 352, CP).

Que tal es el sentido de familia, lo demuestra la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema del 14 de diciembre de 1982, en el considerando primero del voto disidente: “preceptos de orden público son todas las leyes de derecho privado que se refieren al estado de las personas y dentro de ellas, las concernientes al estado de casado y su extinción, puesto que

el matrimonio es la base de la familia y su resguardo es de interés público; de tal modo que el Código Penal, en el Párrafo 10 del Título VI del Libro II castiga a las personas que contraen matrimonio inválido y a los funcionarios que lo autorizan, empezando en el artículo 382 por sancionar al que “contrajera matrimonio estando válidamente casado”¹⁵.

A su vez, en el recurso de casación fallado el 14 de diciembre de 1992, la Corte Suprema afirma: “El matrimonio, más que un contrato civil como se contempla en nuestra legislación, es una “institución”, dado el alcance y protección del mismo en cuanto conforma la base de la familia, por ende, de la sociedad”.

Otra conclusión en idéntico sentido expresa: “ Este concepto se encuentra recogido en el artículo 1° de la Constitución Política de la República y se desarrolla a través del llamado ‘Derecho de Familia’, que regula la relación personal y patrimonial entre los cónyuges y las de éstos con los hijos comunes. En consecuencia, todo lo relacionado con el matrimonio conforma el orden público familiar, en el cual, como es natural, tiene interés la sociedad toda, más allá del que pueden hacer valer los interesados directamente”¹⁶.

Por lo tanto, es un despropósito señalar, como lo hace la Comisión de la Familia, que la sociedad pueda, en cada momento histórico, definir qué se entiende por “familia”, lo que crearía una absoluta inseguridad jurídica y un concepto jurídico indeterminado. Puede imaginarse dónde iríamos a parar si aceptáramos que, en cada momento histórico, la sociedad pudiera definir qué se entiende por “persona humana”¹⁷.

Puede comprenderse fácilmente, entonces, como siete ministros de la Corte Suprema (señorita Morales, señores Galvez, Rodríguez, Pérez, Espejo, Medina y Oyarzún) hicieron, el 14 de julio de 2003, una prevención en el oficio respuesta del Alto Tribunal al Senado del siguiente tenor: “Se previene que los ministros hacen constar que, en su opinión, el proyecto de ley que es objeto de su informe, en cuanto permite disolver el vínculo mediante sentencia judicial originada por la acción de divorcio de los cónyuges, contraviene la voluntad expresada en el artículo primero de la Constitución Política de la República, de proteger la familia reconocida en aquella como núcleo fundamental de la sociedad, como asimismo, el deber y finalidad del Estado a ese respecto, de estar al servicio de la persona humana y de promover el bien co-

mún, creando las condiciones que permitan a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual posible. Esa voluntad del Constituyente se vulnera porque, no obstante reconocer el proyecto que el matrimonio es la base principal de la familia, crea un medio para su destrucción, como lo es el divorcio vincular entregado a la voluntad de los cónyuges e, incluso, de uno solo de ellos, sin considerar que la base fundamental de la familia es el matrimonio indisoluble que define el actual artículo 102 del Código Civil, indisolubilidad que es de la ley moral natural impresa en la naturaleza del ser humano y anterior a la misma sociedad”¹⁸.

La postura que he defendido desde siempre es que todo proyecto de ley de divorcio vincular es un “fraude a la Constitución”, porque vacía de contenido el concepto mismo de la familia consagrado en el artículo primero del Texto Constitucional.

El argumento de constitucionalidad de la ley en cuestión, de los partidarios de ella, se basa en la sesión 191 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución en la que se dejó constancia que corresponderá al legislador resolver el problema relativo a la indisolubilidad del matrimonio (18 de marzo de 1976, p. 33).

Pero el Constituyente no es la Comisión Ortúzar, ni el Consejo de Estado, sino la Junta de Gobierno que en ejercicio de sus potestades constituyentes promulga el Acta Constitucional N°2, conteniendo las bases esenciales de la Institucionalidad Chilena, por el decreto Ley N°1.551 del 13 de septiembre de 1976 en que se incluye 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 quede sombra de dudas de cuál es la intención del Constituyente al promulgar tal reforma constitucional dice el Acta Constitucional N°2, en su considerando 4, letra a: “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 aquel como un ser dotado de una dignidad espiritual y de una vocación trascendente de las cuales se derivan para la persona derechos naturales y superiores del 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 subsidiariedad”.

Estas declaraciones del Constituyente, extraídas del iusnaturalismo católico, que se encuentran en las Encíclicas Sociales del Magisterio Católico y en las páginas de Jean Maritain¹⁹, no dejan duda alguna de qué concepción de persona, de familia y sociedad tiene el Constituyente.

Por ello, escribí en 1994: “Así, entonces, el concepto de familia del artículo primero de nuestra Constitución es el de familia matrimonial y en este punto la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil coincide con la concepción humanista cristiana, que es la misma del Acta Constitucional N°2 y que no se ha desdicho jamás de esta opción fundamental... La familia que se debe proteger es este sentido de familia. Es esta familia –y no cualquier concepción sociológica o antropológica– la que constituye el fundamento de orden institucional de la República. Se podrá sin duda legislar para palear los males de las “uniones de hecho”, en especial los que se causan a los hijos, o para regular los efectos patrimoniales de tales uniones. Sin embargo, en cada una de estas actuaciones el Estado deberá hacerlo de modo tal que no se ponga o debilite las bases de la familia, tal como entiende el matrimonio el Código Civil, esto es, con las propiedades de unidad e indisolubilidad”. Por ello repito que una ley de divorcio vincular es un “fraude a la Constitución”²⁰.

Tal es el sentir no sólo de numerosos constitucionalistas sino también el de importantes hombres públicos del país que en una declaración emitida el 26 de junio de 1994 señalan que “cualquier legislación que establezca la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído” es contraria a la Constitución y perjudicial al país.²¹

En síntesis. Un proyecto de divorcio vincular vacía de contenido el concepto de familia, convirtiéndolo en un “flatus vocis”. Hay inconstitucionalidad por omisión en el conjunto del proyecto (en relación a un deber constitucional explícito del Estado de proteger a la familia fundada en el matrimonio indisoluble). Por eso suscribo lo afirmado por Francisco Cumplido Cereceda, en el sentido que “aprobar el matrimonio disoluble que no sea por la muerte de uno de sus cónyuges, es contrario a la racionalidad y a la justi-

cia; aprobar el divorcio con disolución de vínculo con efecto retroactivo es considerar al matrimonio y a la familia como valores inferiores a la propiedad, ya que el legislador no puede dictar leyes que afecten contratos patrimoniales celebrados con anterioridad a su vigencia. Los matrimonios celebrados hasta la fecha se han realizado a través del libre consentimiento, mediante un contrato solemne, que une a un hombre y a una mujer por toda la vida y hasta que la muerte los separe, con fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente. El legislador no puede afectar en la esencia ese contrato y transformarlo, por virtud de la ley, en otro"²².

Así, entonces, todo proyecto de ley que contenga el divorcio vincular es inconstitucional bajo la Constitución de 1980, "in limine", esto en el "mismo umbral", aún sin entrar a examinar el contenido de los artículos que lo componen.

* El autor, a solicitud nuestra, accedió gentilmente a elaborar este artículo, señalándonos al entregarlo que él corresponde sólo a la primera parte del tratamiento del tema. Nos propuso publicar la segunda parte en el número siguiente de la revista.

- 1 Jacinto Chacón, "Exhortación razonada y estudios comparativos del Código Civil chileno", tomo I^o, página 107.
- 2 Carlos Silva Cotapos (Obispo de la Serena), "Historia Eclesiástica de Chile", Santiago, Imprenta San José, 1925, pp. 291 y 292.
- 3 Carlos Silva Cotapos, Ob. Cit., p. 248.
- 4 Manuel Somarriva Undurraga, "Evaluación del Código Civil Chileno", Santiago, Editorial Nascimento, 1955, p. 40. Véase la intervención de Abdón Cifuentes y Monseñor Valdivieso en Abdón Cifuentes, "Memorias", Santiago, Editorial Nascimento, 1936, tomo I, pp. 419 y 420.
- 5 Véase Sol Serrano en Ricardo Krebs y otros, "Catolicismo y Laicismo", Santiago, Ediciones Nueva Universidad, 1981, p. 173.
- 6 Boletín Eclesiástico, 1874, tomo V, p.991
- 7 Abdón Cifuentes, Ob. Cit., tomo II, pp. 305 a 307
- 8 Abdón Cifuentes, Ob. Cit., tomo II, p. 207
- 9 Transcribo a continuación el artículo 43 de la Ley 4.808, vigente hasta el día de hoy:

"Si se celebrare un matrimonio religioso sin que le haya precedido el matrimonio ante el Oficial del Registro Civil correspondiente, deberán los esposos contraer este último antes de expirar los ocho días siguientes a la expiración del primero, salvo el caso de impedimentos o prohibiciones legales".

"Si no se cumpliera la obligación impuesta por el inciso anterior, el responsable será castigado con multa, a beneficio fiscal, de diez centavos a un escudo. Si el matrimonio civil se efectuare después de los ocho días a que se refiere el inciso primero, pero antes de iniciarse el procedimiento criminal, el juez, regulará prudencialmente la pena y hasta podrá remitirla".

"Si dentro del plazo de diez días, contado desde aquel en que quede ejecutoriada la sentencia que imponga la multa en conformidad a este artículo, los esposos no celebraren el matrimonio civil, no existiendo impedimentos o prohibiciones legales, aquel por cuya oposición no pudiere celebrarse, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados".

"En todo caso, podrán celebrarse ante cualquier oficial del Registro

Civil, dejándose testimonio de esta circunstancia en la inscripción correspondiente".

"En la misma pena de presidio menor en cualquiera de sus grados incurrirán los que, a sabiendas o sin justa causa de error hayan contraído matrimonio religioso, y no puedan celebrar el civil por tener impedimentos o prohibiciones legales".

"Las acciones que nacen de este artículo sólo pueden ser ejercitadas por el contrayente ofendido, por su representante legal, por los oficiales del Registro Civil y por el ministro público".

"La acción penal prescribirá en cinco años".

"Será competente para conocer de estos juicios el Juez de Letras en lo Criminal del departamento en que el infractor responsable tuvo su domicilio en la fecha de su matrimonio religioso".

Debe tenerse también en consideración el artículo 388 del Código Penal: "El funcionario eclesiástico o civil que autorice matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan llenado las formalidades que ella exige para su celebración, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

- 10 El padre Alberto Hurtado había visto este descalabro. Así en el documento *Chile, lejano desconocido* expresaba: "La inmoralidad cunde en forma alarmante. Hemos estudiado la curva de la disolución del hogar en Chile y ésta asciende rápidamente. Tenemos la impresión por antecedentes que obran en nuestro poder y que sería largo de detallar que, no más del 50% de las uniones matrimoniales han sido bendecidas por la Iglesia. En Chile no existe el divorcio con disolución de vínculos, pero hay una estrategia jurídica que en la práctica la reemplaza. Es la disolución del matrimonio civil por incompetencia del oficial que autorizó el matrimonio. Esto es un campo abierto a la mentira y al perjurio".

Y luego en su obra "¿Es Chile un país católico? dirá: "Cuando se intenta legitimar los hogares ¡con qué dificultades tropieza! Dificultades acrecentadas enormemente por esa ley, uno de los mayores atentados contra la patria, la ley de matrimonio civil que viene a complicar la vida de los pobres y ley, además de atropellar la conciencia desconoce en absoluto la psicología de nuestro pueblo. Si llegásemos a dar valor civil al matrimonio religioso cada uno según su conciencia, dejando el matrimonio meramente civil para los que no tengan confesionalidad religiosa; ¡cuántos problemas se ahorrarían! La actual ley de matrimonio es un crimen contra la patria (Alberto Hurtado, "Obras completas", Santiago, Dolmen Ediciones, Santiago, segunda edición, abril 2003, tomo I, pp. 118 y 119).

- 11 Dirección de Estudios Sociológicos - Instituto de Sociología- Pontificia Universidad Católica de Chile, 2001, página 5.
- 12 Servicio Nacional de la Mujer, octubre, 1993, p. 6
- 13 Defendiendo la inconstitucionalidad de una ley sobre divorcio vincular puede verse: Alejandro Silva Baseañán, "El divorcio ante el derecho Constitucional", en *Controversia sobre la Familia y Divorcio*, Santiago, 1997; Jorge Precht Pizarro, "Constitucionalidad y divorcio vincular", en *Trayectoria*, Universidad Adolfo Ibáñez, año II, n.º15, mayo 1994, también publicado en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, nros 53/54, 1993, pp. 147 y ss; Jorge Reyes Zapata, tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica (PUC), noviembre de 1998; Raúl Bertelsen Repetto, "Constitución e indisolubilidad conyugal en "El Divorcio ante el Derecho. Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, Santiago, julio 1991, pp. 79 a 91; José Luis Cea Egaña, "La familia en nuestra Constitución", en *Seminario sobre matrimonio y familia*, Facultad de Derecho, PUC, agosto 1996, p. 119; Francisco Cumplido Cereceda, "Las cosas por su nombre: Divorcio con disolución de vínculo", en *El Mercurio*, 10 de marzo de 1996, cuerpo D, pp. 34 y 38; del mismo autor, "Vida, matrimonio y familia" en *El Mercurio*, 19 de julio de 2002; Enrique Navarro Beltrán, "Divorcio inconstitucional", en *La Segunda*, 12 de febrero de 1997; Pedro Morandé Court, "La familia como fundamento del orden constitucional", conferencia dictada con motivo de la inauguración del año académico 1994, Facultad de Derecho, PUC; Eduardo Soto Kloss, "La Familia en la Constitución política", en *Revista Chilena de Derecho*, PUC, vol 21, n.º 2, 1994, pp. 218 y ss; Jaime Silva Mac Iver, "El derecho a procrear en el ordenamiento constitucional chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, PUC, vol 21, n.º 2, 1994, pp. 300 y ss. Asimismo, Hernán Corral

Talciani, "Constitución pareja y familia", en El Mercurio, noviembre de 1995, cuerpo A, p. 2; Héctor Riesle Contreras, "La familia y su fortalecimiento", en El Mercurio, 10 de diciembre de 1995, cuerpo A, p. 2; Alejandro Guzmán Brito, "Matrimonio indisoluble o unión disoluble matrimonial", en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, vol. XVI, 1995, pp. 225 y ss.

- 14 Pedro Morandé, conferencia citada, pp. 4 y 5.
- 15 Revista Gaceta Jurídica, n° 33, Santiago, 1982, p. 24.
- 16 Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIX, n°3, septiembre-diciembre, pp. 188 y ss.
- 17 Este vaciamiento conceptual del vocabulario valórico es propio de la revolución cultural de Gramsci y del New Age en su sincretismo. Recientemente el Consejo Pontificio para la Familia elaboró un Lexicón que muestra en casi mil páginas el uso ideológico y malicioso de términos en materias de familia (Zenit, 6 de diciembre de 2002).
- 18 Curiosamente, el Presidente de la Comisión de Constitución del Senado, senador Andrés Chadwick, asegura en el Mercurio del domingo 3 de agosto de 2003, cuerpo D, p.7, que "nunca hubo dudas sobre su constitucionalidad y yo tampoco tengo dudas, al margen de mis observaciones personales sobre los efectos sociales del proyecto". Como profesor de Derecho Constitucional, el senador Chadwick no puede ignorar las opiniones de constitucionalistas como la siguiente. El senador Sergio Romero, en carta publicada el martes 5 de julio de 1994 en La Segunda, señaló: "A pesar de que considero que nuestra Constitución se pronuncia derechamente sobre la materia, consagrando en su artículo primero una concepción cristiana de la familia y de la sociedad: por lo que cualquier iniciativa legal que pretenda alterar tal concepción sería inconstitucional, no deja de preocuparme el hecho de que varios actores de la vida nacional pretenden incorporar esta noción relativista (de familia)".
- 19 Jacques Maritain, "El hombre y el Estado".
- 20 Jorge Precht Pizarro, Ob. Cit. Repito esta expresión en "La proscripción del matrimonio religioso de la esfera pública de Chile", Ius Publicum, Universidad Santo Tomás, septiembre 2003.
- 21 Firman entre otros Arturo Alessandri Besa, Carlos Bombal, Hernán Bosselin, Ramón Briones, Andrés Chadwick, Sergio Diez, Narciso Irureta, Enrique Krauss, Hernán Larraín, Pablo Longueira, Miguel Otero, Máximo Pacheco y Andrés Zaldívar.
- 22 Francisco Cumplido Cereceda, El Mercurio, 19 de julio de 2002, cuerpo A, p 2.
- Véanse las declaraciones de Raúl Bertelsen y Jorge Precht en La Segunda, lunes 4 de agosto de 2003.