

El matrimonio es por su naturaleza indisoluble

José Joaquín Ugarte Godoy

Profesor de Derecho Civil y de Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

a) El propósito de este trabajo

1. Se ha pedido al suscrito –oportunidad que él mucho agradece– exponer para este volumen, relativo al divorcio vincular, la posición iusnaturalista según la cual el matrimonio es por su naturaleza misma indisoluble, o, si se quiere, la doctrina según la cual la indisolubilidad es una propiedad esencial del matrimonio. El suscrito procurará explicar y demostrar esta tesis, como asimismo demostrar que no vale razón alguna de las que suelen esgrimirse para justificar el proyecto de ley que introduce el divorcio vincular entre nosotros.

b) Dos palabras sobre el derecho natural

2. Antes de entrar en materia, conviene decir algo sobre el derecho natural. Hay cosas que están prohibidas porque son malas, como asesinar, o vender un juez su sentencia, y cosas que, a la inversa, son malas porque están prohibidas, como extraer locos en época de veda o conducir por la izquierda; y hay asimismo cosas que están mandadas porque son buenas, como criar y cuidar a los hijos, u honrar a los padres, y en cambio cosas que son buenas porque están mandadas, como pagar el impuesto al valor agregado, o conducir por la derecha. Las prohibiciones y los mandatos que siguen a la naturaleza misma de las cosas constituyen lo que la tradición filosófica denomina “derecho natural”. Y las prohibiciones o mandatos que fundados en conveniencias circunstanciales hacen malas o buenas cosas que en sí mismas no son tales, como *puestos* por el hombre, se llaman *derecho positivo*.

3. Aristóteles explicó muy bien esta diferencia entre el derecho natural y el positivo –si bien no pensó que la indisolubilidad del matrimonio fuese de derecho natural–.

“De lo justo político –dice– una parte es natural, otra es legal. Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de este modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente; por ejemplo, pagar una mina por el rescate de un prisionero”.¹

También Aristóteles tratando de que la virtud es un cierto medio, sostiene que hay acciones buenas o malas en sí mismas:

“No toda acción, empero –expresa–, ni toda pasión, admiten una posición intermedia. Algunas se nombran precisamente implicadas con su perversión, como la alegría del mal ajeno, la impudencia, la envidia; y entre las acciones, el adulterio, el robo, el homicidio. Todas estas cosas son objeto de censura por ser ruines en sí mismas, y no por sus excesos ni por sus defectos. Con respecto a ellas no hay manera de conducirse rectamente jamás, sino que siempre se yerra”.²

Para Aristóteles, por otra parte, Dios es el principio y el fin de la ley natural. Por lo tocante al principio dice:

“Ahora bien, está claro que así como en el universo, así aquí también todo es movido por Dios, porque de cierto modo todo lo mueve lo divino en nosotros. El principio de la razón no es la razón, sino algo superior; ahora bien, ¿quién sino Dios puede ser superior a la ciencia y al intelecto?”³

Y por lo tocante al fin, dice Aristóteles:

“...Aquel modo, por consiguiente, de elección y adquisición de bienes naturales que promueva en mayor medida la contemplación de Dios (sean bienes corporales, riquezas, amigos y otros bienes) será el modo mejor y la más bella norma, y será mala, por lo mismo, la que por defecto o por exceso nos impida servir y ver a Dios”.⁴

¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, L. V, c. VIII, 1134 b, versión de Antonio Gómez Robledo, Universidad Autónoma de México, 1983, México.

² Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1107 a 9 y ss., ed. cit.

³ *Ética Eudemia*, 1248 a 26-29, traducción de Antonio Gómez Robledo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, México.

⁴ *Ética Eudemia*, 1249 b, ed. cit.

Ya Platón había dedicado su célebre diálogo El Critón a enseñarnos que hay cosas malas en sí mismas, que ningún buen fin puede justificar. En esa obra se analiza el caso de Sócrates, a quien se ofrece huir para evitar la ejecución de su inicua condena, mediante el soborno de un funcionario, y se concluye que ese soborno es una conducta mala en sí misma, que ni siquiera con un buen fin puede realizarse.

También para Platón es Dios el principio y el fin de la ley natural. En *Las Leyes*, comparando a los hombres con marionetas, nos dice que las pasiones son hilos de hierro que los mueven, y que la ley común de la ciudad, que es la sagrada norma de la razón, es el hilo de oro con que Dios mueve el alma humana;⁵ y añade que "Con toda certeza Dios ha de ser para nosotros la medida de todas las cosas"; y nos lo presenta también como el fin del hombre: "El que haya de ser amado por Dios –expresa– es necesario que se haga a sí mismo, hasta donde alcancen sus fuerzas, semejante a Él".⁶

Cicerón posteriormente desarrolló más la misma idea: "la ley –dijo– es la suprema razón, impresa en la naturaleza, que manda aquellas cosas que deben hacerse y prohíbe las contrarias",⁷ y añadió que "ni puede existir la mente divina sin la razón, ni no tener la razón divina este poder para establecer lo bueno y lo malo".⁸

Además, Cicerón sacó implacablemente la consecuencia de que la ley positiva contraria al derecho natural no es verdadera ley, ni aun si la ha aprobado el mismo pueblo: "¿Y qué, porque muchas cosas –dice– se aprueban en las naciones perniciosamente, muchas pestíferamente, que no merecen el nombre de ley más que si unos ladrones decretaran algo en una junta suya? Pues ni podrían llamarse con verdad preceptos de médicos si ignorantes e imperitos han recetado como saludables cosas mortíferas; ni en un pueblo, ley, aquélla que haya sido de cualquier manera, incluso si el pueblo ha aceptado algo pernicioso. Luego es ley la distinción de lo justo y lo injusto, expresada según aquella antiquísima naturaleza primera de todas las cosas, a la cual se encaminan las leyes de los hombres que castigan a los malos y defienden y cuidan a los buenos".⁹

⁵ *Las leyes*, 645 a.

⁶ *Las leyes*, 716 c.

⁷ Cicerón, *De las leyes*, I: "*lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae faciendae sunt prohibetque contraria*".

⁸ Cicerón, *De las leyes*, L. II, IV: "*Neque enim esse mens divina sine ratione potest, nec ratio divina non hanc vim in rectis pravique sancendis habere*".

⁹ *De las leyes*, II, V: "*Quid, quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen attingunt, quam si latrones aliqua consensu suo sanxerint? Nam neque medicorum praecepta dici vere possent, si quae inscii imperitique pro salutaribus mortifera conscripserint; neque in populo lex, cuiusmodi fuerit illa, etiam si perniciosum aliquid populus acceperit. Ergo est lex, justorum injustorumque distinctio, ad illam aantiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt, defendunt ac tuentur bonos*".

Los jurisconsultos romanos participaban también de estas ideas. Marciano hacía suya la definición de la ley de Demóstenes: "Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, dogma de hombres prudentes, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad, según el cual deben vivir todos los que en ella se encuentran".¹⁰

Gayo por su parte reconoce dos clases de derecho, el de gentes, que es el que otros llaman natural, para él, y el civil o positivo, propio de cada ciudad; y define el de gentes como "el que la razón natural establece entre todos los hombres".¹¹

Para Ulpiano el derecho natural es aquella parte tan natural del derecho que incluso –por cierta analogía– puede decirse que la practican los animales; y el derecho de gentes es el que es común a todos los hombres con prescindencia de la ciudad (estado) a que pertenezcan. Definía el derecho natural así:

"Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho".¹²

El derecho de gentes lo define Ulpiano en estos términos:

"Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural, porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí".¹³

Cicerón había sido, al parecer, el primero en distinguir entre derecho natural y derecho de gentes; aunque sin referir el primero en modo alguno a los animales. El derecho natural es el que el hombre conoce no a causa de una opinión, sino por cierta virtud innata "como la religión, la piedad, la gratitud, la defensa, el respeto, la veracidad".¹⁴ El derecho de gentes es para Cicerón el que deriva del natural necesariamente y ha sido desarrollado por el uso.¹⁵

¹⁰ *Digesto*, Lib. I, tít. 3, N° 2.

¹¹ *Digesto*, Lib. I, tít. 1, 9.

¹² *Digesto*, Lib. I, tít. 1, 13.

¹³ *Loc. cit.*

¹⁴ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 22.

¹⁵ *De Inventione Rhetorica*, lib. 2, c. 53.

Hemos hecho esta breve reseña del origen histórico del iusnaturalismo, para desvanecer el error, por desgracia bastante difundido, de que la doctrina del derecho natural tiene su principio en la teología cristiana. En verdad es *precristiana*, y propia de toda la tradición. Por eso dice Werner Jaeger: “toda nuestra tradición occidental descansa sobre esta construcción griega clásica del mundo del derecho, que presupone un cosmos en el cual el individuo humano es referido a un orden de cosas divino”.¹⁶

Ya en la filosofía cristiana, San Agustín, a semejanza de Cicerón, concibe la ley natural, existente en la naturaleza del hombre y conocida por su mente, como efecto y proyección de una idea ordenadora o *ley eterna* existente en Dios. San Agustín había tomado de Platón y los neoplatónicos la concepción de que las ideas causan las realidades, pero poniendo aquéllas en la mente de Dios en calidad de causas ejemplares, como fuentes del ser y de la inteligibilidad de las cosas. De esta manera dio su perfecta fundamentación metafísica –que pasaría después a Santo Tomás de Aquino– a la ley natural. La ley eterna es para San Agustín “la razón o voluntad de Dios que manda sea conservado el orden natural y prohíbe sea perturbado”;¹⁷ y la ley natural es “la transcripción hecha en las mentes de los hombres de la misma ley eterna y de tal manera de la suma e inmutable razón divina”: *ipsius legis aeternae atque adeo summae et incommutabilis rationis divinae in mentibus hominum facta transcriptio*.¹⁸

Al igual que Cicerón, San Agustín enseña expresamente que la ley injusta no es ley: “*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*”: “No parece que sea ley la que no sea justa” (sobre el Libre Arbitrio, I, c. 5).

Para Santo Tomás de Aquino, seguidor de esta tradición, la ley eterna es “la razón de la divina sabiduría que mueve todas las cosas a su debido fin”,¹⁹ o “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”.²⁰ Y la ley natural es definida por Santo Tomás como “la participación de la ley eterna en la creatura racional”.²¹

¹⁶ Werner Jaeger, *Alabanza de la ley*, traducción publicada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 78.

¹⁷ *Contra Fausto*, XXII, 27: “*ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*”. En otra parte define San Agustín la ley eterna así: “La ley eterna es la razón existente en la mente de Dios por la cual todas las cosas son dirigidas a sus fines por medios convenientes”: “*Lex aeterna est ratio in mente Dei existens, qua res omnes per consentanea media in suos fines diriguntur*” (*De libero arbitrio* 1,5).

¹⁸ San Agustín, citado por José Cortés Grau, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Editorial Nacional, Madrid, 1968, t. I, p. 241.

¹⁹ “*Ratio divinae sapientiae movens omnia ad debitum finem*” (*Suma Teológica*, 1-2, q. 93, a.1.c.).

²⁰ “*Ratio divinae sapientiae, secundum quod est directiva omnium actuum et motionum*” (loc. cit.).

²¹ “*Participatio legis aeternae in rationali creatura*” (*Suma Teológica*, 1-2, q. 91, a.2.c.).

Quien no comparta las ideas filosóficas sobre el derecho natural, o sobre su fundamentación metafísica, puede, no obstante, conocer y admitir que hay cosas en sí mismas malas o buenas, aunque no conozca los primeros principios en virtud de los cuales esto se explica. Basta para ello el sentido común. Cualquiera sabe que ninguna causal, por ejemplo, puede justificar el cohecho de un juez, o una discriminación arbitraria, o volver mal por bien.

Las líneas que siguen apelan pues, ante todo, al sentido común, sin perjuicio de que aspiren también a la persuasión filosófica de quienes se empeñen en remontarse a las causas primeras.

c) El divorcio es intrínsecamente injusto, porque perjudica a los hijos, a los cónyuges y a la sociedad

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, cabe preguntarse si el divorcio se prohíbe porque es malo, o si es malo porque se lo prohíbe; o, lo que es lo mismo, si atenta contra el derecho natural: si es naturalmente injusto. Para responder argumentaremos primeramente en forma deductiva, a partir de los fines del matrimonio, y luego inductivamente a partir de las estadísticas.

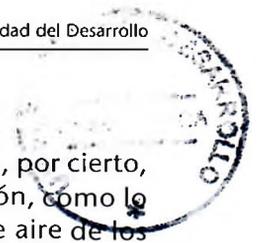
I. El camino deductivo: de los fines del matrimonio a su indisolubilidad

Las conductas son malas cuando contravienen la naturaleza y fines del hombre y de las instituciones a través de las cuales se desenvuelve su vida. Esto es obvio y puede aceptarlo cualquiera que admita el principio de no contradicción, aunque no acepte las especulaciones filosóficas sobre el derecho natural.

a. Los fines del matrimonio

Todo viviente mortal tiende a dejar tras de sí semejantes, como lo consigna Aristóteles en la *Política*. Por otra parte, al ser cada individuo humano una versión limitada de la humanidad, la perfección de ésta no puede buscarse en el individuo, sino en el conjunto de la especie. Tales son las razones que hacen necesaria la reproducción de los hombres. En vista de ella, ha instituido la naturaleza la diferencia de los sexos.

Como los pulmones están destinados a llenarse de aire antes para oxigenar la sangre y producir la combustión de los alimentos que para satisfacer las necesidades respiratorias, así la unión sexual existe antes para la



reproducción que para la convivencia conyugal, lo que no quita, por cierto, que esa convivencia no sea un fin fundamental de aquella unión, como lo es también el aplacar la necesidad de respirar para el lleno de aire de los pulmones. Por eso se dice que el fin primario del matrimonio es la procreación y crianza de los hijos, y el secundario la convivencia conyugal. Aristóteles, sin establecer explícitamente esa jerarquía, ni usar la nomenclatura de fin primario y fin secundario, discurre evidentemente sobre esa base (*Ética a Nicómaco*, L. VIII, c. 12). Así lo entendió por lo demás el gran Francisco de Vitoria (*Relección sobre el Matrimonio*, 1ª Parte, N° 2). Hemos de añadir que el fin secundario es fin y no medio, y por eso justifica el matrimonio cuando por esterilidad no se dan hijos; pero es secundario, porque en la intención evidente de la naturaleza existe a causa del otro fin, y no puede por eso prevalecer jamás contra él. Mas estos fines, lejos de entrar en pugna, son completamente correlativos: porque el engendrar nuevas personas compromete a la persona entera de los padres, su vida ha de ser común, y la comunidad de vida para ser tal, supone pertenencia exclusiva del uno al otro y perpetuidad. De lo contrario no habrá la vida en común. Y recíprocamente, porque la vida es perfectamente común, debe esa comunidad vital consumarse en el fruto de los hijos, que son la unidad real y sustancial de ambas vidas.

La duplicidad y jerarquía de los fines requiere alguna mayor explicación. Porque ninguna entidad o realidad puede tener pluralidad de fines que se hallen en un mismo plano, es decir, que sean todos igualmente definitorios y explicativos de ella. La razón es que la naturaleza de todo ser o realidad creada se estructura en función del fin, en orden al fin: *el fin es causa de la forma*, como dicen los escolásticos; de donde es que una entidad con varios fines tendría varias naturalezas, lo que es metafísicamente imposible. Por eso, la única manera de que una realidad pueda tener más de un fin, es que uno sea el último o definitorio, y el otro o los otros estén subordinados a él.

Esta disquisición no es un bizantinismo inútil, pues la jerarquía de los fines es la llave de oro para conocer la moral conyugal: si sobre el bien de los cónyuges y su unión está el fin de la procreación y formación de los hijos, el punto de vista del bien de los hijos será el definitivo: no será lícito nada que parezca fomentar el bien de los esposos si va contra la procreación y crianza de los hijos, y una unión que desde el punto de vista de los cónyuges pueda parecer que ha perdido su sentido, tendrá siempre vigencia por el bien de los hijos, y si no hay hijos, en un caso particular, por la destinación objetiva del matrimonio, como institución social, a la procreación.

b. *El divorcio atenta contra los dos fines del matrimonio*

La disolución del vínculo atenta contra los dos fines del matrimonio. Vulnera el bien de los hijos, porque ellos requieren del concurso de sus dos padres unidos para su crianza, educación, mantención, defensa, y equilibrio psíquico: nadie como los padres, de los cuales los hijos son reproducción incluso genética, y de los cuales son también hechura por la connaturalidad que produce la vida familiar, tiene la aptitud para promover el adecuado desarrollo de los hijos; nadie como los padres, por ser su causa, tiene el deber y la conciencia del deber de criar y formar a los hijos. Por otra parte, los hijos deben venir a la vida amados por sus padres, y sintiendo que para ellos son su bien, que los padres darían incluso la vida por ellos, y que no los pospondrán por los placeres, los caprichos o la necesidad de “rehacer su vida”, todo lo “justificada” que ella pueda ser. “Los padres –dice Aristóteles– aman, pues, a sus hijos como a sí mismos; por el hecho de haber sido los hijos arrancados de ellos, son encarnaciones de los padres... Son, pues, de alguna manera, una sola y misma substancia, aunque en cuerpos distintos” (loc. cit.). Los hijos tienen el derecho natural –o el derecho humano– a vivir con sus padres unidos.

Santo Tomás procede primeramente a demostrar la indisolubilidad refiriéndose al fin primario, argumentando con la continuación de la personalidad de los padres en el hijo. “Es, pues, natural” –dice– “que la solicitud del padre por el hijo se tenga hasta el final de su vida. Si, por consiguiente, la solicitud del padre por el hijo causa aun en las aves la convivencia del macho y de la hembra, el orden natural exige en la especie humana que hasta el fin de la vida cohabiten el padre y la madre” (*Suma Contra Gentes*, L. 3. c. CXXIII).

El divorcio vincular vulnera también el fin de la convivencia conyugal. Ella se funda en el amor de amistad: querer el bien del otro, y amarlo por ser quien es, y no porque sea un bien para uno, que es como se ama a las cosas (Aristóteles, loc. cit.). El matrimonio, como enseña Santo Tomás, es una definición tan acertada como insólita y desconcertante, es ante todo “cierta indisoluble unión de los espíritus” (*Suma Teológica*, 3^a, q. 29, a. 2, r). Es como dice el jurisconsulto romano Modestino, “consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano” (*Digesto*, L. 23, t. II, l. 1.), o como se lee en las *Instituciones* de Justiniano “comunidad habitual e indivisible de la vida” (l. 9.1). El cónyuge no es un bien desechable. El amor de amistad es de suyo perpetuo. La donación de su vida que hace cada cónyuge al otro es de por sí irrevocable: ésa es su gracia y no otra. La naturaleza de la persona, del amor y de la familia, que no son hechas por nosotros ni por el Estado, lo hacen así. Desde este

punto de vista el divorcio también es un mal. Y la ley que lo introdujese ampararía la mentira: pues todos los novios se casan y prometen casarse para siempre.

Santo Tomás demuestra la indisolubilidad también con relación al fin secundario del matrimonio, partiendo de la naturaleza del amor de amistad. He aquí el texto:

“La amistad, cuanto mayor es, tanto más es firme y duradera. Entre el varón y la mujer existe máxima amistad: pues se unen no sólo en el acto de la cópula carnal, que aun entre las bestias produce cierta suave sociedad, sino también para el consorcio de toda la vida del hogar; por donde, en señal de esto, el hombre deja por la esposa incluso al padre y a la madre, como se dice en el Génesis” (*Suma Contra Gentiles*, loc. cit.).

¿Mas qué decir de las rupturas irremediables y del derecho a la felicidad del cónyuge que no sea culpable? Desde luego es muy difícil que haya rupturas irremediables: en seguida esta posibilidad, que es previsible, ha sido cubierta por la voluntad de formar una familia que exige indisolubilidad: además, si en tales casos se autorizara el divorcio, los cónyuges no pondrían lo mejor de sí para superar las dificultades que naturalmente pueden producirse; por otra parte, los hijos son el bien fundamental de la familia y los cónyuges separados pueden ayudarlos mejor si no contraen otro matrimonio que si fundan una nueva familia; aun si no hubiera hijos, el divorcio no podría autorizarse, porque se correría el peligro de que se evitase a los hijos o se atentase contra ellos para tener la posibilidad de divorciarse; y porque, en todo caso, no se haría lo posible por superar las discordias, y el fin de la amistad conyugal debe ser también protegido contra este peligro; de lo contrario, como lo demuestra la experiencia de los países en que existe el divorcio, la ruptura irreparable terminaría identificándose con la voluntad unilateral o abandono. Tal ha sido la dinámica legislativa, como lo ha observado el profesor Hernán Corral: ¿Qué más irreparable que la ruptura de un matrimonio en que uno de los dos se quiere ir? (*El divorcio ante el Derecho*, Autores varios, Hernán Corral, *Las causales del divorcio en el derecho comparado*, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile, sin fecha).

¿Y qué decir de los casos excepcionalísimos en que tales males no se diesen? Supuesto que los hubiera, la razón de la ley es el peligro de los males y no su efectividad –que sería en la práctica imposible de descartar–. Se aplica aquí el conocido principio universal de derecho que recoge el artículo 11 de nuestro Código Civil, de que las leyes que se dan para evitar un peligro común obligan aun en los casos en que se ofrezca demostrar que

el mal no se ha de producir. En conclusión, en algunos casos, si los hubiera, de rupturas irremediables en que la disolución no produjese mal, los esposos desgraciados tendrían que sacrificar sus intereses por el bien común.

II. El camino inductivo: los datos estadísticos muestran también que el divorcio es una solución errada

a. Divorcio y suicidio

Las estadísticas confirman todas estas apreciaciones de sentido común. Al respecto, refiere el profesor Gabriel García Cantero (*El Divorcio*, BAC Popular, Madrid, 1977) que según las encuestas manejadas por los especialistas norteamericanos, hay pocas crisis en la vida de un individuo como el divorcio, siendo inevitable un sentimiento de culpabilidad. Señala el citado autor que los divorciados muestran una mayor propensión a quitarse voluntariamente la vida que los solteros, casados o viudos, y cita investigaciones que trae M. Pittau (*Il divorzio*, Cagliari, 1968, pág. 119), efectuadas en el siglo XIX en Alemania, según las cuales en la década 1848-1857, por cada cien suicidas varones casados hay seiscientos cuarenta y cuatro divorciados en Sajonia; y quinientos setenta y cuatro en Württemberg, en el período 1846-1860: y entre las mujeres, en los lugares y épocas indicadas hay doscientas setenta y quinientas treinta y seis suicidas divorciadas, respectivamente, por cada cien casadas.

También hace García Cantero un cuadro a base de datos tomados del *Demographic Yearbook* del año 1972 –en que había aún bastantes países que no permitían el divorcio– de las Naciones Unidas, con la frecuencia de suicidios por cada cien mil habitantes en los países divorcistas y no divorcistas, resultando mucho mayores en general las tasas de suicidio en los primeros que en los segundos (de 36,1 para Hungría, hasta 8,1 para Inglaterra, en los países divorcistas, y de 5,8 para Italia, a 0,6 para Filipinas, en los países no divorcistas).

A propósito de estadísticas, es notable lo que decía el materialista y positivista italiano Enrique Morselli: “Cuando hace muchos años –expresa– recogía datos estadísticos para mi obra sobre el *suicidio*, me sorprendió vivamente la proporción tan enorme de suicidios entre los divorciados. Amplié más tarde mis investigaciones, y cada vez hallé más confirmada aquella desastrosa, no diré *influencia*, sino más bien *característica* del divorcio. A la vez, me fue fácil comprobar que la misma relación existía en las cifras de los delincuentes, locos y prostitutas. De los varios autores consultados, nadie niega que: a) un número de divorciados excesivamente mayor que

de casados y célibes, hasta alcanzar la enorme cifra del décuplo y del céntuplo, *pone fin a su vida con el suicidio*; b) un número poco menor de divorciados terminan *poniéndose locos*; c) el tributo pagado al *delito* por los divorciados es mucho mayor en ambos sexos que el pagado por las demás clases de personas; d) entre las mujeres divorciadas se cuenta un número verdaderamente extraordinario de *prostitutas*" (Enrique Morselli, artículo en la *Rivista Di Roma*, 1902, reproducido por Ballerini, en *Matrimonio e divorzio*, págs. 36-40, Milán; citado por Sabino Alonso Morén, en *Suma Teológica* de Santo Tomás, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966, t. XV, introducción a la Cuestión 67, pág. 602).

b. *Consecuencias del divorcio para los hijos.*

En la obra *Treinta y tres razones para defender la familia y evitar el divorcio*, publicada por Familias por la Familia (Santiago, 1994), se indican también datos estadísticos del mayor interés: a) de los nuevos matrimonios de los divorciados fracasan en Estados Unidos dos de tres; b) en Estados Unidos en 1987, el 82% de menores delincuentes provenían de familias rotas; c) según un estudio del Centro Nacional de Estadísticas de Estados Unidos, los niños con un solo padre tienen entre dos y tres veces más probabilidades de tener problemas emocionales y de conducta que los niños de familias intactas, y un 50% más de posibilidad de tener problemas de aprendizaje; d) según el mismo estudio, en los hospitales estatales de Estados Unidos, más del 80% de los adolescentes con problemas psiquiátricos procede de familias rotas; e) según dos estudios, uno de Kiernam, del *Family Policy Studies Center*, y otro de Martín Richards, de la Universidad de Cambridge, en Inglaterra, el abandono de la escuela o del hogar antes de tiempo es más del doble entre los hijos de divorciados que entre los de familias intactas, y lo mismo la generación de hijos extramatrimoniales; y la convivencia extramatrimonial anterior a los veintiún años es cuatro y media veces mayor entre los hijos de madre divorciada que se ha vuelto a casar que entre los hijos de familias intactas; f) los hijos de padres divorciados tienen el doble de frecuencia de fracaso en el matrimonio que los hijos de familias intactas.

Se ha alegado superficialmente entre nosotros, ahora último, contra la invocación de estas estadísticas y de otras semejantes, que los males a que ellas se refieren no serían causados por la institución jurídica del divorcio vincular, sino por las desavenencias, conflictos y separaciones a que éste daría una salida. Pero este argumento da infundadamente por supuesto que esos conflictos, desavenencias y separaciones se producirían exactamente igual en calidad y cantidad sin la autorización legal del divorcio, y evidentemente ello no es así, como lo veremos en el apartado siguiente: la

autorización legal del divorcio es la mayor causa de las rupturas y fracasos conyugales.

Además la observación biográfica de las familias divorciadas ha demostrado que lo que es definitivamente malo para los hijos no son las riñas conyugales, sino el divorcio mismo. Dicen al respecto la doctora Judith S. Wallerstein, médica, fundadora y directora del *Centro de la Familia en transición*, de Corte Madera, California, y la escritora Sandra Blakeslee en el libro *Padres e Hijos después del Divorcio*:

“... los hijos pueden ser muy felices aun cuando uno o ambos padres sean profundamente desdichados. Sólo uno de cada diez niños entrevistados por nosotras experimentó alivio cuando sus padres se divorciaron. Casi todos ellos eran niños mayores y pertenecían a familiares en los que se habían producido abiertamente escenas de violencia y donde los hijos habían vivido con el temor de que esa violencia les hiciera daño a sus padres o a ellos. Aun así, son pocos los niños que esperan que sus padres se divorcien. Cuando se riñe en el hogar, los hijos confían, contra toda esperanza, que las riñas cesarán y aguardan un futuro más apacible”.²²

Luego explican las autoras la razón de ser de esto: “los niños pierden –dicen– algo que es esencial para su desarrollo: la estructura familiar... el andamiaje que permite a los hijos pasar por las sucesivas etapas de su desarrollo... el apoyo psicológico, físico y emocional que necesitan para alcanzar la madurez”. “Cualesquiera que sean sus deficiencias –continúan las citadas autoras–, la familia es para el niño la entidad que le brinda el apoyo y la protección que él necesita”.²³

En el libro *La Familia y Salud de los Jóvenes*, del conocido psiquiatra doctor Ramón Florenzano, leemos que uno de los estudios más sistemáticos sobre la relación entre divorcio y rendimiento escolar es el realizado en los Estados Unidos por Giudubaldi y sus colaboradores, quienes compararon 341 niños hijos de divorciados con 358 hijos de familias intactas, y encontraron diferencias estadísticamente significativas a favor de los últimos, que mantenían mejores calificaciones y capacidad de interrelación.

Los hijos de divorciados faltaban más a clases, repetían cursos con mayor frecuencia, tenían peor rendimiento en las pruebas y tenían menos popularidad entre sus compañeros.²⁴

²² Judith S. Wallerstein y Sandra Blakeslee, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1990, pág. 42.

²³ Op. cit., pág. 42. Debe advertirse que estas autoras son partidarias de que se permita el divorcio: p. 417.

²⁴ Ramón Florenzano, *Familia y Salud de los Jóvenes*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1995, págs. 161-162.

En cuanto al consumo del alcohol y al consumo de drogas, el doctor Florenzano a base de un estudio hecho por él con otras personas, y publicado antes, dice:

“Nuestro estudio antes mencionado encontró que la disfuncionalidad familiar aumenta la vulnerabilidad para el consumo de sustancias químicas. Entre los hijos de estas familias, el consumo frecuente de alcohol aparecía en un 7,4%, en comparación con un 4,2% entre los hijos de familias intactas. Las cifras correspondientes para marihuana era de un 13,7% versus 6,4%, para inhalantes 5,5% versus 2,1%, para anfetaminas 8,2% versus 2,1%, para cocaína 5,5% versus 2,1%, y así sucesivamente. Claramente el consumo frecuente de drogas es más importante cuando hay disfuncionalidad en la familia”.²⁵

Finalmente, concluye el doctor Florenzano refiriéndose a la necesidad de prevenir estos males, que lo mejor para ello es prevenir las crisis conyugales:

“Se presta hoy mucha atención –dice– a la prevención primaria del suicidio, del abuso de drogas y de la delincuencia, y no ponemos en duda la relevancia de estos esfuerzos. Sin embargo, los problemas conyugales y las consecuencias de la disfuncionalidad familiar frecuentemente explican el fenómeno creciente del suicidio juvenil, de las farmacodependencias y de la delincuencia de adolescentes. Por lo tanto coincidimos con Lieberman cuando afirma que lo central en psiquiatría comunitaria es la prevención de los problemas maritales y conyugales. Muchos problemas futuros, individuales y sociales, son resultantes de la ruptura de la institución familiar”.²⁶

c. El efecto multiplicador del divorcio

Por último las estadísticas delatan el efecto multiplicador del divorcio. En Francia desde la reintroducción del divorcio en 1884 hasta 1974, la tasa bruta de divorcios judiciales se había multiplicado por 12. En Bélgica desde 1841 a 1974 el divorcio se había multiplicado por 176 (García Cantero, op. cit. pp. 89-90). El porcentaje de matrimonios disueltos por divorcio entre los años 1966 y 1986 ha aumentado, en Estados Unidos del 24% al 62,5%; en Australia, del 8,8% al 34,3%; en Japón, del 8%, al 23,4%; en Francia, del 10,2% al 40,8%; en Suecia, del 15,7% al 49,1%; en Uruguay, del 7,7% al 19,3% (José Miguel Ibáñez, *21 Slogans Divorcistas*, Editorial Andrés Bello, 1991, pág. 48, datos tomados del *Demographic Yearbook* de las Naciones Unidas).

²⁵ Ramón Florenzano, op. cit., pág. 163.

²⁶ Ramón Florenzano, op. cit., pág. 165.

Este efecto multiplicador del divorcio que produce su introducción legal, encuentra su explicación, en primer lugar, en la declaración de licitud del legislador, que tiene por misión, dentro del ámbito del bien común de la sociedad civil, decir lo que está bien y lo que está mal; en segundo lugar, en la desconfianza recíproca que siembra entre los esposos, que es el polo opuesto del amor conyugal; en tercer lugar, en que la ley proporciona para las dificultades que suelen presentarse en la vida conyugal, una salida si bien nefasta e injusta, fácil y expedita; y por último, en el debilitamiento de la institución familiar, que redundará en relajación moral, insuficiente educación, y decepción generalizada de la vida y sus valores.

La experiencia de los países divorcistas es que el divorcio tiene una dinámica propia que va sobrepasando todas las restricciones legales y arrastrando incontinentemente al sistema jurídico. En esos países se ha observado, en materia de causales de divorcio, una evolución que el Profesor García Cantero sintetiza así:

“Primero se ha establecido el divorcio como mal menor, para casos muy excepcionales que parecen no tener otro remedio. Las causales son pocas y se delimitan estrictamente. Se concibe el divorcio como sanción a faltas muy graves de uno de los esposos contra sus deberes conyugales. Por eso, se llama a este régimen sistema del *divorcio-sanción*. Para evitar los abusos, el legislador toma precauciones como exigir una duración mínima del matrimonio, poner límites mínimos y máximos de edad para divorciarse, a veces requerir la anuencia de los parientes, o restringir el divorcio a los matrimonios sin hijos.

Este sistema se ha ido luego abandonando en todas partes. Al principio los que queriendo divorciarse no pueden invocar alguna de las causas legales, las simulan; después el legislador reconoce que la ley ha sido sobrepasada y termina por establecer causales amplias.

A continuación el legislador advierte que la necesidad de que el cónyuge que pide el divorcio pruebe faltas al otro genera debates judiciales crueles y escandalosos. Entonces se termina por cambiar el sistema, y abandonándose el del *divorcio-sanción*, se instaura el del *divorcio-remedio*. Éste no exige causales que supongan culpa en alguno de los cónyuges, sino que una ruptura de hecho irreparable. No se trata pues de descubrir quién está en falta, sino de *remediar* el problema que origina la convivencia que se ha vuelto imposible. De allí el nombre de este régimen. Las causales de este sistema, llamadas “objetivas”, son la separación de hecho o jurídica por cierto plazo, que unos legisladores han fijado en años y otros en meses. También este sistema se va haciendo más flexible, mediante la descripción de causales amplias, como “ruptura irremediable” y otras semejantes.

De allí se pasa al divorcio por mutuo consentimiento –mirado con repugnancia cuando recién se introduce la posibilidad de disolver el vínculo–. En la reforma francesa de 1975 se acepta el divorcio por demanda conjunta de los cónyuges, quienes deben presentar un proyecto de convenio relativo a los hijos. La razón para permitir el divorcio consensual es lógica, hasta cierto punto, desde la perspectiva del divorcio remedio: ¿quién mejor que los propios cónyuges puede juzgar si su ruptura es irremediable o no?” (Gabriel García Cantero. “El divorcio en los Estados modernos”, en la obra colectiva *El Vínculo Matrimonial*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978, págs. 472 y siguientes).

El paso final es establecer el divorcio por abandono o decisión unilateral de uno de los cónyuges, que es lo que ha hecho la ley sueca, la cual admite el divorcio por demanda de uno de los esposos, exigiendo un plazo de reflexión de seis meses si el otro cónyuge se opone o tiene hijos menores de dieciséis años a su cuidado (Hernán Corral, op. cit., pág. 25).

De este examen hemos de sacar, además, la conclusión de que también se simulan fraudulentamente las causales de divorcio, y que, por lo tanto, introducir el divorcio no es en modo alguno remedio al fraude que se comete ahora en Chile con la causal de nulidad por incompetencia del oficial civil.

Ya lo decía en 1929 Bertrand Russell, filósofo inglés, propiciando que se estableciese el divorcio por mutuo acuerdo:

“La base más habitual del divorcio –expresaba– debería ser la que ahora se acepta en algunos países, a saber, el mutuo consentimiento. La legislación inglesa, como la del estado de Nueva York, establece que no se concederá el divorcio si ambos lo desean. Esto es intrínsecamente absurdo. No hay nada que haga más digno de preservación un matrimonio del que ambos cónyuges están cansados que uno que todavía parece salvable a uno de ellos. Además, como todo el mundo sabe, la legislación da lugar a evasiones y perjurios. De hecho, la inmensa mayoría de los divorcios se obtienen por mutuo consentimiento, aunque abogados y jueces tengan que fingir ignorancia de este hecho. Mejor sería que la ley se adaptara a lo que verdaderamente se hace, puesto que es imposible adaptar la práctica a la teoría legal” (Bertrand Russell, *Una Visión Liberal del Divorcio*, publicado en *Little Blue Book*, N° 1582. Haldeman-Julius Publications, Girar, Kansas, 1929, incluido en el libro Bertrand Russell. *Sobre la Ética, el Sexo y el Matrimonio*, selección de Al Seckel, Alcor, Barcelona, 1993, pág. 377-378).

Para cuando no hay hijos, Russell preconiza la autorización del divorcio por decisión unilateral (op. cit., ed. cit., pág. 377).

La demostración empírica o inductiva que resulta de los datos estadísticos nos permite decir, parodiando la famosa sentencia de Voltaire de que Dios es tan necesario que si no existiera habría que inventarlo, que la familia basada en el matrimonio monogámico indisoluble es tan necesaria, que si no fuera realmente una institución natural, habría que inventarla: cualquier congreso imparcial de sociólogos, economistas y expertos en ciencias sociales reunido para recomendar soluciones para los gravísimos problemas que aquellos datos denuncian, tendría que concluir proponiendo que los padres vivieran en un mismo hogar con los hijos comunes, de modo que cada pareja se responsabilizara de los propios, y que para asegurar la indispensable estabilidad de esa vida común, el matrimonio fuese de uno con una e indisoluble, sin excepción alguna.

No recomendarían, por cierto, castigar ni perseguir a quienes de hecho formasen otras uniones, o familias irregulares; como no puede recomendarse castigar o perseguir a los obesos, a los alcohólicos, a los avaros... ni a los que se entregan a la libertad sexual. Ni el iusnaturalismo ni el sentido común lo recomiendan. Pero tampoco estarían de acuerdo en incorporar a la institucionalidad jurídica el desplome de la institución familiar, como no podrían estar de acuerdo en incorporar esas otras deficiencias citadas, ubicadas todas en el margen que en la realización concreta y contingente de la naturaleza humana se produce de hecho, entre el ser y el deber ser.

d. *El divorcio es contrario al derecho natural y no sólo a la moral*

Todo lo anterior nos permite concluir que el divorcio vincular es intrínsecamente contrario a la *justicia* –ese valor al que se suele referir la ley civil–, porque atenta contra el *derecho natural* de los hijos a ser formados y asistidos material y espiritualmente por sus dos padres unidos en vida de hogar entre sí y con ellos; y porque atenta contra el derecho natural de cada cónyuge a contar con el otro como compañero en forma perpetua y exclusiva, según la promesa en que el matrimonio consiste, y ha consistido siempre; y en fin, porque atenta contra el derecho natural de la sociedad a que el género humano se propague y se una en las condiciones adecuadas, a través de la institución diseñada por la naturaleza para ello, que es el matrimonio monógamo e indisoluble.

Todo esto supuesto, el matrimonio resulta ser indisoluble por las exigencias de justicia de la propia naturaleza del hombre, que en cuanto regla de la bondad o licitud de sus actos se llama *ley natural*, y en lo tocante a la justicia, *derecho natural*.

Los propios redactores del Código de Napoleón, que contempló el divorcio, y que lo justificaron malamente por la diversidad de cultos de la población, y por una errada aplicación del principio del mal menor, reconocían que el matrimonio es por su naturaleza indisoluble, con independencia de toda ley humana: "La educación de los hijos –dice en su célebre *Discurso Preliminar Portalis*– exige, durante largos años, los cuidados comunes de los autores de sus días... Durante todo este tiempo, el marido, la mujer, los hijos, reunidos bajo el mismo techo y por los más caros intereses, contraen el hábito de los más dulces afectos. Ambos esposos sienten la necesidad de amarse, y de amarse siempre; se ven nacer y consolidarse los más dulces sentimientos conocidos de los hombres, el amor conyugal y el amor paternal". "La vejez, si es permitido decirlo, no llega jamás para los esposos fieles y virtuosos. En medio de las debilidades de esta edad, el fardo de una vida que decae es aligerado por los más conmovedores recuerdos, y por los cuidados tan necesarios de la joven familia en la cual uno se ve renacer, y que parece detenernos en los bordes de la tumba". "Tal es el matrimonio, considerado en sí mismo y en sus efectos naturales independientemente de toda ley positiva. Nos presenta la idea fundamental de un contrato propiamente dicho, y de un contrato perpetuo por su finalidad" (Fenet, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, t. I, pág. 485, París, 1836).

Como puede verse, no sólo los teólogos sino los legisladores y juristas han percibido la natural indisolubilidad del matrimonio. Entre nosotros, el príncipe de nuestros jurisprudencistas, Don Luis Claro Solar, justificando esta característica, expresa: "...prescindiendo de toda idea religiosa, no puede desconocerse que el matrimonio en todos los pueblos cristianos se contrae con espíritu de perpetuidad. En el momento en que los esposos se unen aspiran a la eternidad de un lazo que de dos seres no debe formar más que uno". "Sin la idea de la perpetuidad, la familia, a la que el matrimonio sirve de base, no existiría, y sin la familia, no existiría el Estado" (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. I, N° 714, págs. 411- 412).

El que la indisolubilidad del matrimonio haya sido mejor conocida y consagrada legislativamente en general bajo la influencia del cristianismo, no significa que no se trate de un precepto de derecho natural. La verdad es que ésta y otras muchas reglas que nadie discutiría que son de derecho natural han alcanzado la plenitud de su vigencia en el clima cristiano. Tales son, por ejemplo, las de la igualdad esencial de los hombres, la función social de la propiedad, la justicia laboral, la intangibilidad de la vida humana, la libertad política, la destinación de la autoridad al bien común.

¿A que obedece esto?

Para los que no tengan fe es un enigma insoluble, aunque su insolubilidad no puede llevar a negar el derecho natural, que es evidente. Para los que tenemos fe, la explicación de que el hombre librado a sus solas fuerzas tienda a apartarse aun de lo que le es natural, radica en el daño causado a la naturaleza humana por el pecado original, que le hizo perder el auxilio de la gracia divina. Destinado el hombre por Dios a un fin sobrenatural, cual es la participación como hijo de Dios, misteriosa pero real, en la propia vida divina, sin ella, que es la vida de la gracia, falla la propia naturaleza. A la inversa, como enseña Santo Tomás, la gracia no destruye la naturaleza, sino que la perfecciona: *gratia non tollit naturam sed perfecit eam*. La gracia lleva la naturaleza a su plenitud, y por eso con el Cristianismo se ha dado de hecho la mayor vigencia del derecho natural, el cual no por eso ha de concebirse como algo vinculado a la fe y a la vida cristiana, pues es la naturaleza misma de cualquier hombre.

Santo Tomás se plantea la objeción de que acaso la indisolubilidad del matrimonio no sea de ley natural, porque sólo la ley de Cristo prohibió el libelo de repudio (acta de divorcio de la ley mosaica):

“Parece –dice– que no es de ley natural el no separarse de la consorte”:

“1. La ley natural es común para todos. Mas por ninguna ley sino por la ley de Cristo se ha prohibido despachar a la esposa. Por tanto, la inseparabilidad de la esposa no es de ley natural”.

Luego Santo Tomás, según el método de la *Suma Teológica*, expone su doctrina en la respuesta, y dice:

“Respondo diciendo que el matrimonio por la intención de la naturaleza se ordena a la formación de la prole, no sólo por algún tiempo, sino por toda la vida de la prole. Por donde es de ley natural que “los padres atesoren para los hijos”, y que los hijos sean los herederos de los padres. Y por tanto, como los hijos sean bien común del marido y la mujer, es necesario, según el dictamen de la ley natural, que la sociedad de ellos permanezca indivisa a perpetuidad. Y así, la indisolubilidad del matrimonio es obra de la ley de la naturaleza”.

Sentada su doctrina, soluciona Santo Tomás la dificultad inicialmente propuesta, con las siguientes palabras:

“Respondo a lo primero diciendo que la sola ley de Cristo ha traído al género humano a lo perfecto, restituyéndolo al estado de naturaleza nue-

va. De donde es que en la ley de Moisés y en las leyes humanas no se pudo suprimir todo lo que contrariaba la ley natural. Porque esto sólo ha sido reservado a la "ley del espíritu y la vida" (*Suma Teológica*, Suplemento, q. 67, a.1).

e. *La indisolubilidad y las excepciones a los principios secundarios de la ley natural.*

e.1. *Diversos órdenes de preceptos en la ley natural.*

Entre los preceptos de la ley natural no todos son de igual jerarquía: los primarios son los que tienen por objeto directamente los fines mismos de la naturaleza: la vida del individuo, la vida de la especie –reproducción–, y la vida específicamente humana: vida del espíritu y vida en sociedad. Son, pues, preceptos primarios los que establecen el derecho a la vida y prohíben el homicidio, el suicidio, el aborto, etc.; los que ordenan la reproducción y crianza de la prole y prohíben los usos desviados de la sexualidad: homosexualismo, bestialidad, etc.; y los que ordenan vivir en sociedad, cultivar el intelecto, etc. Salvo en lo tocante a la racionalidad, estos preceptos son de alguna manera comunes con los animales, por lo que el *Digesto* nos dice que es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales (L. I, tít. I, l. 3, tomado de Ulpiano).

Los preceptos secundarios de la ley natural se refieren no ya a los fines de la naturaleza, sino a los medios que la naturaleza misma hace necesarios para alcanzar esos fines. Entre esos medios están, por ejemplo, la monogamia y la indisolubilidad del matrimonio, la propiedad privada, la mayor parte de los contratos, la autoridad en la sociedad, etc. Este derecho natural secundario era llamado por los romanos *derecho de gentes*. Sólo lo aprehenden los seres humanos, porque se basa en la relación de medio a fin que sólo la razón puede percibir.

e.2. *La inmutabilidad en los preceptos secundarios de la ley natural.*

Por referirse a medios, los preceptos secundarios obligan siempre que los medios sean necesarios, lo que se da en la inmensa mayoría de los casos. Pueden sin embargo excepcionalmente estos preceptos dejar de obligar, cuando varíe la materia moral: la situación que están llamados a regir.

Se pone el ejemplo de la obligación de restituir la cosa confiada en depósito: si es un arma y se sabe que el depositante piensa darle un uso crimi-

nal, cesa la obligación de restituir –ejemplo ilustre que se encuentra en la *República* de Platón, en la *Suma Teológica* de Santo Tomás y en nuestro venerable *Código Civil*–. Análogamente cesa la obligación de restituir la cosa robada cuando el dueño la dona al ladrón. En esos casos el juicio acerca del cambio de la materia moral, de la situación, pueden hacerlo los particulares, los que pueden incluso provocar esa mutación. En otros casos sólo el Estado puede operar ese cambio, o juzgar acerca de él: es lo que sucede con la prescripción adquisitiva: el Estado puede mediante una ley, por razones de bien común, trasladar el dominio de una cosa del dueño al que sin ser dueño la ha poseído como tal, de buena fe, por cierto lapso de tiempo. En otros casos, por último, no pueden juzgar sobre el cambio de la situación, ni influir en él, ni los individuos ni el Estado, sino únicamente Dios; es lo que ocurre precisamente con las cosas tocantes al matrimonio, porque son instituidas sólo por Dios, y no de aquellas encomendadas a la jurisdicción de los hombres (Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-2, q. 100, a. 8, ad 3).

En todas las hipótesis propuestas, puede apreciarse que no es la ley misma la que cambia, sino que, excepcionalmente, la materia moral que la norma está llamada a regir. Por eso los escolásticos dicen que los preceptos secundarios de la ley natural son *formalmente* inmutables, pero susceptibles de cambio *material*, porque lo determinante –forma– no se cambia, sino lo determinable –materia–.

Para ver que no pueden los individuos determinar que haya un cambio en la situación moral, ni menos operarlo ellos, en lo concerniente al matrimonio, basta pensar que se trata de una institución ordenada al bien de esas otras personas que son los hijos, y, mejor todavía, al bien de la especie. Tampoco podría el Estado intervenir en la legalidad natural del matrimonio, porque la familia le es ontológicamente anterior: es un dato del que el Estado debe partir, al igual que lo es la naturaleza del individuo y lo son por ende sus derechos innatos.

Dos casos se suelen citar, desde el punto de vista de la teología católica, de excepción al precepto de derecho natural secundario de la indisolubilidad del matrimonio: el de la ley mosaica y el del llamado *privilegio paulino* (derecho del cónyuge no bautizado que se convierte a la fe para dar por disuelto su matrimonio si el otro cónyuge no se convierte ni quiere cohabitar pacíficamente con él sin ofensa del Creador). Pues bien, la teología explica ambos casos como de dispensa efectuada por autoridad divina, el primero a través de Moisés –sea que sólo se haya permitido o que se haya autorizado como lícito el divorcio, pues los teólogos están divididos al respecto–, y el segundo, a través de San Pablo. Quienes no tengan la fe cató-

lica podrán no aceptar esta explicación, pero partiendo de esa base, y visto que el divorcio es naturalmente un desorden, lo lógico sería negar la sanción de la ley civil a los casos de aplicación del privilegio paulino, y no sacar de él un argumento a favor de la licitud de una ley de divorcio.

f. *Función que tiene la ley civil en relación con la indisolubilidad del matrimonio*

f.1. *La ley civil debe conformarse a la ley natural.*

Expuesta la doctrina iusnaturalista conviene hacer algunas precisiones sobre la función de la ley civil refutando argumentos que se han dado y circulan entre nosotros, favorables a la autorización legal del divorcio vincular. Ante todo, ella debe conformarse a la ley moral natural, que es precisamente la que nos permite enjuiciar, como solemos, la justicia de las leyes civiles. La ley injusta –es decir, la que no respeta a cada uno lo que la ley natural le asigna como suyo en orden a su desenvolvimiento– no es verdadera ley: es arbitraria y tiránica, es un desorden institucionalizado. Por eso dice Cicerón de la ley natural: “Es un crimen alterar esta ley. Nadie tiene derecho a derogarla en cualquiera de sus partes. Nadie puede abrogarla del todo. Ni el Senado ni el pueblo pueden eximirse de su cumplimiento. No requiere exposiciones ni interpretaciones, pues no será una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después: será una ley única y eterna, válida para todas las naciones y todos los tiempos. Y habrá un solo Dios, que sea como el Maestro y Jefe común de todos los hombres, siendo el autor, el ejecutor y el promulgador de esta ley. Quien la desobedezca, tendrá que rehuirse a sí mismo, en desmedro de su propia naturaleza humana...” (*República*, III, 33).

f.2. *La función docente de la ley.*

En segundo lugar, no es una creencia de la Ilustración, como alguien ha afirmado, que la ley civil tenga una función pedagógica. Es así, la tiene: la función docente, o preceptiva –*preceptor* viene de *precepto*–, o directiva, es la más esencial de la ley; la cual no es otra cosa que un juicio o enunciado de la razón práctica sobre lo que es moralmente bueno en orden al bien común temporal, porque lleva al hombre a su último fin; su función coactiva es secundaria, consecuencial, ministerial, y, concebida como “fuerza pública”, puede faltar, y falta en muchos casos sin que la ley deje de ser tal. Y no es ésta una idea de la Ilustración, sino de toda la buena tradición filosófica y jurídica: “...es lo derecho empezar por la virtud, diciendo que en razón de ella puso las leyes el legislador”, nos dice Platón en *Las Leyes* (631 a), y luego añade: “el legislador debe cuidar rectamente, dando honra o castigo, de sus recíprocas uniones matrimoniales (de los ciudadanos),

y tras de ellas, de los nacimientos y crianza de los hijos... debe en todas sus relaciones observar sus dolores y sus placeres, las pasiones y afanes de amor de todos ellos, y reprenderlos y alabarlos rectamente por medio de las mismas leyes" (631 d- 632 a). En el título III del libro 1° del Digesto, ley 2, se transcribe esta definición de Demóstenes: "Es ley aquello a lo que todos deben obedecer, entre otras muchas razones, principalmente porque toda ley es hallazgo y don de Dios, *dogma* (enseñanza) *de hombres prudentes*, corrección de las faltas tanto voluntarias como involuntarias, y convenio común de la ciudad..." Y don Alfonso el Sabio, en el Prólogo del Código de las *Siete Partidas*, nos dice que lo hizo porque mucho conviene a los reyes "conocer las cosas según son, e estremar (separar) al derecho del tuerto (chueco), e la mentira de la verdad". Portalis, en el *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, apunta que "las buenas leyes civiles... frecuentemente son la única moral del pueblo, y siempre forman parte de su libertad".

La ley tiene pues ante todo una función docente. Y por ello no puede jamás decir que es bueno lo que es malo ni que es justo lo injusto. De ahí es que no le será nunca lícito establecer la disolubilidad del matrimonio, que la naturaleza humana hace indisoluble.

f.3. *La indisolubilidad del matrimonio es un asunto de justicia y por tanto materia propia de la ley civil.*

En tercer lugar, si bien es verdad que la ley civil no tiene por misión hacer perfectos a los hombres, mandando todos los actos de todas las virtudes y reprimiendo todos los males, habiendo de cautelar especialmente la justicia; no lo es menos, por una parte, que el divorcio vincular lesiona la justicia, atropellando el derecho natural o "humano" de los hijos a criarse en el hogar de sus dos padres unidos; el derecho irrenunciable de cada cónyuge a la convivencia y unidad de vida con el otro, y el derecho de la sociedad a la estabilidad de la familia; y por otra parte, la ley civil que puede impedir actos de otras virtudes distintas de la justicia cuando sean necesarios al bien común. Conforme a lo dicho, la indisolubilidad del matrimonio es materia de elemental justicia.

f.4. *La ley civil se refiere a la conciencia.*

En cuarto lugar, contra lo que algunos sostienen, es esencial a la ley civil justa –la otra no es ley– obligar en conciencia, pues a la conciencia incumbe tener por bueno lo que conduce al fin último, y tal es la función de la ley civil, que no es sino una determinación de la ley natural. Además, y esto es lo más importante, la indisolubilidad del matrimonio no es un pre-

cepto de la ley civil, sino uno de la ley natural recogido en la ley civil, como ocurre con las prohibiciones de matar y hurtar. Y no podría la ley civil sin injusticia declarar disoluble el matrimonio siquiera fuese para los solos efectos civiles, porque tales efectos no pueden tener sentido alguno si no derivan de la ley natural.

f.5. La sanción de la indisolubilidad no importa aplicar coactividad a la familia.

En quinto lugar, no es efectivo que la ley civil al declarar indisoluble el matrimonio aplique coactividad a la familia: la ley sienta un principio: coactividad sería volver por la fuerza al hogar al cónyuge que se va y se une a otra o a otro.

f.6. Principios de privacidad y pluralismo: no obstan a la prohibición del divorcio vincular.

En sexto lugar, tampoco puede decirse que en la familia haya de prevalecer el llamado principio de privacidad, que permitiría distinguir una sociedad totalitaria de una liberal y pluralista, remitiendo el régimen del matrimonio a la conciencia de las personas. Desde luego, el criterio básico para saber si una sociedad es o no totalitaria, es ver si se ajusta a la ley natural objetiva. El totalitarismo consiste, precisamente, en imponer un criterio de conducta sin otro fundamento objetivo que el ser decisión de la autoridad o de la mayoría, y no por ser exigencia de la naturaleza humana. Además, nadie ignora que el régimen de la familia es de orden público, por referirse, precisamente, a la base misma de la sociedad. El llamado principio de *privacidad* viene a ser una versión de la concepción que tenía Kant del derecho como ámbito de coexistencia de las libertades individuales –poder hacer cualquier cosa mientras no se estorbe al vecino, el que también haga lo que quiera–, concepción tan absurda como que se basaba en la idea de su autor de que no podemos conocer el mundo exterior...

A propósito del llamado *principio de pluralismo*, debe también observarse que el límite infranqueable de su aplicación está en los derechos de la sociedad y de todos y cada uno de sus miembros. Así no podría consentirse el actuar conforme a sus concepciones a terroristas, anarquistas, antropófagos, antisemitas, etc. Análogamente, no puede en virtud del citado principio de pluralismo consentirse la autorización del divorcio, porque él vulnera derechos fundamentales de los hijos, de los cónyuges y de la sociedad.

Asimismo a este propósito conviene aclarar –como ha hecho el profesor Hernán Corral– que el argumento de que al establecer el divorcio a nadie se obliga a divorciarse, es errado: se obliga al cónyuge que no está o no

estaría de acuerdo, y se obliga a los hijos a serlo de padres divorciados y a sufrir con ello la destrucción del hogar.

f.7. La ley civil es siempre fructífera al reconocer la indisolubilidad.

En séptimo lugar, no es cierto que la ley civil haya mantenido la indisolubilidad infructuosamente. El que se burle el precepto a veces, o muchas veces, no significa que él haya sido estéril ni lo hace superfluo o digno de cambiarse. Piénsese que con el mismo criterio podríamos proponer la derogación de la ley que prohíbe el homicidio, porque se cometen crímenes...

f.8. Los códigos antiguos y el progreso en la conciencia moral de la humanidad.

En octavo lugar, en cuanto a la invocación del Código de Hammurabi y del derecho romano, que se ha llegado a hacer, o de la ley mosaica, resulta harto sorprendente y supone desconocer los avances en la conciencia moral de la humanidad. ¿Por qué no se invocan entonces esos momentos legales para restablecer la esclavitud o la pena del Talión? Hay que precisar, a este respecto, que el conocimiento de la ley natural admite cierto progreso. Que algo sea de derecho natural no significa que siempre se haya conocido de igual manera; ni que haya habido siempre, o alguna vez, unanimidad al respecto: significa que se deduce por vía de raciocinio, en forma necesaria –o que puede así deducirse– de los primeros principios, cuando no pertenece a ellos. Algo análogo, por lo demás, ocurre con las leyes naturales físicas: lo que descubrió Galileo, contra Aristóteles, de que los cuerpos pesados o graves caen con la misma velocidad cualquiera sea su masa, era algo que se desprendía necesariamente de principios ciertos de Física, pero que, de hecho, no se solía deducir.

f.9. La frecuencia de las rupturas no puede legitimar la ley de divorcio.

En noveno lugar, el argumento basado en la frecuencia de las rupturas, cuyos efectos la ley civil debería ordenar, es inadmisiblesi con él se pretende no regular las consecuencias jurídicas de una separación en cuanto a las personas y los bienes, sino justificar el divorcio vincular. La ley está por su esencia llamada a informar los hechos, a regirlos según justicia, y no a ir en pos de ellos, a ser regida ella por las situaciones fácticas. Con el mismo argumento se podría autorizar el homicidio si se cometiera con mucha frecuencia, y éste no podría ser ilícito en un país de antropófagos.

f.10. La ley de divorcio no se requiere para proteger a la mujer y a los hijos.

En décimo lugar no existe la necesidad de proteger, como se dice, con

una *buena ley de divorcio*, a la mujer y a los hijos: la legalidad que hay actualmente para el caso de separación los protege en forma suficiente, regulándose los alimentos, las visitas, la liquidación de la sociedad conyugal y la tuición de los hijos. Esto le consta a cualquiera que tenga conocimientos elementales de derecho civil y un mínimo de práctica judicial. En cuanto a la protección de las nuevas uniones que formen los separados mediante el otorgamiento del estatuto matrimonial, se opone a ello cuanto llevamos dicho para demostrar la injusticia e inconveniencia del divorcio.

f.11. *El fraude de las nulidades no legitima la ley de divorcio.*

En undécimo lugar, en cuanto a que la ley de divorcio terminaría con el fraude de las nulidades por incompetencia del oficial civil, cabe observar:

a) El fraude no se evitaría, porque en los países en que se permite el divorcio se simulan sus causales, como lo hemos oído nada menos que a Bertrand Russell, y por lo demás es obvio que no puede menos que suceder;

b) Es absurdo cambiar la ley porque se la quebranta: con el mismo criterio habría que suprimir la propiedad porque hay robos;

c) El mal en el procedimiento de las nulidades fraudulentas lo hacen algunos o muchos particulares, lo que ni puede evitarse ni es novedad alguna; en cambio, si se autoriza por la ley del divorcio, el mal lo hace la autoridad, corrompiendo la ley.

Hay quien argumenta que con el fraude de las nulidades el divorcio existiría ya en Chile. Pero no puede confundirse la obtención fraudulenta de una cosa mala con su consagración legal: el mal hecho por los particulares burlando un control con su institucionalización jurídica, como hemos dicho. Además el fraude de las nulidades, o si se quiere el divorcio fraudulento, practicado de facto, no tiene el efecto multiplicador del divorcio instituido por la ley, porque precisamente falta el respaldo moral de la autoridad legislativa.

f.12. *Tampoco el principio del mal menor.*

En duodécimo lugar, el principio del mal menor no podría jamás justificar la legalización del divorcio, para evitar el fraude de las nulidades ni para evitar la supuesta desprotección de la mujer y los hijos, o de los miembros y descendientes de las nuevas uniones de los separados, ante todo porque el principio en referencia autoriza a *tolerar*, esto es, no reprimir o no evitar,

un mal moral menor para evitar uno mayor; pero no autoriza ni podría autorizar a *hacer* un mal moral para evitar otro mayor, pues el mal moral no puede hacerse nunca: el fin no justifica los medios; no se pueden hacer males para que vengan bienes. Ahora bien, decir el legislador que es disoluble el matrimonio, o sea dictar una ley de divorcio, es un acto en sí mismo malo.

Algunos han incurrido en la deplorable confusión de poner el ejemplo de la legítima defensa: matar, dicen, es malo, pero se puede hacer para evitar un mal mayor.

En verdad, se confunde el mal físico con el mal moral. Matar en legítima defensa no es hacer algo moralmente malo: se hace un mal físico, pero moralmente se realiza un acto bueno y aun meritorio. Análogamente a como un médico que realiza una operación quirúrgica no hace un mal moral –un delito de lesión– con un fin bueno, sino que causa un cierto mal físico, pero hace un acto moralmente bueno.

Otro ejemplo puede ayudar a comprender adecuadamente estos principios:

Un ladrón me amenaza con que si llamo a la policía, matará a un rehén: puedo y debo no evitar, tolerar, permitir, el robo, que es un mal menor para evitar un mal mayor, que es una muerte.

Si alguien, en cambio, me exige que yo mate a un inocente, con la amenaza de que si no lo hago, él matará a tres rehenes, yo no puedo matar al inocente, aunque su muerte sea mal menor que el homicidio de los tres rehenes, porque nunca puede hacerse una cosa mala en sí misma. Si el que formulaba la exigencia cumple su amenaza, es asunto de él: la causa de ese mal no soy yo.

f.13. *Tampoco el hecho de que la mitad de los niños nazcan fuera del matrimonio.*

Se ha pensado que debido a que nuestra Ley de Matrimonio Civil sería anticuada y ajena a la realidad al no autorizar el divorcio, es que una mitad de los niños de Chile nace fuera del matrimonio, lo que llevaría a concluir que el divorcio debe admitirse. Esto no es así, porque:

1º) Este hecho no se debe a la indisolubilidad del matrimonio, que los tiempos ahora repelerían, se ha dado siempre: ya lo mencionaba en 1944 el jurista Don Pedro Lira en su obra *El Código Civil y el Nuevo Derecho* (Nascimento, Santiago, 1944, pág. 319);

2º) Gran parte de esos hijos son fruto de uniones que constituyen verdaderos matrimonios de hecho, en que los padres se sienten comprometidos, se guardan fidelidad, y si no se casan legalmente es por falta de recursos, o por falta de cultura;

3º) Si se establece el divorcio, ello desvalorizará más el matrimonio. Sucederá lo que nota en Francia el profesor Hauser, comentando el alcance de un fallo del Tribunal de Casación en relación con la posibilidad del matrimonio de los transexuales: en Francia baja la tasa de matrimonios: la institución es mal vista por su clientela tradicional, ganada por el utilitarismo, y es reivindicada por aquellos para los cuales no está hecha, pero que paradójicamente ponen en el matrimonio un valor simbólico.²⁷

f.14. *La ley que autorice el divorcio será inconstitucional.*

Lo será porque la Constitución manda proteger la familia y la autorización del divorcio la destruye. Ni vale argumentar que la Constitución no ha definido la familia que quiere proteger: si la fundada en el matrimonio monogámico indisoluble o cualquier otra. No puede exigirse a la Constitución, para que sus normas sean eficaces, que lo defina todo. Tendría entonces que definir cada institución o realidad que considerase, y luego, uno por uno, los elementos de la misma, y luego los elementos de los elementos, y así sucesivamente. El proceso al infinito sería imposible. Tampoco la Constitución define la vida, cuando habla del derecho a la vida; ni los atributos y facultades esenciales del dominio, cuando los menciona, y a nadie se le ocurriría exigirlo. Hay que remitirse a la naturaleza de las cosas y a lo que el derecho vigente consideraba al hacerse la Constitución.

La idea de que una ley de divorcio sería inconstitucional ha sido sostenida ya por el Profesor Alejandro Silva Bascuñan, que formó parte de la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 (El Mercurio, Santiago, A 2, 18-VIII-2003).

Para terminar estas líneas, deseamos añadir que un católico no puede ser partidario de una ley de divorcio. Se lo impide el derecho natural, como a todos los hombres, y en cuanto católico se lo impide la Revelación. El Evangelio es bien terminante al respecto, y lo es el magisterio constante y universal de la Iglesia.

²⁷ *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 2 , año 1993, págs. 325-326.