

NOTAS SOBRE LA HISTORIA DE LA DOCTRINA Y LEGISLACION DEL MATRIMONIO

HUGO HANISCH ESPÍNDOLA

Universidad de Chile (Santiago)

1. El matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de la perpetuación de la especie humana, que la racionalidad del hombre ha elevado a un rango especial y ha estabilizado a través de las costumbres y de las leyes.

Su finalidad como base de la sociedad civil está formulada de un modo semejante entre los filósofos romanos y los teólogos cristianos y así Cicerón escribía: *Id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, Off. I.7 y San Agustín a su vez decía: *seminarium civitatis*, Civ. Dei. 15.16.3.

En el análisis histórico del matrimonio, en nuestra civilización occidental hay varias formas que revistieron las nupcias en el desarrollo de su concepto y su forma de celebración: a) la romana; b) la germánica; c) la canónica medieval; d) la tridentina, e) la canónica moderna y f) la nacional civil.

Los factores que influyen en esta materia son el consentimiento de los contrayentes y la copula carnalis o débito conyugal.

De aquí que sea necesario iniciar su estudio sistemático por las formas que ha revestido el matrimonio, no en su aspecto material, sino por la manera como se inicia esta unión permanente de hombre y mujer para establecer esta sociedad que lleva a la perpetuación de la especie humana.

El primer concepto de matrimonio es antiguo y así el estoico Stabeo II. VII, dice: "la primera sociedad es la

unión del hombre y la mujer según la ley a fin de engendrar hijos y hacer una vida común”.

Cicerón resume la misma idea con las siguientes expresiones de *Off.* 1.17.54: “en efecto lo que sea esto es común de los animales que tengan la inclinación de procrear y así la primera sociedad está en la misma unión, la siguiente en los hijos y finalmente en una habitación común a todos”.

En la evolución histórico jurídica del matrimonio su concepción y forma de celebración aparece como más próxima al derecho natural, la romana y así está constatado por los autores que se han dedicado a su estudio¹.

El primer punto que debemos analizar es el concepto jurídico del matrimonio, cuya más antigua formulación se debe a los jurisconsultos romanos.

Ulpiano explicaba así el matrimonio²: “Existe justo matrimonio si existe derecho de connubio entre los que lo contraen y tanto el varón púber como la mujer núbil sean y uno y otro den su consentimiento si son sui iuris y si están bajo patria potestad lo otorguen también sus padres”.

Paulo D. 23.22. dice³: “Las nupcias no pueden consistir si no consienten todos, los que las celebran como aquellos bajo cuya potestad están”.

El matrimonio, según la concepción romana, no es la simple unión física o material del hombre y la mujer, sino que envuelve, en un sentido más completo y racional, el consentimiento de los contrayentes y de aquellos que tienen potestad sobre los que no son independientes. Este consentimiento debe perdurar, y lo normal es que ello sea por toda la vida. Así lo afirmaba Modestino cuando explicaba en D. 23.2.1. *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.*

¹ J. GAUDEMET, *Originalité et destin du mariage romain en Studi in memoria de Paolo Koschacker*, vol. II (Milano 1954), p. 557.

² *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculum puber quam femina potens sit et utrique consentiant si sui iuris sint, aut etiam parentes eorum si in potestate sint (Tituli ex corpore Ulpiani 5.2).*

³ *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, is est qui coeunt quorumve in potestate sunt.*

Este consorcio de toda la vida es la perseverancia de la voluntad de unión y la participación en común de toda buena o mala fortuna que acaezca a los esposos. La comunicación del derecho divino y humano se refiere a que la mujer y el marido tenían el mismo culto familiar y los mismos derechos en la integración del hogar común sin perjuicio de la subordinación que las leyes romanas ordenaban respecto de la mujer que podía estar sometida al poder del marido, o simplemente su igualdad si dicho poder no lo adquiría legalmente el marido.

El consorcio nacía de la voluntad llamada *maritalis affectio* que, en la época clásica debía perseverar mientras durara el matrimonio, pues la pérdida de esta continuidad acarrea la posibilidad del repudio o del divorcio. Si bien como consecuencia había una relación con respecto a los bienes, ello no influía en la existencia del matrimonio como lo expone el emperador Justiniano en la Nov. 22.3⁴: “Las nupcias la forman el afecto no requiriendo de aumento dotal”.

Este concepto de que el matrimonio emana del consentimiento es una de las características propias del régimen romano y existe una claridad en los textos que revelan este elemento característico del matrimonio romano. Así Ulpiano lo dice expresamente D. 35.1.15⁵: “A quien fuere algo legado bajo la condición “si se casase en la familia” parece que está cumplida la condición al momento en que se toma esposa, aun cuando no haya entrado en lecho nupcial, pues las nupcias no las hace la cohabitación sino el consentimiento”.

De lo expuesto aparece claro que la voluntad bastaba que fuera manifestada entre los contrayentes de un modo solamente consensual sin que hubiere ceremonia alguna necesaria para su perfeccionamiento^{5a}.

⁴ *Nuptias itaque affectus facit dotalis non egens augmento.*

⁵ *Cui fuerit sub hac conditione legatum si in familia nupsisset videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit nuptias enim non concubitus sed consensus facit.*

^{5a} J. GAUDEMMENT, *L'Eglise dans l'empire romain (IV-V-siècle)*, p. 531.

Es esta una de las más importantes características del matrimonio romano y que lo diferenciará de otras formas posteriores y que ha venido a revivir en formas más modernas: su simple consensualidad.

Sin embargo no es posible pensar, dada la condición humana y la especial naturaleza del vínculo matrimonial, que éste se produzca como cualquier convención patrimonial y de aquí que exista en el campo jurídico un preámbulo que son los esponsales: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum* D. 23.1.1. Esta promesa tiene la particularidad que no es exigible por la vía judicial, sino que da lugar a indemnización por el daño que causa la retractación de la voluntad en el matrimonio prometido, lo que solía establecerse mediante cláusula penal.

Los romanos consideraban que el consentimiento debía ser libre y espontáneo, pero no crearon un sistema de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo. Sólo las nupcias simuladas eran nulas D. 23-2-30.

Sólo en las escuelas bizantinas del bajo imperio se puede apreciar un esbozo de estos vicios en el matrimonio cuya elaboración se estructura posteriormente en el derecho canónico⁶.

La capacidad para contraer matrimonio en derecho romano fue reglamentada y se reconocieron impedimentos que como el parentesco dentro de ciertos grados, según la costumbre, inhibían el matrimonio, pero no se formularon normas o sistemas legales al respecto. Sólo en el bajo imperio aparecen leyes expresas, con o sin sanciones anexas como la prohibición de que se celebraran nupcias entre cristianos y judíos, entre ortodoxos y herejes, etc. En la época clásica el matrimonio entre esclavos o contubernio no era reconocido por falta de capacidad legal de los contrayentes.

Los textos romanos no hacen referencia a la relación carnal en el nacimiento del vínculo matrimonial, pues para ellos lo más importante es la voluntad. O sea la intención

⁶ J. GAUDEMET, op. cit., p. 533.

expresada de constituir un vínculo matrimonial por la *maritalis affectio*⁷.

La finalidad del matrimonio romano era la procreación de los hijos, lo que fue confirmado en la época de Augusto por las leyes Julia y Papia Poppea que propiciaron el fomento de los hijos en las familias romanas.

Estas características del matrimonio romano hicieron que la Iglesia, en los primeros siglos, estuviera de acuerdo con su sistema y, salvo la intención cristiana, se mantuviera el mismo sentido de la línea señalada, eliminando aquellas ceremonias o usos que se apartaban del pudor y la castidad preconizada por el cristianismo.

El matrimonio constituía en sí un hecho social en que influyen todos los factores de la convivencia humana y no la expresión pura de un vínculo técnico jurídico.

En la manifestación del consentimiento, en Roma antigua hubo formas precisas como eran la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*, si bien ellas no se referían al matrimonio como vínculo, sino a la adquisición de la potestad del varón respecto de la mujer. Ello no impedía que también se celebraran matrimonios en que sólo el consentimiento les daba validez legal y el que aún la convivencia continuada entre personas del mismo rango social era reconocida como verdadero matrimonio.

En lo que se refiere a los esponsales lo esencial era el acto voluntario de acuerdo; sin embargo, existían formas sociales o legales que solemnizaban el consentimiento como sacrificios, banquetes, la entrega del anillo, el cortejo nupcial, la redacción de *tabulae nuptiales*, el instrumento dotal etc., con los cuales se aseguraba la protección de los dioses o la garantía del derecho⁸.

Aunque los esponsales podían preceder al matrimonio no eran, sin embargo, un antecedente necesario.

Por su parte el matrimonio en la época clásica era consensual y revestía formas externas para su constancia, siendo

⁷ VOLTERRA, en *Enciclopedia del Diritto*, s.v. *Matrimonio* (Diritto Romano), p. 739, nota 30.

⁸ J. GAUDEMET, *Originalité*, op. cit., p. 516.

la más ostensible la *deductio in domum mariti* que se hacía con un desfile de amigos en que rodeaban a los novios desde la casa del padre de la mujer hasta su nuevo hogar en casa de su marido, en medio de cantos, desfile de antorchas y ceremonias alusivas. D. 24.1.66.1; 35.1.15; 23.2.5; 23.3.3; 69, 3; 23.2.6. Livio nos cuenta que el censor G. Metello dispuso que todos fueran obligados a tomar esposas a fin de procrear hijos. Liv. Epit. 59.

En lo jurídico esta forma se reduce a establecer el sentido y la expresión del consenso como se indica en los párrafos del Digesto. También se usaba la *testatio* o juramento, ante los censores u otra autoridad competente, de convivir permanentemente con determinada mujer para procrear hijos⁹. Estas circunstancias son la base de algunas decisiones de juristas o emperadores D. 50.16.220.3; CI. 5.4.9 También se usaba el juramento de la Ley Julia Miscella CI. 6.40.2; Nov. 22.43. Se consideraba también consentimiento el *Honor Matrimonii* o sea la participación de la mujer en el rango social del marido D. 24.1.32.13.

En el derecho clásico la voluntad se constituye por el continuado consentimiento de los cónyuges de convivir en la vida matrimonial y no se forma un contrato de matrimonio como aparece de los textos¹⁰. Aunque las tábulas no hayan sido firmadas, nada se opone a la mente de los contrayentes. Nada aprovecha firmar las tablillas si constare que no hay intención de efectuar el matrimonio.

Los textos jurídicos también traen el mismo principio *Nuptias enim non concubitus sed consensus facit* D. 35.1.15 y también: *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* D. 24.1.32.13.

La existencia de un impedimento temporal entre los cónyuges, que impida el vínculo matrimonial, desde que el impedimento cesa, el matrimonio se hace válido siempre

⁹ GELLIUS, *Noc. Att.* 4.3.2; 4.20.3.

¹⁰ *Nihil obstat quo minus sit mente coeuntium, etiamsi tabulae signatae non fuerint. Nihil enim proderit signare tabulas si mentem matrimonii non fuisse constabit* (Quintiliano, *Ins. Orat.* 5.11.32).

que marido y mujer persistan en su recíproca voluntad¹¹. D. 23.2.65.1 "Respondió que a mí me parece correcto y si bien contra las disposiciones se contrajo matrimonio en provincia, sin embargo después de terminado el cargo se persevera en la misma voluntad, se realizan las justas nupcias y en consecuencia los hijos nacidos de justo matrimonio son legítimos".

En el derecho clásico, siendo la voluntad el elemento determinante de la existencia del matrimonio, no cabe la bigamia, según lo expresa Gayo. Gai. 1.63.¹² "Ni una mujer puede estar casada dos veces, ni un hombre puede tener dos mujeres".

Sólo en el siglo IV después de Cristo es conocido en derecho romano el delito de bigamia¹³.

Cicerón en Topica 3.14 habla de dos formas de matrimonio, con lo que se refiere a las dos maneras como puede estar relacionada la mujer con el marido que eran bajo potestad o *manus*, o libre del poder del marido o *sine manu*. Esta potestad se adquiere por la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*, Gai 1.111, vínculo que se extingue por vías propias como la *diffarreatio*, o la *remancipatio* que influyen sobre la potestad, pero no sobre el vínculo matrimonial consensual.

En la época postclásica encontramos señalado el principio de la disolución mediante la ruptura del consentimiento, y así Teodosio y Valente en el año 449 dispusieron CI. 5.17.8 pr.¹⁴: "Los matrimonios lícitos pueden contraerse por el consentimiento, y una vez contraídos ordenamos que no puedan disolverse sino por el repudio".

¹¹ D. 23.2.65.1. *Respondit mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, in eade voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.*

¹² *Neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.*

¹³ E. VOLTERRA, en *Novissimo Digesto Italiano* (Turin 1957), s.v. *Matrimonio* (Romano, p. 322).

¹⁴ *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio solvi praecipimus.*

La situación cambia fundamentalmente en el siglo IV p. C. pues, si bien la voluntad persiste como elemento del matrimonio, el *consensus* no se refiere a la voluntad mantenida y continuada mientras dure el matrimonio, sino sólo a la voluntad inicial de marido y mujer la cual una vez manifestada crea el vínculo conyugal el cual nace y subsiste independientemente de la perseverancia de la voluntad de los contrayentes y la comunidad de la vida conyugal. Sólo se extingue por el divorcio que es la voluntad directa y expresada de romper el vínculo matrimonial.

En este siglo aparece el delito de bigamia y la legislación sobre el divorcio que fija sus causales de manera que el rompimiento unilateral del vínculo no permite pasar a nuevas nupcias. Nov. 128.11 y también con posterioridad Justiniano castigó a la mujer adúltera recluyéndola en un convento. Nov. 22.117.127.134.

En el siglo V se despiertan resistencias a admitir que el mero consentimiento sea la forma de celebrar el matrimonio y se releva la importancia de la formulación de la voluntad mediante escritos, dejándose constancia del consentimiento por medio de documentos. Sin embargo este requisito no eliminó totalmente la idea de que el acto de contraer matrimonio es consensual y así lo indica el emperador Justiniano en la Nov. 22.18 en los siguientes términos¹⁵: “Si alguno tomare por mujer con la voluntad de sus padres a la mujer que se halla constituida bajo potestad, o aun a la que acaso sea de propio derecho, no habiéndose ofrecido dote, ni habiéndose otorgado instrumentos dotales, hay ciertamente nupcias, aunque no se hayan escrito los instrumentos dotales...”.

La *honesta celebratio*, dice Orestano, es la redacción de un escrito formulado de un modo general en Occidente en el año 426 C. Th. 4.6.7. CI 5.4.21 y después en Oriente para el matrimonio inter pares C. Th. 3.7.3. También ad-

¹⁵ *Si quis sub potestate constitutam mulierem voluntate parentum aut etiam suae potestatis forte ducat uxorem neque dote oblata, neque instrumentis dotalibus factis, nuptiae quidem sunt, licet dotalia intrumenta non sint conscripta.*

quiere relevancia la constitución de la dote. Finalmente el emperador Zenón en los matrimonios Egipcios en que el marido hubiere muerto dejando a su mujer virgen, según opinión de autores de leyes, no se consideraba que hubieren contraído nupcias por no haberse unido corporalmente *Nuptias non videre contractas* CI. 5.5.8 año 475.

Gaudemet¹⁶ dice que la influencia del cristianismo es clara en este período, pero no significó que esta doctrina creara preceptos canónicos propios, sino que más bien se inclinó por aceptar la legislación del bajo imperio. Sin embargo el consensualismo siguió imperando en especial para demostrar la autenticidad del matrimonio de la Virgen María.

Sin embargo, además del consensualismo se da un aspecto relevante y real a la unión carnal por encima de la práctica ya vista de la tradición puramente romana.

A través de los autores literarios latinos cristianos aparece el término *desponsare* recogido por Justiniano CI 5.1.1; en la Collatio IV. 1.1.2. y en una constitución del 533 CI. 9.13.1 pr. para indicar la prometida o novia en oposición a la mujer o *uxor*.

En la legislación del bajo imperio existen expresiones que revelan una manifiesta influencia del cristianismo en el matrimonio. Gordiano dice que la mujer es *socia, rei humanae et divinae suscipitur* CI. 9.32. Dioclesiano, al tratar de las nupcias incestuosas, contiene afirmaciones sobre religiosidad del matrimonio y señala que las leyes romanas establecen su calidad de casto y santo e incoa *la aeterna religio* y la *pietas*, exalta los matrimonios contraídos *religiose atque legitime* para que obtengan *apud affectus suos piam ac religiosam consanguinitati debitam caritatem* y con ello el legislador desea *religionem sanctitatemque in connubiis servari*. Collatio 6.4.

Todo ello parecería obedecer a lo que expresa San Pablo en la epístola a los efesios 5.32. que habla de *magnum*

¹⁶ *Originalité*, op. cit., p. 530.

sacramentum. Para la Iglesia el punto central es la consagración del matrimonio como sacramento.

Los padres de la Iglesia se refieren, en algunos pasos, a materias matrimoniales si bien en asuntos específicos como son las formalidades, su sentido o finalidad y la condena del divorcio.

Así Tertuliano¹⁷ exigía un acto externo *in facie ecclesiae* para hacer ostensible la voluntad de los contrayentes de constituir un verdadero matrimonio: “ante nosotros las uniones ocultas, esto es no profesadas ante la Iglesia, peligran ser consideradas impuras y fornicación”.

O sea, él pide un rito externo con el fin de manifestar la verdadera voluntad de vivir en matrimonio y alejar toda sospecha que se trata de un estado de fornicación que pueda ser sospechoso. La misma posición sostenían el Papa Siricio y San Ambrosio.

San Agustín, a su vez, señalaba en sus escritos el verdadero sentido del matrimonio cristiano como hoy día lo han estudiado obras importantes¹⁸.

Graciano, Dictum c. XXXIV cita a San Agustín refiriéndose al matrimonio de la Virgen María¹⁹: “Entre María y José hubo perfecto matrimonio”.

Sobre el sentido del matrimonio cristiano que lo diferencia del puramente romano decía San Jerónimo²⁰: “No todo matrimonio que no se celebre según los preceptos de Cristo con su varón, estrictamente puede llamarse matrimonio, sino mejor adulterio”.

¹⁷ *De pudore*, en Migne P.L. 2.1038.

¹⁸ BERNARD ALVES, PEREIRA, *La doctrine du mariage selon St. Augustin* (1930); G. SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat sacrement et plus particulièrement de la doctrine Augustienne des liens du mariage* (Nancy 1928).

¹⁹ *Inter Mariam et Joseph fuit perfectum coniugium. Sed perfectum intelligitur non ex officio, sed ex iis quae comitantur officium coniugii, ex fide videlicet, prole et sacramento; quae omnia inter Christi parentes fuisse auctoritate Augustini probantur* (Esmein, *Le Mariage en Droit canonique* (Paris 1929), p. 123).

²⁰ *Non omne matrimonium, quod non viro suo secundum Christi praecepta coniungitur, rite coniugium appellari potest, sed magis adulterium* (Migne P.L. 26.531).

San Agustín²¹ dice que “el que apetece más el cuerpo de su mujer que lo que prescribe el límite de la procreación de los hijos, actúa contra las normas por las cuales tomó a su esposa”.

Al referirse a la condenación del adulterio del marido San Jerónimo dice²²: “unas son las leyes de los césares otras las de Cristo, una cosa ordena Papiniano y otra nuestro Pablo”.

San Ambrosio, tratando del divorcio, expresa: “¿Piensas que es lícito porque la ley humana no lo prohíbe? Pero lo prohíbe la ley divina”²³. Y San Agustín lo condena no por derecho legal, sino por derecho del cielo²⁴.

Justiniano en el Digesto introduce las siguientes palabras: D. 50.16.220.3²⁵ “los padres piadosos que con el ánimo de procrear hijos toman mujer”.

Las primeras reglas del matrimonio cristiano emanan del Concilio de Elvira, anterior a Constantino.

En el siglo X el imperio de occidente reconoce la jurisprudencia eclesiástica en materia de matrimonio y en oriente León el filósofo, es el primer emperador bizantino que reconoce la exclusiva competencia eclesiástica en asuntos matrimoniales, imponiendo la *ιερα εὐλογία* como forma de celebrar el matrimonio.

Los emperadores romanos aceptaron y legislaron sobre la publicidad del matrimonio como Constantino que dice: *publice contestatione firmatur* CI. 5.17.7, año 538; Zenon habla de *connubia celebrare* CI. 5.5.8 y Justiniano de *modi legitimi* Nov. 74.5. En esta última novela se establece que el matrimonio se puede celebrar jurando sobre las Sagradas Escrituras, o en los oratorios, de recibir a la mujer como esposa legítima, lo cual se considera válido. También se consideraba suficiente la confección del instrumento dotal.

²¹ Migne, P.L. 38.345.

²² Ep. 77 *Ad Oceanum*, en Migne P.L. 22.691.

²³ *In Lucam* 8.15, en Migne P.L. 25.1857.

²⁴ *Serm.* 392, en Migne P.L. 39.1710.

²⁵ *Parentes pios qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt*.

Tanto las leyes del estado como las prácticas de la Iglesia se esforzaron en dar una forma externa y pública al matrimonio.

En resumen, se puede advertir que tanto el matrimonio aceptado por los romanos, como el matrimonio cristiano se basan en el consentimiento solo o *maritalis affectio* permanente y continuada de modo que si esta se extingue o interrumpe desaparece el lazo matrimonial; mientras el segundo sólo pide un consentimiento inicial, o sea, celebrado el matrimonio, no puede resolverse por voluntad de los contrayentes, pues si bien ha nacido por voluntad recíproca debe esta tenerse por definitiva e irrevocable y no es posible un cambio o retractación de la voluntad.

2. El derecho germánico que informa las prácticas antiguas y los sistemas medievales se diferencia del régimen romano porque no distingue la promesa de matrimonio del matrimonio mismo, ni considera la celebración por un simple acuerdo o simple consentimiento.

Para el matrimonio germánico se requieren dos elementos: el primero es el acuerdo contractual entre el futuro marido y el titular del *mundium* o poder sobre la mujer por el que se compromete a entregar la mujer y el *mundium* al futuro marido y el futuro marido se obliga por su parte a tomarla como cónyuge y a tratarla como esposa. Es lo que se llama el *Verlobung* que es el origen del matrimonio.

Si no se realiza la unión el que falla debe indemnizar y se prohíbe a la mujer prometida casarse con otro. Los visigodos consideraban la ruptura de esta unión como un adulterio.

A la *Vorlobung* se agregaba la ejecución del acuerdo mediante el acto material de la entrega de la mujer llamada *Trauung* lo que se hacía en un festín en que recibida la mujer por el marido era llevada en un cortejo a la casa de éste.

La *copula carnalis* reviste una importancia grande y representa el acto jurídico que es fundamental del *Eheband*.

La autoridad marital se inicia con el *Trauung* y el marido desde ese momento administra los bienes de la mujer. Pero sólo la cópula que marca el comienzo de la vida conyugal crea jurídicamente la comunidad de los esposos y la de sus bienes y de ella depende la indisolubilidad del matrimonio.

Eckhardt²⁶ establece un esquema diferente. La *Ver-mahlugn*, en la que los contrayentes declaran su voluntad de unirse, constituye una parte del vínculo matrimonial mientras que la cópula es la otra por la cual se realiza esa voluntad. Además consideran el *Vorlobung* entre el titular del *mundium* y el futuro marido al que se promete transferir la potestad sobre la mujer y la *Trauung* que es la entrega, propiamente tal, lo que hace ser titular al marido. En esta forma hay dos grupos de actos jurídicos para celebrar el matrimonio: por el primero se consideran los contrayentes, cuya voluntad de casarse se expresa por sus palabras y por la unión física y el otro por el cual el que tiene el poder sobre la mujer se obliga a entregarla siendo otra actividad diferente aquella por la que se materializa la entrega y la transferencia del poder.

3. Las ceremonias cristianas específicas para la celebración del matrimonio aparecen tardíamente al iniciarse la Edad Media para la Iglesia Latina. El sacramento leonino²⁷ contiene las oraciones de la bendición nupcial y en el Responsum de Nicolás I²⁸ se describen de un modo completo los ritos de la Iglesia Latina. Sin embargo, ellos no constituyen una solemnidad. En cambio desde el siglo IX la Iglesia de oriente hace de la bendición, y por tanto de la publicidad que ello implica, una condición de validez del matrimonio²⁹.

²⁶ Z.S. St. Germ. Abt. (1927), p. 185.

²⁷ c. 31, en Migne P.L. 55.130.

²⁸ c. 3, en Migne P.L. 119-980.

²⁹ CAUDEMET, *Originalité*, op. cit., p. 541.

San Pedro Damiano en *De tempore celebrandi nuptias*³⁰ cita las formas romanas sin inclinarse respecto de cuál es el elemento generador, a no ser para destacar el rol determinante de la cópula.

Graciano, monje del siglo XII (1.140-1.150), varón de agudo ingenio, comprendió cuán útil y cuánto aportaría al bien común el reunir los cánones que estaban desunidos y dispersos y a menudo eran contradictorios, por lo que procedió a ordenarlos en un cuerpo legal que recibió el nombre de *Concordia discordantium canonum*, obra que después de su muerte se llamó *Decretum Gratiani*.

Este autor distingue entre *matrimonium iniciatum* por las palabras de presente y el *matrimonium perfectum* o *ratum* después de la unión carnal de los contrayentes que es el único indisoluble.

Siguiendo la corriente de su época considera los momentos en el convenio matrimonial, influenciada por la tradición germánica que se introduce en Italia a través de los Lombardos. Sin embargo, surgen dudas en él, provenientes del sistema romano que distinguía entre sponsi y cónyuges que representan las partes que intervienen en los dos actos consensuales que son los esponsales y las nupcias. Influenciado, sin embargo, por las opiniones dominantes en su época, se aparta de la tradición romana y se inclina por la germánica en que se distingue entre el matrimonio consentido y el matrimonio consumado.

La incorporación de estos elementos a la legislación lo efectúa el Papa Alejandro III que distingue tres momentos: *verba de futuro* que son la simple promesa de matrimonio o esponsales; *verba de praesente* o *matrimonium iniciatum* que es el consentimiento matrimonial llamado también *matrimonium ratum* y la *copula carnalis* que transforma el *matrimonium* en *consumatum*.

Los primeros canonistas como Paucapalea, Rufín y Bandelli fueron fieles a estas doctrinas que posteriormente, como hemos señalado, inspiraron la distinción entre matrimo-

³⁰ Migne P.L. 145-663.

nium ratum y *matrimonium consumatum*; resultando el primero de las palabras de presente y el segundo de la relación conyugal, con lo que se admite que la unión matrimonial existe desde el primer momento, mientras que la indisolubilidad se subordina al segundo.

En realidad en estas nuevas posiciones sigue viva la tradición romana al mantenerse el principio de que el lazo matrimonial nace del solo consentimiento y respetándose la distinción entre esponsales y nupcias.

En el siglo XII los teólogos de la escuela de Laon volvieron a la distinción entre esponsales y nupcias, la que había desaparecido durante la alta Edad Media. Anselmo († 1117) y Guillermo de Champeaux († 1112) usando términos nuevos adhieren a la distinción romana y diversificaron entre *fides pactionis* y *fides consensus*, siendo la primera la promesa de recibir a la mujer como suya y la segunda la recepción consentida de la mujer como cónyuge.

A través de los textos de los autores medievales que se conservan, es posible conocer el desarrollo del pensamiento que se fue estructurando desde esa época sobre el matrimonio.

En el Rescripto del Papa Nicolás I a los Búlgaros en 866 al describir las ceremonias del matrimonio se agrega³¹: “Basta, según las leyes, sólo el consentimiento de aquellos de cuya unión se trata. Si el consentimiento sólo faltare en las nupcias, todas las demás cosas celebradas, aun la misma unión carnal, se hacen inútiles”.

Anteriormente en la epístola del Papa San León a Rustico (año 458-459) se leen importantes normas sobre el matrimonio³².

³¹ *Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum coniunctionibus agitur. Qui consensus si in nuptiis solus defuerit, coetera omnia etiam cum ipso coitu, celebrata frustrantur* (Esmein-Genestal, *Le mariage en droit canonique* (Paris 1929), p. 103).

³² *Non omnis mulier iuncta viro est uxor viri, quia nec omnis filius est haeres patris. Nuptiarum autem foedera inter ingenuos sunt legitima et inter aequales, multo prius hoc Domino constituyente*

“No toda mujer unida a un varón es mujer del varón como no todo hijo es heredero de su padre. La alianza de las nupcias es legítima entre los ingenuos y entre los iguales, mucho antes que existiera el derecho romano, como lo constituyó el Señor. Por tanto, una cosa es ser la mujer y otra ser la concubina, al igual que una es la esclava y otra es la libre...”.

Graciano dice que el consentimiento hace el matrimonio ³³. “Hubo entre ellos consentimiento que es causa eficiente de matrimonio, como entre ellos se produjo consentimiento, que por sí solo hace el matrimonio, es evidente que ellos son cónyuges”.

Además Graciano exige la unión carnal ³⁴, “debe saberse que el matrimonio se inicia con los esponsales y se perfecciona con la unión sexual. Por consiguiente, entre el esposo y la esposa se ha iniciado el matrimonio y entre los que han tenido relaciones el matrimonio está ratificado”.

Ives de Chartres reconoce el matrimonio con juramento ³⁵. “El que efectivamente confirmó el pacto matrimonial con juramento cumplió el sacramento conyugal en su mayor parte”.

También reconoce la bendición eclesiástica en el matrimonio ³⁶ “...mujer fue del mismo Pedro no solo legíti-

quam initium romani iuris existeret. Itaque aliud est uxor, aliud concubina, sicut aliud ancilla aliud libera (Esmein, *Le mariage*, op. cit., pág. 102).

³³ *Fuit enim inter eos consensus qui est efficiens causa matrimonii, cum ergo inter istos consensus intercesserit, qui solus matrimonium facit, patet hos conjuges fuisse.* (Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 120).

³⁴ *Sciendum est quod conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam conjugio est initiatum, inter copulatos est conjugium ratum.* (Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 123).

³⁵ *Qui enim juramento pactum conjugale firmavit, ex majoris parte sacramentum implevit.* (Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 114, nota 1).

³⁶ *Uxor fuit eiusdem Petri non solum legitime desponsatam sed etiam sacerdotali benedictione conjuncta Ep. CCXLVI* (Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 118).

mamente desposada sino unida también por la bendición sacerdotal”.

El matrimonio es indisoluble por el consentimiento matrimonial, sólo como lo establece el mismo Ives³⁷. “Porque si objetáis que no hubo matrimonio, cuando consta que no se ha seguido comercio carnal, por la autoridad de los padres respondo: Que el matrimonio es indisoluble desde el momento que se confirmó el pacto conyugal”.

Finalmente, podemos indicar que Graciano buscó resolver una antinomia y propuso lo siguiente: *coniugium initiatum* resultó del solo consentimiento que existe entre los esposos y el *coniugium ratum* que se estableció por la *copula carnalis* perfecciona y completa el primero. El matrimonio *initiatum* pudo disolverse aunque Graciano no indica por qué causas. El *matrimonium ratum*, por el contrario, es indisoluble.

La suma coloniensis insiste a su vez en distinguir entre los dos tipos de matrimonio introducidos de acuerdo con la forma germánica y compara el régimen matrimonial con la relación que tienen entre sí las partes contratantes. Los términos son los siguientes: Los transalpinos distinguen entre el matrimonio iniciado y el matrimonio consumado. Los trámites se inician con el pacto conyugal y se consuma el matrimonio con la cópula carnal, como el contrato de venta o de permuta se inicia con la convención, se perfecciona por la tradición, porque así finalmente se transfiere el dominio³⁸.

Pedro Lombardo considera que el matrimonio nace con el consentimiento y sólo por él, distinguiendo eso sí la promesa de matrimonio con el término palabras de futuro, mien-

³⁷ *Quod si objicitis non fuisse coniugium, ubi constat non subsequutum fuisse carnale commercium ex auctoritate Patrum respondeo: Quia coniugium ex eo indisolubile est, ex quo pactum coniugale firmatum est.* (Ep. CCXLVI, en Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 115).

³⁸ Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 129.

tras que la celebración de las nupcias se realiza por palabras de presente³⁹.

“El consentimiento es, sin embargo, causa eficiente del matrimonio, no de cualquier modo expresado sino por palabras y no de futuro sino de presente. Si consienten para el futuro diciendo: Te recibiré como varón y yo a ti como mujer, no es este consentimiento eficaz para el matrimonio. Igualmente si consienten mentalmente y no lo expresan por palabras o por otros signos ciertos, tal consentimiento no produce el matrimonio”.

Pedro Lombardo llega a considerar el matrimonio como una obligatio verborum: *Obligatio illa verborum quibus consentiunt dicentes: Accipio te in virum et ego te in uxorem, matrimonium facit*⁴⁰.

Aparece que la esposa no es mujer antes de la unión carnal ni es perfecto matrimonio iniciado por el solo pacto conyugal. En esta cuestión la galicana y la trasalpina disienten... la Iglesia Galicana distingue entre el matrimonio legal y el canónico, es decir, el que se concibe para el presente o para el futuro⁴¹.

De aquí resulta que la Iglesia de Francia, si había existido consentimiento y bendición sacerdotal, pero aún no se había producido la unión carnal, permitía retornar al estado anterior, es decir, disolver el vínculo, lo que no era admitido por la Iglesia Romana. Pero en definitiva estas normas no se asentaron, sino que se admitió que si el ma-

³⁹ *Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro sed de presenti. Si enim consentiunt in futurum dicentes: accipiam te in virum et ego te in uxorem non iste consensus est efficax matrimonii. Item si consentiant mente et non expriment verbis vel aliis certis signis nec talis consensus efficit matrimonium Sent. Bib. IV. D. 27. c. 3, en Migne P.L. 192, 910 ss.).*

⁴⁰ Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 131.

⁴¹ *Apparet sponsam uxorem non esse ante commixtionem nec esse perfectum coniugium sola pactione coniugali initiatum. In hac quaestione gallicana et transalpina Ecclesia dissentiunt... Gallicana Ecclesia... desponsationem in legalem et canonicam distinguit, id est quae in praesens vel in futurum concipitur (Esmein, op. cit., p. 137).*

trimonio era consumado, ello significaba que sólo podía ser disuelto para fines superiores como era la entrada en religión de los esposos, pero no para la celebración de nupcias con un tercero.

Hostiensis, confirmando la doctrina de las formas matrimoniales, dice que la fuente legislativa de la disolución era diferente con las siguientes palabras: Algunos dijeron como Alanus que el matrimonio no consumado produce efectos por disposición de la Iglesia, mientras que el consumado por constitución divina⁴².

Santo Tomás de Aquino distingue la legislación aplicable al matrimonio diciendo que en cuanto es oficio de la naturaleza, se regula por el derecho natural; en cuanto es oficio de la comunidad, se regula por el derecho civil, y en cuanto es sacramento se regula por el derecho divino. (3 part. qu. 5^o ad. 4). En cuanto a su celebración dice que las palabras por las que se expresa son la forma del sacramento, no la bendición del sacerdote que es algo sacramental. (Sum. Supplem. III. qu. 42 art. 1).

4. La declaración formal por la cual es considerado indiscutiblemente el matrimonio un sacramento proviene del Concilio de Trento cuyo texto es: "Si alguien dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Cristo Señor, sino inventado por los hombres en la Iglesia, y que no confiere gracia, sea anatema". (Sess. 24 can. 1).

De esta declaración proviene la necesidad de definirlo que expresan los teólogos que lo hacen en los siguientes términos⁴³.

"Es un signo sensible que confiere la gracia al hombre y a la mujer, unidos por legítimo consentimiento, para la

⁴² Esmein, *Le mariage*, op. cit., p. 146 nota 1.

⁴³ *Signum sensibile gratiae collatae viro et mulieri, legitimo consensu copulatus, ad perpetuam vitae consuetudinem et ad prolem pie sancteque educandam* (Justo Donoso, *Instituciones de Derecho Canónico Americano* (Santiago 1861) II, p. 151).

perpetua convivencia de la vida y para educar pía y santamente a la prole...".

La influencia del derecho canónico es introducida en las glosas del Digesto y así Accursio habla del consentimiento matrimonial como *verba* de presente y Balde de los esponsales como *verba* de futuro y Hugucio considera la *deductio* romana como la unión física que hace presumir el matrimonio cuando preceden esponsales.

Los esponsales renacen en el derecho canónico y eran definidos como *mutua prommissio et acceptatio futurarum nuptiarum*, cuyo cumplimiento puede exigirse a no ser que obste una causa razonable, como lo dispone la Decretal de Alejandro III⁴⁴.

"Mandamos a tu hermandad, por cuanto, si esto os aconteciera a él adviertas; y si no aceptare los requerimientos, lo obligues con las censuras eclesiásticas para que a ella (a no ser que se opusiere una causa racional) la reciba como esposa y la trate con afecto de marido"

Según las normas del Concilio el matrimonio es consensual y debe celebrarse en presencia de tres testigos de los cuales uno es el párroco del lugar de residencia o domicilio de la novia, o ante el sacerdote que este autorice, debiendo investigarse previamente si hay algún impedimento. El matrimonio se celebra *in facie ecclesiae* y el párroco al varón y a la mujer debe pedirles que expresen libremente su mutuo consentimiento declarándolos casados en nombre del Padre del Hijo y del Espíritu Santo. El párroco debe dejar constancia del matrimonio en un libro con el nombre de los contrayentes, de los testigos y del día y lugar en que fue celebrado.

Los párrocos son competentes personal y no territorialmente. Esto proviene de que los canonistas no consideran la intervención propia del párroco como un acto de jurisdicción sino como asistencia de un testigo especial.

⁴⁴ *Fraternitate tua mandamus, quatenus, si hoc tibi constiterit, eum moneas; et si non acquieverit monitis, ecclesiasticis censuris compellas ut ipsam nisi rationalis causa obstiterit in uxorem recipiat et maritali affectione pertractet* (Donoso, op. cit., III, p. 153).

El matrimonio no consiste en la unión carnal, sino en el derecho permanente y exclusivo a la unión conyugal.

En la doctrina tradicional de la Iglesia, el matrimonio es un contrato elevado a la dignidad de sacramento de donde emanan deberes recíprocos que constituyen un estado. Esta doctrina ha sido combatida en razón de que si es un contrato se podría deshacer como contrato y por ello ha pasado a sostenerse la teoría de la institución, pues no depende de la sola voluntad de los contratantes y los deberes y derechos no emanan del simple pacto sino de la naturaleza misma del matrimonio.

5. El más relevante estudio sobre el matrimonio que ha hecho un representante de la escolástica española es el de Francisco de Vitoria en el año 1531.

En el se plantea la esencia del matrimonio desde su concepto hasta su consumación.

Para Vitoria el sentido del matrimonio no es otro que el que el hombre y la mujer tengan facultad para usar de sus cuerpos en orden a la generación y por lo mismo esta facultad no es más que el derecho a usar de ellos lícitamente.

Los fines del matrimonio son dos: la procreación de la prole y su educación tanto en cuanto a lo natural como en su calidad de seres racionales.

Rechaza la idea de que la simple relación carnal baste para constituir el matrimonio, pues se frustrarían los fines de él, según se ha señalado.

Para que haya matrimonio se requiere el consentimiento del hombre y de la mujer, el cual podría Dios suplirlo, pero no hay autoridad humana capaz de reemplazar o suplir esta voluntad de los contrayentes.

Se pregunta qué es el consentimiento en el matrimonio y se concluye que se requieren palabras de presente para que nazca el contrato matrimonial.

Además, reconoce que el matrimonio es sacramento de la nueva ley de manera que no es admisible que dependa de hechos futuros o de la ratificación porque esto se opone al sacramento.

Sin embargo, dado el consentimiento, no puede revocarse por acto posterior pues el disentimiento o revocación no anula ni quita fuerza al contrato. Luego el consentimiento hace el contrato de matrimonio, pero no lo deshace su revocación.

Dada la calidad de sacramento se requiere que la Iglesia determine los casos de impedimentos para el matrimonio y no la potestad civil.

De todo lo expuesto, brevemente, aparece que Vitoria al estudiar el matrimonio lo hizo con la idea de apoyar la posición de la reina Catalina de Aragón en su pleito de nulidad con Enrique VIII de Inglaterra sosteniendo la posición de Roma que afirmaba la validez. Con ello dio lugar a que este problema se abriera a discusión entre los juristas holandeses y alemanes del siglo XVIII que entraron en este problema apoyando en argumentos positivistas el problema jurídico filosófico del matrimonio⁴⁵.

6. En los siglos XVII y XVIII⁴⁶ el iusnaturalismo racionalista incursionó en el ámbito del matrimonio tratando de demostrar que la sola razón natural podría determinarlo o estructurarlo jurídica y moralmente. El problema planteado por ellos no se refiere a la ordenación del matrimonio, dentro de la estructura positiva, sino más bien en las raíces filosóficas que le sirven de apoyo y fundamento. En realidad se trata de una ordenación mental frente a los problemas de la convivencia conyugal, de la procreación y educación de la prole y su duración en el tiempo.

Los autores más importantes en su inicio fueron Grocio y Pufendorf que tuvieron influencia determinante en el siglo de las luces.

Para Grocio es matrimonio toda relación de cohabitación de hombre y mujer bajo dirección del marido. *De iure naturae* VI. I, 15 y 17.

⁴⁵ VITORIA, Francisco de, *Derecho natural y de gentes* (Trad. Luis GETINO, O. P., Buenos Aires s/a).

⁴⁶ DUFOR, Alfred, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle* (Paris 1972), p. 223 ss.; 261 ss.; 311 ss.; 380 ss.

Para Pufendorf es una sociedad natural y regular cuya finalidad es hacer para sí una prole de modo que el fin primario del matrimonio es la generación de una descendencia.

Una característica de estos juristas es el carácter contractual de la sociedad conyugal cuyo nacimiento y extinción depende de la voluntad de las partes, de donde proviene la facilidad con que admiten el divorcio y aun, como algunos lo han sostenido, una sociedad temporal en tanto cuanto lo exige la procreación y la educación de los hijos.

En cambio otra corriente de autores consideran el matrimonio como una institución con principios de indisolubilidad y perpetuidad en razón de la particularidad de la relación entre los esposos y las exigencias de la educación de la prole por lo que rechazan el divorcio por consentimiento mutuo.

Frente a los derechos de ambos contrayentes hay una doble tendencia, una que es la desigualdad de las partes por considerar a la mujer en una condición inferior, en razón de su sexo y otra es la que considera que marido y mujer son iguales y dudan de la preeminencia del marido en ella. Estos autores admiten como de derecho natural la poliginia, y por el contrario rechazan la poliandria.

Thomasius y la corriente empirista sensualista consideran la sociedad conyugal en un rango de comunidad convencional de naturaleza puramente funcional. La miran desde un punto de vista utilitarista y en relación estricta a sus finalidades, y en consecuencia, sólo pueden contraerla las personas capaces de procrear. Admiten la poliandria y la poliginia, la igualdad de los sexos, pero en el matrimonio dan primacía al marido. En la disolución aplican la teoría de los contratos, y en consecuencia, la doctrina del divorcio por consentimiento mutuo.

La escuela del racionalismo sistemático de Wolff vuelve a las grandes tesis medievales unidas a las tesis racionalistas del período de las luces, lo cual da una originalidad a este nuevo pensamiento. Considera el matrimonio como una sociedad ordenada a la procreación y educación de los hijos, rechazan la poliginia como contraria al derecho natu-

ral y defienden la monogamia. Los esposos tienen una posición igualitaria, pues tienen los mismos derechos y deberes. El matrimonio tiene una doble calificación de institución y de contrato que responde a la exigencia, una sociedad necesaria y voluntaria pues mira a fines específicos rígidos y establecidos, pero todo ello debe considerarse en la voluntad libre de cada uno de los contrayentes. El divorcio sólo es admisible si ha terminado la educación de los hijos, pero se puede acceder a él por mutuo consentimiento.

En cuanto a la celebración del matrimonio este se realiza por el consentimiento dado en vista de la procreación de los hijos y su educación y basta que haya sido concebido uno solo para que se confiera a cada cónyuge derecho sobre el cuerpo del otro.

Las ideas de la ilustración alemana en materia de matrimonio son en realidad poco claras y aún representan un retrogradismo al colocar a la mujer en una posición desmejorada en la poliginia y han entrado en un camino difícil al admitir ciertas normas basadas, según ellos, en la sola razón natural, pero que en realidad se apoyan en la ley positiva divina existente en la revelación.

7. La doctrina del Concilio de Trento sufrió modificaciones varias que fueron recogidas en definitiva en el Código de Derecho Canónico promulgado en 1917. El canon 1.012 reconoce la doble calidad del matrimonio como sacramento y como contrato. Al efecto dice: "Christus Dominus ad sacramenti dignitatem erexit ipsum contractum matrimonii". Por lo cual, entre los bautizados no puede existir contrato matrimonial válido, sin que sea por lo mismo sacramento.

El matrimonio contrato es el consentimiento por el cual el varón y la mujer se dan mutuamente poder sobre sus cuerpos en orden a los actos aptos por sí para la generación.

En sentido teológico se dice que la materia remota de este sacramento son los cuerpos de los contrayentes y la materia próxima es la entrega mutua con las palabras que expresan el consentimiento. La forma son las palabras o signos por los que los contrayentes manifiestan la aceptación del matrimonio. Son ministros de este sacramento los

propios contrayentes y son sujeto válido los bautizados sin impedimentos y sujeto lícito no habiendo impedimentos el estado de gracia.

El canon 1.013, 1 dice: "El fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole, el secundario la mutua ayuda y el remedio de la concupiscencia. Son propiedades esenciales del matrimonio la unidad y la indisolubilidad".

El canon 1.015 entra en el problema de la relación entre el consentimiento y la consumación y al efecto dispone: "El matrimonio válido de los bautizados se llama rato, si todavía no se ha completado por la consumación y rato consumado si entre los cónyuges se ha efectuado el acto conyugal, al cual por su naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el cual los cónyuges se hacen una sola carne.

En el canon 1.081 se expresa: "Hace el matrimonio el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas hábiles en derecho, el cual no puede ser suplido por ninguna potestad humana. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual una y otra parte da y acepta derecho exclusivo y perpetuo sobre el cuerpo en orden a los actos aptos de suyo para la generación de la prole".

El conocimiento de la esencia del matrimonio es necesario para su celebración y así el canon 1.082 dispone: "Para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para procrear hijos. Se presume este conocimiento entre las personas púberes".

El matrimonio debe celebrarse en lugar apto *in facie Ecclesiae* ante el párroco de la novia o de la persona a quien delegue y en presencia de dos testigos al menos. El párroco que da la bendición tiene función de testigo.

El principio de que el matrimonio debe celebrarse ante testigos, aunque falte el sacerdote está contenido en los casos de excepción que contempla el canon 1.098 que expone: "Si no puede tenerse al párroco, o al ordinario o al sacerdote delegado que asistan al matrimonio a tenor de los

cc. 1095 y 1096 o recurrir a ellos sin grave incomodidad: 1º en peligro de muerte, es válido y lícito el matrimonio contraído ante solos testigos y también fuera del peligro de muerte, con tal que prudentemente se prevea que tal estado de cosas ha de durar por más de un mes; 2º en uno y otro caso, si hay a mano otro sacerdote que pueda asistir, debe ser llamado y juntamente con los testigos asistir al matrimonio, salvo la validez del enlace ante solos testigos”.

De todo lo expuesto se puede apreciar la evolución y perfeccionamiento que ha tenido la institución del matrimonio desde la época romana hasta la evolución jurídica moderna y como el elemento fundamental ha sido siempre el consentimiento de los contrayentes cuyo otorgamiento según la época ha estado muchas veces rodeado de formalidades concomitantes. La relación conyugal normal al matrimonio ha tenido variados significados en relación con el vínculo que liga a los cónyuges y en la mayor parte de las épocas no ha sido considerada como elemento necesario para su real existencia, aunque en ciertas doctrinas se ha ligado a ella su indisolubilidad.

Finalmente parece necesario hacer algunas observaciones sobre la situación introducida en el siglo pasado en muchos países y que se ha denominado matrimonio civil.

8. Desde el Concilio de Trento hasta el advenimiento de la legislación civil codificada, toda la materia del matrimonio en los países católicos estaba sometida a la jurisdicción exclusiva de la Iglesia con estricta prohibición a las autoridades civiles de inmiscuirse en la materia bajo pena de excomunión. Ello significó que la mayor parte de las leyes civiles silenciaron esta situación y no hubo injerencia de ninguna especie en este campo en los países católicos. Por lo demás esto significó que los estudios históricos sobre las materias matrimoniales como lo indica Volterra⁴⁷, no fueron tratados por los autores que estimaron el asunto como de exclusiva incumbencia eclesiástica.

⁴⁷ VOLTERRA, E., en *Enciclopedia del Diritto*, s.v. *Matrimonio*, *Diritto Romano* (Milano 1975), p. 726.

En nuestro país, a partir de 1844, empezó la legislación civil del matrimonio con el primer proyecto aprobado que fue la ley aplicable a los no católicos, por el que se disponía que el matrimonio se celebraba ante el párroco del lugar en presencia de dos testigos sin observar las formalidades rituales del matrimonio religioso, en la que prestaban su consentimiento de tenerse recíprocamente como marido y mujer, debiendo asentarse el acto en el correspondiente registro de matrimonios. En cuanto a proclamas, impedimentos e informaciones debía observarse la ley chilena que era la propia ley canónica.

Bajo la influencia de esta ley se dio lugar al estudio de las disposiciones que sobre matrimonio civil se introdujeron en el Código del ramo, en el cual se definía el matrimonio, pero en todo lo referente a las materias del contrato se remitía a las normas canónicas.

El Código Civil promulgado en 1857 consideró dos especies de matrimonios diferenciados según la religión de los contrayentes y así legisló un sistema para los católicos y otro distinto para los que profesaran otras religiones o no fueran creyentes. Sin embargo, en lo que se refiere al concepto del matrimonio estableció un concepto propio civil cuya definición dice: "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente". La definición relatada es completa y contempla los elementos esenciales del matrimonio, pero se separa del antiguo concepto profesado por el Concilio de Trento que le daba exclusivamente la calidad de sacramento. Con ello se abre el camino a una nueva concepción del matrimonio puramente civil, cuyos efectos son los que van a regir las relaciones de los cónyuges por el hecho de ser chilenos, sin considerar el aspecto religioso que hasta esa época se había considerado como esencial en este vínculo.

Sin embargo, el Código en lo que se refiere a la celebración estableció dos formas, una para los católicos que debían realizarlo ante el párroco correspondiente y otro, siguiendo el criterio de la ley de 1844, en que el párroco no

intervenía como ministro religioso sino sólo como un funcionario civil. En cuanto a los requisitos e impedimentos, éstos se regían por las normas eclesiásticas que eran comunes en los dos casos.

Cabe notar que las normas del Código no contienen ningún vestigio de las antiguas normas germanas, ni hablan de la relación carnal como elemento del matrimonio, con lo que se retorna a las antiguas normas contenidas en la legislación romana.

La secularización del matrimonio se produjo por la ley de matrimonio civil de 10 de enero de 1884 cuya aplicación total se inició el 1º de enero de 1885 con lo que el matrimonio pasó a ser una institución reglamentada exclusivamente por la ley de la república, dejando el matrimonio religioso destinado solamente a los que profesan el catolicismo.

En la ley se reglamenta todo el matrimonio, celebración ante el oficial del registro civil, impedimentos, nulidades, divorcio sin disolución del vínculo, y su terminación. El texto se apoya mucho en la tradición canónica, pero en cuanto a la celebración misma, ella se apoya en el elemento consensual agregada como formalidad la presencia del oficial del registro civil competente, al modo del matrimonio según la forma romana, sin entrar a la relación conyugal sino en el caso de la reconciliación de los cónyuges después de una causal que dé lugar al divorcio.

Esto es en síntesis muy apretada la evolución del concepto del matrimonio en la doctrina y la legislación. De su desarrollo se han podido apreciar las formas e influencias que fueron interviniendo en el correr de los siglos y los elementos que se fueron incorporando en especial en el período medieval. Sin embargo, se puede advertir que la doctrina romana se ha ido imponiendo en especial en la legislación positiva actual, de modo de hacer prevalecer la voluntad sobre las demás circunstancias que constituyan los elementos informantes fundamentales del matrimonio.