



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**LAS JUSTAS NUPCIAS.
SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA**

PABLO DOMINGO FUENZALIDA REULY
RODRIGO IGNACIO HAIQUEL BELART

Memoria para ser presentada en la Escuela de Derecho de la Universidad FinisTerraes para
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor guía: Bracey Wilson Volochinsky

Santiago, Chile

2017

INDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>CAPITULO UNO LA MUJER EN LA FAMILIA ANTIGUA</u>	12
1.1 <i>La educación de la mujer</i>	12
1.2 <i>El Matrimonio</i>	13
<u>CAPITULO DOS EL HOMBRE DE LA FAMILIA ANTIGUA</u>	13
2.1 <i>Antecedentes históricos y contexto de su dictación</i>	13
2.2 <i>Concepto</i>	17
2.3 <i>Las Bodas</i>	18
<u>CAPITULO TRES DEL MATRIMONIO DE LAS JUSTAS NUPCIAS</u>	19
3.1 <i>Origen, concepto y naturaleza jurídica</i>	19
3.2 <i>Requisitos</i>	19
3.3 <i>Efectos</i>	
<u>CAPITULO CUATRO TRANSFORMACION DE UNA SITUACION DE HECHO A UNA RELACION DE DERECHO</u>	21
4.1 <i>Naturaleza jurídica de las justas nupcias</i>	26
4.2 <i>Naturaleza Jurídica del matrimonio eclesiástico</i>	29
4.3 <i>Cristianismo y su visión sobre el matrimonio</i>	
4.4 <i>Diferencias entre el matrimonio cristiano y las justas nupcias romanas</i>	20
<u>CAPITULO CINCO EL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL</u>	37
5.1 <i>Análisis de la definición de matrimonio del Código Civil chileno</i>	
5.2 <i>Las leyes laicas y el origen del matrimonio civil</i>	
5.3 <i>Ley de matrimonio civil 19.947 del año 2004 como la del año 1884</i>	
<u>CAPITULO SEIS INCIDENCIAS DEL ACUERDO DE UNION CIVIL (LEY 20.830) Y LA INSTITUCION DEL MATRIMONIO (AUC)</u>	54
<u>CONCLUSIONES</u>	62
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	64

Introducción

En esta memoria, trataremos de analizar la evolución histórica que ha tenido el matrimonio, desde que se configura como una situación de hecho hasta que llega ser una institución de “relevancia jurídica” que toma una gran transcendencia social y económica hoy en día.

Para empezar, tenemos que ir al origen o etimología de la palabra “Matrimonio”, al respecto existe un criterio casi unánime que deriva de las palabras latinas *matris* (*madre*) y *munium* (*carga o gravamen*) ya que se le atribuye todo la carga de la procreación y crianza de los hijos a la madre. Según el papa Gregorio IX “son para la madre onerosos antes del parto, doloroso en el parto y gravoso después del parto” esto lo estableció en sus decretales papales del año 1227 hasta el 1241.

El tratadista español José CastanTobeñas no coincide con la afirmación de Gregorio IX al establecer “Que el matrimonio es carga de la madre” como sentido etimológico de la palabra”, argumenta que en las lenguas románticas existen sustantivos derivados del *maritare* latino para designar la unión conyugal, siendo el *maritare* una forma verbal de *maritus*, que significa “marido” por lo cual descarta de forma absoluta que la etimología de la palabra se refiera exclusivamente a la mujer.

Por su parte Santo Tomás de Aquino le da cuatro interpretaciones diferentes:

- 1- De matremmunitns: defensa de la madre
- 2- De Mao-emMonmsque: aviso a la madre para que no abandone a su marido
- 3- De mao-e y nato : donde en el matrimonio se va hacer madre
- 4- De menos y materia, cuyo significado es la unión que produce una sola materia.

El tratadista francés Josserand define el matrimonio “como la unión del hombre y la mujer, contratadas de conformidad con la ley”¹

¹ Escobar Balcázar Rubén Álvarez: Tesis Matrimonio y Adopción por parejas de Personas del Mismo Sexo: Estudio Legislación. 1º. ed. Mexico: Universidad de las Américas Puebla, 2015. 24 p.

Portalis jurista y político francés, uno de los redactores del código napoleónico, lo define “como unión del hombre y la mujer para perpetuar la especie, para socorrerse, asistirse mutuamente, para sobrellevar el peso de la vida y compartir un destino común”. A partir de ello hay que recordar que el código napoleónico es una de las fuentes de inspiración del código civil chileno, por ende, nuestro código civil define el matrimonio en su Artículo 102 de la siguiente manera *“El 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.”* Se desprende entonces que esta definición que otorga el código de napoleónico en cuantos a los fines que establece de las justas nupcias.

Ahora bien a continuación analizaremos el origen histórico del matrimonio para poder posteriormente explicar cómo esta institución de las justas nupcias, se inicia como una situación de hecho y que llega a ser posteriormente una relación de derecho.

Matrimonio en roma

El autor James Casey señala sobre el matrimonio romano que es un acto privado, que se realizaba dentro de la propia casa y era compartido además por parientes y espectadores, que servían de testigos dándole, “validez al acto”(ceremonia privada y pública). la ceremonia del matrimonio tenía a veces una larga duración, los pasos a seguir fueron :

-la desponsatio o la promesa de matrimonio

-el Foedus o pacto conyugal.

-la boda propiamente tal.

En cuanto al procedimiento para la celebración del matrimonio:

“una familia entregaba a una mujer, la otra la recibía a cambio de una dote (donatiopuella). La última etapa del periodo nupcial era entronización en el lecho del matrimonio que tenía lugar en público, rodeado de gran solemnidad y sancionado por la aclamación de los asistentes, que daban fe así de la consumación del hecho.

El padre del joven tenía el papel oficiante del acto, es el quien solicita la bendición de dios para los jóvenes esposos que acaban de desvestirse y acostarse juntos.

El papel del padre, quien bendecía el lecho, lo incensaba y rociaba con agua bendita. Después que se producía la consumación del matrimonio, venia la fiesta que duraba generalmente 3 días.”²

Ahora vamos a referirnos al plano jurídico del matrimonio en roma, centrado en el “derecho romano clásico”. Por una razón muy sencilla que el derecho romano “post-clásico” es denominado el derecho romano” vulgar”, esta expresión se lo otorga el autor germanista Heinrich Brunner, en el año 1880, a propósito de unas publicaciones en Alemania.

Brunner sostuvo que el derecho romano al ponerse en contacto con las culturas indígenas, a raíz del proceso de romanización provincial, se habría corrompido, ocurriéndole un fenómeno similar al campo idiomático sucedió con el latínclásico, el cual adaptarse a las condiciones lingüísticas de las provincias también habrían declinado en su estilo, dando nacimiento al latín vulgar. Es por esta razón que vamos a tratar el matrimonio romano en la época del “derecho romano clásico” ya que es el derecho más puro de la legislación romana, excluida de toda otra influencia de indígenas de Europa.³

Para la configuración del matrimonio se debía cumplir con ciertas formalidades o elementos esenciales, que son:

- a) La “affectio maritales” que es el elemento subjetivo. Que significa la intención de los contrayentes de tenerse como marido y mujer.

- b) Honormatrimonii que es el elemento objetivo; que se traduce en la existencia real y efectiva de la convivencia entre los cónyuges o contrayentes.

²Hipp T., Roswitha, Orígenes del matrimonio y de la familia modernos .Revista Austral de Ciencias Sociales 11(4):59-78,2006.

³Suarez Blasquez, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista estudio historia jurídica., 2014,n.36 pp.159-187.

c) El *iusconubii* o *connubium*, que es la “capacidad” para contraer matrimonio. Esta capacidad solo lo tenían los ciudadanos romanos, es decir, los patricios. Por tanto, se excluían a los esclavos, peregrinos y libertos, ex esclavos dejados en libertad.

Cumplidos estos requisitos, se entendía en roma, que el matrimonio producía pleno efectos jurídicos.

En roma hay dos formas para contraer matrimonio con *manu* o *sine manu*.

Matrimonio con manu

La mujer queda en poder de su marido, donde él es el pater familia. Es importante mencionar en este punto, la institución de la patria potestad, que es una institución jurídica originaria del derecho quirritario civil de roma, es decir, que solo lo gozaban los hombres que eran considerados ciudadanos romanos. Vale decir un poder político romano de los hombres libres, donde se excluía a los esclavos y mujeres romanas de aquella potestad.

La importancia de ligar la patria potestad y el matrimonio celebrado con *manus*, lo menciona Cayo donde reza que la patria potestad es un instrumento jurídico que cumple un fin de sometimiento, al igual que la entrega de los hijos in *mancipatio* (compraventa).

Todas estas instituciones jurídicas formaron parte del elenco originario del *Ius Quiritium* marcaico, y otorgaron al Pater Familias un poder que le permitió someter corporalmente y materialmente a diferentes personas a su derecho y gobierno, de forma permanente.⁴

La *manus* es un poder que ejerce el pater sobre los hijos en régimen de monopolio, en el ámbito de la familia. El pater familia crea su familia mediante un matrimonio exogámico de pareja, que significa esto, el autor James Casey dice que los matrimonios exogámicos son los que se realizan entre grupos o tribus diferentes, es decir, en donde no hay ningún grado

⁴Suarez Blasquez, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista estudio historia jurídica, n.36pp 159-187, 2014.

de consanguinidad. En contra posición del matrimonio endogámico los que se efectúan dentro del grupo de parientes.

Tal como señala el profesor Robert Volterra en su tesis, en la cual advierte que desde los primeros tiempos de roma, la institución de la patria potestad se ligó, sin duda, a la ciudadanía romana y al matrimonio pues este siempre estuvo destinado a la fundación del grupo familiar. Nosotros concordamos plenamente con Volterra ya que si analizamos el *IusConubii* que gozaban los ciudadanos, es el derecho para casarse o también llamado la capacidad para casarse. Sin este derecho es casi imposible, ser un *pater familia*, ya que no tiene la capacidad para crear su propia familia y por ende, poder someter a otros a su potestad.⁵

Es importante mencionar que para celebrar el matrimonio “con manu” es esencial cumplir con los requisitos del matrimonio anteriormente dichos.

Matrimonio sine manu

En un principio el matrimonio en roma forzosamente acarrea la manus, sin embargo, apareció una nueva manera de matrimonio en el cual la mujer permanece bajo la potestad de su padre y no ingresando en el grupo familiar de su esposo, denominándose matrimonio sine manus.

Todos estos aspectos del derecho romano, que hemos comentado, pertenece “al periodo del derecho clásico” que abarca del periodo de principado de Augusto(27 ac) hasta Diocleciano (284 ac).

La naturaleza del matrimonio en roma, se considera que una solución de hecho y no de derecho, que es una facultad que solo gozan los ciudadanos romanos. Es importante mencionar que si una persona celebrara un matrimonio sin el *iusconubii*, el matrimonio era inexistente. Ergo, aquí es un tema que se puede analizar la *inexistencia jurídica*.⁶

⁵Hipp T., Roswitha, Orígenes del matrimonio y de la familia modernos .Revista Austral de Ciencias Sociales 11(4):59-78,2006..

⁶Idem.

Hay que tomar en consideración que la característica que lleva a considerarlo como “monógamo” del matrimonio romano, ya que en roma la bigamia se considera una “infamia”. Hoy en día en el mundo occidental y en Chile se considera un delito penado por la ley.

Matrimonio canónico

Debemos referirnos ahora al matrimonio canónico, que tiene como base el matrimonio romano, pero por cierto, con ciertas variantes. Principalmente en cuanto a la naturaleza de la misma, donde el matrimonio romano se considera un *hecho jurídico* al igual como la *posesión*. En cambio en la legislación canónica el matrimonio pasa a ser una especie de *contrato*, pero desvirtuado por su naturaleza *sacramental*, por lo que muchos cuestionan que sea un *acto jurídico formal propiamente tal*.

La normativa del matrimonio canónico, se regulo en el concilio de Trento, a través de las decretales. En ella se reconoció la importancia del matrimonio cristiano, se fijaron las normas del rito matrimonial, se validó el carácter sacramental e indisoluble, se establecieron los aspectos fundamentales que debían considerarse a la hora de contraer matrimonio, como por ejemplo, la presentación de las amonestaciones, la aclaración de los impedimentos y todo aquellos que podrían invocarse a la hora de solicitar el divorcio o la nulidad conyugal, en casos de violencia sexual

La iglesia considera al matrimonio como una institución, por la sencilla razón de que no la observa como simple acto jurídico, sino más bien un pilar fundamental de la sociedad y espiritual. Si bien, hoy esta característica ya no operaría el divorcio, como en roma que podía operar por consenso entre los cónyuges o por la simple intención de uno de ellos.

Otra forma que inserto la iglesia católica a los requisitos del matrimonio para reforzar su carácter indisoluble, es en cuanto al consentimiento, donde lo reviste de ciertas solemnidades a modo de garantía y seguridad en la celebración del matrimonio. Por lo cual, lo hace ser un acto solemne. De hecho podríamos citar al profesor Alfonso Castro Sáenz que reza “*la función dominante del consentimiento como causa eficiente del vínculo matrimonial, sin que pueda estimarse que el ministro eclesiástico asistente concurra a la*

constitución del matrimonio, y que tiene como resultado la aparición de unos efectos queridos por las partes”

En cuanto al ámbito del consentimiento se discute su importancia cronológica, ya que hay dos grandes autores canonistas que son Graciano y Lombardo que tienen ciertas discrepancias sobre este tema, ya que para Lombardo tiene importancia la promesa hecha en el presente (verba de presenti), “cuando los miembros de la pareja se aceptan como marido y mujer” y esa promesa debe hacerse con la intención de casarse.

La iglesia para conciliar estas dos posturas , (el papa Alejandro III) estima al aceptar la promesa a futuro, lo cual implicaba que la pareja podía desistirse del compromiso, siempre y cuando la relación no hubiese sido consumada, ya que ocurrido lo contrario, antes de la promesa futura, con o sin intervención de la iglesia, el matrimonio era consumado y valido

En cambio Graciano establece que la promesa hecha en el futuro(es verba de futuro irrevocable).

En cuanto a los requisitos que exige el matrimonio canónico, están regulados por el concilio de Trento y son los siguientes:

- a) La necesidad de consentimiento libre
- b) La apreciación del estado matrimonial como un consortiumomnis vitae
- c) La madurez sexual y volitiva que se le exige a los cónyuges
- d) El rechazo de la bigamia.

Además de estos requisitos, existían impedimentos para casarse, como por ejemplo la prohibición de contraer justas nupcias con algún pariente. San Agustín elabora una doctrina que trata la no convencía de casarse con parientes próximos, por las razones que se limitaban los lazos sociales del clan e impedía un intercambio social más amplio.⁷

Otros impedimentos que existían para casarse era la poligamia, de honra publica, de afinidad, de relaciones sexuales fuera del matrimonio y el rapto.

Transición del matrimonio canónico hacia el origen del matrimonio civil

⁷Suarez Blasquez, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista estudio historia jurídica,n.36pp 159-187,2014.

En Europa, nacieron diversos estados como católicos y protestantes. El nacimiento de protestantismo trajo el germen del derecho canónico protestante, donde influyó sustancialmente sobre la concepción y normativa sobre el matrimonio religioso. Estableciendo precedentes para el matrimonio civil. Y esto queda demostrado, cuando le quitaron el carácter de sacramento del matrimonio. Y establecieron que es una institución de origen divino y de carácter civil.

Matrimonio Civil en el mundo

Una de las reformas que hace la iglesia protestante en cuanto al matrimonio es en el aspecto indisoluble que se le da a la misma. Donde el catolicismo no da ninguna causal para poder disolver este vínculo sacramental, en cambio, el derecho canónico dogmático establece una causal, que es el adulterio, donde Lutero esboza: “el divorcio o la separación son siempre pecados, salvo en caso de adulterio, porque entonces es Dios mismo el que realiza la ruptura del matrimonio”

Matrimonio Civil en Chile

A pesar de que Chile es un país de corta data, nuestra evolución en esta materia consta de al menos tres grandes periodos.

El primer gran momento lo podemos circunscribir al matrimonio religioso en Chile, si bien la legislación civil regulaba ciertos temas respecto a esta institución, esta regulación se acotaba a que el único matrimonio legalmente celebrado era aquel que tenía como ministro de fe a algún párroco de la Iglesia Católica, la cual se fue perfeccionando y la primera repercusión a nivel civil fue que en el año 1820, se establecieron edades mínimas para poder contraer matrimonio, la cual estableció 24 años para los hombres y 22 años para las mujeres, teniendo la excepción de quienes estuviesen bajo esta edad pudieran contraer con asenso. Con la llegada de inmigrantes y las nuevas costumbres y religiones, comenzaron los primeros problemas con la actual legislación, impidiendo a los inmigrantes poder contraer matrimonio, con lo que llevó a que en el año 1884, se dictara la primera Ley de Matrimonio.

Es esta ley la que marca la segunda etapa de la evolución del matrimonio en Chile, ya que secularizó el matrimonio en Chile, es decir solamente es válido el matrimonio celebrado ante el estado de Chile.

Si bien esto fue un avance que permitió a todos los habitantes del país poder contraer matrimonio -restándole importancia al matrimonio religioso- tampoco selló ciertas interrogantes que quedaban con vacíos que hasta el 2004 con la nueva ley se pudieron cerrar.⁸

La tercera y hasta ahora última gran etapa en la historia del matrimonio civil en Chile, es bastante reciente y data del año 2004 con la dictación y promulgación de la Ley número 19.947, la cual no sólo trató los temas que dejaba inconclusos la ley anterior, sino que estableció incluso una nueva disolución al vínculo conyugal, el divorcio con la disolución del vínculo lo que contrajo también la creación de un nuevo estado civil “divorciado”.

Capítulo 1: La mujer en la familia antigua.

1.1 La educación de la mujer.

Desde la prehistoria podemos concebir ciertas diferencias entre hombres y mujeres. En la prehistoria ambos sexos se dedicaban a la caza y recolección de alimentos, los hombres suministraban la carne mientras las mujeres realizaban la recolección de vegetales.

En Chile, por más que el estado se preocupaba de entregar educación a las mujeres para que se pudieran desarrollar en cuanto a su función social de la mejor manera. En 1812, José Miguel Carrera, dictó un decreto en el cual ordeno a los conventos que asignaran a lo menos una sala para las enseñanzas de lectura, escritura, religión y demás labores de matrona. Si bien este decreto fue el puntapié inicial para que el estado garantizara educación a las mujeres, las principales enseñanzas entregadas simplemente se reducían a enseñanzas domésticas. De mero conocimiento, el INE ya en 1854 registraba que sólo el 9,7 de las mujeres estaban alfabetizadas. La gran disputa en esos años era si entregar educación científica a las mujeres la separaría de su labor de madre. Mujeres influyentes en aquella época como lo era Eduvijis Casanova señalaba (...). La educación de la mujer no debía apartarla nunca de la comprensión del matrimonio como cruz y la maternidad como

⁸ Naranjo e Ibarrola abogados. Apuntes Derecho de Familia, 1°. Ed. N&I Abogados, 2015. 90pp

dolor”.⁹ Incluso había posiciones aún más radicales, como la de Domingo Faustino Sarmiento quien señalaba “Que de las mujeres depende la suerte de los estados, la civilización se detiene en la puertas del hogar doméstico cuando ellas no están preparadas para recibir las”¹⁰

No es hasta el año 1860, en donde se dicta la “Ley Orca” la cual elimina la diferencia de sexo para el acceso a la enseñanza, creando así incluso Liceos femeninos.

1.2 El Matrimonio.

Dado a la relevancia de la iglesia católica en el mundo occidental durante los Siglos IX y X, la institución del matrimonio estaba subordinada por completo a la iglesia. Si bien no hay razones concretas, se desprende de la investigación en este tema la trascendencia del matrimonio

Capítulo 2: El hombre de la familia antigua

2.1 Su participación e importancia en la familia.

Para empezar hablar del rol del hombre en roma, es bueno recordar lo que mencionamos en la introducción de este trabajo, que la principal característica del matrimonio romano es “monógamo”;es decir, que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer. Por tanto el hombre pasa a tener un rol fundamental en el matrimonio como en la familia.

La familia en roma se organizaba en un patriarcado, donde el hombre; era el paterfamilia, es decir, el padre de familia donde gozaban de grandes prerrogativas.

El PATER FAMILIAS era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. En una sociedad patriarcal típica de la Antigüedad él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla y por tanto era la pieza sobre la que giraba toda la familia. Era él el que tenía la responsabilidad de dirigirla de manera adecuadas sus intereses no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

⁹Casanova de Polanco, Eduvijis. Instrucción de la mujer . Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-75813.html> . Accedido en 19/4/2017.

¹⁰ Sarmiento Domingo Faustino Civilización y Barbarie, 1915, p 121.

El *pater familias* es la máxima autoridad familiar gracias a la *Patria Potestad* de que dispone, por la cual él es la ley dentro de la familia y todos los demás miembros deben obediencia a sus decisiones. La *Patria Potestad* no fue sólo un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, una consecuencia de la Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada. Gracias a ello, el *pater familias* tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma.¹¹

La patria potestad es una institución jurídica originaria del derecho quirritario (es el derecho que regía exclusivamente para el ciudadano romano). Desde los tiempos primigenios de la ciudad, aquélla fue configurada como un poder jurídico personal, propio y exclusivo de los ciudadanos romanos libres.¹²

Es bueno recordar que para ser un ciudadano romano debe cumplir con ciertos requisitos:

- 1) Haber nacido en justas nupcias

Para nacer ciudadano romano era preciso nacer de padres que fueran ciudadanos romanos y que hubieren contraído justas nupcias (es un derecho que solo gozan los ciudadanos romanos) Y como se sabe que este derecho se transmite a los hijos, esto es la regla general. Pero excepcionalmente cuando sólo uno de los padres era ciudadano romano, como no podía haber habido justas nupcias ya que estas eran posibles solamente entre ciudadanos, el hijo seguía la condición de la madre en el momento del parto; de modo que si el padre era peregrino o latino y la madre era ciudadana romana, el hijo nacía ciudadano romano.

¹¹José I. Iago La Familia Romana: Pater Familias, Esposa, hijos, clientes y esclavos. (fecha de consulta: 20 de marzo 2017) Disponible en: http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

¹²Suarez Blasquez, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista estudio historia jurídica, n.36pp 159-187, 2014.

Adquiría este derecho el ingenuo, que era la persona que nacía libre y que nunca había dejado de serlo, sin que importara que su padre hubiera sido ingenuo o liberto. Esta condición de ingenuo también podía ser adquirida por el liberto a quien le era concedida por un rescripto del emperador el derecho de portar un anillo de oro en el dedo, denominado el “*Ius Aureorum Anulorum*”, que era el símbolo de la ingenuidad.

2) *Causas posteriores al nacimiento:* La cualidad de ciudadano romano se adquiría como un derecho en los siguientes casos:

A) En el caso del esclavo que había sido manumitido por su propietario quiritaliano mediante alguna de las formas solemnes.

B) El peregrino o extranjero a quien le era conferida la ciudadanía, bien por resolución de los comicios, por disposición de un delegado del pueblo o por un rescripto del emperador. En esta forma, en muchas oportunidades, se otorgó el beneficio de la ciudadanía romana no sólo a un determinado individuo sino a toda su familia, a grupos de personas y aún a ciudades enteras, las cuales se convertían en Municipios; pudiendo esta concesión graciosa comprender todos los derechos que encerraba el “*ius civitatis*” o solamente algunos de ellos.

C) el emperador Caracalla concedió el derecho de ciudadanía a todos los hombres libres del Imperio menos a los *dedicticios*. Esta medida fue tomada con una finalidad fiscal, aumentar el rendimiento de los impuestos que no cubrían más que los ciudadanos romanos; pero, conforme a la opinión general no tuvo por efecto suprimir por completo a los latinos y a los peregrinos, pues siempre hubo libertos latinos, libertos *dedicticios* y peregrinos *dedicticios*, y también hubo ciudadanos privados del derecho de ciudadanía en virtud de sentencias, ya que el edicto de Caracalla sólo se aplicó a los habitantes del Imperio para el momento en que fue dictado; en tanto que los que fueron sometidos posteriormente a la dominación romana eran peregrinos. Este edicto de Caracalla se generalizó bajo Justiniano, en que todos los habitantes del Imperio fueron ciudadanos y lo fueron igualmente todos los

manumitidos, quedando tan sólo como peregrinos los que habían perdido el derecho de ciudadanía en virtud de una sentencia.¹³

Es bueno recalcar lo que establecimos en la introducción de esta memoria. Que era esencial ser ciudadano romano, para llegar a ser un “pater familia”, ya que solo estos ciudadanos que se regían por el derecho quiritarario, gozaban del *iusconubii* que es el derecho a poder casarse y también para poder ejercer la patria potestad.

En la familia romana es absoluta. Esto tiene como fundamento la mitología romana Según Tito Livio, existieron diferentes tradiciones orales sobre los orígenes de Roma. Para unos la ciudad fue fundada por Eneas, otros creen en Rómulo y Remo. Para nosotros un punto relevante de ambas mitologías históricas es que coinciden en sostener que los fundadores de la Ciudad estado fueron precisamente los varones.

2.2 El matrimonio su participación, función e importancia.

El romano en su casa era dueño absoluto de su familia y de sus esclavos. La autoridad paternal era muy grande, y durante mucho tiempo tuvo el padre derecho de vida y muerte sobre los suyos.

Esto se fundamenta por la sencilla razón que roma era un patriarcado. La participación del hombre en el ámbito matrimonial y familiar es absoluta. Esto queda en evidencia con la patria potestad que ejercía el páter frente a los hijos de la familia considerados frente al derecho romano *allieni iuris*, donde estos últimos no tenían patrimonio, ya que estos pertenecían al patrimonio del páter. Es decir, todo lo que adquirieran, se incorpora al patrimonio del páter. Incluso este último podría vender a su hijo o lo ofrecía como esclavo para saldar deudas con otro páter familia si es que era deudor de alguna obligación llamado abandono naxal.¹⁴

¹³Ontiveros paolini ,Gerardo, Hurtado Olivero Agustín. Status Libertatis, Civitatis y Familiae (fecha de consulta 20 de marzo 2017). Disponible en: <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/ciudadano-romano/>

¹⁴Derecho de Familia, 2012, Disponible en: <http://iusromano.blogspot.cl/2012/07/derecho-de-familia-en-roma.html>

Con todo lo expuesto, se podría decir que era un poder absoluto, que puede ser contrario a cualquier ley natural. Teniendo como causa de ellos la patria potestad.

Es importante recordar el páter familia no siempre tenía poder sobre su mujer, como ya hablamos en la introducción, el matrimonio podía ser *con manu o sine manu*. Si se celebraba con manu, la mujer dejaba de estar a cargo de su padre y por ende, pasaba a estar en manos de su esposo o incluso de su suegro, si es que su nuevo esposo pertenecía todavía bajo la potestad de su padre. El efecto patrimonial de este tipo de matrimonio, es que todos los bienes que adquiriera la mujer pasan al patrimonio de su marido o de su suegro si es que su marido todavía está bajo la patria potestad de su padre.

Otra forma de matrimonio era la sine manu, la mujer no cambiaba de familia agnaticia, ni sufría ninguna capitasdiminutivo “3; por lo tanto, si era sui iuris antes del matrimonio, continuaba siéndolo después de casada, y si estaba bajo potestad, se mantenía en esa dependencia legal.¹⁵

Si bien este tipo de matrimonio, no daban tanto poder al marido, si se mantuvieron algunos como de exigir a cualquier persona quien retuviere a la mujer, incluso su padre, para que se la restituyera. Esto se asemeja un poco al derecho real.

2.3 Las bodas

La celebración de las bodas, se realizaba dentro de la propia casa de algunos de los contrayentes más los invitados que principalmente eran los parientes y espectadores que servían como testigos.

En cuanto a las fechas de celebración que establecían los romanos, no la elegían al azar, ya que eran personas muy supersticiosas tenían un calendario con los periodos o fechas que no debían casarse, por razones de mala suerte. Estos eran la tercera semana de febrero y la primera mitad de marzo, mayo y la primera mitad de junio. Mientras que la mejor época para la celebración las bodas era la segunda mitad de junio, el domingo, ya que era un día para consagrar al dios sol, el viernes ya que se rendía culto a la diosa Venus.

¹⁵ Signorelli de Martí, Matrimonio "Cum Manu y "Sine Manu" en la antigua Rom, 2000, Disponible en: www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/26/matrimonio-cum-manu-y-sine-manu-en-antigua-roma.pdf

La ceremonia del matrimonio tenía diferentes fases como:

- la desponsatio que es “la promesa de matrimonio”
- el foedus o pacto conyugal
- la boda propiamente tal.

En cuanto a la boda de matrimonio se realizaba de la siguiente forma:

“Una familia entregaba a una mujer, la otra la recibía a cambio de una dote (donatiopuella). La última etapa del período nupcial era la entronización en el lecho del matrimonio que tenía lugar en público, rodeado de gran solemnidad, y sancionado por la aclamación de los asistentes, que daban fe así de la consumación del hecho. El padre del joven tenía el papel de oficiante del acto, es él quien solicita la bendición de Dios para los jóvenes esposos que acaban de desvestirse y acostarse juntos. Con el correr del tiempo, el sacerdote fue el que ocupó el papel del padre, quien bendecía el lecho, lo incensaba y rociaba con agua bendita. Después que se producía la consumación del matrimonio, venía la fiesta que duraba generalmente tres días (193).”¹⁶

Como dato curioso en la ceremonia el novio debía partir una torta de pan sobre la cabeza de la novia, y procedía a comerse una parte del pan. La razón de ello, era que el trigo simbolizaba la fertilidad.

Podemos también mencionar el origen de “los anillos de bodas” que tenía la finalidad de proteger a la novia de los malos espíritus además representaba el amor eterno por la forma circular del anillo ya que no tiene ni principio ni fin. Los griegos posteriormente comenzaron a ponérselo en el dedo anular, porque iba directo al corazón ¹⁷

¹⁶Hipp Troncoso Roswitha, Orígenes del matrimonio y de la familia modernos Revista Austral de Ciencias Sociales 2006, Disponible en:<<http://google.redalyc.org/articulo.oa?id=45901104>> ISSN 0717-3202

¹⁷CedialesKadisLudi, El ritual de boda Patricio, 2011, Disponible en:
<http://imperiumromanorum.blogspot.cl/2011/01/el-ritual-de-boda-patricio.html>

Capítulo 3: Justas Nupcias.

3.1 Origen, concepto y naturaleza jurídica.

Si bien, las justas nupcias no gozan de un concepto legal, podríamos decir que es aquella unión jurídica que gozan un hombre y una mujer, con la finalidad de generar una condición de vida estable y permanente, pero soluble.

3.2 Requisitos.

Esta institución la cual podemos denominar como “el matrimonio civil romano” requería de 5 requisitos para ser válido.

1.- Capacidad Natural: tiene estricta relación con la capacidad para procrear de los contrayentes, esto quiere decir que debían a lo menos ser púberes. Se estableció que la edad mínima para los contrayentes era de 14 años si es hombre y 12 años la mujer.

2.- Capacidad Jurídica: Este requisito es simplemente que los contrayentes gozaran del “IusConnubium” esta capacidad propia de los ciudadanos romanos y de los Latínos “Veteres”, aquellos habitantes del antiguo Lacio, al resto de los habitantes se les podía otorgar por excepción.

Durante el año 212, mediante el Edicto de Caracalla, promulgado por el Emperador Marco Aurelio Antonino Basiano, se otorgó la ciudadanía Romana a todos los habitantes libres del imperio, hecho por el cual, dejó de tener importancia este requisito, desapareciendo como tal. De igual forma, antes y después del edicto de Caracalla, quienes contraían las justas nupcias sin gozar del “IusConnubii”

3.- Consentimiento: Debía conformarse el “AfectioMaritalis” si los contrayentes eran impúberes debían llevar el asenso de los padres.

4.- Monogamia: Los romanos solo podían estar casados con una pareja a la vez, si bien las Justas nupcias eran solubles, permitía que una vez disuelto el vínculo pudieran volver a

contraer un nuevo vínculo. La Bigamia era considerada como infame y era sancionada con la “capitidiminutio máxima”

5.- Exogamia: Los contrayentes no podían ser parientes, para así evitar la enturbación de la sangre y enfermedades que pudieran generarse.

3.3 Efectos.

Con respecto a los cónyuges: se inicia un vínculo que dura toda la vida, si bien puede ser disuelto, el fin de esta institución era perdurar por la vida de los contrayentes, tanto así que el quebrantamiento de la fidelidad era penado por la ley, si bien generaba diferencia si el infractor era mujer –siendo aún más severo el castigo, considerándola plebeya- para así evitar la mezcla de sangre entre los hijos.

En cuanto a la administración de los bienes, la mujer quedaba en la misma calidad que sus hijas concebidas durante el matrimonio, en cuanto a la apropiación de estos para efectos hereditarios, pero la administración y propiedad de los bienes pasaba de estricto derecho al marido. Con el paso de los años y con la caída del imperio, los cónyuges eran quienes administraban por separado sus bienes, salvo que la mujer estuviese sujeta a la patria potestad del marido, quien por ministerio de la ley sería el administrador de los bienes de ella.

Con la llegada de los matrimonios “sine manus” comenzaron a generarse ciertas relaciones patrimoniales que si bien algunas ya están en desuso, se mantienen hasta el día de hoy como son la dote, los bienes parafernales, la donación “procternuptiae”

Capítulo 4: Transformación de una situación de hecho a una relación de derecho.

Naturaleza jurídica de las justas nupcias o matrimonio romano

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio romano surgen diversas teorías, que la convierte en una materia muy conflictiva.

4.1 Teoría naturaleza jurídica de las Justas nupcias romanas como “contrato”.

“... el matrimonio nace de un contrato. Éste sólo exige que los esposos sean capaces de consentir y que su consentimiento sea serio y no simulado... El contrato de matrimonio no admite condiciones ni términos”

Apréciase acá la importancia que se otorga a la manifestación de voluntad, sin darle mayor importancia al carácter permanente del matrimonio, que fue el aspecto que caracterizó al consentimiento en la Roma antigua.

Empero, algunos autores, sin llegar a identificar esta figura jurídica con el contrato, hablan de un “pacto bilateral consensual que trae obligaciones y deberes recíprocos entre marido y mujer”

Teoría naturaleza jurídica de las Justas nupcias romanas como un “contrato de sociedad”

Una versión distinta sobre la naturaleza jurídica del matrimonio romano, es la que identifica el consentimiento existente en él con el que se da en los contratos de sociedad.

”... el consenso de los contrayentes... único elemento esencial en orden a la existencia del matrimonio, el cual viene así a parecerse a un contrato de sociedad surgiendo y persistiendo por la mera voluntad de los cónyuges”

Teoría naturaleza jurídica de las Justas nupcias romanas como una “relación de hecho”

Finalmente, encontramos una tercera posición en materia de naturaleza jurídica del matrimonio. Hay quienes sostienen que se trata de:

“... una mera situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, cuyo inicio no está marcado por exigencias de formalidad alguna del orden jurídico, manteniéndose por la 'affectio maritalis' o intención continua de vivir como marido y mujer... El matrimonio romano... es una relación de hecho”

No se trataba, por lo tanto, se dice, de un acto jurídico, y por ello “no cabe estar sujeto a modalidad alguna”, sino más bien era un “hecho social en el cual la ley tenía poco que ver...”¹⁸

Nosotros en nuestro trabajo e investigación, nos adherimos a esta última postura, ya que solo para celebrar el matrimonio se requería el consentimiento de las partes o contrayentes, es decir, la affectio maritalis. Esmás, ya por el solo hecho del repudio ya culminaba el matrimonio romano.

4.2 Naturaleza jurídica del matrimonio eclesiástico

El matrimonio eclesiástico se empieza a regular a partir del concilio de Trento, En ella se reconoció la importancia del matrimonio cristiano, se fijaron las normas del rito matrimonial, se validó el carácter **sacramental e indisoluble** y establecieron los aspectos fundamentales que debían considerarse a la hora de contraer matrimonio.

El punto inicial para referirnos al estudio de la naturaleza jurídica del matrimonio religioso fue en el concilio de Trento, Donde se confeccionó la teoría del matrimonio como contrato sacramental y esta abarca 3 puntos:

- 1) Sacramentalidad del matrimonio.
- 2) El matrimonio como contrato.
- 3) La relación entre el sacramento y el contrato.

La doctrina la palabra sacramento le dio un doble sentido, donde el sentido restringido significa “sacramento de la nueva ley”, lo que vale decir, causa generadora o productora de la gracia. Y en un sentido amplio es un símbolo “santo”.¹⁹

¹⁸ Molina Lepin Cristian, Orígenes y principios jurídicos del matrimonio civil, 2011, disponible en : <file:///C:/Users/Pablo%20Fuenzalida/Downloads/Dialnet-OrigenesFuentesYPrincipiosJuridicosDelMatrimonioCi-5084713.pdf>

¹⁹ Larraín Ríos Hernán, Naturaleza jurídica del matrimonio [fecha de consulta: 20 de enero de 2017]. Disponible en: <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

El concilio de Trento además de darle la naturaleza de sacramento al matrimonio, lo establece como contrato. Esto se argumenta que hay un acuerdo de voluntades entre los cónyuges.

Pío XI en su Encíclica CastiConnubi sostiene que la voluntad de las partes en el matrimonio tiene una sola importancia: si los contratantes quieren efectivamente entre ellos el estado matrimonial y con una determinada persona; pero la naturaleza del matrimonio está absolutamente sustraída a la voluntad del hombre, de tal manera que quien lo contrae debe someterse a sus leyes divinas y a sus exigencias esenciales.

El carácter contractual del matrimonio no fue objeto de discusión en el Concilio de Trento. Fue aceptado de común acuerdo por todos los padres, quienes consideraron que la unión conyugal había sido instituida por Dios en esa forma, Resuelto - de la manera que se ha indicado - el problema del matrimonio como contrato-sacramento, quedaba por resolver un punto: ¿estos elementos o características eran inseparables o indivisibles o bien eran independientes? Las dos opiniones fueron sostenidas. Sin embargo, existía un punto cierto: son los contrayentes mismos y no el sacerdote los ministros del sacramento del matrimonio. La Iglesia ha hecho hincapié, a pesar de lo anterior, en que el matrimonio se celebre con la colaboración del sacerdote.

Los matrimonios celebrados sin la intervención de un sacerdote, igualmente se consideran válidos y sacramentales bajo las condiciones que las partes del matrimonio reciban el sacramento del bautismo y otorguen su consentimiento.

Puede haber casos que uno de los contrayentes sea católico y el otro no, en tal caso, el matrimonio no es válido hasta el contrayente del matrimonio sea bautizado o si no hay disparidad de cultos y esto atentaría frente a uno de los principios del matrimonio religioso ya que la naturaleza de esta última es un sacramento y contrato, es por esto muy importante el consentimiento y el bautismo por la doble naturaleza del matrimonio canónico.

Hay otras posturas que se apoyan en el hecho de que el consentimiento es requisito para la validez de los sacramentos, por lo que los contrayentes pueden válidamente contraer matrimonio sin recibir el sacramento. Finalmente se determinó la Inseparabilidad del

contrato y del sacramento.-En el último cuarto del siglo XVIII es donde la Teoría del contrato-sacramento debe recibir en forma definitiva y unificada su consagración oficial.

El Papa Pío IX, en su Encíclica 'Ad apostolicae' de 22 de Agosto de 1851, recuerda la Teoría del contrato-sacramento y combate toda discriminación entre dos términos indivisibles. Es condenada una proposición que sostenía que 'el sacramento del matrimonio no la más que un accesorio del contrato, del cual se le puede separar'. Entre fieles -afirma el Papa- no puede haber matrimonio que no sea al mismo tiempo sacramento. El sacramento no puede jamás estar separado del contrato de matrimonio.

El Código de Derecho Canónico de 1917 confirma, en forma definitiva e inalterable, la doctrina del matrimonio como contrato y sacramento, ambos conceptos inseparables, al decir en el canon 1012 que 'Cristo el Señor, ha elevado a la dignidad de Sacramento el contrato matrimonial entre bautizados'. Pretenden algunos concluir de esta doctrina que, siendo el acuerdo de voluntades el creador del matrimonio, es posible que otro acuerdo de voluntades produzca el efecto de disolver la unión conyugal. Responden a lo anterior los canonistas que esa consecuencia es falsa, si se tiene presente el carácter inseparable que en el matrimonio revisten el Sacramento y el contrato y, por lo tanto, la indisolubilidad matrimonial es el corolario necesario del dogma sacramental y de la creación divina del matrimonio. Pero la consecuencia indiscutible que se desprende de este doble carácter del matrimonio es la perfecta igualdad entre hombre y mujer, habiendo sido la Iglesia Católica la primera en proclamar esta igualdad que ha hecho decir a León XIII en su Encíclica Arcanum que 'gracias a la Iglesia los derechos del marido y de la mujer llegan a ser iguales'. A más de la consecuencia anotada, se desprende otras de la calidad de Sacramento que reviste el matrimonio, cuales son:

- 1) En primer lugar, la unidad. 'Dios instituyó el matrimonio en el Paraíso dice Knecht como unión de 'un' hombre con 'una' mujer; es decir, uníparo, monógamo.

- 2) En seguida, se deduce del carácter sacramental del matrimonio su indisolubilidad. El mismo Knecht afirma que 'el Creador estableció el matrimonio, no sólo monógamo; sino indisoluble. La incomparable unidad de la unión matrimonial, que

funde a los esposos entre sí, exige, por su naturaleza, exclusividad y permanencia en la posesión.

- 3) La tercera consecuencia del carácter sacramental de la unión matrimonial reside en la competencia exclusiva de la Iglesia en los matrimonios entre bautizados, porque es la Iglesia quien rige los sacramentos. Como entre bautizados el matrimonio es sacramento, luego es ella quien debe regir exclusivamente estas uniones conyugales. La distinción que se hace de los impedimentos en dirimentes a impedientes, el alcance de estas prohibiciones, su interpretación, etc., es también del resorte exclusivo de la Iglesia. Por último, a ella corresponde la jurisdicción, también con carácter exclusivo, sobre determinadas materias matrimoniales, en especial las que dicen relación con los efectos personales del matrimonio, su disolución por nulidad, etc., dejando al poder civil todo lo relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio.²⁰

En resumidas cuentas, el matrimonio a partir del Concilio de Trento, tiene la naturaleza de ser un “sacramento” que a partir de ello, se desprenden ciertas consecuencias o efectos jurídicos esenciales, para entender las justas nupcias en el derecho canónico, donde todos sus fundamentos y principios derivan del derecho natural.

4.3 El cristianismo y su visión sobre el matrimonio.

La influencia del cristianismo sobre el matrimonio o justas nupcias romanas, se inician con las leyes que implanta Augusto. Las llamadas leyes JULIA Y PAPIA POPPEA, tenían como objetivo, el fortalecimiento de la familia. A modo de ejemplo con estas leyes se empieza a castigar el celibato, vale decir, la soltería. Estas leyes tuvieron un gran protagonismo en el derecho romano, hasta Constantino que las modifico.

Objetivos de las leyes julia y papiapoppea:

honrar y favorecer el matrimonio; así Augusto concedió prerrogativas al hombre casado , aun mas, al hombre casado con hijos(el hombre aumentaba su poder , a medida que tuviere más hijos) es más , el que tenía 3 hijos en roma, 4 en Italia y 5 en provincias, están exentos de carga personal Las leyes decimales consistían en que los esposos podía donarse entre sí

²⁰ Larraín Ríos Hernán, Naturaleza jurídica del matrimonio [fecha de consulta: 20 de enero de 2017]. Disponible en: <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

la totalidad de sus bienes si tenían 3 hijos unos de otros, si no los tenían podían recibir la décima parte de la sucesión a causa del matrimonio (*matrimonii nomine*), si los hijos eran de otro matrimonio podían donarse tantas decimas como hijos. Augusto para desalentar el celibato no podían recibir nada por el testamento de los extraños y los que tuviesen casados y no tuvieran hijos no recibían si no la mitad de la disposición y las partes caducas iban a beneficio del fisco. En fin el matrimonio consistían en una especulación del tráfico, se casaban y tenían hijos no para tener herederos si no para tener herencias.

El cristianismo encontró el matrimonio tan degradado por la avaricia, reposando tranquilamente sobre la base del interés. El cristianismo según sus principios considera que, el matrimonio es el resultado de una votación libre, la unión del hombre y la mujer se purifica con el fuego de la gracia, por la asistencia del espíritu divino y se eleva al cielo por su dignidad.

Al final, las leyes que implemento el emperador Augusto, tuvieron un efecto contrario. Produciendo el matrimonio solo un medio para obtener herencias, y no un fin de fortalecimiento de la familia y principalmente del matrimonio.

Por tanto, se derogaron las leyes Julia Y PappiaPoppea. Para volver a regenerar los principios del matrimonio y de la familia.

Quien derogo estas leyes fue el emperador Constantino tomando como ciertas medidas, la derogación de las penas contra el celibato.

Constantino no tocó a las leyes decimarias que regulaban la extensión de las donaciones entre los esposos por número de hijos, Teodosio el joven las derogó y dejó al efecto de los cónyuges su independencia convencido de mejorar el matrimonio.

Estas innovaciones trastornaron en todo las leyes memorables que los Césares paganos consideraban en base de su imperio. Justiniano añadió la igualdad, declarando válidos todos los matrimonios que las leyes de Augusto habían prohibido con las personas de condición vil o infame.

En cuanto a las segundas nupcias Augusto, tomo ciertas medidas con el objetivo de protegerlas. Unas de estas medidas era sancionar a la mujer viuda que contraía matrimonio dentro de los 10 meses de su luto.

Otro problema que se generó en el cristianismo, es en cuanto a las personas que se casaban por segunda vez; donde no se castigaban, pero no se miraban con buenos ojos por parte de la comunidad cristiana. Sin embargo, posteriormente San Agustín proclamó la legitimidad de las 2º, 3º, 4º y 5º nupcias

Los que se volverían a casar se les miraba como débiles, aunque exento de pecado y su ardor se templaba con penitencias públicas, así se desvaneció el pensamiento político que

Augusto transmitió a sus seguidores y que éstos guardaron severamente para el bien del imperio. El antiguo espíritu declinaba otras tendencias que iban a rejuvenecer en la sociedad y abrir la ancha senda de una civilización más avanzada.

Las leyes de Augusto fue en definitiva el fortalecimiento de la familia y la conservación de ella así también asegurándole su patrimonio.

Teodosio siguiendo los consejos de los obispos reunidos en el concilio de Constantinopla, extendió hasta 1 año, el plazo dentro del cual le prohibía a la mujer volver a casarse y confirmó la pena de infamia con que los edictos del pretor), castigaban la vida que no guardaba la religión de duelo), pero la infamia añadió una nueva pena, la mujer perdía cuanto podía haber obtenido de su primer matrimonio no podía dar al segundo marido más que la tercera parte de los bienes, era incapaz de heredar a un extraño, no podía suceder a sus propios parientes más allá del tercer grado.

Teodosio tomó la decisión que la mujer que contrae segundas nupcias, teniendo ya hijos del primer matrimonio, perdía de forma ipso facto todos los beneficios obtenidos a producto de donaciones y ventajas del primer matrimonio., con cualquier título que fuese y que éstos bienes se aplicaban irrevocablemente y con garantía hipotecaria a estos mismos hijos, salvo el usufructo de la madre, más tarde, Teodosio II y Valentiniano II extendieron estas disposiciones al padre que contraía nuevo enlace, y no fue decretada tan solo para el caso de muerte natural ésta conversión de propiedad de usufructo. Justiniano quiso que tuviese lugar en el caso de divorcio.

Se podría decir, que, era obvio prever que el sujeto que contrae segundas nupcias, teniendo hijos del primer matrimonio y teniendo bienes en su patrimonio, se despojase de estos mismos a favor del segundo matrimonio.

En cuanto a la institución que es el divorcio generó grandes conflictos entre el derecho romano y el cristianismo, por la sencilla razón que se consideraba una amenaza para la conservación del matrimonio y de la familia.

Por tanto el emperador Augusto conocía la necesidad de establecer sanciones con consecuencias patrimoniales a las personas que daban lugar alguna causal de divorcio y por lo tanto estableció penas contra el esposo que daba lugar al divorcio, por malas costumbres, también la mujer que realizaba ciertas conductas que atentara contra el matrimonio podía perder la dote.

Pero con el emperador Constantino, que era un fiel cristiano. Estableció causas más severas y rigurosas para verificar el divorcio. Esto influenciado por los principios del cristianismo y por los obispos.

Y esto se resume así:

Que no esté el arbitrio de la mujer romper el más santo de los contratos y que el marido no tenga el derecho de rechazar a su esposa por cualquier motivo.

Las causales admitidas para el divorcio eran:

1º contra el marido si es homicida

2º mágico o maleficios contra el marido

3º violador de tumbas

Las consecuencias del divorcio para la mujer perdían su dote de joyas y además era deportada a una isla. En caso que la mujer realizara un maleficio contra el marido, este último podía volverse a casar y quedarse con la dote de la mujer. Pero en el caso que esta última probara su inocencia, tendrá derecho apoderarse de todos los bienes del marido, incluso la dote que de la segundas nupcias si es que se volvía a casar el marido.

En efecto, el divorcio entablado injustamente por el marido o por la mujer a su riesgo o peligro disolvía el matrimonio.

Una vez que los esposos se divorciaban, existían limitaciones a las mujeres que consistía no poder volver a casarse dentro de un plazo de un año. Y en el caso de la mujer abandonada por el marido en el cual se le comunicaba a expresamente que la abandonaba para divorciarse, la mujer podía volver a casare inmediatamente.

La legislación civil repudiaba el divorcio, lo consideraba como un mal y lo intimidaba con restricciones y penas, la ley divina no pronuncia penas, pero quiere que el vínculo subsista.

Teodosio el joven la derogó y puso en vigor el derecho de los prudentes, restableció el divorcio por mutuo consentimiento.²¹

4.4 Diferencia entre el matrimonio cristiano y justas nupcias romanas

Para dar a conocer las diferencias entre ambos matrimonio, es necesario dar a conocer las características esenciales tanto del matrimonio romano como eclesiástico, para así dar a conocer un paralelo con las diferencias de cada uno de los matrimonio en cuestión.

Justas nupcias romanas

²¹Marambio López Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

Modestino definía el matrimonio: «Nuptiaesuntconiunctio maris et feminaeet.consortiumpmnis vitae divini el humani iuris comunicatio» 1 • Señalaba Modestino que «el matrimonio es la unión del hombre y la mujer para vivir en consorcio y en plena comunión según el derecho divino y humano».

Por su parte, Justiniano en las Institutas (529 d. J.) explicó: «Nuptiaeautemsivematrimoniumestviri et mulierisconiunctioindividuamvitae consuetudiemcontinens» significa que: «Las nupcias son la unión entre el hombre y la mujer con la intención de continuar la vida en común, *... ».²²

El matrimonio romano, en su esencia no era solemne. Las ritualidades que existieron en su momento en roma, relacionado a las justas nupcias eran más bien de índole social o religioso. Pero no eran elementos esenciales para la estructura jurídica.

Sin embargo, el verdadero instrumento probatorio del consentimiento matrimonial resultaba ser la propia convivencia marital. Ello ha llevado a algunos autores, dada la importancia que la convivencia conyugal adquiere en roma, a considerar que es éste el elemento objetivo del matrimonio, pues la convivencia tenía para ellos un auténtico sentido ético. La convivencia podía no ser efectiva y el matrimonio, empero, podía seguir subsistiendo, en tanto varón y mujer, ambos, se guardaran recíprocamente el respeto y la consideración: ello constituía el honor matrimonii.

Pero para tener derecho matrimonial resultaba imprescindible ser ciudadano romano. Ellos, los ciudadanos romanos, además de los latini velares (habitantes de condición intermedia entre ciudadano y peregrino), eran los únicos que poseían el Iusconnubium. Había entonces que ostentar el status libertatis y el status civitatis; era imprescindible gozar de la capacidad jurídica que permitiese exhibir el carácter de libertario y de ciudadano.

Hay que tener presente, que para contraer matrimonio en roma, era imprescindible ser ciudadano romano, ya que eran los únicos que gozaban del iusconnubi o connubium. Además de tener la capacidad jurídica que permita exhibir el status libertaris o civitatis.

²²Marambio López Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

Otro requisito que es necesario para la existencia del matrimonio, es el consentimiento de los contrayentes. En el caso si estos últimos sujetos fueren *alieni iuris* (aquellos que están sometidos a la patria potestad de otra persona) es necesario que el consentimiento lo presten los pater (esto se asemeja actualmente al “ascenso” que es la autorización para casarse, en el caso que los contrayentes fueren menores de edad). Los hombres tenían capacidad natural a partir de los 14 años y las mujeres a partir de los 12 años.

En caso que los padres guarden silencio, al momento de prestar su consentimiento, se entiende que está aceptando tácitamente la celebración de la misma (sería un caso que el silencio si constituye manifestación de voluntad). en caso de una negativa injustificada por parte de los padre, podía intervenir el juez. Este mecanismo de autorización judicial proviene *lex Julia Maritandis Ordinibus* de Augusto (año 18), esta ley se creó con el fin de la conservación de la familia.

Ahora bien, hay que referirse a los tipos de matrimonio que existían en la época del imperio romano. En el cual uno podía celebrar el matrimonio *cum manu* o *sine manu*.

El matrimonio *cum manus*, es la manera más significativa de poder del marido sobre la mujer, ya que la mujer pasaba de ser *alieni iuris* del padre a la del marido. Es decir, cambia de cabeza (paterfamilias) como se denominaba en roma. Ergo, la mujer era una “hija” de su marido.

A *contrario sensu* existía el matrimonio *sine manu*, donde la mujer si bien se casaba con su marido, pero no cambiaba de familia de origen, cabeza o mejor dicho paterfamilia.

Dentro del matrimonio *cum manu* se podía celebrar de 3 modalidades diferentes:

La *confarreatio* fue en realidad una ceremonia religiosa solemne, permitida sólo para quienes ostentaban la clase de patricios. Se celebraba en un acto sagrado ante 10 testigos y en presencia del sacerdote de Júpiter, *Flamen Dialis*, y mediante esta ceremonia se simbolizaba la unión marital. Parece tener su origen en una formalidad etrusca, y, por él, varón y mujer quedaban asociados en el mismo culto al entrar la mujer a participar en la religión del marido.

Una segunda forma que podemos narrar la constituyó la *coemptio*, de origen antiquísimo, dado que el concepto en que se basa resultó común a los diversos pueblos indoeuropeos. Estaba constituido por una ceremonia simbólica de *mancipatio* de la esposa, acto que ocurría en presencia de 5 testigos, y ocasión en que el esposo golpeaba una balanza con una moneda de cobre, *recudusculum*, moneda que entregaba luego al vendedor de la mujer, quien hasta ese momento ostentaba el poder sobre ella. Acto seguido, el varón preguntaba a la mujer si quería entrar a formar parte de su familia. Tal formalidad sirvió para determinar el objeto y las condiciones de la venta (*lexmancipii*), para distinguirla así de la simple mancipación.

Con el tiempo la *coemptio* cayó en desuso, y al fin de la república se le empleaba para fines no matrimoniales, y era usado por las mujeres *sui iuris* para salir de la pasada tutela agnaticia, y para otros fines. Pero bueno es advertir que tanto la *confarreatio* como la *coemptio* significaron matrimonios de naturaleza fundamentalmente social y religiosa, en los que tenía predominante importancia un hecho (sea social, sea religioso), el mismo que marcaba el inicio de la vida conyugal. Con posterioridad a los dos tipos de matrimonios antes indicados, apareció la institución matrimonial del *usus*, que fue la forma menos solemne de contraer matrimonio, hasta fines de la república, en que se convirtió en la regla general. Así como en los derechos reales, junto a la *mancipatio* se dio la usucapión, así también la convivencia continuada durante un año de un varón con una mujer producía el efecto matrimonial. Empero, tal matrimonio se evitaba mediante la *usurpatiotrinoctii*, por la que la mujer se alejaba tres noches consecutivas de la compañía del varón. Pero los matrimonios por *coemptio* y por *usus*, se daban fundamentalmente para las relaciones maritales entre los plebeyos.²³

Al frente de los matrimonios antes descritos, apareció históricamente en el derecho romano, con el tiempo, el llamado matrimonio *sine manus*. Fue un tipo matrimonial surgido durante la época de la república, y que con posterioridad se difundió tanto que a la postre puede ser considerado probablemente como el típico matrimonio romano.

²³Marambio López Pilar, *Influencia del cristianismo en el derecho romano*, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

Constituía una forma de unión libre, pero matrimonial, carente de formalidades jurídicas, y que no concedía ni irrogaba poder al marido sobre la mujer. Empero, la vigencia de la *affectio maritalis* diferenció esta institución del concubinato romano.

Formas de terminar o disolver el matrimonio romano:

- 1) muerte de uno de los cónyuges
- 2) por la caída en esclavitud de algunos de los cónyuges
- 3) divorcio o repudio

El repudio era la decisión unilateral de los esposos de no perseverar con el matrimonio. En caso de celebrarse el matrimonio *confarreatio*, se debía realizar una ceremonia llamada *diffarreatio* para poder disolver el matrimonio. Es más, cuando los esposos contraían matrimonio *cum manu*, solo podía ejercer el repudio era el esposo y debía ser por causas graves, posteriormente, cualquiera de los esposos podía ejercer el repudio.

También existió el divorcio de mutuo acuerdo, posteriormente con el cristianismo n, principalmente en la época de Constantino, se empezó a instaurar causales más exigentes.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio romano, se ha discutido y se han dado diferentes teorías sobre el tema.

Matrimonio religioso

El matrimonio religioso tiene como fuentes compendios de leyes eclesiásticas y concilios siendo el más importante el de Trento.

En el siglo XII aparece el autor Graciano, con su obra *Concordia*, donde cuyo trabajo recopila conjuntos de leyes. que es considerado como la primera parte de la gran colección de leyes de la iglesia.

El referido Cuerpo, además de incluir el denominado Derecho Graciano, albergaba el Libro Extra de Gregorio IX, el Libro Sexto de Bonifacio ///y Las Clementinas (es decir la colección de Clemente V promulgada por Juan XXII), las Extravagantes de Juan XXII y las

Extravagantes Comunes de otros papas. Tal compendio constituye lo que se denomina el «Derecho Clásico» de la Iglesia.

Posteriormente, al momento de querer entrar a profundizar sobre el ordenamiento jurídico católico, se dieron cuenta, que el decreto de graciano, era un cumulo de leyes sin coherencia algún y armonía entre estas misma, así, produciendo una gran inseguridad jurídica.

Es por ello que desde que se preparaba el Concilio Vaticano primero, los obispos solicitaron que se publicara una única colección de leyes, para facilitar la comprensión de las leyes de la Iglesia y la mejor interpretación por parte de sus pastores. Como quiera que el pleno del trabajo no pudo realizarse durante el período conciliar, fue el papa Pío X, apenas al inicio de su pontificado, quien asumió la tarea proponiéndose reunir y reformar todas las leyes eclesiásticas, eligiéndose el método moderno de la codificación.²⁴

En el siglo XI se realiza la reforma cluniacense, cuyo objetivo es volver a las ideas del cristianismo primitivo, que significaba volver al derecho romano que por esta época, era estudiada y sintetizada por los glosadores de Bolonia. Este retorno del derecho romano con influencias eclesiásticas, dan pie al reconocimiento del matrimonio consensual y que a la vez constituía en un sacramento. San Alberto Magno dirá que «el sacramento consiste en el contrato mismo», a lo que agregará santo Tomás que el consentimiento constituye el sacramento, y que la bendición del sacerdote no es sino un sacramental

A partir del siglo XII se entendió que el consentimiento sin forma daba lugar a un matrimonio válido cuando la voluntad de las partes estaba dirigida hacia la eficacia actual del matrimonio. Junto a esto, debía bastar la promesa o esponsales para la conclusión del matrimonio cuando la voluntad matrimonial había tomado efectividad mediante cópula carnalis. El resultado de todos estos planteamientos fueron las conclusiones de matrimonios secretos y la bigamia.

Por ello, el cuarto Concilio de Letrán, en 1215, intentó poner remedio a este estado de cosas. Se exigió de nuevo la conclusión del matrimonio ante el párroco y los testigos,

²⁴Marambio López Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

introduciéndose las proclamas según el ejemplo francés; de todos modos el consentimiento sin forma conservó su eficacia creadora del matrimonio. El casamiento laico fue suprimido, aunque sin resultado pleno.

Entre 1545 y 1563, ocurrido el Concilio de Trento se proclamó la sacramentalidad e indisolubilidad del matrimonio. Sin perjuicio en este concilio se omitió la discusión en cuanto al matrimonio como contrato. Aunque sabido es que algunos padres de la Iglesia, en pleno Concilio de Trento, defendieron la teoría de Melchor Cano, a propósito de la no identificación del contrato y el sacramento. Afirmaba éste que el contrato es la materia próxima del sacramento y la forma la bendición del sacerdote, quien es el ministro del sacramento. Por consiguiente, se agregaba que: «una unión contraída sin la bendición nupcial puede ser un matrimonio verdadero y válido entre cristianos, aunque no matrimonio sacramental. Los que se han casado en estas condiciones no necesitan sino pedir la bendición del sacerdote, la cual transformará su matrimonio en sacramento».²⁵

Dentro del razonamiento eclesiástico se sostiene que el hecho de que la noción cristiana del matrimonio otorgue, gran importancia a la libertad del hombre, ha llevado a éste a crear «SU contrato» y «SU ley»; empero -afirman- ello no debe derivar en negar que el matrimonio es una institución divina que necesita del sacramento para recibir ese algo sagrado que posee. Bendición nupcial. El compromiso de los esposos de respetar la unidad, la permanencia y la indisolubilidad del vínculo conyugal, hace al sacramento, y éste es el que otorga la gracia a los esposos.

Es de tal manera que la Iglesia declara al matrimonio perpetuo, indisoluble y único. Como el matrimonio no viene del exterior, ni aun de una autoridad eclesiástica, se debe entender que ha sido instituido por obra divina, y que por lo tanto sus leyes no pueden estar sujetas al arbitrio de ningún hombre, ni siquiera al acuerdo contrario de los dos cónyuges, pues éste

²⁵Marambio López Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomás, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

es único, inmutable e indisoluble; no es la Iglesia la que hace el matrimonio, pues Ella no le añade nada.²⁶

4.3 Diferencias entre ambos matrimonios

La primera gran diferencia, que para los romanos el matrimonio es solo una institución más en su ordenamiento jurídico, sin mayor transcendencia, ya que su mayor preocupación estaba centrada en el derecho patrimonial. En cambio para el ordenamiento jurídico eclesiástico, el matrimonio era la institución central de todo el ordenamiento jurídico.

A partir de ello el matrimonio religioso, era un consorcio, que se iniciaba con el consentimiento de los contrayentes y derivaba en un consorcio, que era único y para toda la vida. Por tanto tenía el carácter “indisoluble”. Para los romanos el matrimonio era disoluble, ya que ellos, no le daban un carácter divino al matrimonio, por tanto, existía el divorcio, cuestión impensada para la doctrina y pensamiento papal esto es por los principios fundamentales de la iglesia católica.

En relación a lo comentado anteriormente, la *affectio maritalis para los romanos era primordial, ya que era uno de los requisitos para contraer matrimonio, y que se traducía en la intención de casarse y mantenerse juntos. Y que en el evento se perdía esta intención por algunos de los cónyuges, el matrimonio se disolvía, cambio, en la regulación canónica, la affectio maritalis era secundaria ya que el matrimonio era para toda la vida y es” indisoluble”*.²⁷

²⁶Marambio López Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

²⁷MarambioLopez Pilar, Influencia del cristianismo en el derecho romano, 2010, tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales universidad Santo Tomas, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/89211842/Influencia-del-cristianismo-en-el-Derecho-Romano-Historia-del-D-libro-Troplong>

Otra diferencia es en el tema de la naturaleza jurídica, en conclusión, el matrimonio canónico es un contrato (aunque criticados por muchos, ya que dicen que es distorsionado en cuanto a sus elementos) mientras que para los romanos es un simple "relación de hecho" que produce ciertos efectos jurídicos en las potestas familiar y en el régimen matrimonial.

Otro aspecto que marca una diferencia claramente, que el matrimonio en el derecho romano no era un derecho propiamente tal, si no, una facultad más que un derecho que tenían los ciudadanos romanos, que era el iusconubii. En cambio en el eclesiástico se podría decir que un derecho más democrático en este sentido. Ya que a todo el mundo le establecían las mismas exigencias para poder contraer matrimonio.

A consecuencia de lo mencionado, anteriormente, en la legislación romana, no existía la institución de la nulidad matrimonial, ya quien se casaba en roma, sin ser ciudadano romano, ergo, no gozaba del IusConubii el acto era inexistente, en cambio en la regulación canónica existía la nulidad matrimonial.

Capítulo 5. Matrimonio como contrato civil.

La historia de la génesis del código civil chileno, se remontan en el año 1833, donde Diego Portales quien era el ministro del interior de José Tomas Ovalle. Encarga la confección de un código civil a don Andrés Bello de forma privada.

Andrés Bello inicio el periplo de la escrituración del código civil, con el tema más complejo y oscuro de todas del derecho vigente, que es materia sucesoria. Posteriormente abordo el tema de obligaciones y contratos. De esta manera una vez culminado estas materias, en el año 1840 se crean la primera comisión oficial del código donde se enfatizaron en estos 2 libros ya tratados por Andrés bello presentados a esta comisión.

En el año 1847 siguió trabajando sobre los libros faltantes del código civil: personas y bienes. De esta manera en el año 1852, se presenta el proyecto completo del código. Que por órdenes del gobierno de Manuel Montt este proyecto fue publicado en 3 libros en los meses de enero, febrero y marzo.

Este proyecto de código civil se distribuyó entre las cortes y juzgados de nuestro país, facultades. Con el objeto de realizar diversas observaciones sobre el proyecto en cuestión; y en el año 1853 se realiza otra comisión para revisar el proyecto del código civil, donde se le denominó *proyecto inédito* con la razón que no se publicó hasta fines del siglo pasado.

A este proyecto inédito, se sometió a una nueva revisión, en el que dio origen al proyecto de 1855 que fue presentado por el gobierno de Montt a ese entonces al congreso nacional y fue sancionado como código civil, donde no se realizaron modificación alguna.²⁸

5.1 Análisis de la definición de matrimonio en el código civil chileno.

Después de dar a conocer la historia del código civil chileno, de forma sucinta. Nos remitiremos al tema central de este trabajo, que es el matrimonio.

El matrimonio en nuestro código civil se define en el libro IV en el artículo 102 “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”.

De esta definición diversos autores chilenos han expresado sus opiniones, entre ellos Luis Claro Solar donde la califican unas de las definiciones de matrimonio más completas. También se ha manifestado Somarriva “que solo puede calificarse de admirable”.

Sobre esta definición el profesor don Hernán Corral menciona que esta definición contiene los elementos constitutivos del acto fundacional de la familia: la consensualidad (contrato), la formalidad (solemne), la unidad y heterosexualidad (un hombre, una mujer), la comunión e indisolubilidad (se unen, indisolublemente, por toda la vida), así como sus fines: el bien de los hijos o la fecundidad (con el fin de procrear) y el amor mutuo de los cónyuges (vivir juntos, auxiliarse mutuamente).

Han surgido diversas críticas a esta definición del matrimonio contenido artículo 102 donde reza que el matrimonio es “indisoluble y por toda la vida”. Las críticas apuntan que ambas expresiones son redundantes, ya que solo bastaba con la expresión “indisoluble”.

²⁸Salinas Aranedo, Carlos. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO RELIGIOSO EN EL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO DE CHILE: UN VIEJO TEMA AÚN PENDIENTE. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.1 [Fecha de búsqueda: 27 de febrero de 2017], pp.59-78. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100003&lng=es&nrm=iso>.

Hay otros que defienden esta definición estableciendo que no es redundante, como el profesor Carlos Salinas que dice que la palabra “indisolubilidad” con la frase “y por toda la vida” no son reiterativos, ya que con la expresión “y por toda la vida” busca advertir a los contrayentes que es un compromiso vitalicio.

Esta definición del artículo 102 del código civil, no se ha modificado desde 1855, que fue el año que se aprobó dicho código. Es más, el 10 de enero del año 1884 que fue donde se creó “la ley de matrimonio civil”, se determinó en no modificar dicha definición.²⁹

5.2 Las leyes laicas y el origen del matrimonio civil

Para empezar, hablar de él origen del matrimonio civil en Chile, tenemos que mencionar la importancia de la Iglesia Católica, ya que era la institución que cumplía funciones, que hoy pertenece al registro civil. Donde se encargaba de llevar los registros de nacimiento, matrimonio y de defunción. Estos registros datan del año 1578.

En el año 1855 donde se promulgó el primer código civil chileno, se trató el matrimonio y sus solemnidades, donde no se introdujo ninguna modificación. Así dejando vigente el matrimonio religioso y los elementos establecidos por la Iglesia Católica y las partidas Alfonsinas.

La fiel muestra se encuentra en el mensaje del proyecto del código civil, que fue promulgado en 1855 que menciona “*se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica*”, por lo que “*el matrimonio que es válido a los ojos de la Iglesia, lo es también ante la ley civil*”. Por ende, el código civil remitía estas materias al derecho eclesiástico y las partidas de Alfonso Decimo.

La estructura del matrimonio del código civil de Bello de 1855 a partir de la definición del artículo 102:

²⁹ CorralTalciani, Hernán. SENTIDO Y ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE MATRIMONIO DEL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO CIVIL, DESPUÉS DE LA INTRODUCCIÓN DEL DIVORCIO VINCULAR POR LA LEY 19.947, DE 2004. *Rev. chil. derecho* [online]. 2009, vol.36, n.1 [Fecha de búsqueda: 27 de febrero de 2017], pp.51-76. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000100004&lng=es&nrm=iso>.

“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”.

i) naturaleza: “es un contrato solemne”.

ii) sujetos: “por el cual un hombre y una mujer”.

iii) elementos esenciales: “se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida,”.

iv) fines: “con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Aquí el primer elemento se deja claro, que el matrimonio es un “contrato” a diferencia de las justas nupcias romana que era una relación de hecho y del canónico que un contrato-sacramento, más sacramento que contrato.

Esta estructura del matrimonio civil que dimos a conocer tiene influencias notorias de las partidas de Alfonso X, ya que estas últimas tiene mucha influencia canónica como los decretos de Graciano y Gregorio IX. Eso se puede dar a conocer con la definición de matrimonio que otorga las partidas de Alfonso X donde reza que el matrimonio:

“matrimonio es ayuntamiento de marido de mujer, fecho con tal entención de bevir siempre en uno e de non se departir guardando lealtad cada uno dellos al otro, e no se ayuntando el varón a otra mujer ni ella a otro varón, viviendo ambos a dos”.

Estructura del matrimonio de las partidas de Alfonso decimo podemos mencionar:

1) su naturaleza: es “ayuntamiento”.

2) los sujetos: es ayuntamiento “de marido e de muger”.

3) se hace con la intención de vivir “siempre en uno”, de vivir “ambos a dos”.

4) se hace con la intención de “non se departir”, es decir, este ayuntamiento no admite disolución.

5) los cónyuges se han de guardar lealtad el uno al otro.

la ruptura entre el estado y la iglesia católica tiene como causa “las leyes laicas”, donde viene a sustraer las materias reguladas por la iglesia católica y se las otorga al estado.

Estas leyes fueron 3: la primera fue las leyes laicas sobre cementerios del 2 de agosto de 1882, la segunda de matrimonio del 10 de enero 1884 y la última del registro civil de 17 de julio del mismo año. Con estas leyes produjo que el estado asumió la obligación de administrar los cementerios, regular los requisitos y formalidades del matrimonio, además de tener a su cargo. los registros de matrimonio, nacimiento y defunción.

En esta ley de matrimonio civil de 1884 determino que el único matrimonio valido para el ordenamiento jurídico chileno es el civil. Esto esta mencionado en el Artículo 1 que reza “El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles”. Pero la ley para evitarse conflicto con los fieles católicos establece en el mismo artículo “libre para los contrayentes sujetarse o no a los requisitos y formalidades que prescribe la religión a que pertenecieren”. Si bien, la ley les permite celebrar el matrimonio contrayente con las formalidades religiosas, pero no le atribuye efectos civiles. Si bien se hicieron un sin números de intentos por parte de la iglesia católica para que el matrimonio religioso tuviera valor jurídico nuevamente, pero todos estos esfuerzos fueron inocuos.³⁰

5.3 Ley de matrimonio civil 19.947 del año 2004 como la del año 1884

En esta parte analizaremos la antigua ley de matrimonio civil del año 1884 como la del año 2004 que es la ley 19.947.

En el año 2004 comienza a regir la ley 19.947, que produce una revolución imperante en el derecho de familia y específicamente en materia de matrimonio.

Esta ley produce que el contrato de matrimonio, regulado en el artículo 102 del código civil, se vuelva disoluble, amplía el abanico para declarar la nulidad del matrimonio, crea la

³⁰SALINAS ARANEDA, Carlos. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO RELIGIOSO EN EL DERECHO POSITIVO DEL ESTADO DE CHILE: UN VIEJO TEMA AÚN PENDIENTE. *Rev. derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.1 [Fecha de búsqueda 27 de febrero de 2017], pp.59-78. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100003&lng=es&nrm=iso>.

compensación económica, se le reconoce validez al matrimonio religioso (con efectos jurídicos limitados).

La definición de matrimonio no experimento cambio alguno, esta se mantiene de la misma forma que la redactó don Andrés Bello en el código de 1855. Nos referirnos a los requisitos tanto de existencia como de validez.

Antes de señalar los requisitos de existencia y validez, vamos a mencionar que el matrimonio es un “contrato” que se caracteriza por restringir “la autonomía de la voluntad” tiene como fundamento que es un contrato que es la base de la institución de la familia, que es protegido por nuestro legislador y constitución.

¿En que se traduce que se restrinja el principio de la autonomía de la voluntad?

Que los efectos del matrimonio están estrictamente regulados por la ley, no permitiendo cláusulas que alteren lo sustancial del contrato.

Esto se desprende de la misma definición del artículo 102 del código civil está establecida la expresión “actual” en lo que se traduce que no puede estar sujeta a modalidad alguna. Lo mencionado tiene como fundamento, que el matrimonio, es un contrato transversal para los contrayentes, porque sus efectos son para toda la vida.

Requisito de existencia:

1) Diversidad de sexo entre ambos cónyuges:

Este requisito se desprende de la definición de matrimonio, contenido en el artículo 102 del código civil. Es más, si dos personas del mismo sexo intentan casarse. La ley no sanciona dicho acto, es decir, no le otorga valor alguno, ya que es un acto inexistente.

2) Consentimiento:

En la ley de 1884 no existía norma expresa que mencione este requisito, pero se deduce del artículo 32 de esta misma ley que esboza “Es también nulo el matrimonio para

cuya celebración no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre y espontáneo consentimiento”.

¿Cómo se debe otorgar el consentimiento? Puede ser verbal o por escrito, lo importante que sea expreso, es decir, en términos explícitos y directos.

Es importante mencionar que sin el consentimiento el acto es inexistente.

En cuanto a la ley 19.947 no hubo cambios sobre este requisito.

Como colorario, hay que recordar que los orígenes de este requisito provienen del matrimonio romano.

4) la presencia del oficial del registro civil:

Este requisito estaba contenido expresamente en el artículo 9 y 16 de la ley de matrimonio civil del 1884. Estos artículos además de referirse la presencia del oficial, también plantean las diligencias preliminares que son la manifestación e información.

En la nueva ley 19.947 está regulado en el artículo 17 que señala: “el matrimonio se celebrara ante el oficial del registro civil que intervino en la realización de las diligencias de manifestación e información”. Estas diligencias de manifestación e información que señala el artículo anteriormente dicho, son requisitos de validez que veremos posteriormente.

Mencionamos los requisitos de existencia del matrimonio de la ley de matrimonio del año 1884 y de la ley 19.947 del año 2004 y se puede ver que son exactamente los mismos requisitos.

La novedad radica en la validez que le otorga la nueva ley de matrimonio civil 19.947 al matrimonio religioso que en la ley de matrimonio civil de 1884 no se encontraba contemplada.

La validez del matrimonio religioso en sede civil se refleja en el artículo 20 de dicha norma que dice:

“Los matrimonios celebrados ante entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan con los requisitos contemplados en la ley, en especial lo prescrito en este Capítulo,

desde su inscripción ante un Oficial del Registro Civil. El acta que otorgue la entidad religiosa en que se acredite la celebración del matrimonio y el cumplimiento de las exigencias que la ley establece para su validez, como el nombre y la edad de los contrayentes y los testigos, y la fecha de su celebración, deberá ser presentado por aquellos, ante cualquier Oficial del Registro Civil, dentro de ocho días, para su inscripción. Si no se inscribiere en el plazo fijado, tal matrimonio no producirá efecto alguno”

Esto se traduce que si los contrayentes se casan a través de una entidad religiosa, tienen un plazo de 8 días para poder inscribirlo ante oficial del registro civil y así otorgarle valor jurídico.³¹

Requisitos de validez (aquellos sin los cuales el acto no produce efectos jurídicos) son:

1) Consentimiento sea libre y espontaneo (exenta de vicios)

Se debe señalar que el contrato de matrimonio es uno de los pocos, que se restringe la autonomía de la voluntad, esto se desprende de la misma definición del artículo 102 del código civil está establecida la expresión “actual” en lo que se traduce que no puede estar sujeta a modalidad alguna. Lo mencionado tiene como fundamento, que el matrimonio, es un contrato transversal para los contrayentes, porque sus efectos son para toda la vida.

En caso de los efectos están estrictamente reglamentado por la ley, dentro de esta misma establece uno de los requisitos de validez, que el consentimiento sea libre y espontaneo, vale decir, exenta de vicios.

Es importante mencionar que estos vicios estaban contemplados respecto a la “nulidad matrimonial” específicamente en el artículo 32 “*Es también nulo el matrimonio para cuya celebración no ha habido, por parte de alguno de los contrayentes, libre y espontáneo consentimiento*”³².

³¹ Naranjo e Ibarrola abogados. Apuntes Derecho de Familia, 1°. Ed. N&I Abogados, 2015. 120pp

³²DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El error en las cualidades personales del otro contrayente en la ley 19.947. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.1 [Fecha de búsqueda: 08 de febrero de 2017], pp.11-35. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100002&lng=es&nrm=iso>.

en la ley de matrimonio civil del año 1884, tiene las siguientes causales como vicios del consentimiento:

a) Error: está contemplado en el artículo 33 “Si ha habido error en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente”.

Esta causal, ha causado diversas controversias en la doctrina como en la jurisprudencia. Pero hay ciertos puntos que si están contestes que son: que esta causal no trata de un error de derecho y La segunda es que la regla alcanzaba el error sobre la identidad física del otro contrayente, es decir aquel caso en que el error recae sobre la otra persona considerada como entidad física.

Empero, hay un sector de la doctrina que ha comprendido que este error se limita “a la identidad física”, arguyendo que el art 33 de la presente ley, innovo respecto al artículo 180 del antiguo código francés que se refería: "error en la persona".

En el artículo 33 se agregó la expresión “identidad” ya que se piensa que se intentó evitar problemas interpretativos sobre error en la persona en el código francés, pero hay otro sector que esgrime que tal expresión, se utilizó para excluir del término persona las cualidades accidentales de los cónyuges.

La jurisprudencia ha establecido que se debe considerar el único error que es causal para declarar la nulidad matrimonial era la que recaía sobre la identidad física de los contrayentes ³³

En la ley de matrimonio civil 19.947 lo regula en artículo 8 y establece:

“1. ° Si ha habido error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente;

³³DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. El error en las cualidades personales del otro contrayente en la ley 19.947. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.1 [Fecha de búsqueda: 08 de febrero de 2017], pp.11-35. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100002&lng=es&nrm=iso>.

2. ° Si ha habido error acerca de alguna de sus cualidades personales que, atendida la naturaleza o los fines del matrimonio, ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento, y”

Si nos referimos al error acerca de la identidad de la persona del otro contrayente, nos referimos al error en la persona, que es propia de este contrato, ya que es un contrato intuitu personae, vale decir, que toma relevancia en la persona que contrae el vínculo. Este error puede acaecer solo en un matrimonio celebrado por un mandatario o por poder.

El siguiente error es en las cualidades personales: este tema se ha discutido por parte la doctrina así para el profesor Hernán Corral abarcaría la impotencia coendi, es decir, la imposibilidad del coito.

Para el profesor Gonzalo Figueroa, como para el profesor Barrientos son relevantes la homosexualidad o la religión de la pareja.

Este tipo de error puede recaer en diferentes asuntos diferentes. Lo que es importante para este tema que la cualidad haya sido determinante para prestar el consentimiento y debe afectar a los fines del matrimonio.

B) Fuerza: está contenida en el artículo 32 y esboza “falta el consentimiento libre y espontaneo en los casos siguientes”, que sea grave, injusta y determinante

“La fuerza es injusta cuando constituye una coacción que implica actuar al margen de la ley o en contra de la ley, de modo que el ejercicio legítimo de un derecho jamás puede ser fuerza que vicie la voluntad, aunque indiscutiblemente signifique coacción”.

Sobre esta causal, no hay mucho que decir. Ya que se rige en los términos de los artículos 1456 y 1457 del código civil. Esto no se modificó con la ley de matrimonio civil 19.947.

En la antigua ley de matrimonio civil del año 1884 se consideraba como vicio del consentimiento el Rapto regulado en el artículo 32 número 3 que esboza “Si ha habido rapto, y al tiempo de celebrarse el matrimonio, no ha recobrado la mujer su libertad”. Además, se puede definir el rapto en materia civil como “La sustracción de una mujer de la casa de sus progenitores, ya sea por fuerza o seducción.

En cuanto al dolo, no se contempló ya que es normal que las parejas se mientan o prometan cosas que no se puedan cumplir para poder conquistarla. Y habría sido muy fácil declarar la nulidad del matrimonio, y se perdería la estabilidad familiar que busca la ley de 1884. Esto también se mantuvo para la ley de matrimonio civil del año 2004.

2-capacidad de los contrayentes y ausencia de impedimentos dirimentes

El tema de la capacidad matrimonial se rige de la misma forma que la patrimonial, es decir, la ley establece que la regla general que todas las personas son capaces para contraer matrimonio. Por tanto, lo que hace el legislador es mencionar quienes no pueden contraer matrimonio. Ramos Pazos afirma que “en lo concerniente al matrimonio, las incapacidades se llaman impedimentos (...) los impedimentos en nuestra legislación pueden ser de dos clases:

a) dirimentes: que son los que obstan a la celebración del matrimonio, tienen que cumplir con ciertas formalidades, ya que, si no se respetan, la sanción es la nulidad del matrimonial.

Dentro de los impedimentos dirimentes se clasifican entre:

a.I) absoluto: están dentro del artículo 5 de la ley de matrimonio civil 19.947 y los enumera:

1. Los que se hallaren ligados por vínculo matrimonial no disuelto;

Este impedimento está contenido por lo generalidad en el mundo occidental, salvo excepciones en países orientales, ya que ellos aceptan la poligamia como forma de vida.

Por razones obvias, es necesario que el primer matrimonio.

La sanción de este caso, es el delito de bigamia, tipificado en el artículo 382, además de la sanción civil correspondiente que la nulidad matrimonial.

Con la antigua ley de 1884, el matrimonio se disolvía por muerte real o presunta uno de los cónyuges y por declaración de nulidad del matrimonio dictaminada por autoridad competente. Y con la ley actual se agregó la sentencia de divorcio.

2. Los menores de dieciséis años;

En la ley antigua de 1884 para esta causal, utilizaba la palabra “impúberes”. La razón, es que se entendía antiguamente que si una persona se encontraba en la madurez sexual, podía contraer matrimonio. La madurez sexual de la mujer es a los 12 y de los hombres a los 14 años.

Pero la nueva ley de matrimonio civil 19.947 elevo la edad para poder contraer matrimonio a los 16 años, esbozando que no por tener una madurez sexual se entiende que puede comprender los alcances de matrimonio y su finalidad.

3. Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que, por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;

Esta causal comprende a las personas que tienen trastornos patológicos, es decir, que están impedidos de poder ejercer sus habilidades psíquicas y cognitivas por razones de enfermedades.

4. Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio, y”

Esta causal se fundamenta en la falta de madurez y criterio para poder comprender los efectos del matrimonio y su trascendencia. pero esta causal a diferencia del numeral 5, es momentánea, ya que algún momento de la vida el sujeto obtiene la madurez para poder comprender la finalidad del matrimonio.

Esta causal está comprendida en la nueva ley como la estuvo en la antigua.

5. Los que no pudieren expresar claramente su voluntad por cualquier medio, ya sea en forma oral, escrita o por medio de lenguaje de señas.”

En la antigua ley de matrimonio civil del año 1884 está causal se ubicaba en el número 4 y expresaba lo siguiente “Los que de palabra o por escrito no pudieren expresar su voluntad claramente”; por tanto, prohibía contraer matrimonio a las personas que eran incapaz de manifestar de manera expresa su voluntad.

Por razones discriminatorias, en el año 2003 se publica la ley 19.904 que derogo esta incapacidad

Es más, en la nueva ley de matrimonio civil lleva por epígrafe “de las diligencias para la celebración del matrimonio” donde autoriza el lenguaje de señas. con el fin que la persona que desea contraer matrimonio, pueda comunicar al oficial del registro civil su intención de contraer matrimonio. Esto se traduce en las formalidades previas al matrimonio.

Eso sí, no pueden contraer matrimonio los sujetos que no puedan expresar de ninguna forma su voluntad.

a.II) Relativos: solo se impide contraer matrimonio con ciertas personas.

1) Parentesco:

Art. 6º LMC. “No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Los impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan.”

Esta causal del artículo 6 se refiere al parentesco por consanguinidad como por afinidad. Un ejemplo por consanguinidad sería que un padre no podría casarse con su hija o por afinidad el suegro con su nuera.

En el caso del parentesco colateral, solo se prohíbe por consanguinidad, pero no por afinidad. un ejemplo claro que está prohibido parentesco colateral por consanguinidad, es el matrimonio entre hermanos.

De acuerdo a los Arts. 27 Ley 7.613 y 18 Ley 18.703 sobre Adopción, es nulo el matrimonio entre el adoptante y el adoptado, o entre el adoptado y el viudo o viuda del adoptante.

2) Art. 7º LMC. *“El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito.”*

Esta causal la fundamentó Pothier explicaba que el fundamento de este impedimento era evitar que una persona incentivara al amante a matar a su pareja, para casarse con ella.

En cuanto a la antigua ley de 1884 establecía lo mismo, la única diferencia radica que en la nueva ley, esta norma se extiende a los encubridores.

Antiguamente en la ley dictada en el año 1884 era impedimento dirimente “el adulterio” contenida en el artículo 7 de la ley de 1884 que mencionaba “no podrá contraer matrimonio el que haya cometido adulterio con el participe en la infracción, durante el plazo de cinco años contados desde la sentencia que así lo establezca “que con la nueva ley 19.947 se suprimió.

La razón es que con la ley 19.335 despenalizó el adulterio, por ende, alterando este impedimento. Por tanto, con la nueva ley suprime esta causal como impedimento relativo.

b) impedientes: este impedimento es más bien prohibiciones, que tal incumplimiento, acarrea diferentes sanciones a la nulidad matrimonial.

Estas prohibiciones, están tratadas en el código civil en los artículos 105 al 116 y además en los artículos 124 al 129 del código civil.

i) *CONSENTIMIENTO DE CIERTAS PERSONAS PARA CONTRAER*

MATRIMONIO:

Art. 105 primera parte CC. “No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el ascenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario...”

Art. 106 CC. “Los que hayan cumplido dieciocho años no estarán obligados a obtener el consentimiento de persona alguna.”

Estos 2 artículos anteriormente señalados se deben ligar con el art 9 de la ley de matrimonio civil que señala “al momento de la manifestación deberá indicarse los nombres y apellidos de las personas cuyo consentimiento fuere necesario”

A. Personas que deben prestar el consentimiento.

Tenemos que distinguir si son hijos de filiación matrimonial y no matrimonial:

A1. Hijos con filiación determinada:

i. Padres; si falta uno de los padres, debe prestar el consentimiento el otro padre (Art. 107 CC).

ii. A falta de ambos padres, el ascendiente o ascendientes del grado más próximo. Si hay igualdad de votos, prefiere el favorable al matrimonio (Art. 107 CC).

iii. A falta de todos ellos, el curador general establecido en el artículo 111 del código civil

iv. A falta del curador, el oficial del Registro Civil establecido en el artículo 111 inciso 2 del código civil

A2. Hijos con filiación no determinada:

En este caso, el consentimiento debe otorgarlo el curador general, si que hayo, en caso contrario, el oficial del registro civil llamado a intervenir en su celebración artículo 111 inciso final

¿Cuál es el momento y la forma de otorgar el consentimiento?

Está expresamente establecido en el artículo 12 de la ley de matrimonio civil:

Sanciones si se incumple o se omite el consentimiento

Mencionamos el incumplimiento de los impedimentos impeditivos son diferentes a la nulidad matrimonial.

Para este caso hay 3 tipos de sanciones pero que corresponden en materia sucesoria:

I) se omite el consentimiento que debía prestar un ascendiente, este último puede desheredarlo. Solo por aquel cuyo consentimiento se omitió sino por todos los demás ascendientes. Esta sanción está establecida en el artículo 114 primera parte del código civil

“El que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes.

II) la segunda sanción es que el menor que contrae matrimonio sin el debido consentimiento del o los ascendientes, pierde lo que le hubiere correspondido en la sucesión intestada

Artículo 114 segunda parte:” Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto “

III) este caso se refiere solo al ascendiente que se omitió el consentimiento, vale decir, solo este y no los demás ascendientes. puede revocar las donaciones que antes el matrimonio le hubiere hecho al menor. “El ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho”

En cuanto a los impedimentos impeditivos, no hubo cambios en relación a la antigua ley de matrimonio civil del año 1884 en comparación a la ley 19.947 del año 2004.

3-formalidades del matrimonio

Estas se dividen en formalidades:

3.a) preliminares o previas estas se constituyen por la:

a.i) la manifestación: es aquel acto que los potenciales contrayentes dan a conocer al oficial del registro civil, su intención de contraer matrimonio ante dicha persona. Este acto puede realizarse por vía escrita, oral o por medio de señas. En fin, que sea por vía explícita.

a.ii) información sobre la finalidad del matrimonio

a.iii) cursos de preparación para el matrimonio: estos cursos tienen el objeto de dar a conocer a los futuros contrayentes que conozcan los derechos y deberes del matrimonio. Estos cursos los puede impartir entidades religiosas como el registro civil.

a.iii) Información de testigos: es el momento que 2 personas, dan a conocer que los futuros contrayentes no están afectos algún impedimento o prohibiciones para contraer matrimonio

3.b) formalidades coetáneas

Estas formalidades se realizan inmediatamente después de rendida la información y dentro de los 90 días siguientes, para la celebración de la misma. Si se pasa este plazo, se debe realizar de nuevo estas formalidades. Esto lo menciona el artículo 15 de la ley de matrimonio civil.

b.i) presencia oficial civil para la celebración del matrimonio

el oficial competente es aquel que se realizaron las diligencias de la manifestación e información. Expresamente establecido en el artículo 17 de la ley de matrimonio civil 19.947.

Dentro de estas formalidades, los contrayentes otorgan su consentimiento, además, se presentan los testigos hábiles, para sr hábiles no deben estar contenidos en el artículo 16 de la ley de matrimonio civil. A modo de ejemplo con inhábiles los menores de 18 años, los que sean interdictos por demencia, etc.

Con la antigua ley se le agrega un requisito, que el oficial del registro civil tenía que ser competente en razón al territorio con el fin que el matrimonio fuere valido.

Para que fuere competente el oficial del registro civil tenía que ser de la comuna de al menos de uno de los contrayentes, ya que si no se cumplía con este requisito .se podría declarar la nulidad matrimonial del matrimonio (antiguos matrimonios que buscaban su desvinculación ocupaban esta causal)

3.c) formalidades posteriores al matrimonio

Estas formalidades se realizan una vez ya celebrado el matrimonio, ante el oficial del registro civil competente, además de la presencia de testigos hábiles y el consentimiento de los contrayentes para consumar el matrimonio. Se levantará inmediatamente un acta que es suscrito por el oficial del registro civil, contrayentes, testigos.

Esta acta de inscribe en los libros del registro civil en la forma establecida en el reglamento de la misma institución. Todo esto está mencionado en el artículo 19 de la ley de matrimonio civil.³⁴

Capítulo 6: Incidencias del Acuerdo de unión civil (Ley 20.830) en la institución del matrimonio.

El Acuerdo de Unión Civil (AUC), o simplemente "AUC" es, según nuestra legislación, un contrato celebrado entre dos personas, que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Está regulado por la ley 20830, que crea el acuerdo de unión civil, promulgada el 13 de abril del 2015 y publicada en el Diario Oficial el 21 de abril del mismo año. Para efectos de esta investigación, se hace pertinente realizar una pequeña comparación entre ambas instituciones:

1. Definición de matrimonio y de acuerdo de unión civil.

Don Andrés Bello plasmó en el artículo 102 CC.: "El 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". El primer artículo de la Ley N° 20.830 que norma el acuerdo de unión civil, lo define como "[...] un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente". Mientras el matrimonio se define como la unión de un hombre y de una mujer por toda la vida, el acuerdo de unión civil puede celebrarse igualmente entre personas del mismo sexo, pues el legislador dice "entre dos personas" sin distinguir. El matrimonio, conforme la definición es indisoluble, –a pesar de que puede terminar por divorcio, pero siempre que se

³⁴TORREALBA RODRÍGUEZ, Marlene. *Requisitos de Existencia y Validez del Matrimonio en el Derecho Chileno y Derecho Comparado* [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile – Facultad de Derecho, 2005 [Fecha consulta: 27 de febrero 2017]. Disponible en < <http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107652>>

cumplan los requisitos prescritos por el legislador–; el acuerdo de unión civil es "de carácter estable y permanente", si bien, como veremos, puede terminarse de manera excesivamente fácil (artículo 26).

2. Naturaleza jurídica, estado civil y regulación de los efectos de carácter personal de uno y otro.

a) En relación con la naturaleza jurídica, el legislador califica al matrimonio como contrato solemne (artículo 102 CC.) y al acuerdo de unión civil, simplemente como contrato (artículo 1). No obstante, no podríamos subsumir a este dentro de los contratos puramente consensuales, pues no basta el mero consentimiento de los contrayentes, sino es necesario que lo presten frente a un oficial del Registro Civil –jurando o prometiendo que no se encuentran unidos por vínculo matrimonial no disuelto o acuerdo de unión civil vigente– y en un lugar ubicado en su territorio jurisdiccional.

b) El matrimonio origina el estado civil de casado (artículo 305 inciso 1º CC.); el acuerdo de unión civil, de conviviente civil (artículo 1 inciso 2º).

c) Los efectos del matrimonio están consagrados en el Código Civil y en la Ley de Matrimonio Civil; los del acuerdo de unión civil, en la ley que lo regula (ley 20.830).

3. Acerca de las modalidades, la promesa y el parentesco por afinidad en el matrimonio y en el acuerdo de unión civil.

a) Ni el matrimonio ni el acuerdo de unión civil aceptan modalidad alguna. El artículo 102 CC., al definir aquel, utiliza la expresión: "se unen actual[mente]", a contrario sensu, no cabe convenir modalidades. El artículo 3 de la Ley N° 20.830 dice explícitamente que el acuerdo de unión civil "no podrá sujetarse a plazo, condición, modo ni gravamen alguno."

b) Mientras en el Código Civil existe un título 3º del libro I denominado De los esponsales, esto es, la promesa de matrimonio mutuamente aceptada; la Ley N° 20.830, en el artículo 3 recién citado, expresa que no podrá prometerse la celebración del acuerdo.

c) Uno y otro generan parentesco por afinidad con los parientes consanguíneos del cónyuge y del conviviente civil, respectivamente. Pero hay una diferencia que no deja de ser importante entre ambos. El artículo 31 CC., al definir parentesco por afinidad, manifiesta "es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer." Por tanto, este subsiste a la terminación del matrimonio, lo que acarrea consecuencias: no cabe el matrimonio entre suegro y nuera, por ejemplo, aunque el parentesco de ambos se haya originado por un matrimonio que ya terminó. No ocurre lo mismo con el acuerdo de unión civil en que el parentesco por afinidad se extingue al terminar este, artículo 4).

Es oportuno destacar, entonces, que la definición de parentesco por afinidad recién transcrita, será incompleta desde la entrada en vigencia de la ley que crea el acuerdo de unión civil, pues existirá, asimismo, entre un conviviente civil y los parientes consanguíneos del otro. Pero, no bastaría con adecuar la definición agregando "o conviviente civil" como en otras leyes, pues sería necesario precisar que este parentesco subsiste al término del matrimonio y no al del acuerdo de unión civil.

4. De la celebración del matrimonio y del acuerdo de unión civil.

a) El matrimonio se puede celebrar ante oficial del Registro Civil o ante ministro de una entidad religiosa que goce de personalidad jurídica de derecho público, artículos 17 y 20 de la Ley de matrimonio civil; el acuerdo de unión civil solo ante oficial de Registro Civil (artículo 5). Otra diferencia relevante es que la manifestación del consentimiento de matrimonio debe prestarse frente a dos testigos hábiles, artículo 17 inciso 2° de la Ley N° 19.947 –única formalidad ad sollemnitatem que dejó subsistente dicha ley–. Una semejanza es que la manifestación puede realizarse en la oficina del oficial o en el lugar escogido por los contrayentes siempre que se sitúe dentro del territorio jurisdiccional de aquel (artículos 17 inciso 2° de la Ley N° 19.947 y 5 de la Ley N° 20.830).

b)) La Ley N° 19.947 dedica un párrafo completo –el 2°– a las diligencias previas para la celebración del matrimonio. La Ley N° 20.830 no las conoce.

c) El matrimonio y el acuerdo de unión civil pueden celebrarse por mandatario especialmente facultado para ese efecto (artículos 103 CC. y 5 inciso 3° y 4 de la Ley N° 20.830).

d) El acta levantada por el oficial del Registro Civil en ambos casos será inscrita dentro de un registro especial. Cabe destacar que las referencias que debe expresar el acta de matrimonio son bastante más explícitas que las exigidas para el acuerdo de unión civil, en que solo bastará expresar nombre completo y sexo de los contrayentes; fecha, hora, lugar y comuna en la que se celebra este contrato, y la certificación, realizada por el oficial del Registro Civil, del cumplimiento de los requisitos establecidos para su celebración (artículo 5).

5. De los requisitos de validez del matrimonio y del acuerdo de unión civil.

La Ley de matrimonio civil se refiere a ellos en el párrafo 1°, artículos 4 a 8; la ley que crea el acuerdo de unión civil, en los artículos 7, 8 y 9.

En esta materia se advierte una gran diferencia entre ambas leyes: En la de matrimonio civil son seis las incapacidades absolutas y tres las relativas. En tanto, la ley que crea el acuerdo de unión civil exige aparentemente cuatro, pero, en verdad, solamente tres. En el artículo 7, la mayoría de edad de los contrayentes y que tengan la libre administración de sus bienes. Sin embargo, agrega a continuación: "No obstante lo anterior, el disipador que se halle en interdicción de administrar lo suyo podrá celebrar, por sí mismo, este acuerdo", ¿cómo podemos entender esta norma? Porque el disipador bajo decreto de interdicción de administrar lo suyo obviamente no tiene la libre administración de los bienes.

Entonces y respecto de la edad mínima exigida para celebrar ambos contratos, mientras se adquiere el *IusConubii* a los 16 años, para contraer el acuerdo de unión civil es necesario haber cumplido los 18. Ello podría deberse a que el acuerdo de unión civil está dedicado especialmente –aunque no únicamente– a responder las pretensiones de las parejas homosexuales y el artículo 365 CP. tipifica como delito el acceso carnal con una persona del mismo sexo menor de 18 años.

El artículo 9 de la Ley N° 20.830 incorpora como requisitos de validez los impedimentos de parentesco y de ligamen. Aquel idéntico al consagrado en la ley de matrimonio civil, empero, debemos tener presente lo ya comentado: terminado el acuerdo de unión civil, se extingue el parentesco por afinidad con los parientes consanguíneos de los que fueron convivientes civiles. El impedimento de ligamen en ambas leyes es similar: No cabe la celebración del matrimonio ni del acuerdo de unión civil, si hay un matrimonio anterior no disuelto o un acuerdo de unión civil vigente.

Estos son los impedimentos consagrados por la ley que crea el acuerdo de unión civil. Llama la atención su disminución respecto de la ley de matrimonio civil –tanto de los absolutos como de los relativos–. Así, la privación de uso de razón no aparece mencionada en la nueva ley, tampoco el homicidio, incapacidad relativa para contraer matrimonio, a la cual el legislador de la Ley N° 19.947 le dio tanta importancia como para otorgar acción pública para demandar la nulidad originada en esta causa.

De cara a los vicios del consentimiento, son solo dos los contemplados en la Ley N° 20.830: El primero, error en la identidad del otro contrayente. No aparece positivado el otro error, que sí lo está en la ley de matrimonio civil, el de las cualidades personales del otro contrayente, por ende, es pertinente, preguntarse: ¿se podría alegar como vicio del consentimiento el error en la identidad moral o psíquica del otro contrayente? Estimo que sí, dado que la persona es una entidad integrada no solo por su corporeidad. Aunque, es preciso reconocer que en la Ley de matrimonio civil de 1884, con una formulación casi idéntica, hubo discusión doctrinaria al respecto.

El segundo vicio del consentimiento de la Ley N° 20.830 es la fuerza ejercida en contra de uno o ambos contrayentes. Es llamativa la formulación asaz sintética de este vicio que se remite al articulado del Código Civil como también lo hicieron ambas leyes de matrimonio civil, la antigua y la nueva.

6. De las prohibiciones en el matrimonio y en el acuerdo de unión civil.

En relación con las prohibiciones legales para celebrar el acuerdo de unión civil, la Ley N° 20.830, en su artículo 10, recoge una de las tres establecidas en el Código Civil para el

matrimonio, la de segundas nupcias, reconduciendo sus efectos a lo regulado por aquel cuerpo legal. Inserta, de igual forma, en esta prohibición, la exigencia de la mujer de respetar el llamado plazo de soltería. El artículo 11, por su parte, repite, en lo sustancial, los artículos 128 y 129 CC. Es preciso señalar que esta limitación es procedente solo en aquellos casos en que los contrayentes tengan diferente sexo.

Es comprensible la disminución de prohibiciones legales, pues la ratio legis de las otras dos es la protección de los menores de edad que contraigan matrimonio y dado el requisito de la mayoría de edad para poder convenir el acuerdo de unión civil, el asenso y las guardas no tienen cabida.

III. acuerdos de unión civil y matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero

La Ley N° 20.830 reconoce, en Chile, los acuerdos de uniones civiles o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio celebrados en el extranjero, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, siempre que estén sujetos a registro en el país de celebración, se hayan celebrado válidamente, dando cumplimiento tanto a los requisitos de forma como de fondo de la legislación extranjera, y que se inscriban en el registro especial de acuerdo de unión civil. No obstante, agrega que podrán declararse nulos si transgreden los requisitos de validez del acuerdo de unión civil.

Los efectos de dichos acuerdos o contratos, una vez inscritos, se regirán por nuestro ordenamiento jurídico aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile.

La terminación del acuerdo y sus efectos se norman por la ley aplicable a la celebración del mismo.

Sin embargo, tendrán efecto en Chile, de acuerdo con la legislación chilena, los actos auténticos en que conste la terminación.

Las sentencias extranjeras que declaren la nulidad o la terminación del acuerdo se reconocerán en Chile, según las reglas generales impuestas por el Código de Procedimiento Civil.

Los convivientes civiles que hayan celebrado el acuerdo o contrato de unión en el extranjero se considerarán en Chile como separados de bienes, salvo que en el momento de su inscripción en nuestro país convengan sujetarse a la comunidad prevista en la Ley N° 20.830 y se deje constancia de ello en la inscripción.

Por su parte, los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados de conformidad a la legislación del país de su celebración, serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil siempre que cumplan con la legislación chilena sobre la materia y producirán los efectos de estos (artículo 12 inciso final).

IV. En cuanto a los efectos.

1. Efectos personales.

Una vez más extraña la disminución, ahora de los efectos, del acuerdo de unión civil en relación con los del matrimonio. El artículo 14 de la Ley N° 20.830 solo se refiere a la ayuda mutua y a solventar los gastos ocasionados por la vida en común, conforme las facultades económicas de los convivientes y del régimen patrimonial que exista. Curiosamente no consagra el derecho de alimentos recíproco entre los convivientes civiles. Nada se dice sobre guardarse fe, que es el deber al cual el legislador de la ley de matrimonio civil le otorga mayor importancia, ni tampoco sobre respetarse ni protegerse mutuamente.

2. Efectos patrimoniales. Regímenes.

a) Los convivientes, en el momento de celebrar el acuerdo, o de inscribirlo aquellos que lo celebraron en el extranjero, pueden pactar el régimen de comunidad. Si nada dicen, conservarán la propiedad, goce y administración de sus bienes, tanto de los aportados como de los adquiridos a cualquier título, durante la vigencia del acuerdo. Si se han acogido al régimen de comunidad, pueden sustituirlo por el de separación total de bienes, cumpliendo los mismos requisitos que se les exige a los cónyuges que convienen dentro del matrimonio un nuevo régimen.

b) Si los convivientes han optado por el régimen de comunidad, los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes, exceptuándose los de uso personal necesario.

c) El artículo 15 inciso final declara que la normativa de los bienes familiares establecida en materia de matrimonio es aplicable a cualquiera de los regímenes contemplados en ella, remitiéndose a las disposiciones del Código Civil que regulan este estatuto primario (artículos 141 a 149 CC.). Es necesario hacer presente que surge un problema, pues estas disposiciones se refieren específicamente a los cónyuges, lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que competen únicamente a los matrimonios. Dada la intención del nuevo legislador, tendría que ordenar la modificación del articulado del Código Civil.

d) En cuanto a los derechos sucesorios:

i) El conviviente civil se equipara en los derechos sucesorios al cónyuge sobreviviente, concurriendo en la sucesión de la misma forma que este y gozando de los mismos derechos, tanto en la sucesión testada –reconociéndosele al conviviente civil la calidad de legitimario y de asignatario de la cuarta de mejoras–, como en la intestada (artículo 16).

El artículo 18 de la Ley N° 20.830 establece que los derechos sucesorios y la condición de legitimario del conviviente civil tendrán lugar exclusivamente si el acuerdo de unión civil está vigente al momento de la delación de la herencia. De no ser así, no detentará ningún derecho sobre la masa hereditaria de quien fue su conviviente civil.

ii) Asimismo, se le aplican las causales de desheredamiento del cónyuge contenidas en el artículo 1208 regla 1ª CC.: Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes; 2ª. Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo; 3ª. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar" (artículo 17).

iii) Por otra parte, se le reconoce derecho de adjudicación preferente al igual que al cónyuge sobreviviente. Nuevamente, el legislador, se remite a lo regulado en el Código Civil para este (artículo 19).

e) Por lo que atañe a la indemnización, si uno de los convivientes civiles haya ocasionado perjuicios por un hecho ilícito de un tercero que hubiere causado el fallecimiento del otro conviviente o que lo haya imposibilitado para ejercer por sí mismo las acciones legales correspondientes, tendrá legitimación activa para reclamar estas indemnizaciones y todas aquellas a que el ordenamiento jurídico le reconozca derecho (artículo 20).

Conclusiones.

Por medio de este trabajo hemos establecido que el matrimonio es una institución relativa, ya que va dependiendo de cada cultura y periodo, principalmente en el época Romana, se entendía que era una relación de hecho, pudiendo gozar de esta situación solamente los ciudadanos romanos a través del derecho quirritario.

Posteriormente con la influencia del cristianismo el matrimonio pasa a tomar una función social trascendental principalmente en la conformación de la familia, siendo la piedra copular el derecho canónico a través del concilio de Trento. Siendo este concilio el que cataloga al matrimonio como un sacramento, dándole un contenido eminentemente ético y valórico. Es pertinente señalar el origen del matrimonio civil, principalmente en Chile, que con las influencias del código Francés, aquella institución pasa a revestirse de características propias de una institución jurídica propiamente tal, gracias la formación del Código de Bello en 1855 y posteriormente con las leyes laicas, esto sin olvidar las las revolucionarias leyes que han contemplado nuestra legislación, como lo es la Ley número 19.947 llamada Ley de Matrimonio Civil, la cual incorpora el divorcio, entregándole un nuevo estado civil a nuestra legislación, además de entregar un nuevo reconocimiento al matrimonio religioso que se había perdido con las leyes laicas.

Nuestro legislador en este tema sigue innovando llegando a la publicación de la ley 20.830, a quien se les reconoce la calidad de convivientes, nuevamente generando un nuevo estado

civil –Conviviente Civil- permitiendo a personas del mismo sexo poder optar a esta calidad social.

Con lo mencionado anteriormente se da a entender los diferentes conceptos y significados del matrimonio y principalmente su naturaleza jurídica en el desarrollo de la historia.

Bibliografía

CASANOVA DE POLANCO, Eduvijis. Instrucción de la mujer. Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile:[fecha de consulta 20 de marzo] Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-75813.html> . Accedido en 19/4/2017.

CEDIALES KADIS Ludi, El ritual de boda Patricio, 2011. [Fecha de consulta: 15 de enero] Disponible en: <http://imperiumromanorum.blogspot.cl/2011/01/el-ritual-de-boda-patricio.html>

ESCOBAR BALCÁZAR, Rubén Álvarez: Matrimonio y Adopción por parejas de Personas del Mismo Sexo: Estudio Legislación. Tesis México: Universidad de las Américas Puebla, 2015. 24 p.

HIPP T., Roswitha, Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. Revista Austral de Ciencias Sociales, 11(4):59-78,2006.

LAGO, José Ignacio lago. La Familia Romana: Pater Familias, Esposa, hijos, clientes y esclavos.[Fecha de consulta: 20 de marzo 2017] Disponible en: http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

LARRAÍN RIOS, Hernán. Naturaleza jurídica del matrimonio [fecha de consulta: 20 de enero de 2017]. Disponible en: <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4337/4227>

MOLINA LEPIN, Cristian. Orígenes y principios jurídicos del matrimonio civil, 2011.[fecha de consulta: 17 de febrero de 2017] Disponible en : https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=cris tian+lepin+molina

ONTIVEROS PAOLINI, Gerardo, HURTADO OLIVERO, Agustín. Status Libertatis, Civitatis y Familiae. [Fecha de consulta 20 de marzo 2017]. Disponible en:
<https://temasdederecho.wordpress.com/tag/ciudadano-romano/>

SUAREZ BLASQUEZ, Guillermo. La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo. Revista estudio historia jurídica, (36):159-187,2014.

SARMIENTO, Domingo F. Facundo. Civilización y Barbarie, Vida de Juan Facundo Quiroga. 4ª.ed. México: Porrúa, 1997. 163 p.

SIGNORELLI DE MARTÍ, Matrimonio "Cum Manu y "Sine Manu" en la antigua Rom, 2000.[fecha de consulta: 10 de enero] Disponible en:
www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/26/matrimonio-cum-manu-y-sine-manu-en-antigua-roma.pdf

TORREALBA RODRÍGUEZ, Marlene. Requisitos de Existencia y Validez del Matrimonio en el Derecho Chileno y Derecho Comparado [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2005 [Fecha consulta: 27 de febrero 2017]. Disponible en
<<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/107652>>