



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO A TRAVÉS DEL TIEMPO

LUIS PABLO ANGULO VIVANCO
ANNY KARINA CARVAJAL VIVANCO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado
en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Bracey Wilson

Santiago, Chile

2013

A nuestra familia que supo comprendernos y apoyarnos en esta parte importante de nuestras vidas cual es alcanzar el anhelo de ser abogado

INDICE

Introducción	1
Capítulo primero: Conceptos de Matrimonio	3
1. Definiciones	4
2. Matrimonio antes de Cristo	7
2.1. Breve reseña histórica	7
2.2. El Matrimonio en Roma	11
3. Matrimonio después de Cristo	19
3.1. Reseña histórica	19
3.2. El Matrimonio cristiano “ <i>sacramentum magnum est</i> ”	22
3.3. Sobre la naturaleza jurídica del Matrimonio	26
Capítulo segundo: Conceptos generales	34
1. Conceptos Generales	35
2. Familia-Concubinato-Matrimonio	37
2.1. Concepto de Familia	37
2.2. Concubinato	41
2.2.1. Características del Concubinato	41
2.3. El Matrimonio	43
2.3.1. Características del Matrimonio	45
2.3.2. Las condiciones del Matrimonio	46
2.3.3. Requisitos para contraer Matrimonio	47
2.3.4. Celebración del Matrimonio	50
2.3.5. Celebración propiamente tal	51
2.3.6. Matrimonio celebrado ante entidades religiosas de Derecho Público	52
2.4. Principios Fundamentales de la Ley N°19.947, sobre Matrimonio Civil	54
Conclusiones	58
Bibliografía	60

INTRODUCCION

A través de la historia el matrimonio ha sido la fuente generadora en la formación de nuevas familias y el vínculo de regeneración indiscutible e incesante del tejido de parentescos.

Matrimonio y familia son dos grandes conceptos estrechamente vinculados entre sí y es por ello que buena parte de importantes autores aceptados en el contexto de la cultura judío-cristiana concluyen que el matrimonio es el eje horizontal de la familia.

Poco sabemos de las formas de uniones familiares que adoptaron las culturas prehistóricas y escasos son los aportes hechos por los investigadores al respecto, lo que sin lugar a dudas ha contribuido a hacer de esta cuestión un tema poco pacífico, no sólo desde el punto de vista de los contrayentes, en lo referido a su sexo, su número y su función dentro de la familia, sino también respecto de las interrelaciones de los individuos que conforman el grupo social y su ubicación dentro de la sociedad toda.

Hasta la mitad del siglo XIX la historia de la familia carecía de desarrollo y las ciencias históricas al respecto se encontraban bajo el dominio de los cinco libros de Moisés de modo tal que la forma patriarcal, descrita con lujo de detalles, en esos cinco libros no sólo era admitida como la más antigua, sino que se la identificaba con la familia de nuestros días, de manera que parecía como si la familia no hubiera tenido ningún desarrollo histórico.

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTOS DE MATRIMONIO

1. Definiciones

A modo de aunar criterios y establecer diferencias, explicamos primeramente el origen etimológico del matrimonio, su definición en la lengua española, para luego citar algunas importantes definiciones.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el matrimonio es: “unión de hombre y mujer concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades legales”¹.

La palabra matrimonio como denominación de la institución social y jurídica deriva de la práctica y el Derecho Romano. El origen etimológico del término es la expresión “*matri-monium*”, es decir, el derecho que adquiere la mujer que lo contrae para poder ser madre dentro de la legalidad. Otros sostienen que proviene de *matrem muniens* que se define como defensa o protección de la madre, carga de la madre u oficio de la madre. A mayor abundamiento Joans Corominas señala en el Diccionario Etimolog de Llengua Catalana, que el sentido que debe otorgarse al concepto matrimonio es el de “acto jurídico para consagrar la procreación materna”².

El jurisconsulto romano del siglo III d.c. Modestino, lo define como “la unión del marido y de la mujer y la comunidad de toda la vida, en una comunicación del derecho divino y el humano”³.

Planiol, lo define como “un contrato en el que el hombre y la mujer establecen una comunidad de vida que la Ley sanciona y que no puede romper a voluntad”.

¹ DICCIONARIO de la Real Academia de la lengua española. 22ª.ed. España: Espasa-Calpe, 2012. 230p.

² Obra citada por Luis Flaquer, “El destino de la familia”, Editorial Ariel S.A., 1998, pp 11.

³ Ob. Cit.

Ulpiano, dice: “el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer implicando para los cónyuges indivisibilidad en su existencia”⁴.

Santo Tomás, en su libro la “Summa Teológica”, define el matrimonio “como la unión indiscutible y marital entre las personas legítimas que observan una indivisible comunidad de vida”⁵.

Durante la edad media, algunos estudiosos de la época sostuvieron la teoría que el matrimonio se iniciaba por el consentimiento y solo se perfeccionaba en cópula. Pero esta concepción fue finalmente descartada por la doctrina oficial. Aunque la iglesia admite la disolución del matrimonio no consumado, ya sea en virtud de profesión religiosa solemne o en virtud de disolución concedida por la sede apostólica a ruego de ambas partes, aunque la otra parte se oponga.

El Derecho Canónico establece: “el matrimonio es un acto que requiere la prestación del consentimiento de los contrayentes con el concurso de determinadas formalidades”⁶. Esta es la definición que abre las puertas a la concepción del matrimonio como negocio jurídico, aunque al mismo tiempo allana el camino al principio de su posible indisolubilidad.

El código de las Siete Partidas señalaba que el matrimonio era “ayuntamiento de marido y mujer, hecho con la intención de vivir siempre en uno e non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro e non se ayuntando el varón, viviendo a ambos a dos”⁷.

⁴ Obra citada por Carlos López, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Editorial Librotecnia, 2005, pp134-135.

⁵ Ídem.

⁶ Obra citada por Lluís Flaquer, “El Destino de la Familia”, Editorial Ariel S.A., 1998, pp 11

⁷ Obra citada por Carlos López, Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, Editorial Librotecnia, 2005, pp 134-135.

El filósofo Kant, agrega que el matrimonio “es la unión de dos personas de diferentes sexos para la posesión mutua, durante toda su vida, de sus facultades sexuales”⁸.

Para la doctrina de la Iglesia Católica, el matrimonio es a la vez un sacramento y un contrato, siendo ambos aspectos indisolubles entre sí.

Desde el punto de vista sociológico, el autor Peter Murdock lo define como “un complejo de tres costumbres centradas en la relación existente entre una pareja de adultos sexualmente asociados dentro de la familia” agrega, que “el matrimonio define la forma de establecimiento y terminación de dicha relación, el comportamiento normativo y las obligaciones recíprocas dentro de ellas así como las restricciones localmente aceptadas sobre sus miembros”⁹.

Finalmente, diremos que nuestro Código Civil, en el artículo 102 define al matrimonio como: “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”.

Este artículo no fue modificado por la nueva ley de matrimonio civil (ley 19.947) porque el espíritu de esa nueva ley fue regular situaciones de hecho y no alterar normas del matrimonio, que habrían implicado modificar incluso el artículo 1º inciso segundo de la Constitución Política de la República que señala que: “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”.

⁸ Ob. Cit.

⁹ Obra citada por Lluís Flaquer, “El Destino de la Familia”, Editorial Ariel S.A., 1998, pp 65-67

2. El Matrimonio antes de Cristo

2.1. Breve reseña histórica.

Si bien es cierto que la cultura judía es muy antigua, no es menos cierto que su importancia en el mundo occidental sólo ve la luz a partir del desarrollo del cristianismo, que a través del Nuevo Evangelio desarrolla y expande las enseñanzas bíblicas del Antiguo Testamento. Sin embargo, lo que realmente tiene importancia y son los pilares de la cultura occidental antes de Cristo son el legado helénico y la Roma antigua. Y es por ello que analizaremos algunos aspectos referidos al matrimonio desde el punto de vista de estas dos grandes herencias culturales.

Para Engels la prevalencia de las relaciones monógamas en la fundación de la familia comienza en la Grecia antigua. Con anterioridad a ello coexistieron con la monogamia, en forma paralela o separada, relaciones tanto polígamas como de poliandria. Esta situación dificultaba el desarrollo de la estructura patriarcal del matrimonio y la familia, como lo conocemos hoy, en tanto cuanto, dichas relaciones imposibilitaban determinar la paternidad de la descendencia, colocando a las mujeres en una situación de privilegio, respecto de sus pares masculinos. El prestigioso intelectual inglés expone su tesis en el prefacio de la cuarta edición de su obra, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, de esta manera en la siguiente cita

“El estudio de la historia de la familia comienza en 1861, con el *Derecho materno* de Bachofen. El autor formula allí las siguientes tesis:

- 1) Primitivamente los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual (a la que Bachofen da, impropriamente, el nombre de “heterismo”);

2) Tales relaciones excluyen toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, según el derecho materno; esto se dio entre los pueblos antiguos;

3) A consecuencia de este hecho, las mujeres, en cuanto madres, como únicos progenitores conocidos de la generación joven, gozaban de un gran aprecio y respeto, que llegaba, según Bachofen, hasta el dominio femenino absoluto (ginecocracia);

4) El paso a la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre, encerraba la transgresión de una antiquísima ley religiosa (es decir, el derecho inmemorial que los demás hombres tenían sobre aquella mujer), transgresión que debía ser castigada o cuya tolerancia se resarcía con la posesión de la mujer por otros durante determinado período.

Bachofen halló las pruebas de estas tesis en numerosas citas de la literatura clásica antigua, reunidas por él con singular celo. Según Bachofen, el paso del “heterismo” a la monogamia y del derecho materno al paterno se produce, concretamente entre los griegos, a consecuencia del desarrollo de las concepciones religiosas, de la introducción de nuevas divinidades, representantes de las ideas nuevas, en el grupo de los dioses tradicionales, encarnación de las ideas viejas; poco a poco, los viejos dioses van siendo relegados a segundo plano por los nuevos. Así pues, según Bachofen, lo que determinó los cambios históricos en la situación social relativa del hombre y de la mujer no fue el desarrollo de las condiciones reales de existencia de los seres humanos, sino el reflejo religioso de esas condiciones en sus cerebros. En correspondencia con esta idea, Bachofen interpreta la Orestíada de Esquilo como un cuadro dramático de la lucha entre el agonizante derecho materno y el derecho paterno, que nació y logró la victoria sobre el primero en la época de las

epopeyas. Llevada por su pasión por su amante Egipto, Clitemnestra mata a Agamenón, su marido, al regresar éste de la guerra de Troya. Orestes, hijo de ambos, venga al padre matando a su madre. Ello hace que sea perseguido por las Erinias, seres demoníacos que protegen el derecho materno, según el cual el matricidio es el más grave e imperdonable de los crímenes. Pero Apolo, que por mediación de su oráculo ha incitado a Orestes a matar a su madre, y Atenea, que interviene como juez (ambas divinidades representan aquí al nuevo derecho paterno), defienden a Orestes. Atenea escucha a ambas partes. Todo el litigio está resumido en la discusión que sostienen a Orestes y las Erinias. Orestes dice que Clitemnestra ha cometido un doble crimen por haber matado a su marido y al padre de su hijo. ¿Por qué las Erinias le persiguen a él, cuando ella es mucho mas culpable?

La respuesta es sorprendente:

“Ella no era de la misma sangre del hombre a quien mató”.

El asesinato de un hombre con el que no se tienen lazos de sangre, incluso si es el marido de la asesina, puede expiarse y no concierne en nada a las Erinias. Su misión es perseguir el homicidio entre los consanguíneos, y el poder de estos crímenes, el único imperdonable según el derecho materno, es el matricidio. Pero aquí interviene Apolo, el defensor de Orestes. Atenea somete el caso al areópago, el tribunal supremo de Atenas, y hay un empate entre la absolución y la condena. Entonces Atenea, en su calidad de presidente del tribunal, vota a favor de Orestes y lo absuelve. El derecho paterno obtiene la victoria sobre el materno, los “dioses nuevos” vencen a las Erinias, como ellas mismas admiten, que se resignan a ocupar un puesto diferente al que han venido ocupando y se ponen al servicio del nuevo orden de cosas.¹⁰

¹⁰ www.marxists.org/espanol/m.../origen/pref1891.htm

Más allá de los aspectos mitológicos del relato, encontramos en el una explicación lógica de lo que ha sido el proceso de desarrollo de la estructura familiar y la aparición de la figura paterna, propia del matrimonio, reemplazando a la de la madre.

Los griegos desconocen el concepto de matrimonio en los términos hoy planteados, pero si reconocen la existencia de un grupo que se jacta de constituir una descendencia común y que está unida por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular, cuyo origen y cuya naturaleza han estado oscuros hasta ahora, y que ellos designaban con el vocablo griego *genos*, que más tarde los romanos, herederos de esta estructura social denominaran *gens*.

Según la historia de Grecia debida a Grote, la gens ateniense, en particular, estaba cohesionada por:

1. Las solemnidades religiosas comunes y el derecho de sacerdocio en honor a un dios determinado, el pretendido fundador de la gens, designado en ese concepto con un sobrenombre especial.
2. Los lugares comunes de inhumación (Véase “Contra Eubúlides”, de Demóstenes).
3. El derecho hereditario recíproco.
4. La obligación recíproca de prestarse ayuda, socorro y apoyo contra la violencia.
5. El derecho y el deber recíprocos de casarse en ciertos casos dentro de la gens, sobre todo tratándose de huérfanas o herederas.

6. La posesión, en ciertos casos por lo menos, de una propiedad común, con un arconte y un tesorero propios.
7. La descendencia según el derecho paterno.
8. La prohibición de la unión dentro del gens, excepción hecha del matrimonio con las herederas.
9. El derecho de adopción en la gens, ejercido mediante la adopción en la familia, pero con formalidades públicas y sólo en casos excepcionales.
10. El derecho de elegir y deponer a los jefes. Sabemos que cada gens tenía su arconte; pero no se dice en ninguna parte que este cargo fuese hereditario en determinadas familias. Hasta el fin de la barbarie, las probabilidades están en contra de la herencia de los cargos, que es de todo punto incompatible con un estado de las cosas donde los ricos y pobres tenían en el seno de la gens derechos absolutamente iguales.¹¹

2.2. El Matrimonio en Roma.

Es un hecho reconocido que la gens romana es idéntica en su estructura a la gens griega y en ella es posible verificar los resultados socio-económicos de esta unidad social. Por esta razón, podemos ser más breves en su análisis y nos remitiremos a exponer lo planteado en las Doce Tablas, el monumento más antiguo conocido del Derecho Romano, respecto del derecho hereditario de los gentiles; los bienes quedan siempre dentro de la gens. Como el derecho paterno imperaba ya en la gens romana, lo mismo que en la griega, estaban excluidos de la herencia los descendientes por línea femenina. Los hijos heredaban en primer término, en calidad de herederos directos; de no haber hijos, heredaban los

¹¹ Ob. Cit.

agnados (parientes por línea masculina); y faltando éstos, los gentiles. Los bienes no salían de la gens en ningún caso.

Aquí vemos la gradual introducción de disposiciones legales nuevas en las costumbres de la gens, disposiciones engendradas por el acrecentamiento de la riqueza y por la monogamia; el derecho hereditario, primitivamente igual entre los miembros de una gens, se limita al principio (y un período muy temprano, como dicho mas arriba) a los agnados y, por último, a los hijos y a sus descendientes por línea masculina.

El matrimonio Romano antes de la adopción del cristianismo como religión del imperio es una situación de hecho que se establecía como un acuerdo no escrito entre dos familias, tampoco existía documento oficial alguno que diera fe de la unión de ambos cónyuges. Solamente los invitados a la boda eran tomados como testigos, en el caso que en el futuro hubiera una petición de divorcio por parte de alguno de los contrayentes.

Según el profesor Rubén Cotella en el libro “El Derecho Matrimonial Humano”, nos señala que “el matrimonio romano, es uno solo, el de *affectio maritales*, el de la unión libre, monogámica, única y duradera, disoluble sólo al desaparecer precisamente lo que constituye el vínculo, *affectio maritales*”.¹²

En el Digesto encontramos la definición del matrimonio efectuada por Modestino: “la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación de los derechos divino y humano”.

El matrimonio romano monogámico y entre personas de sexo opuesto. Cuando habla de “consorcio de toda la vida” debe entenderse como un deseo de vida en común, no limitado en el tiempo. Sin embargo, el divorcio por decisión de ambos

¹² COTELLA; Rubén, “El Derecho Matrimonial Humano”, Editorial “ideográfica Itad”, 1992, pp. 34-35

cónyuges o el repudio, decisión unilateral del marido, y luego también de la mujer, fueron en Roma instituciones de muchísima frecuencia.

De estas definiciones podemos concluir que en la configuración del matrimonio romano, debían reunirse dos elementos, uno material, determinado por la cohabitación, consorcio de toda la vida y otro espiritual, concretizado en la *affectio maritalis*. La cohabitación comenzaba cuando la mujer ingresaba al domicilio del marido, aún cuando éste estuviera ausente. La *affectio maritalis* se exteriorizaba mediante el trato recíproco que se daban ante terceros, los esposos, tratándose con respeto, entre ellos y con respecto a los parientes del otro cónyuge, por vestir la mujer ropas apropiadas a la condición social del esposo, etc. Se trataba de un matrimonio estado, que no necesitaba un acto consagratorio de tal situación, sino que los dos elementos mencionados subsistieran a través del tiempo, ya que si uno de ellos cesara, el matrimonio ya no existiría.

Las principales características del matrimonio romano son:

- Es un hecho social que produce efectos jurídicos, pero no es una relación jurídica.
- La regulación de su celebración, la disolución y la protección del mismo están reguladas en el ámbito de la ética y no en el ámbito jurídico.
- Es un matrimonio monogámico.
- Se basa en el *affectio maritalis*, que es una voluntad de los contrayentes de vivir como marido y mujer.
- El matrimonio romano es esencialmente disoluble.

Existían dos formas matrimoniales, la *cum manu* por la cual la mujer pasaba a depender de la manus de su esposo, si este fuera *allieni iuris*, perdiendo la

vocación hereditaria con respecto a su familia de sangre (cognados) y adoptando los dioses de la familia de su marido. En su nueva familia, heredaba como hija del pater, o como su nieta, dependiendo respectivamente, si era esposa o nuera del pater. La otra forma era *sine manu* por la cual la esposa no rompía los lazos hereditarios con su familia de sangre, siendo la forma más común durante el imperio.¹³

Cabe recordar que existieron tres formas o modos de adquirir manus.¹⁴

Confarreatio: que implicaba la realización de una ceremonia ante el fuego sagrado, con la concurrencia de los esposos, del Pontífice Máximo, de los parientes directos y diez testigos donde se pronunciaban palabras solemnes y se comía un pan en común. Los esposos debían ser patricios. En época de Gayo, esta forma solemne, ya casi había desaparecido reservándose para los miembros de clase senatorial a quienes esta modalidad de celebración les era impuesta obligatoriamente.

Coemptio: era la formalidad tradicional de contraer la manus, y consistía en una especie de mancipatio, en la cual, el pater familia de la mujer, o ella misma con la autoritas de su autor (si era sui iuris) cedía al marido, mediante un precio simbólico, el poder sobre ella, en un acto, ante cinco testigos y un libreprens. La fórmula que debía pronunciar el marido era que la mujer quedase en la posición correspondiente a la Mater familias.

Usus: era la adquisición de la manus por el transcurso del tiempo. Luego de un año de convivencia ininterrumpida, se producía el matrimonio cum manu. Si los esposos no deseaban que éste produjera, la mujer pernoctaba, con conocimiento del marido, en casa de sus familiares durante tres noches consecutivas, cada año.

¹³ IGLESIAS, Juan, "Instituciones de Derecho Privado", V edición, 1965, pp. 55

¹⁴ "SERAFIN" Felipe, "Instituciones del Derecho Romano", Tomo II, 1192, pp. 45-46

Este hecho interrumpía la posibilidad de configurar la desvinculación de la mujer de su familia consanguínea.

Para que el matrimonio romano fuera válido se requería **capacidad** y **consentimiento**.

En cuanto a la capacidad era necesario tener:¹⁵

- La aptitud para la unión sexual: Podían casarse las mujeres de 12 años, y los varones mayores de 14 prestando su consentimiento los contrayentes y sus pater. En caso de la mujer bastaba con su pater, pero en el caso del varón debían aceptar la unión, no sólo el pater en ejercicio, sino los futuros pater que ocuparían esa posición en caso de morir el pater actual. Esto era así ya que la mujer ocuparía un lugar dentro de la familia que afectará en el futuro a todo lo el núcleo familiar, incluso una vez desaparecido el pater actual. Había obligación de expresarse, el silencio, en este caso, equivalía a la aceptación.

- Exogamia: Implica que los contrayentes provengan de familias diversas, sea desde el punto de vista agnaticio, sea desde el punto de vista cognaticio, y que no tenga afinidad.

- Monogamia: Imposibilidad de matrimonio entre personas, respecto de las cuales ya existe un vínculo matrimonial anterior no disuelto.

- Connubium: Denominada también como la capacidad jurídica, que significaba que para contraer justas nupcias era necesario ser ciudadano romano libre.

Así el **consentimiento**, es el elemento fundamental del matrimonio, ya que este perfecciona el matrimonio. El consentimiento, es la libre voluntad que demuestran un hombre y una mujer de ser marido y mujer, y que basta para perfeccionar el

¹⁵ VALENCIA, Hernán, "Derecho Privado Romano", Editorial Fundamentos, 1986, pp.22

matrimonio, así no requería más solemnidades, sólo requería que este consentimiento sea manifestado en forma continua, pues si desaparece el *affectio maritalis* se disuelve el matrimonio.¹⁶

La boda estaba llena de ritos, como el vestido blanco virginal, y un peinado alto atravesado con una aguja, significando el sometimiento a la autoridad del esposo. Llegaba a la casa del novio, acompañada de un cortejo y era alzada allí por el consorte para que no se enojaran los dioses del umbral, por dejar entrar a una muchacha que aún no había aceptado los dioses de su futuro hogar.

La ceremonia del matrimonio consiste en poner al cuello de los que se enlazan un “*jugum*” (carga pesada; yugo) simbólico, transformándose los contrayentes en cónyuges.¹⁷

Existían además ciertos impedimentos para contraer matrimonio, relacionados con circunstancias que impiden la celebración de un matrimonio válido, y que dependiendo de si impiden el matrimonio respecto de toda persona o de determinadas personas, se clasifican en absolutos o relativos.

Entre los absolutos se contaban: el haber realizado votos de castidad, estar ya casado, caer en esclavitud, ser castrado (no confundir con los impotentes por causas naturales).

Y eran impedimentos relativos: el parentesco, que en línea recta comprendía todos los grados, y a los consanguíneos, afines y adoptivos. En línea colateral, abarcaba hasta el tercer grado inclusive, o sea tíos y sobrinos. El emperador Claudio, que deseaba casarse con su sobrina Agripina, hija de su hermano Germánico, autorizó la unión entre tío y sobrina, por medio de un senado consulto, dejando vigente la prohibición para el caso de tías y sobrinos. En el año 342, el

¹⁶ “Manual elemental de instituciones de Derecho Romano”, José Santa Cruz, Editorial Taurus Universitaria, 1946, pp.34

¹⁷ LOI, Isidoro, “El Matrimonio”, Editorial Ideagráfica Ltda., 1986, pp. 24

emperador Constantino restableció la prohibición. Las uniones entre primos sólo fueron prohibidas temporalmente durante el gobierno del emperador Teodosio (sigloIV).

En el parentesco por afinidad que vincula a los esposos con los parientes del otro, la prohibición se extendió en línea recta a todos los grados y en línea colateral hasta los cuñados. El parentesco por adopción también creaba impedimentos matrimoniales, pero estos cesaban en caso de emancipación del adoptado.

Por razones religiosas, a partir del cristianismo se prohibieron los casamientos entre el padrino y su ahijada y entre madrinas y ahijados. También entre cristianos y judíos.

Por razón de su cargo, se impidió el casamiento, entre los gobernadores de provincia y las mujeres sometidas a su jurisdicción, y entre tutores y pupilos.

Como sanción se prohibió las nupcias la adúltera y su cómplice (época de Augusto) impidiendo Justiniano la unión entre el raptor y la raptada.

Otras prohibiciones incluyeron a la viuda y a las divorciadas que debían aguardar diez meses, para contraer nuevas nupcias. El motivo era evitar confusión en cuanto a la paternidad de la descendencia.

También existía la dote, surgió vinculada al matrimonio cum manu, ya que al dejar de pertenecer a la familia de origen y pasar a heredar en la de su esposo, se entregaba estos bienes al marido por parte de la familia de la esposa, como compensación. No era una donación, sino que una dación por causa onerosa, destinada a solventar los gastos del hogar. Luego se extendió al matrimonio sine manu.

Para los romanos el concubinato era una unión lícita, reconocida por el emperador Augusto, de carácter estable, entre personas que por algún motivo estaban

impedidas de celebrar justas nupcias. Recién con el cristianismo comenzó a verse impropio esta forma de unión.

Como causas para la disolución del matrimonio podemos contar entre otras la muerte de uno de los esposos, su caída en esclavitud y por divorcio o repudio.

La *muerte*, de uno de los cónyuges disolvía el matrimonio, pero sus efectos son diferentes según fuese el cónyuge sobreviviente. El marido puede volver a casarse inmediatamente, mientras que la mujer debía guardar luto durante diez meses y posteriormente un año, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha. Ello con el fin de evitar la confusión respecto de la paternidad del hijo que pudiera nacer durante ese período. Si se contravenía esta norma implicaba la infamia para el segundo marido, para los ascendientes que habían consentido el matrimonio y también para la mujer.

Capitis Diminutio, que acarrea la pérdida del *connubium*, como resultado de la reducción a esclavitud, si alguno de los esposos ha sido prisionero por el enemigo, se disuelve el matrimonio, no siendo retroactivamente.

Impedimento Sobreviviente, en el caso de la adopción, así si una persona quiere adoptar a su yerno o a su nuera, debe antes emancipar a su hija o hijo.

Divorcio, que consistía en suprimir por iniciativa de uno de los cónyuges, o de ambos, la comunidad de vida que el matrimonio implica; con plena conciencia de que con ello se hace cesar el vínculo matrimonial.

La condición de célibe o soltero (persona no casada o soltera entre los 20 y 60 años) estaba mal vista en la sociedad romana, se les consideraba como personas egoístas que no colaboran a la grandeza del estado, para obligarlos a casarse tener hijos se les cargaba de impuestos y se les privaba de ciertos beneficios (leyes Julia y Papia Poppea, del año 9 a.c.). Estas mismas leyes concedían

favores a los casados con tres hijos en Roma, con cuatro en Italia y con cinco en provincias. Por ejemplo para el cargo de magistrado gobernador de una provincia tenía preferencia para elegir aquél que tuviera mayor número de hijos. A las mujeres como premio a la fecundidad se les concedían beneficios como la liberación de la tutela con la libre utilización de sus bienes, la libertad de testar, etc.

Augusto hizo dictar las leyes “Julia de Maritandis ordinibus y Pappia Poppea”, que fueron destinadas a fomentar los matrimonios y a castigar el celibato. Esta ley fue suprimida por Constantino, por razones inspiradas en la política cristiana.¹⁸

3. El Matrimonio después de Cristo

3.1. Reseña Histórica

En términos generales la actual cultura occidental es el producto, por una parte, del legado griego y de otra, de la herencia romana, pero sin lugar a dudas la influencia más importante en la historia del mundo occidental es la visión judía del mundo, aportada a través del cristianismo y su figura central, Jesucristo. El cristianismo no solo logró expandirse en todo el Imperio Romano, sino también penetró todas las áreas de esta civilización, incluso el Derecho, transformando muchas de sus instituciones, entre otras el matrimonio.

De Jesús, Jesús de Nazareth, Jesucristo o simplemente Cristo hacen mención, además de los evangelios otros historiadores.

- Flavio Josefo, es el único historiador judío de la época de Jesús del que se conservan escritos. Nació el 37 d.c. y en un principio combatió a los cristianos para después cambiarse de bando e instalarse en Roma, donde escribió varias obras entre las cuales destaca “Antigüedades Judías”, escrita el año 92 d.c. donde se hace mención a Jesús.

¹⁸ MONTESQUIEU, “El Espíritu de las Leyes”, Título III, libro 23, cap. 21

- En el año 112 d.c. aproximadamente Plinio el joven, quien era un funcionario romano en las proximidades de las provincias del Mar Negro, escribió a quien era en ese entonces el emperador romano, Trajano, pidiéndole consejos acerca de cómo actuar frente a una secta que llamaban “cristianos”.
- Tácito, uno de los más importantes historiadores de Roma da cuenta de la existencia de Jesús, al referirse a los acontecimientos de los años 64 d.c., durante el imperio de Nerón, en su obra Anales sobre la historia de Roma desde Augusto hasta Nerón.

Jesús de Nazareth, comienza a predicar su doctrina en la antigua zona de Palestina, su mensaje, lo que más tarde llamaremos cristianismo, consistía en la existencia de un Dios único que enviaba a su hijo a la Tierra para perdonar los pecados, el amor como eje de conducta humana, la resurrección a la vida eterna y la igualdad y fraternidad ante el supuesto que todos los hombres son hermanos e hijos del mismo padre Dios.

Inicialmente las ideas de Cristo no representaron un peligro para la sociedad judía, pero la enorme popularidad alcanzada por el novedoso mensaje convirtieron la predicación de Jesús en enemiga para la religión judía, razón por la cual los fariseos, hombres influyentes de la sociedad judía decidieron crucificarlo.

Con posterioridad a la muerte de Jesús, sus seguidores más cercanos se organizaron en una comunidad cuyo objetivo era dar cumplimiento al mandato del Hijo de Dios, vale decir, la expansión de la fe cristiana. Según los evangelios, los primeros colaboradores de Jesucristo fueron doce y recibieron el nombre de apóstoles. Sus nombres corresponden a: Simón a quien llamó Pedro y que será más tarde el primer Pontífice; Andrés, su hermano; Santiago

y Juan; Felipe y Bartolomé; Mateo y Tomás; Santiago hijo de Alfeo y Simón el rebelde; Judas hijo de Santiago y Judas Iscariote, el traidor.¹⁹ Iniciaron la expansión eligiendo a siete diáconos o ministros, los que se afianzaron en las comarcas aledañas a Jerusalén y en las comunidades judías de todo oriente, los demás apóstoles fueron instalándose en las regiones cercanas a Palestina, siendo tradición o leyenda el viaje de Santiago el Mayor a España, más importante aún es la llegada de Pedro a Roma, convirtiéndose en el primer obispo e iniciándose de esta manera la seguidilla ininterrumpida de los pontificados.

De este modo la religión cristiana se expandió con gran rapidez, en parte, gracias a características propias del imperio que facilitaron su divulgación, tales como el uso del latín, lengua usada en todas las provincias, así como también la unidad política del imperio. Pero el mérito no es sólo de la organización romana, sino también de la fuerte unión espiritual de los cristianos y su solidaridad que a pesar de las persecuciones logran divulgar esta novedosa ideología que tenía como pilares fundamentales la salvación y la vida eterna.

Las provincias más importantes que recibieron el influjo de esta nueva religión durante los siglos II y III D.C. fueron las tierras occidentales del mediterráneo, llegando hasta la península ibérica y las provincias orientales en África.

Dimensionar la influencia del cristianismo en la elaboración del derecho romano y de que manera ha influido en forma particular en sus instituciones no es un tema pacífico. En lo que a nosotros concierne, respecto de esta tesis sólo diremos de manera general que innegablemente el cristianismo ha influido variados aspectos del derecho romano y que, sin lugar a dudas, ha impregnado también transversalmente con su doctrina a toda la sociedad occidental. En el caso chileno dicha influencia, entre otros aspectos, está plasmada en la Constitución de la República, en el Derecho Penal y en

¹⁹ Evangelio de San Lucas, capítulo 6, versículo 14 al 16, la Biblia.

innumerables instituciones del Derecho Civil. En esta oportunidad sólo nos abocaremos a analizar su influencia en la institución del matrimonio civil.

3.2 EL matrimonio cristiano “*sacramentum magnum est*”²⁰

Las raíces del moderno matrimonial provienen directamente del derecho canónico. La iglesia fundó su doctrina en el precepto del Antiguo Testamento, “y vendrán a ser los dos una sola carne”²¹ y en la estricta interpretación que hicieron Jesús y el apóstol Pablo. Jesús interpretó la frase, “una carne” de manera distinta a la hacía la tradición judía de la época, señalando que: “de manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre”.²²

Jesús también se pronunció respecto a este tema, al referirse a las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que fue reformulado por el apóstol Pablo utilizando apelativos tales como “concubinato”, “fornicación”, “adulterio”.

El apóstol Pablo, el más ilustrado de los escogidos afirmaba sobre el matrimonio: “gran misterio este”, que traducido al latín significa “*sacramentum magnum est*”.

El matrimonio como sacramento se convertía en una institución divina por encima de los consortes. Al ofrecerse éstos al sagrado vínculo del matrimonio se unían indisolublemente, tanto en lo material como en lo mundano. Era, en definitiva, una institución creada por Dios para el cumplimiento de una misión especial y para la obtención de exclusivas gracias.

Una de las definiciones que mayor reconocimiento ha obtenido fue la hecha en la Encíclica *casti connubi* de Pío XI, encíclica matrimonial del año 1931,

²⁰ HATTENHAUER Hans, “Conceptos fundamentales del Derecho Civil”, Editorial Ariel S.A., 1987.

²¹ Génesis capítulo 2, versículo 24, La Biblia.

²² Mateo, capítulo 19, versículo 6, La Biblia.

basada en los pensamientos de San Agustín, para el que, “procreación, fidelidad y sacramento” son los dones en virtud de los cuales el matrimonio era bueno por si mismo.

La iglesia reforzó la convicción compartida por la mayoría de los pueblos, en tanto que el matrimonio persigue de una parte asegurar la descendencia y de otra ponerle bridas al benéfico pero peligroso trato carnal. Demostrando así, al igual que el pueblo de Israel, que se puede salvaguardar durante siglos la existencia de una nación con la ayuda de un derecho sexual severo, a pesar de que su organización política sea defectuosa.

La iglesia consideró siempre la institución matrimonial como de una exclusiva competencia. En la alta edad media el matrimonio quedó sometido a la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. Situación en que el “corpus iuris canonici” regulaba la institución en cuestión, hasta en los más mínimos detalles.

La sucesión pontificia, romana mantuvo su influencia en el derecho canónico al recibir éste de la iglesia, con el Digesto los principios de Ulpiano que señalaba que: “el matrimonio no nace de la cohabitación sino de la conciencia de voluntades, *nuptias non concubitus sed consesus facit*”.

Según la doctrina canónica, ni la voluntad de terceros, ni siquiera la de los padres o familiares alcanzaba a fundamentar con eficacia el matrimonio. Es así como la exigencia del acuerdo de voluntades de los contrayentes fue el primer paso en el secular camino de la subjetivación del matrimonio. Según el derecho eclesiástico, nadie podía ser forzado al matrimonio. El consentimiento era solo condición para realizar el sacramento, que a su vez era independiente de las voluntades de los contrayentes. La voluntad, por tanto tenía fuerza legal con respecto de la motivación, nunca con respecto a la existencia del matrimonio.

Este derecho sufrió la primera discusión de amplias consecuencias con la reforma protestante. Para Lutero el matrimonio no era un sacramento, sino un negocio mundano. A pesar de ello, Lutero hizo grandes esfuerzos por una interpretación cristiana del matrimonio como adecuación al orden de la creación, dando consejos espirituales para la conservación del estado matrimonial cristiano.

En Alemania se consumó la disgregación del derecho matrimonial en: católico-sacramental y luterano-temporal. Luego con el tiempo, la teoría ilustrada del matrimonio se basaría en esta versión protestante de Lutero.

Dentro de las propiedades del matrimonio cristiano podemos observar las siguientes características.

La unidad y la indisolubilidad son las dos propiedades del matrimonio. Dios las creó para asegurar el efecto conyugal, la paz del hogar y la buena educación de los hijos.

La unidad consiste en la unión de un solo varón con una sola mujer, Jesús prohibió expresamente la poligamia.

La indisolubilidad, los esposos no pueden deshacer su matrimonio para casarse con otra persona, mientras viva el primer cónyuge legítimo. Jesús condenó formalmente el divorcio en muchos capítulos de la Biblia, por ejemplo en el evangelio de san Mateo, señalando: "¿no habéis leído que al principio, el creador los hizo hombre y mujer? Y dijo: por eso abandona un hombre a su padre y a su madre, se une a una mujer y los dos hacen una sola carne, de suerte que ya no son dos, sino una sola carne. Así pues, lo que Dios ha unido no lo separe el hombre. Le replicaron: Entonces, ¿Por qué Moisés mando dale una acta de divorcio cuando uno se separa? Les respondió: Moisés les permitió separarse de sus mujeres a causa de la dureza de sus corazones.

Pero al principio no era así. Les dijo que quien se divorcia de su mujer – si no es en caso de concubinato – y se casa con otra, comete adulterio. Los discípulos le dijeron: si esa es la condición del marido con la mujer, más vale no casarse. Y les respondió: no todos pueden; solamente aquellos que reciben tal don”.²³

Sin embargo, existen casos en que el matrimonio puede disolverse.

Ellos son: por solemne profesión religiosa de uno de los cónyuges, o por dispensa del sumo pontífice, que la da en virtud de la suprema autoridad para atar y desatar que le dejó Jesús, desde el apóstol Pedro.

Los fines del matrimonio cristiano son:

- a) Conservación y propagación del género humano: “Creced y multiplicaos” dijo Dios a Adán y a Eva, pero no lo hace obligatorio para todas las personas, ya que existen personas que por utilidad común o de interés privado, como es el llevar un estado de más perfección o el consagrarse al bien de los demás que se justifica el no contraer matrimonio, como es el caso de los sacerdotes, monjes y monjas.
- b) El mutuo auxilio de los cónyuges; por eso Dios antes de formar a Eva señaló: “No está bien que el hombre esté solo, voy a hacerle una ayuda adecuada”²⁴.
- c) Es remedio de la concupiscencia.

El matrimonio cristiano implica las siguientes obligaciones:

²³ Evangelio san Mateo capítulo 19, versículos 4 al 11, la Biblia.

²⁴ Libro de Génesis capítulo 2, versículo 18, la Biblia.

- a) Deben inscribir su matrimonio en el Registro Civil.
- b) Deben vivir juntos como esposos y guardar la fidelidad conyugal.
- c) Vivir en concordia y amor mutuo.
- d) El marido debe cuidar y proteger a su mujer, y la esposa debe obedecer a su marido en todo lo bueno y honesto.

Monseñor José María Caro, agrega a todo esto: “se llaman cónyuges para indicar que deben llevar junto el yugo del matrimonio”²⁵.

3.3. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio

Si se define matrimonio como un contrato, habrá que aceptar todas las consecuencias que de este principio se deriven. Lo mismo cabe decir si se concluye sosteniendo que es una institución, un acto complejo o mixto o bien una acto-condición.

Según el profesor de Derecho Civil don Hernán Larraín Ríos, con anterioridad al Concilio de Trento, la Iglesia Católica no se había pronunciado acerca de la naturaleza del matrimonio ni había desarrollado una doctrina canónica sobre la unión conyugal, pero desde aquella fecha ha mantenido firmemente una doctrina original que consiste en la teoría del matrimonio como contrato-sacramento.

Los puntos que abarca dicha teoría son tres: en primer lugar, el sacramento del matrimonio; luego el contrato mismo, y en seguida la relación que existe entre ambos.

²⁵ Cardenal José María Caro, “El Matrimonio Cristiano”, Editorial de la Acción Católica Chilena 1943, pág.35

El carácter contractual del matrimonio no fue objeto de discusión en el Concilio de Trento. Fue aceptado de común acuerdo por todos los padres.

Resuelto el problema del matrimonio como contrato-sacramento, quedaba por dilucidar si ¿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.

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

Entre fieles -afirma el Papa Pío IX- no puede haber matrimonio que no sea al mismo tiempo sacramento. El sacramento no puede jamás estar separado del contrato matrimonial.

A más de la consecuencia anotada, se desprenden otras del matrimonio-sacramento que son la unidad y su indisolubilidad.

Fundamentalmente se sostiene que el matrimonio es un contrato porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho.

De ese acuerdo de voluntades se derivan innumerables derechos y obligaciones que, aunque la mayoría, si no todos, están determinados por la ley, esta no hace más que consignar la presunta voluntad de los contrayentes e imponer esos derechos y obligaciones.

Si el contrato no es más que el acuerdo de voluntades producto de obligaciones, no hay duda alguna de que el matrimonio reúne los caracteres esenciales de los contratos patrimoniales, aunque se diferencia de estos en algunos aspectos.

Hoy día se ha hecho caudal de la importancia que el consentimiento juega en el nacimiento del matrimonio para sostener la posibilidad de su disolución también por un simple acuerdo de las partes y llegar así al divorcio de común acuerdo.

Para el artículo 102 del Código Civil chileno el matrimonio es un contrato.

Respecto de que tipo de contrato es el matrimonio, el distinguido docente plantea tres alternativas:²⁶

Contrato de Derecho Privado, es la menos aceptada de las teorías y ello en función de la desmedida importancia que esta posición le entrega a la voluntad humana en la celebración del contrato, desconociendo totalmente las mínimas nociones de derecho natural, de una parte y de otra en razón de la escasa importancia que se le atribuye al Estado como regulador de la relación matrimonial.

Para otros autores el matrimonio es un contrato de Derecho Público. Entendiendo por tales aquellos que versan sobre los intereses generales de un Estado o de una colectividad, como los tratados internacionales, la nacionalización, el matrimonio, la adopción, la expropiación por causa de utilidad pública, etc. Los contratos de derecho privado serían los que reglan los intereses puramente privados de los particulares. En general, todos los de carácter patrimonial.

²⁶ www.mingaonline.uach.cl/scielo.php?script.

La división la hacen los autores para llegar a un fin determinado: justificar la intervención del Estado en los contratos de derecho público, intervención que no cabría o sería de otra especie en los de derecho privado.

No hay legislación que haya aceptado esta original división de los contratos. Como tampoco se ha admitido aquella que los define como un contrato natural, en tanto esta calificación no da luces sobre que significaría tal concepto.

Ahora bien, si analizamos la naturaleza jurídica del matrimonio, como una institución, debemos entonces desglosar cuales son las características esenciales de la misma.

Las instituciones significan “una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos”.

Esta sería la institución-cuerpo o institución corporativa, pues también existe la institución-cosa, que no admite una personificación como aquella. La diferencia estaría en la función social. Como ejemplos de instituciones-cuerpos o instituciones-personas, como también se las llama, encontramos a los estados, las asociaciones, los sindicatos.

La idea de la obra común por realizar constituiría la base esencial de todo cuerpo social, de toda institución.

El segundo elemento esencial de la institución estribaría en el poder organizado, cuya función es la de realizar la obra común proyectada.

Por último, la manifestación de comunión de los individuos que forman el grupo en la obra común, sería el tercer elemento esencial al nacimiento de una institución.

Así las cosas podemos establecer las diferencias entre institución y contrato.

En la institución deben existir dos o más individuos, deben aunarse las voluntades de por lo menos dos personas; pero mientras en la institución estos individuos forman un núcleo social o comunidad humana, en los contratos no sucede lo mismo, pues en ellos la aparente comunidad humana es, desde luego, transitoria y tienen las personas tan especial papel que si son modificadas cambia el contrato, mientras que en la institución, como se trata de una comunidad social, pueden variar sus miembros y la institución permanece.

En la institución predomina esencialmente el concepto de la idea directriz en la consecución de un bien común. De esta idea del bien común participan todos los que forman parte de la institución o están sometidos a ella, mientras que en el contrato no existe esa idea directriz en que participen todos los contratantes, pues cada uno tiende a realizar su propio y personal interés y su exclusiva utilidad.

La institución -como núcleo social- necesita de reglamentación objetiva, que alcance a todos sus elementos o miembros y muchas veces a terceros. De ahí que esa reglamentación tenga caracteres de universalidad o permanencia.

Presenta la institución dos caracteres diferentes a los contratos: su duración y su permanencia.

La institución es estable en cuanto escapa a la voluntad de quienes la originaron. De aquí que no sea posible dejarla sin efecto, como sucede con los

contratos, por la sola voluntad de aquellos que dieron vida al vínculo contractual.

Los fines institucionales requieren, pues, de duración en la organización, lo cual no significa perennidad.

Por último, se caracteriza la institución por su individualidad objetiva distinta de los elementos que la componen, pues tiene una personalidad propia, mientras que en el contrato cada parte conserva su poder e independencia.

¿Si el matrimonio es una institución, ¿cuál es el papel de la voluntad de los contrayentes en la unión conyugal?

Cada contrayente realiza un acto de adhesión a la institución del matrimonio, acto que viene a generar el funcionamiento de dicha institución. A eso se limita la voluntad de los contrayentes: a manifestar su adhesión al matrimonio en unión con una persona determinada.

Toda la legislación positiva sobre el matrimonio es una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución.

A modo de sintetizar nuestras ideas puntualizaremos que:

El matrimonio romano era hasta el siglo III una situación de hecho. Existe matrimonio por el hecho de vivir como cónyuges y su única razón de ser es económica, tanto así que la relación era un hecho no escrito que se daba de manera informal y que no se podía sancionar. El único contrato que se hacía era el de dote (medio honorable de enriquecimiento y patrimonio que habrían de recibir los hijos en la sucesión) en caso de que la prometida lo tuviera. Tampoco había que presentarse ante el equivalente a un alcalde o un párroco.

A falta de juez o escritos formales, y en caso de litigio en torno a una herencia, un juez decidía lo más conveniente de acuerdo a indicios de toda índole como por ejemplo constancias de dotes o gestos que acreditaban la intención de casarse: el presunto marido había calificado siempre como esposa a la mujer que vivía con él; o había testigos que podían confirmar haber asistido a una pequeña ceremonia cuyo carácter nupcial era patente.

No importaba en realidad si el cónyuge se había casado en auténtico enlace matrimonial porque dicha institución privada no dejaba de surtir efectos jurídicos al contemplar que los hijos nacidos de dicha unión eran legítimos, recibían el nombre de su padre y continuaban la línea familiar. A la muerte del padre, le sucedían en propiedad del patrimonio ... solo en caso de no haber sido desheredados.

A partir del Concilio de Trento la iglesia sostiene la doctrina que clasifica al matrimonio como un contrato-sacramento, convirtiéndolo, a través del derecho canónico de una situación de hecho a un acto de derecho y entregándole, de este modo la condición de acto jurídico. Situación que ha permanecido imperturbable hasta nuestros días.

A todas luces, superada la barbarie dos son los contrayentes requeridos en la celebración del matrimonio y ellos sólo pueden ser un hombre y una mujer, a esto podemos agregar la exigencia de indisolubilidad, planteada por la Iglesia Católica y sus adherentes, lo que es de alguna manera explicable, desde el punto de vista histórico, dada la rigidez de los dogmas católicos. Más difícil de explicar, es la lentitud con que el Derecho se adecua a cada época histórica.

De otra parte y tal como lo revelan los resultados de importantes investigaciones, a la forma tradicional de formación de la familia han coexistido en diferentes épocas y culturas otras formas reconocidas socialmente de conformación del tejido familiar tales como la poligamia y la poliandria,

costumbres de convivencia en los que un hombre tenía varias mujeres o una mujer copulaba con varios hombre, respectivamente, hechos de los que dan fe las investigaciones realizadas por científicos de la envergadura de Bachofen, el jurisconsulto Maclennan y Morgan, las que sirvieron de base a la obra de Federico Engels; El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.

Cabe recordar, otro hecho importante y motivo de esta tesis, que contradice la opinión sostenida por la defensa de estatus quo es la existencia como núcleo familiar de las uniones entre personas del mismo sexo, hecho que paulatinamente ha tomado importancia en el contexto actual y que ha sido incorporado y regulado por importantes democracias en el mundo occidental, integrándolo a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

CAPITULO SEGUNDO
CONCEPTOS GENERALES

1. CONCEPTOS GENERALES

En el derecho chileno la base principal de la familia es el matrimonio. Así se desprende de las disposiciones contempladas en la Ley de Matrimonio Civil N°19.947, que en su artículo 1º reproduce el inciso 2º del artículo 1º de nuestra Constitución Política del Estado, que declara a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y al matrimonio como la base principal de la familia.

Esta definición está en plena concordancia con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que define a la familia como “La unidad natural y fundamental de la sociedad”, confirmando que merece protección por parte del Estado y la sociedad.

El artículo 1º de la Ley de Matrimonio Civil es mucho más que una simple declaración de principios, ya que el sistema jurídico chileno ha considerado desde la época indiana en adelante al matrimonio como origen y fundamento de la familia, instituciones sólidas y necesarias, sobre las cuales se construyen países desarrollados, no solo en lo económico, sino particularmente, en lo humano y en lo social.

Lo anterior salvaguarda la estabilidad del compromiso matrimonial ya que de otra manera no podría entenderse que una sociedad estuviera dispuesta a promover que la familia se construya sobre la base de un vínculo vulnerable, cuya estabilidad y perdurabilidad no son suficientemente garantizadas. Implícitamente, se está confirmando que “la unión conyugal es, en esencia para toda la vida, y que su ruptura es una excepción”.

En virtud de lo anterior las bases de la institucionalidad fijada por la Constitución Política del Estado indica que uno “de los deberes del estado es dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de esta”.

Es así como bajo la vigencia de la anterior Ley de Matrimonio Civil, dicha protección se encontraba determinada por la idea de estabilidad y máxima certeza del matrimonio. Así por ejemplo podemos citar la falta de divorcio vincular en su artículo 33 en lo que se refiere al error.

En cambio hoy día la Ley de Matrimonio Civil viene a modificar lo anterior ya que si bien conserva alguna preocupación por la estabilidad de la familia, procura equilibrar su protección con la del interés individual de los contrayentes.

2. FAMILIA – CONCUBINATO – MATRIMONIO

2.1. Concepto de Familia

La palabra familia etimológicamente procede de la voz “*Famulia*”, que a su vez deriva del osco “*Famel*” que significa siervo y más remotamente del sánscrito “*vama*”, hogar o habitación, significando por consiguiente, “el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”.

René Ramos Pazos²⁷, por su parte señala que “en sentido vulgar todavía se habla de familia para referirse a las personas que moran bajo un mismo techo, sometidas a la dirección y recursos del jefe de la casa”.

El filósofo español Ángel Rodríguez Luño²⁸, en su obra *Ética General* sostiene “Que la familia es una sociedad natural, ya que responde a una inclinación natural del individuo”. La perpetuación de la especie que constituye el bien propio y necesario de la naturaleza humana.

San Agustín por su parte, postulaba que: “La familia es el vivero de la sociedad”.

El Código Civil Chileno no la define, sólo hace referencia al tratar los derechos de uso y habitación, señalando que está formada por personas que no sólo están vinculadas por lazos de sangre sino también dependencia (artículo 815, incisos 3 y 4).

Por su parte nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 1º establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Entonces cabe preguntarse ¿cómo está conformada la familia? Para Hernán Corral Talciani²⁹, “La

²⁷ RAMOS, René, “Derecho de Familia”

²⁸ RODRÍGUEZ, Ángel, *Ética General* Pamplona (2001)

²⁹ CORRAL, Hernán, “La Familia y el Matrimonio”

familia está conformada por la unión indisoluble entre un hombre y una mujer y por los hijos que son fruto de esta unión”.

En el proyecto de la Ley de Matrimonio Civil, en el boletín N°1759-18 la familia es entendida “como un grupo social con voluntad de permanencia o estabilidad en el tiempo, constituido por la unión de un hombre y una mujer con aptitud legal para comprometerse a compartir la vida y sobre esta base, crear un hogar, con o sin hijos propios o adoptivos”.

La familia tiene dos características fundamentales:

1.- Es una institución natural

Por cuanto no es creación cultural, y la razón que fundamenta esta característica, es lo que muchos han llamado la “*inclinatio naturalis*” como Javier Hervada, es decir, la inclinación natural del hombre.

Ésta consiste en dos aspectos:

- a) Aspecto Biológico: Perpetuación de la especie.
- b) Aspecto Ético: Educación de los hijos.

Estos dos aspectos están estrechamente unidos.

2.- Es el núcleo fundamental de la sociedad:

Esto significa que la sociedad nace en la familia que en ella tiene su fundamento originario.

Estos aspectos abarcan tres puntos:

- A) El Sacramentos del matrimonio, del cual se dependen dos elementos la unidad y la indisolubilidad.
- B) El contrato mismo:

El carácter contractual del matrimonio no fue objeto de decisión en el Concilio de Trento, sino que fue aceptado de común acuerdo por todos los padres quienes consideraron que la unión conyugal había sido instituida por Dios en esa forma y es así como en el último cuarto de siglo XVIII es donde la teoría del contrato-sacramento debe recibir en forma definitiva y unificada su consagración oficial.

Así el Papa Pío IX, afirma: “No puede haber matrimonio que no sea al mismo tiempo sacramento por lo cual el sacramento por lo cual el sacramento no puede jamás estar separado del contrato de matrimonio”³⁰. Esto quedó plasmado al considerar el matrimonio como un sacramento cuya doctrina fue afirmada en los Concilios de Lyon de 1267 y Florencia de 1439.

En estos Concilios la palabra sacramento fue usada en un doble sentido, estrictamente significa “sacramento de la nueva Ley”, esto es, causa productora de la gracia y en un sentido más amplio, es un símbolo o signo de una cosa santa.

El mismo Pío XI en su Encíclica “*Casti Connubis*” sobre el matrimonio cristiano del 31 de diciembre de 1930, sostiene que la voluntad de las partes en el matrimonio tiene una sola importancia si los contratantes quieren efectivamente entre ellos el estado matrimonial 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 y a sus exigencias.

El matrimonio-sacramento, fue conceptualizado por el Papa Pío IX, en su encíclica “*Ad apostolicae*”, del 22 de agosto de 1851 como “La unión legal, elevada por Cristo a Sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal”.

³⁰ PIO IX, Encíclica *Ad apostolicae*, del año 1851

Esta posición es la más aceptada por los teólogos en estos tiempos quienes expresan, "El Matrimonio no es más que el contrato, elevado por nuestro Señor Jesucristo a la dignidad de Sacramento". Señalando que estos dos términos son inseparables y de derecho divino.

- a) Familia Matrimonial: Se constituye por una pareja unida en matrimonio civil junto con su descendencia. Por lo cual la formación de la familia sólo tiene su origen en el matrimonio.
- b)
- c) Familia Ensamblada: Es aquella formada por un matrimonio, pero uno o ambos cónyuges tienen hijos de una relación anterior, y a la vez pueden tener hijos en común.
- d)
- e) Familia Monopaternales: Se compone por un solo padre o madre junto a su descendencia, como consecuencia de una ruptura matrimonial o de una unión de hecho, o por muerte del otro cónyuge.

- f) Familia de Hecho: Es la unión de una pareja, con o sin descendencia, sin las formalidades del matrimonio civil. Dentro de este tipo de familia formadas por dos personas del mismo sexo.

Nuestro ordenamiento jurídico resalta la imposibilidad de incluir las uniones de hecho en el derecho de familia por carecer de un estatuto jurídico propio.

2.2. Concubinato

No se han puesto de acuerdo los juristas en una terminología universalmente aceptada para designar la situación en que se encuentran dos personas de sexo diferente que viven como si fueran marido y mujer.

Etimológicamente, viene de cum – cubare, esto es “Comunidad de hecho, dándole una importancia conceptual a las relaciones sexuales”.

La RAE, define el concubinato como “La relación marital de un hombre con una mujer sin estar casados”. En un sentido amplio entendemos el concubinato como lo define el artículo 515 – 8 del Código Civil de Francia: “Una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja”.

Federico Puig Peña³¹, lo define como “La unión duradera y estable de dos personas de sexo opuesto que hacen la vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”, y además como, “El mantenimiento reiterado de relaciones sexuales fuera del matrimonio, entre personas de distinto sexo y con carácter voluntario”.

2.2.1. Características del Concubinato

- a) La unión afectiva entre un hombre y una mujer.
- b) Cierta permanencia en el tiempo.
- c) La no existencia del vínculo matrimonial.

³¹ PUIG Peña Federico, “Tratado de Derecho Civil Español” (t,II, pp 215)

Las Clases de Concubinato

- a) Concubinato Completo: El cual se caracteriza por relaciones sexuales estables fuera del matrimonio, existiendo entre las partes una comunidad de vida expresada en el hecho de vivir públicamente juntos, bajo un mismo techo.
- b) Concubinato Directo: Es aquel en que la voluntad de los concubinos es lisa y llanamente mantener relaciones sexuales con visos de estabilidad.
- c) Concubinato Indirecto: Es aquel en que la intención inicial no es la de constituir tal estado, sino de tenerse como marido y mujer, pero que viene a resultar concubinato por haber fallado algún requisito de existencia del matrimonio.

El Concubinato, aún en estado de notoriedad y estabilidad, no puede ostentar la jefatura familiar, ni ninguna clase de autoridad jerárquica. No da nacimiento a una familia a pesar de que da origen con respecto a los hijos, a la consanguinidad legítima y asimismo, a la afinidad legítima.

Así el Derecho no puede desentenderse de los hijos que puedan procrear los concubinos o convivientes. En efecto, las relaciones en que no existe vínculo matrimonial producen efectos jurídicos. De hecho, más que otorgar derechos específicamente a la concubina o concubino, lo que el legislador hace es otorgarlos a la madre o padre de los hijos habidos con el causante del derecho.

Nuestro ordenamiento jurídico no da reconocimiento ni tutela al régimen de concubinato o convivencia, ni mucho menos a las uniones libres. Pero frente a la realidad social que representa el concubinato y no obstante la posición abstencionista adoptada por nuestra legislación en relación a éste, el legislador se ha visto en la necesidad de referirse a esta figura en disposiciones legales dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico.

Así podemos señalar que nos encontramos con la responsabilidad solidaria del concubino, en virtud de la cual es solidariamente responsable al pago de la obligación alimenticia. El concubino que viviere con el padre, madre o cónyuge del alimentante.

2.3. El Matrimonio

La palabra matrimonio etimológicamente deriva del latín “*Matrimonium*”, que procedería de las voces *matris munium* que significa carga u cuidado de madre.

No es fácil definir el matrimonio en términos que señalen sus elementos esenciales y sus consecuencias necesarias, pero como expresa René Meza Barros³², puede definirse desde el punto de vista jurídico como “Un contrato en que el hombre y la mujer establecen una comunidad de vida que la Ley sanciona y que no pueden romper a su voluntad”. Cabe plantearse ¿qué es el matrimonio? “Es la unión indisoluble o perpetua entre el hombre y una mujer que tiene como fines la procreación y educación de los hijos y el amor y ayuda mutua entre los cónyuges”.

El Matrimonio se encuentra definido en el artículo 102 de nuestro Código Civil: “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”.

De esta definición se desprenden tres partes:

1.- La diferencia de sexo de los contrayentes. Que es un requisito de la existencia del matrimonio.

2.- La indisolubilidad del vínculo: La historia fidedigna de la Ley indica que el legislador entendió que esta se relacionaba con la intención de las partes y no con

³² MEZA Barros, René, “Derecho de Familia”

la naturaleza del contrato. Posición que sostuvo el senador Viera Gallo³³ quien expresa en la sesión N°38, que la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes, no con la naturaleza del contrato.

3.- Los fines del Matrimonio. En general cuando se habla de los fines del matrimonio se alude, aunque con distintas fórmulas a dos cosas; el bienestar de los cónyuges y la crianza de los hijos. Así, por ejemplo, el Código de Derecho Canónico de 1983, en tanto prescribe en su canon 1055.1 “que el matrimonio se ordena al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole”.

En el derecho nacional Ramón Meza Barros, ha sostenido que dichos fines son, en general “el establecimiento de una comunidad de vida y el auxilio mutuo”.

En las indicaciones que envió el ejecutivo durante la tramitación de la Ley de Matrimonio Civil, con fecha 13 de septiembre de 2001, señalaban respecto de las finalidades del matrimonio: “En lo que respecta a las finalidades del matrimonio, se reconoce como elementos básicos y esenciales, tanto el mutuo perfeccionamiento de los cónyuges como la responsabilidad de procrear, aceptar, criar y educar hijos propios u adoptados”. De lo anterior se desprende que los fines del matrimonio en nuestra legislación son tres:

- a) La Vida en Común
- b) La Procreación
- c) El Auxilio Mutuo

- a) La Vida en Común: el artículo 133 del Código Civil dispone “que ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”.

³³ SENADOR VIERA Gallo, Sesión N°38 (Legislatura extraordinaria N°34)

- b) La Procreación: esta debe extenderse al bien de la prole, en tanto posibilidad de mantener relaciones sexuales y aptitud para engendrar.
- c) El Auxilio Mutuo: es posible sostener que este fin del matrimonio puede considerarse como “el bien de los cónyuges”. Así se desprende de las indicaciones enviadas por el ejecutivo durante la tramitación de la Ley N°19.947 al indicar que “el perfeccionamiento de los cónyuges es un elemento básico y esencial del matrimonio”.

2.3.1. Características del Matrimonio

1.- Es un contrato. Para otros, es una institución (regulación del Estado, no juega la autonomía de la voluntad).

Acuerdo de Voluntades;

Contrato sui generis, por sus particulares características.

2.- Solemne. Oficial del Registro Civil y 2 testigos.

3.- Contratantes: hombre y mujer.

4.- Unión actual. Efectos inmediatos, no hay plazos ni condición.

5.- Contrayentes tienen voluntad de procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

6.- Indisoluble y para toda la vida. ¿Por qué no se modificó el artículo 102 del Código Civil, si ahora existe el divorcio vincular? El legislador entendió que el divorcio es una situación excepcional, que no alteraría el carácter indisoluble, como regla general del matrimonio. Se argumentó, también, que la indisolubilidad dice relación con la intención de los contrayentes y no con la naturaleza del contrato.

7.- Sus fines son vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

2.3.2.- Las condiciones del matrimonio

Deben concurrir diversas condiciones para que tenga eficacia:

- A. De orden fisiológico
- B. De orden psicológico
- C. De existencia y de validez

A.- Condiciones orden fisiológico:

- Diferencia de sexo: el Código Civil chileno lo dice expresamente en su artículo 102.
- Edad mínima para contraer matrimonio. La Ley 19.947 trata de conciliar el aspecto fisiológico de la procreación, con un elemento psicológico como es la madurez para comprender y comprometerse con los derechos y deberes que surgen del vínculo matrimonial y establece como edad mínima para contraer matrimonio 16 años (artículo 4, N°2 Ley de Matrimonio Civil).

B.- Condiciones de orden psicológico:

El artículo 2, inciso 1, parte final de la Ley de Matrimonio Civil, establece las disposiciones de esta Ley, “que determina los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Entre las medidas para asegurar este fin en el período que precede al matrimonio están:

- Libertad para contraer matrimonio. La Ley asegura plena libertad para contraer matrimonio. A contrario sensu es nula la condición de permanecer soltero por atentar contra un derecho fundamental de la personalidad (artículo 1074 del Código Civil) y por su parte el artículo 2 de la Ley de Matrimonio Civil, establece que “La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello”. Y continúa diciendo esta disposición “El juez tomará a petición de

cualquier persona todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando un acto de un particular o de una autoridad sea negado o restringido arbitrariamente”.

- Libertad para contraer matrimonio: a la inversa, jurídicamente la libertad para no contraer matrimonio debe ser asegurada y mantenida sin límites.

C.- Condiciones de existencia y validez:

- Los requisitos de existencia del matrimonio son:
 - Consentimiento
 - Diferencia de sexo: el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil al referirse al matrimonio celebrado en el extranjero para producir efectos en Chile, debe cumplir con este requisito.
 - Presencia del funcionario o del ministro de culto de su confesión religiosa con personalidad jurídica de derecho público artículo 20, inciso 3º y 4º, de la Ley de Matrimonio Civil.
- Los requisitos de validez del matrimonio son:
 - Consentimiento sin vicios
 - Capacidad de los contrayentes
 - Cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley

2.3.3. Requisitos para contraer matrimonio

La Ley contempla tres requisitos básicos.

- a) Ser capaz
- b) No estar afectado por un impedimento
- c) Consentimiento libre y espontáneo

a) Capacidad

Sobre este requisito la Ley contempla 5 tipos de incapacidad:

1.- Tener menos de 16 años. Su objetivo es limitar el ejercicio del derecho a personas con una madurez mínima consolidando con ello una relación estable y sólida.

2.- Hallarse privado de razón: Esta exigencia, incluye cualquier manifestación que prive a un sujeto de su capacidad de pensar y decidir libremente.

3.- Sufrir un trastorno o anomalías psíquicas fehacientemente diagnosticados que haga al contrayente incapaz de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio. “En este caso no es necesario que el sujeto se halle privado de razón basta que sea víctima de una anomalía que le impida integrarse a la vida de familia que nace del matrimonio”.

4.- No tener suficiente discernimiento y juicio para comprender y comprometerse con los deberes y derechos esenciales del matrimonio.

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

c) Impedimentos

Los impedimentos para contraer matrimonio en la nueva Ley son tres:

1.- Vínculo matrimonial no disuelto: Fundado en el matrimonio monogámico.

2.- Relaciones de parentesco: La Ley dispone que no pueden contraer matrimonio los ascendientes, con los descendientes así sea por consanguinidad o afinidad.

Tampoco pueden contraer matrimonio los colaterales por consanguinidad en el segundo grado (hermanos), su fundamento radica en razones de parentesco.

3.- Participación en el homicidio del otro cónyuge: De acuerdo a la Ley el cónyuge sobreviviente no puede contraer matrimonio con el imputado contra quien hubiese formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o quien hubiese sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito. Respecto a este impedimento si se ha formalizado investigación se trataría de un impedimento transitorio ya que absuelto el afectado desaparece todo impedimento.

c) Consentimiento libre y espontáneo

Como todo contrato, el elemento fundamental es el consentimiento libre y espontáneo, atendida a la naturaleza y a la proyección de este contrato que constituye una de las decisiones más importantes de la vida ya que incide en el establecimiento de la familia núcleo fundamental de la sociedad.

Esta nueva Ley de Matrimonio Civil, contempla tres vicios del consentimiento:

1.- Error en la identidad de la persona del otro cónyuge: se trata de la identidad física del otro contrayente.

2.- Error acerca de alguna de las cualidades personales del otro cónyuge que atendida la naturaleza y fines del matrimonio ha de ser estimada como determinante para otorgar el consentimiento. Esta causal es amplísima por cuanto puede comprender una pluralidad de situaciones.

Pero debe tratarse de una cualidad personal, es decir, una aptitud o virtud específica.

3.- Fuerza en los términos de los artículos 1456 y 1457 del Código Civil. Ocasionada por una persona o por una circunstancia externa que hubiere sido determinada para contraer el vínculo.

2.3.4. Celebración del Matrimonio

La nueva Ley de Matrimonio Civil, establece tres etapas en la celebración del matrimonio. En efecto, la manifestación e información y la celebración propiamente tal.

1.- Manifestación e Información.

El artículo 9, señala “quien desee contraer matrimonio deberá comunicarlo por escrito, verbalmente o por lenguaje de señas ante cualquier Oficial del Registro Civil”.

Respecto a esta materia ha desaparecido la exigencia de dicho funcionario sea competente en razón del domicilio o residencia de cualquiera de los contrayentes. Por lo cual en lo sucesivo todos los Oficiales Civiles son plenamente competentes para recibir la manifestación e información y para intervenir en la celebración del matrimonio.

Para estos efectos se derogó el artículo 35 de la Ley N°4.808 sobre Registro Civil.

2.- La Ley impone al Oficial Civil, al momento de practicarse esta actuación, que proporcione a los interesados información suficiente acerca de las finalidades del matrimonio, de los derechos y deberes recíprocos que produce y de los distintos regímenes patrimoniales del mismo. Además la Ley obliga al Oficial del Registro Civil a prevenirlos respecto de la necesidad de que el consentimiento sea libre y espontáneo.

3.- La manifestación requiere de dos testigos, a lo menos que declaren sobre que los contrayentes no tienen impedimentos, ni prohibiciones para contraer matrimonio. Estos testigos, al igual que los testigos que intervienen en la

celebración del matrimonio no pueden hallarse en ninguna de las situaciones descritas en el artículo 16, de la Ley de Matrimonio Civil.

4.- La manifestación tiene una vigencia máxima de 90 días, de modo que el matrimonio puede efectuarse inmediatamente después de su realización o dentro del plazo indicado. Si los contrayentes pretendieron contraer matrimonio después de caducada la manifestación, deberán realizar una nueva manifestación e información.

2.3.5. Celebración propiamente tal

1.- La celebración del matrimonio debe realizarse ante el Oficial Civil que intervino en la manifestación e información. Si se celebra ante otro Oficial Civil, el matrimonio no es nulo, sin perjuicio de las sanciones que procedan en contra del referido funcionario.

2.- Debe celebrarse el matrimonio ante dos testigos, parientes o extraños. La Ley señala que pueden ser los mismos que intervinieron en la manifestación e información.

3.- Los testigos deben ser hábiles. La inhabilidad de los testigos de la celebración acarrea la nulidad del matrimonio.

4.- Los matrimonios en artículo de muerte pueden celebrarse ante cualquier Oficial Civil, sin necesidad de manifestación e información, disposición contenida en el inciso final, del artículo 17 de la Ley de Matrimonio Civil.

5.- El acta de todo lo obrado que debe levantar el Oficial Civil y la inscripción, que debe practicarse en los libros del Registro Civil en la forma prescrita en el reglamento.

2.3.6. Matrimonios celebrados ante entidades religiosas de derecho público

El artículo 20 de la Ley de Matrimonio Civil se refiere a este tipo de matrimonios. Sus características principales son las siguientes:

1.- Surte los mismos efectos que el matrimonio civil, siempre que cumplan los requisitos contemplados en la Ley.

2.- El acta que extiende la entidad religiosa que goza de personalidad jurídica de derecho público, debe reunir las exigencias que se especifica.

Que se acredite en ella la celebración del matrimonio y el cumplimiento de los requisitos que la Ley establece para su validez; el nombre de los contrayentes y de los testigos y la fecha de celebración.

Los testigos deben reunir los requisitos señalados en el artículo 16, no obstante el hecho de celebrarse el matrimonio ante ministro de un culto religioso.

3.- El acta referida en el numeral anterior, debe ser presentada ante cualquier Oficial del Registro Civil dentro del término de ocho días para su inscripción.

Se trata de un acto personalísimo de los contrayentes que no puede cumplirse por medio de un mandatario habilitado especialmente para estos efectos, ya que fue modificado el artículo 15 de la Ley N°4.808, agregándose su inciso 2°.

4.- El Oficial Civil debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y dar a conocer a los requirentes de la inscripción los derechos y obligaciones que corresponde a los cónyuges de acuerdo a esta Ley “los comparecientes deberán ratificar el consentimiento prestado ante el ministro de culto de su confesión”.

5.- El Oficial Civil sólo puede rechazar la inscripción si resulta evidente que el matrimonio no cumple con alguno de los requisitos exigidos en la Ley de

Matrimonio Civil. En tal caso puede reclamarse ante la respectiva Corte de Apelaciones.

6.- La norma que comentamos declara que el matrimonio así inscrito se regirá en todo, por lo prescrito en esta Ley y en los demás cuerpos legales a que se refieren a esta materia.

7.- Es de presumir que no existe la posibilidad de celebrar un matrimonio en artículo de muerte por medio de un culto religioso, ya que ello impondría a los contrayentes un requisito administrativo que retardaría los efectos del mismo.

2.4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEY N 19.947, SOBRE MATRIMONIO CIVIL

La ley de matrimonio civil está inspirada en diversos principios que son más bien de carácter pragmático y no sustantivo sobre todo porque no llevan aparejada sanción o no se advierte su aplicación.

PRIMER PRINCIPIO: La familia como núcleo fundamental de la sociedad y el matrimonio como base principal de la familia.

El artículo 1°, inciso 1° de la ley de matrimonio civil señala: “que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia.” Aquí se advierte claramente que la primera parte del artículo repite lo que prescribe la Constitución Política del Estado en su artículo 1°, inciso 2°.

Por otra parte y como aplicación de este principio el artículo 2° de la ley de matrimonio civil señala “que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana si tiene edad para ello.”

En conformidad a la ley esta facultad se concreta no solo en la libertad para contraer matrimonio sino que también para reconstruir la vida afectiva en caso de disolución del vínculo.

SEGUNDO PRINCIPIO. El interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. Las materias de familia deberán ser resueltas cuidando proteger el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil (artículo 3° de la ley de matrimonio civil)

En esta norma se estimó hablar de hijos y no de menores por cuanto la legislación no sólo protege a estos últimos sino que también a los descendientes que han alcanzado la mayoría de edad, como ocurre por ejemplo con el caso de la pensión alimenticia la que de conformidad al artículo 332 del Código Civil se extiende hasta

los 28 años en caso de que los descendientes estén estudiando una profesión u oficio.

En nuestra legislación ya estaba incorporado el concepto de la protección del interés superior del menor. Se incorporó en el derecho vigente en Chile junto con la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas de la que Chile es parte. Esta Convención establece “Que los órganos del estado se obligan a resolver el litigio y los problemas de familia en que estén involucrados los menores considerando siempre el interés superior del menor” y esto implica obviamente el respeto de sus derechos fundamentales

Alcance de la expresión “cónyuge más débil”

Históricamente y socialmente se ha considerado que la mujer es la que se encuentra en una situación de mayor desamparo y desmedro económico o de vulnerabilidad social

Sin embargo el Código Civil ha ido evolucionando en esta materia y es así como instituciones que protegían a la mujer han ido desapareciendo como las que otorgaban al marido la potestad marital en que se subordinaba a la mujer respecto del hombre. Además la porción conyugal que nace históricamente ligada a la dote fue derogada por la ley N° 19.585 y se protege indistintamente al cónyuge sobreviviente incluso en desmedro de los hijos.

Así en materia de mediación señala el artículo 74 de la ley de matrimonio civil “que el mediador se cerciorará que los cónyuges se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos”. Si no fuere así se adoptará en su caso las medidas necesarias para que se obtenga el equilibrio.

Por tanto podemos concluir que la ley de matrimonio civil no define cual es el cónyuge más débil pero de sus diversas disposiciones denota que el equilibrio se

restablecerá por la vía económica por lo que preferentemente su marco será patrimonial.

TERCER PRINCIPIO: La protección de la familia.

El artículo 2° de la ley de matrimonio civil consagra la norma constitucional del derecho a la personalidad en cuanto garantiza la libertad para contraer matrimonio- Señala que “la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.”

Es más para favorecer a la realización del matrimonio incluso concede acción popular ya que indica: “el juez tomará, a petición de cualquier persona todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho, cuando por un acto de un particular o de una autoridad sea negado o restringido arbitrariamente.”

Toda esta normativa no es sino la aplicación de principios consagrados en Declaraciones Internacionales como es la “ Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica”.

Los principios anteriormente indicados nos llevan a la conclusión que la ley de matrimonio civil derechamente protege a la familia no obstante que se acepta la disolución del vínculo.

Al establecer el divorcio, en efecto la ley está regularizando situaciones anómalas que acaecen en el núcleo de la familia y que precisamente provocan una situación de tal gravedad que para evitar mayores daños a los hijos y a los propios cónyuges regula el rompimiento del vínculo cuyo origen es anterior a la decisión del divorcio.

En suma, la modificación no rompe la idea central del Código Civil respecto de la familia sino que por el contrario la fortalece respecto de la estabilidad emocional tanto de los contrayentes que ya carecen del ánimo de mantener la fuerza interior que significa vivir como cónyuges.

CONCLUSIONES

El desarrollo histórico del matrimonio como eje de la familia ha sufrido cambios fundamentales a lo largo del tiempo.

Pero algo que puede ser considerado una constante de las diversas modalidades que hemos examinado en su carácter de protección de la prole, de los cónyuges y en opinión de otros, del patrimonio familiar.

Así ha sido considerado con justicia como el eje sostenedor de la familia y por lo tanto, de la reproducción social.

Por otra parte, el derecho como institución social ha venido transformándose también de acuerdo a las modificaciones que ha experimentado históricamente la sociedad. No ha impulsado los cambios y las veces que ha sido usado para impedirlos ha terminado por aceptar la inevitabilidad de las transformaciones.

En otro orden de consideraciones debemos ratificar que lo dispuesto en el artículo 1° de la ley N° 19.947, de matrimonio civil en el sentido de reproducir el inciso 2° del artículo 1° de la Constitución Política del Estado, que declara a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y al matrimonio como la base principal de la familia es mucho más que una simple declaración de principios ya que el sistema jurídico chileno ha considerado desde la época indiana en adelante el matrimonio como origen y fundamento de la familia, instituciones sólidas y necesarias sobre las cuales se construyen países desarrollados no sólo en lo económico sino particularmente en lo humano y en lo social.

Lo anterior salvaguarda la estabilidad del compromiso matrimonial ya que de otra manera no podría entenderse que una sociedad estuviera dispuesta a promover

que la familia se construya sobre la base de un vínculo vulnerable cuya estabilidad y perdurabilidad no son suficientemente garantizadas.

BIBLIOGRAFIA

BARRIENTOS Grandón, Javier. De las uniones de hecho, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia. Rev. Derecho. Valdivia, 21(1): jul. 2008.

BARRIENTOS Grandón, Javier y NOVALES Alquezar, Arazazu. Nuevo Derecho Matrimonial Chileno. Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. 2ª.ed. Santiago de Chile Lexis Nexis, 2004. 472 p.

CARO, José María. El Matrimonio Cristiano. Santiago, Chile: Editorial de la acción católica chilena, 1943.

CÓDIGO Civil. Chile: Jurídica, 2000.

CORRAL, Hernán. Ley de Divorcio: Las Razones de un No. Santiago: Universidad de los Andes, 2001. 13 p.

COTELLA, Rubén. Derecho Matrimonial Humano. Santiago: Ideográfica, 1992. 235 p.

DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos, Paris: Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 2012. 12 p.

DICCIONARIO de la Real Academia de la lengua española. 22ª.ed. España: Espasa-Calpe, 2012. 230 p.

FUEYO Lanieri, Fernando. Derecho Civil. Derecho de Familia. Volumen I. Santiago, Chile: Universo, 1959. 156 p.

IGLESIAS, Juan. Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Ariel, 1965. 180 p.

LA BIBLIA. España: Reina Valera, 2011.

Ley N° 19.947 CHILE sobre Matrimonio Civil. Ministerio de Justicia, 17-may-2004.

LOI, Isidoro. El Matrimonio. Santiago: Ideográfica, 1986. 225 p.

MEZA Barros, Ramón. Manual de Derecho de Familia. Tomo I. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1989. 221 p.

RAMOS Pazos, René. Derecho de Familia. Santiago: Jurídica de Chile, 2005. 221 p.

SANTA CRUZ, José. Manual Elemental de Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Taurus Universitaria, 1946.

SERAFINI, Felipe. Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Reus, 1943.

VALENCIA, Hernán. Derecho Privado Romano. Chile: Jurídica, 1986.

WILSON Volochinsky, Bracey. Libro de Derecho Romano. Santiago, Chile: La Ley, 2002.