

EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE: UNA LECTURA CANÓNICA¹

CARLOS SALINAS ARANEDA
Universidad Católica de Valparaíso²

I. EL ART.102 DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

A. *Iter* de su redacción

1. Hacia 1833-1834 Diego Portales, a la sazón ministro del interior, encargó a Andrés Bello de manera privada que empezara a trabajar en la elaboración de un Código civil. Puesto ante la disyuntiva de empezar a redactar un código, se planteaba a Bello la materia por la cual iniciar su trabajo: escogió la referida a sucesiones por considerarla la más oscura y complicada del derecho vigente; una vez que terminó el libro de sucesiones abordó el de las obligaciones y contratos. De esta manera, cuando en 1840 se establece la primera comisión oficial de codificación, ésta va a trabajar sobre los dos libros ya elaborados particularmente por Bello. Así, los primeros proyectos parciales de Código civil no abordaron el tema del matrimonio³.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto FONDECYT 1960349-1996 del que el autor es investigador principal.

² Abreviaturas: AAS = Acta Apostolicae Sedis (Città del Vaticano); AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid); can = canon; CIC = Codex Iuris Canonici 1917 o 1983; coram = sentencia redactada por el juez cuyo apellido se indica a continuación; Curso = Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (Salamanca); D = Digesto de Justiniano (s.VI); DE = Il Diritto Ecclesiastico (Milano); EIC = Ephemerides Iuris Canonici (Romae); GT = Gaceta de los Tribunales (Santiago de Chile); I = Instituciones de Justiniano (s.VI); IC = Ius Canonicum (Pamplona); IE = Ius Ecclesiae (Roma); ME = Monitor Ecclesiasticus (Roma); OR = L'Osservatore Romano (Ciudad del Vaticano, ed.español); P = Siete Partidas de Alfonso X El sabio (s.XIII); RC = La Revista Católica (Santiago de Chile); RDC = Revue de Droit Canonique (Strasbourg); RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia (Santiago de Chile); REDC = Revista Española de Derecho Canónico (Salamanca); REHJ = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso); SC = Studia Canonica (Ottawa); SRRD = Sacra Romanae Rotae seu Decisiones (Città del Vaticano); TJ = The Jurist (Washington); X = Decretales de Gregorio IX (s.XIII).

³ El primer proyecto parcial es el de 1841-1842, y comprende un título preliminar y el libro sobre sucesiones; fue publicado entre ambos años en *El Araucano* y posteriormente, en

Hacia 1847 la comisión codificadora, una segunda comisión revisora, y una tercera producto de la fusión de ambas habían dejado de funcionar, lo que no significó una detención en los trabajos codificadores porque, una vez más, Andrés Bello siguió trabajando en los libros que faltaban: personas y bienes. De esta manera, en octubre de 1852 pudo presentar el primer proyecto completo de Código civil. Por disposición del gobierno, fue publicado en tres libros los meses de enero, febrero y marzo de 1853 y distribuido entre los tribunales superiores de justicia -Corte suprema y cortes de apelaciones- los jueces y los miembros de la Facultad de leyes, para escuchar sus observaciones. Por la fecha de su publicación, se le conoce como el *Proyecto de 1853*⁴. En él por primera vez se abordó el tema del matrimonio.

El proyecto de 1853 fue sometido a la revisión de una nueva comisión designada al efecto, producto de la cual fue el segundo proyecto completo de Código civil, llamado *Proyecto inédito*⁵, porque permaneció sin publicar hasta fines del siglo pasado. Este Proyecto inédito fue, a su vez, sometido a una nueva revisión de la que resultó el *Proyecto de 1855* que fue el presentado por el gobierno al Congreso y el finalmente sancionado como *Código Civil de Chile* sin modificaciones⁶.

B. Interpretación de la doctrina

2. El Código Civil de Chile define el 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»⁷.

Se trata de una definición generalizadamente alabada por la doctrina; basten como ejemplo las expresiones de Claro Solar⁸ para quien «esta definición es una de

1846, como libro. El segundo proyecto parcial es el de 1842-1845, que comprende el libro sobre obligaciones y contratos; fue publicado entre dichos años en *El Araucano* y posteriormente, en 1847, fue publicado, sin modificaciones, como libro. Cfr. GUZMÁN, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* 1 (Santiago 1982) 307-30.

⁴ Fue publicado en el volumen XII de las *Obras completas de don Andrés Bello* (Santiago de Chile 1888).

⁵ Fue publicado por primera vez por don Miguel Luis Amunátegui en el volumen XIII de las *Obras completas de don Andrés Bello* (Santiago 1890).

⁶ El proyecto fue enviado al Congreso con un mensaje del presidente de la república, redactado por Bello, en el que se sugería la aprobación en bloque del mismo, sin entrar a discutir artículo por artículo, discusión que, además de retardar “por siglos su promulgación”, rompería la unidad de la obra. El Congreso acogió la sugerencia y así fue aprobado por ambas cámaras. En la misma ley que aprobaba el texto del código se facultó a Andrés Bello para que preparara una edición esmerada y corregida del Código, subsanando posibles erratas formales; Bello se aprovechó de la ocasión y no sólo corrigió las erratas formales que encontró, sino que introdujo algunos cambios de fondo, actitud por la que fue acertadamente criticado. Pero los artículos referidos al matrimonio no fueron tocados. Cfr. Guzmán (n. 3) 378-86.

⁷ Este concepto aparece en los proyectos de 1853 e Inédito, pero en ambos falta el calificativo de ‘solemne’ que se da a este contrato en el texto final.

⁸ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. De las personas* 1 (Santiago de Chile 1898) 293. Hay reediciones posteriores.

las más completas que se han dado del matrimonio», o la de Somarriva⁹ que dice de ella «que sólo puede calificarse de admirable».

Sin embargo, no obstante la unánime aceptación de esta definición, ella ha merecido críticas al menos en una de sus expresiones. En efecto, según ella los cónyuges «se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida» para los fines que la misma definición señala. Esta expresión «...por toda la vida...» utilizada por Bello después de haber dicho en las palabras inmediatamente anteriores que el matrimonio es indisoluble «se ha prestado para diversas interpretaciones. Para algunos es una frase redundante e inútil, pues, si la propia definición dijo que la unión era indisoluble, ya estaba dicho que debía ser por toda la vida. Otros, en cambio, creen que la expresión fue colocada intencionalmente por el legislador, a fin de que los contrayentes mediten sobre la trascendencia del acto que van a ejecutar»¹⁰.

3. No comparto estas críticas, pues no me parece que en esa definición Bello haya incurrido en alguna redundancia o incluya una expresión que mueva a los contrayentes a meditar sobre la seriedad del paso que van a dar. Por el contrario, opino que en ella Bello ha recogido una dimensión esencial al matrimonio, que por lo general no suele ser puesta de relieve en las definiciones civiles del mismo, aquella que suele denominarse en doctrina, la dimensión personalista del mismo. En efecto, la práctica generalidad de los comentaristas del Código Civil no se han detenido en este punto, sino que tan sólo se han limitado a explicar cada una de las expresiones «indisolublemente», «por toda la vida», «vivir juntos» y las demás que emplea Bello en su definición, lo que hacen con las mismas normas con las que el Código Civil desarrolla esas ideas¹¹, y esto tanto por los comentaristas del siglo pasado¹² como por los de este siglo¹³.

Me propongo mostrar una lectura del artículo 102 del Código Civil que, a la luz del Derecho canónico, permita afirmar que en la definición de matrimonio Bello no incurrió en ninguna reiteración ni redundancia, ni pretendió sugerir comportamientos más reflexivos a los futuros contrayentes, sino que, por el contrario, pretendió incluir en el concepto de matrimonio, no obstante su calidad de contrato, una fórmula jurídica que acentuara la íntima comunidad que ha de existir entre los cónyuges.

⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho de Familia* (Santiago 1963) 18. Hay ediciones posteriores.

¹⁰ *Ibid.*, p. 19.

¹¹ Especialmente los artículos 131 a 149 donde establece las reglas generales sobre las obligaciones y derechos entre los cónyuges, y los artículos 150 a 178 donde señala las excepciones.

¹² V.gr. [ALFONSO, P.], *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* 1 (Santiago de Chile 1882) 238-358; FABRES, J.Cl., *Instituciones de Derecho Civil chileno* (Valparaíso 1863) 14-23; CHACÓN, J., *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, 2ed. (Valparaíso 1881) 91-157; Vera, R., *Código Civil de la República de Chile comentado i explicado* 1 (Santiago de Chile 1892) 85-165.

¹³ V.gr. FUEYO LANERI, F., *Derecho Civil*, Tomo 6, *Derecho de Familia* 1 (Santiago 1959) passim; BARROS ERRÁZURIZ, A., *Curso de Derecho Civil* 4 (Santiago 1931) 13-194; BORJA, L.F., *Estudios sobre el Código Civil chileno* 3 (Paris 1907) 23-576; Somarriva (n.9) 133-68.

ges y que, en definitiva, hunde sus raíces en el amor mutuo. De esta manera, la definición de Bello contiene los mismos elementos que hoy acentúa el Código de Derecho Canónico de 1983, lo que permite, sin modificación alguna, usar de nuevo el matrimonio canónico como modelo para las reformas que requiere la ley de 1883. Para ello centraré mi atención primeramente en la evolución que ha experimentado la regulación canónica del matrimonio porque ella nos dará las claves para la inteligencia adecuada del art.102 de nuestro Código. Al mismo tiempo nos situará en las categorías históricas y conceptuales necesarias para entender el resto de los capítulos.

II. EL MATRIMONIO CANÓNICO

A. El matrimonio como *consortium totius vitae*

4. El matrimonio canónico se encuentra hoy regulado en el *Código de Derecho Canónico* promulgado por Juan Pablo II el 25 de enero de 1983. En él, por primera vez en la historia del derecho de la Iglesia el legislador ha intentado dar una definición de matrimonio, pero no lo hace directamente, sino *in oblicuo* cuando en el can.1055 § 1 señala: «La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida (*totius vitae consortium*) ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.» El matrimonio, así, es entendido un *consortium totius vitae*, un consorcio 'de' toda la vida.

Esta expresión, *consortium totius vitae*, no es nueva; tiene venerables precedentes en el Derecho romano y en el Derecho canónico, de allí que detendremos nuestra atención, aunque sea brevemente, en el sentido que dicha expresión tuvo en el pasado.

1. Precedentes históricos

a) derecho romano

5. Dos textos del *Corpus Iuris* de Justiniano nos sitúan en materia: uno atribuido al jurista Modestino y contenido en el *Digesto*¹⁴, según el cual «el matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano». Parece más famosa, sin embargo, otra definición atribuida esta vez a Ulpiano y contenida en las *Institutiones* de dicho *Corpus*¹⁵, según la cual «las nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer que contiene la comunidad indivisible de vida».

La doctrina está de acuerdo en la autenticidad de la frase de Modestino *consortium omnis vitae* y en que este jurista ha pretendido expresar la comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, su participación en el mismo destino, en

¹⁴ D.23.2.1 «*Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*».

¹⁵ I.1.9.1. «*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*».

las alegrías y en las penas, en la escasez y en la abundancia hasta la muerte o hasta el divorcio, manteniendo el *honor matrimonii* que atestigua ante los demás la *affectio maritalis* que los une¹⁶.

b) derecho canónico

6. Cuando en la baja Edad Media se inicia el período clásico del Derecho canónico, en el primero de los grandes textos de la época, el *Decreto* de Graciano (1140), de las dos definiciones romanas sólo se recogió la de Ulpiano, a la que se introduce alguna variante que no sólo le daría una mayor comprensión sino también un sentido diverso, toda vez que la indisolubilidad era ajena al matrimonio romano¹⁷. Lo mismo ocurrió con las *Decretales* (1234) en las que de nuevo sólo se recogió la definición ulpiana con la variante del *Decreto* y en la que, a su vez, se sustituyó la expresión *vir et mulieres* por la de *maris et foeminae* que aparece en la definición de Modestino¹⁸.

La inclusión en el *Corpus* canónico sólo de la definición de Ulpiano significó que fuera ella la usada por canonistas y teólogos en sus estudios sobre el matrimonio, dejando de lado la de Modestino la que, cuando es usada, lo es secundariamente y en relación con la de Ulpiano, utilizando el *consortium omnis vitae* de Modestino para explicar el *individuum consuetudinem vitae* de Ulpiano, expresiones ambas que pasan a ser sinónimas¹⁹.

Una y otra definición utilizan la expresión *coniunctio* (= conjunción, unión) y tanto decretistas como decretalistas insistieron en el significado espiritual de dicha palabra que debía entenderse como el *animarum assensio* (= acuerdo de las almas) y no como una *coniunctio carnis* (= conjunción de la carne)²⁰. A su vez, la mayor parte de los autores aplicó esa expresión al matrimonio *in facto esse*²¹, es decir, al

¹⁶ Cfr. ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, en *Studi di diritto romano* 1 (Roma 1935) 181-93; BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano* 3 (Milano 1954) 69; CASTELLO, C., *La definizione di matrimonio secondo Modestino*, en *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (Roma 1979) 267-98; GAUDEMET, J., *La definition romano canonique de mariage*, en *Speculum iuris et Ecclesiarum. Festschrift für W.M.Plöck* (Viena 1976) 108 ss.; ORESTANO, R., *La struttura giuridica del matrimonio. Dal diritto clasico al diritto giustiniano* 1 (Milano 1951) 285; ROBLEDA, O., *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 59-72; El mismo, *Intorno alla nozione di matrimonio nel diritto romano e nel diritto canonico*, en *Apollinaris* 50 (1977) 172-93.

¹⁷ Se sustituyó la palabra 'contines' por 'retines'. C.27 q.2. pars 1. y C.29 q.1 dicta Gratiani por lo que el concepto quedó de la siguiente manera: *Coniugium sive matrimonium est vir et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem retinens*.

¹⁸ X 2.23.11 «*Matrimonium sit maris et foeminae conjunctio, individuum vitae consuetudinem retinens.*»

¹⁹ SALERNO, F., *La definizione del matrimonio canonico nella dottrina giuridica e teologica dei sec.XII-XIII* (Milano 1965) 74.

²⁰ MOSTAZA RODRÍGUEZ, A., *El «consortium totius vitae» en el nuevo Código de Derecho Canónico*, en *Curso* 7 (Salamanca 1986) 73.

²¹ En Derecho canónico suele distinguirse el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*. El primero coincide con el contrato matrimonial, en tanto que el segundo con el estado de vida que surge como consecuencia del contrato. Una crítica a esta concepción en

estado de vida que surge como consecuencia del contrato (Santo Tomás, Domingo de Soto, Sánchez, Ponce de León, Pérez de Unanoa, Tournely, Pirhing), si bien no faltaron los que la aplicaron al matrimonio *in fieri* (Diego de Covarrubias) e incluso quienes la aplicaron a ambos, algunos de los cuales distinguían los dos sentidos en que podía tomarse tal expresión: *causaliter*, en cuyo caso la aplicaban al *in fieri*; o *formaliter*, en cuyo caso lo hacían al *in facto esse* (Dicastillo, Böckhn, Schmalzgrueber, Pichler, Ballerini)²².

Desde el siglo XVI, sin embargo, se pudo observar una fuerte tendencia en canonistas y teólogos a incluir en la definición de matrimonio el *ius in corpus* (= derecho al cuerpo) así como la *ordinatio ad prolem* (= ordenación a la prole), elementos en los que empieza a cargarse el acento llegándose a fijar la esencia del matrimonio en el *ius* o en la *traditio corporis* (= tradición del cuerpo) con cuyo elemento se identifica el vínculo matrimonial²³.

No obstante esta última tendencia, que terminó finalmente por imponerse, no faltaron en esta época «definiciones del matrimonio en las que, junto con el *ius in corpus* se pone también de relieve el *ius-obligatio ad individuum vitae societatem* o comunidad de vida. Así, p.e., Pichler, Böckhn. Schmalzgrueber, Wiestner, Amort y Ballerini entre otros. Según todos estos autores, mediante el consentimiento matrimonial los contrayentes se entregan mutuamente el *ius in corpus* y el *ius obligatio ad individuum vitae societatem*... con estos últimos autores coinciden aquellos otros, según los cuales el contrato matrimonial, por el que el varón y la mujer se entregan mutuamente la *corporum potestas* está ordenado *ad prolis generationem* y *ad consortium vitae communis*, como González Téllez»²⁴.

En suma, la dimensión personalista del matrimonio ha estado presente de manera notable y permanente en la reflexión canónica y teológica hasta que en el siglo XVI empezó a acentuarse la tendencia que ha dado en llamarse ius-corporalista o tradicional, en la que, oscurecida la dimensión personal del matrimonio y acentuada la noción de matrimonio como contrato, se puso de relieve, de manera cada vez más marcada, que la esencia del matrimonio estaba en el derecho de los cónyuges al cuerpo del otro en orden a los actos de por sí aptos para generar la prole.

2. El Código de Derecho Canónico de 1917

a) texto codicial y doctrina iuscorporalista

7. El Código de Derecho Canónico de 1917, el primero de los dos códigos que ha tenido la Iglesia católica de rito latino, significó, en lo que a matrimonio se refiere, la culminación de este proceso iniciado largo tiempo antes.

En efecto, el canon 1081 § 2 del Código de 1917²⁵ entendió el objeto esencial del consentimiento matrimonial como un *ius in corpus*, es decir, un derecho al cuerpo del otro cónyuge, pero no cualquier derecho al cuerpo, sino que el derecho que el

HERVADA, J., - LOMBARDÍA, P., *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico III. Derecho matrimonial (I)* (Pamplona 1973) 178-81.

²² Mostaza (n. 20) 75 y las fuentes allí citadas.

²³ *Ibid.*, p. 76.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CIC 1917 can.1081 § 1. «El matrimonio lo produce el consentimiento entre personas há-

mismo código especificaba al señalar que se trataba de un *ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*, esto es, un derecho al cuerpo en orden a los actos por sí aptos para la generación de la prole, *ius* que el propio Código calificaba de perpetuo y exclusivo²⁶. Desde esta perspectiva, la mayoría de los canonistas aceptaban que, de acuerdo al código pío-benedictino, la esencia del matrimonio *in fieri*, es decir, del matrimonio entendido como contrato, era la entrega y aceptación del derecho al cuerpo, perpetuo y exclusivo, en orden a los actos por sí aptos para la generación de la prole; en tanto que la esencia del matrimonio *in facto esse*, es decir, del vínculo que surgía como consecuencia del contrato, era el derecho y deber mutuo, exclusivo y perpetuo, sobre el cuerpo de la comparte en orden a los actos idóneos para la generación²⁷.

Complementaba lo anterior el canon 1013 § 1 según el cual «la procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario»²⁸. Partiendo de este canon la doctrina iuscorporalista resaltó sobremanera el fin primario del matrimonio, subordinando del todo los secundarios, al punto que éstos no se entendían sino ordenados al primario. Paradigmática en este sentido fue una sentencia del Tribunal de la Rota Romana de 1944²⁹ en la que se afirmaba que la ayuda mutua y el consorcio de toda la vida entre dos personas puede darse también fuera del matrimonio, mientras que en el matrimonio, lo que los distingue, es su interna relación al fin primario³⁰. En otras palabras, «el derecho al consorcio de toda la vida y la mutua ayuda en su origen está intrínsecamente dependiente del derecho principal a los actos generativos y no a la inversa. El fin secundario es complementario del fin primario»³¹. Con mayor razón se subordina a la procreación el fin secundario del remedio de la concupiscencia³².

biles según derecho, legítimamente manifestado; consentimiento que por ninguna potestad humana puede suplirse. § 2. «El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos para engendrar prole.»

²⁶ Hervada-Lombardía (n. 21) p. 186-87.

²⁷ OLMOS ORTEGA, M^a E., *La definición del matrimonio y su objeto esencial: 1917-1960*, en *Curso 7* (Salamanca 1986) 13-14; AZNAR GIL, F., *El nuevo derecho matrimonial canónico*, 2 ed., (Salamanca 1985) 71-2.

²⁸ CIC 17 can.1013 § 1. «*La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario. § 2. La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento.*»

²⁹ *Coram Wynen*, 22 enero 1944, en SRRD 36/1944, p. 60-71.

³⁰ «*Mutuum adiutorium et totius vitae consortium inter duas personas diversi sexus etiam 'extra matrimonium' haberi potest, sive per modum solius facti, uti inter fratrem et sororem una viventes, sive xi explicitae conventionis de mutuo adiutorio sibi invicem praestando. Ideo mutuum adiutorium vitaeque communio, in quantum dicuntur et 'sunt matrimonii' propria eiusque 'secundarius finis operis', considerari debent secundum proprietatem specialem, qua distinguuntur a qualibet alia communione vitae, cum mutuo adiutorio coniuncta. Distinguuntur autem 'interna sua relatione ad finem primum', quo fine coniunctio coniugalís a qualibet alia hominum associatione discernitur*». Las palabras resaltadas lo están en el original. *Ibid.*, p. 65 n.21.

³¹ Olmos (n. 27) 23.

³² El elenco de fines y su ordenación jerárquica no está en los documentos del magisterio

Concebido el matrimonio sobre la base contractualista y definiendo su esencia en la forma recién expuesta, el amor conyugal dejaba de tener relevancia jurídica, quedando reducido tan sólo a una condición para el éxito del mismo. No es de extrañar, entonces, que, exasperando la lógica contractualista, pudiera escribirse que «aun en el caso extremo de aquél que con intención de venganza familiar desposase una mujer con la precisa intención de hacerla sufrir, de hacer de su vida un martirio, y de hacer sufrir y humillar a sus parientes, habría un pecado mortal de parte suya, pero si no hubiese excluido con un acto positivo de voluntad la entrega-aceptación del derecho al cuerpo, ni alguno de los tres elementos de la prole, fidelidad y la indisolubilidad, el matrimonio permanecería válido, no pudiendo invalidarlo la intención de causar daño, el fin perverso propuesto; válido incluso en el caso del hombre que, siempre sin excluir la entrega-aceptación y los tres bienes, ya meditase dar muerte a la mujer»³³.

b) crítica de las doctrinas personalistas

8. El planteamiento anterior, centrado exclusivamente en una concepción iuscorporalista del matrimonio, no satisfizo a todos, por lo que desde los años veinte se elevaron voces entre los autores tratando de resaltar el carácter más personalista del matrimonio. Se han sintetizado así las causas que dieron origen a este nuevo planteamiento³⁴: i) la escasa consideración al amor de los esposos; ii) la excesiva valoración del *ius in corpus* que llevaba a sostener que la única finalidad de la cópula conyugal era meramente procreativa; iii) el progreso de las ciencias biológicas, psicológicas, antropológicas, que significaron un cambio en la consideración de la persona humana, enaltecendo los valores personales y no sólo procreadores de la relación matrimonial; iv) el intento de explicar y dar sentido al matrimonio de los estériles y ancianos que no podían cumplir el fin primario del matrimonio entendido por el código como la procreación y educación de los hijos.

i) autores italianos

9. El primero en adelantar estos nuevos criterios fue el italiano Camilo Viglino³⁵ al

antiguo, sino que es el canon 1013 § 1 el primer documento oficial de la Iglesia en el que constan. Cfr. NAVARRETE, U., *Structura iuridica matrimoni secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis* (Roma 1968) 24-43 = *Periodica* 56 (1967) 361-68 nn. 14-18. Este trabajo fue antes publicado en *Periodica* 56 (1967) 357-83; 554-78; 57 (1968) 131-67, 169-216.

³³ JEMOLO, A.C., *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917* (Bologna 1993) 123-24.

³⁴ OLMOS (n. 27) 25.

³⁵ VIGLINO, C., *Un curioso equivoco sull'impotenza in diritto canonico*, en *Il Diritto Ecclesiastico Italiano* 34 (1923) 1-26; El mismo, *Un curioso equivoco sull'impotenza al matrimonio in diritto canonico. (Nota aggiunta)*, *ibid* 84-85; El mismo, *Ultime sentenze della S.Rota sull'impotenza al matrimonio*, *ibid* 37 (1926) 163-73; El mismo, *Una nuova teoria sulla sterilitas e alcune osservazioni a una recensione*, *ibid* 38 (1927) 149-54; El mismo, *Un'interessante sentenza della S.Romana Rota sull'impotenza*, *ibid* 38 (1927) 272-75; El mismo, *In che consiste l'una caro, oggetto del matrimonio*, *ibid* 378-95; El mismo, *Fondamento dell'indisolubilità del matrimonio è il valore morale dell'unione sessuale?*, *ibid* 39 (1928) 313-22; El mismo, *Oggetto e fine primario del matrimonio*, *ibid* 40 (1929)

que en la misma Italia siguieron autores como Biagio Brugi³⁶, Vincenzo Micelli³⁷, Luigi Cornaggia Medici³⁸ y otros³⁹. La discusión y sus escritos se desarrollaron principalmente en torno a la impotencia que dirimía el matrimonio.

Según el primero, la esencia del matrimonio consiste en la mutua integración físico-psíquica de los cónyuges o, mejor dicho, en la unión de las almas que proviene del amor mutuo, personal y espiritual, que se obtiene a través de la unión de los cuerpos. Para este autor la intimidad que se produce por la unión sexual de los esposos no es lo que define el matrimonio porque ella puede producirse con cualquier unión sexual entre un hombre y una mujer. El matrimonio es mucho más que eso; el objeto del contrato matrimonial es «hacer que dos sean una sola carne... hacer que dos almas se encuentren, más allá de la barrera de los cuerpos, en un cuerpo sólo, para que se enriquezcan recíprocamente de toda la otra, iniciando esa integración universal del género humano, que es el objeto final de la creación, según la palabra de Cristo al Padre: *ut omnes unum sit*»⁴⁰.

Consecuente con lo anterior, este autor distingue en el matrimonio dos fines: i) el fin ‘esencial’ que es la unión sexual (que dos sean una sola carne); y ii) el fin ‘primario’ que es la procreación, accidental al matrimonio y efecto del mismo. No es esencial porque el fin esencial del matrimonio es «ser dos en una sola carne» y, por lo mismo, «sólo la incapacidad de ser dos en una sola carne hace inválido el matrimonio»⁴¹.

Los otros autores se expresan en términos similares. Para Brugi la esencia del

142-49. Este autor publicó otros artículos en diversas revistas especializadas (v.gr. *Monitore dei Tribunali*, *Rassegna di studi sessuali*, *Archivio di antropologia criminale e medicina legale*) en los que se repiten las ideas de los que hemos mencionado.

³⁶ BRUGI, B., *L'articolo 107 del codice civile italiano e lo scopo del matrimonio*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 5 (1925) 113-17.

³⁷ MICELLI, V., *Ancora sull'articolo 107 del codice civile italiano e lo scopo del matrimonio*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 6 (1926) 285-90.

³⁸ CORNAGGIA MEDICI, L., *Sull'essenza del matrimonio e di due recenti scritti sull'impedimento dell'impotenza*, en *Il Diritto Ecclesiastico Italiano* 39 (1928) 398-42; El mismo, *I capaci alla copula che si conoscono incapaci alla generazione possono validamente contrarre il matrimonio?*, *ibid* 41 (1930) 3-10; El mismo, *L'impotenza a generare si può proporre come causa di annullamento del matrimonio?*, *ibid* 42 (1931) 217-88.

³⁹ V.gr. ROBILAT, E. di, *Il fine e l'essenza del matrimonio in alcune recenti dottrine*, en *Il Diritto Ecclesiastico* 62 (1951) 697-729; VASALLI, F., *Del 'ius in corpus', del 'debitum coniugale' e della 'servitù d'amore' ovverossia la dommatica ludrica* (Roma 1944).

⁴⁰ “Ecco quindi l'oggetto del contratto: far esser due in una sola carne, render termine di ciascun principio di esistenza due esistenze, far incontrare due anime oltre la barriera dei corpi, in un corpo solo, perchè si arriscchiscano reciprocamente di tutta l'altra, iniziando quell' integrazione universale del genere umano, che è scopo finale della creazione, secondo le parole di Cristo al Padre: *ut omnes unum sit!*”. Viglino, *Oggetto e fine* (n. 35) 146.

⁴¹ “Per poter esser marito e moglie bisogna essere due in una sola carne; ma per questo non bisogna essere altres' padre e madre', Quelli che non possono divenire padre e madre possono esser due in una sola carne non meno di coloro que possono divenirlo: basta possano congiungersi. È questo che fa marito e moglie di fatto. L'opus coniugale è coniugale in quanto fa esser due in una sola carne, non in quanto faccia essere padre e madre. Tale è sempre stata anche la convizione universale di tutto genere umano, e, in un istituto di diritto naturale, questo è qualche cosa”. *Ibid*, p. 147.

matrimonio es la unión sexual, pero entendida como acceso y fusión de las almas a través de la unión de los cuerpos; de allí que la unión sexual tenga una finalidad prevalentemente afectiva, en contraste con la exclusivamente sexual de las uniones extramatrimoniales. Explica este autor que la procreación es un fin primario del matrimonio por la importancia que tiene, pero esa importancia no quita al matrimonio su razón de ser⁴². Por su parte Micelli entendía que el matrimonio es el vínculo más íntimo de dos personas; considerarlo sólo como un medio para la procreación suponía infravalorar la personalidad humana y ponerlo al mismo nivel que el acoplamiento entre animales⁴³.

ii) autores alemanes

10. Los autores italianos habían desarrollado sus ideas principalmente en la década de los veinte y la primera mitad de los treinta. A ellos se unieron autores alemanes en los años que van entre 1935 y 1945, en parte, en un esfuerzo para oponer «una barrera de espiritualidad a la monstruosa doctrina nazi acerca de la sexualidad humana y el matrimonio» según la cual no tenían otro significado que producir hijos para el estado nazi⁴⁴.

Los autores alemanes, más radicales que los italianos, elaboraron una teoría completa acerca del matrimonio sin preocuparse de la doctrina tradicional y la expusieron con coherencia aun cuando estuviera en contraste con ésta; los italianos, en cambio, aun cuando habían introducido elementos nuevos, estaban dentro de los postulados de la doctrina tradicional en muchas cuestiones. De los numerosos autores germanos destacan dos: Herbert Doms y Bernardin Krempel.

Herbert Doms⁴⁵ criticó la doctrina tradicional sobre el matrimonio, sistematizada

⁴² Citando una sentencia de la Corte de Apelaciones de Milán de octubre de 1922, transcribe y hace suyo el siguiente párrafo de la misma: “È di essenza al matrimonio la unione sessuale, cha va intesa come avvicinamento e fusione delle anime attraverso l’unione dei corpi, alla quale va quindi attribuita una finalità prevalentemente affettiva di fronte allo scopo esclusivamente sessuale delle unione extramatrimoniali. Per ciò la capacità copulativa deve essere ritenuta sufficiente a consumare il matrimonio, ossia a perfezionarlo e a dargli ragione d’essere, derivando da essa la mutua integrazione fisico-psichica dei coniugi. La procreazione è fine accidentale, per quanto primario; primario nel senso di primaria importanza, non di prevalenza tanto da rendere il matrimonio senza ragione, mentre l’unione sessuale e la procreazione sono due forme della stessa sostanza, e di conseguenza entrambe capitali, l’una appunto riguardo ai coniugi direttamente, l’altra rispetto alla perpetuazione della loro integrazione, donde l’effetto che anche solo la prima sia sufficiente ad escludere l’impotenza nel senso voluto dall’art.107”. Brugi (n. 36) 116-17.

⁴³ “Noi non possiamo più riguardare il matrimonio quale un mezzo di procreazione, senza menomare la personalità umana e mettere il matrimonio allo stesso livello degli accoppiamenti animaleschi... A causa del suo carattere etico, il matrimonio si differenzia dagli accoppiamenti animaleschi e non può aversi che nel mondo umano. Esso è il completamento delle personalità per mezzo delle differenze dei sessi... Essa ha un valore etico per sè stante, che deriva da quella forma specifica di completamento dei sessi, che non si può conseguire se non per mezzo di quella specifica fusione materiale di due personalità ad essa caratteristica, e perciò non può essere regolata se non in base ai criteri desunti da questa sua stessa natura...”. Micelli (n. 37) 286-88.

⁴⁴ KOZUL, S. D., *Evoluzione della dottrina circa l’essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II* (Vicenza 1980) 190 n. 1.

⁴⁵ DOMS, H., *Vom Sinn und Zweck der Ehre* (Breslau 1935) = *Du sens et de la fin du mariage*

principalmente por Santo Tomás de Aquino, y expuso su propio pensamiento sobre la esencia y fines del matrimonio separándose radicalmente de la enseñanza común. Doms consideraba que la doctrina tradicional-tomista sobre el matrimonio no podía continuar aceptándose: i) por imperfecta, pues no valorizaba suficientemente el amor conyugal que en la exposición tradicional no tenía ningún valor; ii) por ser erróneas las ideas biológicas del medioevo en las que se fundaba la doctrina del aquinate, superadas por la ciencia moderna, para quien, además, la cópula sólo era generativa; iii) por ilógica, pues las propiedades esenciales de la unidad y la insolubilidad - elementos intrínsecos del matrimonio- se hacen derivar de la prole, que no es sino un elemento extrínseco; iv) además, no proporciona un motivo justo para la insolubilidad y unidad de aquellos matrimonios en los que, desde un principio, se sabe que no habrá descendencia⁴⁶.

Para este autor el hombre y la mujer han sido hechos para completarse en la plena comunión de vida que él llama *Zweienigkeit*, esto es, 'unidad a dos', que para ser realizada exige de los esposos una mutua donación que se extiende a todos los bienes físicos y espirituales⁴⁷. Es esta unidad a dos, *Zweienigkeit*, la esencia del matrimonio y se obtiene con el acto conyugal que tiene como objeto propio la realización de la unidad a dos de los esposos en el orden real; comienza con la fusión de los cuerpos pero alcanza su culminación en la fusión de las almas⁴⁸. De allí que, por ser esta unidad la esencia del matrimonio, y puesto que ella abarca toda la vida de los cónyuges y no sólo la unidad de los cuerpos, la impotencia *coeundi* no dirime por derecho natural el matrimonio; es por lo que los matrimonios de ancianos, en los que no existe potencia *coeundi*, son válidos porque en ellos la unidad a dos, *Zweienigkeit*, se realiza en otros sectores de la vida.

Los fines del matrimonio serían dos: i) el perfeccionamiento y complementación de los esposos, y ii) la procreación de la prole; pero rechaza la jerarquía de fuentes

(Paris 1937) = *The meaning of marriage* (New York 1939) = *Significato e scopo del matrimonio* (Roma 1946). Además, El mismo, *Du sens et de la fin du mariage. (Reponse au Père Boigelot)*, en *Nouvelle Revue Theologique* 66 (1939) 513-38; El mismo, *Amorces d'une conception personaliste du mariage d'après St. Thomas*, en *Revue Thomiste* 45 (1939) 754-63.

⁴⁶ Cfr. LANZA, A., *De fine primario matrimonii I. Novae quorundam recentiorum sententiae*, en *Apollinaris* 13 (1940) 64-66.

⁴⁷ "L'acte sexuel a son origine dans les profondeurs de l'esprit, pour autant qu'il est voulu librement et qu'il contient l'abandon de toute la personne à son partenaire. Dans l'acte sexuel parfait, digne d'êtres humains, les deux partenaires se saisissent réciproquement dans l'intime amour, s'est-à-dire spirituellement, ils se font réciproquement d'eux-mêmes dans un acte qui contient l'abandon et la jouissance de toute la personne et non pas simplement une activité isolée d'organes. En raison de cette saisie aimante de toute la personne par l'esprit, saisie qui est liée à l'abandon sexuel parfait et qui le porte, l'acte sexuel humain est spécifiquement différent de l'acte sexuel animal. Encore une fois, il n'est pas simple exercice d'un appareil organique déclenché par une libre décision de la volonté à la manière d'un acte 'impéré'. La compénétration de la sexualité et de la spiritualité dans l'homme est si forte que l'esprit lui-même pénètre la sexualité, l'ordonne et la transfigure et que, si les actes de la partie sensible de la nature humaine ont déjà un certain pouvoir pour exprimer un contenu ou un acte spirituel, l'acte sexuel, lui, possède cette valeur d'expression d'une manière toute spéciale". Doms, *Du sens* (n. 45) 105.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 170-76.

establecida en el Código de 1917, valiéndose para ello de un triple argumento:

i) psicológico, según el cual la experiencia cotidiana muestra que no es la procreación lo que mueve a un esposo hacia el otro en el acto conyugal, sino que es el amor recíproco. El instinto sexual no se incita hacia una persona posible -la prole-, sino hacia una persona real, el otro cónyuge⁴⁹;

ii) biológico, según el cual la cópula tan sólo crea los presupuestos necesarios para que se produzca la procreación, la que queda del todo fuera de la voluntad de los esposos; de allí que se pueda afirmar que el fin próximo del acto sexual es la unión de las personas y, por lo mismo, el acto sexual de los cónyuges no debe subordinarse a la prole, sino que a ésta debe considerarse sólo un efecto del acto conyugal⁵⁰;

iii) ontológico, según el cual el hombre y la mujer, que en cuerpo y alma están profundamente definidos por su masculinidad y feminidad, se sienten llamados, desde lo más profundo de su ser a formar la sociedad conyugal, pues en ella se realiza la *Zweienigkeit* que les permitirá lograr la plenitud de sus personalidades. Es en la sociedad conyugal donde se realiza el complemento de sí mismos en el otro⁵¹.

Las ideas de este autor despertaron gran interés y no menos críticas⁵², toda vez que en muchos puntos eran contrarias a la enseñanza tradicional y común de la Iglesia católica sobre el matrimonio.

⁴⁹ “L’union de l’homme et de la femme, soit pour engendrer ensemble, soit pour entrer ensemble en d’autres unions vitales, a toujours le même fondement: c’est qu’il est impossible à l’être humain de traverser la vie en individu isolé. Mais quand l’homme et la femme s’unissent en mariage pour la communauté sexuelle, ils dirigent leur regard l’un sur l’autre et non sur un troisième, l’enfant. Le principe d’unité, dans l’unité à deux conjugale, repose sur la propriété spécifique de la communauté sexuelle humaine elle-même”. *Ibid*, p. 28. “Le désir élémentaire de la nature humaine, y compris l’instinct sexuel conscient, n’a pas pour objet des personnes encore simplement possibles, ni un achèvement qui viendrait d’elles, ni la conservation et la puissance de l’espèce; il a pour objet des relations avec une personne présente, l’achèvement propre du sujet et celui du partenaire dans une relation, à la fois corporelle et spirituelle, toute palpitante de vie”. *Ibid*, p. 48.

⁵⁰ “Il résulte de cet état de choses que les organes et actes sexuels en servent pas seulement ni d’abord et immédiatement au bien de l’espèce par opposition à l’accomplissement des personnes déjà existantes, mais d’abord et immédiatement à la perfection des porteurs de ces organes, qui posent ces actes et à celle de leurs partenaires. Les organes sexuels n’ont pas la même importance vitale ni la même nécessité que beaucoup d’autres organes, mais leur présence et leur fonction son cependant de haute importance pour la perfection, le *bene esse* de leurs porteurs et des partenaires de ceux-ci... Nous arrivons ainsi à la conclusion que l’appareil et l’acte sexuels et l’effet de cet acte sont destinés à servir immédiatement au moins autant à la perfection des époux qu’à celle de la progéniture”. *Ibid*, p. 46-47.

⁵¹ *Ibid*, p. 27-37.

⁵² V. gr. LAVAUD, B., *Sens et fin du mariage. (La thèse de Doms et la critique)*, en *Revue Thomiste* 44 (1938) 737-65; BOIGELOT, R., *Du sens et de la fin du mariage*, en *Nouvelle Revue Théologique* 66 (1939) 5-33; El mismo, *Réponse au Dr.Doms*, *ibid* 66 (1939) 539-50; GERLAUD, M. J., *Le mariage: A propos d’un livre récent*, en *Revue Apologétique* 67 (1938/II) 193-212. Este último termina su crítica con estas palabras: «Au terme de cette étude, nous devons rendre hommage au Dr.Herbert Doms, et reconnaître le haut mérite de son ouvrage. L’auteur n’a pas craint de prendre ses responsabilités; il a souligné avec vigueur la valeur immanente du mariage chrétien que l’on était tenté d’oublier; si nous ne le suivons pas dan tout le développement de sa thèse, nous louons la force de sa pensée, sa valeur theologique: ce livre éclaire et fait penser».

11. Bernardin Krempel⁵³ es el otro autor alemán que destaca entre los que en dicha nación se ocuparon del tema. Su obra, la mejor elaborada de todos los que le precedieron, se esfuerza por basarse en los principios de Santo Tomás, pero forma parte de aquella corriente de pensamiento empeñada en dar al matrimonio una interpretación diversa de la comúnmente aceptada, sometiendo a severa crítica la doctrina tradicional de la esencia y fines del matrimonio.

Para este autor el matrimonio es «la comunidad de dos personas de sexo diverso realizada mediante el libre consentimiento, que tiene por fin la comunión de vida». La esencia del matrimonio es la comunión de vida, por lo que, contradiciendo lo fijado en el *Codex* de 1917 sostiene que no se puede afirmar con absoluta certeza que la impotencia *coeundi* constituya un impedimento de derecho natural. El fin próximo esencial del matrimonio es la ‘comunión de vida’, *Lebensvereinigung*, ordenada por sí al perfeccionamiento de la persona de los cónyuges y no al bien de la especie ni a relajar la tensión sexual; la cópula, por ende, es sólo manifestación exterior de esa comunión de vida, con lo que se alejaba de la doctrina tradicional, para la cual la cópula es el medio necesario para obtener el fin primario del matrimonio que es la procreación; y de Doms, para quien la cópula es el medio de actuación de la ‘unidad a dos’ *Zweienigkeit*. Para Krempel la prole es el fruto precioso de la ‘comunión de vida’, expresión estable y sustancial de la *Lebensvereinigung* matrimonial.

iii) la respuesta del magisterio

12. La concepción personalista -al menos en sus autores alemanes- se apartaba claramente del Código canónico y de la doctrina tradicional al colocar el amor y el perfeccionamiento de los cónyuges como fin prevalente del matrimonio, considerando a la procreación más como resultado de la unión de los cónyuges que como fin del matrimonio. No es de extrañar, entonces, que la crítica no se hiciera esperar; y ella vino de la doctrina⁵⁴ y del propio magisterio pontificio.

La primera intervención del magisterio se produjo el 31 de diciembre de 1930 con la encíclica *Casti connubi* de Pío XI (1922-1939), fecha en la que ya habían aparecido los principales escritos de Viglino, de Brugi y de Micelli. Esta encíclica, sin embargo, no se planteó críticamente ante estos autores; más bien había en ella párrafos que parecieron respaldarlos con expresiones que evocan a estos autores italianos: «Por obra, pues, del matrimonio se juntan y funden las almas aún antes y más estrechamente que los cuerpos, y esto no con un afecto pasajero de los sentidos o del espíritu, sino con una determinación firme y deliberada de las voluntades, y de esta unión de las almas surge, porque así Dios lo ha establecido, el sagrado e inviolable vínculo matrimonial» (n.5).

No obstante, la misma encíclica corroboraba en términos que no merecían duda

⁵³ KREMPEL, B., *Die Zweckfrage der Ehe in neuer Beleuchtung, begriffen aus dem Wesen der beiden Geschlechter im Lichte der Beziehungslehre des hl. Thomas* (Einsiedeln-Köln 1941).

⁵⁴ Lanza (n. 46) 57-83; El mismo, *De fine primario matrimonii II. Communis doctrinae explicatio et defensio*, *ibíd*, p. 218-64; *III. Criticae animadversiones in recentiorum sententias*, *ibíd*, 14 (1941) 12-39; El mismo, *Sui fini del matrimonio. (A proposito di un libro recente)*, en *La Scuola Cattolica* 71 (1943) 153-63; URDANOZ, T. de, *Otro grave problema moral en torno al matrimonio*, en *Boletín de Teología Moral* (1943-1994) 230-59. Se refiere al libro de Krempel (n. 53).

la procreación como fin esencial del matrimonio al que debían necesariamente referirse los fines secundarios: «Hay, pues, tanto en el mismo matrimonio, como en el uso del derecho matrimonial, fines secundarios, v.gr.el auxilio mutuo, el fomento del amor recíproco y la sedación de la concupiscencia, cuya consecución en manera alguna está vedada a los esposos, siempre que quede a salvo la naturaleza intrínseca de aquel acto y por ende su subordinación al fin primero» (n.39).

13. Fue el sucesor del autor de esta encíclica, Pío XII (1939-1958), quien asumió la crítica explícita de la doctrina personalista. La hizo cuando a los autores italianos se habían sumado los alemanes. El 3 de octubre de 1941 Pío XII se dirigía al Tribunal Apostólico de la Rota Romana⁵⁵ y, refiriéndose precisamente a la incapacidad somática para contraer matrimonio, precisaba la necesidad de evitar dos tendencias: la primera «la que al examinar los elementos constitutivos del acto de la generación da peso únicamente al fin primario del matrimonio, como si el fin secundario no existiera; y aquella que considera el fin secundario como igualmente principal, desvinculándolo de su esencial subordinación al fin primario... En otras palabras, si la verdad está en el medio, hay que huir de dos extremos: de una parte, negar prácticamente o deprimir excesivamente el fin secundario del matrimonio; de otra, disolver o separar desmesuradamente el acto conyugal del fin primario al cual está primeramente y de modo principal ordenado según toda su intrínseca estructura». No había ninguna referencia a algún autor en particular, pero era evidente la clara alusión a los autores personalistas.

14. Poco después, el 1 de abril de 1944, la Sagrada Congregación del Santo Oficio expedía un decreto referido explícitamente a los fines del matrimonio⁵⁶ en el que tomaba postura frente a estas doctrinas, declarando que no podían admitirse los diversos planteamientos aparecidos en los últimos años que aseguraban que el fin primario del matrimonio no era la generación de la prole, así como que los fines secundarios no estaban subordinados al fin primario, sino que, por el contrario, eran igualmente principales e independientes.

15. Años después el mismo pontífice volvía sobre el tema en una alocución a las matronas italianas, el 29 de octubre de 1951⁵⁷, recordando el decreto del Santo Oficio y repitiendo que no podían admitirse las referidas opiniones «de autores recientes» que se oponían a la tradicional enseñanza de la Iglesia sobre el matrimonio: «La verdad es que el matrimonio, como institución natural, en virtud de la voluntad del Creador, no tiene como fin primario el íntimo perfeccionamiento de los esposos, sino la procreación y educación de la prole. Los otros fines... no se encuentran en el

⁵⁵ AAS 33 (1941) 421-26 esp.423, ahora en BERSINI, F. (a cura di), *I discorsi del Papa alla Rota* (Libreria Editrice Vaticana 1986) 7-12 esp.9. La traducción es mía.

⁵⁶ Suprema Sacra Congregatio S.Officii, *Decretum de finibus matrimonii*, en AAS 36 (1944) 103. Su texto se publicó en Chile por la Revista Católica; en dicho documento se responde “negativamente” a la siguiente cuestión propuesta a la Congregación: “Si puede admitirse la opinión de ciertos autores modernos, quienes niegan que el fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole, o enseñan que los fines secundarios no se hallan esencialmente subordinados al primario, sino son igualmente principales e independientes (del primero)”. Vid. RC 44 (1944) 916 p.398.

⁵⁷ AAS 43 (1951) 835-54 esp. 849.

mismo nivel, y todavía menos le son superiores, sino que están esencialmente subordinados. Esto vale también para los matrimonios infecundos». Las referencias a los planteamientos personalistas eran claras y también el rechazo de los mismos.

Pero no se trataba de rechazar sin más los doctrinas personalistas; en la misma alocución se lee: «¿Se quiere con esto negar o disminuir cuanto hay de bueno o de justo en los valores personales resultantes del matrimonio y de su actuación? Ciertamente no, porque a la procreación de la nueva vida el Creador ha destinado en el matrimonio seres humanos hechos de carne y de sangre, dotados de espíritu y corazón, y ellos son llamados en cuanto hombres, y no como animales irracionales, a ser los autores de su descendencia». Es por eso que «reducir la cohabitación de los cónyuges y el acto conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de los gérmenes sería convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico».

16. La virtualidad de los planteamientos personalistas, no obstante su condena, fue haber iniciado la confrontación indispensable e inevitable entre la doctrina tradicional y los modernos conocimientos que sobre el hombre se iban alcanzando gracias a los avances de la biología, la psicología y las, en general, denominadas ciencias del hombre; su debilidad estuvo en exagerar algunos de esos nuevos conceptos sobre el hombre, pero este es el destino del trabajo de los pioneros⁵⁸.

De momento la discusión no continuó, pero el problema no estaba resuelto, por lo que una nueva confrontación de ideas era sólo cuestión de tiempo. La oportunidad la brindó el Concilio Vaticano II.

iv) ecos de las doctrinas personalistas en Chile

17. Ninguno de los planteamientos de corte personalista que hemos visto tuvo mayor eco en Chile ni en sede canónico-teológica, ni en sede jurídico-civil.

a') estudios canónicos y teológicos

18. No es abundante la literatura canónica en Chile durante la primera mitad de este siglo; Gonzalo Arteché⁵⁹ y Carlos Hamilton⁶⁰ son los más conocidos en los años cuarenta y Francisco Vives⁶¹ en la década de los cincuenta. En sus obras, de carácter manualístico y divulgativo, hay referencias al matrimonio pero todas ellas enmarcadas en la doctrina del código canónico, de manera tal que se limitan a reproducir las escuetas palabras codiciales agregando poco más de lo que ellas dicen. Vives, que escribe en 1959, vísperas del Concilio Vaticano II, expresa todavía que el «fin primario del matrimonio no puede faltar, por lo menos implícitamente, en la intención de los contrayentes, pues, es tan necesario y esencial, que sin él no puede haber matrimonio válido. En cambio, el fin secundario, considerado independientemente del primario, en cuanto redundante en la comunidad de vida, que pertenece a la integri-

⁵⁸ Kozul (n. 44) 207.

⁵⁹ ARTECHE, G., *El Código de Derecho Canónico traducido y comentado* 2 (Padre Las Casas 1945) 141-46.

⁶⁰ HAMILTON, C., *Manual de Derecho Canónico* (Santiago 1949) 236-61 esp. 241-2.

⁶¹ VIVES, F., *Nociones de Derecho Canónico. Lo que un seglar debe saber de Derecho Canónico* (Santiago 1959) 75-94 esp. 77-8.

dad, pero no a la substancia del matrimonio, puede faltar en algún caso, sin perjuicio de la validez del mismo»⁶².

Otros títulos aparecidos en el ámbito canónico, en especial algunas memorias de licenciado, no difieren de esta línea⁶³.

19. Y si del campo canónico nos vamos al teológico no cambia el panorama: el tema no interesa o, si es abordado, lo hacen sin referencia alguna a las doctrinas personalistas que hemos visto. Basta con revisar las páginas de la *Revista Católica* o los *Anales de la Facultad de Teología* de la Universidad Católica para comprobar el nulo eco que dichas doctrinas tuvieron en Chile. Tan sólo la *Revista Católica*, publicó en sus páginas el decreto de la Congregación del Santo Oficio de 1944⁶⁴ sobre el fin primario del matrimonio, pero, al parecer, no consideró necesario hacer referencia a los textos de Pío XII que criticaban dichas doctrinas.

20. Tampoco hay nada entre los documentos episcopales chilenos anteriores al Concilio Vaticano II⁶⁵ como no sea la preocupación de los obispos por el número creciente de nulidades matrimoniales civiles fraudulentas que empieza a experimentarse por esos años y que los llevó a la expresa condenación de las mismas en 1941⁶⁶, condena ratificada en el Concilio Plenario chileno celebrado en 1946⁶⁷ y comple-

⁶² *Ibíd.*, p. 78.

⁶³ V.gr. GONZÁLEZ URZÚA, S., *La validez del matrimonio en el Derecho canónico* (Memoria Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago 1953, inédita) quien dedica unas muy breves líneas al tema: «No está de más decir que algunos tratadistas modernos, siguiendo a Fichte, quien había enseñado que el fin primario del matrimonio es el 'complemento mutuo de la personalidad de los cónyuges, mediante el intercambio de las propiedades sexuales', sostienen que el fin primario del matrimonio es la 'mutua perfección y complemento de los cónyuges' teoría ésta que fue condenada por el Santo Oficio en abril de 1944". Algunas memorias siguen sin más la doctrina tradicional, v.gr. Alcalde MOLLER, L. E., *De la nulidad del matrimonio por causa de miedo ante el Derecho canónico y civil* (Memoria Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago 1966, inédita); y otros simplemente no tocan el tema, v.gr. LYON OSSA, B., *Impedimentos dirimentes en el Derecho canónico* (Memoria Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago 1962, inédita); MELO MOLINA, E., *Estudio comparativo de los impedimentos matrimoniales en el Derecho civil y en el Derecho canónico* (Memoria Escuela de Derecho Universidad Católica de Chile, Santiago 1967, inédita).

⁶⁴ RC 44 (1944) 916 p. 398.

⁶⁵ Vid. v. gr. *Documentos de la Conferencia Episcopal de Chile. Introducción y textos 1952-1977. Primera parte: 1952-1962*. Trabajo de investigación del Equipo de Servicios de la Juventud (s.l., s.d.). Hay que tener presente que se trata de una publicación selectiva de documentos.

⁶⁶ *La pena de excomunión en el divorcio*, en RC 39 (agosto-septiembre 1941) 884 p. 372-73.

⁶⁷ *Concilium Plenarium Chilensis Primum in urbe S.Iacobi in Chile anno Domini M.CM.XLVI celebratum* (Santiago 1955) decretos 403 y 404. Decreto 403: "Se declara para todas las Provincias Eclesiásticas de Chile, como pecado reservado con excomunión *latae sententiae* reservada al Ordinario del lugar, el entablar o proseguir, con malicia o dolo, la acción judicial para obtener la nulidad del contrato civil, cuando éste coexiste con el verdadero matrimonio religioso; pues, este delito es pernicioso al matrimonio cristiano, propicio al divorcio y causa de inmoralidad social. Incurrer en esta censura y pecado reservado, con tal que obren dolosamente, y aunque el vínculo civil sea nulo y pueda anularse, porque se

mentada en 1956 por la Conferencia Episcopal de Chile⁶⁸.

b') estudios jurídico-civiles

21. Hemos visto que, al menos entre los personalistas italianos, las reflexiones se plantearon en torno al tema de la impotencia. Este impedimento matrimonial, recogido también por la ley chilena de matrimonio civil de 1884⁶⁹, dio origen en la primera mitad de este siglo a alguna discusión jurisprudencial⁷⁰ centrada más bien en el alcance que debía darse a este concepto -si sólo impotencia «*coeundi*» o también «*generandi*»- discusión que se extendió a algunos autores⁷¹; pero ni en unas ni en otras es posible encontrar ideas que nos permitan reconocer en ellas ecos de autores personalistas.

No es de extrañar, en consecuencia, que las obras de estos autores italianos y

han puesto pretextos con dolo, a fin de que enseguida pueda declararse la nulidad: a) el cónyuge o cónyuges; b) los abogados que defienden la causa; c) los testigos que aseguran una cosa falsa; d) los jueces que amparan el engaño; e) los que cooperan en cualquier forma, para obtener la nulidad". Decreto 404: "Igualmente se declara pecado reservado con excomunión *latae sententiae*, reservada al Ordinario del lugar, el de aquellos que se atreven a contraer el vínculo civil, subsistiendo el matrimonio religioso de cualquiera de los contrayentes. Del mismo modo, los testigos que intervienen para tal gestión". Los decretos de este concilio fueron promulgados el 12 de septiembre de 1955 y derogados por Juan Pablo II el 5 de noviembre de 1983, derogación que entró en vigencia en marzo de 1984. Cfr. *Servicio* 81 (marzo 1984) 11. Vid. MEDINA E., J., *Divorcio y excomunión. Terminó la excomunión, ¿y ahora qué?* (Santiago 1984).

⁶⁸ Cfr. Vives (n. 61) 88. La Conferencia episcopal agregó que incurrían en la excomunión *latae sententiae* los cónyuges contemplados en la letra a) del decreto 403 aunque sólo negativa o indirectamente consintieran o favorecieran entablar o seguir el proceso judicial para obtener la nulidad del contrato civil, cuando éste coexistiera con el verdadero matrimonio religioso. Declaraba, además, que esta ley prohibitiva, en razón del bien común que exigía la estabilidad del matrimonio cristiano, obligaba siempre cualquiera fuesen las consecuencias que de su aplicación se siguiesen en los casos particulares.

⁶⁹ Art.4 «No podrán contraer matrimonio: n° 3 los que sufrieren de impotencia perpetua e incurable».

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, en GT 1932/II p. 473-75 s. 122; Corte Suprema, 11 septiembre 1933, en RDJ 31 (1934/II-I) 171-78 = GT 1933/II p. 78-82 s. 21; Corte Suprema 31 agosto 1950, en RDJ 47 (1950/II-I) 383-89; Corte de Apelaciones de Concepción, 13 enero 1950, en RDJ 48 (1951/II-I) 198-206 esp.200-202 = Revista de Derecho de la Universidad de Concepción 73 (1950) 465-72; Corte de Apelaciones de Santiago, 23 julio 1957, en RDJ 54 (1957/II-II) 55-59; Corte de Apelaciones de Santiago, 1958, en RDJ 55 (1958/II-II) 54-63; Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda, 17 octubre 1985, en Gaceta Jurídica 63 (1985) 38-40). Están por el concepto restringido -sólo impotencia *coeundi*- las sentencias de 1932, 1957, 1958; y por el criterio amplio -impotencia *coeundi* y *generandi*- las sentencias de 1933, 1950 (con voto disidente de minoría) 1951 y 1985.

⁷¹ La doctrina de este siglo se ha orientado en el sentido amplio, entendiendo que el impedimento de impotencia contemplado en la ley de matrimonio civil comprende la impotencia *coeundi* y la *generandi*. Vid. ALESSANDRI, A., [Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 11 septiembre 1933], en RDJ 31 (1934/II-I) 171-78; Fueyo (n. 13) 107; MEZA BARRROS, R., *Manual de Derecho de familia* 1 (Santiago 1979) 45; ROSSEL, E., *Manual de Derecho de familia* (Santiago 1986) 37. Somarriva (n. 9) tan sólo se limita a exponer las dos posiciones sin tomar partido por ninguna.

alemanes no se encuentren en ninguna de las bibliotecas que podían haber cobijado algunos de sus títulos⁷².

3. El matrimonio en el Concilio Vaticano II

22. El matrimonio es abordado en la segunda parte de la constitución pastoral *Gaudium et spes* en la que los padres conciliares quisieron abordar los problemas más urgentes⁷³. Según ella «Fundada por el Creador y en posesión de sus propias leyes, la íntima comunidad conyugal de vida y amor se establece sobre la alianza de los cónyuges, es decir, sobre su consentimiento personal e irrevocable. Así, del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente, nace, aun ante la sociedad, una institución confirmada por la ley divina» (GS 48).

El matrimonio *in fieri* aparece en el párrafo transcrito en términos que no difieren de la doctrina común, si consideramos que aparecen señaladas dos causas del matrimonio, una general y otra que vale para cada matrimonio concreto: la causa general es Dios, la causa específica es el consentimiento de los contrayentes. La novedad está en el objeto de ese consentimiento: ya no es el *ius in corpus* sino la *communitas vitae et amoris coniugalis*.

Un número completo de dicha constitución, el 49, está dedicado al amor conyugal cuya amplitud e importancia contrasta vivamente con la sobriedad de la doctrina y del magisterio precedentes; de hecho, ningún otro punto de la doctrina matrimonial se propone de un modo tan completo⁷⁴. Tampoco se emplea la palabra ‘contrato’ que es reemplazada por el término ‘alianza’ *-foedus-* que, además de bíblico, es más aceptable para los orientales⁷⁵. Y en cuanto a los fines, según el Concilio el matrimonio tiene ‘varios fines’; insiste reiteradamente en la procreación; afirma que los ‘otros fines’ no han de ser pospuestos a la procreación sino que hay que darles el peso que les corresponde, pero no dice cuáles sean esos otros fines. En suma, «toda la nomenclatura conciliar, su vocabulario, su contenido, su método, muestran un claro desvío o desdén con respecto al lenguaje y la doctrina usual de los decenios anteriores»⁷⁶.

⁷² No están, v.gr., en las bibliotecas de las Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Chile, Universidad Católica de Santiago.

⁷³ La parte II lleva por título *Algunos problemas más urgentes* y los que trata son los siguientes: cap.I, Dignidad del matrimonio y de la familia; cap.II, El sano fomento del progreso cultural; cap.III, La vida económica y social; cap.IV, La vida en la comunidad política; cap.V, La promoción de la paz y el fomento de la comunidad de los pueblos.

⁷⁴ GARCÍA BARBERENA, T., *Esencia y fines del matrimonio en la constitución Gaudium et spes*, en *Curso 2* (Salamanca 1977) 262.

⁷⁵ En las iglesias orientales se ha afirmado la tradición canónica según la cual tres son los sujetos llamados a signar el pacto matrimonial: los dos novios y la divinidad, que interviene *ad substantiam* a través de la iglesia que opera mediante un representante suyo que es el sacerdote; así, jurídicamente el pacto matrimonial no tiene existencia sin la presencia de la bendición nupcial. Cfr. Eid, E., *Il matrimonio nel diritto nelle Chiese Orientali*, en *Atti del Coloquio romanistico-canonistico “La definizione essenziale giuridica del matrimonio”* (Roma 1980) 115; El mismo, *La definizione del matrimonio e le sue proprietà essenziali*, en *Il matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali* (Studi Giuridici 32, Città del Vaticano 1994) 97-100; Onorato, B., *Per la storia del matrimonio cristiano fra eredità giuridica orientale e tradizione romanistica*, *ibid.*, p. 46-48.

⁷⁶ GARCÍA BARBERENA (n. 74) p. 280.

Las tensiones que se habían producido en el aula conciliar no se agotaron con la votación de esta constitución. Por otra parte, los nuevos acentos puestos por ella en lo que a matrimonio y familia se refiere no eran del todo claros y requerían de una mayor precisión. Y, puesto que la constitución se definía a sí misma como ‘pastoral’, no quedaba claro cuál era su fuerza jurídica. Así, el debate que sigue a la clausura del Concilio fue intenso, especialmente en algunos puntos: el valor jurídico de la constitución; la naturaleza del matrimonio si contrato, alianza o institución⁷⁷; el amor conyugal⁷⁸; el concepto de ‘comunidad conyugal de vida y amor’, aspecto, este último, en el que nos detendremos brevemente.

23. Hemos visto que el Concilio designa al matrimonio como *communitas vitae et amoris coniugalís*. Para algunos autores⁷⁹ esto constituía una verdadera definición del matrimonio de manera que la *communitas vitae* representa el constitutivo esencial del mismo. Otros, en cambio, entendieron que el Concilio, con esa expresión, no había querido expresar la naturaleza del matrimonio y, por ende, la *communitas vitae* no era elemento esencial; Navarrete⁸⁰, por ejemplo, escribía que la *communitas vitae et amoris coniugalís* sólo se refería al matrimonio en sentido lato, pero que no pertenecía a la esencia del matrimonio.

Pronto, sin embargo, los canonistas centraron su atención en la *communitas vitae* tratándola separadamente del amor conyugal y al hacerlo empezaron a considerarla como la esencia del matrimonio. De la Hera⁸¹, por mencionar sólo a uno de

⁷⁷ La bibliografía sobre el tema entre 1950 y 1986 en JIMÉNEZ URRESTI, T. I., *Las cuatro dimensiones del matrimonio “in fieri”: de los contrayentes, de la naturaleza, de la sociedad civil y de la Iglesia*, en *Curso* 6 (Salamanca 1986) 79-80. Se puede agregar: CASTAÑO, J. F., *El matrimonio è contrato?*, en *Periodica* 82 (1993) 431-76; SÁENZ DE SANTA MARÍA, M., *El matrimonio ¿contrato o sacramento?*, en *Biblia y Fe* 12 (1986) 46-57.

⁷⁸ La bibliografía sobre el tema es extensa; para los títulos anteriores a 1985 vid. Aznar (n. 27) 304-5, a los que se pueden agregar: BURKE, C., *Amore coniugale & indissolubilità*, en *Studi Cattolici* 412 (1995) 340-46; CANDELIER, G., *L’importance juridique de l’amour dans le mariage*, en *RDC* 38 (1988) 252-95; ERRÁZURIZ, C. J., *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, en *Scripta Theologica* 26 (1994) 1021-38; LLANO, M. R., *A relevância jurídica do amor conjugal*, en *IC* 30 (1990) 243-86 = *Direito e Pastoral* 3 (1989) 134-54; 215-40; MALTARELLO, G., *L’amore coniugale nella riflessione del Concilio Vaticano II e il nuovo caput nullitatis de esso ispirantesi*, en *Palestra del Clero* 66 (1987) 144-48; MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *La relevancia jurídica del amor conyugal en el matrimonio*, en *REDC* 48 (1991) 31-47; El mismo, *La incapacidad para el amor conyugal y sus repercusiones jurídicas*, en *Curso* 10 (1992) 300-12; VILLEGIANTE, S., *L’amore coniugale e il consenso matrimoniale canonico*, en G. Barberini (ed.), *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele* 2 (Perugia 1984) 751-71 = *EIC* 46 (1990) 87-110.

⁷⁹ LENER, S., *L’oggetto del consenso e l’amore nel matrimonio*, en *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica* 1. *L’amore coniugale* (Città del Vaticano 1971) 125-77 esp. 165-66; FAGIOLO, V., *Amore coniugale ed essenza del matrimonio*, en *ibíd.*, p. 182-5; MANTUANO, G., *La definizione giuridica del matrimonio nel magistero conciliare*, *ibíd.*, p. 192-200; FUMAGALLI, O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico* (Milano 1974) 163-4; La misma, *Rilevanza dell’amore nel patto coniugale*, en AA.VV., *La legge per l’uomo* (Roma 1980) 231-303 esp.283.

⁸⁰ Navarrete (n. 32) 148 n. 97.

⁸¹ HERA, A. de la, *La ‘communitas conjugalís’ en la constitución ‘Gaudium et spes’*, en *Jus sacrum* (Klaus Mördorf zum 60. Geburtstag) (Paderborn 1969) 511.

estos autores, expresamente señalaba que el Concilio ha indicado en esta *communitas vitae* la esencia del matrimonio, superando así, por una parte, la concepción precedente que la reducía al mero *ius in corpus* y, por otra, los prejuicios de índole moral contra el acto conyugal subyacentes paradójicamente a la doctrina que reducía la esencia del vínculo precisamente a tales actos.

Estos planteamientos tuvieron eco en la jurisprudencia de la Rota Romana⁸². Es cierto que entre 1965 y 1969 la jurisprudencia no varió su doctrina tradicional, por lo que puede leerse en una *coram* Fiore de 30 de noviembre de 1968 que «aunque hoy existen muchos que creen que, a la luz de la GS (n.48) la íntima *communitas vitae et amoris* es la esencia del contrato matrimonial, los jueces rotales son de la opinión de que esa teoría debe rechazarse completamente»⁸³. Pero en 1969 apareció la primera sentencia en sentido contrario, una *coram* Anné de 25 de febrero de 1969⁸⁴, en la cual se reconocía expresamente que la expresión usada por el Concilio para referirse al matrimonio como íntima comunidad de vida y amor conyugal *sensum iuridicum habet*; y que, si bien en un caso concreto puede faltar de hecho la *communio vitae*, nunca puede faltar el *ius ad communionem vitae* (el derecho a la comunidad de vida). A partir de ésta las sentencias que se suman a este criterio empezaron a aumentar y hasta jueces rotales que se manifestaron fuertemente reacios al tema, como el colombiano José Pinto, en 1976 reconoció que quien se casa excluyendo con un acto positivo de la voluntad el derecho a las relaciones interpersonales sin las cuales la sociedad conyugal es moralmente imposible, contrae inválidamente⁸⁵.

Ahora bien, ¿qué entendemos como comunidad de vida y de amor conyugal? Goti Ordeñana⁸⁶ ha presentado una breve síntesis del esfuerzo desplegado por la jurisprudencia rotal para determinar el contenido de la comunidad de vida y amor. Lo hacía en 1984, precisamente a poco de haber entrado en vigencia el Código de Derecho Canónico de 1983 y constituye una buena síntesis del esfuerzo jurisprudencial en este período postconciliar. El punto de partida es la naturaleza

⁸² JORIO, O. di, *Causae nullitatis matrimonii secundum novissimam iurisprudentiam Rotalem*, en AA.VV., *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica 2. Il dolo nel consenso matrimoniale* (Città del Vaticano 1972) 147-235; Lefebvre, Ch., *La jurisprudence rotale et l'incapacité d'assumer les obligations conjugales*, en RDC 24 (1974) 376-86; El mismo, *L'évolution actuelle de la jurisprudence matrimoniale*, en RDC 24 (1974) 350-75; MURTAGH, C., *The jurisprudential approach to the 'consortium vitae'*, en SC 9 (1975) 309-23; SERRANO RUÍZ, J. M^a, *Le droit à la communauté de vie et d'amour conjugal comme objet du consentement matrimonial: aspects juridiques et évolution de la jurisprudence de la Sacre Rote Romaine*, en SC 10 (1976) 271-301.

⁸³ REDC 19 (1969) 198.

⁸⁴ SRRD 61/1969 p. 182-83 n.13: "*Propositio haec Concilii Vaticani II sensum iuridicum habet. Non respicit, enim, merum factum instaurationis communitatis vitae sed 'ius et obligationem' in hanc intimam communitatem vitae, quae uti elementum maxime specificum habet intimissimam personarum coniunctionem qua vir et mulier fiunt una caro, ad quam 'uti culmen' tendit illa vitae communitas... Profecto, in matrimonio 'in facto esse' deficere potest communitas vitae, sed numquam deficere potest 'ius ad communitatem vitae'*". Las palabras resaltadas lo están en el original.

⁸⁵ MOLINA MELIÁ, A., *La 'communitas vitae et amoris' en el Concilio Vaticano II*, en *Curso* 7 (1986) 37-68.

⁸⁶ GOTI ORDEÑANA, J., *Observaciones al nuevo canon 1055, I*, en REDC 40 (1984) 330-31.

peculiar del matrimonio que condiciona el mismo ser peculiar de esta comunidad, en cuyo núcleo central se encuentra ese intercambio de derechos y obligaciones conyugales: advierten que se trata de una relación interpersonal e intrapersonal; es dual, esto es, pone el acento en el mundo relacional y es inconcebible desde la individualidad; implica una aceptación del otro y la integración interpersonal e intrapersonal, considerándose como valores fundamentales de la relación conyugal la caridad en el amor, la humanidad en acoger al otro, la generosidad en la entrega de sí, el servicio en la ayuda mutua, la responsabilidad en la entrega de sí, la responsabilidad en la generación, y dotada de una peculiarísima intimidad y exclusividad.

En suma, eran los primeros esfuerzos hechos en el ámbito canónico para perfilar jurídicamente el contenido de la «íntima comunidad de vida y de amor conyugal» que iluminarían los trabajos que por los mismos años se realizaban en torno al nuevo Código y que necesariamente debía asumir las novedades conciliares.

4. El matrimonio en el *Código de Derecho Canónico* de 1983

24. En la constitución apostólica con que Juan Pablo II promulgó el *Código de Derecho Canónico* actualmente vigente⁸⁷ dejó expresamente señalada la relación entre el Código y el Concilio Vaticano II, de manera tal que «puede concebirse este nuevo Código como el gran esfuerzo por traducir al lenguaje canonístico» la doctrina conciliar. Es por lo que «la novedad fundamental que, sin separarse nunca de la tradición legislativa de la Iglesia, se encuentra en el Concilio Vaticano II... constituyen también la novedad en el nuevo Código». El Código, en consecuencia, vino a traducir en lenguaje jurídico lo que los padres conciliares habían enseñado sobre el matrimonio. Y esto se proyecta no sólo en las características generales del nuevo derecho canónico matrimonial⁸⁸, sino también en instituciones muy concretas, como el famoso canon 1095 que recoge las incapacidades de contraer matrimonio por causas de naturaleza psíquica⁸⁹ o la admisión del error doloso.

En el proceso codificador quedó claro que no era posible suprimir el aspecto personal del matrimonio⁹⁰ y se insistió en que en la definición del mismo debía

⁸⁷ Constitución apostólica *Sacrae disciplinae leges* que se incluye en todas las ediciones del *Código de Derecho Canónico*.

⁸⁸ AZNAR (n. 27) 48-53; El mismo, *El matrimonio: su actual configuración jurídica y prospectivas futuras*, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* 10 (1986) 13-42.

⁸⁹ CIC 1983 can.1095. «Son incapaces de contraer matrimonio: 1º quienes carecen de suficiente uso de razón. 2º quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar. 3º quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.»

⁹⁰ La dimensión personalista del matrimonio tiene una extensa literatura de la que pueden mencionarse los siguientes títulos: BURKE, C., *El matrimonio: ¿comprensión personalista o institucional?*, en *Scripta Theologica* 24 (1992) 569-94; El mismo, *Personalism and the 'bona' of Marriage*, en SC 27 (1993) 401-12; El mismo, *Personalisme et jurisprudence*, en RDC 45 (1995) 331-50; El mismo, *Análisis del matrimonio: síntesis personalista institucional*, en REDC 54 (1997) 211-18; CAFARRA, C., *Matrimonio e visione dell'uomo*, en *Quaderni Studio Rotale* 2 (1987) 29-40; COLAGIOVANNI, E., *Le 'bonum coniugum' c.*

incluirse la palabra *totius*, toda vez que ella equivalía al término *omnis* de la definición romana sustancialmente recibida por la tradición: *consortium omnis vitae*⁹¹. La redacción definitiva definió el matrimonio utilizando la terminología clásica, al adoptar la expresión de Modestino como expresamente se consignó en el proceso codificador⁹². De esta suerte, el matrimonio según el can.1055 § 1 del actual Código es *foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis procreationem et educationem ordinata* (= alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole).

Definido el matrimonio como *consortium totius vitae* resulta necesario entender qué es lo que han querido decir los codificadores con esta expresión. En una primera aproximación al tema, entiende Aznar⁹³ que esta expresión *-consortium totius vitae-* hay que interpretarla en clave conciliar; en consecuencia, dicho concepto implica la integración, en la esencia del matrimonio, de los aspectos objetivos y subjetivos o personalistas. El problema se plantea cuando hay que entrar a describir los elementos que integran el consorcio de toda la vida.

En un sentido genérico lo ha descrito Santiago Panizo⁹⁴ en una obra aparecida muy poco después de la promulgación y entrada en vigencia del *Codex*; para este

1055 & 1: les antécédents philosophiques et ecclésiologico-sociologiques du personalisme canonique, en ME 120 (1995) 432-48; ERRÁZURIZ, C. J., *El matrimonio como conjunción entre amor y derecho en una óptica realista y personalista*, en *Scripta Theologica* 26 (1994) 1021-38; MARTÍNEZ CAVERO, M., *Personalismo, procreacionismo y esencia del matrimonio*, en *Revista Española de Teología* 19 (1989) 35-67; SERRANO, J. M^a, *Antropologías actuales y visión cristiana del matrimonio*, en AA.VV., *Estudios canónicos en homenaje al profesor D.Lamberto de Echeverría* (Salamanca 1988) 295-306; El mismo, *Ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, en AA.VV., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento* (Bologna 1985) 13-78; El mismo, *El carácter personal del matrimonio. Presupuestos y perspectivas para las causas canónicas de nulidad*, en K. Lüdicke-H. Schwendenwein (eds.), *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern* (Essen 1990) 309-30; El mismo, *La consideración existencial del matrimonio*, en *Angelicum* 68 (1991) 33-63, 173-230; El mismo, *Visión personal del matrimonio: cuestiones de terminología y de fondo para una relectura de las causas canónicas de nulidad*, en *Curso* 11 (1994) 17-54; El mismo, *El consentimiento matrimonial canónico: cuestiones de dogmática general y especificidad del matrimonio*, en *Actas del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Canónico* (Valparaíso 1995) 209-32; El mismo, *Acerca del carácter personal del matrimonio: disgresiones y retornos*, en AA.VV., *A Swing of the Pendulum. Canon Law in Modern Society. Monsignor W.Onclin Chair 1996* (Leuven 1996) 19-31; Vela, L., *De personalismo in iure matrimoniali novi codicis*, en *Periodica* 79 (1990) 37-67; Zannoni, G., *Matrimonio e antropologia nella giurisprudenza rotale. Presupposti e orizzonte dell'approccio personalista* (Roma 1995). También puede leerse el discurso del Papa a la Rota Romana, 27 enero 1997, en OR 31 enero 1997 p. 10.

⁹¹ Se referían a la definición de Modestino en D.23.2.1. Vid. *supra* n. 14.

⁹² MOSTAZA (n. 20) 84-87; AZNAR, *El nuevo* (n. 27) 44-48; SALINAS ARANEDA, C., *El derecho romano en el Código de Derecho Canónico de 1983*, en REHJ 18 (1996) 284-86.

⁹³ AZNAR, *El nuevo* (n. 27) 68.

⁹⁴ PANIZO ORALLO, S., *Alcoholismo, droga y matrimonio* (Salamanca 1984) 15-19.

autor, juez en el tribunal de la Rota de Madrid, «la expresión *consortium totius vitae* supera ciertamente la línea de una integración meramente corporal de los esposos; y por tanto supera netamente los alcances de la antigua fórmula de expresión del objeto del consentimiento... La concepción biológica y procreativa del matrimonio, recibida evidentemente por el Código de 1917 de la antigua tradición canonística y teológica, es abiertamente superada por el nuevo Código. Por ello, el *consortium vitae* no puede ser algo estrictamente equivalente a una unión puramente sexual entre personas de diferente sexo. El *consortium totius vitae* apunta hacia una integración permanente e interpersonal de las vidas de hombre y de mujer».

Para este autor, la integración debe extenderse a todas las dimensiones de la vida humana y entiende que entre los ejes fundamentales para la integración del hombre están el amor y la afectividad, el equilibrio de la personalidad, el trabajo, la cultura, el sentido de la responsabilidad exigido para crear y mantener una familia y una descendencia, el equilibrio y la madurez exigidos para que una conducta sea verdaderamente humana, la aptitud para colaborar suficientemente en la marcha de la vida conyugal, por el respeto a las normas morales dentro de la familia y a las exigencias de la conciencia del otro cónyuge. No obstante esto, él mismo reconoce que «es difícil apresar en un esquematismo estricto las múltiples exigencias para esta integración de toda la vida».

Esta última idea viene a coincidir con lo que años antes había advertido el auditor Anné de la Rota Romana⁹⁵ al indicar la dificultad que entrañaba definir exacta y completamente los elementos jurídicamente esenciales del *consortium*, agregando que debería ser la ‘vía negativa’ el camino normal de la investigación judicial, la que progresivamente debería ir delimitando su contenido a través de la confirmación de las deficiencias psicológicas o de otra índole que se opongan a dicho *consortium*.

En general, la doctrina está de acuerdo en que “la expresión *totius vitae consortium* suscita la idea de unión, de participación en la misma suerte de un hombre y una mujer, que han de recorrer hacia una misma meta. Está claro que este consorcio no se agota en la unión meramente sexual entre el varón y la mujer. El consorcio indica permanencia y comprende la integración interpersonal de la vida de los cónyuges”⁹⁶.

El problema se presenta a la hora de identificar los elementos que integran este nuevo concepto, en lo que la doctrina presenta todavía vacilaciones. En la década de los años setenta el canadiense G. Lessage⁹⁷ entendía que a la esencia del *consortium totius vitae*, entre otros, pertenecían los siguientes elementos: i) el común deber de

⁹⁵ Coram Anné, 25 febrero 1969, en SRRD 61/1969 p.184-85 n.18: “*Tandem iudices quorum est definire utrum necne, ex defectu obiecti formalis, constet de invaliditate matrimonii sub iudicio, necessario ponuntur in campo existentiali... Longe facilius autem est -cum in causis diiudicantis iudices ponantur in campo existentiali- demonstrare, in casu singulari, ob alterutrius contrahentium conditionem penitus depravatam, in isto, iam tempore nuptiarum, plane et insanabiliter ea deficere elementa, sine quibus nemo exaedificare valeat quodcumque omnis vitae consortium quod sit matrimoniale. Tunc deficit ipsum vitae consortium ‘in suis principiis’ et hoc deest ipsum obiectum consensus matrimonialis*”. Las palabras resaltadas lo están en el original.

⁹⁶ Mostaza (n. 20) 91.

⁹⁷ LESSAGE, G., *The consortium vitae coniugalis, nature and implications*, en SC 10 (1976) 271-301.

proveer al bienestar económico de la familia, mediante la estabilidad en el trabajo, la previsión de gastos, etc.; ii) la madurez en el modo personal de comportarse en las circunstancias ordinarias de la vida cotidiana; iii) el dominio de sí mismo o la templanza que es necesaria a cada uno para comportarse de una manera razonable y humana; iv) el dominio de las pasiones irracionales, de los impulsos e instintos por los que puede ponerse en peligro la vida y la concordia conyugal; v) la constancia en el obrar y la capacidad para adaptarse a las circunstancias; vi) la humanidad y la benignidad en las relaciones mutuas; vii) la comunicación o consulta mutuas en los asuntos graves de la vida conyugal; viii) la objetiva y real ponderación de los sucesos y circunstancias concernientes a la vida familiar; ix) la visión perspicaz para elegir o determinar los fines y medios de lo que se ha de realizar en común, etc.

A la vista de lo anterior se preguntaba Mostaza⁹⁸ cuántos matrimonios serían válidos, si a la esencia del *consortium totius vitae* perteneciesen todos los elementos señalados por el autor canadiense; y se respondía “a buen seguro que sería mucho mayor el número de los nulos o inválidos”. Con razón el Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica, el tribunal supremo de la Iglesia, se mostró crítico a este planteamiento⁹⁹.

25. A esta concepción del matrimonio como *consortium totius vitae*, hemos de agregar el *bonum coniugum* el bien de los cónyuges como uno de los dos fines a que el matrimonio tiende por su propia índole natural, junto a la procreación y educación de la prole, puesto de relieve por el canon 1055 § 1¹⁰⁰.

El bien de los cónyuges rebasa, sin excluirlo, el antiguo fin de la mutua ayuda y de la sedación de la concupiscencia¹⁰¹, porque ese bien ordena el matrimonio hacia

⁹⁸ Mostaza (n. 20) 96.

⁹⁹ Lo hizo en la sentencia *coram* Staffa, 29 noviembre 1975, en *Periodica* 66 (1977) 313 = GROCHOLEWSKI, Z., *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem* 2 (Romae 1980) 48 n. 5115. No obstante, el mismo Grocholewski, secretario de dicho tribunal se quejaba en 1994 en estos términos: “Però anche successivamente non una volta ho visto citata ed. applicata l’opinione di Lesage nelle sentenze dei tribunali locali”. El mismo, *Cause matrimoniali e “modus agendi” dei tribunali*, en AA.VV., *Ius in vita et in missione Ecclesiae* (Libreria Editrice Vaticana 1994) 957.

¹⁰⁰ Hay que tener presente que no sólo se ha dejado de lado la antigua jerarquía de fines del código de 1917, sino que los dos que se mencionan están indicados en un plano de igualdad, y de ellos el primero es el bien de los cónyuges y el segundo la procreación y educación de la prole. Lit.: BURKE, C., *El ‘bonum prolis’ y el ‘bonum coniugum’ ¿fines o propiedades del matrimonio?*, en IC 29 (1989) 711-22 = *Apollinaris* 62 (1989) 558-70; El mismo, *The Bonum Coniugum and the Bonum Prolis Ends or Properties of Marriage?*, en TJ 49 (1989) 704-113; El mismo, *Personalism and the ‘bona’ of Marriage*, en SC 27 (1993) 401-12; CARRERAS, J., *Il ‘bonum coniugum’, oggetto del consenso matrimoniale*, en IE 6 (1994) 117-58; COLAGIOVANNI, E., *Le ‘bonum coniugum’: c. 1055 § 1: les antécédents philosophiques et ecclésiologico-sociologiques du personalisme canonique*, en ME 120 (1995) 432-48; GARCÍA FAÍLDE, J. J., *El bien de los cónyuges*, en *Curso* 11 (1994) 139-62; MONTAGNA, E., *Considerazioni in tema di ‘bonum coniugum’ nel diritto matrimoniale canonico*, en DE 104 (1993/I) 663-702.

¹⁰¹ Se pone término de una vez para siempre al equívoco de que la vida sexual entre los cónyuges sea sólo una respuesta a una pulsión instintiva. Como enseña el Concilio, reviste una cualidad de alto valor moral y humano en el matrimonio como expresión honesta y

todo bien personal que los cónyuges pueden alcanzar mediante la unión matrimonial, tanto corporal, física, espiritual, sobrenatural y de otra especie que dignifique a los esposos. El contenido de este *bonum coniugum*, así, no sólo es muy amplio, sino que comprende todos los aspectos, en particular los interpersonales, que hacen la vida de los cónyuges mejor y más feliz. En todo caso, se trata de un fin del matrimonio que aún no se ha definido con contornos precisos.

III. EL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

26. Llegados a estas alturas de nuestras reflexiones, es posible dejar el matrimonio canónico y volver a centrar nuestra atención en el artículo 102 del Código civil chileno, teniendo presente, como gran resumen de lo dicho hasta el momento, que la nueva regulación que el *Código de Derecho Canónico* hace del matrimonio de los católicos fue posible gracias a los nuevos acentos personalistas puestos por el Concilio Vaticano II.

Sabemos que el Código civil define el 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 auxiliarse mutuamente”. Un concepto similar se encontraba en el Proyecto de 1853 y en el Proyecto inédito, si bien en ambos falta el calificativo de “solemne” que se da a este contrato; y en ninguno de ambos proyectos aparece alguna nota de las puestas por Bello a algunos artículos que nos proporcione luces sobre las fuentes tenidas a la vista por Bello.

27. Es un hecho recogido por la historia que Bello era un gran admirador del código de las *Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio: “Cuéntase que solía decir no existir mejor digestivo que la *Partidas*, a cuya lectura se entregaba no bien alzado de la mesa familiar”¹⁰²; de hecho, entre las numerosas fuentes que utilizó en la redacción del Código civil “la fuente que predominó de un modo incontrastable fue el código de las *Partidas*” con el que se había familiarizado en Londres con ocasión de sus estudios lingüísticos y filológicos sobre la antigua épica castellana¹⁰³. Tenemos, pues, un primer indicio que nos permite aproximarnos a las fuentes utilizadas por Bello al elaborar el concepto de matrimonio.

28. Según las *Partidas*¹⁰⁴, “matrimonio es ayuntamiento de marido e de muger, 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 muger nin ella a otro varón, biviendo ambos a dos”. Dos expresiones me llaman la atención: *bevir siem-*

digna del amor esponsal. Cfr. SERRANO RUÍZ, J. M^a, *L'ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, en AA.VV., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, 2ed. (Bologna 1991) 57.

¹⁰² GUZMÁN (n. 3) 414 quien cita a AMUNÁTEGUIL, M. M., *Vida de don Andrés Bello* (Santiago 1882) 25.

¹⁰³ GUZMÁN (n. 3) 414-15; PARDO, A., *Bello y las Siete Partidas*, en Instituto de Chile, *Homenaje a don Andrés Bello* (Santiago 1982) 531-41.

¹⁰⁴ P 4.2.1.

pre en uno, y biviendo ambos a dos. Una primera impresión podría llevarnos a pensar que con esta segunda expresión el rey sabio se refiere al hecho de vivir juntos, en tanto que con la primera, aludiría a la comunidad de destinos que une a los cónyuges, compartiendo todas las contingencias de la vida.

Parece, sin embargo, que con ambas expresiones quiere referirse un único hecho: vivir juntos. En efecto, poco más adelante *Partidas* vuelve a utilizar la misma expresión, señalando el caso en que no se daría este *bevir en uno*: la separación cuando uno de los casados, antes de consumir el matrimonio, manifiesta su deseo de entrar en orden religiosa, lo que permite al otro volver a casarse¹⁰⁵. La misma idea vuelve a plantearse dos leyes más adelante¹⁰⁶, en la que se habla de la separación subsistiendo el matrimonio: “...E como quier, que se departen para non biuir en vno, por alguna destas maneras, non se departe por esso el matrimonio”. Lo que otra vez vuelve a reafirmarse cuando se habla de *que fuerza ha el casamiento*¹⁰⁷: “... Mas si alguno de los que fuessen casados cegasse, o se fiziesse sordo o contrecho, o perdiessse sus miembros por dolores, o por enfermedad, o por otra manera qualquiera, por ninguna de estas cosas, nin aunque se fiziesse gafo¹⁰⁸, non deue el vno desamparar al otro, por guardar la fe, e la lealtad, que se prometieron en el casamiento, ante debe beuir, todos en vno, e seruir el sano al otro, e proueerle de las cosas, que menester le fiziere segund su poder...”.

Tenemos, pues, en *Partidas* un concepto que pone de relieve la idea de “vivir juntos” con dos expresiones diversas que apuntan al mismo hecho, idea que vuelve a retomarse en leyes posteriores, y que Bello recogerá expresamente en su concepto de matrimonio.

29. Según el texto alfonsino tres son los bienes del matrimonio: “fe, e linaje, e sacramento”¹⁰⁹. La fe es la lealtad que deben guardarse los cónyuges, “la muger non aviendo que ver con otro, nin el marido con otra”. El bien del linaje es “fazer hijos para crecer derechamente el linaje de los omes”, intención con la que deben casarse aún los que no pueden tener hijos. Finalmente, el bien del sacramento “es que nunca se deben partir en su vida e pues Dios los ayuntó, non es derecho que ome los departa”.

30. A la luz de estos elementos y centrando ahora nuestra atención en la primera de las leyes alfonsinas citadas, aquella que nos proporciona un concepto de matrimonio, podemos enumerar una serie de elementos para configurar la noción de matrimonio:

i) su naturaleza: es “ayuntamiento”.

¹⁰⁵ P 4.2.1: “... Pero si el matrimonio fuesse hecho por palabras de presente, según dize en el título ante deste, que fabla de las desposajas, como quier que desuso dize en esta ley, que siempre deuen biuir vno: razon ay, por que no seria assi. Ca si alguno dellos quisiesse entrar en orden, ante que se ayuntassen carnalmente, poderlo ya fazer, maguer el otro contradixiesse: e despues que fuesse este a tal entrado en orden, o ouiesse fecho profession, puede el otro casar, si quisiere...”.

¹⁰⁶ P 4.2.3.

¹⁰⁷ P 4.2.7.

¹⁰⁸ Contrajese lepra.

¹⁰⁹ P 4.2.3.

- ii) los sujetos: es ayuntamiento “de marido e de muger”.
- iii) se hace con la intención de vivir “siempre en uno”, de vivir “ambos a dos”.
- iv) se hace con la intención de “non se departir”, es decir, este ayuntamiento no admite disolución.
- v) los cónyuges se han de guardar lealtad el uno al otro.

A ellos se agregan los “grandes e muchos bienes” que nacen del matrimonio, sintetizados en la trilogía “fe, e linaje, e sacramento”.

La reflexión de los siglos siguientes permitiría ordenar estos mismos elementos, distinguiendo los fines del matrimonio de las propiedades esenciales del mismo. Fines del matrimonio serían la intención de “vivir ambos a dos” y la procreación de la prole. Propiedades esenciales serán la intención “de non se departir”, es decir la indisolubilidad; y la fe o lealtad que los cónyuges han de guardarse mutuamente, modernamente englobada en la unidad¹¹⁰.

31. Ahora bien, si observamos la estructura del concepto que de matrimonio proporciona Bello en el Código civil, es posible advertir los siguientes elementos:

- 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”.

Si comparamos los elementos proporcionados por *Partidas* y los que encontramos en el *Código civil*, el resultado es el siguiente:

<i>Código civil</i>	<i>Partidas</i>
i) naturaleza “El matrimonio es un contrato solemne”	“El matrimonio es ayuntamiento”
ii) sujetos “por el cual un hombre y una mujer”	“de marido e de muger”
iii) elementos esenciales “se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida”	intención “de non se departir” (indisolubilidad) “fe mutua” (unidad)
iv) fines “con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”	“de fazer hijos para crecer derechamente el linaje de los omes”.

El cuadro que antecede nos permite detectar elementos comunes entre *Partidas* y el *Código civil*. Por de pronto ambos conceptos empiezan con la misma estructu-

¹¹⁰ CIC 1917 can. 1013: “§ 1. *La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.* § 2. *La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento*”. CIC 1983 can. 1055 § 1. “*La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados*”; can. 1056: “*Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una peculiar firmeza por razón del sacramento*”.

ra: naturaleza y sujetos; es común a ambos, al menos dos de los elementos esenciales, la indisolubilidad y la unidad; y son comunes dos de los fines: vivir juntos y procrear hijos.

32. Hemos hablado hasta el momento de *Partidas*. Se trata, empero, de un texto regio, para tener vigencia en el ámbito extraeclesial, que sanciona normas sobre el matrimonio en una época en que la regulación jurídica de esta materia estaba entregada en exclusiva al Derecho canónico. ¿Qué origen tienen, entonces, las normas de *Partidas* sobre matrimonio? La respuesta es simple: Alfonso X en esta materia particular incorporó la legislación canónica vigente; los juristas que ayudaron al rey sabio en la elaboración de *Partidas* utilizaron muy de cerca el *Decreto* de Graciano (1140) y las *Decretales* de Gregorio IX (1234). Es más, hoy se puede afirmar que el orden de distribución de las *Partidas* se inspira preferentemente en el esquema divisorio de las *Decretales*¹¹¹. Esto, sin dejar de lado la utilización de algún autor como san Raimundo de Peñafort¹¹².

Desde esta perspectiva, en consecuencia, el manejo de las *Partidas* por parte de Bello significaba también el uso indirecto del Derecho canónico en esta materia¹¹³, sin perjuicio del manejo directo que habrá hecho de estas fuentes, especialmente del *Decreto* y de las *Decretales* incorporados en el *Corpus Iuris Canonici*¹¹⁴. Así, las modificaciones introducidas por los canonistas al concepto ulpiano de matrimonio¹¹⁵ es probable que fueran manejadas y conocidas también por Bello.

33. Ya sabemos que en la época en que Bello redactaba el Código civil, en el ámbito canónico se había ido imponiendo una concepción del matrimonio que acentuaba la dimensión ius-corporalista, aunque no faltaban canonistas importantes que junto con el *ius in corpus* ponían de relieve igualmente el *ius obligatio ad individuum vitae societatem* o comunidad de vida¹¹⁶. Entre estos canonistas se cuentan Pichler y

¹¹¹ MARTÍNEZ MARCOS, E., *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso el Sabio* (Salamanca 1966) 39.

¹¹² Sobre el influjo canónico en las *Partidas*, en especial en materia matrimonial, vid. BIDAGOR, R., *El derecho de las Decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis* (Romae 1936) 299-313; El mismo, *Contribución española al estudio del Decretum Gratiani*, en *Studia Gratiani* 2 (1956) 529 ss.; GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, M., *S. Raimundo de Peñafort y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annua* 3 (1955) 202 ss.; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *La relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial*, en *AHDE* 15 (1944) 589 ss.; REGATILLO, E. F., *El derecho matrimonial en las Partidas y en las decretales*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis* 3 (Romae 1936) 317 ss.

¹¹³ Parece que no era ánimo del rey sabio entrometerse en el campo de la jurisdicción eclesiástica. Alfonso X “nunca pretendió legislar *propiamante* en materias eclesiásticas. Se ha limitado a recoger y aceptar doctrinas o disposiciones disciplinarias del ordenamiento canónico para reforzarlas con el apoyo de su autoridad real. Los cánones que incorpora a su obra, al ser convertidos en leyes, no pierden su valor autónomo, ni su carácter específico de ley esencialmente eclesiástica”. Martínez Marcos (n. 111) 24.

¹¹⁴ Una edición moderna del *Corpus Iuris Canonici* (Lipsiae 1833-39) se encontraba en la biblioteca de los Egaña, ampliamente manejada por Bello. Vid. SALINAS, C., *La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de derecho*, en *REHJ* 7 (1982) 424 n. 429.

¹¹⁵ Vid. *supra* párrafo 6.

¹¹⁶ Vid. *ibíd.*

Schmalzgrueber, algunas de cuyas obras se encontraban también en la biblioteca de los Egaña¹¹⁷, por lo que es probable igualmente que Bello conociera esta especial dimensión que ambos autores resaltaban en el matrimonio junto al *ius in corpus*.

Por esos mismos años todavía no se sancionaba en ningún texto legal de la Iglesia la jerarquía de fines del matrimonio que fijó el Código canónico de 1917, por lo que Bello, aunque señala explícitamente los fines del matrimonio, no estableció en ellos jerarquía alguna.

34. A las fuentes anteriores hay que agregar las fuentes romanas, también manejadas por Bello en la elaboración del Código¹¹⁸. De hecho, “en menor volumen que las *Partidas*, pero en uno muy importante contribuyó también a la codificación el derecho del *Corpus Iuris Civilis*, en especial del *Digesto* seguido de las *Instituciones* de Justiniano”¹¹⁹, textos en los que se encontraban, respectivamente, los conceptos de matrimonio proporcionados por Modestino y Ulpiano¹²⁰.

35. Todavía podría agregarse las *Concordancias* de Florencio García Goyena¹²¹ las que, no obstante su fecha, ejercieron influjo en Bello¹²². En las explicaciones de García Goyena, que no en el articulado del Código civil que propone, se contiene un concepto de matrimonio, si bien casi en nada parecido al de Bello. “Atendiendo a la intención del Criador, escribe Goyena, puede definirse (el matrimonio) sociedad indivisible de varón y hembra para haber hijos y educarlos, y para ayudarse mutuamente en todas las vicisitudes de la vida”. Quizá influyó en Bello en dos circunstancias: i) la idea de incluir un concepto de matrimonio; y ii) la expresión final del concepto, que Bello reduce a dos palabras, *auxiliarse mutuamente*, eliminando la expresión *en todas las vicisitudes de la vida*, por obvia tratándose de cónyuges, y sustituyendo el verbo *ayudarse* por *auxiliarse*, que parece más expresivo.

36. Y ya tenemos las fuentes más importantes utilizadas por Bello en el tema que nos interesa. Sobre ellas Bello realizó una serie de operaciones codificadoras¹²³. Era obvio que en lo que se refiere al concepto de matrimonio poco o nada podía innovarse, por lo que las operaciones realizadas por Bello sobre las fuentes utilizadas en esta específica materia se reducirían principalmente a las relativas a la formulación literaria de las normas.

Hay por de pronto tecnificación y modernización de la terminología: lo que en *Partidas* es *ayuntamiento*, pasa a ser un *contrato* en los proyectos y un *contrato*

¹¹⁷ Salinas (n. 114) 432 nn. 530, 532, 533.

¹¹⁸ HANISCH ESPÍNDOLA, H., *Andrés Bello y su obra en derecho romano* (Santiago 1983); AVILA MARTEL, A. de, *Bello y el derecho romano*, en AA.VV., *Vida y obra de Andrés Bello* (Santiago 1973) 79-98.

¹¹⁹ Guzmán (n. 3) 415.

¹²⁰ El *Corpus Iuris Civilis* se encontraba en la biblioteca particular de Bello, junto con otros textos, entre los que destacan los de Vinnio, Heineccio y Savigny. Hanisch (n. 118) 217-19.

¹²¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* 1 (Madrid 1852).

¹²² LIRA, P., *García Goyena y el Código Civil chileno*, en El mismo, *El Código Civil y su época* (Santiago 1956) 75-98.

¹²³ Las explica Guzmán (n. 3) 432-54.

solemne en el texto final. Este ayuntamiento que en Partidas es *de marido e de muger*, es ahora un contrato solemne entre *un hombre y una mujer*. Además, hay supresión de explicaciones y separación de situaciones. De hecho, la ley de Partidas que contiene el concepto de matrimonio es bastante más extensa¹²⁴. Con los elementos que le proporcionan las fuentes Bello redacta un nuevo concepto que recoge de manera ordenada y lógica la naturaleza del pacto, los sujetos que lo celebran, los elementos esenciales y los fines del mismo.

Nos parece que Bello ha seguido, en general, la estructura del concepto de Partidas, tomando sus elementos en el mismo orden, a los que ha dado una nueva redacción y ha reordenado y complementado incorporando los avances que se habían hecho en los siglos siguientes. En efecto, el orden seguido en *Partidas* es: i) naturaleza (matrimonio es ayuntamiento); ii) sujetos (de marido e de muger); iii) fines (fecho con tal entención... de non se departir guardando lealtad cada uno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger nin ella a otro varon biviendo ambos a dos). El orden seguido por el *Código civil* es el mismo, sólo que, inmediatamente después de los sujetos y antes de los fines, incorpora los elementos esenciales del mismo: i) naturaleza (el matrimonio es un contrato solemne); ii) sujetos (por el cual un hombre y una mujer); iii) elemento nuevo: propiedades 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).

37. En suma, al momento de abordar Bello el tema del matrimonio:

i) tiene a la vista las fuentes romanas, en las que, tanto en *Digesto* (Modestino) como en las *Instituciones* de Justiniano (Ulpiano), se expresa la comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, su participación en el mismo destino;

ii) tiene a la vista el texto de *Partidas* que le proporciona, en general, la estructura del concepto;

iii) a través de *Partidas* recibe el influjo indirecto del Derecho canónico, recogido en el texto alfonsino, influjo que, es lo más probable, fuera también directamente con el manejo del *Corpus Iuris Canonici* y de la literatura canonica posterior;

iv) los textos canónicos, en especial el *Decreto* y las *Decretales*, recogen el concepto romano de matrimonio (Ulpiano) y, no obstante las variantes introducidas, ponen de relieve la idea de compartir *vida*, participando en el mismo destino;

v) estas ideas subsisten en canonistas posteriores, probablemente manejados por Bello (Pichler, Schmalzgrueber) no obstante el acento que se pone en épocas más próximas a Bello en el *ius in corpus*.

38. Llegados a estas alturas de nuestras reflexiones estamos ya en condiciones de retomar la idea propuesta al comenzar estas páginas. Antes, sin embargo, recorde-

¹²⁴ P 4.2.1: “Matrimonio es ayuntamiento de marido, e de muger, fecho con tal entencion de beuir siempre en vno, e de non se departir guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon, a otra muger, nin ella, o otro varon biuiendo ambos a dos. Pero si el matrimonio fuesse fecho por palabras de presente, segun dize en el titulo ante deste, que fabla de las desposajas, como quier que desuso dize en esta ley, que siempre deuen biuir en vno: razon ay, por que non seria assi. Ca si alguno dellos quisiesse entrar en orden, ante que se ayuntassen carnalmente, poderlo ya fazer, maguer el otro contradixiesse: e despues que fuesse este a tal entrado en orden, e ouiesse fecho profession, puede el otro casar, si quisiere. Mas si el matrimonio fuesse acabado, ayuntandose carnalmente, non podria ninguno dellos entrar en orden, contradiziendolo el otro”.

mos una vez más que por ese contrato solemne que es el matrimonio “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”.

En dos momentos de la definición se emplea la expresión *vida*; esta palabra, que de por sí tiene una dimensión globalizante, se usa en primer lugar después de haber afirmado que el matrimonio es indisoluble. ¿Es redundante Andrés Bello? ¿es reiterativo? Me parece que no: ese unirse por toda la vida es la expresión utilizada por Bello para significar el *consortium omnis vitae* de Modestino, la *individuum consuetudinem vitae* de Ulpiano, lo que modernamente se define en el Código canónico como *consortium totius vitae*.

En efecto, me parece claro que la expresión *por toda la vida* no tiene un sentido cronológico, sino existencial. Bello no dice *para* toda la vida, preposición que sí tendría un claro sentido temporal, sino *por* toda la vida; es decir, en esa simple fórmula, *por toda la vida* vuelca toda la carga personalista que el matrimonio había comprendido desde un principio y que con el correr del tiempo había ido desdibujándose: es toda la vida del hombre, con lo que es y lo que espera ser, la que se une indisolublemente con toda la vida de la mujer, con lo que es y espera ser, con sus virtudes y sus defectos, sus esperanzas y sus frustraciones.

No está de más resaltar un elemento gramatical que muestra la autonomía de la idea *-por toda la vida-* de la idea inmediatamente anterior *-la indisolubilidad-*: la frase que desde hace rato nos ocupa va entre comas (,).

Y cuando digo que la expresión «por toda la vida» del Código Civil es el *consortium totius vitae* del Código canónico no digo que Andrés Bello haya sido ni visionario ni profeta; digo, más bien, que tanto Bello como el nuevo canon son tributarios en esto de una misma fuente, el Derecho romano, lo que, por lo demás, hoy es expresamente reconocido respecto de la actual regulación del matrimonio canónico. Veo en esta frase de Bello, buen conocedor del Derecho romano, una evocación de esa vieja definición de Modestino que entendía el matrimonio como «la unión del hombre y mujer en pleno consorcio de su *vida* y comunicación del derecho divino y humano»¹²⁵, o la de Ulpiano que lo definía como «la unión del varón y de la mujer que contiene la comunidad indivisible de *vida*»¹²⁶, definiciones que, como vimos, son entendidas por los romanistas como expresión de la comunión de los cónyuges en todas las contingencias de la vida, en una palabra, su participación en el mismo destino.

Por lo mismo, no estoy con quienes entienden esta expresión como un simple recurso de redacción tendiente a reafirmar el principio de la indisolubilidad¹²⁷: si la indisolubilidad había sido establecida expresamente, no tenía sentido reiterar de inmediato el principio¹²⁸. Si algo caracteriza al movimiento codificador en el que se sitúa nuestro Código Civil, es la concisión y exactitud en la formulación de la norma, en lo que Bello fue un maestro notable¹²⁹.

¹²⁵ D. 23.2.1. Vid. *supra* n. 14.

¹²⁶ I 1.9.1. Vid. *supra* n. 15.

¹²⁷ Fueyo (n. 13) 83.

¹²⁸ Con agudeza Claro Solar, cuando explica el sentido de esta expresión ‘por toda la vida,’ agrega inmediatamente a continuación la expresión latina ‘*consortium omnis vitae*’. Claro Solar (n. 8) 296.

¹²⁹ Guzmán (n. 3) 465.