



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL

Perspectiva histórico-jurídica

Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MARÍA ANGÉLICA ALVAR HARO

ARTURO HERNÁN IBÁÑEZ LEÓN

Profesor Guía: Sr. Antonio Dougnac Rodríguez

Santiago de Chile

Año 2.007

*Con amor, a mis padres,
María Angélica y Carlos
Enrique, por el incondicional
apoyo recibido a lo largo de
toda mi vida*

*Para mis amados padres,
V́ctor Arturo y Deidamia,
con eterna gratitud*

1.1.4 <i>Potestas y conventio in manu</i>	32
1.1.4.1 Planteamiento.....	32
1.1.4.2 Matrimonio <i>cum manu</i> y matrimonio <i>sine manu</i>	32
1.1.4.3 Crítica a la distinción entre matrimonio <i>cum manu</i> y Matrimonio <i>sine manu</i>	35
1.1.4.4 Adquisición de la <i>manus</i> sobre la mujer.....	38
1.2 Matrimonio y unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho romano.....	41
1.2.1 Distinción entre matrimonio <i>cum manu</i> y matrimonio <i>sine</i> <i>manu</i>	41
1.2.2 Efectos del matrimonio y unidad domiciliar de los cónyuges..	42
1.2.3 Las normas del derecho romano clásico relativas a la unidad domiciliar de los cónyuges. Recapitulación.....	45

CAPÍTULO II

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL

DERECHO CASTELLANO.....49

2.1 Significación del derecho castellano en la formación del derecho

chileno.....	49
2.2 Elementos formativos del derecho castellano y su incidencia en materia de unidad domiciliar de los cónyuges.....	50
2.2.1 El elemento indígena.....	50
2.2.1.1 La España pre-romana.....	50
2.2.1.2 El matrimonio y la unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho de los pueblos indígenas.....	52
2.2.2 El derecho romano.....	53
2.2.2.1 Derecho romano y romanización.....	53
2.2.2.2 Romanización en el plano provincial.....	55
2.2.2.3 Romanización en el plano local.....	57
2.2.2.4 Romanización en el plano personal.....	60
2.2.2.5 La unidad de domicilio conyugal en la España romana.....	62
2.2.2.6 Vulgarización del derecho romano.....	63
2.2.3 El elemento germano.....	66
2.2.3.1 Migraciones germanas.....	66
2.2.3.2 El matrimonio y la unidad de domicilio conyugal en el derecho de los germanos.....	67

2.2.4 El cristianismo.....	71
2.2.4.1 El cristianismo y el Imperio romano.....	71
2.2.4.2 El cristianismo y el derecho matrimonial.....	73
2.3 La unidad de domicilio conyugal en el derecho del Reino Hispano	
Visigodo.....	74
2.3.1 Migración de los visigodos y disolución del Imperio romano	
de Occidente.....	74
2.3.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en la legislación de los	
Reinos visigodos.....	76
2.3.2.1 Insuficiente conocimiento de las leyes visigodas.....	76
2.3.2.2 El <i>Liber Iudiciorum</i>	81
2.3.2.2.1 Antecedentes.....	81
2.3.2.2.2 El matrimonio en el <i>Liber Iudiciorum</i>	83
2.3.2.2.3 La unidad domiciliar de los cónyuges en el	
<i>Liber Iudiciorum</i>	84
2.4 La unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho altomedieval	
español.....	87
2.4.1 Invasión musulmana y reconquista cristiana.....	87
2.4.2 Pervivencia de las normas sobre unidad domiciliar de los	

cónyuges contenidas en el <i>Liber Iudiciorum</i> , ya como	
derecho territorial, ya como derecho personal.....	89
2.4.2.1 Pluralismo jurídico	89
2.4.2.2 Vigencia del <i>Liber</i> como derecho territorial	90
2.4.2.3 Vigencia del <i>Liber</i> como derecho personal.....	90
2.4.3 La unidad domiciliar de los cónyuges y los derechos locales	
en la alta edad media española.....	91
2.4.3.1 Origen y sentido de los derechos locales.....	92
2.4.3.2 Escasez de normas relativas al matrimonio y a la	
unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho local	
castellano.....	93
2.5 La unidad de domicilio conyugal en España durante la Baja Edad	
Media.....	94
2.5.1 El <i>ius commune</i> y su recepción en Castilla.....	94
2.5.1.1 Antecedentes.....	94
2.5.1.2 Etapas de la recepción del derecho común en	
Castilla.....	97
2.5.2 El matrimonio y la unidad domiciliar de los cónyuges en el	
<i>ius commune</i>	102

2.5.2.1 Coexistencia de la regulación civil y canónica del matrimonio.....	102
2.5.2.2 La unidad de domicilio conyugal como derecho-obligación de los cónyuges de vivir en el domicilio común.....	103
2.5.2.3 Fundamentos de la unidad domiciliar de los cónyuges.....	104
2.5.2.4 Casos en que cesaba el derecho-obligación de vivir en el domicilio común	105
2.5.2.4.1 Infidelidad de la mujer. El adulterio.....	107
2.5.2.4.2 Infidelidad del marido. El amancebamiento.....	112
2.5.2.4.3 Efectos del adulterio y del amancebamiento.....	114
2.6 Recapitulación.....	115

CAPÍTULO III

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL

DERECHO INDIANO.....	117
-----------------------------	------------

3.1 Aplicación supletoria del derecho castellano en las Indias.....	117
---	-----

3.1.1	Carácter supletorio del derecho castellano.....	117
3.1.2	Orden de prelación de las fuentes de derecho castellano.....	119
3.1.3	Regulación castellana del matrimonio y de la unidad de domicilio conyugal en las Indias.....	122
3.2	Particularidades que presentaba la realidad indiana para la regulación de la unidad de domicilio conyugal.....	123
3.3	Fundamentos de la normativa propiamente indiana relativa a la unidad domiciliar conyugal.....	125
3.3.1	El cumplimiento de los fines del matrimonio.....	125
3.3.2	Evitar los peligros que amenazaban a los cónyuges separados.....	126
3.3.3	Evitar un mal ejemplo a los indígenas.....	126
3.3.4	Evitar el vagabundaje.....	127
3.3.5	Impedir que los cónyuges abandonados quedaran sin sustento.....	127
3.3.6	La necesidad de que pudiera operar en la práctica el régimen de comunidad de bienes del matrimonio.....	128
3.4	Normas que salvaguardaban la unidad domiciliar entre cónyuges españoles o criollos.....	129

3.4.1 Situación de los casados en España que pretendieran trasladarse a las Indias sin sus mujeres.....	129
3.4.1.1 Prohibición a los casados y desposados para pasar a las Indias sin sus mujeres.....	129
3.4.1.2 Obligación de registrarse de quienes pasaran a Indias.....	131
3.4.1.3 Supervigilancia de la efectividad de las declaraciones de quienes pretendieran pasar a las Indias.....	132
3.4.1.4 Casos en que se podía autorizar a un casado para pasar a Indias sin su mujer.....	132
3.4.1.5 Fiscalización por parte de las autoridades radicadas en Indias.....	134
3.4.2 Situación de los casados en Indias que pretendieran pasar a España o a otros lugares de América sin sus mujeres.....	137
3.5 Normas que salvaguardaban la unidad domiciliar de los matrimonios entre indígenas.....	138
3.5.1 Razones adicionales para proteger la unidad de domicilio de los matrimonios entre indígenas.....	139

3.5.2 Algunas normas que incentivaban la unidad domiciliar de los cónyuges indios.....	139
3.5.3 Normativa protectora de la unidad domiciliar de los cónyuges dictada en el Reino de Chile.....	141
3.5.3.1 La tasa de Santillán.....	141
3.5.3.2 La tasa de Gamboa.....	142
3.5.3.3 Normativa dictada por el gobernador Martín García Oñez de Loyola.....	142
3.5.3.4 La tasa de Esquilache.....	143
3.5.3.5 Normas que establecían una fiscalización sancionadora de las normas que favorecían la unidad domiciliar de los cónyuges indígenas.....	144
3.6 Normativa protectora de la unidad domiciliar de los matrimonios entre esclavos negros.....	145
3.7 Vida práctica.....	146

CAPÍTULO IV

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL DERECHO

PATRIO.....	153
4.1 Vigencia de las normas indianas de derecho privado con posterioridad a la emancipación.....	153
4.2 Derecho matrimonial de la República antes de la codificación.....	155
4.2.1 Subsistencia de las normas de derecho indiano referentes al matrimonio y a la unidad domiciliar de los cónyuges.....	155
4.2.2 Leyes relativas al matrimonio dictadas en el Chile republicano antes de la promulgación del Código Civil.....	156
4.2.2.1 Ley de 8 de octubre de 1819.....	156
4.2.2.2 Pragmática o Senado Consulto de 9 de septiembre de 1820.....	157
4.2.2.3 Ley de matrimonio de disidentes de 24 de agosto de 1844.....	157
4.3 El matrimonio y la unidad domiciliar de los cónyuges en el Código Civil de 1855.....	158
4.3.1 Subsistencia del matrimonio católico y del matrimonio de disidentes.....	158

4.3.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en el Código Civil...	160
4.3.2.1 La unidad domiciliar como deber de cohabitación o de vida común.....	160
4.3.2.2 Derecho del marido de obligar a su mujer a vivir con él y a seguirlo al lugar donde fije su residencia y deber correlativo de la mujer.....	163
4.3.2.3 Excepción a la obligación de la mujer de vivir con el marido y de seguirlo al lugar donde éste fije su residencia.....	163
4.3.2.4 Derecho de la mujer a ser recibida por su marido en su casa y deber correlativo del marido.....	164
4.3.2.5 Situaciones de incumplimiento de estos deberes...	165
4.3.2.6 Sanciones para el caso de incumplimiento de estos deberes recíprocos.....	166
4.3.2.7 Cesación del deber de convivencia en virtud del divorcio.....	170
4.4 Matrimonio y unidad de domicilio conyugal en la ley de matrimonio civil de 1884.....	170
4.4.1 Secularización del matrimonio.....	170

4.4.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en la ley de matrimonio civil de 1884.....	174
4.4.2.1 Reglamentación del divorcio como causal de cese de la unidad domiciliar de los cónyuges.....	174
4.4.2.2 El divorcio no disolvía el vínculo matrimonial.....	176
4.4.2.3 Divorcio temporal y divorcio perpetuo.....	177
4.4.2.4 Causales del divorcio temporal.....	178
4.4.2.5 Causales de divorcio perpetuo.....	179
4.4.2.6 Efectos del divorcio.....	179
4.4.2.7 La acción de divorcio correspondía solo al cónyuge inocente.....	181
4.4.2.8 Unidad domiciliar de los cónyuges y divorcio. Recapitulación.....	182
4.5 Reformas introducidas a la legislación sobre la unidad domiciliar de los cónyuges con posterioridad a 1884.....	184
4.5.1 Breve referencia a las reformas del siglo XX.....	184
4.5.2 La reforma introducida por la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989.....	186
4.5.2.1 Objetivo general.....	186

4.5.2.2 Reformulación de las normas relativas a la unidad domiciliar de los cónyuges.....	187
4.5.2.2.1 Derogación de la potestad marital y unidad de domicilio conyugal.....	187
4.5.2.2.2 Consagración con el carácter de recíprocos de los derechos y deberes entre los cónyuges y unidad domiciliar.....	188
4.5.3 La Ley 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil.....	190
4.5.3.1 Significación.....	190
4.5.3.2 La separación de los cónyuges. La separación de hecho.....	192
4.5.3.3 La separación judicial.....	194
4.5.3.4 El divorcio.....	196
4.5.3.4.1 Infracción del deber de cohabitación como causal de divorcio imputable.....	196
4.5.3.4.2 El cese de convivencia como causal de divorcio.....	197

CAPÍTULO V

LA UNIDAD DOMICILIAR DE LOS CÓNYUGES

ANTE EL DERECHO CANÓNICO.....200

5.1 La situación en el tiempo anterior a la codificación del Derecho

Canónico.....200

5.1.1 Nociones previas.....200

5.1.1.1 Iglesia Católica y derecho canónico..... 200

5.1.1.2 Breves nociones sobre la evolución histórica del

derecho canónico.....202

5.1.1.2.1 Período que va desde la fundación de la

Iglesia hasta el *Decreto de Graciano*.....203

5.1.1.2.2 Período que va desde el *Decreto de*

Graciano (1139-1150) hasta el Concilio de

Trento (1545-1563)..... 204

5.1.1.2.3 Desde el Concilio de Trento (1545-1563)

hasta el Código de Derecho Canónico de

1917..... 207

5.1.1.2.4 Período que va desde el Código de

Derecho Canónico de 1917 hasta el

Código de Derecho Canónico de 1983.....	209
5.1.1.2.5 Período que va desde el Código de Derecho Canónico de 1983 hasta nuestros días.....	210
5.1.1.3 Referencia a la Historia Legislativa del Derecho Matrimonial Canónico.....	211
5.1.1.3.1 Desde la fundación de la Iglesia hasta el <i>Decreto de Graciano</i> (1139-1150).....	213
5.1.1.3.2 Desde el <i>Decreto de Graciano</i> (1139-1150) hasta el Concilio de Trento (1545-1563)....	213
5.1.1.3.3 Desde el Concilio de Trento (1545-1563) hasta el Código de Derecho Canónico de 1917.....	214
5.1.1.3.4 Desde el Código de Derecho Canónico hasta el Código de 1983.....	215
5.1.1.3.5 Desde el Código de Derecho Canónico de 1983 hasta nuestros días.....	216
5.1.1.3.6 Literatura canónica.....	216
5.1.2 Breves nociones acerca de la unidad de domicilio conyugal en el período anterior a la codificación.....	218

5.1.2.1	Normativa canónica general.....	218
5.1.2.2	Normativa particular. Los sínodos indianos en Chile.....	220
5.1.2.3	Otros sínodos indianos.....	224
5.2	El matrimonio en el Código de Derecho Canónico de 1917.....	226
5.2.1	Aspectos generales.....	226
5.2.1.1	Noción canónica de matrimonio.....	226
5.2.1.2	Fines del matrimonio.....	231
5.2.1.3	Propiedades del matrimonio.....	233
5.2.1.4	Bienes del matrimonio.....	234
5.2.1.4.1	El bien de la prole.....	235
5.2.1.4.2	El bien de la fidelidad.....	236
5.2.1.4.3	El bien del sacramento.....	236
5.2.2	Efectos del matrimonio y la unidad de domicilio de los cónyuges.....	237
5.2.2.1	Efectos del matrimonio respecto de los cónyuges....	237
5.2.2.1.1	La comunidad indivisible de vida, es decir, el vínculo conyugal perpetuo y exclusivo..	238
5.2.2.1.2	El derecho y deber igual en ambos cónyuges	

a los actos propios de la vida conyugal.....	238
5.2.2.1.3 Comunidad de vivienda, lecho y mesa.....	240
5.2.2.1.4 Potestad marital.....	240
5.2.2.2 La unidad del domicilio conyugal como comunidad de vivienda, lecho y mesa.....	241
5.2.2.2.1 Comunidad de vivienda, lecho y mesa.....	241
5.2.2.2.2 Contenido de la comunidad de vivienda, lecho y mesa.....	242
5.2.2.2.3 Importancia de la comunidad de vivienda, lecho y mesa.....	244
5.2.2.3 Casos de cesación de la unidad de domicilio conyugal. La separación de los cónyuges en el Código de Derecho Canónico de 1917.....	245
5.2.2.3.1 Disolución de vínculo, separación y nulidad.....	245
5.2.2.3.2 Separación de lecho, mesa y habitación. Separación perpetua.....	247
5.2.2.3.3 Separación temporal.....	256
5.3 La unidad domiciliar de los cónyuges en el Código de Derecho	

Canónico de 1983.....	262
5.3.1 Planteamiento.....	262
5.3.2 Aspectos generales.....	263
5.3.2.1 Noción canónica de matrimonio.....	263
5.3.2.2 Fines del matrimonio.....	264
5.3.2.3 Propiedades del matrimonio.....	265
5.3.2.4 Bienes del matrimonio.....	266
5.3.3 Efectos del matrimonio y unidad de domicilio de los cónyuges.....	266
5.3.3.1 Efectos del matrimonio en relación a la persona de los cónyuges. El consorcio conyugal.....	266
5.3.3.2 Cesación o suspensión del deber de los cónyuges de vivir juntos. La separación.....	271
5.3.3.2.1 Separación perpetua. El adulterio.....	272
5.3.3.2.2 Separación temporal.....	273
5.3.3.3 Otros efectos de la separación.....	274
5.3.3.4 Renuncia del derecho a la separación.....	274

CAPÍTULO FINAL

CONCLUSIONES.....276

BIBLIOGRAFÍA.....287

INTRODUCCION

“... A los casados les ordeno, no yo sino el Señor, que la mujer no se separe de su marido. Y si está separada, que no vuelva a casarse, o que haga las paces con su marido. Lo mismo, que el marido no despida a su mujer”.

(1- Corintios 7, 10-11).

El texto bíblico citado no sólo se refiere a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, sino que también al efecto propio del matrimonio, la vida en común de los cónyuges.

Así, ya en un texto de dos mil años de antigüedad, se alude a la necesidad de que los cónyuges vivan juntos, como efecto propio del matrimonio.

No podía ser de otro modo. En efecto, parece evidente que el matrimonio importa una comunidad de vida entre los cónyuges, que se traduce, entre otros aspectos, en el deber recíproco de vivir juntos. Es lo que se denomina la unidad de domicilio de los cónyuges o unidad domiciliar de los mismos.

De esta forma, no sólo en las Sagradas Escrituras será posible encontrar referencias a la unidad domiciliar de los cónyuges como un elemento consustancial del matrimonio, sino que también en las sucesivas

regulaciones del matrimonio, desde la más remota antigüedad hasta nuestros días.

En otras palabras, considerando que una adecuada regulación del matrimonio debe reconocer sus elementos consustanciales, que le dan su natural fisonomía, y siendo uno de ellos la necesidad de que los cónyuges vivan juntos, resulta indispensable que en el ordenamiento respectivo se encuentren normas que, de una u otra forma, se refieren a al deber de los cónyuges de vivir juntos, ya estableciéndolo expresamente, ya a través de normas que sancionan el incumplimiento del mismo, o ya regulando los casos excepcionales en que cesa el deber de vivir juntos, no obstante persistir el matrimonio.

¿Ha sido así a lo largo del tiempo, considerando las regulaciones que constituyen los antecedentes de nuestro derecho? ¿Es así actualmente?

Una primera aproximación para dar una respuesta a ambas preguntas, puede consistir en referirnos, a modo ilustrativo y de una manera muy somera, a algunos conceptos estrechamente vinculados con la noción de unidad domiciliar de los cónyuges y su deber de vivir juntos.

En efecto, por una parte no cabe sino destacar la importancia que reviste el concepto de hogar en relación con la unidad domiciliar de los cónyuges.

Al extremo que podemos dejar sentado que constituye el elemento esencial de dicha unidad, y por consiguiente del deber de los cónyuges de vivir juntos.

En general, el derecho positivo no se refiere al hogar sino de una manera incidental y por ende no encontramos formulación jurídica de una doctrina al respecto. Por ello se hace necesario efectuar algunas precisiones.

El hogar entraña, desde luego, convivencia. Consideremos, por ejemplo, la situación en la que pensaba el legislador indiano cuando aludía a la unidad de domicilio de los casados. No pensaba, ciertamente, en ventilar cuestión alguna sobre el “*asiento principal de los negocios, y de la residencia individual o marital*”, con el fin de derivar de ella únicamente efectos concernientes a la pasiva o activa exigibilidad de créditos o deudas personales de los cónyuges, o bien normas sobre la competencia del órgano judicial ante el cual se hubiera formulado condigno requerimiento. Sí pensaba, en la idea de que el marido debía cohabitar con su mujer y la mujer igualmente, con su marido.

Pues bien, desde cierto punto de vista, la familia entera podría ser definida por el hogar. Es en el ambiente de templanza que el hogar supone.

Solamente allí es donde pueden encadenarse las mil y una transacciones que la convivencia entraña y que interesan al derecho.

En suma, el deber de cohabitación supone la convivencia de los cónyuges y ésta, en principio, el hogar. De esta forma, el concepto de hogar aparece estrechamente vinculado con la unidad domiciliar de los cónyuges y con el deber de convivencia de los cónyuges..

Por otra parte, durante la evolución que experimentó la concepción acerca de la unidad domiciliar de los cónyuges, el concepto de potestad marital surge como un elemento digno de considerar.

Generalmente, cuando se analiza la potestad marital, se la asocia exclusivamente con la incapacidad jurídica de la mujer. Cabe señalar, en todo caso, que la incapacidad relativa de la mujer casada, en cuanto se la relaciona únicamente con la institución de la *autoritas* marital, es una pálida imagen de la subordinación que, en otras épocas, había constituido un verdadero honor.

En efecto, resulta claro que la unidad creada por el matrimonio se manifiesta ante todo en el hecho de compartir el mismo abrigo y habitar bajo el mismo techo. De esta forma, la cohabitación es la primera de las consecuencias del “*duo in carne una*”. Pues bien, el hecho de convivir

asomaba, sin duda, como el atributo más resaltante de la potestad marital, porque en principio a todo lugar donde se instalara el marido, a todo lugar debía trasladarse la mujer.

Con el posterior desarrollo del derecho de familia quedaron atrás postulados de derecho natural que justificaban la superioridad del marido sobre la mujer, y que llevaban a autores como Toullier a señalar *“que la naturaleza y las leyes han dado al marido la preeminencia y esta preeminencia es la fuente del deber de protección que la ley impone al marido y de la cual deriva también la obediencia de la mujer; es un homenaje rendido al poder que la protege. La potestad marital no es y no debe ser más que un poder de protección y no de opresión”*.

A su vez, la aparición de la ideología feminista abrió paso a la teoría de la igualdad, la cual postula que *“la igualdad reina en las relaciones de los cónyuges dentro del matrimonio”*. No dominan en él la protección y la obediencia, sino el efecto recíproco, lazo de almas llamadas a participar de un común destino.

Corolario de lo señalado es la circunstancia de que el derecho que tenía el marido para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiera que

traslade su residencia devino en el derecho y el deber que tienen ambos cónyuges de vivir en el hogar común.

Planteamiento

Hemos señalado que una adecuada regulación del matrimonio debe reconocer sus elementos consustanciales, y que uno de ellos es la necesidad de que los cónyuges vivan juntos. También dijimos que, por ende, es indispensable que en el ordenamiento respectivo se encuentren normas que, de una u otra forma, consagren el deber de los cónyuges de vivir juntos, ya estableciéndolo expresamente, ya a través de normas que sancionan el incumplimiento del mismo, o ya regulando los casos excepcionales en que cesa el deber de vivir juntos, no obstante persistir el matrimonio.

Nuevamente repetimos aquí las preguntas que, en definitiva, motivan el presente trabajo: ¿Ha sido así a lo largo del tiempo, considerando las regulaciones que constituyen los antecedentes de nuestro derecho? ¿Es así actualmente?

Sin perjuicio de lo que acabamos de señalar, a propósito de conceptos tales como “hogar” y “potestad marital”, creemos que para responder adecuadamente a las interrogantes que nos hemos formulado, resulta de una

incontestable utilidad efectuar un análisis histórico jurídico de la regulación de la materia en cuestión.

De esta manera, el objetivo de este trabajo será exponer el desenvolvimiento histórico jurídico que experimentó la regulación del concepto de unidad domiciliar de los cónyuges, expresado en su contenido material y que consiste en el deber de los cónyuges de vivir juntos. Dicho análisis se sustentará en una continuidad histórica conforme a la cual podemos trazar una secuencia que se arranca desde el derecho romano y que llega hasta nuestro derecho actualmente vigente.

Lo anterior hará posible que constatemos si cada una de las vertientes históricas que conforman el sustrato de nuestro derecho, recogieron, de alguna forma, la necesidad de que los cónyuges vivieran juntos, como un elemento definitorio de la realidad matrimonial. Para ello precisaremos la forma en que se abordó el tratamiento del deber de los cónyuges de vivir juntos: si se consagró expresamente o mediante normas que tendieran a su materialización en la práctica, o bien mediante normas que sancionaran su incumplimiento, o, al menos, a través de normas que precisaran los casos en que, por excepción, cesaba dicho deber no obstante subsistir el matrimonio. A su vez, la forma en que, en las distintas etapas históricas se abordó esta

materia, nos proporcionarán una medida acerca del valor que en ellas se asignaba a la unidad domiciliar de los cónyuges. Por último, y partiendo de lo anterior, estaremos en condiciones de efectuar el mismo análisis respecto del derecho actualmente vigente. Podremos entender qué sentido tiene hoy del deber de los cónyuges de vivir juntos y qué valor se le asigna.

Estado de la cuestión

El tema de la unidad de domicilio conyugal no ha sido tratado en forma específica. Por regla general, se aborda al pasar al tratar los efectos del matrimonio. Ello se ve reflejado en la generalidad de las obras que emplearemos en este trabajo, tanto de derecho romano, como de derecho castellano, indiano, derecho patrio y canónico. En particular, se le sitúa dentro de los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges por efecto del matrimonio.

Sin embargo, en lo que dice relación con el derecho indiano en particular, encontramos dos valiosos aportes que se ocupan específicamente de nuestro tema. Uno, un artículo del profesor de Historia del Derecho don Antonio Dougnac Rodríguez, titulado “La unidad de domicilio conyugal en Chile Indiano”, y el cual oportunamente citaremos; y otro, un artículo de las

profesoras Marta de la Cuesta Figueroa y María Elena Silva Nieto de Matorral, relativo a la zona de Salta y Jujuy¹.

Estos estudios se centran en la profusa normativa indiana que surgió en aquella época para satisfacer la necesidad de regular algunas situaciones que nacieron producto del choque entre el antiguo y el nuevo mundo. Entre dichas situaciones se destaca el régimen de los emigrantes que fueren casados y la obligación que se les imponía de llevar consigo a sus esposas.

Por nuestra parte, a partir de dichos estudios, queremos realizar una investigación que complete la visión histórico jurídica del tema, según pasamos a explicar.

Referencia al Plan

Para realizar un estudio acabado del tema y alcanzar los objetivos propuestos, tendremos que adentrarnos, como hemos dicho, en la historia de la regulación de esta materia. Comenzaremos con un análisis de la situación en el derecho romano, antecedente último pero no menos importante de nuestro derecho, en el que lo fundamental era la convivencia continuada y

¹ “Consideraciones Jurídicas acerca de la obligación de los casados de hacer vida maridable. Salta y Jujuy (Siglos XVII y XVIII)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (13), 1987, pp. 129 y ss.

la intención marital, sin que fuera necesaria la cohabitación para configurar el matrimonio romano.

Posteriormente, abordaremos el derecho que rigió en la península ibérica después de la caída del Imperio Romano y que constituye el eslabón que otorga continuidad histórica a nuestro derecho respecto del derecho romano. Cobra particular importancia el derecho castellano, desde que las Indias se incorporaron a la Corona de Castilla.

Continuaremos nuestro análisis, precisamente, con el derecho indiano, el derecho que rigió en Indias después de su incorporación a la Corona Castellana. Podremos apreciar que la unidad de domicilio conyugal fue importante, entre otros aspectos, para regular el estatuto de los emigrantes españoles casados.

En un capítulo posterior nos ocuparemos del derecho patrio, del derecho que nuestro país se dio después de la emancipación, última etapa de una larga evolución que comienza con el derecho romano. Analizaremos la situación previa a la codificación, la regulación que se dio en el Código Civil de Bello, y las posteriores modificaciones que han terminado por configurar la situación actual, con especial énfasis en la significación que representaban dichas modificaciones en el desarrollo de nuestro derecho de

familia. Así, por ejemplo, veremos que en nuestro derecho se consagró definitivamente la unidad de domicilio conyugal como un derecho-deber de los cónyuges de vivir juntos.

También incluimos en un capítulo particular de esta obra, un análisis de la consagración de la unidad de domicilio en el derecho canónico, por la importante influencia que el cristianismo y ese derecho tuvieron en la regulación de esta figura. Hemos optado por dedicar un capítulo específico para la regulación canónica de la institución, a fin de entregar una visión más sistemática, no obstante que en cada una de las etapas de la evolución histórico-jurídica será imposible no referirse a la influencia de las disposiciones canónicas en la configuración jurídica de la unidad de domicilio conyugal.

Finalmente, destinaremos un capítulo para ilustrar las conclusiones que nos sugiere la investigación que aquí presentamos. A través de dichas conclusiones intentaremos dar respuesta a las preguntas que determinan la principal motivación del presente trabajo.

En cada capítulo, y en la medida que sea posible, citaremos casos de aplicación práctica con el objeto de graficar con mayor nitidez el tema objeto de nuestro estudio.

No podemos dejar de entregar una reflexión personal. Creemos firmemente que la comunión de dos seres que implica el matrimonio, no es solamente una comunión espiritual susceptible de ser mantenida a distancia y por la sola virtualidad del entusiasmo con que se simpatice con el otro u otra en torno a una concepción del mundo, o sobre los hechos y cosas de la naturaleza circundante. Es una comunión integral, de cuerpo y alma. Para crearla y para sostenerla, los contrayentes van a compartir un techo, van a convivir a su abrigo, van a residir en un lugar. Allí encuentra su más firme sustento el deber de los cónyuges de vivir juntos. Sólo en la medida que se materialice dicho deber, puede hablarse de unidad de domicilio conyugal.

Convencidos de lo anterior, nos formulamos las interrogantes que motivan el presente trabajo. Mediante él las tratamos de dilucidar ciñéndonos a una investigación rigurosa, crítica y objetiva. Confiamos en haber cumplido con ello. Al respecto, nos sujetamos a lo que el lector juzgue.

CAPÍTULO I

EL DERECHO ROMANO Y EL DEBER DE LOS CÓNYUGES DE VIVIR EN EL HOGAR COMÚN

1.1 El matrimonio en el derecho romano.

Antes de referirnos a la unidad de domicilio conyugal en el derecho romano, debemos previamente hacer un somero análisis acerca de los orígenes, evolución, concepto y configuración jurídica del matrimonio en Roma. Ello nos permitirá comprender de una manera más acabada sus efectos y dentro de ellos el que nos ocupa, esto es, el deber de los cónyuges de vivir en el domicilio conyugal.

1.1.1 Naturaleza del matrimonio en Roma

1.1.1.1 La época antigua o arcaica. Desde un punto de vista teórico, el matrimonio es una institución natural basada en la necesidad de perpetuación de la especie humana, y que es el origen de la familia, primera institución social y base de toda sociedad. Considerado desde esta perspectiva, se comprenden los esfuerzos del hombre por estabilizar la institución a través de mecanismos legales que aseguren su eficacia y permanencia. Además, influyen

en la noción de matrimonio fuertes consideraciones éticas y religiosas.

Lo anterior explica que el matrimonio moderno, en muchos casos, se configura conjugando sus caracteres naturales con principios de carácter ético-religioso. En todo caso, lo cierto es que una institución en que la voluntad de los cónyuges está presente en el momento de la celebración, pero todas sus consecuencias están reguladas y previstas por la ley. De esta forma, se reconoce la particularidad e importancia de dicha institución.

En cambio, en la configuración del matrimonio en Roma, se aprecia una relativa libertad, restringida sólo por las costumbres sociales y por la religión.

En efecto, en la sociedad romana, caracterizada por un marcado pragmatismo, el matrimonio era un acto libre y espontáneo. Nacía y se extinguía sin mayores obstáculos que los que prescribían las leyes para el divorcio. Casi se podría afirmar que existían mayores exigencias, en cuanto a su perfeccionamiento, para los actos patrimoniales que para los actos de familia.

Ello porque el carácter fundamental del matrimonio romano no se ajusta a las concepciones modernas acerca del matrimonio. En Roma no se

concebía al matrimonio como un acto jurídico, en el que los cónyuges manifestaran su voluntad con arreglo a determinadas reglas, sino que era una mera situación de convivencia entre dos personas de distinto sexo. El inicio de de dicha situación o la existencia del vínculo conyugal no dependían de una manifestación de voluntad que se sujetara a determinadas formalidades jurídicas. Su mantención iba a tener lugar en tanto subsistiera la *affectio maritalis*, estos es, la intención continua de vivir como marido y mujer. La *affectio maritalis* no se reducía a la manifestación de voluntad inicial, que daba origen al matrimonio, sino que era un estado de voluntad cotidiano. Luego, la cesación de *affectio* envolvía la terminación del matrimonio. En definitiva, el matrimonio era una situación de hecho que producía consecuencias jurídicas².

Sin embargo, y quizás como demostración de los imperativos del derecho natural, igualmente es posible apreciar, aún en el matrimonio romano, el anhelo del hombre de mantener una convivencia sustentada por mutuos sentimientos de amor, fidelidad, lealtad, cooperación. En todo caso, dicha pretensión, más que en exigencias legales o sociales, se sustenta en

² ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, V. 2, 6ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 878 y 879; FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro, Patricio y Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Centro de Estudios Román Areces, Madrid, 1997, p. 151.

necesidades personales. En primer lugar aparece la persona, como individuo, y luego la sociedad.

En efecto, el matrimonio en Roma estaba orientado a satisfacer una necesidad personal y no social. Pero no por ello se llegaba al extremo de pensar que los matrimonios celebrados debieran ser necesariamente breves.

En concordancia con el carácter de situación de hecho del matrimonio, la ley no se ocupaba de solemnizar el matrimonio. Pero la religión sí lo hacía. Precisamente, habría sido la religión doméstica la que se ocupó del matrimonio como institución básica. Esta religión del hogar y de los antepasados, que se transmitía de varón en varón, no pertenecía exclusivamente al hombre. La mujer también tomaba parte en el culto. Mientras estaba soltera asistía a los actos religiosos de su padre y una vez casada, a los de su marido. La participación de la mujer en los actos religiosos del marido tenía lugar, en una primera época, por el sólo hecho del matrimonio. Posteriormente, dicha participación tendría lugar sólo en la medida que el matrimonio se acompañara una ceremonia que daría al

marido la *manus* sobre la mujer, institución a la que nos referiremos más adelante³.

Así, en la época más remota, podían existir dos familias que vivían una al lado de la otra, pero que tenían dioses diferentes. En una de ellas, una muchacha tomaba parte desde la infancia en la religión de su padre. Invocaba su hogar, le imploraba protección, le daba las gracias por sus beneficios. Este hogar paterno era su dios. Pues bien, un joven de la familia vecina podía pedirla en matrimonio. Esto representaba para la muchacha algo más que el simple hecho de pasar de una casa a otra. Implicaba abandonar el hogar paterno y pasar al hogar del marido. Pasaba a invocar el hogar del esposo, es decir, cambiaba de religión, y comenzaba a practicar otros ritos y a pronunciar otras oraciones. En suma, se abandonaba a un dios, al que adoró desde su infancia, para adorar a otro, que le era desconocido. Ello porque no podía adorar a ambos. Estaba prohibido. Por ello Fustel de Coulanges dice que la religión que consumaba el matrimonio no era la de Júpiter, ni la de Juno o de los otros dioses del Olimpo. El dios que la mujer pasaba a adorar era el dios de la familia del marido. Incluso, la

³ ERRÁZURIZ EGUIGUREN, Maximiano, *Manual de Derecho Romano: De las personas*, V. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pp. 219 y 220.

ceremonia no se realizaba en el templo, sino en la casa y la presidía el dios doméstico⁴.

Es por lo dicho que la mujer, al casarse, perdía la religión familiar pasando a tomar parte en otro culto, que podía revestir formas similares, pero que en definitiva, a través de él, veneraba y ofrendaba a otras personas: los antepasados de la familia de su marido. Este cambio constituye uno de los elementos esenciales de un matrimonio romano antiguo.

Lo señalado nos ayuda entender el fenómeno de que los contenidos jurídicos se entrecruzaban con los elementos rituales para configurar el matrimonio, especialmente en la Roma antigua⁵.

1.1.1.2 Naturaleza del matrimonio en la época clásica.

1.1.1.2.1 Fundamentos. Para algún autor “*El Derecho clásico del matrimonio es, sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma*”⁶. Ello porque en dicha época habría surgido lo que se ha denominado un derecho matrimonial humano, basado en la idea de *humanitas*, conforme a la cual se concebía al matrimonio como una unión

⁴ *Ibidem*, pp. 219 y 220.

⁵ Un ejemplo de ello es la *confarreatio*. Esta era una de las formas para adquirir la *manus* sobre la mujer y consistía en una ceremonia religiosa en la cual ambos esposos ofrecían un sacrificio, hacían una libación, pronunciaban algunas oraciones y comían juntos una torta de flor de harina (*panis farreus*).

⁶ SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 99.

libre y disoluble en que viven ambos cónyuges en pie de igualdad⁷. Esta noción difiere claramente de lo que se denomina matrimonio patriarcal, propio de la época antigua de Roma.

En efecto, hemos visto que en los primeros tiempos de Roma, en que la sociedad aparecía imbuida de un cierto sabor mágico-religioso, la familia estaba rodeada de una *sacrosanctitas*, esto es, de un carácter sagrado e intocable, que el derecho no se atrevía a violentar con su intervención.

Era el *pater familias* el único órgano que decidía respecto a las relaciones surgidas en el estricto ámbito familiar y su decisión estaba motivada por los usos y costumbres, por la moral-en su sentido más genuino de *mores*-existente en la sociedad. La gravedad y el valor ético de los primeros tiempos serán recordados a lo largo de toda la historia de Roma. Así se observa en la obra de autores literarios y juristas latinos cuando hacen referencia, siempre con admiración y a veces con nostalgia, de los *mores maiorum*.

Sin embargo, a medida que la sociedad fue evolucionando, y ya en tiempos de la República, la regulación de la vida familiar a través de los

⁷ *Ibidem*.

usos y costumbres se tornó inadecuada. Comenzó entonces a sentirse la necesidad cada vez más evidente de la certeza que proporciona el derecho.

La penetración de nuevas nociones jurídicas en la familia y, más concretamente, en el matrimonio, se realizó de un modo tímido y, desde luego, muy paulatino.

Así, la ya mencionada idea de *humanitas*, con origen en Grecia y recogida por los romanos, se tradujo en un movimiento humanístico que influyó en las concepciones jurídicas, en general, y en el matrimonio en particular.

Es así como en la Ley de las Doce Tablas se aprecia que al lado del matrimonio patriarcal, aparece un matrimonio libre, que se concebía con un carácter provisional y excepcional. Sin embargo, posteriormente, el movimiento humanístico alcanzó gran importancia. Los matrimonios *cum manu* decayeron, en particular en la alta sociedad romana. Las preferencias se inclinaban por el matrimonio libre. Y los juristas, los pretores y los jueces, no la potestad legislativa, fueron los que elaboraron la nueva noción jurídica que recogió las nuevas aspiraciones de la sociedad romana⁸.

⁸ *Ibidem*, p. 100.

Pues bien, ya durante la etapa de mayor esplendor jurídico de Roma, en la época clásica, operó el desarrollo de un nuevo derecho matrimonial, producto del movimiento humanístico, en el que el matrimonio se configuró definitiva y claramente como un estado de hecho basado en el consentimiento continuo de los cónyuges. Esta situación era salvaguardada de forma privilegiada por el derecho.

Se destaca de esta noción la pérdida de importancia del matrimonio *cum manu*, en el que la mujer quedaba sometida a la potestad marital del marido, por lo que había decrecido considerablemente, siendo ya una mera ficción. Además, fundándose la concepción clásica en la necesidad de la *affectio maritalis* para que comenzara y subsistiera el matrimonio, era lógico que el matrimonio fuera disoluble, si se entendía que cesando la *affectio* terminaba el matrimonio.

De esta forma, se concluye, por quienes defienden la concepción clásica, que más que un signo de decadencia y de desmoralización, el matrimonio romano clásico, creado no “*por libertinos o personas licenciosas, sino por la mejor solera de la sociedad romana*”, fue “*una prueba del sentido humano de Roma*”⁹.

⁹ *Ibidem*, p. 99.

1.1.1.2.2 *Nuptias non concubitus, sed consensus facit. Non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.* Para entender qué era lo fundamental en la noción clásica del matrimonio, debemos referirnos a los elementos que configuraban el matrimonio.

En la concepción romana del matrimonio de la época clásica se distinguían dos elementos: un elemento subjetivo o intencional (*consensus* o *affectio*); y un elemento objetivo o material, que era la convivencia (*coniunctio, individuae vitae consuetudo*), y que se reflejaba en la consideración social de la unión estable y permanente (*honor matrimonii*)¹⁰.

Este elemento externo es el que nos interesa para nuestro trabajo, ya que nos demuestra que uno de los fines del matrimonio romano era que los cónyuges vivieran juntos. Sólo de esa manera se podía probar el matrimonio.

En esta concepción espiritualista de la jurisprudencia clásica, predominaba el elemento subjetivo o *consensus*, el cual debía ser continuado y constante. Así, se estimaba que terminaba el matrimonio cuando cesaba la recíproca intención de ser marido y mujer¹¹.

¹⁰ GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho Privado Romano. Instituciones*, Editorial Dykinson, 1985, p. 458.

¹¹ *Ibidem*.

En este orden de ideas, los juristas consideraban ciertos hechos o circunstancias que probaban claramente la existencia de la relación matrimonial. Así, para la iniciación del matrimonio se fijaban especialmente en el acompañamiento de la mujer a la casa del marido (*deductio in domum*). Como veremos, cuando nos refiramos a la *conventio in manum*, era importante este acompañamiento de la mujer, puesto que además de servir de prueba del matrimonio, determinaba el inicio del domicilio conyugal¹².

Por otra parte, el matrimonio también podía celebrarse en ausencia del marido, con tal de que fuera llevada la mujer a casa de éste. Por el contrario, nunca podía tener lugar en ausencia de la mujer¹³.

Además, el matrimonio se disolvía por la cautividad en guerra. Sin embargo, no se reintegraba por la vuelta del cautivo *iure postliminio*, sino que era necesario el inicio de una nueva convivencia matrimonial. Ello porque el matrimonio era una situación de hecho.

En suma, la convivencia matrimonial se basaba en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa, donde se realizaba la comunidad de vida exteriormente apreciable (*honor matrimonii*). Puede decirse que el

¹² *Ibidem*.

jurista romano no quería penetrar en las interioridades de la *domus* y de la familia. Se conformaba con signos externos y de ahí su concepción de la convivencia profundamente humana y social¹⁴.

1.1.1.3 Naturaleza del matrimonio en la época post-clásica. Durante el periodo post-clásico la influencia del cristianismo y de nuevas concepciones sociales acerca de la familia, que ahora se funda en el parentesco natural o *cognatio*, determinaron que el matrimonio experimentara importantes modificaciones¹⁵.

La modificación de mayor trascendencia dice relación con el rol que se asigna al consentimiento de los cónyuges. El principio de que el “*consentimiento hace el matrimonio*” (*consensus facit nuptias*) adquiere un nuevo sentido. En efecto, en esta época, la voluntad de los cónyuges de unirse en matrimonio juega el papel de una voluntad inicial, que hace nacer al matrimonio, que determina el nacimiento o la existencia del vínculo conyugal, con independencia de que esa voluntad se mantenga o no con posterioridad. Por ello, las constituciones imperiales, principal fuente del

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 459.

¹⁵ *Ibidem*, p. 468.

derecho en la época, asignan una importancia decisiva a los actos y ceremonias nupciales que dan publicidad a la unión matrimonial¹⁶.

De acuerdo con este nuevo alcance del consentimiento inicial, las constituciones imperiales dieron una mayor importancia a los actos y ceremonias nupciales que daban publicidad a la unión. Por ello, a diferencia de lo que ocurría en época clásica, en la post-clásica no era necesario acudir a hechos externos para probar el matrimonio, sino que bastaban algunos actos, como la entrega de la dote, para iniciar la vida conyugal.

Por otra parte, los emperadores cristianos no vieron con buenos ojos la concepción clásica, que facilita el divorcio y las segundas nupcias. Por ello dictan disposiciones en contra de ambas figuras. Además, y en concordancia con la noción que atribuye al consentimiento de los cónyuges el carácter de inicial, necesario para la existencia del matrimonio, se entiende que éste subsiste aún cuando después alguno de los cónyuges pierda su capacidad jurídica. De esta forma, situaciones como la cautividad, la esclavitud y la deportación, que en la época clásica disolvían el matrimonio, ahora no producen tal efecto. Asimismo, se dictan

¹⁶ *Ibidem*, p. 469.

disposiciones contra las uniones clandestinas y se configura el delito de bigamia¹⁷.

De esta forma, el matrimonio pasó a ser considerado un acto jurídico, surgido del consentimiento inicial de los cónyuges, superándose así la concepción clásica del matrimonio.

1.1.2 Definiciones del matrimonio en el derecho romano.

Habiéndonos referido a la naturaleza del matrimonio en Roma y a su evolución, corresponde ahora que veamos cómo se le definía.

Las fuentes nos proporcionan dos definiciones de matrimonio. Así, en el Digesto se consigna una definición que da Modestino, conforme al cual “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”¹⁸ (Las nupcias son la unión del varón y la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Digesto*, 23, 2,1. Utilizamos el texto contenido en *El digesto de Justiniano*, versión castellana por Álvaro D’Ors, 3 V, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968-1975.

A su vez, las *Institutas* nos entrega una definición que da Ulpiano, conforme a la cual “*nuptiae sive matreimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vital continens*)¹⁹ (Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible).

Considerando lo que hemos dicho a propósito de la naturaleza del matrimonio en Roma, las definiciones transcritas merecen algunas observaciones.

Así, se ha dicho que ellas no proporcionan una idea cabal de lo que era la noción del matrimonio en la época clásica, en la que aquél era esencialmente disoluble, no implicaba casi nunca la potestad del marido sobre la mujer, ni tenía lugar entre estos ninguna comunicación de derechos divinos y humanos, pues no suponía igualdad de culto ni comunidad de bienes entre los cónyuges. Más bien, ambas definiciones trasuntarían la concepción del matrimonio de la época arcaica y republicana, o pretenderían expresar un ideal de matrimonio²⁰.

¹⁹ *Institutas*, 1, 9, 1.

²⁰ ARIAS RAMOS, J., *op. cit.*, p. 878; JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio, *Derecho Romano*, p. 59; VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Derecho Privado Romano*, Editorial Temis, Bogota, 1986, p. 170. Arias Ramos ofrece algunas razones que explicarían la definición de Modestino, en las partes en que habla de “consorcio de toda la vida” y de

De esta forma, el carácter o la naturaleza fundamental que tenía el matrimonio en la época clásica, no se aprecia en las definiciones antes citadas. Recordemos que, conforme a dicha concepción, el matrimonio era ante todo una situación de hecho que producía consecuencias jurídicas.

En suma, al momento de analizar el matrimonio romano, hay que tener presente lo que se ha dicho en relación con las definiciones antes transcritas. Hay que atender, más bien, a las distintas concepciones que existieron a lo largo de la historia de Roma y a las que nos hemos referido con anterioridad.

1.1.3 Calificación jurídica del matrimonio romano

Más allá de las diversas nociones que acerca del matrimonio existieron a lo largo de la historia del derecho romano, la doctrina romanista se ha preocupado de calificar jurídicamente al matrimonio dentro de los contratos.

Así, la doctrina tradicional lo ubica dentro de los contratos consensuales, o sea, dentro de aquellos contratos que se entienden perfeccionados por el

“comunicación del derecho divino y humano”. En cuanto a lo primero, no importaría una exigencia objetiva, en el sentido de que el matrimonio sea indisoluble, sino que un carácter objetivo, en el sentido de que los que se unen en matrimonio no pueden hacerlo con la intención de que la unión sea temporal. En lo relativo a la segundo, señala que puede consistir ya en un vestigio, rutinariamente conservado, de un texto de una época

hecho de reunirse las voluntades de las partes, sin necesidad de formalidad alguna²¹.

Sin embargo, alguna doctrina señala que el matrimonio en Roma era un contrato real. Ello porque solamente después de la tradición de la mujer al marido se podía decir que el contrato estaba formado. En abono a lo anterior, esta postura agrega que en Roma la ausencia del marido no impedía el matrimonio, cuando su consentimiento era expresado por carta o por un *nuntius*, siempre que la mujer sea deducta *in domo mariti*, esto es, puesta en su posesión. En términos simples, la mujer debía ingresar al domicilio conyugal para así perfeccionar el contrato de matrimonio, puesto que sólo de esta manera comenzaba a entrar en posesión del marido²².

La postura de que el matrimonio era un contrato real ha sido objeto de impugnación. Se ha dicho en este sentido que el matrimonio no era un contrato consensual, ni un contrato real, sino un contrato *sui generis*²³.

Para esta doctrina es correcta la aseveración de que el matrimonio no es un contrato consensual. En este sentido, argumenta señalando que no podía

en que, por ir siempre acompañado el matrimonio de la *conventio in manum*, era verdad esa comunicación de derecho divino y humano; o ya en una interpolación cristiana.

²¹ SILVA RIESCO, Bernardino, *El matrimonio en el derecho romano*, Tesis para optar al grado de Licenciado en la Universidad de Chile (inérita), Santiago, 1951, p. 8.

²² Esta doctrina la sostiene Ortolan, citado por SILVA RIESCO, Bernardino, *loc. cit.*

celebrarse mediante correspondencia o *per nuntium*. Ello porque sería poco factible calificar como marido y mujer a quienes se han limitado a manifestar su voluntad de considerarse como tales, mediante correspondencia o *per nuntium*, sin haber establecido entre ellos la comunidad de existencia que implica el matrimonio. Se agrega que el matrimonio era una situación de hecho, que consistía en la unión de un hombre y una mujer que implicaba comunidad de vida. Luego, la sola manifestación de voluntad venía ser insuficiente para establecer la unión en la vida común única.

La misma doctrina añade que tampoco es un contrato real. Comienza señalando que la presencia de ambos esposos no era necesaria. En efecto, continúa esta postura, si la mujer, que quería adquirir el título de *uxor*, se iba a habitar el domicilio del marido (futuro domicilio conyugal), aún en su ausencia, sería constituida de hecho en la posición que regularmente pertenecía a la mujer casada. Desde luego habría una existencia común. La asociación de la mujer al destino del marido habría comenzado efectivamente y, por lo tanto, existiría matrimonio. Pero, si era la mujer la que estaba ausente, como al casarse era su deber compartir el domicilio del

²³ Doctrina que sustenta Eugene Machelard. Sus argumentos los tomamos de SILVA

marido (unidad de domicilio conyugal), y como reposaba el matrimonio en esta unión de la mujer al destino del marido, unión de hecho, no se comprende como podía realizarse, en tanto la mujer no estaba aún en estado de tomar el rol que le asignaba el título de *uxor*.

Por otra parte, continúa la impugnación al carácter de contrato real del matrimonio, no es necesario creer que la *deductio uxoris in domum maritii*, es decir, que la mujer sea puesta en posesión del marido, fuere indispensable a la existencia del matrimonio. Cada vez que dicha puesta en posesión tuviere lugar no cabía poner en duda la comunidad de existencia que supone y que constituye actualmente el matrimonio a pesar de la ausencia del marido. Pero es muy posible que la vida común única se establezca independientemente de la *deductio*, lo que sucederá cuando el marido vaya a buscar a su mujer al domicilio paterno y comience a anudar con ésta la vida común que forma el matrimonio. Es decir, desde que podía existir matrimonio sin que la mujer fuere puesta en posesión del marido, no cabe calificar al matrimonio como un contrato real.

En definitiva, la última postura pretende ajustarse a lo que era la naturaleza del matrimonio en Roma. Sostiene que se trata de un contrato *sui*

RIESCO, Bernardino, *op. cit.*, *loc. cit.*

generis, que tiene unos caracteres y fines especialísimo, por lo que no cabe calificarlo ni como contrato consensual, ni como contrato real.

1.1.4 *Potestas y conventio in manu*

1.1.4.1 Planteamiento. Una vez trazada en términos generales la noción que existía acerca del matrimonio en Roma, como la evolución de la misma, debemos abordar el estudio de dos institutos jurídicos importantes que, de alguna forma, parecen relacionarse con aquél: la *potestas* y la *conventio in manu*.

En particular, se hace inevitable referirse a la relación que existe entre el matrimonio romano y la denominada *conventio in manu*. Más aún, cuando se advierte una cierta confusión que dificulta la adecuada comprensión de la verdadera relación que existe entre ambas instituciones.

1.1.4.2 Matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*. Decimos lo anterior porque, tradicionalmente, se han distinguido dos formas del matrimonio romano: matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*²⁴.

²⁴ Por ejemplo, formulan esta distinción, ARGUELLO, Luís Rodolfo, *Manual de derecho romano: historia e instituciones*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1988, pp. 425 a 427; JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio, *op. cit.*, p. 60; y NESPRAL, Bernardo, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981, p. 246.

El matrimonio *cum manu* sería una de los más antiguos, propio de la época arcaica y que revestía un carácter sacro o religioso. Dicho matrimonio se habría realizado a través de tres formas que se consideraban constitutivas de la relación conyugal: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*. En virtud del matrimonio realizado por alguna de estas formas, la mujer pasaba a formar parte de la familia agnaticia del marido, sometiéndose a la *manus maritales* de éste, si era *pater*, o a la del padre de aquél, si estaba sometido a potestad paterna. En otras palabras, la mujer se hacía *filiafamilias* ocupando el lugar de hija (*loco filiae*) o de nieta (*loco neptis*), según el caso. Luego, el matrimonio *cum manu* implicaba *ipso jure* la potestad del marido o del padre de éste sobre la mujer.

Primeramente hay que precisar el sentido de la *conventio in manu* considerando el contexto temporal e institucional en el que tiene lugar. El contexto institucional no deja de tener relevancia, puesto que la *conventio in manu* se vincula estrechamente con otro de los conceptos que hemos mencionado: la *potestas*.

Para entender lo señalado hay que puntualizar que en Roma la familia, en sentido estricto, estaba formada por un grupo de personas bajo la única

potestas del *paterfamilias*, al cual se hallaban sometidos por razones naturales o jurídicas.

Conceptualizada así la familia, resulta que ésta era, en sus orígenes, un organismo vasto y complejo, que abarcaba diversos sujetos sometidos al *pater*. Ésta era la denominada *familia agnaticia*, cuyos miembros no se encontraban unidos por lazos puramente biológicos, sino por la idea netamente jurídica de autoridad, de sumisión a una misma jefatura.

En este marco, la *patria potestad* va a ser fundamental no sólo en sus orígenes, sino a lo largo de toda la historia de Roma, pues si bien el vínculo agnaticio va a ser progresivamente sustituido por el vínculo consanguíneo, que une a la madre y sus parientes con sus hijos, se apreciarán hasta el final supervivencias de la concepción familiar dominante en los primeros tiempos, basada en la común sujeción a un *pater familia*.

Pues bien, existían cuatro formas de quedar sometido a la *potestas* de un *pater familias*²⁵. De ellas nos interesa referirnos a la *conventio in manu* puesto que nos permite explicar de qué manera influyó en los efectos del matrimonio, y en particular, en la obligación de los cónyuges de vivir en el domicilio conyugal.

La *conventio in manu* era el acto por el cual la mujer ingresaba a la familia del marido, rompiendo, en consecuencia, todo lazo con su familia de origen. Este ingreso en la nueva familia podía verificarse *filiae loco*, cuando su marido era *sui iuris*, o *neptis loco*, vale decir quedando bajo el mismo poder doméstico a que se encontraba sometido el marido, cuando éste era *alieni iuris*.

A su vez, la *manus* sobre la mujer se adquiría mediante alguno de los dos actos solemnes adecuados al efecto (la *confarreatio* y la *coemptio*) o bien, a través de una especie de *usucapio* de la mujer (el *usus*).

1.1.4.3 Crítica a la distinción entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*. A partir de la consideración de la *conventio in manum* se estructura una teoría, a la que adhieren los romanistas desde hace más de un siglo, conforme a la cual los romanos habrían conocido dos tipos de matrimonio:

- a) Uno más antiguo, el matrimonio *cum manu*. y
- b) El matrimonio *sine manu*. Característica de este matrimonio habría sido el que se realizaba sin formas determinadas. Habría surgido hacia el año

²⁵ Dichas formas eran la esclavitud, la filiación legítima, la adopción y la *conventio in manum*.

200 de Roma, habría sustituido rápidamente al *cum manu*, caído ya en desuso y finalmente desaparecido.

Sin embargo, la teoría referida ha sido impugnada. En efecto, la profesora María Isabel Núñez Paz²⁶, sostiene que los autores que se han inclinado por afirmar la existencia en Roma de dos tipos de matrimonio, se basan en una interpretación demasiado estricta de las fuentes, no haciendo concordar siempre éstas con otros textos jurídicos y literarios, sin duda valiosos.

La profesora Núñez Paz agrega que en Roma se daban dos realidades que inducen a confusión a la doctrina en torno a la problemática de la existencia o inexistencia de dos tipos de matrimonio, uno *cum manu* y el otro *sine manu*.

La primera de estas realidades la constituye el mayor valor social y jurídico que fue otorgado siempre a los matrimonios celebrados *cum manu* y la segunda está dada por el hecho de que hasta los últimos tiempos de la República, prácticamente todos los matrimonios, y podría decirse que en su totalidad los de las familias patricias, eran *cum manu*. Esta situación, producida como una lógica consecuencia de la prevalencia social y jurídica

del matrimonio cum manu, se prolongó a través de la historia hasta que las exigencias de épocas más modernas pusieron fin a la institución de la *conventio in manum*.

La autora concluye que sólo hubo un matrimonio en Roma, cuya existencia era independiente de la *conventio in manu*. Al respecto, se funda en las razones siguientes:

a) El matrimonio y la *conventio in manu* tenían en común un elemento fundamental: la necesidad del requisito del consentimiento. En la *conventio in manu* la mujer prestaba su consentimiento para la entrada *in manum* del marido. Accedía a ser *filiafamilias* en un nuevo círculo familiar, y lo hacía en la ceremonia de la *confarreatio*, la *coemptio* o mediante el *usus*. El consentimiento que prestaba en la *conventio in manu* era independiente del consentimiento que debía prestar para convertirse en esposa, que jurídicamente era anterior;

b) El matrimonio era una relación de hecho, mantenida por el consentimiento continuo de los cónyuges, a la que el ordenamiento atribuía consecuencias jurídicas. La *conventio in manum*, sin embargo, se constituía por una ceremonia en la que se prestaba un consentimiento inicial.

²⁶NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*.

c) Si hubiesen existido en Roma dos tipos de matrimonio, también hubiesen tenido que existir dos tipos de divorcio. Sin embargo, ello no fue así. En efecto, la cesación del matrimonio tenía lugar cuando dejaba de existir la voluntad de los cónyuges de seguir siendo tales. En cambio, las formas de disolución de la *conventio in manum*, que eran la *difarreatio*, la *remancipatio* y la *trinoctium*, no provocaban por sí mismas la desaparición del matrimonio. Más aún, dándose aquéllas, no necesariamente desaparecía éste.

1.1.4.4 Adquisición de la *manus* sobre la mujer. Hemos señalado que existían tres formas de adquirir la *manus* sobre la mujer: la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*. Nos referiremos brevemente a cada una de ellas.

De las formas de adquirir la *manus* de la mujer, la más antigua que concibió el derecho romano fue la *confaerratio*.

Ahora bien, para ser exactos, se hace preciso señalar que la ceremonia de matrimonio, en cuanto ceremonia religiosa, se componía de tres actos: la *treditio*, la *deductio in domum* y la *confarreatio*. Pues bien, sólo la *confaerratio* producía el efecto jurídico de generar la situación de la *manus*.

En efecto, la *traditio* era una formalidad indispensable para que la mujer pudiera abandonar el hogar paterno. A través de la *traditio* el padre le otorgaba al futuro marido el poder para desligarla jurídicamente de su familia.

Por su parte, el segundo acto, la *deductio in domum*, era básicamente un acto de ingreso al hogar físico del futuro marido, el cual constituirá el domicilio conyugal. De ahí su importancia (de la *confarreatio*) para establecer cuál iba a ser el domicilio de los cónyuges y así estar en condiciones de cumplir con el deber de vivir en el hogar común, que les imponía el matrimonio.

Una relación sucinta de la *deductio in domum* nos permitirá hacernos una idea acerca de dicho acto. Se conducía a la mujer a casa del esposo, en una verdadera procesión, que nos revela lo antiguo de nuestros actuales usos: una mujer que soporta un velo, el canto de himnos, etc. El cortejo que llevaba a la esposa se detenía frente a la casa del esposo, en donde se le presentaba el fuego y el agua. El fuego representaba a la divinidad familiar, y el agua lustral, que sirve a la *domus* en todas sus ceremonias. En este instante la mujer debía ser ingresada a la casa del marido. Para tal efecto, debía simularse un rapto, por lo que el marido debía tomarla en brazos y

transportarla sobre el umbral de la casa, evitando que los pies de ella lo toquen.

Por último, la parte final del ceremonial, la que religiosa y jurídicamente era la más importante, estaba constituida por la *confarreatio*. La esposa era llevada ante el hogar familiar, en donde estaban los penates, los dioses domésticos y las imágenes de los antepasados. Todos ellos se situaban alrededor del fuego sagrado. Aquí, frente al fuego, los esposos hacían los sacrificios, la libación, pronuncian palabras sacramentales, y, finalmente, comían juntos el *pan farreus*, un pan de harina de flor que dio el nombre a la ceremonia. La comida de esta torta era, en definitiva, la que cerraba el círculo de unión religiosa y jurídica de los esposos.

La segunda forma de adquirir la *manus* de la mujer era la *coemptio*. Consistía en una forma de compra recíproca de los contrayentes, mediante la cual el varón y la mujer se dan mutuamente una pequeña moneda, pronunciando una fórmula solemne.

La última forma de adquirir la *manus* era el *usus*, conforme al cual el marido podía adquirir aquella por medio de la posesión continuada. En efecto, si una mujer había estado viviendo bajo la *potestas* familiar del marido durante un año continuo, se entendía que se verificaba el cambio de

familia por parte de la mujer, con los subsecuentes efectos religiosos y jurídicos, a saber, la renuncia a la religión familiar antigua y aceptación de la nueva, y adquisición de la *manus* por el *usus*. Si éste era interrumpido debía volver a contabilizarse. De tal modo, la ausencia de la mujer del domicilio conyugal implicaba la cesación del *usus*, siempre que éste se verificara por tres días (*trinoctii usurpatio*).

Luego de haber pasado somera revista a los señalados preliminares acerca del matrimonio romano, estamos en condiciones de referirnos, en particular, a la noción de unidad de domicilio conyugal en el matrimonio romano.

1.2 Matrimonio y unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho romano

1.2.1 Distinción entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*

En lo que respecta al domicilio, el matrimonio *cum manu* produce el cambio del de la mujer, puesto que pasa a tener el de su marido.

En efecto, en una cita de *Papirio Justo* se lee, “*También resolvieron por rescripto que la mujer, mientras está casada, es considerada como*

avecindada en la misma “civitas” en la que lo está su marido, y que no está obligada a soportar cargas en aquella de la que trae su origen²⁷.”

En cambio, en el matrimonio *sine manu*, y en lo relativo a la obligación de la mujer de seguir al marido y tener la residencia de éste, existía una libertad mucho mayor, porque si bien en un principio se aceptaba esta obligación, más tarde se llegó a la conclusión de que en realidad la mujer no la tenía pudiendo entonces negarse a seguir al marido. En efecto, en una cita de *Dioclesiano y Maximiano* se lee: “*Más ninguna constitución de Derecho manda que contra su voluntad vuelva la mujer al lado de su marido*”²⁸.

1.2.2 Efectos del matrimonio y unidad domiciliar de los cónyuges

Dejamos para el final del capítulo el estudio de los efectos del matrimonio ya que es el tema que aborda de manera directa el deber de los cónyuges de vivir en el hogar común. Creímos que antes de tocar dicho tema era necesario conocer cómo la unidad de domicilio conyugal aparecía consagrada en las diferentes instituciones del derecho romano y de esa manera comprender mejor este deber que pesa sobre los cónyuges.

El matrimonio produce consecuencias variadas que se reflejan en diversas zonas del derecho privado y se manifiestan especialmente en la

²⁷ *Digesto*. 50, 1, 38, 3.

organización familiar interna. Nos corresponde describir estos efectos característicos del matrimonio en lo relacionado a los cónyuges entre sí ya que los efectos de los cónyuges respecto de sus hijos escapa nuestro estudio.

En cuanto a los efectos respecto de los cónyuges entre sí nos abocaremos sólo a los efectos personales ya que los patrimoniales forman parte de otra materia que no formará parte de nuestro trabajo.

Según las reglas del primitivo Derecho, esto es, cuando la mujer se casaba *cum manu*, quedaba sometida a una potestad análoga a la patria potestad, por lo que resultaba inoficioso que la ley condicionase las relaciones entre los cónyuges.

Cuando, desde comienzos de la época imperial, rigió el matrimonio libre de solemnidades que no producía la *manus*, la jurisprudencia sentó varias reglas sobre las relaciones entre los cónyuges.

En primer lugar crea deberes recíprocos entre los cónyuges. Estos deberes eran, entre otros los siguientes:

1. La mujer participaba de los honores, rangos y dignidades del marido:

²⁸ *Corpus Iuris Civilis*. Código. Libro 2, título 17, fragmento 15.

“Puesto que, dices, no fuiste procreada de padre senador, sino que por matrimonio con un senador alcanzaste el título de mujer muy esclarecida, el esclarecimiento, que por beneficio de tu marido se alcanzó para ti, se perdió volviendo tú al estado de tu anterior dignidad, si te casaste después con varón de segundo grado.” (Dioclesiano y Maximino. C, 5, 4, 10).

2. La mujer tomaba el domicilio del marido:

“... más bien que aquél a cuyo domicilio (del marido) había de pasar la misma mujer por la condición del matrimonio”. (Ulpiano. D. 5. I. 65).

3. La mujer podía resistirse a volver al hogar conyugal:

“Más ninguna constitución de Derecho manda que contra su voluntad vuelva la mujer al lado de su marido”. (Dioclesiano y Maximino. C. 5. 17. 5).

4. El marido debía proveer a los gastos de la mujer:

“Tengan la facultad los cognados para presentarse al juez competente a fin de que se imponga al marido la necesidad de proveer a todo sustento de la mujer, de prestarle alimentos, de atender a la medicina de la misma, y de no olvidar nada de lo que es decoroso que el marido preste a la mujer, conforme a la cuantía de la dote”. (Ulpiano. D. 24. 3. 22, 8).

5. El marido debía protección a la mujer:

“Pero si la injuria se hubiere hecho al marido, la mujer no ejercita la acción, porque es equitativo que las mujeres sean defendidas por los maridos, no los maridos por la mujer”. (Paulo. D. 47. 10. 2).

6. La mujer debía obediencia al marido:

“... o que ignorándolo él (marido) o no queriéndolo, asista a festines de hombres extraños... o que prohibiéndolo él, se divierta en los juegos de circo o teatro, o en los espectáculos de la arena...”. (Código. 5. 17. 8, 3).

7. Los cónyuges se debían fidelidad: La ley **Iulia de adulteriis** castigaba a la adúltera con relegación y confiscación de una parte de sus bienes, y al adúltero lo privaba del plazo para la restitución de la dote. Constantino castigó a la adúltera con la pena de muerte, y al adúltero con la pena de la pérdida de las donaciones ante nupcias. Justiniano dispuso que la mujer adúltera fuese encerrada en un monasterio. Se castigó más severamente a la mujer adúltera que al hombre, porque podía introducir en la familia a seres de sangre extraña.

1.2.3 Las normas del derecho romano clásico relativas a la unidad domiciliar de los cónyuges. Recapitulación.

Para finalizar este capítulo, a modo de resumen, creemos pertinente mencionar algunos fragmentos del *Digesto* que se refieren directa o indirectamente a la unidad de domicilio conyugal en el derecho romano:

- “El matrimonio es la unión de hombre y mujer en pleno consorcio de su vida y comunicación del derecho divino y humano”. (Mod. 1 reg.). (D. 23, 2. 1.).
- “Se admite que la mujer se pueda casar con el ausente, o por cartas de éste o por nuncio, si fuera conducida a casa del marido; pero la que está ausente no puede casarse con su marido, ni por carta, ni por medio de un nuncio, porque la conducción de la mujer ha de hacerse a la casa del marido y no a la de la mujer, puesto que es el domicilio del marido el que se considera domicilio del matrimonio. (Pomp. <1>4 Sab.). (D. 23,2. 5.).
- “La convivencia con una mujer libre no debe presumirse concubinato, sino matrimonio, a no ser que se hubiera prostituido”. (Mod. 1 reg.). (D. 23,2. 24.).

- “Si alguno desempeña algún cargo en alguna provincia, no puede casarse con mujer nacida en ella, o que tenga el domicilio en ella, aunque no se le impide contraer esponsales, de modo que si, después de haber cesado él en su cargo, no quisiera la mujer contraer el matrimonio, le sea lícito devolviendo tan sólo las arras que había recibido. (1). Se puede uno casar, en la provincia que uno gobierna, con la desposada anteriormente, y la dote ya constituida no queda invalidada. (2). No se prohíbe que el que ejerce alguna función en alguna provincia pueda casar en ella a sus hijas, y constituirles una dote. (Paul. 2 sent.). (D. 23,2. 38.).
- “Si la mujer y el marido hubieren habitado ciertamente separados largo tiempo, pero mantenían recíprocamente el honor del matrimonio (lo que es sabido que a veces ha acontecido incluso entre personas consulares), opino que las donaciones (entre ellos) no valen, como si las nupcias perdurasen; porque el matrimonio no lo hace la unión carnal, sino la *affectio maritales*; sin embargo, si el donante hubiese fallecido el primero, entonces la donación valdrá. (D. 24,1, *de donationibus inter virus et uxorem*. 32 ,13. (Ulpiano)).

- “Si a una se le hubiese legado bajo esta condición: “si casase en la familia”, se considera que fue cumplida la condición en el momento en que fue tomada como mujer, aun cuando todavía no hubiese entrado en la alcoba del marido; porque, no la cohabitación, sino el consentimiento, es lo que hace las nupcias. (D.35, 1, *de condicionibus et de demonstrationibus*, 15 (Ulpiano)).
- “El varón ausente puede tomar mujer; la mujer ausente no puede casarse”. (Paulo, *Sent*, 2, 19, 8.).
- “Seya, habiéndose de casar en cierto día (con él), donó a Sempronio tantos áureos antes de que fuese llevada a la casa de él y de que se sellasen las escrituras de dote; pregunto: ¿será válida esta donación? No importa si el momento en que la donación fue hecha fuese antes de ser conducida (la mujer) a la casa, o de que fuesen selladas las escrituras, lo cual se hace, la mayor parte de las veces, también después de contraído el matrimonio; y así, si no se hubiese hecho la donación antes de contraído el matrimonio, lo cual se entiende (que se verifica) por el consentimiento, no es válida”. (D. 24,1, *de donat. Inter vir. Et uxor*, 66,pr.(Scaevola)).

- “También resolvieron por rescripto que la mujer, mientras está casada, es considerada como avecindada en la misma *civitas* en la que lo está su marido, y que no está obligada a soportar cargas en aquella de la que trae su origen.” (D. 50, 1, *ad municipales et de incolas*, 38, 3 (Papirio Justo)).

“La mujer del cautivo, aun cuando tal sea su firme voluntad y esté en la casa de él, sin embargo, no está en matrimonio”. (D. 49, 15, *de captivis et de postliminio*, 12, 4. (Trifonino)).

CAPÍTULO II

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL DERECHO

CASTELLANO

2.1 Significación del derecho castellano en la formación del derecho chileno

La península ibérica participa de una tradición jurídica común a la Europa Occidental. Dicha tradición jurídica se encuentra sustentada esencialmente en el derecho romano, el que se proyectó a la península ibérica, superponiéndose a la cultura jurídica indígena, y pervivió a la caída del Imperio Romano de Occidente bajo formas vulgares, con aportes germánicos y cristianos, durante la época del Reino Hispano Visigodo. Posteriormente, ya durante la baja Edad Media, el derecho romano, ahora en su vertiente clásica, se redescubre, lo que junto a la aportación canónica determina el surgimiento del *ius commune*, el cual es recepcionado en toda Europa, particularmente en la Península Ibérica.

Por su parte, el derecho chileno participa de esta tradición jurídica europea, cimentada en el *ius commune*, a través del derecho castellano, pues también en Castilla, como en el resto de la Península Ibérica, tuvo lugar la recepción del *ius commune*. En otras palabras, es a través de Castilla y del

ius commune cómo nuestro derecho puede remontar sus orígenes al derecho romano y, en definitiva, participar de la tradición jurídica europea occidental.

De esta manera, se hace evidente la necesidad de considerar el tratamiento que el derecho castellano otorgó al tema objeto de nuestro estudio. Ello nos permitirá apreciar la evolución que la regulación de la unidad de domicilio conyugal experimentó en Castilla durante la Edad Media hasta la época del descubrimiento colombino y de la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla.

2.2 Elementos formativos del derecho castellano y su incidencia en materia de unidad domiciliar de los cónyuges.

2.2.1 El elemento indígena²⁹.

2.2.1.1 La España pre-romana. Al tiempo de la llegada de los romanos a la península ibérica, existían varios pueblos indígenas. Estos pueblos podían agruparse en dos grandes áreas. Por una parte el área de los pueblos

²⁹ En esta parte seguimos fundamentalmente a BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Introducción a la historia del derecho chileno. I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Barroco Libreros, Santiago, 1994, p. 21 y ss.

ibéricos³⁰, ubicados al sur de la Península; y, por la otra, la de los pueblos indoeuropeos³¹, ubicados al norte y oeste de la Península. Al interior de cada uno de estos núcleos convivían múltiples pueblos que en ningún caso configuraban alguna unidad política.

Con relación al área de los iberos³², una primera influencia importante que se hace sentir es la de la cultura de Tartessos y la de los Campos de Urnas, centrada en Cataluña y en el Valle del Ebro, ambas durante el primer milenio antes de cristo.

Con posterioridad, durante los siglos VIII a VI a.C., se produce la influencia de la colonización fenicia. Y a fines del siglo VI a.C. se puede apreciar la influencia de la cultura griega. Ambos influjos, de carácter

³⁰ Entre los que se mencionan a los arenosios, andosinos, cerretanos, ausetanos, indiketetas, bergistanos y lacetanos, todos en Cataluña; los ilergetas, sedetanos y suesetanos en el valle del Ebro; los edetanos y contestanos en el país Valenciano; los deitanos, mastienos y bastetanos, al sudeste de la península; los oretanos, ubicados en la Alta Andalucía; y los turdetanos, ubicados en el valle del Guadalquivir.

³¹ Al respecto se destacan los celtíberos, en los valle de Jalón y Jiloca; márgenes derechos del Ebro, altas cuencas del Duero y la llanura hasta el Tajo; los carpetanos, ubicados en el valle del Tajo; los vacceos, en el valle medio del Duero; los vetones, ubicados en ambas vertientes de las Sierras de Gredos y Gata; los verones, en la Rioja; los várdulos, en parte de la Provincia de Guipúzcoa; los cántabros, en la cornisa cantábrica entre los ríos Ansón y Sella; los satures, al oeste de los cántabros; y los galaicos, ubicados en la que sería posteriormente la *Gallaecia* romana.

³² Se ha sostenido que los pueblos ibéricos fueron los que lograron predominar en toda la Península, imprimiendo carácter a las instituciones sociales, económicas y jurídicas de la época. *Vide* OTS CAPDEQUÍ, José María, *Manual de historia del derecho español en las indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires, 1943, T. I, p. 61.

orientalizante, se hacen sentir tanto en sector de la cultura de Tartessos como en el de la de los Campos de Urnas.

Por su parte, y en relación con el área indoeuropea, su formación se remonta a las infiltraciones, a través de los pirineos, de diversos pueblos indoeuropeos, destacándose en particular las infiltraciones que tuvieron lugar en la meseta norte de la Península.

2.2.1.2 El matrimonio y la unidad domiciliar del los cónyuges en el derecho de los pueblos indígenas. Son extremadamente escasas las nociones que se tienen como datos ciertos, acerca del derecho de este conjunto de pueblos pre-romanos, ya por su escaso desarrollo, ya por la inexistencia de fuentes de conocimiento.

Se ha señalado que algunas prácticas jurídicas de los pueblos del área ibera habrían arraigado en determinados lugares, en particular Castilla la Vieja, subsistiendo, por la vía de la costumbre, a través de los siglos hasta la Edad Media, influenciando algunas instituciones y sorteando los períodos de dominación romana, visigoda y árabe³³.

³³ OTS CAPDEGUI, José María, *op. cit.*, p. 62.

De esta manera, no encontramos en el derecho de estos pueblos vestigio alguno que diga relación con nuestro tema, como tampoco sobre muchas otras materias objeto de regulación jurídica.

Lo concreto es que sobre esta multiplicidad de pueblos indígenas, organizados en la forma que se ha descrito sucintamente, actuó Roma, primero incorporándolos a su dominación y luego romanizándolos.

Corresponde, pues, que nos refiramos al segundo elemento formativo del derecho castellano, el derecho romano.

2.2.2 El derecho romano³⁴.

2.2.2.1 Derecho romano y romanización. Hemos dicho que la península ibérica, y en particular Castilla, participan de una tradición jurídica europea occidental cuyo sustrato básico es el derecho romano.

El derecho romano, y en particular su tratamiento del tema objeto de nuestro estudio, han sido ya analizados en el capítulo primero de este trabajo. En esta parte nos referiremos a la forma en que el derecho romano se proyectó a la península ibérica erigiéndose de esta forma en el sustrato fundamental del derecho castellano.

Se llama romanización a la incorporación de los pueblos sometidos a Roma al orbe y modos de vida romanos. En definitiva, implicaba no sólo el dominio territorial de unos pueblos por parte de Roma, sino que también, y quizás era lo más importante, la difusión de la cultura romana entre dichos pueblos.

La romanización así definida significaba la difusión entre los pueblos conquistados, entre otros aspectos de la cultura romana, del derecho romano. Es lo que se denomina la romanización jurídica.

Como la romanización jurídica consistía en extender la aplicación del derecho romano, el *ius civile*, el derecho común a los ciudadanos romanos, era preciso que previamente se otorgara la ciudadanía a los naturales de los pueblos conquistados. Para ello era necesario que tales naturales estuvieran convenientemente romanizados desde un punto de vista cultural. Sólo una vez que estuvieran suficientemente romanizados y como una consecuencia natural, se les concedía la ciudadanía y, consecuentemente, se les extendía la aplicación del derecho romano.

³⁴ En esta parte y en todo lo relativo a romanización de la península ibérica seguimos fundamentalmente a BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

Lo anterior explica el la romanización jurídica no tuviera lugar de inmediato, una vez conquistado un nuevo dominio por parte de Roma. Por el contrario, exigía un proceso gradual cuya culminación era la romanización jurídica.

El proceso a través del cual tenía lugar la romanización de los pueblos conquistados comprendía tres etapas³⁵: una romanización en el plano territorial, la romanización en el plano local y, finalmente, la romanización en el plano personal.

La romanización en el plano provincial consistía en la organización de los territorios conquistados como una provincia romana.

En el plano local, consistía en la organización de las ciudades de los pueblos conquistados al modo urbano de la vida romana.

Finalmente, la romanización en el plano personal se traducía en la concesión de la ciudadanía a los naturales de los pueblos conquistados, extendiéndoseles como consecuencia la aplicación del derecho romano.

³⁵ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

2.2.2.2 Romanización en el plano provincial. La romanización en el plano provincial significaba la organización del régimen provincial como forma de incorporar los territorios conquistados³⁶.

La organización del régimen provincial tuvo una permanente evolución.

En el plano territorial, la organización del régimen provincial en las tierras conquistadas implicaba la aplicación del derecho romano en dicho plano. Es decir, no sólo el gobierno civil y militar se constituía bajo formas romanas, sino que el propio suelo provincial se sometía a un estatuto jurídico romano.

En el plano local, la romanización provincial no se traducía en innovaciones de importancia, puesto que las ciudades de los diversos pueblos indígenas, a partir del reconocimiento de la *maiestas* romana, mantenían su gobierno y autonomía interna, perdiendo únicamente su capacidad para establecer relaciones exteriores.

³⁶ En una primera etapa la palabra provincia significaba la competencia de que se dotaba a un magistrado facultándole para vencer a un ejército o un pueblo enemigo (*pro vincere*). Con posterioridad, después de la primera guerra púnica, época que marca el inicio del régimen provincial como forma de incorporación de los territorios conquistados, se utilizaba la palabra provincia para referirse a las competencias que el magistrado victorioso ejercía sobre el pueblo que ya había sido sometido. Finalmente, la voz provincia se usó para referirse al territorio sobre el cual eran ejercidas las facultades del magistrado victorioso.

Las ciudades indígenas se incorporaban al dominio romano estableciendo la paz con Roma. Dependiendo de las condiciones bajo las cuales se establecía la paz, y de su conducta y fidelidad para con Roma, el estatuto jurídico de las respectivas ciudades contenía más o menos privilegios respecto de Roma. Así se distinguían las ciudades federadas y las no federadas.

En lo tocante a la península ibérica, la romanización comenzó durante la segunda guerra púnica, cuando en el año 218 a.C. desembarcó en Ampurias Escipión al mando de dos legiones romanas. En el 219 a.C. la Hispania se organizó en dos provincias.

Bajo el gobierno del emperador Augusto, la Península se dividió en tres provincias.

En tiempos del emperador Diocleciano, la Hispania fue una de las doce diócesis que se crearon. Agrupaba siete provincias. Según algunas fuentes agrupaba sólo a seis provincias.

Finalmente, cuando en tiempos de Constantino se crearon las prefecturas, la diócesis de la Hispania pasó a formar parte de la prefectura de las Galias, ubicada en la parte occidental del Imperio.

2.2.2.3 Romanización en el plano local. La romanización en el plano local importaba un avance con relación a la romanización en el plano provincial. En efecto, por una parte, se traducía en el establecimiento en las provincias de núcleos de población romana o latina, por la vía de erigir colonias o municipios de ciudadanos o de latinos³⁷. Estos núcleos de población se convertían en importantes factores de romanización desde que traían como consecuencia la aplicación del derecho romano, a lo menos en lo relativo al *ius commercium*, en las provincias.

Pero además, la romanización en el plano local significaba organizar a las ciudades indígenas conforme al modelo urbano romano, el del municipio, estructurado de manera similar a como lo era en los tiempos de la Roma republicana. Ello importaba la existencia de magistraturas locales, una curia o senado y una asamblea municipal o comicios.

Tocante a la Península, durante el siglo II a.C. el establecimiento de colonias fue escaso. Sólo a finales del siglo se aprecia un aumento en su número. No se conoce bien el régimen jurídico de las colonias peninsulares.

³⁷ Por ello se distinguían las colonias de ciudadanos y las colonias de latinos (quienes gozaban del *ius latii*, restringido al *ius commercium*). Un número no muy grande de ciudadanos o latinos formaban una colonia en el suelo provincial o se establecían en una ciudad indígena, con diversas finalidades.

En cuanto al régimen municipal en la Hispania, nos es conocido por los datos que se conservan en los fragmentos de algunas leyes municipales. Esos datos proporcionan información sobre las magistraturas municipales y las curias o senados en la Hispania. En cambio, casi nada se sabe acerca de las asambleas municipales o comicios de las ciudades peninsulares.

En lo que dice relación con el número de los municipios en la Hispania, hasta la época del Emperador Vespasiano su número era escaso, en atención a las limitadas concesiones de ciudadanía o latinidad a los habitantes de las ciudades indígenas. Esta situación cambió radicalmente cuando en el 73 d.C. o 74 d.C. el mismo Vespasiano concedió el *ius latii minus* a todos los habitantes indígenas de la Hispania. Ello permitió que todas las ciudades indígenas se organizaran al modo romano, como municipios latinos, por lo que la distinción entre ciudades al modo romano y ciudades indígenas desapareció. Al mismo tiempo, este municipio latino o de derecho latino significó un importante factor de integración y romanización de los indígenas en un marco de participación.

Por último, en tiempos del Emperador Caracalla, en el año 212 d.C. se concedió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio, salvo los

dediticios. Esto permitió que todas las ciudades de la Hispania se organizaran como municipios romanos.

2.2.2.4 Romanización en el plano personal. Finalmente, y como culminación del gradual proceso de romanización cultural, tenía lugar la romanización en el plano personal, que se traducía en la aplicación completa del derecho romano, por parte de los indígenas, a quienes se les concedía la ciudadanía plena, y no sólo algunas facultades de ésta, por la vía de la concesión del *ius latii*. Roma concebía esta concesión de la ciudadanía como una forma de asegurarse la lealtad de los indígenas de los territorios sometidos.

En la Hispania es posible distinguir tres grandes épocas en lo que dice relación con la concesión de la ciudadanía por parte de Roma. En una primera etapa, desde los inicios de la romanización, en el año 218 a.C, hasta el año 73 o 74 d.C., las concesiones de ciudadanía o latinidad fueron aisladas. Durante todo este tiempo la aplicación del derecho romano se restringía a los ciudadanos que eran enviados a la Península como magistrados, soldados o colonos. Respecto de los habitantes de las colonias de latinos, la aplicación del derecho romano era parcial por cuanto aquellos sólo eran beneficiarios del *ius latii*. Con relación a los indígenas, las

concesiones de ciudadanía y de latinidad fueron aisladas, otorgadas en premio a la fidelidad hacia Roma. Ello determinó que también se les aplicara el derecho romano en particular a estos indígenas, total o parcialmente, según se les había concedido la ciudadanía plena o sólo el *ius latii*. También hubo concesiones de ciudadanía a algunas ciudades indígenas en particular.

En una segunda etapa, que se extiende desde el año 73 o 74 d.C. y hasta el año 212 de la misma era, hubo una política de concesión general de latinidad o del *ius latii* a los indígenas de la Península Ibérica. En efecto en el año 73 o 74 d.C. el Emperador Vespasiano concedió el *ius latii minus* a todos los habitantes de la Hispania. Esto se tradujo en que los indígenas de la Hispania pasaron a ser latinos dotados de la facultad del *ius commercium*, en virtud de la cual podían celebrar actos jurídicos patrimoniales entre vivos o por causa de muerte, en conformidad al derecho romano; y recurrir a las instancias procesales romanas para la protección de los intereses involucrados en dichos actos. Además, el *ius latii minus* posibilitaba el que los que lo poseían, una vez que completaban un año de servicio en las magistraturas locales, adquirían la ciudadanía romana. Por último, la concesión de latinidad a todos los habitantes de la Península posibilitó la

aplicación generalizada del derecho romano, aunque limitado al derecho latino menor, en toda la Península, lo que determinó que perdieran importancia los derechos indígenas y se concretara un paso decisivo hacia la definitiva romanización jurídica y la unificación del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la tercera etapa comienza en el 212 d.C. y se extiende hasta la disolución del Imperio. En aquél año el Emperador Caracalla concedió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, salvo a los *dediticios*. Esta decisión se explicaría por la necesidad de incrementar los ingresos imperiales.

2.2.2.5 La unidad de domicilio conyugal en la España romana. La progresiva aplicación del derecho romano en la Península Ibérica hizo que hasta allí se extendieran las concepciones que aquél derecho establecía respecto del matrimonio. Como ya señalamos, ello fue objeto de análisis en el capítulo primero de nuestro trabajo, por lo que nos remitimos a lo que allí desarrollamos.

Nos interesa destacar que al tiempo del ingreso en la Hispania del pueblo germano que allí se establecería -los visigodos- regía fundamentalmente el

derecho romano post-clásico, representado por el *Codex Theodosianus* y novelas post-teodosianas, sin perjuicio del conocimiento que se tenía de algunas obras de derecho comunes en occidente, y de la existencia de prácticas y costumbres basadas en el derecho romano³⁸.

2.2.2.6 Vulgarización del derecho romano. La concesión general de la ciudadanía por parte de Caracalla en el 212 d.C., significó la culminación del proceso de romanización jurídica. Desde ese momento el derecho romano se aplicaría a todos los habitantes del Imperio, puesto que a partir de allí todos ellos pasaban a ser ciudadanos romanos. Sin embargo, como no todos los habitantes libres del Imperio se encontraban suficientemente romanizados, la igualación que suponía la concesión general de ciudadanía se produjo “hacia abajo”. De esta manera, la ciudadanía perdió su valor como núcleo rector del orbe. Ello posibilitó, en conjunto con otros factores, la posterior disolución del Imperio.

Ya señalamos que el Emperador Caracalla, en el 212 d.C., concedió la ciudadanía a todos los habitantes libres del Imperio. Pues bien, la insuficiente romanización de importantes sectores de los habitantes del Imperio posibilitó que, al serles aplicable el derecho romano, incidieran

³⁸ Cfr. BARRIENTOS GRANDON, Javier, *op. cit.*, p. 97.

sobre éste las prácticas, usos y costumbres de dichos habitantes. Lo anterior, junto con factores internos del derecho romano clásico³⁹ y unido todo ello a la influencia del cristianismo, a la que ya nos hemos referido, y de los derechos de los diversos pueblos germánicos que se comenzaban a establecer en el suelo imperial, determinaron que en el tránsito a la época post-clásica se originara el denominado derecho romano vulgar.

No existe unanimidad entre los autores al momento de precisar lo que caracteriza al derecho romano vulgar. Sin embargo, tratando de conciliar dichos pareceres se ha dicho que éste denota una tendencia simplificadora, desechando las sutiles y a veces complejas distinciones clásicas; una tendencia práctica para solucionar los problemas, adquiriendo importancia la costumbre; una tendencia naturalista, pues incorporaba consideraciones económicas y sociales; y una tendencia moralizante, en la que influía el

³⁹ Entre los factores internos del derecho romano clásico que posibilitaron la formación del denominado derecho romano vulgar se menciona la pérdida de la fuerza creadora de la jurisprudencia clásica; que ésta terminara por burocratizarse y por incorporarse al poder imperial; que se inclinara a hacer compendios o resúmenes de obras de juristas clásicos u obras que reunieran *ius* y *leges*; que algunos juristas se dedicaran a formar colecciones de constituciones imperiales; que la potestad imperial limitara la autoridad de las obras jurisprudenciales; y que tuviera lugar la fijación del *Edicto Perpetuo*, lo que impidió de alguna forma que a través de esta vía continuara el progreso jurídico. *Vide* al respecto BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

cristianismo, y que hacía que se buscara ante todo una solución de justicia más allá de las formas legales⁴⁰.

El derecho romano vulgar así descrito no se manifestó de igual forma en todo el Imperio. La vulgarización fue más acentuada en la parte occidental. En la parte oriental se conservó cierto espíritu clásico, se mantuvo el conocimiento de la jurisprudencia clásica y hubo una reacción clasicista con Justiniano. Aun, en la parte occidental hubo diferencias entre las diversas provincias, que se explican por el diferente grado de romanización que se alcanzó en cada una de ellas y por las diferentes normas consuetudinarias de los pueblos germánicos que se establecieron en el suelo imperial que, como vimos, actuaron sobre el derecho romano clásico y contribuyeron a su vulgarización.

Una vez producida la disolución del Imperio Romano de Occidente, continuó el proceso de vulgarización del derecho romano ahora en los diversos reinos germano-romanos, sucesores del antiguo Imperio. De lo anterior no estuvo exento el reino germánico que se estableció en la antigua Hispania romana. Los reyes visigodos adoptaron la técnica legislativa al

⁴⁰ BARRIENTOS GRANDON, Javier, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

modo romano, recogiendo elementos de derecho romano vulgar, elementos germánicos y del cristianismo.

2.2.3 El elemento germano.

2.2.3.1 Migraciones germanas. Durante los siglos IV y V d.C. se produjeron migraciones de diversos pueblos germánicos que se establecieron en el suelo del Imperio.

En una primera etapa, desde el siglo I al siglo IV d.C., los diversos pueblos germanos penetran pacíficamente en el Imperio Romano. Roma supo canalizar la admiración que despertaba en los pueblos germanos, admitiéndolos en su territorio ya como colonos, ya como auxiliares de guerra. Así, los pueblos germanos se establecían pacíficamente, pero sometiéndose a la organización romana.

Una segunda etapa, en la que propiamente se habla de migraciones, es la de la penetración violenta, que comienza a fines del siglo IV de la era cristiana, cuando los visigodos derrotan al Emperador Valente en la batalla de Adrianópolis. Los visigodos fueron el primer pueblo germano que se establece en el suelo imperial con una organización propia y con perfecta conciencia de su unidad. De esta forma, constituyen el primer reino

germánico dentro del territorio romano. Ello determina, como dijimos, el comienzo de las grandes migraciones y el fin de la penetración pacífica. Posteriormente otros pueblos germánicos forzarán el *limes* imperial.

Sin embargo, Roma fue capaz de utilizar en su favor la admiración que todavía despertaba en estos pueblos. Fruto de lo anterior fue el que los romanos pactaron con dichos pueblos la asignación de territorios al interior del Imperio, sobre la base de una soberanía romana, al menos teórica, sobre los dominios que habían sido invadidos.

La importancia de los pueblos germanos y de sus migraciones radica en que, a diferencia de los otros pueblos indoeuropeos que se establecieron, por ejemplo, en la Península, los germanos no se limitaron a incorporarse a la unidad cultural grecorromana, sino que constituyeron una unidad cultural propia. De la fusión de este elemento germano con el mundo grecorromano surgirán Europa y el derecho europeo.

2.2.3.2 El matrimonio y la unidad de domicilio conyugal en el derecho de los germanos⁴¹. Antes de hablar del derecho de los germanos debemos formular una precisión. La expresión “derecho de los germanos” constituye

⁴¹ La principal fuente de conocimiento del derecho de los pueblos germánicos la constituye la obra “*La Germania*” del autor romano Tácito.

una simplificación empleada por la historiografía alemana del siglo XIX, toda vez que no existió uno sino que varios pueblos germánicos.

Los germanos concebían el derecho como un ordenamiento estable que permitía la paz general. Era esencialmente consuetudinario, pues se manifestaba en una serie de costumbres ancestrales.

Un elemento de particular importancia en la formulación de las normas consuetudinarias germanas era la *sippe* o parentela germánica, grupo de personas ligadas por vínculos de sangre y por un pasado común. Por ello también las unía un honor común, que debía ser incrementado por las acciones de los miembros de ese grupo de parientes.

A partir de la noción de *sippe* se estructuraban normas en las más diversas ramas del derecho, desde el derecho público, pasando por el penal y el procesal, hasta el derecho privado.

En la materia que nos interesa Tácito destaca la pureza del matrimonio entre los germanos y su carácter monogámico, aunque algunos individuos tomaban más de una mujer, pero por razones de honor, en cuanto el honor de la *sippe* de dichas mujeres les permitía acrecentar el honor de la propia.

El hombre, en cuanto jefe de familia, ejercía una función de protección y representación respecto de los miembros de la familia, incluida la mujer.

Tocante a la mujer, ejercía su representación en virtud de un acuerdo que celebraba con el señor de la mujer (generalmente su padre) y que primitivamente consistía en una especie de compra de la mujer por parte del marido, y en la entrega de ella a éste en presencia de los parientes de la primera. Incluso, según Tácito, la dote no era entregada por la mujer o por sus parientes, sino que por el marido y consistía en bienes que no eran del gusto femenino, sino en instrumentos para el cultivo o la explotación agrícola y, de particular importancia, en un escudo con frámea y espada⁴², que ella debía custodiar para entregarlos posteriormente a sus hijos, quienes los entregarían a sus mujeres.

De esta manera, podemos apreciar que dentro de las normas consuetudinarias de los germanos la unidad de domicilio conyugal era consustancial al acto del matrimonio. La mujer era entregada al marido, quien pasaba a ser su protector y representante, el cual la llevaba a su domicilio o morada.

El adulterio, que según Tácito era muy poco frecuente entre los germanos, era causal de cese de la unidad de domicilio conyugal, pues el marido podía arrojar de su casa a la mujer que había cometido adulterio. Sólo producía tal efecto el adulterio de la mujer. Y, al parecer, una vez que se había consumado la expulsión de la mujer no admitía perdón. Es destacable también que la mujer adúltera no podía volverse a casar, más bien como efecto del deshonor en el que había incurrido, que por permanecer de algún modo vinculada con el marido que la expulsó del hogar.

En efecto, expresa Tácito que *“En una nación tan numerosa son muy raros los adulterios, cuyo castigo es inmediato y está a cargo del marido. Después de cortarle los cabellos, aquél la arroja de su casa desnuda, en presencia de los parientes, y la lleva azotándola por todo el poblado. La honestidad prostituida ya no alcanza perdón; para la adúltera será imposible encontrar otro marido, por muy hermosa, joven y rica que sea. Pues allí no hay sonrisa de complacencia para los vicios, ni se llama vivir con el siglo el corromper y dejarse corromper...Limitar el número de hijos*

⁴² Vide, HERRERA CAJAS, Héctor, “El significado del Escudo en la ‘Grmania’ de Tácito”, en *Anales de la Universidad Católica de Valparaíso* (4-5), años 1957-58, pp. 205 y ss.

o matar alguno de los recién nacidos se tiene allí por crimen, donde las buenas costumbres pueden más que las buenas leyes en otros países”.

Es de importancia destacar la concepción que tenían los germanos en torno al matrimonio y en particular frente al adulterio, para que pueda comprenderse la forma que asumió la reglamentación de dichas materias durante la época de los reinos hispano-visigodos.

2.2.4 El cristianismo.

2.2.4.1 El cristianismo y el Imperio Romano. Desde un primer momento el cristianismo, nacido en el primer siglo de nuestra era con la predicación del Hijo de Dios en las lejanas tierras de Judea y Galilea, comenzó a tener una extraordinaria y rápida difusión. Durante la época post-clásica adquirió especial rapidez dicha difusión y empezó a ejercer cierta influencia en el propio derecho romano.

En una primera época el Imperio consideró al cristianismo como un enemigo, desatándose sucesivas persecuciones, alternadas con algunos períodos de relativa calma. Finalmente, el progresivo crecimiento del cristianismo culminó, primero, con el decreto de Constantino en el que se dispuso la tolerancia y la libertad religiosa para la dicha fe; y, en definitiva,

con la declaración de Teodosio quien adoptó el cristianismo como religión oficial del Imperio, en el 390 de nuestra era.

A partir de la adopción del cristianismo como religión oficial del Imperio, se inicia un período de activa colaboración entre éste y la Iglesia. Dicha colaboración permitirá que tengan lugar influencias recíprocas.

Una de los más importantes efectos de la influencia del cristianismo fue la introducción de nuevas concepciones filosóficas, cimentadas en las ideas sobre el derecho natural y divino. A partir de dichas nociones el cristianismo aportó la idea de que existían dos órdenes, el sacro y el profano, lo que determinaba la existencia de dos sociedades, la espiritual y la temporal; cada una con sus propios poderes, el temporal y el espiritual; y con sus propios derechos, el secular y el canónico. Ambos órdenes estaban llamados según el cristianismo, sin embargo, a la mutua cooperación, sin confundirse. Esta doctrina va a ser la pieza angular sobre la que se cimentará la construcción del derecho en el occidente europeo durante la Edad Media.

Asimismo, a partir de sus concepciones sobre el Hombre y el plan de salvación de Cristo, el cristianismo naturalmente influyó en las instituciones políticas, sociales y jurídicas.

2.2.4.2 El cristianismo y el derecho matrimonial. Un de los aspectos en los que más decisivamente influyó el cristianismo fue en lo relativo a las concepciones jurídicas romanas que decían relación con el derecho de familia romano, en particular con lo relativo al matrimonio.

En lo tocante al matrimonio, el cristianismo reafirmó su indisolubilidad. Concebía a la mujer como compañera del marido y no como su sierva o esclava. Por lo mismo, si bien el cristianismo admitía la potestad marital, la concebía como una institución en beneficio de la mujer, establecida para su protección y no para beneficio de del marido.

Por otra parte, y en lo que dice relación con la unidad de domicilio conyugal, la doctrina cristiana va ser de importancia a ala hora de desarrollar toda una doctrina sobre el matrimonio y sus efectos, entre otras materias. Allí la unidad de domicilio de los cónyuges y los motivos por los cuales se le podía poner término, manteniendo la indisolubilidad del vínculo, ocuparán un lugar importante, tal como podremos apreciar en el

capítulo relativo al derecho canónico⁴³. Estas concepciones se van a ir reflejando en la legislación que posteriormente dictarán los reyes hispano-visigodos y en la que se dictará en la baja Edad Media.

2.3 La unidad de domicilio conyugal en el derecho del Reino Hispano-Visigodo

2.3.1 Migración de los visigodos y disolución del Imperio Romano de Occidente.

El primer pueblo germano que penetró en el Imperio forzando las fronteras, en el Danubio, como un pueblo organizado y con instituciones propias, fue el de los visigodos, dando origen de esta forma a la etapa de la penetración violenta en el suelo imperial y a lo que se conoce propiamente como la época de las grandes migraciones germanas⁴⁴.

Después de la muerte del emperador Teodosio, en el 395 d. C., los visigodos, bajo el mando de Alarico, iniciaron una serie de campañas en la península de los Balcanes que culminaron con el paso a Italia y con la toma de Roma, a la que entregó al saqueo, en el 410 de nuestra era, para luego abandonarla. Alarico murió en el mismo año.

⁴³ *Vide* Capítulo V del presente trabajo.

Ataulfo, sucesor de Alarico, pasó a las Galias con la autorización del emperador Honorio para combatir a Jovino, quien pretendía usurpar el trono imperial. El mismo Ataulfo contrajo matrimonio con una hermana de Honorio. Sin embargo, los desencuentros con Roma persistieron, lo que motivó que saqueara el sur de las Galias y el noreste peninsular, hasta que finalmente fue asesinado en el 415 d.C.

Poco después, en el 416 d.C., un nuevo rey de los visigodos, Valia, celebró otro *foedus* con el Imperio, en virtud del cual se obligó a combatir a tres pueblos bárbaros que desde el año 409 de nuestra era ocupaban la Hispania romana: los suevos, los alanos y los vándalos.

Tras las victorias que Valia obtuvo sobre los alanos y los vándalos, en el 418 d.C. se celebró un nuevo *foedus* conforme al cual Roma asignó a los visigodos la Aquitania II, en las Galias, recibéndolos en calidad de federados. De esta manera, por primera vez se constituyó en forma definitiva en el suelo imperial un reino visigodo. Este reino visigodo permanecería en las Galias hasta el 507 d.C.

En dicho año, y alentado por los galorromanos, Clodoveo, católico y rey de los francos, a la cabeza de sus tropas derrotan a los visigodos en la

⁴⁴ Sobre el origen y evolución de los godos *Vide*

batalla de Vogladum, la actual Vouillé, donde Alarico II murió y perdió gran parte de su ejército. Este acontecimiento marca el fin del reino con sede en Tolosa.

Sin embargo, gracias a la acción del rey ostrogodo Teodorico el Grande, quien intervino en defensa de los intereses de su nieto Amalarico, hijo del derrotado Alarico II, no se produjo el aniquilamiento definitivo de los visigodos. Después de la derrota, el pueblo visigótico abandonó las Galias y se replegó a la Hispania. De esta manera, el reino visigótico pasó a ser un reino propiamente hispánico, el denominado reino hispano-visigodo⁴⁵.

2.3.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en la legislación de los reinos visigodos

⁴⁵ Ya desde antes del establecimiento en la Hispania del grueso del pueblo visigodo, grupos aislados de ellos se habían asentado en la península. Así, en un primer momento, su presencia obedeció a motivos militares, como aliados de Roma. En efecto, según ya dijimos, en el 415 Roma encargó a los visigodos la expulsión de la Hispania de los suevos, alanos y vándalos. Bajo el reinado de Eurico controlaban prácticamente toda la Hispania, con la excepción del reino suevo de Galicia y otros sectores menores. Posteriormente, y a partir del 497, fruto de la creciente presión de los francos, numerosos grupos de visigodos deciden trasladarse a la Hispania. En este período anterior al 507, el asentamiento visigodo habría tenido lugar en tierras abandonadas de la Hispania o pertenecientes al antiguo patrimonio imperial, contando con la aprobación y simpatía de los sectores inferiores de la población romana. Se discute si la hospitalidad fue el régimen que se aplicó al establecimiento en esta época anterior al 507, o si dicho régimen sólo se aplicó a partir del 507, fecha que marca el inicio de la emigración masiva y organizada de la mayoría del pueblo visigótico, después de la pérdida de las Galias de manos de los francos. Al respecto *vide* BRAVO LIRA, Bernardino, *op. cit.*, pp. 184 y 185 y SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

2.3.2.1 Insuficiente conocimiento de la las leyes visigodas. De las que se afirma habrían sido las primeras leyes dictadas por el reino visigodo, las leyes teodoricianas, no se conoce su contenido. Por ello no nos es posible referirnos a la eventual regulación del matrimonio y de la unidad de domicilio conyugal, que pudiera haberse contenido en dichas leyes.

Al rey Eurico (465-484) se atribuye un importante cuerpo legal, el denominado *Código de Eurico*, que se habría dictado entre los años 466 y 477. El texto del código euriciano no ha llegado íntegramente a nuestros días. Junto a los fragmentos que de él se conservan, se cuenta con las leyes que se denominan *antiquae* en un cuerpo legal visigótico posterior, el *Liber Iudiciorum*, y que procederían en parte del texto promulgado por Eurico. Sobre esta base se ha reconstruido tentativamente el texto del Código de Eurico⁴⁶.

Posteriormente, Alarico II (484-507), el último rey visigótico del reino con sede en Tolosa, promulgó en el 506 el denominado *Breviarum Alarici* o *Lex Romana Visigothorum*. Se trató de una obra mediante la cual únicamente se fijó el derecho romano vigente en el reino de Tolosa,

⁴⁶ Fue el profesor Álvaro D'Ors quien acometió dicha labor. Su reconstrucción aparece en *El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, índices*, Roma-Madrid, 1960.

introduciendo algunas correcciones al *ius* y a las *leges* que se aplicaban. Por ello su contenido es sólo de derecho romano post-clásico y vulgar. Además, le restaba todo valor a cualquier otra obra que contuviera *ius* o *leges*, no pudiendo citarse en juicio.

En suma, de la producción legal del reino visigótico con sede en Tolosa, apenas contamos con las leyes denominadas *antiquae* que aparecen recogidas en el *Liber Iudiciorum* y que provendrían del *Código de Eurico*⁴⁷.

⁴⁷ Las leyes relativas al derecho matrimonial, contenidas en el Libro III del *Liber*, cuyo epígrafe es *De ordine conivgale* y que aparecen con la denominación *antiquae*, son la VII (*Vt dotem puellae pater exigat et conservet*) y la VIII (*Vt patre mortuo, utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat*) del título I, que contiene un total de diez leyes y que cuyo epígrafe es *De dispositionibus nuptiarum*; del título II, sobre *De nuptiis illicitis*, de un total de ocho leyes, son *antiquae* la I (*si post mortem mariti infra annum mulier nubat*) y la VIII (*Si absque voluntate parentum mulier ingenua marito se coniungat ingenuo*); del título III relativo a *De raptu virginum, vel viduarum*, que contiene doce leyes, son *antiquae* la I (*Si ingenuus ingenuam rapiat mulierem, licet illa virginatam perdat, iste tamen illi coniungi non vacet*), la IV (*Si fratres, vivo an defuncto patres consentiant raptori sororis*), la V (*Si quicumque rapiat alienam sponsam*), y la VI (*Si quispiam de raptoribus occidatur*); y del título IV, sobre *De adulteriis*, de un total de dieciocho leyes, son *antiquae* la I (*Si, connivente, aut non connivente uxore, cum alio viro adulterium fiat*), la II (*Si puella vel mulier disponsata adulterasse repeniatur*), la III (*De adulterio uxoris*), la IV (*Si adulter cum adultera occidatur*), la VI (*Quod servi praeventos adulteros occidere non iubentur*), la VII (*Si puella vel vidua ad domum alterius pro adulterio venerit, eamque vir ipse coniugem habere velit*), la VIII (*Si mulier ingenua sponte adulterio cui cumque se misceat viro*), la IX (*Si mulier ingenua marito alterius sese adulterii iungat stupro*), la X (*Pro adulterio torquendos servos et ancillas in capite dominorum*), la XI (*Si pro celando adulterii scelere mancipium libertati tradatur*), la XIV (*Si ingenuus, sive servus virginem, aut viduam ingenuam violenter polluisse adulterio detegatur*), la XV (*Si ingenuus sive servus, nesciente domino, alienam consentientem adulterasse convincitur ancillam*), la XVI (*De adulterio ancillae, si cum adultero violenter id fecisse probetur*) y la XVII (*De meretricibus ingenuis, vel ancillis, aut si earum scelus iudices perquirere, vel corrigere noluerint*). Los restantes títulos del Libro III, el título V (*De incestis, et apostatis, atque*

Desconocemos el contenido de las leyes teodoricianas y en cuanto al *Breviarum Alarici*, éste únicamente recoge y fija el derecho romano post-clásico vigente en el reino, materia de la que ya nos ocupamos en el capítulo primero de este trabajo.

Hemos dicho que después de la derrota sufrida ante los francos, que determinó la desaparición del reino tolosano, el pueblo visigodo se replegó a la Hispania.

Pues bien, el establecimiento de los visigodos en la península supuso la vigencia en ella del código euriciano y del *Breviarium*, cuerpos que recogían predominantemente derecho romano vulgar y aplicables a tanto a los provinciales como a la población goda. Con relación al derecho matrimonial, ambos cuerpos jurídicos son los que rigieron en la Hispania en tanto no se dictaron nuevas leyes que significaran una alteración en dicha materia.

Sin embargo, durante el asentamiento en la Hispania, los reyes visigodos continuaron con su actividad legislativa, la que nos es conocida sólo

masculorum concubitoribus) y el VI (*De divitiis nuptiarum et discidio sponsorum*), no contienen leyes *antiquae*. En este trabajo utilizamos la versión del *Liber* contenida en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Tomo I, imprenta de la publicidad, Madrid, 1847, pp. 1 a 86.

parcialmente. Sobretudo a partir del reinado de Leovigildo (574-586) se aprecia en dicha legislación una importante presencia de elementos germánicos y, con posterioridad a la conversión del rey Recaredo (586-601), una importante influencia de los concilios toledanos.

Una ley dictada en el 546 por el rey Teudis (531-548), es el testimonio más antiguo del que disponemos acerca de la reanudación de la actividad legislativa de los reyes visigodos una vez establecidos en la Hispania. Esta ley no significó ninguna modificación en materia de derecho matrimonial, puesto que se trataba de una ley sobre costas procesales dictada en el contexto de la política de fortalecimiento del poder real.

Conforme a un testimonio que nos entrega San Isidoro de Sevilla, el rey Leovigildo (572-586) procedió a corregir las leyes que desde Eurico se veían establecidas confusamente, ya sea añadiendo leyes omitidas o suprimiendo leyes superfluas.

El testimonio referido ha servido de fundamento a la afirmación de que Leovigildo habría elaborado un *Codex* en el que corrigió la legislación establecida en el código de Eurico. Sin embargo, el supuesto *Codex* de Leovigildo no ha llegado hasta nuestros días, por lo que se discute su

existencia. Lo que parece cierto es que Leovigildo acometió una labor de revisión del código de Eurico. Sin embargo, como no nos ha llegado la obra legislativa de Leovigildo, no podemos tener certeza de si en dicha labor procedió a revisar la legislación relativa al matrimonio contenida en el texto euriciano. Únicamente contamos con los indicios que nos entrega el *Liber*, a través de las leyes *antiquae* o *antiquae enmendatae*, algunas de las cuales procederían de la obra legislativa de Leovigildo⁴⁸.

2.3.2.2 El *Liber Iudiciorum*.

2.3.2.2.1 Antecedentes. Ha quedado en evidencia la insuficiencia de fuentes para conocer el contenido del derecho matrimonial en el reino visigodo hasta el reinado de Recesvinto. Pero dicha insuficiencia se compensa con la información que nos proporciona el *Liber Iudiciorum*, el gran y último texto legal visigodo, dictado por Recaredo hacia el 654.

Hacia el 654, el rey hispano-visigodo Recesvinto (653-672) promulgó un cuerpo jurídico en el que se reunió todo el material legislativo hispano-visigótico anterior, denominado *Liber Iudiciorum*⁴⁹.

⁴⁸ Recordemos que otras de dichas *antiquae* procederían del *Código de Eurico*. Al respecto ver nota 47.

⁴⁹ Se cree que en su dictación tuvieron una importante influencia el Concilio VIII de Toledo, del año 653 y San Braulio de Zaragoza, a quien se le atribuye la redacción de

En efecto, por una parte, reúne un conjunto de 319 leyes dictadas por reyes anteriores a Recaredo (586-601). Son las que el *Liber* denomina simplemente *antiquae* o *antiquae emendatae*, y que tienen diverso origen⁵⁰. Y, por la otra, comprende 180 leyes dictadas a partir del reinado de Recaredo y respecto de las cuales el *Liber* indica en la rúbrica el rey que las dictó⁵¹.

El *Liber* fue dictado con carácter territorial. Además, derogó la legislación anterior y prohibió expresamente la aplicación del derecho romano. Sólo permitió su estudio. Respecto de los casos no contemplados en el *Liber*, éste ordenaba recurrir directamente al rey.

una introducción retórica sobre el legislador y las leyes, basada en textos de San Isidoro de Sevilla, y que en las ediciones posteriores figuró como libro primero. Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, p. 101; BRAVO LIRA, Bernardino, *op. cit.*, p. 199 y GIBERT, Rafael, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁰ Algunas procederían del código dictado por Eurico (465-484). Otras habrían sido tomadas del *Breviarium* de Alarico II (484-507). Por último, un grupo importante serían leyes dictadas por Leovigildo (572-586), algunas con individualidad propia y otras que serían modificaciones de leyes del código euriciano. Serían las que formaban el denominado *Codex Revisus*. Hay sólo una de estas leyes, una *antiquae emendatae*, en la que el *Liber* señala expresamente que fue modificada por Chindasvinto. Véase nota 47 de este trabajo.

⁵¹ Son 2 de Recaredo (586-601), 2 de Sisebuto (612-620), 89 de Chindasvinto (642-653) y 87 de Recesvinto (653-672). Según el profesor BRAVO LIRA, en este conjunto de leyes se aprecia una importante influencia de las normas canónicas dictadas por los sucesivos concilios toledanos y la aparición de instituciones germánicas que no habían sido consideradas por la legislación anterior. *Vide*, BRAVO LIRA, Bernardino, *op. cit.*, p. 199.

Una versión reformada del *Liber*, que contenía leyes dictadas por los reyes Wamba (672-680) y Ervigio (680-687), fue promulgada en el 681.

Finalmente, se elaboró una tercera versión, sin valor oficial, producto de distintas intervenciones privadas en virtud de las cuales se agregaron algunas leyes dictadas por Egica (687-701) y por Witiza (701-710). Pero en esta redacción no sólo se agregaron leyes nuevas, sino que otras que corrigieron la segunda versión del *Liber*, restableciendo su verdadero sentido⁵². Esta tercera versión es la que se denomina *Vulgata*. Será la *Vulgata* la que en Castilla, durante el siglo XIII y bajo el reinado de San Fernando III, se traducirá al castellano cuando éste se adopte como lengua oficial, denominándose *Fuero Juzgo*.

En cuanto a su estructura, se dividía en 12 libros, divididos en títulos y éstos en leyes. En lo relativo a su contenido, además de recoger fundamentalmente derecho romano vulgar, se aprecia la subsistencia de algunas instituciones germánicas.

2.3.2.2.2 El matrimonio en el *Liber Iudiciorum*. El *Liber* reglamentaba el matrimonio en el libro tercero, cuyo epígrafe era *De ordine conivgale*. Dicho libro consta de seis títulos. Sin embargo, allí no se contenía lo

relativo al matrimonio como sacramento. En efecto, debemos recordar que a partir de la conversión de Recaredo, en el III Concilio de Toledo del año 589, se inició una activa y estrecha colaboración entre el poder real y la Iglesia. De esta manera, la regulación de diversas materias quedó a cargo del derecho canónico. Entre ellas se encontraba el aspecto sacramental del matrimonio.

Así, el libro tercero del *Liber* se ocupaba del régimen económico del matrimonio, las nupcias ilícitas y los delitos relacionados con la familia, tales como el rapto, fuerza, adulterio, incesto y sodomía.

En efecto, el título I se ocupaba “*De dispositionibus nuptiarum*” y comprendía diez leyes; el título II, *De nuptiis illicitis*, estaba integrado por ocho leyes; el título III, *De raptu virginum, vel viduarum*, comprendía doce leyes; el título IV, *De adulteriis*, contenía dieciocho leyes; el título V, *De incestis, et apostatis, atque masculorum concubitoribus*, estaba integrado por siete leyes; y el título VI, *De divitiis nuptiarum et discidio sponsorum*, comprendía tres leyes⁵³.

⁵² Cfr. GIBERT, Rafael, *op. cit.*, p. 36.

⁵³ Con respecto a cuáles de las leyes de cada uno de los títulos citados en el texto eran *antiquae* y cuál era su contenido, *vide* nota 47.

2.3.2.2.3 La unidad domiciliar de los cónyuges en el *Liber Iudiciorum*. El *Liber* no establecía expresamente el deber de los cónyuges de vivir juntos. Dicho deber surgía de la concepción del matrimonio que las normas canónicas establecía, normas que regían para el matrimonio en cuanto sacramento y para cuya vigencia no era obstáculo el *Liber*.

Sin embargo, indirectamente se refería a la unidad domiciliar. Ello porque regulaba con todo detalle los casos de excepción en que cesaba el deber de los cónyuges de vivir juntos. En efecto, regulaba el divorcio, entendido como separación de cuerpos o causal que ponía término al deber de los cónyuges de vivir juntos, esto es, como causal de cese de la unidad de domicilio entre ambos, subsistiendo el vínculo matrimonial.

Así, el título VI, último del libro tercero del *Liber*, se ocupaba del divorcio de los cónyuges, entendido como separación de los cónyuges subsistiendo el vínculo conyugal. Es decir, se contemplaba el divorcio como causal de cese del deber de los cónyuges de vivir juntos. En este título no se contenía ninguna ley *antiquae*.

Por su parte, el título IV se ocupaba del adulterio, la principal causal de divorcio y de cese del deber de los cónyuges de vivir juntos. Como ya se ha

destacado⁵⁴, de un total de dieciocho leyes que componen dicho título, catorce eran *antiquae*, es decir provenían ya del *Código de Eurico*, ya del *Breviarum*, o ya de la legislación dictada por Leovigildo.

Como dijimos, el adulterio era la principal causal de divorcio y, por ende, de cese del deber de los cónyuges de vivir juntos. Pero al mismo tiempo constituía un delito. La reglamentación que en el título IV se contiene se ocupa de este último aspecto.

En suma, el *Liber*, el último gran cuerpo legal dictado por el reino hispano-visigodo, se ocupó de la unidad domiciliar de los cónyuges por la vía de establecer los casos de excepción en que cesaba el deber de los cónyuges de vivir juntos. Asimismo, reglamentaba en detalle una de las principales causales de divorcio, el adulterio, el cual constituía también un delito penal. Esta normativa civil venía a complementar la normativa canónica que se refería al matrimonio en general, y a la unidad de domicilio conyugal, en particular.

Decimos que este conjunto normativo fue el último gran cuerpo legal dictado por el reino hispano-visigodo, porque al cabo de poco más de cincuenta años de su dictación, un aguerrido pueblo venido desde los

⁵⁴ Ver nota 47.

desiertos de Arabia iba a provocar la desaparición de aquél reino. Sin embargo, la vigencia del *Liber* iba a correr una mejor suerte.

2.4 La unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho altomedieval español

2.4.1 Invasión Musulmana y reconquista cristiana.

El Islam, la religión que se originara en Arabia y cuyo punto de partida fueron las visiones del profeta Mahoma en el 611, experimentó un rápido crecimiento.

Así, en el 711 -sólo un siglo después del origen del Islam- los musulmanes cruzaron el Mediterráneo e invadieron los territorios del reino hispano-visigodo. Jugaron en su favor la decadencia y las endémicas divisiones internas de los visigodos. Se expandieron rápidamente por toda la península y cruzaron los pirineos. Su impetuoso avance fue detenido en Poitiers, al sur del reino franco, por el mayordomo de palacio Carlos Martel.

De esta manera, el dominio musulmán se vio reducido a la península ibérica. España se convirtió en una provincia musulmana, gobernada por los *Califas* de Damasco y denominada país de *al Andalus*. La presencia

musulmana subsistió durante poco más de siete siglos. En el curso de esas centurias se fue desarrollando la reconquista del territorio por parte de los sucesivos reinos cristianos que se fueron formando en la medida que avanzaba la propia reconquista.

Después de que los musulmanes derrotaron a las tropas hispanovisigodas en la batalla de Guadalete, una minoría de cristianos se refugió en los territorios del norte y del noreste de la península, en la zona montañosa de la cordillera cantábrica. La gran mayoría permaneció viviendo bajo la dominación musulmana. Son los denominados mozárabes.

El pequeño núcleo que se refugió en el norte fue el origen del reino asturleonés, a fines del siglo VIII, el primero de varios reinos cristianos que llevarían a cabo el largo proceso de reconquista y repoblación de los territorios ocupados por los musulmanes.

En el caso de Castilla, su existencia data desde el siglo IX, primero como condado dependiente del reino asturleonés. Después se constituyó como reino a partir del 1031, permaneciendo unido al reino de León entre el 1037

y el 1065, y entre el 1072 y el 1157, hasta que a partir del 1230, ambos reinos pasan a tener un mismo monarca⁵⁵.

2.4.2 Pervivencia de las normas sobre unidad domiciliar de los cónyuges contenidas en el *Liber Iudiciorum*, ya como derecho territorial, ya como derecho personal.

2.4.2.1 Pluralismo jurídico. La desaparición del reino hispano-visigodo producto de la invasión musulmana, trajo como consecuencia la coexistencia de dos núcleos de población con religiones distintas: cristianos y musulmanes. La diferencia religiosa impidió la fusión. Ello determinó la ruptura de la unidad peninsular en lo religioso.

Pero además de la ruptura de la unidad religiosa, se produjo la ruptura de la unidad jurídica, representada por la vigencia del *Liber Iudiciorum* en todo el reino hispano-visigodo. En efecto, la coexistencia de dos culturas distintas en la península y la progresiva acción de reconquista y repoblación emprendida por los reinos cristianos, determinaron también la coexistencia de diversos sistemas jurídicos⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁶ Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, p. 116.

Sin perjuicio de lo anterior, las normas del *Liber*, y entre ellas las que se referían al matrimonio y al deber de los cónyuges de vivir juntos, mantuvieron su vigencia, ya como derecho territorial, ya como derecho personal.

2.4.2.2. Vigencia del *Liber* como derecho territorial. La vigencia del *Liber* se prolongó durante la alta edad media española como derecho territorial en el enclave al que acudieron los cristianos después de la desaparición del reino hispano-visigodo, y que dio origen a fines del siglo VIII al reino astur-leonés, generalizándose su aplicación a contar del siglo X y consolidándose como derecho general del reino durante el reinado de Alfonso IX (1188-1230)⁵⁷.

También se convirtió en derecho general del reino de Toledo después de la reconquista de dicha ciudad, en el 1085⁵⁸.

En Castilla, mientras dependió del reino astur-leonés, también se aplicó el *Liber* como derecho territorial. Después de que se consolidó como condado y se independizó del reino astur-leonés durante el siglo IX, bajo Fernán González, se habría dejado de aplicar el *Liber*. En su lugar, los

⁵⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 126.

pleitos se fallaron según *albedrío*, es decir, conforme a los usos y costumbres de la tierra. Dichos fallos se denominaban *fazañas*⁵⁹.

2.4.2.3 Vigencia del *Liber* como derecho personal. Además de la vigencia del *Liber* como derecho territorial, éste continuó aplicándose durante la alta edad media española como derecho personal, a determinados conjuntos de población.

Por una parte, los *mozárabes*, esto es, los cristianos que, viviendo bajo la dominación musulmana, siguieron profesando su fe, continuaron rigiéndose por las normas del *Liber*. En este caso, la subsistencia de su aplicación se fundaba en las creencias religiosas de aquellos a quienes se aplicaba. El derecho musulmán sólo se aplicaba a quienes profesaban el Islam, por lo que los cristianos que no obstante vivir bajo dominio musulmán, mantuvieron su fe cristiana, siguieron rigiéndose por el *Liber*⁶⁰.

Además el *Liber* se aplicó también como derecho personal al núcleo de población goda de la Septimania, que se incorporó al reino franco en la

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 133

segunda mitad del siglo VIII, bajo la promesa de que se les permitiría mantener sus leyes, esto es, el *Liber*⁶¹.

2.4.3 La unidad domiciliar de los cónyuges y los derechos locales en la alta edad media española

2.4.3.1 Origen y sentido de los derechos locales. Hemos señalado que las seculares tareas de reconquista y repoblación emprendida por los reinos cristianos, dieron origen a la diversidad jurídica característica de la alta edad media española.

En efecto, a fin de incentivar la repoblación de determinados lugares, que revestían un particular interés para los respectivos reinos y señoríos, los reyes y señores de éstos -seculares y eclesiásticos-, otorgaban un conjunto de privilegios a quienes concurrían a repoblar. Esto dio origen a un régimen jurídico de privilegio, distinto al aplicable en la generalidad del reino⁶².

⁶¹ *Ibidem*, p. 133.

⁶² *Ibidem*, p. 127.

Estas franquicias, libertades o privilegios se materializaron a través de distintos cuerpos normativos: cartas de población, fueros breves, libros del fuero o fueros semiextensos, y fueros extensos⁶³.

En Castilla el proceso de formación del derecho local, expresado en los referidos instrumentos, se extendió hasta 1214, año de la muerte del Rey Alfonso VIII⁶⁴. Un papel destacado desempeñó en este sentido el Conde Sancho Garcés (995-1017), conocido como *el Conde de los buenos fueros*; y el rey de León y Castilla, Alfonso VI (1072-1109), quien reconquistó Toledo en el 1085⁶⁵.

2.4.3.2 Escasez de normas relativas al matrimonio y a la unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho local castellano. En relación con nuestra materia, constatamos la escasez de normas que se ocupen del matrimonio en general, o de la unidad domiciliar de los cónyuges, en particular, en los instrumentos que constituyen el derecho local castellano.

A nuestro juicio ello se explica por la finalidad precisa que tenían los cuerpos normativos que conformaron el derecho local. Como su finalidad era, según hemos dicho, incentivar la repoblación de los territorios que se

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ *Ibidem.*

iban recuperando de manos de los musulmanes, por la vía de establecer franquicias, privilegios o libertades, sus normas se ocupaban fundamentalmente de determinar las condiciones de ocupación y repoblación, y de la regulación jurídica de la vida local.

Sólo encontramos una norma en la que se aludía, muy indirectamente, a la unidad domiciliar de los cónyuges. Se trata del *Fuero Viejo de Castilla*, que toma en cuenta la circunstancia de que los cónyuges vivan juntos para establecer la imposibilidad de que la mujer demandara al marido que había vendido un bien propio de ella. En efecto, en su Libro II, título I, ley VII, disponía que “...e si el marido vendier algund eredamiento, que sea de sua muger, sin otorgamiento de ella, non lo puede demandar en sua vida del, viviendo con èl, e estando en suo poder...”⁶⁶.

2.5 La unidad de domicilio conyugal en España durante la Baja Edad Media

2.5.1. El *ius commune* y su recepción en Castilla.

2.5.1.1 Antecedentes. Hemos visto que la diversidad jurídica fue una característica de la península ibérica en la Alta Edad Media. También, que

⁶⁵ *Ibidem*, p. 131.

durante este período la tradición jurídica romana se mantuvo en su versión vulgar, propia de las leyes germano romanas. Unido a lo anterior, hay que agregar que el conocimiento del derecho romano clásico fue escaso y limitado al estudio de resúmenes.

En este contexto, durante el siglo XI, se produjo en Italia el descubrimiento, o más bien el redescubrimiento, de la obra jurídica de Justiniano, el gran Emperador de la parte oriental del Imperio, y que consistió en la compilación emprendida por dicho gobernante en el siglo VI de nuestra era. Ello posibilitó que se llevara adelante el estudio del derecho romano con los textos íntegros de la labor compiladora de Justiniano, a la que se denominó *Corpus Iuris Civilis*⁶⁷.

Este estudio fue efectuado por juristas que eran profesores en las nacientes universidades europeas, destacándose en esta labor las italianas, siendo la de Bolonia la que fue pionera en esta actividad. Estos juristas trabajaron con los textos justinianeos íntegros y auténticos. También abordaron el estudio de diversos textos de derecho canónico.

⁶⁶ El texto del Fuero en *Los códigos españoles concordados y anotados*. Tomo primero, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847, pp. 219 a 294.

⁶⁷ En síntesis, componen el *Corpus Iuris Civilis* el *Digesto*, las *Instituciones* de Gayo, el *Codex* y las *Novelae* de Justiniano.

De esta forma, se fue configurando un derecho jurisprudencial, de alta elaboración científica, y cuyo material eran principalmente los textos justinianos y los textos canónicos. A este derecho se le llamó *ius commune* o derecho común, pues tenía dos vertientes: el derecho romano y el derecho canónico, comunes al orbe romano-cristiano, que suponían dominios separados -pero complementarios-: del Imperio y de la Iglesia, respectivamente⁶⁸.

Este derecho fue desarrollado científicamente, como ya se dijo, por juristas que se desempeñaban en las nacientes universidades europeas. En esta labor surgieron dos escuelas: la de los glosadores (siglos XI a XIII) y la de los comentaristas (siglos XIII A XV), que toman su nombre de los distintos métodos que se utilizaron para trabajar los textos jurídicos: la glosa y el comentario⁶⁹.

El auge del estudio del derecho común en las universidades italianas, se manifestó en que numerosos estudiantes de toda Europa acudían a

⁶⁸ Se sostenía la necesidad de que el Imperio, cuya restauración se entendía materializada primero con Carlo Magno, y luego con el Sacro Imperio Romano Germánico, debía tener un único derecho. Ello era una consecuencia de la idea de universalidad que representaba el Imperio. Este derecho único para el Imperio no podía ser sino el derecho romano, que había sido común al antiguo Imperio Romano. Asimismo, la Iglesia también debía contar con único derecho, fundado también en la idea de universalidad, y este no podía ser sino el derecho canónico.

⁶⁹ Sobre esta materia *vide* BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

estudiarlo, quienes después retornaban a sus reinos y comenzaban a difundirlo. Esto determinó que el derecho común adquiriera un gran prestigio y autoridad. Por ello, el núcleo de la difusión y recepción del derecho común fue la universidad, en donde se formaban los letrados que se encargarían de transmitirlo en sus respectivos reinos.

Precisamente, la difusión y acogida del derecho común en los diversos Estados de Europa es lo que se denomina recepción del derecho común. Este proceso se inició en el siglo XII, y su resultado fue la unidad jurídica de toda Europa bajo el signo del derecho común, unidad que se prolongó durante toda la Baja Edad Media hasta la época de la codificación de los derechos nacionales⁷⁰.

2.5.1.2 Etapas de la recepción del derecho común en Castilla. En Castilla, el proceso de recepción se inició a fines del siglo XIII. Este proceso se vio facilitado por varios factores, a saber, el interés de los monarcas por difundir las concepciones de derecho romano relativas al poder, con el objetivo último de consolidarse institucionalmente; la diversidad jurídica existente, por cuanto a través del derecho común se pretendía alcanzar la

⁷⁰ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, p. 193.

unificación jurídica; la superioridad científica del derecho común; y su elevado valor cultural, como su nivel de escolasticismo⁷¹.

Por otra parte, en el proceso de recepción del derecho común en Castilla se distinguen tres etapas, atendiendo a la relación existente entre el derecho común y los derechos propios⁷²:

a) Etapa Derecho común absoluto. Se extiende desde el siglo XIII hasta mediados del siglo XIV. En esta etapa el cultivo científico del derecho común estaba desligado del valor de los diferentes derechos propios, porque era el único que se enseñaba en las universidades y porque dicha enseñanza no guardaba relación con la vigencia de estos últimos.

Durante este período el derecho común se recibió en Castilla a través de tres grandes vías: las universidades, la vía local y la vía territorial.

En cuanto al papel de las universidades, ya dijimos que en ellas se formaron los letrados que iban a transmitir el derecho en sus reinos, al ocupar los más destacados puestos en los tribunales y en la corte. Gran importancia cupo, primeramente, a la Universidad de Bolonia y, ya en el siglo XIII en España, a las Universidades de Salamanca, creada en 1215 (y

⁷¹ *Ibidem*, p. 194.

⁷² Para esto y para lo que sigue, BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

con privilegio papal en 1255), y de Valladolid, hacia 1260. Así como las universidades influyeron en la formación de importantes cuerpos de letrados, también permitieron la aparición de cierta literatura jurídica bajo el signo del derecho común.

En lo que dice relación con la recepción del derecho común por la vía local, se manifestó en la reformulación de los fueros extensos, que recogían el derecho local vigente, pues a través de dicha reformulación penetró en ellos el derecho común por influjo de los letrados formados en este último. También se materializó, dentro de la política de unificación jurídica de la península, en la que destacó San Fernando III, ya mediante la concesión de un mismo fuero extenso a diversas localidades, ya mediante la formulación de un nuevo fuero, el *Fuero Real* o *Fuero de las Leyes* o *Fuero del Libro*, obra del Alfonso X, hijo de San Fernando III, a mediados del siglo XIII, que recogía predominantemente derecho común. Las sentencias judiciales pronunciadas por el tribunal de la Corte, dando aplicación principalmente al *Fuero Real*, dieron origen a una colección, hacia el 1300, que se denominó *Leyes del Estilo*.

Dentro de la política de unificación jurídica del reino, San Fernando III, además de conceder un mismo fuero extenso a diversas localidades,

también recurrió a la concesión directa de un fuero modélico o cabeza a las localidades recientemente conquistadas. En este sentido, destaca el fuero concedido a las ciudades de las riberas del Guadalquivir, como Sevilla, habitadas por mozárabes, que no fue otro que el *Liber*, que había sido mandado a traducir, y que pasó a denominarse *Fuero Juzgo*.

En definitiva, durante esta etapa, los derechos locales en Castilla se afianzaron y desarrollaron.

En cuanto a la recepción por vía territorial del derecho común, se manifestó mediante la elaboración de un derecho de aplicación general, que recogía principalmente derecho común, con vigencia en todo el territorio del reino. Ello se insertaba dentro de la política de unificación jurídica del reino. Aquí también destacó Alfonso X el Sabio, quien concluyó el *Setenario*, obra de carácter doctrinal, elaboró el *Espéculo*, y dictó las *Siete Partidas*, obra esta última que constituye la obra jurídica cumbre de dicho monarca.

b) Etapa del derecho común subsidiario. La segunda etapa en la reopción del derecho común en Castilla, se extiende desde el 1348, a partir de la dictación del *Ordenamiento de Alcalá*, hasta el 1505, año de la dictación de las *Leyes de Toro*.

Durante este período los monarcas persiguieron como objetivos fortalecer el derecho de origen real, manifestación de su intento de concentrar en sí la fuente del derecho en el reino, y de alcanzar la unificación jurídica en éste.

Para ello se restringió la vigencia del derecho común, al establecerse en el *Ordenamiento de Alcalá* que las *Partidas*, en las que se recogía aquél derecho, se aplicaría en subsidio de dicho *Ordenamiento* y de los fueros locales; y al reiterar la prohibición de aplicar el derecho romano, y restringir la posibilidad de invocar en juicio las opiniones de los juristas de derecho común, la que se terminó por prohibir en las *Leyes de Toro* de 1505.

Pero no sólo se restringió la vigencia del derecho común. Lo mismo se hizo con los derechos locales. Para ello, el mismo *Ordenamiento de Alcalá* dispuso que tuvieran el carácter de subsidiarios de él y, además, les impuso el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ser aplicados.

Dentro de esta etapa se hizo evidente la necesidad de fijar las numerosas normas de derecho real, lo que dio origen a las recopilaciones. En este sentido, la primera expresión de ello lo constituye la dictación de las *Ordenanzas Reales de Castilla* u *Ordenamiento de Montalvo*, en el año 1480. Algunas deficiencias de esta fijación hicieron surgir la necesidad de

una nueva recopilación, dando origen, en el 1567, la *Nueva Recopilación de Leyes de Castilla*.

c) Etapa del derecho común subordinado. Se extiende desde el 1505, con la promulgación de las *Leyes de Toro*, hasta el siglo XIX, durante el cual tuvo lugar la codificación del derecho nacional. Característica de esta etapa fue el fortalecimiento del derecho real frente al derecho común, lo que concluyó en la consolidación de aquél como un derecho nacional, subordinándose a éste el derecho común. Así, en las *Leyes de Toro* se reiteró el orden de prelación del *Ordenamiento de Alcalá*, pero, además, se prohibió invocar en juicio la opinión de juristas de derecho común. También, aumentó la actividad legislativa de los monarcas, cuyas normas se fijaron en recopilaciones. El derecho real se consideró el derecho común del reino. El *ius commune* se consideró, únicamente, como razón de sabios. Finalmente, con la codificación, el derecho nacional se convierte en absoluto respecto del común.

De lo que se ha expuesto, salta a la vista que, al tiempo de producirse el descubrimiento y la incorporación de las Indias a la Corona de Castilla, el derecho castellano se encontraba al final de la segunda etapa de recepción del derecho común, la del derecho común subsidiario. En estas condiciones

se transmitirá el derecho castellano a las nuevas tierras situadas al otro lado del Atlántico.

2.5.2 El matrimonio y la unidad domiciliar de los cónyuges en el *ius commune*

2.5.2.1 Coexistencia de la regulación civil y canónica del matrimonio. Con motivo de la estrecha y permanente colaboración entre la Corona y la Iglesia Católica, el matrimonio -que también es un sacramento- fue objeto de regulación por leyes civiles y canónicas. Del matrimonio en cuanto sacramento se ocupaban las normas canónicas. De los aspectos estrictamente civiles se hacía cargo la legislación civil.

Ya en el *Fuero Real*⁷³ se establecía que “*Establecemos é mandamos que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la Sancta Iglesia, é los que casaren sean tales, que puedan casar sin pecado...*”. Y en la Partida 1, 4, 72, se reconoce que el matrimonio entre cristianos es uno de los siete sacramentos de la Iglesia⁷⁴.

Luego, todo lo relativo a la capacidad para contraerlo, forma y solemnidades de su celebración y su validez, era objeto de regulación por el

⁷³ *Fuero Real*, 3, 1, 1. El texto que seguimos es el contenido en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.

derecho canónico. Por consiguiente, en esta parte nos ocuparemos únicamente de la forma en que la legislación civil abordó el matrimonio, y en particular lo relativo a la unidad domiciliar entre los cónyuges.

2.5.2.2 La unidad de domicilio conyugal como derecho-obligación de los cónyuges de vivir en el domicilio común. El tratadista Juan de Matienzo expresaba que entre los efectos del matrimonio estaba la comunicación de cuerpos y obras entre los cónyuges. De dicho efecto se sigue -continúa Matienzo- el deber de los cónyuges de vivir juntos⁷⁵. Pero al mismo tiempo, tal deber tiene una contrapartida activa que es el derecho de cada uno de los cónyuges a ser admitido en el hogar común.

No obstante que el derecho-obligación de los cónyuges de vivir juntos era recíproco, se aprecia un reconocimiento del marido como jefe de hogar, por cuanto se establecía que si el marido quisiera cambiarse de domicilio o de ciudad, la mujer debía seguirlo⁷⁶.

Al tratarse de un derecho-obligación, si la mujer no quería vivir con el marido, éste podía *vindicarla* en el ejercicio de la potestad marital de que

⁷⁴ El texto de las *Partidas* en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Tomos 2 a 5, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.

⁷⁵ Citado por DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La potestad marital y los derechos de la mujer casada en el sistema jurídico indiano”, en *Revista Chilena de Derecho*, 16, 1990-1991, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 278.

estaba investido. Podía hacerlo por propia mano o recurriendo a la intervención judicial. Pero la reciprocidad se manifiesta en que la mujer también podía *vindicar* al marido en caso que este se ausentara del hogar común⁷⁷.

2.5.2.3 Fundamentos de la unidad domiciliar de los cónyuges. El derecho-obligación de los cónyuges de vivir juntos tenía diversos fundamentos. Así, desde un punto de vista moral, se procuraba evitar que se incurriera en conductas constitutivas de delito y pecado, tales como el adulterio, el amancebamiento y la bigamia.

Desde una perspectiva moral con implicancias económicas, se perseguía que la mujer y la prole recibieran el adecuado sustento material.

Y desde un ángulo estrictamente jurídico, era indispensable que los cónyuges vivieran juntos para que pudiera operar el régimen de comunidad de bienes restringida a los gananciales, conforme al cual los bienes adquiridos durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges se comunicaban entre ellos mitades mientras éstos vivieran juntos o estuvieran de consuno. Se sostenía que ello significaba que los cónyuges debían vivir juntos bajo un techo, tal como lo exigía el *Fuero de Castilla*. El mismo

⁷⁶ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *loc. cit.*

Fuero añadía que si los cónyuges no vivían bajo el mismo techo, lo adquirido por cada uno de ellos durante el matrimonio le pertenecería exclusivamente a éste. Sin embargo, autores como Matienzo Solórzano señalaban que la exigencia importaba únicamente un ánimo especial⁷⁸.

2.5.2.4 Casos en que cesaba el derecho-obligación de vivir en el domicilio común. Cesaba el derecho-obligación de los cónyuges de vivir en el domicilio común fundamentalmente en caso de divorcio⁷⁹.

Lo relativo al divorcio era principalmente objeto de regulación canónica, pero también había normas civiles que se referían a dicha materia.

En las *Partidas*⁸⁰ se establecían los tres bienes del matrimonio: fe, linaje y sacramento. Respecto de éste último se decía “*Y el otro bien del sacramento, es que nunca se deben partir en su vida y pues Dios los ayuntó no es derecho que el hombre los departa. Y además crece el amor entre el marido y la mujer, pues que saben que no se han de departir y son más*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 279.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ También cesaba el derecho-obligación de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio común en los casos en que había disolución del vínculo matrimonial (por ejemplo, por declaración de nulidad). Pero en estos casos, la cesación de la unidad domiciliar de los cónyuges era una simple consecuencia de que ya no existía matrimonio. Todas estas hipótesis eran objeto de regulación por parte del derecho canónico. Por nuestra parte, nos ocupamos de los casos en que, subsistiendo el matrimonio, cesaba el deber de los cónyuges de vivir juntos.

⁸⁰ Partida 4, 2, 3,

ciertos de sus hijos y amánlos por ende". Es decir, no podía tener lugar un divorcio que implicara una disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges, por cuanto el matrimonio era un sacramento. Dios había unido al marido y a la mujer, por lo que el hombre no los podía separar.

Sin embargo, la misma Partida agregaba que *"Pero con todo esto, bien se podrían departir si alguno de ellos ficiese pecado de adulterio o entrase en orden con otorgamiento del otro, después de que se hubiesen ayuntado carnalmente. Y como quiera que se departen para no vivir en uno, por alguna de estas maneras, no se departe por eso el matrimonio"*.

De esta manera, se admitía el divorcio, pero no se le concebía como una causal de disolución del vínculo matrimonial, sino como una simple separación de lecho y de techo. Es decir, se contemplaba como una causal de cesación del derecho-obligación de los cónyuges de vivir juntos, estos es, de la unidad domiciliar de los cónyuges.

Además, se establecía que el divorcio sólo podía tener lugar por sentencia judicial eclesiástica y no por mutuo acuerdo de los cónyuges⁸¹.

El divorcio comprendía la simple separación de lecho, y la separación de lecho y cohabitación⁸².

⁸¹ Partida 4, 10, Proemio y 9; Partida 4, 9, 2.

La simple separación de lecho podía tener lugar en determinados casos morales y cuando existieren ciertas enfermedades⁸³.

En cuanto a la separación de lecho y cohabitación, tenía lugar en determinados casos que reglamentaba el derecho canónico⁸⁴. Uno de esos casos era el adulterio, respecto del cual también se establecían algunas normas civiles y penales, a las cuales nos pasamos a referir.

2.5.2.4.1 Infidelidad de la mujer. El adulterio. El matrimonio imponía a ambos cónyuges un deber de fidelidad. Cuando dicho deber era quebrantado por la mujer se hablaba de adulterio, y éste consistía en el acceso que tiene un hombre con una mujer casada con conocimiento de que ésta lo era. En cambio, para que el marido quebrantara su deber de fidelidad y dicho quebrantamiento fuera punible, debía incurrir en el delito de amancebamiento, que consistía en tener una concubina públicamente. Si no concurría el requisito de la publicidad, no se incurría en el delito⁸⁵.

La diferencia antes referida se fundaba en las perniciosas consecuencias sociales que podía acarrear la infidelidad de la mujer con la introducción a

⁸² DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 281 y 282.

⁸³ *Ibidem*, p. 282.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 273.

la familia de un hijo de otro. Se entendía que había una mayor afrenta y daño para el marido en caso de adulterio de la mujer.

Las mismas razones explicaban el fuerte castigo del adulterio de la mujer. El *Fuero Real*, repitiendo las normas que se contenían en el *Liber* y en el *Fuero Juzgo* -versión castellana de aquél-, establecía respecto de los adúlteros que el marido podía hacer con ellos lo que quisiere, incluso matarlos. Pero si optaba por castigar la afrenta con la muerte, debía matar a los dos adúlteros, no pudiendo matar sólo a uno y dejar al otro vivo⁸⁶. En cuanto a los bienes de la mujer, estos pasaban a los hijos legítimos si los había. En efecto, la norma del *Fuero Real* señalaba que “*ambos sean en poder del marido e faga dellos lo que quisiere e de quanto han: assi que no pueda matar al uno e dexar al otro; pero si hijos derechos hubieren amos, o el uno dellos, hereden sus bienes...*”⁸⁷.

El *Ordenamiento de Alcalá*, en la ley 1^a del título 21, estableció igual norma: si el marido sorprendía a los adúlteros en adulterio flagrante, aquél tenía la facultad de darles muerte. Pero si optaba por dicha facultad, ambos debían ser muertos.

⁸⁶ La ley 93 de las Leyes de Estilo resolvió el problema que se presentaba cuando el marido encontraba a uno sólo de los culpables, estableciendo que aquél debía de mantener a éste hasta hallar al otro y sólo entonces podía darles muerte.

La *Nueva Recopilación de Leyes de Castilla* prescribió el mismo castigo e insistió en la norma por la que el marido no podía matar a un adúltero y perdonar la vida al otro. Al igual que la norma del *Fuero Real*, los bienes de la mujer quedaban para el agraviado, a menos que existieran hijos legítimos, en cuyo caso pasaban a éstos⁸⁸.

Por su parte, en las *Partidas* también se establecieron penas para el adulterio. En efecto, la Partida 7, 17, 15 disponía que la adúltera fuera castigada con azotes públicos. Además, debía sufrir la pérdida de sus derechos económico-matrimoniales y ser recluida en un convento. Si el marido la quería perdonar debía sacarla dentro del plazo de dos años. Si así no lo hacía, la adúltera quedaba allí de por vida. El co-reo de la mujer debía ser condenado a muerte.

La ley 81 de Toro, recopilada en la *Recopilación de Leyes de Castilla* en 8, 19, 3, estableció que no era obstáculo para el castigo de este delito “*que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad*

⁸⁷ *Fuero Real*, 4, 7, 1.

⁸⁸ La ley 82 de Toro introdujo una modificación en relación a lo que se establecía respecto de los bienes de la adúltera. Dicha ley dispuso que el marido que matare por su propia autoridad al adúltero y a la adúltera, aunque los sorprendiere en delito flagrante, y sea justamente hecha la muerte, no ganaba la dote ni los bienes del que matare; salvo que los matare o condenare por autoridad de la justicia. En tal caso, debía darse cumplimiento a las normas del *Fuero Real*.

o afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera dellos sea obligado antes a otro matrimonio o aya fecho voto de castidad o de entrar en religión, o por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó deshacer lo que no debían”.

Sin embargo, conforme a las normas establecidas en las partidas, la mujer no podía ser acusada cuando no hubiera dolo suyo en la comisión del delito, como cuando había sido forzada⁸⁹ o cuando, creyéndose viuda por desaparecimiento comprobado del marido, hubiera contraído nuevo matrimonio y después apareciera éste⁹⁰.

El adulterio de la mujer era un delito de acción privada. En efecto, si bien las partidas establecían que en ciertos casos pudieran querellarse el padre, hermano o tío de de la adúltera⁹¹, dicha disposición debía entenderse derogada por la norma de la *Recopilación de Leyes de Castilla* que establecía que sólo el marido podía perseguir dicho delito⁹². Pero atendida la conexión del delito, debía acusarse a la mujer y a su correo, agregando la

⁸⁹ Partida 7, 17, 14.

⁹⁰ Partida 1, 17, 5.

⁹¹ Partida 7, 17, 2.

⁹² Rec. Cast. 8, 9, 2

norma pertinente que ello era así “*aunque se haya profugado el adúltero, no habiendo muerto ni precediendo la transacción que sobre ello recaiga*”⁹³.

Por otra parte, se establecía que el marido no podía acusar a la mujer si él, a su vez, también había cometido adulterio. En efecto, el *Fuero Real* disponía que “*si el marido que fiziere adulterio quisiere acusar a su muger que hizo adulterio: y ella dixere ante que diga de si, o de no, que no la pueda accusar, porque el hizo adulterio: si gelo provare puedalo desechar de la acusación*”⁹⁴. Sin embargo, esta norma habría sido derogada por las *Ordenanzas Reales de Castilla* u *Ordenamiento de Montalvo*.

Tampoco el marido podía acusar a la mujer si él le hubiere aconsejado cometer adulterio. El *Fuero Real* disponía que “*El marido no puede acusar a la muger del adulterio, que ficiera por su consejo, ó por su mandado...*”⁹⁵.

Si después de cometido el adulterio por la mujer el marido recibía a la mujer en su mesa y lecho, se entendía que había por parte de él un perdón tácito, por lo que no podía acusar a la mujer por el adulterio. Decía el *Fuero Real* “*... defendemos, que el marido después que su muger hizo adulterio,*

⁹³ Ley 81 de Toro, recopilada en Rec. Cast. 8, 20, 2

⁹⁴ *Fuero Real* 4, 7, 4.

⁹⁵ *Fuero Real* 4, 7, 5 y *Partida* 7, 17, 7.

no la tenga a su mesa, ni en su lecho: y el que lo ficiere, no la pueda después acusar ni haya nada de sus bienes...”⁹⁶.

Apreciamos aquí cómo la propia unidad domiciliar opera para hacer desaparecer una causal que autorizaría precisamente para ponerle término.

2.5.2.4.2 Infidelidad del marido. El amancebamiento. Como ya hemos dicho, para que la infidelidad del marido fuera punible era necesario que se tipificara el delito de amancebamiento. El mero adulterio del marido que no constituyera amancebamiento no era reprochable como el adulterio de la mujer. En este sentido, la *Partida 7, 17, 1* señalaba claramente que “*del adulterio que faze el varón con otra mugier non hace daño ni deshonra a la suya*”.

Sin embargo, la mujer podía exigir a su marido una promesa formal de no tener concubina.

El amancebamiento revestía el carácter de “pecado público”. Por ello, a diferencia del adulterio de la mujer, era un delito de acción pública.

El marido que incurriera en el amancebamiento, pero que continuara viviendo con su mujer legítima era castigado con la pérdida de una quinta

⁹⁶ *Fuero Real*, 4, 7, 5 y *Partida 7, 17, 8*.

parte de sus bienes hasta el monto de 10.000 maravedís cada vez que fuera sorprendido en dicha conducta⁹⁷.

Era interesante lo que se establecía respecto del destino de dicha especie de multa. El monto con el que se sancionaba al marido se entregaba a los parientes de la manceba para que ésta tomase estado, ya sea contrayendo matrimonio o ingresando en un convento. Si recaía en la vida licenciosa, dichas cantidades se entregarían a la cámara real, juez y acusador, recibiendo una tercera parte cada uno de éstos.

En caso de que el marido que tuviere manceba, en vez de vivir con su cónyuge lo hacía públicamente con la manceba, sufría como castigo la pérdida de la mitad de sus bienes en beneficio del Fisco. Igual sanción recibía el varón casado que hubiere sacado de su casa a una mujer casada y se amancebara con ella, cuando habiendo sido requerido por el marido de su manceba o por la justicia, no la devolviese⁹⁸.

En cuanto a la manceba, debía ser condenada al pago de un marco de plata o sesenta y cinco reales. Dicha multa se destinaba en una tercera parte al acusador -en su defecto, al Juez- y en los dos tercios restantes a la cámara real. Además, debía ser desterrada por un año del pueblo donde morase. En

⁹⁷ Rec. Cast. 8, 19, 5.

caso de reincidir, debía pagar otro marco y el plazo del destierro subía a dos años. Si era sorprendida por tercera vez, debía pagar otro marco, el destierro sería por tres años y, además, recibiría cien azotes en público. A fin de asegurar el cumplimiento de estas normas se establecía que el juez que no aplicase dichas penas sería privado del oficio⁹⁹.

2.5.2.4.3 Efectos del adulterio y del amancebamiento. Ambas conductas, además de ser constitutivas de delito según se ha expuesto, eran causales que autorizaban el divorcio de los cónyuges, que consistía en la separación de lecho y de cohabitación. Es decir, ambas conductas conducían, en definitiva, a la cesación de la unidad domiciliar de los cónyuges no obstante que éstos seguían casados.

Además, si el divorcio se producía por adulterio de la mujer hacía perder a ésta los gananciales y la dote¹⁰⁰. Si el divorcio se decretaba por el amancebamiento público del marido, éste perdía la dote.

2.6 Recapitulación

Hemos pasado revista a las principales normas que se refieren a la unidad domiciliar de los cónyuges en el derecho castellano, desde sus orígenes y

⁹⁸ Rec. Cast. 8, 19, 6.

⁹⁹ Rec. Cast. 8, 19, 1.

¹⁰⁰ Rec. Cast. 5, 9, 11.

hasta el momento en que se produce el descubrimiento de un nuevo mundo, que se incorporara a Castilla y al que ésta va hacer extensivo su derecho.

La Corona reconoció una estrecha colaboración con la Iglesia Católica. Ello implicó, en materia de regulación del matrimonio, el que se dejara un amplio campo de vigencia a las normas canónicas, que se referían al matrimonio en cuanto sacramento, y en las que se definía la naturaleza y efectos del matrimonio. Es en dichas normas en las que encuentra su fundamento sustancial la unidad domiciliar de los cónyuges.

Sin embargo, la Corona, a través de la legislación civil y penal, también se ocupó de determinados aspectos del matrimonio. En lo que dice relación con nuestra materia, estableció fundamentalmente normas que indirectamente reconocían la unidad de domicilio de los cónyuges como uno de los efectos del matrimonio.

En efecto, las normas que acabamos de analizar nos señalan fundamentalmente los casos en que cesaba el deber de los cónyuges de vivir juntos, no obstante subsistir el matrimonio. Con ello se reconocía que de no existir tales casos era efecto normal del matrimonio la unidad domiciliar de los cónyuges. Asimismo, en menor medida encontramos normas que asignaban algún particular efecto a la unidad de domicilio de los cónyuges,

como por ejemplo, constituir un caso de perdón del adulterio, que era una conducta que precisamente autorizaba a poner término a dicha unidad domiciliar, o para permitir que operaran los efectos propios del régimen de comunidad de bienes restringida a los gananciales.

En definitiva, las normas de la Corona reconocieron indirectamente la necesidad de la unidad domiciliar de los cónyuges. No encontramos normas que incentiven directamente a que dicha unidad sea una realidad, las que sólo encontraremos en el derecho indiano y en el derecho canónico.

CAPÍTULO III

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL DERECHO INDIANO

3.1 Aplicación supletoria del derecho castellano en las indias. Su orden de prelación

3.1.1. Carácter supletorio del derecho castellano

Las nuevas tierras descubiertas por Colón se incorporaron política y jurídicamente a la corona de Castilla. Esta circunstancia determinó el que fuera aplicable en los nuevos territorios el derecho castellano¹⁰¹.

Sin embargo, las peculiares características que presentaba la empresa de descubrimiento, conquista y asentamiento español en las indias influyeron decisivamente en la configuración del sistema jurídico de los nuevos territorios. En efecto, éstos presentaban características sociales, económicas, geográficas, raciales y culturales absolutamente nuevas para el mundo peninsular. Se trataba de tierras de una enorme extensión, que estaban al otro lado del Atlántico y que comprendían realidades radicalmente distintas entre sí. Así, la expresión Nuevo Mundo se llenaba de significado y graficaba en toda su dimensión la situación que se presentaba ante la corona castellana.

La complejidad evidente que dicha realidad involucraba, hacía que las normas del derecho castellano fueran, ya insuficientes, ya inadecuadas, para la enorme tarea de organizar los nuevos territorios a la manera europea y alcanzar los objetivos de la expansión española en las Indias.

¹⁰¹ Vide MANZANO MANZANO, Juan, *La incorporación de las Indias de la Corona de Castilla*, Madrid, 194

De esta manera, se torno imperioso dictar nuevas normas, específicas para las Indias, que se hicieran de cargo de la realidad particular de estos territorios y de las peculiaridades que a cada momento se presentaban. Surgió así el derecho específico de Indias, también denominado derecho municipal indiano.

Se dispuso que esas normas específicamente dictadas para las Indias tuvieran aplicación preferente, por sobre las normas del derecho castellano cuya vigencia se proyectaba a América. Es decir, la vigencia del derecho castellano en las Indias tuvo un carácter meramente supletorio.

El carácter supletorio del derecho castellano en Indias aparece consagrado en una norma que fue recopilada en la ley 2, título 1, libro II de la *Recopilación de leyes de los reinos de Indias* de 1680, conforme a la cual: *“Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reino de Castilla...”*.

No obstante lo anterior, las nuevas normas dictadas específicamente para las Indias se nos revelan como marcadamente casuistas. Esto es, se dictaban

para abordar situaciones o problemas concretos que cotidianamente se iban presentando en la vida jurídica que se desarrollaba en los nuevos territorios. Por consiguiente, en la formulación del derecho propio de las Indias no se intentó configurar un sistema general y abstracto, que tuviera pretensiones totalizadoras de regulación. Luego, hubo importantes y extensas materias respecto de las cuales no se encuentran disposiciones propias para las Indias, o las que existen son escasas. En dichas áreas la vigencia del derecho castellano, aún con su carácter supletorio, fue habitual y frecuente.

3.1.2. Orden de prelación de las fuentes de derecho castellano

Atendida la diversidad de fuentes del derecho castellano, la norma de la recopilación indiana antes citada no sólo disponía la aplicación supletoria del derecho castellano en Indias, sino que también un orden de prelación del mismo.

En efecto, dicha norma señalaba que se aplicarían supletoriamente las leyes del reino de Castilla “...*conforme a la de Toro...*”. Las *Leyes de Toro* fueron sancionadas en una reunión de las Cortes reunidas en la ciudad de Toro en el año 1505. Pues bien, la primera ley de Toro reproduce, aunque con algunas alteraciones, otra contenida en el *Ordenamiento de Alcalá de Henares*, promulgado en el año 1348 bajo el reinado de Alfonso XI. Ésta

norma del ordenamiento de Alcalá establecía un orden de prelación de las fuentes del derecho castellano y que obviamente estaban en vigencia en dicho momento. El orden de prelación que se establecía era el siguiente: 1º El ordenamiento de Alcalá; 2º los Fueros Municipales; 3º el Fuero Real, si se probare su uso; y 4º Las Partidas. El orden de prelación referido fue recogido también por la Nueva Recopilación de Castilla, del año 1567, y por la Novísima Recopilación de las leyes de España, del año 1805.

Conforme a lo dicho, era posible distinguir las siguientes alternativas para resolver situaciones que no aparecían reguladas por una norma específica dictada para Indias¹⁰²:

a) Con respecto a situaciones anteriores a 1505, se aplicaba el orden de prelación del *Ordenamiento de Alcalá*.

b) Si se trataba de situaciones posteriores a 1505 y anteriores a 1567, se aplicaban en primer término las *Leyes de Toro* y en seguida las restantes fuentes, según el orden de prelación del *Ordenamiento de Alcalá*.

c) Si las situaciones eran posteriores a 1567 y anteriores a 1805, se aplicaba primeramente la *Nueva Recopilación* de 1567, en seguida las *Leyes*

¹⁰² OTS CAPDEQUI, José María, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Tomo I, Buenos Aires, 1943, pp. 91 y ss.

de Toro de 1505 y luego las restantes fuentes conforme al orden que señalaba el *Ordenamiento de Alcalá*.

d) Por último, las situaciones posteriores a 1805 se regían preferentemente por la *Novísima Recopilación* de dicho año, en seguida por las normas de la recopilación de 1567, luego por las *Leyes de Toro*, y por último por las restantes fuentes según el orden establecido en el *Ordenamiento de Alcalá*.

Cabe también destacar que, no obstante lo señalado, no todas las normas de derecho castellano recién señaladas podían ser consideradas como normas supletorias en las Indias. Ello porque conforme a una norma recopilada en la ley 40, título 1, libro II de la *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680, no se podía ejecutar en Indias “ninguna pragmática de las que se promulgaren en estos reinos, si por especial cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandare guardar en aquellas provincias”.

3.1.3. Regulación castellana del matrimonio y de la unidad de domicilio conyugal en las Indias

Con relación a nuestro tema, en materia de derecho civil matrimonial, en particular en lo relativo a la unidad del domicilio de los cónyuges, en

defecto de una norma específica dictada para las Indias, se aplicaban las normas contenidas en las diversas fuentes del derecho castellano conforme al orden de prelación antes referido, y siempre que por una específica Real Cédula despachada por el Consejo de Indias se ordenara que se guardare o cumpliera también dicha norma castellana en las Indias.

Todo lo dicho era sin perjuicio de la vigencia de las normas canónicas que se ocupaban del matrimonio en cuanto sacramento.

En cuanto al contenido de las normas castellanas en lo tocante a la materia objeto de nuestro estudio, ello ya fue objeto de análisis en el capítulo anterior. Basta que digamos en esta parte, que se trata de normas que regulaban cuándo cesaba el deber de los cónyuges de vivir juntos, o bien los efectos de la inexistencia de la comunidad de vida entre los cónyuges. Es decir, se trata de normas que indirectamente incentivan la vigencia de la unidad de domicilio entre los cónyuges.

3.2 Particularidades que presentaba la realidad indiana para la regulación de la unidad de domicilio conyugal.

Hemos señalado que las Indias ofrecieron continuamente situaciones nuevas para las que las normas castellanas eran insuficientes o inadecuadas,

y que para regular dichas situaciones se dictaron normas particulares para las Indias, que configuraron el derecho específico de Indias.

Generalmente, las normas específicas que se dictaron para las Indias fueron de derecho público, por cuanto ellas decían relación con la organización y administración de tan vastos y nuevos territorios, cuestiones que obviamente no estaban contempladas en el derecho castellano. Por el contrario, en la esfera del derecho privado las normas específicas para las Indias fueron bastante menores en cantidad, por lo que fue en dicha área en la que el derecho castellano, no obstante su carácter supletorio, tuvo una vigencia más amplia y frecuente.

Sin embargo, una importante excepción a lo dicho lo constituyó todo lo relativo a la unidad de domicilio conyugal. En efecto, la empresa de descubrimiento, conquista y población de las Indias presentó algunos rasgos peculiares que hicieron necesaria la dictación de normas propiamente indianas para la regulación de dicho importante aspecto del matrimonio.

Así, los primeros viajes de descubrimiento y conquista, fueron realizados generalmente sólo por hombres, quienes cuando eran casados se dirigían a los nuevos territorios dejando en la península a sus cónyuges,

olvidando en muchas ocasiones los deberes que les imponía el matrimonio para con sus respectivas mujeres.

Por otra parte, una vez establecidos en América, muchos españoles casados se trasladaban a Europa dejando aquí a sus mujeres y generándose el mismo problema antes señalado.

También era un rasgo peculiar de la realidad indiana la existencia de comunidades de aborígenes que contaban con normas propias de carácter consuetudinario relativas al matrimonio y que incidía en particular en lo relativo a la unidad de domicilio conyugal. Ello exigió que la Corona adoptara una actitud clara frente a los matrimonios celebrados por los indígenas.

Siempre en relación con los indígenas de las nuevas tierras, no hay que olvidar que en gran parte de las Indias y durante mucho tiempo existió el sistema de las encomiendas de indios. La aplicación práctica de dicho sistema incidía también en la eventual imposibilidad de que tuviera vigencia una efectiva unidad de domicilio conyugal entre los indígenas que estaban casados.

Finalmente, la existencia de la esclavitud negra posibilitaba que eventualmente pudiera romperse la unidad de domicilio conyugal de esclavos que habían contraído matrimonio.

En definitiva, el conjunto de factores descritos fue motivo de que se hiciera ineludible la dictación por parte de la Corona de normas específicas para las Indias que, en cada una de las hipótesis descritas, salvaguardaran siempre la unidad del domicilio conyugal en Indias.

3.3 Fundamentos de la normativa propiamente indiana relativa a la unidad domiciliar conyugal

El profesor Dougnac¹⁰³ nos ilustra en una manera meridianamente clara acerca de los fundamentos o motivos que tuvo a la vista la corona castellana para dictar normas propiamente indianas que salvaguardaran la unidad del domicilio conyugal en Indias.

3.3.1 El cumplimiento de los fines del matrimonio

A la luz de la gran influencia que sobre esta materia ejercía la doctrina canónica de la Iglesia Católica, se entendía que los fines del matrimonio

¹⁰³ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad de domicilio de los cónyuges en el derecho indiano”, en *Revista Chilena de de Derecho*, v. 7, números 1-6, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1980, pp. 567 y ss.

eran la procreación y la comunidad de vida entre los cónyuges, sin perjuicio de que entre católicos era además un sacramento.

Así, por ejemplo, Juan de Solórzano y Pereira sostenía que la legislación que propendía a la unidad domiciliar de los cónyuges se fundaba en lo conveniente que era que los casados hicieran vida maridable. Agregaba que los cónyuges no podían apartarse, ni privarse voluntariamente de la cohabitación y comunicación, como constaba de lo que establecían diversos textos, santos y autores¹⁰⁴.

3.3.2 Evitar los peligros que amenazaban a los cónyuges separados

Por otra parte, al incentivar la vida en común de los cónyuges y dificultar que uno viviera separadamente del otro, se evitaba que uno o ambos cónyuges incurrieran en delitos como el adulterio o la bigamia, conductas que además constituían pecados mortales que arriesgaban la salvación de quienes incurrían en ellos¹⁰⁵.

3.3.3 Evitar dar un mal ejemplo a los indígenas

La finalidad fundamental de la expansión española en las Indias era la evangelización de los indígenas. Consecuente con dicha finalidad era la

¹⁰⁴ SOLÓRZANO DE PEREIRA, Juan, *Política Indiana*, citado por DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad...”, pp. 567 y 568.

¹⁰⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad...”, p. 568.

enseñanza que se entregaba a los indios acerca de la unidad del matrimonio y de la ilicitud del concubinato. Obviamente, mal podía persuadirse a los indígenas en ese sentido si los españoles vivían en una forma distinta de la que enseñaban¹⁰⁶.

3.3.4. Evitar el vagabundaje

Se entendía que si pasaban a las Indias sujetos sin sus cónyuges, no se establecerían definitivamente. En otras palabras, la Indias se llenarían de aventureros sin ninguna intención de avecindarse, ni de trabajar la tierra y que se convertirían en una carga para las autoridades.

Por el contrario, se estimaba que los casados con sus familias eran excelentes colonizadores. Con ellos se podía consolidar el asentamiento español en las nuevas tierras¹⁰⁷.

3.3.5. Impedir que los cónyuges abandonados quedaran sin sustento

Este motivo no se fundaba tanto en una especial preocupación por la suerte de los cónyuges abandonados -generalmente la mujer- por parte de quienes pasaban a las Indias sin la compañía de sus familias, como en la necesidad de evitar una situación que se tradujera en una mayor carga

¹⁰⁶ *Ibidem.*

¹⁰⁷ *Ibidem.*

financiera para la Corona, la que podía verse obligada a ocuparse del sustento de la familia abandonaba que quedaba en la península¹⁰⁸.

3.3.6. La necesidad de que pudiera operar en la práctica el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio.

Ello porque el régimen económico matrimonial que regía en Indias era el de comunidad de bienes restringida a los gananciales, sin perjuicio de la existencia de numerosas donaciones por causa de matrimonio.

Conforme a las normas de dicho régimen, los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, mientras vivían juntos, eran comunicables entre ellos por mitades.

Luego, era requisito indispensable el que los cónyuges vivieran juntos. La cuestión era discutible. Algunos autores sostenían que más bien se trataba de un elemento psicológico, bastando la existencia de un *animus*. Otros, en cambio, señalaban que la exigencia sólo se cumplía cuando ambos cónyuges cohabitaban en la misma casa, sin separarse jamás.

A fin de evitar toda duda era conveniente, desde este punto de vista, que los cónyuges vivieran juntos. De esta forma se aseguraba que los bienes

¹⁰⁸ *Ibidem*.

adquiridos por uno de ellos en las Indias, generalmente el varón, se comunicaba en su mitad a la mujer, generalmente la cónyuge más débil¹⁰⁹.

3.4 Normas que salvaguardaban la unidad domiciliar entre cónyuges españoles o criollos

La normativa establecida en esta materia nos muestra la preferencia que la Corona otorgaba a los casados que vivieran con sus cónyuges y familia, al tiempo de otorgar autorizaciones para pasar a establecerse a América. A continuación intentaremos sistematizar las diversas normas que se ocupan de la materia.

3.4.1. Situación de los casados en España que pretendieran trasladarse a Indias sin sus mujeres

3.4.1.1 Prohibición a los casados y desposados para pasar a las Indias sin sus mujeres. La regla general que denota la política de la Corona en esta materia, era la prohibición que se establecía a los casados y desposados en España para pasar a las Indias sin sus mujeres.

En efecto la norma pertinente señalaba que eran “*personas prohibidas para embarcarse y pasar a las Indias todos los casados y desposados en estos Reinos, si no llevasen consigo sus mugeres, aunque sean virreyes,*

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 568 y 569.

*oidores, gobernadores o nos fuesesen a servir en cualesquier cargo y oficios de guerra, justicia y hacienda, porque es nuestra voluntad que todos los susodichos lleven a sus mugeres*¹¹⁰.

La norma se refiere a los casados que pretendieran pasar sin sus mujeres a las nuevas tierras. Ello se explica porque era la hipótesis que generalmente se podía presentar.

En estos casos, que eran los mayoritarios, se presentaba la duda de si la mujer estaba obligada a seguir a su marido. En general, se sostenía que era obligatorio para la mujer seguir a su marido. Pero se admitía que ella pudiera excusarse, por ejemplo, para no exponerse a los peligros de una larga navegación.

Dijimos que por regla general quien pretendía pasar al nuevo mundo era el marido. Era extraordinariamente excepcional el que se diera el caso que una mujer casada pretendiera pasar a las Indias sin su marido. Sin embargo, existían normas que se referían a dicha hipótesis. En efecto, se establecía que para que la mujer pudiese ausentarse del domicilio conyugal, debía obtener autorización del marido, explicando las causas que justificaren dicha situación. La licencia se otorgaba por un período determinado.

Lo concreto es que a través de la regla fundamental antes enunciada, la Corona demostraba que no veía con buenos ojos el que pasaran a Indias personas casadas sin sus cónyuges. La norma incentivaba el cumplimiento efectivo de la exigencia de que los cónyuges vivan juntos.

3.4.1.2. Obligación de registrarse de quienes pasaran a las Indias. La norma general recién expuesta exigía el que se determinara con certeza la condición de casados o solteros de quienes pretendían pasar a América, a fin de que se adoptaran las medidas pertinentes que impidieran el paso a las Indias de casados sin sus cónyuges y familia.

Ya desde el segundo viaje de Colón, la Corona exigió la inscripción en un registro especial de quienes pasaran al nuevo mundo.

Posteriormente, y una vez establecida la Casa de Contratación, se estableció que sería de cargo de este organismo llevar un registro de los pasajeros que pasaran a Indias. En dicho registro se daría cuenta, entre otros detalles, de la condición de casados o solteros de quienes quisieran pasar a las Indias.

3.4.1.3. Supervigilancia de la efectividad de las declaraciones de quienes pretendieran pasar a Indias. La exigencia de registro se tornaba insuficiente.

¹¹⁰ *Recopilación de leyes de Indias*, 9, 26, 28.

En efecto, en muchas ocasiones un casado, a fin de sustraerse a la prohibición general que le afecta, declaraba que era soltero.

A fin de impedir dicho fraude se dictaron normas que exigían que las declaraciones de quienes quisieran pasar a América se prestaran en sus propias localidades de origen, con aprobación de las justicias de la ciudad, villa o lugar¹¹¹.

Incluso, si alguien declaraba que su mujer había fallecido, los informes sobre dicho fallecimiento debían ser aprobados por el Consejo de Indias para que el declarante pudiera pasar a Indias¹¹².

3.4.1.4. Casos en que se podía autorizar a un casado para pasar a Indias sin su mujer. Obviamente, la normativa indiana debía contemplar casos de excepción, en los que existían motivos suficientes para autorizar a un casado pasara a Indias sin su mujer.

En efecto, justificado el motivo que se invocaba, se otorgaba la autorización al casado para pasar a Indias sin su mujer, pero con la obligación de retornar dentro de cierto plazo. Para otorgar dicha autorización se exigía que el interesado rindiera fianza para garantizar que retornaría dentro del plazo establecido. En caso de incumplir con su

¹¹¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad...”, p. 571.

obligación de retorno dentro de dicho plazo, se hacía efectiva la fianza. Incluso, podía ser reducido a prisión¹¹³.

Un caso en el que era notoria la existencia de motivos que autorizaran para hacer una excepción en la materia, era el de los comerciantes.

A quienes eran comerciantes, la Casa de Contratación les otorgaba licencia para trasladarse a Indias sin sus mujeres por el plazo de tres años. Después de treinta y dos meses de estar en Indias, se les dirigía una invitación para que retornaran a Europa, bajo apercibimiento de ser reducidos a prisión y de ser devueltos a España por la fuerza.

No obstante lo anterior, y a fin de evitar que se le apercibiera en la forma señalada, podía solicitar que se les permitiera pasar a España a fin de ir por sus mujeres y retornar con ellas a Indias. En tal caso, podía otorgárseles la autorización solicitada, previo otorgamiento de una fianza que garantizara el cumplimiento de la obligación que asumía el solicitante. El monto de la fianza era bastante alto. Debía ser equivalente a la cuarta parte de sus bienes, pero en ningún caso inferior a mil ducados. Otorgada la autorización se les fijaba un plazo improrrogable de dos años a fin de que pudieran traer a sus mujeres. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiere

¹¹² *Ibidem*.

dado cumplimiento a esa obligación, se procedía a la expulsión del incumplidor. A comienzos del siglo XVIII se añadió como requisito el permiso de la mujer para los comerciantes que pretendieran entrar a Indias sin éstas. Por último, si el comerciante venido a Indias sin su mujer, retornaba a España después del plazo que se le había fijado, no podía trasladarse nuevamente a Indias a menos que lo hiciera acompañado de su mujer¹¹⁴.

3.4.1.5 Fiscalización por parte de las autoridades radicadas en Indias. La Corona no sólo se preocupó de la dictación de normas como las recién señaladas y de implementar una fiscalización preventiva. También se estableció una fiscalización por parte de las autoridades radicadas en Indias, ya no con un carácter preventivo, sino que más bien sancionador. Se trataba de detectar eventuales infracciones a las normas que impedían el establecimiento de casados en Indias sin sus mujeres y procurar su sanción.

Así, se estableció que los virreyes, las audiencias, los presidentes y los fiscales debían preocuparse del cumplimiento de la normativa que resguardaba la unidad domiciliar de los cónyuges.

¹¹³ *Ibídem.*

¹¹⁴ *Ibídem*, p. 572.

En efecto, se ordenó que los virreyes de la Nueva España y del Perú encargaran a un oidor o alcalde del crimen de las Audiencias de sus distritos para que averiguasen qué españoles vivían en ellos sin sus respectivas mujeres a fin de someterlos a juicio. Asimismo, se estableció que quienes debían entender en estos juicios eran las Audiencias subordinadas a los respectivos virreyes, comisionando al efecto a un oidor. Por su parte, se ordenó que los presidentes de las Audiencias designaran jueces especiales encargados de pesquisar a los casados que vivían en Indias sin sus mujeres. Los fiscales de las Audiencias debían seguir diligentemente estas causas hasta su completa terminación¹¹⁵.

La Recopilación de Leyes de Indias contenía una norma más amplia en materia de fiscalización de esta situación. En efecto, ordenaba que, además de las autoridades recién referidas, los gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes ordinarios y cualesquier jueces y justicias examinaran si los casados que residían en sus respectivos distritos sin sus mujeres, tenían licencia para ellos. Agregaba que si carecían de dicha autorización, las mismas autoridades debían disponer el embarque de ellos y su retorno a España. En este caso, los que habían incurrido en dicha sanción no podía

¹¹⁵ *Ibidem*.

alegar ni siquiera que habían enviado por sus mujeres o que se disponían a enviar por ellas o que estaban a punto de retornar. Incluso se ordenaba que cumplieran con dicho mandato, en lo relativo a su jurisdicción, a los generales de las armadas de los mares del norte y del sur¹¹⁶.

A fin de que se cumplieran estrictamente las disposiciones que salvaguardaban la unidad domiciliar, en términos generales se prohibió a los virreyes, presidentes, oidores, gobernadores y, en general, a cualesquiera justicias que prorrogaran los plazos de permanencia de los casados que se encontraban en Indias sin sus mujeres. La responsabilidad por el incumplimiento de esta norma se hacía efectiva en el juicio de residencia¹¹⁷.

Sin embargo, se admitía que existían ciertos casos que justificaban el que dichas autoridades prorrogaran la permanencia de los casados establecidos en Indias sin sus mujeres. La norma exigía que se tratara de un caso raro, preciso e inexcusable y que se acreditara con información cierta y verdadera que hiciera plena prueba. Pero aún cumpliéndose dichas exigencias, continuaba la norma, se ordenaba perentoriamente que la prórroga concedida se limitara al tiempo en que subsistiera dicha causa¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 573.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 575.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Entre los casos que se citaban como suficientes para justificar la permanencia se mencionaba el padecer el casado una enfermedad que le impidiera retornar a España; estar en Indias con el consentimiento de la mujer a fin de procurarse recursos que le aseguraran una vida más cómoda; aun sin consentimiento de la mujer, el tratarse de pobres que hubieren pasado a Indias con la expectativa de encontrar mejores posibilidades laborales; el tener en España la amenaza de una prisión por deudas; y el haber pasado a Indias sin su mujer, por haber cometido ésta adulterio¹¹⁹.

3.4.2 Situación de los casados en Indias que pretendieran pasar a España o a otros lugares de América sin sus mujeres

Tratándose de personas que en Indias se habían casado y pretendieran pasar a otros lugares de las mismas Indias o a España sin sus mujeres, la política de la Corona era la misma que en los casos de casados en España que pretendieran pasar a Indias. En efecto, también en tales hipótesis se pretendía salvaguardar e incentivar la vigencia efectiva de la unidad domiciliar de los cónyuges.

La regla general en esta materia era que los casados en Indias pudieran trasladarse a otros lugares sin sus mujeres sólo por un determinado

¹¹⁹ *Ibidem.*

plazo y siempre que contaran con la respectiva licencia, otorgada por la propia mujer o por las autoridades radicadas en Indias, las que la otorgarían únicamente cuando las causas invocadas fueren legítimas¹²⁰.

Pero además, atendidas ciertas circunstancias, tales como las edades de los respectivos cónyuges y el número de hijos, los que pretendían ausentarse debían dejar lo suficiente para el conveniente sustento del grupo familiar, y rendir fianza para garantizar que retornarían dentro del plazo que se les había concedido. La fianza así otorgada debía inscribirse en un libro de cuenta y razón en el archivo de la Audiencia o ciudad cabecera del distrito respectivo¹²¹.

Tratándose de los casados que hubieren pasado a España sin sus mujeres, la política de la Corona era similar al caso de los que hubieren pasado a Indias desde España sin sus mujeres. Aquellos también podían ser finalmente expulsados y sólo en casos excepcionales se podía autorizar una prórroga de su permanencia en España¹²².

3.5 Normas que salvaguardaban la unidad domiciliar de los matrimonios entre indígenas

¹²⁰ *Ibidem*, p. 576.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ibidem*, p. 577.

3.5.1. Razones adicionales para proteger la unidad de domicilio de los matrimonios entre indígenas

Además de los ya citados motivos que fundaban la protección de la unidad domiciliar de los cónyuges, en el caso de los indígenas existían motivos adicionales. Se entendía que la separación de los grupos familiares de los indios facilitaría su extinción. Por ello, y a fin de impedir dicho fenómeno la Corona procuró salvaguardar la unidad de domicilio de los matrimonios de indígenas, como una forma de permitir su conservación y propagación.

3.5.2 Algunas normas que incentivaban la unidad domiciliar de los cónyuges indios

En la Recopilación de Leyes de Indias se contienen sucesivas normas que se dictaron con el objetivo señalado. Así, se estableció que los encomenderos no retuvieran a las indígenas casadas de sus repartimientos, separándolas de sus maridos e hijos. La prohibición subsistía aunque dichas mujeres señalaran que lo hacían voluntariamente y que se les pagaba¹²³.

¹²³ Rec. Ind. 6, 9, 20.

Otra norma ordenaba a la mujer que siguiera a su marido al pueblo de éste¹²⁴.

En el Perú, lo corregidores de indios tenían la obligación de verificar si los indios residentes en sus provincias estaban casados y tenían a su mujer en otro lugar. Si era así, debían requerir a dichos indios para que reiniciaran la vida conyugal¹²⁵.

En 1604 se dictó una norma en virtud de la cual, por regla general, se debía negar la autorización a los indios para vivir fuera de sus pueblos o reducciones¹²⁶.

En cuanto a los traslados de indios de un lugar a otro, dicha práctica fue prohibida¹²⁷.

Con el objeto de facilitar que el indio hiciera vida en común con su cónyuge, se dictaron disposiciones que relajaron el régimen de las mitas. Así, se disminuyeron los períodos de la mita o se circunscribió a determinados lugares que no estuvieran muy alejados del domicilio donde el indio tenía a su cónyuge¹²⁸.

¹²⁴ Rec. Ind. 6, 1, 7.

¹²⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad...”, p. 578.

¹²⁶ Rec. Ind. 6, 13, 19.

¹²⁷ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “La unidad...”, P. 578.

¹²⁸ *Ibidem*.

También cabe destacar la norma que prohibía a las indias concertar algún trabajo en casa de español, a menos que en dicha casa se desempeñara también su marido.

3.5.3 Normativa protectora de la unidad domiciliar de los cónyuges indígenas dictada en el reino de Chile

3.5.3.1 La tasa de Santillán. Se trata de un conjunto de disposiciones dictadas en 1558 que tenían por objeto regular el servicio personal obligatorio de los indios encomendados.

En la materia que nos interesa, dicha normativa era bastante permisiva para el encomendero. Éste podía apartar al indio de su mujer para destinarlo al trabajo en otros lugares. Incluso podía tener a su servicio a la india casada durante cuatro años. Éstas y otras normas habrían determinado una importante disminución de la población aborigen en el Chile central.

Sin embargo, es posible destacar alguna norma que al menos indirectamente, significara la protección de la unidad domiciliar de los cónyuges indígenas. En efecto, la norma que permitía a los encomenderos tener a su servicio indias casadas durante cuatro años, agregaba que al cabo de ese plazo debían retornarla a su domicilio junto a su marido. En caso de

no hacerlo podía ser condenado a pagar una multa, sin perjuicio de establecerse que en tal caso no podía servirse más de la indígena¹²⁹.

3.5.3.2 La tasa de Gamboa. Los numerosos abusos que permitió la anterior normativa motivó la dictación en 1580, por parte del gobernador Martín Ruiz de Gamboa, un conjunto de disposiciones protectoras conocida con el nombre de tasa de Gamboa.

La gran innovación que introdujo esta tasa fue establecer que los indios no prestarían servicio personal sino que tributaría.

Para que trabajaran y pudieran percibir ingresos con los que tributar, serían reducidos a pueblos administrados por españoles y supervigilados por un corregidor de indios. Éste debía procurar que las familias de indios y las mujeres indígenas fueran respetadas. Dichas normas procuraban velar por la integridad de la familia indígena, y por esta vía la unidad domiciliar de los cónyuges, al extremo de que prohibía a los encomenderos que ingresaran a los pueblos de indios¹³⁰.

Sin embargo, la tasa de Gamboa tuvo una corta vigencia y prosiguieron las conductas que atentaban contra la unidad domiciliar de los cónyuges indígenas.

¹²⁹ *Ibidem*.

3.5.3.3 Normativa dictada por el gobernador Martín García Oñez de Loyola.

Con la finalidad conservar y aumentar las poblaciones de indios, el gobernador Oñez de Loyola dictó en 1593 unas instrucciones y ordenanzas relativas a los indígenas.

En lo que dice relación con nuestro tema, dispuso que los indígenas se casaren en sus mismos pueblos para evitar que posteriormente fueren separados. Ello porque se entendía que si las indias se casaban fuera de sus pueblos, con posterioridad eran generalmente maltratadas, lo que las motivaba a huir, rompiendo la unidad domiciliar¹³¹.

Por otra parte, se estableció que los administradores de los pueblos de indios no enviaran a las indias a prestar servicios domésticos, porque ello se traducía en la separación de la india del hogar conyugal. La misma lógica inspiraba otra norma por la que se prohibía indirectamente que las indias prestaran servicios en tambos o en la casa de un sacerdote¹³².

3.5.3.4 La tasa de Esquilache. Se trata de un conjunto de disposiciones relativas a los indígenas por el virrey del Perú, Francisco de Borja, príncipe de Esquilache, promulgadas en el Reino de Chile en 1621.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 578 y 579.

¹³¹ *Ibidem*, p. 579.

¹³² *Ibidem*.

En el capítulo 63 encontramos una norma protectora de la unidad domiciliar para el caso de las sirvientas indias. Se estableció que si contraía matrimonio durante el tiempo por el cual la indígena había concertado sus servicios, debía cumplir con el contrato, pero se facultaba al marido para ir a dormir con ella. Una vez concluido el contrato, marido y mujer podían contratarse juntos con quien quisieran¹³³.

3.5.3.5 Normas que establecían una fiscalización sancionadora de las normas que favorecían la unidad domiciliar de los cónyuges indígenas. Por una parte se establecía para los corregidores la obligación de visitar periódicamente los pueblos de indios a fin de corregir los abusos que se cometieren y que significaban una infracción de las normas protectoras antes referidas.

Además, y frente al incumplimiento de esta obligación, la Real Audiencia procuraba que se diera cumplimiento a ella, llegando incluso a designar jueces de comisión. En efecto, procedía a dar instrucciones a los corregidores sobre la forma de hacer las averiguaciones de los eventuales abusos. En particular, se les insistía en la necesidad de averiguar si los encomenderos habían separado o dividido a los núcleos familiares de

¹³³ *Ibidem.*

indígenas, si los habían trasladado de pueblo sin licencia o si habían quitado a los indios sus respectivas cónyuges.

Al implantarse el régimen de las intendencias en el reino de Chile, recayó en estos la obligación de pesquisar los eventuales abusos de los encomenderos. Sin embargo, ya por esas fechas la encomienda estaba en franca decadencia, la que culminó con su abolición en 1791, sin suscitar ningún tipo de resistencia.

3.6 Normativa protectora de la unidad domiciliar de los matrimonios entre esclavos negros

Con respecto al matrimonio entre esclavos negros el criterio de la Corona no fue distinto. También hubo una preocupación por la unidad domiciliar de dichos matrimonios.

Así, en los primeros años de la presencia española en América el rey había pedido informe a la Real Audiencia de Nueva España disponiendo que tomara las medidas pertinentes para evitar abusos, pues se había denunciado que algunos esclavos habían sido llevados a la metrópoli separándolos de sus mujeres¹³⁴.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 580.

Pero la regla general en esta materia está dada por una real cédula de 1 de febrero de 1570, que prohibía el paso a Indias de esclavos casados sin sus mujeres e hijos¹³⁵.

Durante el siglo XVIII también encontramos normas que persiguen salvaguardar la unidad domiciliar de los matrimonios entre esclavos. En efecto, mediante real cédula de 31 de mayo de 1789, sobre educación, trato y ocupaciones de los esclavos, se dispuso que cuando contrajeran matrimonio esclavos de distintos dueños, la mujer debía seguir al marido. Para ello, el dueño del marido debía comprar a la esclava pagando el justo precio. Si éste no quisiera comprar, puede el amo de la mujer intentar comprar al marido. También se disponía que en el caso de esclavos casados que pertenecieran a un mismo dueño, estos tuvieran derecho a dormir juntos¹³⁶.

3.7 Vida práctica.

Al margen de los casos que señala el profesor Dougnac en su artículo tantas veces citado, que denotan la forma en que se aplicaban las normas indianas relativas a la unidad domiciliar de los cónyuges, queremos citar algunos testimonios de españoles que pasaron a Indias y que en cartas

¹³⁵ *Ibidem.*

privadas dirigidas a la península, se refieren a las normas que procuraban que trajeran a sus mujeres a estas tierras.

Nos valemos de un estudio que analizó 650 cartas escritas por emigrantes españoles, contenidas en los expedientes de solicitud de emigración a Indias del Archivo General de Indias¹³⁷. Se trata de cartas remitidas por pobladores españoles de Indias a sus familiares o deudos en la Península y que estos adjuntaron como medios de prueba en sus solicitudes de licencia para pasar al otro lado del Atlántico.

De los variados puntos de vista bajo los que se estudian las referidas cartas, nos interesa el que dice relación con los motivos de las misivas, en particular, de las dirigidas a las esposas o a parientes.

En dichas cartas aparece claramente cómo operaban las normas indianas que promovían la vigencia efectiva de la unidad domiciliar. En efecto, se en las cartas citadas el cónyuge hace referencia a la forma en que enfrenta las terminantes disposiciones que tendían a que viviera reunido con su mujer.

¹³⁶ *Ibídem*, p. 579.

¹³⁷ OTTE, Enrique, *Cartas privadas de emigrantes a Indias 1540-1616*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1993. Las cartas que citaremos en las páginas 112, 118, 119, 170, 171, 176, 177, 200, 283 a 285 y 574.

Así, a veces se encarga obtener prórroga del plazo de concedido para permanecer en Indias sin la mujer. Por ejemplo, en carta de Fernando de Isla, escrita en México, el 22 de enero de 1590 y dirigida a Juan de Albear, de Madrid, se indica *“Llevarle han a v.m. recaudos para que se me prorrogue el término, porque a mi se me dio licencia por tres años, los cuales corren desde 13 de abril de 88, y según van los negocios, no es posible llegar a tiempo. Es la pena doscientos mil maravedís, pedirse ha, suplico a v.m., por dos años, y si los recaudos que se le enviaren a v.m. no fueren bastantes, enviará v.m. por los que falatare, que yo entiendo que con pedirse de parte de doña Luisa Pérez de Quintana, mi mujer, y de mi parte v.m., se hará.”*.

Del mismo modo, en carta de 1 de mayo de 1591, escrita en Santa Fe por Baltasar de Valladolid a su mujer Clara de los Ángeles, en Toledo, aquél le indica que *“He necesidad me envíes una licencia por cuatro años, ante un alcalde, diciendo que, por cuanto yo estoy en estas partes en negocios que a ti y a mí me convienen, me das y es tu voluntad de dar aquella licencia. Y esto se hará con el parecer de un letrado...Si no, tomaré la vuelta del Perú, que por allá no seré tan conocido”*.

En otras se pide encarecidamente a la mujer que se traslade a Indias, para lo cual se le envía dinero, a fin de evitar la aplicación de las sanciones previstas por la normativa indiana. Por ejemplo, el 30 de abril de 1586, desde México escribía Juan Díaz de Pacheco a su mujer Ana García Roldán, señalándole que *“Con un hombre que se dice Diego Gómez envié doscientos pesos, para que vengais vos y vuestros hijos...Determinado estuve de ir a España por vos, y prendiéronme por casado, y me tuvieron preso y con mucha vejación...”*.

Del mismo tenor es la carta escrita en Puebla, el 30 de abril de 1596, por Gaspar Encinas a su mujer en Triana, María Gaitán. Le expresa que *“...Por la vía del señor Carmona os envío cien pesos en reales, para que sin falta ninguna vos y todos vuestros hijos os vengáis a esta tierra... Y en vuestra venida no haya falta, porque me cuesta muchos pesos la carcel cada año, y no ha más de tres días que salí de ella, y he dado fianzas que vendréis esta flota, y no siendo así, me será fuerza, me será fuerza no poder estar en la tierra e irme al Perú”*.

También se aprecia lo mismo en carta de Juan Bravo de Salazar, escrita en las Minas de San Luís, el 28 de abril de 1598, a su mujer Catalina de Baeza, en Sevilla. Después de lamentarse porque ésta no llegó en la última

flota y de referir que tenía dispuestos dineros en Veracruz con un tercero para que la encaminara a las minas de San Luís “...*donde estoy, por que no puedo estar en México ni en otra ciudad respecto que saben que soy casado en España. Y la justicia me tiene inquieto, que puedo decir que, lo que gano, al cabo de un año es para ellos...*” le señala a su mujer que le envía dinero para que se venga y agrega que “...*Y por amor de Dios, que por ningún temor de la mar no otra cosa dejéis de veniros, respecto que, si no os venís, me enviarán preso a España y pobre. E ir de esta manera tengo por más seguro el infierno, y de venir eso poco que he ganado, servirá de pasar el resto de la vida con menos trabajo que en España*”.

En otras cartas el marido le advierte a la mujer que si no acude a reunirse a él, se verá obligado a trasladarse a otro lugar donde no sepan si es casado, para eludir de esa forma, la acción de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sobre unidad domiciliar. Así, Hernán López, en carta escrita en La Habana el 30 de diciembre de 1607, a su mujer Juana Tello, en Triana, después de pedirle que se disponga a venir a reunirse con él, le indica que “*Y si es que no queréis hacer diligencia por venir escribímelo, porque me pase al Perú, y aunque no me lo escribáis que no vengáis en tantas ocasiones como de presente tenéis, me he de ir, porque*

cumplo con el término que el señor obispo me ha dado , y yo no he de ir a España, sino a ese Perú, adonde no sepan si soy casado o si soy soltero”

En otras cartas simplemente se expresan con resignación las consecuencias de haber incumplido la normativa sobre unidad domiciliar, sin dejar de reiterar los deseos de que la mujer acuda a reunirse con su cónyuge. Por ejemplo, en carta del 16 de enero de 1569, escrita en Veracruz por Antonio de Aguilar a su mujer, Juana Delgado en Sevilla señala que *“Yo quedo cual Dios me remedie, pues quedo preso, y con unos grillos por casado, y esto, señora, bien se pudiera haber remediado con vuestra venida, mas no os pongo culpa, señora, porque bien entiendo yo no haber sido más en vuestra mano, ni tengo de quien quejarme, sino de mi mismo, pues de bueno que soy hacen todos burla de mi...Mi alma, por vida vuestra y mía que hagáis lo que os he enviado a rogar en mis cartas, en que vengáis acá por cualquiera manera que pudiéredes, porque mira, mi alma, no penséis que venir acá que es ahora mucho; no es nada, porque en la era de ahora vienen muchas señoras con quien podéis venir. Yo pagaré acá el flete y lo demás que fuere menester”*. Previamente, en carta de 26 de abril de 1568, además de pedirle que se reuniera con él, le indica que está de buena salud y *“...de lo demás quedo como quedan algunos casados acá a*

sombra de tejados, porque andamos huidos al monte, porque no nos llevase en esta flota, y a esta causa he andado desasosegado...”

De esta forma, queda claro que se fiscalizaba el cumplimiento de la normativa indiana sobre unidad de domicilio y se procuraban aplicar las sanciones respectivas. Los maridos que pasaban solos a Indias, para evitar el castigo de esas normas, pedían encarecidamente a sus mujeres que se les reunieran, para lo cual le enviaban recursos, o le solicitaban que obtuviera, mediante su autorización, una prórroga del plazo para permanecer sin sus mujeres en América.

Creemos que era de utilidad referirnos a estas cartas, porque son un testimonio invaluable de la manera como se manifestaba en la práctica la vigencia de las normas sobre unidad domiciliar de los cónyuges.

CAPÍTULO IV

LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL EN EL DERECHO PATRIO

4.1 Vigencia de las normas indianas de derecho privado con posterioridad a la emancipación

Una vez emancipados de la Corona española, los países americanos se avocaron a desplegar ingentes esfuerzos para dotarse de una organización institucional sólida y estable, adecuada a su nueva realidad de estados independientes. De dicho proceso no estuvo exento Chile.

Lo anterior explica que durante los primeros años de vida independiente, las normas de derecho público constituyeran la preocupación central de las nuevas. Proliferaron los reglamentos constitucionales, las constituciones y las leyes fundamentales en las que se procuró incorporar las concepciones ilustradas acerca de la división de los poderes públicos y de los derechos de los individuos.

De esta forma, la normativa indiana que se suprimió o fue objeto de modificaciones radicales, para hacerla compatible con la nueva realidad

política, fue principalmente la que decía relación con la estructura de gobierno de estos países.

No ocurrió lo mismo con un amplio campo de normas que venían de la época indiana. En efecto, la normativa indiana de derecho privado prácticamente no fue objeto de modificaciones de importancia una vez que se produjo el tránsito hacia la forma republicana de gobierno. Se hicieron mínimas reformas, indispensables para adecuar dicha normativa al nuevo estado de cosas. Pero en lo grueso, continuaron aplicándose las normas de derecho indiano que estaban vigentes hacia 1810.

De esta forma, en general, una vez afianzada la independencia de Chile, en materia de derecho privado mantuvieron su vigencia las normas de derecho indiano a las que ya nos hemos referido¹³⁸, integradas por las normas propiamente indianas, por el derecho castellano (de predominante aplicación en materias de derecho privado) -cuyas fuentes se aplicaban según determinados órdenes de prelación¹³⁹-, y por el derecho aborígen.

La vigencia del derecho heredado de la época indiana era sin perjuicio de la aplicación de las normas de derecho canónico, por cuanto, no

¹³⁸ *Víde* capítulo III, párrafo 3.1.

obstante la emancipación, las nuevas autoridades republicanas mantuvieron la unión entre el Estado y la Iglesia, ya que por esa vía podían acceder a las prerrogativas que otorgaba el real patronato.

Será el proceso de codificación de la legislación civil substantiva, que culminará con la promulgación del Código Civil en 1855 y su entrada en vigencia en 1857, el que alterará dicha situación. Una vez vigente el Código Civil chileno, dejarán de ser aplicables las normas seculares de derecho privado provenientes de la época indiana.

4.2 Derecho matrimonial de la República antes de la codificación

4.2.1 Subsistencia de las normas de derecho indiano referentes al matrimonio y a la unidad domiciliar de los cónyuges

Lo que hemos señalado en el párrafo anterior es plenamente aplicable a lo que ocurrió con el derecho matrimonial. En efecto, una vez separado el Reino de Chile de la Corona española y constituido como una República independiente, no se acometieron reformas sobre las normas indianas que se referían al matrimonio en general, y a la unidad domiciliar de los cónyuges en particular. Continuaron siendo plenamente aplicables las normas

¹³⁹ El orden de prelación de las fuentes del derecho castellano se alteró por decreto de 28 de abril de 1833, dictado por el Presidente José Joaquín Prieto. En efecto, se estableció que las Leyes de Estilo tendrían carácter preferente por sobre las normas del Fuero Real.

seculares y canónicas provenientes de la época indiana. Luego, rige aquí todo lo que se ha dicho sobre la materia en el capítulo III del presente trabajo.

Sin embargo, no hubo una total falta de actividad legislativa que dijera relación con el matrimonio. Pero dicha producción legal, además de ser escasa, no importó modificaciones substantivas a la regulación de que era objeto el matrimonio, ni incidió en lo que constituye el objeto de nuestro estudio: la unidad domiciliar de los cónyuges. No obstante lo anterior, daremos un rápido vistazo a las pocas leyes que de una u otra forma se refirieron al matrimonio antes de la dictación del Código Civil.

4.2.2 Leyes relativas al matrimonio dictadas en el Chile republicano antes de la promulgación del Código Civil

4.2.2.1 Ley de 8 de octubre de 1819. Durante el gobierno del Director Supremo don Bernardo O'Higgins, se dictó una ley relativa a la condición jurídica de los españoles.

Dentro de las normas establecidas por dicho cuerpo legal, hay algunas que se refieren de manera tangencial al matrimonio.

Así, el artículo 1 dispuso que los españoles solteros que no tuvieran carta de ciudadanía, debían salir del país en el término de tres meses, bajo

apercibimiento de ser reducidos a presidio. Es decir, la circunstancia de haber contraído matrimonio permitía a los españoles que no hubieran adquirido carta de ciudadanía permanecer en el país.

Por su parte, en el artículo 3 encontramos una norma que más directamente se refiere al matrimonio. En efecto, dicho artículo dispuso que no pudieran contraer matrimonio los españoles cuya carta de ciudadanía no reuniera los requisitos exigidos por la ley. Se agregó que dicha disposición debía hacerla cumplir el gobernador del Obispado.

Ésta norma estableció una verdadera prohibición o incapacidad especial para contraer matrimonio. El que se ordenara que dicha norma debiera de hacerla cumplir el gobernador del obispado, nos confirma la subsistencia de la estrecha relación entre la Iglesia y el Estado, lo que se manifestó con mayor claridad en lo relativo a la regulación del matrimonio.

4.2.2.2 Pragmática o Senado Consulto de 9 de septiembre de 1820.

También durante el gobierno de O'Higgins se dictó otro cuerpo normativo que estableció normas atinentes al matrimonio. Se trata de una Pragmática que normó sobre el consentimiento de los menores para contraer matrimonio.

4.2.2.3 Ley de matrimonio de disidentes de 24 de agosto de 1844. Éste cuerpo normativo, dictado durante el gobierno de don Manuel Bulnes, reviste mayor trascendencia que los anteriores. En efecto, fue quizás el primer paso del tránsito hacia la absoluta secularización del matrimonio.

Conforme a este cuerpo legal los que profesaren una religión diferente de la religión católica, no estaban obligados a observar el rito nupcial establecido por la Iglesia. Para contraer matrimonio bastaría la sola declaración de los contrayentes, prestada ante un sacerdote a quien se solicitaba su presencia y antes dos testigos. Mediante dicha declaración los contrayentes expresaban su ánimo de contraer matrimonio o que se reconocían el y el otro como marido y mujer.

La misma ley hacía aplicables las normas chilenas vigentes en lo relativo a impedimentos, proclamas, informaciones y demás requisitos. Dichas normas no eran sino las canónicas, por lo que en las materias mencionadas seguiría aplicándose el derecho canónico de la Iglesia Católica. Por ello, las partidas de matrimonio se ingresarían en los registros de matrimonio de las parroquias respectivas. Para todos los efectos legales, estas partidas e inscripciones tendrían la misma validez que las de los matrimonios celebrados conforme al rito católico.

4.3 El matrimonio y la unidad domiciliar de los cónyuges en el Código Civil de 1855

4.3.1 Subsistencia del matrimonio católico y del matrimonio de disidentes

Las aspiraciones de codificación de la legislación civil cristalizaron finalmente en 1855 con la aprobación del Código Civil, en su mayor parte obra del extraordinario trabajo intelectual de Andrés Bello. Dicho código fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigencia el 1 de enero de 1857.

El Código Civil conservó la forma católica del matrimonio y el matrimonio de disidentes. Eso sí, ambas formas quedaron sujetas a la jurisdicción de la Iglesia Católica.

En efecto, tocante a la forma católica del matrimonio el primitivo artículo 103 del Código Civil establecía que *“Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia y conceder dispensa de ellos”*.

Por su parte el artículo 117 del mismo Código prescribía que *“El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas”*.

Con relación al matrimonio de disidentes el artículo 118 del Código Civil disponía que *“Los que profesando una religión diferente de la católica, quisieren contraer matrimonio en el territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores y demás requisitos y que declaren ante el sacerdote competente y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer, y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito”*. La norma referida era aplicable tanto a los que profesaban una religión distinta de la católica, como a los que no profesaban religión alguna.

4.3.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en el Código Civil

4.3.2.1 La unidad domiciliar como deber de cohabitación o de vida común.

Hemos visto que, en lo esencial, el Código Civil de 1855 mantuvo todo lo

relativo al matrimonio, incluso el matrimonio de disidentes, bajo la jurisdicción de la Iglesia Católica.

Sin embargo, el Código también estableció algunas normas que regulaban algunos aspectos civiles del matrimonio.

Así, entre otras, en el título VI procedió a establecer obligaciones y derechos entre los cónyuges. En sucesivos párrafos entregaba las reglas generales sobre la materia, las excepciones relativas a la profesión u oficio de la mujer, las relativas a la simple separación de bienes y las relativas al divorcio perpetuo.

En cuanto a las normas generales, su trasfondo era cierta preeminencia que se reconocía al marido por sobre la mujer. Así, por una parte, se distinguían deberes recíprocos que el matrimonio engendraba para marido y mujer (contenidos en el inciso primero del artículo 131 del Código Civil) y, por la otra, deberes especiales a cada uno de los cónyuges.

En cuanto a los deberes especiales, estos se enmarcan en la preeminencia que se reconocía al marido sobre la mujer y que se materializa en la denominada potestad marital. El artículo 132 del Código definía a la potestad marital señalando que *“es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer”*.

En este contexto se enmarcaba lo relativo a la unidad domiciliar de los cónyuges. En efecto, se concebía la “vida común” de los cónyuges como una obligación que derivaba de la esencia misma del matrimonio, pues éste supone necesariamente una vida común, es lo que persiguen los cónyuges al contraer matrimonio. Del mismo modo esta vida común de los cónyuges supone un mismo hogar para ambos. Así lo trasuntaba la propia definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, cuando dice que, en virtud del matrimonio, los cónyuges se unen para “*vivir juntos*”.

Pues bien, en el marco de la preeminencia que el Código reconocía al marido y que se expresaba en la potestad marital, esta habitación que constituiría el hogar para ambos cónyuges no era sino el hogar del marido. En efecto, el artículo 133 del Código prescribía que:

“El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia.

Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer.

La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa”.

De esta manera, el deber de cohabitación o de vida común que concreta la unidad domiciliar de los cónyuges, aparecía consagrado de distinta manera para el marido y la mujer.

Para el marido se concebía como el derecho de obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia, y el deber de recibir en su casa a su mujer.

Por su parte, para la mujer se concebía como el derecho de obligar al marido a que la reciba en su casa, y el deber de permanecer en ella y seguir a su marido si cambia de residencia.

4.3.2.2 Derecho del marido de obligar a su mujer a vivir con él y a seguirlo al lugar donde fije su residencia y deber correlativo de la mujer.

Explicitando el alcance de estas normas se decía que la obligación de la mujer de seguir al marido se extendía a cualquier lugar donde éste fijara su residencia y no a donde quiera que vaya. Es decir, suponía que el marido estableciera un lugar de residencia o de habitación. Concurriendo esta circunstancia se concluía que la mujer debía seguir al marido. Incluso tenía lugar esta obligación en el caso que el marido fijara residencia en el extranjero.

4.3.2.3 Excepción a la obligación de la mujer de vivir con el marido y de seguirlo a lugar donde éste fije su residencia. El propio artículo 133 del Código Civil, en su inciso segundo, establecía una excepción al derecho del marido de obligar a su mujer a vivir con él y de seguirlo a donde quiera que estableciera su residencia. Conforme a dicha norma “*Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer*”.

De esta manera, si el lugar donde el marido fijara su residencia implicaba exponer la vida de su mujer a un peligro inminente, la mujer podía negarse a vivir con el marido o a seguirlo. La excepción se justificaba plenamente por cuanto otro de los deberes que el matrimonio imponía al marido era el de dar protección a la mujer, por lo que mal estaría cumpliendo con dicho deber si pudiera obligar a su mujer a vivir en un lugar que acarree un peligro inminente para la vida de ésta.

Tocaba a los Tribunales calificar, con la debida circunspección y prudencia, si se configuraba la hipótesis prevista en la norma o si se estaba en presencia de un simple capricho de la mujer.

4.3.2.4 Derecho de la mujer a ser recibida por su marido en su casa y deber correlativo del marido. Hemos visto que además de ser titular del derecho de obligar a su mujer a vivir con él y a seguirlo donde traslade su

residencia, recaía sobre el marido el deber de admitir a la mujer en su casa, cuya contrapartida era, a su vez, el derecho de la mujer para que el marido la recibiera en su casa e hiciera vida común con ella. Este derecho de la mujer era lo que aparecía equilibrando el derecho del marido para obligarla a vivir con él y a seguirlo donde estableciera su residencia.

De esta manera, el marido tenía la obligación de tener una casa en la que fijara su residencia y de recibir en ella a la mujer. En una interpretación armónica de la normativa de familia, se establecía que el marido debía dar a su mujer un alojamiento conveniente y adecuado a su posición social y fortuna. Luego, la obligación de la mujer venía a quedar subordinada a la obligación del marido de recibirla según sus facultades y condición social.

4.3.2.5 Situaciones de incumplimiento de estos deberes. Obviamente, existía incumplimiento por parte del marido cuando no tenía una casa que fijara su residencia, o no quería recibir en ella a su mujer ni hacer vida común con ésta. A partir de lo dicho, se sostenía que el marido no cumplía con su obligación de tener una casa que fijara su residencia y de ofrecer a su mujer un alojamiento adecuado a su posición social y fortuna, por lo que no podía exigir a su mujer vivir con él cuando, por ejemplo, la casa estuviera

desprovista de los objetos de primera necesidad; o cuando el marido buscara su subsistencia en una profesión deshonesta, que no fuese tolerable para una mujer honorable; o si el marido llevara a la casa a una concubina; o cuando el marido no tuviera una casa independiente, de tal manera que la exigencia que formulara a la mujer se tradujera en obligarla a vivir en una “confusión de menajes”, etcétera.

Asimismo, se estimaba que el marido no cumplía con su deber correlativo de recibir a la mujer en su casa si se resistía a hacer vida común con ella, a tratarla maritalmente; o si, recibéndola, la hacía sufrir malos tratamientos.

Por su parte, la mujer no cumplía con su deber en esta materia cuando, teniendo el marido una casa que constituyera su residencia y pudiera recibirla de acuerdo a su posición social y fortuna, se negara a vivir con aquel o a seguirlo al lugar donde fijara su residencia, sin perjuicio de que se configurara la excepción prevista en el inciso segundo del artículo 133 del Código Civil y a la que ya nos hemos referido.

4.3.2.6 Sanciones para el caso de incumplimiento de estos deberes recíprocos. No había ninguna norma que en forma expresa estableciera alguna sanción para el caso de incumplimiento de alguno de los deberes que

prescribía el artículo 133 del Código Civil. Por ello se sostenían las más diversas posturas, siguiendo en esto las argumentaciones que se daban por la doctrina en Francia.

Así, se enunciaba cierta doctrina francesa planteaba que el Juez estaba dotado de poderes discrecionales para emplear todos los medios que, atendidas las circunstancias, les parezcan más apropiados para alcanzar el fin, siempre que ellos no sean contrarios a algún texto legal o al orden público. Sin embargo, se rechazaba esta postura extrema señalándose que se estaba en presencia de deberes de naturaleza predominantemente moral.

Se enunciaba como eventual sanción para la mujer que se resistiera a seguir a su marido o que abandonara su domicilio conyugal, que el marido pudiera rehusarle los alimentos y toda especie de socorro pecuniario. Se argumentaba a favor de la procedencia de esta sanción invocándose la correlatividad de la obligación del marido de suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades con su derecho de obligarla a vivir con él y a seguirla donde fijara su residencia.

Frente a la eventual ineficacia de la sanción anterior, una opción era defender la posibilidad de que la mujer, en caso de infracción del deber en comento, pudiera ser condenada a indemnizar los perjuicios causados al

marido, indemnización que el marido podría hacer efectiva en los bienes de la mujer de que pudiera apropiarse. Se decía que ello era procedente porque de lo contrario el deber en estudio sería una mera declaración teórica sin ninguna eficacia práctica. Sin embargo, la mayoría de la doctrina rechazaba esta postura sobre la base de que las normas del Código Civil referentes a la indemnización de perjuicios eran inaplicables en lo referente a los deberes de cohabitación.

Muy discutida era la posibilidad de que se pudiera recurrir al empleo de la fuerza pública. A favor de su empleo se decía que los deberes de la mujer de vivir con su marido y de seguirlo al lugar en que aquel fijara su residencia, no eran simples deberes morales, sino que configuraban una obligación civil expresamente establecida por la ley. Por ello, el marido tenía un verdadero derecho cuyo objeto era la persona de la mujer, de manera que resultaba procedente obtener su cumplimiento recurriendo al apremio de la fuerza pública.

Otros autores señalaban que el apremio de la fuerza pública era simplemente inaplicable y su empleo conduciría únicamente al escándalo. Esta parecía ser la postura más aceptada, fundamentalmente por la imposibilidad práctica que existiría para impedir, a través de la fuerza

pública, que la mujer abandone el hogar conyugal. Específicamente, se sostenía que el empleo de la fuerza -que en principio podría pensarse como útil para obligarla a volver al hogar- sería ineficaz para obligarla a llevar una vida en común, que es lo que realmente importa. Se añadía que esta posición era la que más se avenía con la naturaleza de las relaciones conyugales.

En caso que sea el marido el que se resiste a cumplir con su deber de hacer vida común, ya porque se niega a recibir a la mujer en su casa, ya porque abandona el hogar común, se sostenía que la mujer podía impetrar la dictación de una sentencia que condenara al marido a hacer vida en común con ella. Si el marido no cumplía voluntariamente la sentencia, se planteaban los mismos problemas que en el caso de resistencia de la mujer a hacer vida común con el marido.

Así, se sostenía que la mujer podía recurrir al empleo de la fuerza pública para hacer abrir el domicilio conyugal, en caso de la negativa del marido a recibirla. En cambio, si la negativa del marido se había traducido en su abandono del hogar común, se sostenía la imposibilidad de emplear contra él auxilio de la fuerza pública. Algunos porque ello importaría una

violación a la potestad marital. Otros porque si se sostenía su ineficacia respecto de la mujer, igual razonamiento procedía en este caso.

Mayor consenso había en sostener que, en caso de abandono del hogar por parte del marido, la sanción consistía en que pudiera ser condenado a dar a la mujer una pensión alimenticia.

4.3.2.7 Cesación del deber de convivencia en virtud del divorcio. El deber de convivencia cesaba en virtud del divorcio. Pero a ello no se refería el Código Civil. Era una materia cuya regulación se entregaba en al derecho canónico. Así, el artículo 168 disponía que “*El juicio de divorcio pertenece a la autoridad eclesiástica...*”. Agregaba la norma que los efectos civiles del divorcio, es decir, los relativos a los bienes de los cónyuges, a su libertad personal, y a la crianza y educación de los hijos, debían ser reglados por las leyes y las judicaturas civiles.

4.4. Matrimonio y unidad de domicilio conyugal en la ley de matrimonio civil de 1884

4.4.1 Secularización del matrimonio

Hemos dicho que con la entrada en vigencia del Código Civil chileno, no se había producido la secularización del matrimonio. Por el contrario, se había mantenido la forma católica del matrimonio y se seguía reconociendo

el matrimonio de disidentes, pero en ambos casos se entregaba a la Iglesia Católica la jurisdicción en lo tocante a la existencia y validez del matrimonio. Sólo se dictaron algunas normas en las que se sistematizaron los efectos del matrimonio y se regularon aspectos estrictamente civiles del matrimonio.

En el marco de las luchas político-religiosas que determinaron la vida política de Chile, sobre todo a partir de la década del 70 del siglo XIX, y como una forma de mermar la influencia de la Iglesia Católica, el sector laico o irreligioso promovió un conjunto de leyes denominadas “leyes laicas”. Estas fueron la ley de cementerios laicos, la ley de matrimonio civil y la ley de registro civil.

De esta forma, la secularización completa del matrimonio se produjo con la Ley de Matrimonio Civil, promulgada el 10 de enero de 1884 y vigente a partir del 1 de enero de 1885.

En efecto, mediante la referida ley se atribuyó competencia exclusiva a la legislación y autoridad civiles para regular y decidir lo tocante a la existencia y validez del matrimonio. Así, el artículo 1 establecía que:

“El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles.

Es libre para los contrayentes sujetarse o no a los requisitos y formalidades que prescribe la religión a que pertenecieren.

Pero no se tomarán en cuenta esos requisitos y formalidades para decidir sobre la validez del matrimonio ni para reglar sus efectos civiles”.

En otras palabras, la legislación civil sólo reconocía como matrimonio el que se celebrara con arreglo a sus disposiciones. Se reconocía libertad a los contrayentes para sujetarse o no a la forma matrimonial de una determinada religión. Pero si optaban por hacerlo, en tal caso los requisitos y formalidades prescritos por la religión respectiva no serían tomados en consideración para decidir acerca de la existencia o validez del matrimonio. Es decir, el matrimonio religioso no producía efecto alguno ante la legislación civil. Quienes únicamente contrajeran matrimonio religioso permanecerían solteros ante dicha legislación.

Por su parte, en los artículos 2 y 3 se entregaba jurisdicción exclusiva a los tribunales civiles para conocer y decidir cuanto dijera relación con la existencia, validez o nulidad del matrimonio celebrado con arreglo a las prescripciones de la ley civil; o con las cuestiones sobre divorcio (o separación de cuerpos). Incluso, se entregaba jurisdicción exclusiva a los tribunales civiles para pronunciarse acerca de las cuestiones sobre nulidad o

divorcio de los matrimonios contraídos ANTES de la vigencia de la entrada en vigencia de la ley que secularizaba el matrimonio. Es decir, cuestiones sobre nulidad o divorcio de matrimonios religiosos, se entregaban a la jurisdicción exclusiva de los tribunales civiles.

En efecto, el artículo 2 de la señalada ley sobre matrimonio civil, prescribía que:

“El conocimiento y decisión de todas las cuestiones a que diera margen la observancia de esta ley corresponden a la jurisdicción civil”.

Por su parte, el artículo 3 del mismo cuerpo legal establecía que:

“Corresponden también a la jurisdicción civil el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre divorcio o nulidad de los matrimonios contraídos antes de la vigencia de esta ley”.

No obstante la absoluta secularización del matrimonio, que queda en evidencia al leer las disposiciones recién citadas, la ley de matrimonio civil recogió en su articulado, fundamentalmente, la normativa canónica del matrimonio.

Así, por una parte, mantuvo el carácter indisoluble del matrimonio. No innovó en este sentido en relación con lo la definición contenida en el artículo 102 del Código Civil. Más aún, se abstuvo de dar una nueva

definición de matrimonio y no introdujo norma alguna que estableciera el divorcio como causal de disolución del vínculo matrimonial. Como veremos, el divorcio que reglamentó fue una simple separación de cuerpos, subsistiendo el vínculo matrimonial.

Y por la otra, no se apartó, salvo pequeñas modificaciones, de las normas que la legislación canónica establecía para regular el matrimonio. Por ejemplo, en lo tocante a los impedimentos y prohibiciones para contraer matrimonio, o en lo relativo al divorcio o separación de cuerpos, las normas son prácticamente las mismas que las canónicas.

Las circunstancias anotadas dejan en evidencia que la pretensión de la autoridad civil, al impulsar la secularización del matrimonio, era no tanto alterar sustantivamente la institución matrimonial, sino asestar un golpe decisivo a la influencia de la Iglesia Católica en la sociedad, en el marco de las luchas político-religiosas de la época.

4.4.2 La unidad domiciliar de los cónyuges en la ley de matrimonio civil de 1884

4.4.2.1 Reglamentación del divorcio como causal de cese de la unidad domiciliar de los cónyuges. Como ya se ha esbozado, la ley de matrimonio civil abordó una materia de suyo vinculada con la unidad de domicilio de

los cónyuges y que no había sido objeto de regulación en el Código Civil, por lo que había quedado entregada a las prescripciones canónicas al respecto. Dicha materia era la relativa a la cesación de la vida en común de los cónyuges, que en la ley en comento se denomina divorcio.

En efecto, recordemos que el Código Civil se refirió a la unidad domiciliar de los cónyuges por la vía de establecer, por una parte, el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia, y el deber de recibir en su casa a su mujer; y por la otra, el derecho de la mujer para obligar al marido a que la reciba en su casa, y el deber de permanecer en ella y seguir a su marido si cambia de residencia. Sin embargo, como ya hemos señalado, el mencionado código no se ocupó de reglamentar los casos en que cesaba la referida vida en común o unidad domiciliar de los cónyuges.

En consecuencia, a falta de la referida normativa, no cabía sino aplicar la normativa canónica, la que se ocupaba de dichas cuestiones al tratar de la cesación de la comunidad de mesa, lecho y habitación. Por lo demás, ello era perfectamente lógico, desde que el propio Código Civil seguía reconociendo la forma católica del matrimonio, como aquella que producía efectos civiles, incluso en lo tocante al matrimonio de disidentes.

La situación antedicha debía variar, obviamente, con la secularización del matrimonio perseguida a través de la ley de matrimonio civil. Por ello, este cuerpo legal, manteniendo la indisolubilidad del matrimonio, se ocupó de reglamentar los casos en que cesaba la vida en común de los cónyuges, esto es, los casos en que cesaba la unidad de domicilio de los cónyuges. Así, el referido cuerpo legal procedió a reglamentar el divorcio, siguiendo de cerca las prescripciones canónicas sobre la materia. Como se ha dicho, el referido divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino que hacía cesar la vida en común de los cónyuges y, por ende, la unidad de domicilio de ambos.

La ley de matrimonio civil se ocupó del divorcio en su párrafo 5, artículos 19 a 28. Nos avocaremos a revisar sucintamente dicha normativa.

4.4.2.2 El divorcio no disolvía el vínculo matrimonial. Ya lo hemos señalado. La secularización del matrimonio a través de la entrada en vigencia de la ley de matrimonio civil no se tradujo en modificar el carácter indisoluble del matrimonio. No se innovó al respecto. Siguió manteniendo plena vigencia el carácter indisoluble del matrimonio, en el sentido de que no se admitía su disolución sino por la muerte de uno de los cónyuges o por la declaración de nulidad, por aplicación de las normas canónicas respectivas, cuya vigencia reconocía expresamente el Código Civil.

En efecto, la ley de matrimonio civil no entregó definición alguna del matrimonio, por lo que siguió siendo aplicable la definición contenida en el artículo 102 del Código Civil, que consagraba expresamente el carácter indisoluble del matrimonio.

Además, el artículo 37 de aquella ley estableció como únicas causales de disolución del matrimonio, la muerte de uno de los cónyuges o la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente. De esta manera, la ley civil reprodujo la normativa canónica aplicable en materia de disolución del matrimonio, cuya aplicabilidad había sido dispuesta por el Código Civil y que ahora daba paso a la secularización que importaba la nueva ley de matrimonio civil.

De esta forma, el divorcio que reglamentaba la ley de matrimonio civil de 1884 no era sino la separación de cuerpo de los cónyuges, lo que el derecho canónico denominaba la cesación de la comunidad de mesa, lecho y habitación. En otras palabras, el divorcio reglamentado por la referida ley es el que pone término o hacer cesar la vida en común o la unidad domiciliar de los cónyuges, subsistiendo el vínculo matrimonial.

4.4.2.3 Divorcio temporal y divorcio perpetuo. El artículo 20 de la ley de matrimonio civil establecía dos clases de divorcio: el temporal y el perpetuo.

Por el divorcio temporal se suspendía la vida en común de los cónyuges, el deber de los cónyuges de vivir juntos, por un plazo determinado. Conforme a la misma norma citada, el plazo del divorcio temporal no podía pasar de cinco años.

En cambio, el divorcio perpetuo importaba el cese de la vida en común de los cónyuges de manera indefinida.

4.4.2.4 Causales del divorcio temporal. Las causales del divorcio, tanto del temporal como del perpetuo, se encontraban establecidas en el artículo 21 de la ley de matrimonio civil.

Con relación al divorcio temporal, las causales eran las trece que enumeraba la norma del artículo 21. Ellas eran las siguientes:

- 1º Adulterio de la mujer o del marido;
- 2º Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra;
- 3º Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice de la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge;

- 4° Tentativa del marido para prostituir a su mujer;
- 5° Avaricia del marido;
- 6° Negarse la mujer, sin causa legal a seguir a su marido;
- 7° Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada;
- 8° Ausencia, sin justa causa, por más de tres años;
- 9° Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación;
- 10° Enfermedad grave, incurable y contagiosa;
- 11° Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito;
- 12° Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida;
- 13° Tentativa para corromper a los hijos o complicidad en su corrupción.

4.4.2.5 Causales de divorcio perpetuo. Conforme a lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Matrimonio Civil, el divorcio perpetuo sólo procedía por las causales referidas en los números 1 a 4, 9 a 11 y 13 del artículo 21. Ello porque aquél artículo señalaba que las causales de los números 5 a 8 y 12 del mismo artículo 21, sólo autorizaban para pedir el divorcio temporal.

4.4.2.6 Efectos del divorcio. Tratándose del divorcio perpetuo, éste producía efectos respecto de la persona de los cónyuges, respecto de sus bienes y respecto de sus hijos.

Para nuestros efectos nos interesa referirnos a los efectos respecto de la persona de los cónyuges. En virtud de la sentencia firme de divorcio perpetuo, se autorizaba de modo permanente la suspensión de la vida común que existía, desde que el demandante tuvo conocimiento del suceso en el que funda su demanda. Es decir, cesa el deber de cohabitación en virtud del cual la mujer estaba obligada a seguir a su marido y éste a recibirla en su casa. En razón de lo mismo, queda en suspenso el cumplimiento de la obligación de ayuda mutua.

Por su parte, el divorcio temporal también producía efectos respecto de la persona de los cónyuges y respecto de los hijos comunes. En cambio, no producía efectos con relación al régimen de sociedad conyugal y a la administración de los bienes.

Nos interesa destacar que, en relación a la persona de los cónyuges, el divorcio temporal también importaba, al igual que el perpetuo, la suspensión de la vida en común de los cónyuges, es decir, se suspendía del deber de cohabitación. Sin embargo, dejaba vigente otros deberes

recíprocos, tales como el deber de fidelidad, el de socorro, el de protección y el de obediencia y, en general, todos aquellos que no tienen como supuesto la vida en común de los cónyuges.

El divorcio, perpetuo o temporal, y sus efectos cesaban cuando los cónyuges consentían en volver a reunirse, en conformidad a lo que disponía el artículo 28 de la Ley de Matrimonio Civil, salvo que el divorcio se hubiere decretado por las causales números 4 o 13 del artículo 21. En el caso del divorcio temporal, éste y sus efectos cesaban cuando transcurría el tiempo dispuesto por el Juez en la sentencia en la que había decretado dicho divorcio. En tal caso, renacía el deber de cohabitación y cualquiera de los cónyuges podía pedir que se restableciera la vida en común.

4.4.2.7. La acción de divorcio correspondía solo al cónyuge inocente. Entre otras características, es menester destacar el que la acción de divorcio correspondía solo al cónyuge inocente. En efecto, el artículo 24 de la Ley de Matrimonio Civil establecía que “*La acción de divorcio corresponde únicamente a los cónyuges y no podrá deducirse contra el cónyuge inocente*”.

Conforme a la norma transcrita, no podía deducirse la acción de divorcio contra el cónyuge que no ha incurrido en alguna conducta

constitutiva de una causal de divorcio o respecto del cual no se configura ninguna de dichas causales. Ello equivale a decir que la acción compete únicamente al cónyuge inocente.

4.4.2.8 Unidad domiciliar de los cónyuges y divorcio. Recapitulación.

Hemos visto cómo la Ley de Matrimonio Civil alude a nuestro tema. Se hace necesario sistematizar las normas que al respecto se entregan.

Así, por una parte, la Ley de Matrimonio Civil dejaba vigente la norma del Código Civil que establecía como uno de los deberes recíprocos de los cónyuges el de cohabitación, que se traducía, por una parte, en el derecho del marido para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle a donde quiera que traslade su residencia, y el deber de recibir en su casa a su mujer; y por la otra, en el derecho de la mujer para obligar al marido a que la reciba en su casa, y el deber de permanecer en ella y seguir a su marido si cambia de residencia, es decir, el deber de los cónyuges de vivir juntos.

En seguida, se ocupaba de una materia que, durante la sola vigencia del Código Civil, había quedado regulada por el derecho canónico. Se trataba del divorcio, el cual, precisamente, ponía término al deber de los cónyuges de vivir juntos. Consecuente con pretensión secularizadora, la Ley de Matrimonio Civil abordaba dicha materia y la regulaba

detalladamente. Además, completaba su tarea secularizadora entregando a la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones que se suscitaran al respecto.

Las eventuales infracciones al deber de los cónyuges de vivir juntos eran recogidas en las causales de divorcio de los números 6, 7 y 8 del artículo 21 de la Ley tantas veces citada.

En efecto, al señalar “*Negarse la mujer, sin causa legal a seguir a su marido*”; “*Abandono del hogar común...sin causa justificada*”, y “*Ausencia, sin justa causa, por más de tres años*”, se dejaba claramente establecido que la infracción del deber de de los cónyuges de vivir juntos merecía un reproche jurídico, por la vía de configurar causales de divorcio. En todo caso, la ley exigía que dicha infracción fuere sin causa justificada. Es decir, asumía que podían existir situaciones que justificaran a uno de los cónyuges para negarse a hacer vida común con el otro. La apreciación de la justificante quedaba entregada a la apreciación del Juez.

Las conductas referidas eran constitutivas, únicamente, de causales de divorcio temporal. El legislador de 1884 no consideró que la infracción del deber de vivir juntos mereciera el reproche mayor que se expresaba en la configuración de causales de divorcio perpetuo.

Por último, la ley salvaguardaba al cónyuge inocente. No permitía que el cónyuge que infringiera el deber de vivir con el otro, de alguna forma legitimara su conducta por la vía de concederle acción de divorcio fundada, precisamente, en una conducta desplegada por él mismo. La ley entendía que ello habría significado autorizar que un cónyuge infractor se valiera de su propio dolo o culpa para obtener el divorcio.

Como veremos, la situación descrita fue la que rigió por más de un siglo en nuestro país, hasta que por el imperativo de los nuevos tiempos, se emprendieron reformas trascendentales en la materia.

4.5 Reformas introducidas a la legislación sobre la unidad domiciliar de los cónyuges con posterioridad a 1884

4.5.1 Breve referencia a las reformas del siglo XX

No nos corresponde referirnos en detalle a la serie de reformas que se introdujeron al Código Civil después de la entrada en vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1884 y que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX y en el presente. Bastará que digamos algunas pocas palabras al respecto.

Así, y siguiendo al profesor Corral Talciani¹⁴⁰, pueden distinguirse algunos grandes objetivos que persiguieron tales reformas. El primer gran objetivo fue mejorar la posición jurídica de la mujer casada, en particular la casada bajo el régimen de sociedad conyugal. Otros fueron proporcionar una mayor opcionalidad en materia de régimen de bienes, la mejoría de los derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio y la introducción de la filiación adoptiva.

Para plasmar los objetivos antes referidos se dictaron variados cuerpos legales. Algunos se centraban en uno de dichos objetivos. Otros apuntaban a más de uno. El elemento común de estas reformas era que, en el fondo, mantenían el modelo institucional de familia que consagraba el Código Civil.

En esta evolución representa un hito la nueva Ley de Matrimonio Civil, número 19.947, de 17 de mayo de 2004. No se trata de una reforma que se limita a perseguir alguno de los objetivos antes señalados, perfeccionando la concepción de familia que plasmaba el Código Civil. Más bien representa una fórmula de transacción entre quienes sustentan dicho modelo y los que

¹⁴⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, V. 32, número 3, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, pp. 429 y ss.

promueven una concepción liberal acerca de la familia. Por ello merece un tratamiento separado.

Así, en lo que dice relación con nuestra materia, nos interesa referirnos en esta parte a las reformas que, perfeccionando la concepción de familia tradicional que recogía el Código Civil, perseguían mejorar la condición jurídica de la mujer casada. Ello porque, como veremos, una de tales reformas incidió en la forma de concebir el deber de los cónyuges de vivir juntos.

4.5.2 La reforma introducida por la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989

4.5.2.1 Objetivo general. La finalidad principal de la reforma que significó la ley 18.802 fue la de eliminar la incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal y eliminar la potestad marital que se atribuía al marido sobre su mujer, en su calidad de representante legal de esta última. Para ello se introdujeron modificaciones que adecuaron el régimen de la sociedad conyugal a la plena capacidad de la mujer casada, se trató de equiparar a la mujer en sus relaciones con el marido y se introdujeron modificaciones en materia sucesoria para mejorar la situación de los cónyuges. Congruente con estos objetivos, la ley modificó el Código Civil, en materias de familia, sucesoria, obligaciones y contratos, y de sociedad

conyugal; el Código de Comercio; y algunas leyes especiales, como la ley 16.618.

Hemos dicho que, con la finalidad de cumplir sus objetivos generales, la ley 18.802 trató de equiparar a los cónyuges en sus relaciones personales. Para ello incorporó reformó algunas normas del Código Civil. Son estas las reformas que inciden en nuestro tema, y a las que nos pasamos a referir.

4.5.2.2 Reformulación de las normas relativas a unidad domiciliar de los cónyuges. Entre las modificaciones que introdujo la ley 18.802 revisten importancia para nuestra materia las que se refieren a los derechos y deberes entre los cónyuges.

Por una parte, se derogó la potestad marital, y por la otra, la totalidad de los derechos y deberes se hicieron recíprocos.

4.5.2.2.1 Derogación de la potestad marital y unidad de domicilio conyugal. Estas reformas repercutieron en las normas que, de alguna manera, se referían a la unidad domiciliar de los cónyuges.

En efecto, se suprimió el marco de preeminencia del marido en el que se insertaba lo relativo a la unidad de domicilio de los cónyuges, al derogarse la potestad marital que se consagraba en el artículo 132 del Código Civil. En concordancia con dicha derogación, se eliminó el deber de obediencia de

la mujer respecto del marido, que establecía el artículo 131, como contrapartida del deber del marido de protección hacia la mujer, estableciéndose, en cambio, el deber de respeto y protección recíproca.

Dichas supresiones repercutieron en nuestra materia. Así, se derogó el artículo 71 del Código Civil, que establecía como domicilio legal de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, el de su marido. También se eliminó el deber de la mujer de seguir al marido donde quiera que traslade su residencia, que preceptuaba el artículo 133.

4.5.2.2.2 Consagración con el carácter de recíprocos de los derechos y deberes entre los cónyuges y unidad domiciliar. Hemos dicho que la ley 18.802 también hizo recíprocos todos los derechos y deberes entre los cónyuges, los que, como también dijimos, con anterioridad a esta reforma se subclasificaban en obligaciones comunes para ambos y en deberes especiales de la mujer o del marido. En relación a nuestro tema, ello incidió en la manera como se reformuló el deber de cohabitación.

Manteniéndose el deber de vivir juntos que emana de la propia definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil, dicho deber se trasunta de una nueva manera.

En efecto, se reformó el artículo 133 suprimiéndose los derechos del marido para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirla a donde quiera que traslade su residencia, derecho que reconocía como límite el que la ejecución acarrearía un peligro inminente a la vida de la mujer; y de la mujer para que el marido la recibiera en su casa.

El nuevo artículo 133 establece que *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones para no hacerlo”*.

Como se ve, ahora se establece con un carácter recíproco el derecho y deber de vivir juntos. Además, se expresa que ese derecho y deber los para vivir juntos en el hogar común, concepto que no se definió, pero que podría ser similar a lo que puede llamarse hogar familiar. Creemos que, por su propia naturaleza, dicho hogar debe ser determinado de común acuerdo por ambos cónyuges.

Por otro lado, la ley estableció como causal que autorizaba para hacer cesar este deber recíproco de vivir en el hogar común, además del divorcio, el que a alguno de los cónyuges le asistan razones graves para no hacerlo. Se trata de un concepto genérico, cuya determinación le compete al Juez en cada en caso en particular.

En cuanto a la sanción por la infracción de este deber, la ley 18.802 no introdujo innovaciones. Por lo que debía entenderse que la sanción seguía siendo la posibilidad de que se decrete divorcio temporal, concediéndose acción al cónyuge inocente.

4.5.3 La Ley 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil.

4.5.3.1 Significación. Con posterioridad a la ley 18.802, y en lo que dice relación con los objetivos generales de las reformas al Código Civil, antes enunciados, el legislador continuó perfeccionando la normativa pertinente¹⁴¹. En cambio, como ya hemos dicho, la nueva Ley de Matrimonio Civil, ley 19.947, de 17 de mayo de 2004, y que entró en vigencia seis meses después, no se redujo a perfeccionar el modelo institucional de familia que aparecía consagrado el Código Civil. Más bien se trató de una fórmula transaccional entre dos concepciones acerca de la familia: una tradicional y otra liberal.

¹⁴¹ Por ejemplo, la ley 19.335, de 23 de septiembre de 1994, que introdujo el régimen de participación en los gananciales. Esta ley, además, modificó algunas normas con la idea de reforzar la igualdad entre marido y mujer. Así, y en lo que dice relación con nuestro tema, se modificó el número 6 del artículo 21 de la Ley de Matrimonio Civil, para adecuarlo a las reforma que había introducido la ley 18.802 al artículo 133, conforme a la cual se consagraba con el carácter de recíproco el derecho y deber de vivir en el hogar común. No obstante dicha reforma, se había mantenido la causal de divorcio del número 6 del artículo 21, esto es, “*Negarse la mujer, sin causa legal a seguir a su marido*”. La ley 19.935 adecuó la norma, disponiéndose en adelante que la causal consistiría en “*Negarse cualquiera de los cónyuges sin causa legal, a vivir en el hogar común*”.

Así, existen un conjunto de disposiciones que parecen valorizar el concepto de familia fundada en el matrimonio concebido como un compromiso jurídico serio, respetable y duradero. Por ejemplo, mantiene la definición de matrimonio del artículo 102 del Código Civil; señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que la base principal de aquella es el matrimonio; hay un mayor reconocimiento a la unidad del consentimiento matrimonial, al reconocer eficacia jurídica al matrimonio religioso, cumpliéndose las condiciones previstas en la ley; consagra la nulidad matrimonial y la separación judicial como soluciones distintas al divorcio vincular para las rupturas matrimoniales; y dispone que si hay un ejercicio conjunto de las acciones de divorcio y de nulidad, el Juez debe proceder primeramente a pronunciarse sobre las cuestiones de validez¹⁴².

Pero, por otra parte, aparecen en forma clara las concepciones liberales, individualistas y desintitucionalizadoras del matrimonio, en las normas que establecen el divorcio como una nueva causal de disolución del matrimonio. En particular, ello queda en evidencia, si se considera que es

¹⁴² CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.*, p. 435.

causal de divorcio el cese de la convivencia entre los cónyuges, que vendría a significar la admisión del divorcio sin causa¹⁴³.

En relación con nuestro tema, nos interesa referirnos a algunas normas que inciden en la valorización del deber de los cónyuges de vivir juntos. A ellas nos pasamos a referir.

4.5.3.2 La separación de los cónyuges. La separación de hecho. La nueva Ley de Matrimonio Civil mantiene inalterable el deber de cohabitación consagrado en el artículo 133 del Código Civil. Lo que hace es regular el cese del deber de cohabitación cuando trata de la separación de los cónyuges. Es decir, establece como causal de cese del deber de los cónyuges de vivir juntos, la separación de los mismos. Ya no se habla de divorcio, el que pasó a ser causa de terminación del matrimonio.

La ley distingue entre la separación de hecho y la separación judicial. Se refiere a la separación de hecho en los artículos 21 a 25.

En esta materia la ley establece que en caso de separación de hecho de los cónyuges, estos podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, relativas a alimentos y al régimen de bienes del matrimonio, o con

¹⁴³ *Ibidem.*

los hijos comunes. A falta de acuerdo, dichas cuestiones podrán ser sometidas a la decisión de los tribunales.

Nos interesa destacar que, de esta forma, la ley viene a otorgarle consecuencias jurídicas a la separación de hecho, que no es más que la infracción del deber de cohabitación. Más aún, confiere a este deber el carácter de disponible, desde que permite que los cónyuges, de común acuerdo opten por separarse de hecho y validar dicha situación mediante la regulación de sus relaciones mutuas y con los hijos comunes. Incluso, a falta de acuerdo, permite que cualquier de cónyuge, incluso el que abandonó el hogar común, pueda pedir en tribunales la regulación de dichas materias.

Obviamente, antes de esta ley, los cónyuges también podían convenir en separarse de hecho, o derechamente, uno de ellos podía abandonar el hogar común. Pero ambas situaciones configuraban, ante la ley, una infracción al deber de cohabitación en tanto no se calificaran judicialmente las razones graves que asistieran a un cónyuge para no vivir con el otro. No había norma alguna que otorgara validara de alguna forma dicha separación de hecho. Sólo había normas que trasuntaban un reproche jurídico, como el artículo 21 de la antigua Ley de Matrimonio Civil.

Otra demostración de que la nueva ley viene a validar la infracción del deber de cohabitación, es lo que prescribe el artículo 25, cuando establece los casos en que la separación de hecho permitirá establecer una fecha cierta del cese de la convivencia, con miras a configurar una futura causal de divorcio fundada en dicho cese.

En suma, creemos que la normativa referida, ha venido a disminuir el valor del deber de cohabitación. La separación de hecho parece no merecer reproche por parte del legislador.

4.5.3.3 La separación judicial. La nueva Ley de Matrimonio Civil se ocupa de la separación judicial en los artículos 26 a 41.

Cualquiera de los cónyuges puede pedir que se decrete judicialmente la separación. En virtud de dicha declaración, los cónyuges pasan a tener la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio, puesto que esta separación no disuelve vínculo.

En conformidad a los artículos 26 y 27, las causales que permiten solicitar la separación judicial son la existencia de una falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio (salvo el caso del adulterio, cuando exista previa separación), o de los deberes y obligaciones para con

los hijos, que torne intolerable la vida en común; y el cese de la convivencia.

De esta forma, el incumplimiento por parte de un cónyuge del deber de vivir con el otro, puede sancionarse mediante la declaración de la separación judicial, la que sólo puede ser solicitada por el cónyuge inocente, como previene el mismo artículo 26.

Sin embargo, y en lo que atañe al deber de vivir juntos, dicha norma viene a perder importancia, desde que el artículo 27 consagra también como causal el que, en caso de cese de convivencia (lo que comprenderá casos en que uno de los cónyuges abandonó el hogar común), CUALQUIER cónyuge podrá solicitar la separación judicial. Esto viene a ser una nueva demostración de la pérdida de importancia del deber de cohabitación.

Por otro lado, en cuanto a los efectos de la separación judicial en relación al deber de cohabitación, el artículo 33 dispone la suspensión de dicho deber, junto con el de fidelidad, por ser incompatible el ejercicio de ambos con la vida separada de los cónyuges.

Por último, la ley le asigna importancia a la circunstancia que los cónyuge vuelvan a vivir juntos, pues en el artículo 38 establece que la reanudación de la vida en común de aquellos, con ánimo de permanencia,

pone fin al procedimiento de destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, agregando que, en este último caso, restablece el estado civil de casados. El artículo 39 señala las formas en que la reanudación de la vida en común será oponible a terceros. El artículo 41 consagra el derecho de los cónyuges, no obstante la reanudación de la vida en común, a pedir nuevamente la separación judicial.

4.5.3.4 El divorcio. Hemos señalado que en la nueva Ley de Matrimonio Civil se incorporó el divorcio vincular. Ahora constituye una causal de terminación del matrimonio. Tratan de ella los artículos 54 a 60.

En lo que dice relación con nuestro tema, la normativa relativa al divorcio también incide, según pasaremos a ver.

4.5.3.4.1 Infracción del deber de cohabitación como causal de divorcio imputable. En materia de divorcio la ley distingue dos grupos de causales: causales constitutivas de falta imputable a un cónyuge y cese de la convivencia, que algunos denominan divorcio sin causa.

Al primer grupo de causales se refiere el artículo 54. Conforme a su inciso primero “*El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y*

obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común". A continuación, en su inciso segundo, agrega que *"Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 2º Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio.* (El subrayado es nuestro).

Como se ve, para la ley la infracción del deber de convivencia constituye una causal de divorcio imputable. Aún más, ejemplifica la trasgresión grave de los deberes del matrimonio, aludiendo precisamente al abandono del hogar común.

Configurada esta causal, la ley concede la acción de divorcio sólo al cónyuge inocente, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 56.

Todo lo dicho parece una demostración de la valoración por parte del legislador del deber de convivencia. Su infracción puede conducir a la terminación del matrimonio si así lo impetra el cónyuge inocente. Parece que el infractor no puede valerse de su propia falta para legitimar su situación. Sin embargo, ello no es así, como pasaremos a ver.

4.5.3.4.2 El cese de convivencia como causal de divorcio. El artículo 55 de la ley agrega una nueva causal de divorcio, que por su tenor parece dar la razón a quienes hablan que en este caso, más bien, existe un divorcio sin causa. Dicha norma señala que podrá constituir una causal de divorcio el cese de convivencia de los cónyuges.

Al respecto, en términos generales, distingue entre el divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, caso en el cual basta acreditar un cese de la convivencia por más de un año; y el divorcio solicitado unilateralmente por uno de los cónyuges, en el que se requiere un cese de la convivencia por más de tres años.

Luego, el no cumplimiento del deber de convivencia también puede conducir en este caso a decretar el divorcio. Si ambos cónyuges proceden de común acuerdo, basta que el cese se haya extendido por un año. Queda en evidencia aquí la disponibilidad de dicho deber, tal como vimos a propósito de la separación de hecho.

Pero, incluso en el caso de que no haya acuerdo de los cónyuges, basta que uno de ellos lo solicite y acredite el cese de la convivencia por más de tres años, para que obtenga el divorcio. Es decir, si uno de los cónyuges hace abandono del hogar común, infringiendo de esta forma el deber de

convivencia, puede legitimar su situación, a pesar de la oposición del cónyuge inocente, si mantiene el cese de dicha convivencia durante tres años. De esta forma, la falta de legitimación para pedir el divorcio que le acordaba el artículo 54, en su calidad de infractor de uno de los deberes del matrimonio, desaparece aquí, puesto que dicho artículo le concede acción sólo al cónyuge inocente en el caso de las causales que él mismo establece. El artículo 55, a su vez, no introduce limitaciones para ejercer la acción en el caso de divorcio unilateral por cese de la convivencia¹⁴⁴.

El artículo 55 termina señalando, en su inciso final, que la reanudación de la convivencia de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos que dicho artículo establece.

De esta forma, nuevamente aparece de manifiesto la desmejorada valoración que el legislador le otorga al deber de convivencia, efecto propio de todo matrimonio.

¹⁴⁴ La única restricción para ejercitar la acción por parte del cónyuge infractor del deber de convivencia, en el caso del artículo 55, sería la de que durante el tiempo durante el que se prolongó el cese la vida en común, no hubiere dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes,

CAPÍTULO V

LA UNIDAD DOMICILIAR DE LOS CÓNYUGES ANTE EL DERECHO CANÓNICO

5.1 La situación en el tiempo anterior a la codificación del Derecho Canónico

5.1.1 Nociones previas

5.1.1.1 Iglesia Católica y derecho canónico¹⁴⁵. La Iglesia Católica es una sociedad visible formada por todos los que profesan la religión de Jesucristo. Fue fundada por el propio divino Salvador.

Es una sociedad perfecta. La componen los fieles y sus pastores y cuenta con su propio régimen, jerarquía, leyes y disciplina. También es una sociedad independiente de la sociedad civil en su régimen y en su disciplina.

La misión de la Iglesia, conferida por su fundador Jesucristo,

pudiendo hacerlo. Pero dicha restricción sólo operará cuando así lo solicite expresamente el cónyuge demandado.

consiste en propagarse por el mundo, instruir y enseñar a todas las gentes el Evangelio, administrar los sacramentos, haciendo partícipes a todos los hombres de la redención obrada por Jesucristo, procurando observar las reglas y la disciplina que el divino fundador les había establecido. Para ello, cuenta con la potestad de origen divino de juzgar y dar leyes en nombre de Jesucristo a la sociedad cristiana. Todo lo señalado configura la constitución divina de la Iglesia¹⁴⁶.

La independencia de la Iglesia de la sociedad civil, no significa la existencia de un Estado dentro de otro Estado. Se trata de dos poderes que tienen fines diferentes. El civil tiene por objeto las cosas de la tierra, procurando la felicidad del hombre en este mundo; el de la Iglesia, las cosas del cielo, es decir, encaminar al hombre a su salvación eterna. De esta manera, cada uno de los dos poderes, el civil y el de la Iglesia, es supremo e independiente en sus respectivas esferas de acción¹⁴⁷.

Por otra parte, como ambos poderes tienen unos mismos “súbditos”, debe existir una relación ordenada entre ambos, de tal manera que cada

¹⁴⁵ En adelante, cada vez que empleemos la expresión “Iglesia” sin otra mención, debe entenderse que nos estamos refiriendo a la Iglesia Católica.

¹⁴⁶ DONOSO, Justo, *Instituciones de derecho canónico*, Tercera Edición corregida y completada por Carlos Silva Cotapos, Editor Pontificio Friburgo de Brisgovia, Alemania, 1909, pp. 1 y ss.

uno pueda ejercer sus derechos y atribuciones en los ámbitos que le son propios.

Teniendo en cuenta lo dicho, se hace evidente la necesidad de que la Iglesia cuente con un ordenamiento que regule su organización, las relaciones de sus miembros entre sí, y las relaciones de la propia Iglesia con el poder civil. Tal ordenamiento es el derecho canónico.

Por ello se ha definido a éste derecho, desde un punto de vista objetivo, diciendo que es *“la colección de leyes y reglas dictadas por los primeros pastores de la Iglesia, y especialmente por el Romano Pontífice, para mantener el orden, el decoro del culto divino y la pureza de las costumbres en los fieles”*¹⁴⁸; o que consiste, también objetivamente, en *“el conjunto de leyes divinas y eclesiásticas por las cuales se ordena y gobierna la Iglesia”*¹⁴⁹; y en general, *“el conjunto de leyes, dadas por Dios o por la autoridad eclesiástica, por las cuales se ordena la constitución de la Iglesia y su régimen y disciplina”*¹⁵⁰.

5.1.1.2 Breves nociones sobre la evolución histórica del derecho canónico.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴⁹ MONTERO Y GUTIERREZ, Eloy, *Manual de derecho canónico*, Tomo I, Casa Editora de Emilio Perrot, Buenos Aires, 1950, p. 9.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 10.

No es este el lugar para hacer una revisión detallada acerca de la evolución histórica del derecho canónico. No obstante lo cual, es preciso que nos refiramos brevemente a los grandes períodos que se distinguen en la historia del derecho canónico. Ello nos será de utilidad para los efectos de analizar el tratamiento que el derecho de la Iglesia le ha otorgado al matrimonio en general, y a la unidad domiciliar de los cónyuges en particular.

La evolución histórica del derecho canónico se vincula estrechamente con la formación de las fuentes de conocimiento de aquél, entendiendo como tales los libros en que se hayan coleccionadas, en mayor o menor medida, las leyes eclesiásticas. Al respecto hay que distinguir los siguientes períodos¹⁵¹:

- a) Desde la fundación de la Iglesia hasta el Decreto de Graciano (+1179);
- b) Desde el Decreto de Graciano hasta el Concilio de Trento (1545-1563);
- c) Desde el Concilio de Trento hasta el Código de Derecho Canónico de 1917;
- d) Desde el Código de 1917 hasta el Código de Derecho Canónico de 1983; y

e) Desde el Código de 1983 hasta nuestros días.

5.1.1.2.1 Período que va desde la fundación de la Iglesia hasta el *Decreto de Graciano*. En este período, que se extiende entre los años 29 y 1139-1150, aproximadamente, el derecho canónico estaba constituido por las Colecciones de Derecho apostólico, esto es, las *Constituciones* y los *Cánones de los Apóstoles*.

También se formaron colecciones de los cánones promulgados por los diversos concilios generales o particulares que se celebraban en las Iglesias occidental, oriental y africana; y de las Decretales de los Papas. Destacan, por ejemplo, la *Collectio Hispana* o *Isidoriana ordine cronológico*, reconocida por el Papa Alejandro III *Corpus canonum authenticum* de la Iglesia española; la *Capitula Martini* o *Collectio canonum* (siglo VI); y la *Collectio Isidoriana* o *hispana ordine sistematico* (siglo VII). Todas estas son colecciones de formadas por la Iglesia española, durante el período del reino hispano-visigodo. También hubo otras colecciones de la Iglesia occidental, como la formada por Dionisio el Exiguo (siglo VI), aumentada posteriormente en los siglos VIII Y IX; o en Francia, la *Collectio Quesnellana*.

¹⁵¹ Para referirnos a la periodificación citada nos basamos fundamentalmente en
ccxxix

No todas las colecciones canónicas tenían validez universal. Algunas solo regían en determinadas provincias o lugares geográficos.

5.1.1.2.2 Período que va desde el *Decreto de Graciano* (1139-1150) hasta el Concilio de Trento(1545-1563). Una vez superada la *querella de las investiduras*, la Iglesia gozó de un período de cierta tranquilidad, que dio la ocasión de acometer una nueva labor compiladora. Dicha tarea la llevó adelante un monje camaldulense, del monasterio de San Félix y Nabor, en Bolonia. Se trataba del italiano Graciano, muerto el 1179, quien elaboró la colección a la que llamó *Concordantia discordantium canonum*, y que algunos autores denominaron como *Corpus Iuris Canonici*. Sin embargo, es mayormente conocida como *Decreto de Graciano*.

Graciano debió haber llevado a cabo su obra después del año 1139, en el que se celebró el Concilio II de Letrán, pues contiene cánones de dicho concilio. Debió publicarse antes del año 1150.

Para elaborar el *Decreto* Graciano trabajó con una diversidad de fuentes: las Sagradas Escrituras, los Cánones de los Apóstoles y de los Sínodos, las decretales y rescriptos de los Papas, las obras de los Santos Padres y de los escritores eclesiásticos, varios libros oficiales y algunos

penitenciales, y, finalmente, textos de derecho romano y germano.

No obstante que no se le declaró, oficialmente, código auténtico, el *Decreto* superó en autoridad a todas las colecciones y fue profusamente empleado por los canonistas.

Después de la elaboración del *Decreto de Graciano*, se elaboraron otras compilaciones, las denominadas *cinco compilaciones antiguas*: la primera, una colección privada denominada *Breviarium Extravagantium*, de Bernardo de Pavía, compuesta entre los años 1187 y 1191; la segunda compilación, denominada *tercera*, elaborada en 1210 y teniendo como autor principal al Papa Inocencio III, es el primer ejemplo de una colección auténtica; la tercera compilación, denominada vulgarmente *segunda*, meramente privada, fue compuesta por Juan Galense entre los años 1210 y 1215; la cuarta, de autor desconocido, aunque algunos la atribuyen a Inocencio III, por lo que también la califican de auténtica; y la quinta, obra del Papa Honorio III, y por lo mismo auténtica, fue compuesta entre los años 1216 y 1227.

No pueden omitirse en este período otras colecciones: las *Decretales de Gregorio IX*, promulgadas en 1234, tuvieron carácter auténtico, único, exclusivo y universal; el *Liber Sextus*, del Papa Bonifacio VIII, elaborado

en 1298, también tuvo un carácter de colección posterior, auténtica, una y universal; las *Clementinas*, del Papa Clemente V, publicadas en 1313, también fue una colección posterior, auténtica, una y universal; las *Extravagantes*, del Papa Juan XXII, algo posteriores a las *Clementinas* y agregadas como apéndice de éstas, y las *Extravagantes comunes* sólo tuvieron el carácter de colección privada. También hay que mencionar las *Reglas de la Cancillería Apostólica*, colección jurídica de especial naturaleza que compila las ordenaciones apostólicas que, al principio de su Pontificado, suelen formar los Papas, confirmando o renovando, o aumentando, o disminuyendo la de sus predecesores, y que versan principalmente acerca de causas benéficas o judiciales.

Con posterioridad a las *Clementinas*, sólo se volvió a elaborar una colección auténtica que fue el Código de Derecho Canónico de 1917.

5.1.1.2.3 Desde el Concilio de Trento (1545-1563) hasta el Código de Derecho Canónico de 1917. Durante esta época se sucedieron los más graves trastornos frente a los cuales la Iglesia se vio obligada a luchar por su existencia, su régimen y su disciplina.

La causa principal de estos trastornos fue la Reforma Protestante, a comienzos del siglo XVI. Papel capital en la defensa de la Iglesia frente al

protestantismo, cupo al Concilio de Trento, celebrado en esta ciudad del norte de Italia entre el 1545 y el 1563. Al efecto se dictaron *cánones* y *capítulos doctrinales*. Asimismo, se reformó la disciplina eclesiástica, a través de los *decretos* y *capítulos de reformatione*.

Sus *definiciones dogmáticas* obligaron desde el mismo día de su confirmación y promulgación por el Papa. Los *decretos disciplinares* fueron confirmados y promulgados por el Papa Pío IV, el 26 de enero de 1564, empezando a ser obligatorios el 1 de mayo del mismo año. Bastó la promulgación en Roma, salvo el capítulo *Tametsi*, sesión XXIV, relativo a la reforma del matrimonio, puesto que para que tuviera fuerza obligatoria, fue necesario promulgar en cada una de las parroquias del mundo.

Posteriormente, el Papa Pío V encargó a una Comisión de Cardenales, en el 1565, la elaboración de una nueva edición del *Decreto de Graciano* o *Corpus Iuris Canonici*, labor que concluyó en 1580. El Papa Gregorio XII la declaró obra auténtica en el año 1582.

Poco tiempo después, en 1598, se elaboró una útil colección privada denominada *Sanctissimi Domini Nostri D. Clementis Papae VIII Decretales*, llamada por algunos *Liber septimus Decretalium Clementis VIII*.

Entre el Concilio de Trento y el Concilio Vaticano I de 1869 y 1870, no se celebró ningún Concilio ecuménico. Luego, en todo ese largo período las únicas fuentes del derecho canónico escrito universal fueron las *Constituciones de los Papas*. Al respecto, se hicieron muchas colecciones particulares. Surgieron así los *Bularios*, que contienen no sólo las bulas, sino que también las epístolas de los Papas.

A las antedichas colecciones hay que agregar las Colecciones de decisiones de las Congregaciones Romanas, como el Santo Oficio.

Hemos dicho que entre los años 1869 y 1870 se celebró un nuevo Concilio Ecuménico, el Concilio Vaticano I. También hay que señalar, al final de este período, en el tránsito del siglo XIX al XX, las Actas de los Papas Pío IX, León XIII y Pío X.

5.1.1.2.4 Período que va desde el Código de Derecho Canónico de 1917 hasta el Código de Derecho Canónico de 1983. No obstante los esfuerzos compiladores, nadie podía desconocer las enormes dificultades que ofrecía el estudio del derecho canónico. Muchas de las colecciones carecían de algún orden y en otras o era imperfecto o era meramente cronológico; muchas de las normas compiladas carecían de utilidad; muchas normas se habían dado sólo para resolver un caso particular; en algunas materias

existían vacíos; existían normas que habían sido derogadas por la costumbre o por leyes particulares de mayor o menor vigencia territorial, etcétera.

Estos factores hacían necesaria la dictación de un Código de Derecho Canónico que superara las dificultades antes señaladas. La labor fue llevada a cabo durante el Pontificado del Papa Pío X, quien encomendó su elaboración a una comisión de expertos formada por canonistas y teólogos.

El Código fue presentado solemnemente al Papa y publicado el 28 de junio de 1917. Su autoridad era pública, universal y exclusiva. Su vigencia dio origen a una abundante bibliografía.

5.1.1.2.5 Período que va desde el Código de Derecho Canónico de 1983 hasta nuestros días.

Transcurridos algunos decenios desde la entrada en vigencia del Código de 1917, se hizo evidente la necesidad de dictar un nuevo Código. Entre los factores que incidieron en ello, se ha mencionado la limitada vigencia del Código de 1917, sobre todo por la profusa actividad reglamentaria que tuvo lugar, en la forma de instrucciones o decretos generales, desarrollada por las Congregaciones romanas, que más que

determinar o desarrollar las disposiciones del Código, con frecuencia vinieron a modificar su sentido. A ello hay que agregar la relevancia del Concilio Vaticano II en lo relativo, entre otras materias, a la fundamentación de la estructura de la Iglesia¹⁵².

Así, en 1963, dos años antes de la conclusión del Concilio Vaticano II, se constituyó una comisión para la revisión del Código de 1917, dándose inicio a una serie de trabajos que culminaron el 25 de enero de 1983, con la promulgación del nuevo Código¹⁵³.

5.1.1.3 Referencia a la Historia Legislativa del Derecho Matrimonial Canónico. Una rama del derecho canónico es el denominado derecho matrimonial canónico, el cual, objetivamente considerado, es el sistema de leyes propuestas (Derecho divino) o dictadas (Derecho eclesiástico) por la competente autoridad de la Iglesia, por las cuales se ordenan directamente en el fuero externo las causas matrimoniales (en sentido amplio) de los cristianos sometidos a su jurisdicción¹⁵⁴.

Como rama del derecho canónico, el derecho matrimonial canónico

¹⁵² TEJERO, Ely, “Formación histórica del derecho canónico”, en VVAA, *Manual de Derecho Canónico*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1991, pp. 99 a 104.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 104 a 106.

bebe, en general, de las fuentes de aquél. Pero de manera específica se puede decir que las fuentes de conocimiento del derecho matrimonial canónico son: “1ª, *el derecho divino, ya natural, constituido por principios jurídicos universales e inmutables, grabados por Dios en la conciencia humana y cognoscibles por las solas luces de la razón; ya positivo o revelado, instituido directamente por Dios y promulgado por medio de la Revelación, que se contiene en las Sagradas Escrituras; y 2ª, el Derecho humano o eclesiástico, que unas veces propone los principios del Derecho natural y los preceptos del divino positivo, declarándolos normas obligatorias, y otras, en virtud de la potestad legislativa conferida por Jesucristo a la Iglesia, instituye, por medio de sus organismos competentes un Derecho propio, el Derecho matrimonial humano o eclesiástico propiamente dicho...*”¹⁵⁵.

Prescindiendo del derecho Natural y de la costumbre, de eficacia muy limitada en esta materia, las fuentes textuales del derecho matrimonial canónico son, por una parte, las fuentes legales (normas

¹⁵⁴ Definición tomada del Tratado de Derecho Canónico del Padre Wernz, citado por MANS PUIGARNAU, Jaime, *Derecho Matrimonial Canónico*, Tomo I, Primera parte, Editorial Bosch, Barcelona, 1954, p. 1.

¹⁵⁵ MANS PUIGARNAU, Jaime, *op. cit.*, p. 4. En lo que sigue nos ceñimos fundamentalmente a lo que expone este autor.

canónicas) y la doctrina legal o autoritativa, que desembocan en la legislación vigente; y, por la otra, las obras de los canonistas o literatura canónica.

En relación a las fuentes textuales, es preciso tener presente que las Sagradas Escrituras constituyen la primera de las fuentes textuales del derecho matrimonial canónico. Contienen el derecho divino positivo o revelado. A su respecto, la Iglesia desarrolló sus principios y preceptos, y, a su vez, proveyó a las necesidades sociales de las diversas épocas. Dicha labor la efectuó a través de leyes humanas o eclesiásticas que conforman el Derecho humano o eclesiástico. Es este derecho el que está sometido a vicisitudes históricas. Al respecto, nos valdremos de la misma periodificación que utilizamos en relación al derecho canónico en general. Por último, diremos algunas palabras acerca de la literatura canónica.

5.1.1.3.1 Desde la fundación de la Iglesia hasta el *Decreto de Graciano* (1139-1150). Durante esta primera época la Iglesia dictó normas sobre el matrimonio, a través de los Papas y de los concilios generales y particulares.

La primera compilación de normas matrimoniales habría sido la *Mosaïcarum et Romanorum legum Collatio*, o *Lex Dei*, de fines del siglo

IV o principios del V, y de autor desconocido. Otra compilación de derecho matrimonial fue el *Codice de Frisinga*, hacia el siglo IX. También cabe mencionar el *Decreto de Burchardo de Worms* (+1025), en sus Libros VII y IX; y la *Panormia*, atribuida a Ibo de Chartres (+1117), en sus Libros VI y VII.

Pero superior a las anteriores en lo que dice relación con el derecho matrimonial canónico, fue el *Decreto de Graciano*, antes referido. Trata del matrimonio en las causas XXVII a XXXII, XXXIII, cuestiones 1, 2, 4 y 5.

5.1.1.3.2 Desde el *Decreto de Graciano* (1139-1150) hasta el Concilio de Trento (1545-1563). Durante este período Bernardo de Pavía (+1213), autor de una colección privada denominada *Breviarium Extravagantium*, compuesta entre los años 1187 y 1191, y que fue la primera de las denominadas *cinco compilaciones antiguas*, a las que ya nos hemos referido, dedicó el cuarto libro de su compilación a la materia matrimonial.

Luego, el IV Concilio de Letrán (1215) aprobó importantes modificaciones en esta materia. También se ocuparon del matrimonio las *Decretales de Gregorio IX* (1234), el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (1298), las *Clementinas* (1317), y las *Extravagantes* de Juan XXII, todos

cuerpos a los que ya hemos hecho referencia. También tiene importancia en materia matrimonial el *Decreto* de Eugenio IV, dado a los armenios en el Concilio Florentino de 1439.

5.1.1.3.3 Desde el Concilio de Trento (1545-1563) hasta el Código de Derecho Canónico de 1917. El Concilio tridentino confirmó el dogma y reformó en manera muy importante la disciplina del matrimonio. Ello tuvo lugar en la sesión XXIV, de 11 de noviembre de 1563.

Con posterioridad al Concilio de Trento, se dictaron varias constituciones apostólicas que se ocuparon del matrimonio. La mayoría tenía por finalidad la interpretación auténtica de las normas tridentinas y pontificias.

Asimismo, frente a las corrientes secularizadoras y en defensa de la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio, el Papa Pío VI promulgó el 28 de agosto de 1794, la bula *Auctorem Fidei*, y Pío IX, el *Syllabus*, el 8 de diciembre de 1864.

Para precisar la doctrina de la Iglesia sobre el matrimonio cristiano e impugnar los errores y vicios que existían sobre el mismo, el Papa León XIII publicó, con fecha 10 de febrero de 1880, la importante Encíclica *Arcanum*, conmemorada y ampliada por Pío XI en la no menos importante

Encíclica *Casti Connubii*, de 31 de diciembre de 1930.

A las anteriores normas hay que agregar muchos decretos e instrucciones de las Sagradas Congregaciones y que dicen relación con el matrimonio, por ejemplo, la del Santo Oficio, de 13 de mayo de 1868, relativa a la prueba de la muerte del cónyuge ausente; y decretos de Concilios provinciales.

5.1.1.3.4 Desde el Código de Derecho Canónico de 1917 hasta el Código de 1983.

El Código de Derecho Canónico de 1917 se refiere al matrimonio principalmente en el título VII del Libro III, cánones 1.012 a 1.143; y a las causas matrimoniales en el título XX del Libro IV, cánones 1.960 a 1.992. También se ocupan del matrimonio otros cánones a lo largo del Código y tres documentos anexos al mismo: las constituciones *Altitudo, Romani Pontificis* y *Populis*.

Las normas del Código fueron declaradas y desarrolladas a través de actos pontificios, respuestas de la Comisión pontificia para la interpretación auténtica de sus cánones, y decretos, normas e instrucciones de las Congregaciones, Tribunales y Oficios de la Curia Romana. Estas normas, en conjunto con algunas disposiciones anteriores subsistentes,

conformaban la legislación complementaria del Código.

5.1.1.3.5 Desde el Código de Derecho Canónico de 1983 hasta nuestros días. El Código de 1983 se ocupa del matrimonio fundamentalmente en el Libro IV, que trata de la función de santificar de la Iglesia, título VII, cánones 1055 a 1165. Mantiene, en general, la normativa de 1917, pero en otras introduce algunos cambios importantes.

5.1.1.3.6 Literatura canónica. Se desarrolló en forma paralela a la legislación matrimonial.

Primeramente, se ocuparon del matrimonio en sus escritos, aunque incidentalmente, los Padres Apostólicos.

Con mayor frecuencia trataron del matrimonio los Santos Padres y otros escritores eclesiásticos. Característica de estos textos es que no separan las cuestiones dogmáticas y morales de las puramente canónicas. Cabe citar, por ejemplo, *De bono coniugali*, *De bono viduitatis* y *De coniugiis adulterinis*, las tres, obras de San Agustín.

También es posible encontrar disquisiciones doctrinales acerca del matrimonio en las compilaciones anteriores al *Decreto de Graciano*, por ejemplo, en las de Burchardo den Worms e Ibo de Chartres.

Asimismo, durante este período se escriben tratados singulares sobre el

matrimonio, por ejemplo, el *Tractatus de consanguineorum nuptiis*, de Rabano Mauro (+856) o *De incestis nuptiis* (1115), de Arnulfo.

Por otra parte, en los *Libros penitenciales*, en los *Formularios eclesiásticos*, en los *Sacramentarios* y en los *Rituales*, es posible encontrar referencias doctrinarias y prácticas acerca del matrimonio.

La elaboración del *Decreto de Graciano*, y gracias a su valor doctrinal y científico, otorgó un gran impulso a la literatura canónica. Al extremo que surgieron dos escuelas sobre la base de los distintos métodos para estudiar el *Decreto*: los glosadores y los comentaristas. Se escribieron obras generales, como la de Enrique de Susa, *el Hostiense*, y tratados monográficos sobre el matrimonio, por ejemplo, el *Tractatus de matrimonio*, de San Raimundo de Peñafort. También florecieron los escritos de grandes teólogos de la época que se ocuparon del matrimonio, como el caso de Santo Tomás de Aquino, quien en la parte III, *Suppl.*, q. 41 y ss. de su *Summa Theologica* trata del matrimonio. Entre los comentaristas, podemos mencionar, del *Decreto*, a Juan de Torquemada, y de las *Decretales*, a Pedro de Ancharano.

La literatura también experimentó un gran crecimiento después del Concilio de Trento. La que se desarrolló a lo largo de los siglos

posteriores. Evidentemente, existen numerosas obras de derecho matrimonial canónico, escritas durante la vigencia de los Códigos de 1917 y de 1983¹⁵⁶.

5.1.2 Breves nociones acerca de la unidad de domicilio conyugal en el período anterior a la codificación.

5.1.2.1 Normativa canónica general. Con relación a las normas canónicas generales del período anterior al de la codificación, nos limitaremos a dar algunas breves nociones.

Primeramente, cabe decir que desde los primeros tiempos, la Iglesia, con base en las normas de derecho natural y las reveladas en las Sagradas Escrituras, entendió que el matrimonio era una realidad natural, querida por Dios, y que Jesucristo había elevado a la calidad de Sacramento. Que en cuanto tal, el matrimonio formaba una comunidad de vida entre los cónyuges, en la que se funda, entre otros, el deber de los cónyuges de vivir juntos. Y que, además, el matrimonio, elevado a la categoría de Sacramento, es indisoluble¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Con relación a la literatura posterior al Concilio tridentino hasta la escrita bajo la vigencia del Código de 1917, puede consultarse MANS PUIGARNAU, Jaime, *op. cit.*, pp. 16 y ss, quien cita una gran cantidad de obras.

¹⁵⁷ Cfr. WILLIAMS BENAVENTE, Raúl, *Divorcio e Iglesia. El cuestionamiento de la indisolubilidad*, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas, Santiago, 1997, pp. 9 y ss.

De esta manera, las normas de la Iglesia entendieron que el divorcio era una causal de cese de la vida en común, sin que el divorciado pudiera volver a contraer matrimonio mientras su cónyuge viviera. Ello incluso, en el caso de adulterio, no obstante las dudas que en relación a dicha causal tenían algunos sectores, los que entendían que podía autorizar el divorcio vincular¹⁵⁸.

Los sucesivos Concilios, generales y particulares, se ocuparon de dar normas generales sobre el matrimonio en general, en las que se recogía la concepción antes señalada. También dictaron numerosas normas particulares, de vigencia limitada geográficamente. En todo caso la mayoría de estas prescripciones particulares se ocupaban en regular los casos de incesto más que del divorcio, particularmente durante la Edad Media¹⁵⁹.

En definitiva, la normativa general de la Iglesia, dispuso que el deber de los cónyuges de vivir juntos sólo cesara en virtud de divorcio decretado por la autoridad eclesiástica competente, entre cuyas causales se encontraba el adulterio. Ello se vio corroborado en los grandes hitos de la

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ PERNOUD, Régine, *La mujer en el tiempo de las catedrales*, Traducción de Marta Vassallo, Editorial Andrés Bello, Santiago, 1999, pp. 179 y ss.

época anterior a la codificación: el *Decreto de Graciano* y el *Concilio de Trento*.

5.1.2.2 Normativa particular. Los sínodos indianos en Chile. Con relación a la normativa particular, y en lo que atañe a nuestro país, cabe destacar los sínodos del período indiano que se ocuparon del matrimonio. Sin perjuicio de lo que pudimos haber señalado en el capítulo tercero, diremos algunas breves palabras acerca de estas fuentes de normas canónicas.

Estos sínodos se ocuparon en dictar normas especiales, ya para corregir abusos, ya para abordar la regulación de nuevas materias que carecían de regulación. No pretendían regular toda la institución matrimonial¹⁶⁰. Como dijimos, a propósito del derecho indiano secular, se trataba de hacer frente a la nueva realidad que ofrecía el doblamiento de las Indias.

Al respecto, los sínodos indianos en Chile, en general, son tributarios de la normativa tridentina. En materia de situaciones nuevas, siguen, con frecuencia, la normativa del Tercer Concilio Provincial de Lima, de 1588, cuya influencia se dejó sentir hasta bien avanzado el siglo XIX¹⁶¹.

En materia de unidad domiciliar de los cónyuges, encontramos algunas

¹⁶⁰ SALINAS ARANEDA, Carlos, “El matrimonio en Chile según los sínodos del período indiano (siglos XVII y XVIII)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII (1989-1990), pp. 109 y ss.

normas que salvaguardan el deber de convivencia que dicha unidad supone.

Así, en el sínodo de Santiago de 1626, se regula la situación especial de los indios guarpes de la Provincia de Cuyo. Para no frustra los fines del matrimonio, se dispuso que no se llevase ni mandase llevar ningún indio casado de Cuyo a Chile. Se estableció la excomunión *latae sententiae* y una multa, como sanciones para las autoridades judiciales de Mendoza, San Juan de la Frontera u otras de la provincia de Cuyo, que ayudasen o permitiesen el paso de dichos indios¹⁶².

El sínodo de Concepción de 1744, se ocupó del caso de los indios que se trasladaban de uno a otro lado del Biobío, ya hacia el norte, a la zona dominada por los españoles, ya hacia el sur, al territorio aún sin conquistar, por las perniciosas consecuencias que se seguían en o que dice relación con su vida marital. Se dieron normas tendientes a evitar que los indios ya adoctrinados en las enseñanzas cristianas, pasaran a las tierras del sur del Biobío. Con respecto a los que cruzaban el Biobío hacia el norte, las normas establecían medidas para que se les adoctrinara en el cristianismo,

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 111 y 112.

¹⁶² *Ibidem*, p. 138.

abandonando la tradicional poligamia que practicaban¹⁶³.

El mismo sínodo de Concepción, de 1744, se ocupó de proteger el deber de convivencia que resultaba del matrimonio entre esclavos. Castigaba con excomunión mayor *ipso facto* al amo que “*en odio del matrimonio contraído*”, sacaba al esclavo de su lugar de residencia, en perjuicio del consorcio marital. Se le podía enajenarlos y extraerlos con este motivo. Si el amo tenía que trasladarse a otra ciudad y tenía que llevarse a un esclavo casado, estaba obligado a venderlo o a comprar al cónyuge, “*para que no se divida el matrimonio*”. A su vez, el sínodo de Santiago de 1763, dispuso que la venta de un esclavo en un lugar distante al del otro cónyuge, aunque estuviera justificada, cuando no podía venderse en el propio lugar, debía justificarse ante el juez eclesiástico y obtener de éste autorización para llevar a cabo la separación que implicaba la venta. Todas estas normas protectoras tienen su fuente en las normas de los concilios limenses y mexicanos¹⁶⁴.

Además, el sínodo de Santiago de 1763 estableció que los párrocos debían obligar a probar que estaban casados, mediante la partida de matrimonio o por otro medio, a las personas, españoles o indios, que

¹⁶³ *Ibidem.*

venían de otros lugares con mujer de la que decían que era su cónyuge, si esto no les constaba con certidumbre. Si no lo podían probar, la mujer debía ser *depositada* hasta que el varón acudiese con la partida u otra prueba suficiente¹⁶⁵.

El mismo sínodo también se ocupó de los hombres casados que se trasladaban a otros lugares sin sus mujeres. El sínodo dispuso que era obligación del cura mandar que el varón volviese con su mujer. Como algunos frustraban la norma cambiándose de parroquia, el mismo sínodo ordenó que ninguno de los Párrocos permitiere que residiera en sus Doctrinas un hombre casado, que esté ausente de su mujer por un plazo superior a los dos años. La única excepción era que el casado tuviera autorización de la mujer aprobada por el Ordinario eclesiástico. Si carecía de dicha autorización, debía ser apremiado con censuras¹⁶⁶.

En relación al divorcio, causal de cese del deber de convivencia, prácticamente no existen normas emanadas de sínodos chilenos. Sólo el Sínodo de Santiago, de 1763 se pronunció sobre el tema, pero únicamente para establecer el denominado *depósito* la mujer, pendiente el juicio de

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 139 y 140.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 140.

divorcio, en parte segura. Ello para evitar las situaciones en que la mujer, después de demandar el divorcio, no prosiguen la causa, viviendo entretanto separadas de sus maridos. La norma agregaba que si después, las partes no proseguían el juicio, el fiscal debía pedir que se “*junten à vivre mairidablement*”¹⁶⁷.

5.1.2.3 Otros sínodos indianos. Encontramos también normas que se ocupan del matrimonio, en general, y de salvaguardar el deber de convivencia, en particular, emanadas de sínodos de otros lugares de la América indiana. Tienen en consideración, según ya hemos dicho, la particular realidad que ofrece la expansión en Indias, tal como lo hace la normativa indiana secular, a la que ya nos hemos referidos en el capítulo tercero de este trabajo.

Podemos citar, por ejemplo, el tercer concilio mexicano de 1585, que dispuso que quienes llegaran provenientes de España o de otra provincia alejada, acompañados de una mujer en calidad de cónyuges, debían probar con testimonio auténtico, dentro del plazo de un año, que eran casados. Si así no lo hacían, se les impedía cohabitar.

El segundo concilio de Lima prohibió a los sacerdotes apartar indios

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 135.

ya casados por cualquier causa y ocasión que ellos aleguen. En este sentido, debían remitirse los antecedentes al obispo, el único que podía sustanciar cualquier causa de divorcio.

Como se ve, al igual que en el caso del derecho indiano secular, las normas canónicas indianas, van un paso más adelante. No sólo reconocen el deber de los cónyuges de vivir juntos, conforme a la normativa canónica general, sino que procuran salvaguardarlo mediante normas expresas que incentivan su cumplimiento.

Dichas estas breves palabras acerca de la normativa canónica en el período anterior a la codificación, debemos pasar a ocuparnos de las normas sobre unidad domiciliar de los cónyuges establecidas en los Códigos de 1917 y de 1983.

5.2 El matrimonio en el Código de Derecho Canónico de 1917.

5.2.1 Aspectos generales.

5.2.1.1 Noción canónica de matrimonio. Conforme a la doctrina eclesial, el matrimonio y la familia no son una creación de la Iglesia ni del Estado. Por el contrario, según aquella concepción el matrimonio y la familia han sido instituidos por Dios, autor de la naturaleza, desde los orígenes de la

humanidad¹⁶⁸. Por ello se afirma que el matrimonio y la familia son instituciones de derecho natural, anteriores a la existencia misma de la Iglesia y del Estado. Luego, el matrimonio y la familia se rigen primeramente por las leyes naturales. Tratándose del matrimonio, la ley natural rige y determina exclusivamente su naturaleza esencial, sus propiedades esenciales, sus fines, la naturaleza del consentimiento necesario para su existencia y la habilidad de las personas para contraerlo. Las legislaciones civil y canónica, son llamadas a regir en lo tocante a sus respectivas finalidades y respetando la esencia natural del matrimonio que, como dijimos, es definida por la ley natural.

En efecto, el matrimonio, no obstante su característica de institución de derecho natural, y más bien gracias a dicho carácter, es también algo religioso y sagrado. Además, y como más adelante diremos, tratándose del matrimonio entre los bautizados es un sacramento. Ello explica que esté también sometido a la regulación del derecho canónico o eclesiástico, que se ocupará de lo relativo a la validez y licitud del sacramento del matrimonio y sobre sus efectos inseparables y espirituales.

Pero como también el matrimonio y la familia son el núcleo

¹⁶⁸ En la Santa Biblia se encuentra claramente establecido lo señalado en el texto. Ya en
cclii

fundamental de la sociedad, el Estado, a través de la ley civil, tiene cierta competencia para su regulación, en particular en lo relativo a sus efectos meramente civiles, también denominados efectos temporales separables, tales como porción conyugal, régimen de bienes, etcétera. En todo caso, la ley civil debe respetar la esencia del matrimonio que está definida, como dijimos, por la ley natural¹⁶⁹.

Toda la concepción recién señalada aparecía recogida expresamente por el Código de 1917, en el C. 1.016 que establecía que “*El matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el derecho divino, sino también por el canónico, salva la competencia del poder civil en los efectos meramente civiles*”.

Sobre la base de la concepción recién expuesta el derecho canónico distinguía dos sentidos de la expresión “matrimonio”: el matrimonio “*in fieri*”¹⁷⁰ y el matrimonio “*In facto esse*”¹⁷¹. El Código de Derecho Canónico de 1917 se refería al matrimonio en uno u otro sentido.

En el primer sentido, se considera al matrimonio como un “acto transeúnte”, es decir, el acto de casarse, el casamiento, el acto jurídico que

el Génesis hay una alusión a lo dicho. *Génesis*, capítulo II-18 y SS.

¹⁶⁹ HAMILTON, Carlos, *Manual de Derecho Canónico*, pp. 236 y ss.

¹⁷⁰ También se usa la expresión matrimonio *causaliter*.

da origen a la sociedad conyugal¹⁷². A este sentido se refiere todo lo relativo a los requisitos para la constitución válida del negocio matrimonial. Bajo este prisma se habla específicamente de contrato matrimonial.

En el segundo sentido, se concibe al matrimonio como un “estado permanente”. Es el vínculo que emana del contrato matrimonial. Por ello, corresponde a este sentido todo lo que se refiere al mismo vínculo matrimonial, a sus efectos entre los propios cónyuges o respecto de los hijos, a su eventual disolución o a la separación entre los cónyuges, etcétera.

Los mismos sentidos antes señalados nos entregan sendos conceptos de matrimonio.

Así, desde el punto de vista del matrimonio *in fieri*, se dice que el matrimonio es un “*legítimo contrato del marido y la mujer para engendrar y educar a la prole*”, añadiéndose para los bautizados que “*es*

¹⁷¹ O matrimonio *formaliter*.

¹⁷² Debe entenderse la expresión sociedad conyugal como el estado permanente a que da origen el matrimonio y no como sinónimo de uno de los regímenes patrimoniales que consagra la legislación civil.

elevado por Nuestro Señor Jesucristo a la dignidad de sacramento”¹⁷³. También se ha dicho que “*es un contrato (sacramento entre los cristianos) por el que un varón y una mujer se confieren mutua y perfectamente el derecho sobre sus cuerpos en orden a la procreación y educación de la prole*”¹⁷⁴. En cuanto contrato, debe cumplir con requisitos de existencia y de validez.

Desde la perspectiva del matrimonio *In facto esse*, se le define como “*la unión legítima, perpetua y exclusiva del hombre y la mujer, nacida del mutuo consentimiento, y ordenada para la recta procreación y educación de la prole*”¹⁷⁵. O bien que es “*la unión perpetua del varón y la mujer, en orden a la procreación y mutuo amor y auxilio*”¹⁷⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, para el derecho canónico el matrimonio entre bautizados es además, como ya adelantamos, un sacramento. El contrato matrimonial instituido por Dios al crear al hombre permaneció como contrato natural hasta el advenimiento de Jesucristo, quien elevó dicho contrato natural a la categoría de sacramento, esto es, a la categoría

¹⁷³ CAPELLO, *De Sacramentis*, v. 5 “De Matrimonio”, N° 2, Roma, 1950; citado por HENRÍQUEZ, Luis, *Derecho Canónico*, Tomo II “Matrimonio Canónico”, Santiago 1962, p. 3.; CDC de 1917, C. 1.012.

¹⁷⁴ HAMILTON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 241.

de instrumento eficaz de su gracia y su redención¹⁷⁷. Al conferírsele la categoría de sacramento quiso Jesucristo, por una parte, que los hijos nacidos de él, educados cristianamente en un hogar fortalecido por la gracia santificante, pudieran extender la palabra de Cristo a través del mundo; y, por la otra, que la unión santa que constituye el matrimonio configurara un símbolo de la estrecha y misteriosa unión entre Él y su Iglesia y un signo sensible de su amor infinito hacia la humanidad. Lo anterior constituye un Dogma de Fe definido como tal ya en el Concilio de Trento¹⁷⁸.

5.2.1.2 Fines del matrimonio. El Código de 1917 establecía en el canon 1.013, párrafo 1 que “*la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario*”.

¹⁷⁵ MATEO CONTE a Coronata, *Institutiones Iuris Canonici. De Sacramentis*, V. 3, N° 3; citado por HENRÍQUEZ, Luis, *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁷⁶ HAMILTON, Carlos, *Op. Cit.*, p. 241.

¹⁷⁷ Así lo expresaba el canon 1.012, 1 del Código de 1917. Se agrega que el carácter de sacramento del contrato matrimonial no es un mero “resultado” de dicho contrato ni de otro elemento extrínseco, sino que el mismo contrato matrimonial entre cristianos ES sacramento y que el mismo Sacramento, totalmente, ES contrato. Por ello, como son una misma cosa el contrato y el sacramento, en el caso de matrimonio entre cristianos no pueden separarse el uno del otro: si no hay contrato válido NO hay sacramento y si no hay Sacramento NO hay contrato. Ello también aparecía claramente consagrado en el canon. 1.012, 2 del Código de 1917.

¹⁷⁸ DONOSO, Justo, *Institutiones de Derecho Canónico Matrimonial*, p. 149.

En esta materia se precisaba que cuando se hablaba de fines del matrimonio había que entender los fines para los cuales el matrimonio había sido instituido y no los fines que los contrayentes, como personas, hayan tenido en vista al contraerlo. Es decir, se distinguía entre fines naturales del matrimonio y fines personales. Estos últimos podían ser múltiples pero debían ser lícitos. En ningún caso, para los efectos de la licitud del matrimonio, los contrayentes podían excluir positivamente los fines naturales y perseguir únicamente los fines personales.

Pues bien, conforme a lo que establecía el canon citado se distinguían dos fines naturales:

- Un fin primario, que era el de la procreación y educación de la prole; y
- Un fin secundario, que era la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia.

En lo relativo a los fines del matrimonio el CDC de 1917 plasmaba una concepción que había sido tradicional en la regulación y doctrina canónicas. En efecto, se sostenía que siendo ambos fines esenciales al matrimonio, existía una rígida jerarquización entre ambos. En virtud de dicha jerarquización se sostenía que el fin primario era del tal modo

esencial al matrimonio, que sin dicho fin no podía existir matrimonio válido. Los fines secundarios, en cambio, se subordinaban al fin primario. Se concebían como necesarios para una mejor consecución del fin primario. A través de ellos se legitimaba la celebración y el uso del matrimonio en tanto no se excluyera el fin primario. Ello se traducía en que eran irrelevantes desde un punto de vista práctico en orden a establecer la validez o la nulidad del matrimonio. En otras palabras, el fin primario no podía faltar, a lo menos en la intención de los contrayentes. En ausencia de dicho fin, el matrimonio no era válido, aún cuando existieran los fines secundarios y, por el contrario, la falta de los fines secundarios en un determinado matrimonio no conducía necesariamente a la nulidad del mismo, en la medida que permaneciera el fin primario¹⁷⁹.

5.2.1.3 Propiedades del matrimonio. Las propiedades del matrimonio son las notas que pertenecen a la naturaleza específica del mismo. Por ello

¹⁷⁹ Biblioteca de Autores Cristianos, *Código de Derecho Canónico*, Madrid 1945, Nota al canon 1.013, p. 339; HENRÍQUEZ, Luis, *op. cit.*, pp. 10 y ss.; PEÑA GARCÍA, Carmen, *El matrimonio. Derecho y praxis de la Iglesia*, ...2004, pp. 40 y 41. La doctrina tradicional expuesta en el texto se fundaba en la idea de que lo que distingue a toda sociedad es su fin particular, el cual debía ser único, indivisible y distinto al de otra sociedad. Ello, lógicamente, debía ser también aplicable en el caso del matrimonio, por lo que aunque éste tuviera varios fines naturales, sólo uno de ellos debía ser su fin objetivo, primario y esencial, al cual debían subordinarse los demás, los cuales se concebían como contenidos en el fin primario o como auxiliares del mismo. Véase al

dichas propiedades lo son de TODO matrimonio, no sólo del matrimonio entre bautizados. Sin embargo, tratándose de este último, al revestir también la calidad de sacramento, dichas propiedades resultan fortalecidas por la gracia santificante.

En el Código de 1917, el párrafo 2 del canon. 1.013 establecía que *“la unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza peculiar por razón del sacramento”*.

Luego, conforme a dicha norma las propiedades de TODO matrimonio eran:

- La unidad, conforme a la cual el marido no puede tener sino una mujer y ésta sino un marido; y
- La indisolubilidad, que exige que el vínculo matrimonial que une al marido y a la mujer sea perpetuo. Se distinguía una indisolubilidad intrínseca, que era común a todo matrimonio y conforme a la cual el matrimonio no puede disolverse por voluntad de los cónyuges; y una indisolubilidad extrínseca, que implica que el matrimonio no puede ser disuelto por una autoridad externa. En términos generales,

la indisolubilidad del matrimonio se traducían en que sólo podía disolverse por muerte de uno de los cónyuges y en los casos excepcionalísimos que contemplaba el derecho divino¹⁸⁰.

Finalmente, y sobre la base de lo que ya se ha dicho, se puede agregar que en el matrimonio entre bautizados había una tercera propiedad: la sacramentalidad, propiedad que venía a fortalecer aquellas propiedades que corresponden a todo matrimonio.

5.2.1.4 Bienes del matrimonio. No obstante que los fines naturales y las propiedades del matrimonio lo son de TODO matrimonio, bajo la vigencia del Código de 1917 se sostenía que tratándose del matrimonio sacramento, esto es, del matrimonio entre bautizados, dichos fines y propiedades recibían un especial fortalecimiento a través de la gracia santificante. En este último caso, es decir, en el matrimonio sacramento, los fines y propiedades del matrimonio se enunciaban como bienes del matrimonio, los cuales eran:

5.2.1.4.1 El bien de la prole. Se decía que consistía en el derecho mutuo, perpetuo y exclusivo de engendrar hijos. Tenía un carácter esencial. En efecto, el c. 1.086 del CDC de 1917, después de establecer en su párrafo 1

abril de 1944, citado por PEÑA GARCÍA, Carmen, *op. cit.*, p. 40.

que se presumía el consentimiento interno de la voluntad siempre que estuviera en conformidad con las palabras o los signos empleados en la celebración del matrimonio, en el párrafo 2 establecía que *“Pero si una de las partes, o las dos, por un acto positivo de voluntad, excluyen el matrimonio mismo, o todo derecho al acto conyugal, o alguna propiedad esencial del matrimonio, contraen inválidamente”*. Lo esencial era el derecho a procrear, derecho que era mutuo o recíproco. Tal derecho no podía, mediante una voluntad positiva, excluirse del consentimiento dado por los cónyuges al contraer matrimonio, pero podía faltar la procreación efectiva. Ello determinaba que fuera válido, por ejemplo, el matrimonio entre estériles. Tampoco obstaba a la validez del matrimonio el que los cónyuges, después de adquirido por cada uno de ellos el derecho a procrear en el cuerpo del otro, acordaran no ejercerlo. Dicho acuerdo era lícito en la medida que a través de él se persiguiera la realización de un bien espiritual mayor. En suma, todo lo señalado llevaba a sostener que este primer bien del matrimonio era esencial en cuanto derecho y obligación, pero no en cuanto a sus uso y ejercicio¹⁸¹.

5.2.1.4.2 El bien de la fidelidad. Era el correspondiente a la propiedad

¹⁸⁰ HENRÍQUEZ, Luis, *op. cit.*, p. 12.

esencial de la unidad. Al igual que en el caso del bien anterior, no era válido el matrimonio cuando los contrayentes, al momento de otorgar su consentimiento, mediante una voluntad positiva excluían el derecho exclusivo que les correspondía para los actos de la unión conyugal. Se excluía dicho derecho si, por ejemplo, al prestar el consentimiento el marido se reservaba el derecho de tener otra mujer. Por el contrario, no se configuraba tal exclusión si, al momento de otorgar el consentimiento, el marido tenía la intención de cometer adulterio, porque en tal caso sólo se pretendía ir contra el derecho ya adquirido, pues no había sido excluido.

5.2.1.4.3 El bien del sacramento. En este caso era la indisolubilidad del matrimonio. Ello porque por dicha propiedad adquiere especial firmeza precisamente cuando el matrimonio reviste el carácter de sacramento. A diferencia de los bienes anteriores, en este caso el matrimonio podía ser nulo incluso cuando uno de los contrayentes prestara su consentimiento con la mera intención de disolver el vínculo pasado cierto tiempo. Por tal motivo se afirmaba que, en lo tocante a la ejecución, el bien en comento era más esencial que los otros antes señalados¹⁸².

5.2.2 Efectos del matrimonio y unidad de domicilio de los cónyuges.

¹⁸¹ HENRÍQUEZ, Luis, *Ibidem.*.

5.2.2.1 Efectos del matrimonio respecto de los cónyuges¹⁸³. Conforme a la doctrina contenida en el Código de 1917, una vez celebrado válidamente el matrimonio éste producía diversos efectos.

Cuando era sacramento y no se interponía ningún obstáculo a la gracia, producía efectos sobrenaturales tales como, precisamente, la gracia santificante y el derecho al auxilio divino para cumplir bien los deberes matrimoniales. Por ello, la segunda parte del c. 1.110, del CDC de 1917 establecía que “...*el matrimonio cristiano confiere además la gracia a los cónyuges que no ponen óbice*”.

El matrimonio en cuanto contrato producía efectos naturales, ya canónicos ya civiles. En materia de efectos canónicos se distinguían los efectos respecto de los cónyuges y respecto de los hijos. Como efectos respecto de los cónyuges se enunciaban los siguientes:

5.2.2.1.1 La comunidad indivisible de vida, es decir, el vínculo conyugal perpetuo y exclusivo. En definitiva, el matrimonio *in facto esse*. Este se

¹⁸² HENRÍQUEZ, Luis, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸³ MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *op. cit.*, T. II, pp. 158 y 159; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica*, 2ª Edición aumentada, Madrid, 1947, pp. 228 y ss.; KNECHT, A., *Derecho Matrimonial Católico*, traducido por Gómez Pinán, T., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pp. 536 y ss.; REGATILLO, Eduardo, *Derecho Matrimonial Eclesiástico*, Editorial Sal Térrea, Santander, 1965, pp. 295 y ss.; AZNAR GIL,

mencionaba como el principal de los efectos canónicos. Al respecto, el citado c. 1.110, en su primera parte establecía que “*Del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo que es por su naturaleza perpetuo y exclusivo...*”. En esta comunidad de vida o vínculo conyugal, se fundaban los derechos y deberes de los casados que configuraban los demás efectos respecto de los cónyuges.

5.2.2.1.2 El derecho y deber igual en ambos cónyuges a los actos propios de la vida conyugal. Con relación a este efecto, el c. 1.111 del CDC de 1917 establecía que “*Uno y otro cónyuge, desde el momento de la celebración del matrimonio, tienen los mismo derechos y obligaciones en lo que se refiere a los actos propios de la vida conyugal*”.

Este derecho-deber comprendía dos aspectos: la facultad de exigir la cópula perfecta, apta para la procreación, y la exclusión de cualquier tercero del uso del cuerpo del otro cónyuge. Tenía el carácter de imprescindible para la consecución del fin primordial del matrimonio (la procreación) y como el más eficaz para satisfacer el fin secundario

Federico, *Derecho matrimonial Canónico conforme al Código de Derecho Canónico*, pp. 279 y 280.

consistente en el remedio a la concupiscencia¹⁸⁴. Como ya señalamos a propósito del bien de la prole, el derecho en comento permanecía siempre, en tanto subsistiera el vínculo¹⁸⁵. Sin embargo su uso o ejercicio (fundamentalmente el uso o ejercicio de la facultad para exigir la cópula apta para la procreación) podía suspenderse por un acuerdo entre los cónyuges¹⁸⁶. También era posible que el ejercicio o uso de este derecho se perdiera por determinadas causales que contemplaba la legislación canónica¹⁸⁷.

¹⁸⁴ En relación con el débito conyugal es decir, con relación a la facultad para exigir la cópula apta para la procreación, se insistía en que lo importante era que los cónyuges no excluyeran la procreación mediante un acto positivo de voluntad, seguido o no de eficaz ejecución. En otras palabras, lo importante era que los cónyuges no excluyeran de la cópula las posibilidades de generación, voluntariamente y por propia industria. Ello determinaba que fueran lícitos el acto conyugal (la cópula) y los ordenados a él, aunque no fueran seguidos de procreación, por razones biológicas, de edad, etcétera. Ello porque en tales casos también se satisfacía uno de los fines secundarios del matrimonio: el remedio de la concupiscencia. A partir de lo dicho se enumeraban los casos que, en relación con el débito conyugal, constituían actos deshonestos y pecados gravísimos y los actos que eran perfectamente lícitos. V. al respecto, GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 228 a 231.

¹⁸⁵ En realidad, lo que permanecía siempre mientras subsistiera el vínculo era el derecho en su aspecto de exclusión de cualquier tercero para el uso del cuerpo de la otra parte. En el caso de la facultad para exigir la cópula apta para la procreación, fundamentalmente también subsistía en tanto se mantuviera el vínculo, pero su uso o ejercicio podía suspenderse o perderse, según se señala más adelante en el texto. *Vid.* AZNAR, Federico, *op. cit.*, p. 279 y 280.

¹⁸⁶ También se admitía la licitud de la cópula en períodos de infertilidad de la mujer con la intención de no tener prole en la medida que exista justa causa, lo que se denominaba continencia periódica. *Vid.* REGATILLO, Eduardo, *op. cit.*, p. 295. *Vid.* al respecto la nota.....

¹⁸⁷ Como ya dijimos, en tal caso nos estamos refiriendo fundamentalmente a la facultad para exigir la cópula apta para la procreación. Entre otras causales se enunciaban el

5.2.2.1.3 Comunidad de vivienda, lecho y mesa. Un tercer efecto era la comunidad de vivienda, lecho y mesa. También se denominaba comunión de toda la vida conyugal. A este efecto, por incidir en el tema objeto de nuestro estudio, nos referiremos más adelante.

5.2.2.1.4 Potestad marital. Un cuarto efecto era la denominada potestad marital. Se señalaba que como consecuencia de la del vínculo conyugal y de la comunidad de vida que ésta traía como consecuencia, era necesaria la existencia de una autoridad, la que por lo demás era esencial en toda sociedad. En el caso del matrimonio, dicha autoridad correspondía al marido¹⁸⁸, a quien correspondía el gobierno de la familia y de los asuntos domésticos. Sin embargo se insistía en que dicha potestad no implicaba el que la mujer tuviera la calidad de sierva o esclava del marido. Por el contrario, se destacaba el que la mujer era compañera del marido, quien debía siempre reconocer una igualdad sustancial con su mujer, sin perjuicio de cumplir con los deberes morales de caridad que recíprocamente los obligaban. No obstante lo señalado, se sostenía que,

adulterio, la impotencia sobreviviente, el voto, etcétera. Algunas implicaban la pérdida o el abandono perpetuo su ejercicio, por ejemplo, el adulterio. Otras traían como consecuencia la suspensión temporal del ejercicio, por ejemplo, la enfermedad o peligro grave para el que tiene el débito conyugal.

aún fundándose la potestad marital en el derecho natural, podía determinada, limitada y quitada por leyes humanas y pactos¹⁸⁹.

5.2.2.2 La unidad del domicilio conyugal como comunidad de vivienda, lecho y mesa. Una vez precisados la concepción general y los aspectos fundamentales de la regulación canónica del matrimonio en el CDC de 1917, estamos en condiciones de referirnos a cómo era abordada la noción de unidad de domicilio conyugal, ofreciendo una exposición de las diversas perspectivas que ofrecía su tratamiento.

5.2.2.2.1 Comunidad de vivienda, lecho y mesa. La unidad de domicilio conyugal se identificaba con la comunidad de vivienda, lecho y mesa o, en términos más simples, comunión de toda la vida. Como ya adelantamos, se enumeraba como uno de los efectos canónicos del matrimonio respecto de los cónyuges.

En cuanto al fundamento de esta comunidad, se decía que resultaba estrictamente necesaria para que pudiera vivirse íntegramente el matrimonio *in facto esse*, la comunidad de vida, el vínculo permanente que originaba el matrimonio. No se podía concebir que existiera una

¹⁸⁸ Se citaba lo que San Pablo señaló en cuanto a que “*el varón es cabeza de la mujer*”. *Vide Epístola a los efesos*, 5, 23.

comunidad de vida, un vínculo permanente que emanaba del matrimonio si los cónyuges no vivían juntos. A esta comunidad estaban obligados los cónyuges a no ser que hayan tenido lugar capitulaciones especiales¹⁹⁰. Además, consideraba que esta comunidad era una permanente manifestación a través del tiempo del *affectus maritalis* y un eficaz instrumento para materializar el fin primario del matrimonio¹⁹¹.

5.2.2.2.2 Contenido de la comunidad de vivienda, lecho y mesa. Se sostenía que la comunidad de vivienda, lecho y mesa implicaba una comunidad material pero por sobre todo espiritual. Además, se agregaba que, a esta comunidad así entendida, le eran consustanciales ciertas características o bienes concretos, a saber:

- La estabilidad del hogar y el deber de la mujer de seguir al marido¹⁹². En relación a este deber se decía que comprendía también la obligación de la

¹⁸⁹ AZNAR, Federico, *op. cit.*, p. 280; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 228 y 232; REGATILLO, Eduardo, *op. cit.*, p. 296.

¹⁹⁰ Ya en el Génesis se señala que “Dejará el hombre a su padre y a su madre y se ayuntará a su esposa”. *Vid. Génesis, 2,24*. Por su parte Jesucristo dijo “Dejarán los humanos a su padre y a su madre y se unirán a su esposo”. *Vid. Evangelio según San Mateo, 19,5*. Cf. AZNAR, Federico, *Op. Cit.*, p. 280; MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 159; REGATILLO, Eduardo, *op. cit.*, p. 296.

¹⁹¹ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 231.

¹⁹² La mujer podía exceptuarse de dicha obligación de seguir al marido en caso que existieran causas especialmente importantes que justificaran dicha excepción. Por ejemplo, la existencia de serios peligros para su vida, salud o alma, o para sus hijos, o para el bien de toda la familia. Cfr. KNECHT, A., *op. cit.*, p. 538 y 539.

mujer de abandonar el domicilio de sus padres conjuntamente con el afecto a éstos, por pasar a tener primacía el afecto a su marido.

- La participación de la mujer en los derechos del marido, según su situación jurídica y social. Al respecto el c. 1.112 del CDC de 1917 establecía que *“La mujer, en cuanto a los efectos canónicos, participa del estado de su marido, a no ser que por derecho especial se haya establecido otra cosa”*.

Dicha participación comprendía diversos aspectos¹⁹³. En lo que nos interesa, la mujer participaba del domicilio de su marido, aún cuando haya sido abandonado maliciosamente por éste, según lo dispuesto por el canon 93¹⁹⁴.

- La colaboración en la educación religiosa, moral, física y civil de los hijos, y en procurar su bien temporal, en conformidad a lo que establecía el canon 1.113 del Código de 1917.

- Y el mantenimiento de las relaciones fundamentalmente morales que

¹⁹³ Así, por ejemplo, la mujer participaba del nombre del marido, de fuero, de sus títulos honoríficos, de su sepultura, el uso común de bienes económicos, etcétera. Es interesante destacar que el marido, por el contrario, no participaba del estado de su mujer. Cfr. REGATILLO, Eduardo, *op. cit.*, p. 296.

¹⁹⁴ Lo dicho en el texto no tenía lugar cuando la mujer obtenía del Juez Eclesiástico la separación perpetua o por tiempo indefinido. También la mujer podía obtener la constitución de un cuasi domicilio propio. Cfr. AZNAR, Federico, *op. cit.*, p. 280.

ligaban al marido y sobretodo a la mujer con los auxiliares del hogar¹⁹⁵.

5.2.2.2.3. Importancia de la comunidad de vivienda, lecho y mesa. En definitiva, y en lo tocante a nuestro tema, cabe destacar que el que se estableciera que la mujer debía seguir al marido, la primera de las características antes citadas, y que, además, participaba del domicilio de su marido, que anotamos en la segunda característica, demuestra la especial importancia que la legislación canónica asignaba a la circunstancia de que el domicilio del marido y de la mujer fuera uno y el mismo.

Dicha unidad de domicilio, considerada como uno de los efectos canónicos del matrimonio respecto de los cónyuges, se miraba como fundamental para la realización del tanto del fin primario del matrimonio (la procreación) como de los fines secundarios (el mutuo auxilio y el remedio de la concupiscencia); y, en definitiva, para materializar el vínculo conyugal perpetuo y exclusivo a que daba origen el matrimonio, vínculo del que dimanaban los ya mencionados derechos y deberes entre los cónyuges, en particular el derecho a realizar los actos conyugales en el cuerpo del otro.

Es precisamente la importancia señalada la que a nuestro juicio

¹⁹⁵ Cfr. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 231 y 232.

llevó a la legislación canónica contenida en el Código de 1917 a establecer normas dirigidas a materializar en todo caso un mismo domicilio para los cónyuges, al extremo de ordenar que la mujer debía seguir al marido y que ella participaba del domicilio de su marido, aún cuando éste lo abandonara maliciosamente.

Sin embargo, la misma legislación canónica debió reconocer la existencia de casos especiales en virtud de los cuales no era plausible perseverar en la exigencia de que el domicilio de la mujer y el marido fueran uno y el mismo. Ello nos lleva estudiar cómo se reglamentaron dichos casos en el Código de 1917.

5.2.2.3 Casos de cesación de la unidad de domicilio conyugal. La separación de los cónyuges en el Código de 1917.

5.2.2.3.1 Disolución de vínculo, separación y nulidad. Antes de entrar a analizar la regulación de la separación de los cónyuges en el CDC de 1917, es preciso efectuar una precisión terminológica.

Para referirse a la separación de los cónyuges en el curso de la historia se han empleado diversos términos, sea que se tratara de la separación con disolución del vínculo conyugal o de la separación sin disolución de dicho vínculo. Así, se han utilizado las expresiones

separación, repudio, divorcio, etcétera.

En el ámbito canónico, sin embargo, se generalizaron las expresiones separación y divorcio. En particular, en las colecciones canónicas se generalizó el empleo de la palabra divorcio pero tomada en un sentido amplio, comprensiva de tres situaciones distintas:

- La disolución del vínculo conyugal;
- La separación, en cuanto a cesación de la comunidad de lecho, mesa y habitación; y
- La declaración de nulidad de un matrimonio que no fue contraído válidamente.

Con el objetivo de lograr una mayor precisión en los términos, se postuló que cada una de las situaciones descritas debía denominarse de manera distinta, excluyéndose por completo la utilización del término divorcio. Así, se prefirió hablar, respectivamente, de:

- Disolución del matrimonio;
- Separación; y
- Declaración de nulidad.

Por su parte, la legislación canónica contenida en el Código de 1917, considerando la connotación negativa de la expresión divorcio,

entendida como una ilícita ruptura del vínculo matrimonial, omitía totalmente la utilización de la palabra divorcio. Hablaba en general, en el capítulo X, de separación de los cónyuges, distinguiendo entre la disolución del vínculo (llamado antiguamente divorcio pleno o perfecto) y la separación de lecho, mesa y habitación¹⁹⁶.

Por nuestra parte, nos referiremos exclusivamente a la separación de lecho, mesa y habitación, porque es la que se refiere específicamente a la cesación de la unidad de domicilio conyugal, SUBSISTIENDO el vínculo matrimonial. No entraremos a detallar lo que el Código de 1917 establecía en materia de disolución del vínculo matrimonial o de nulidad del matrimonio¹⁹⁷.

5.2.2.3.2 Separación de lecho mesa y habitación. Separación perpetua.

Hemos visto la importancia que el CDC de 1917 asignaba a la comunidad de lecho, mesa y habitación, como instrumento eficaz para la realización de los fines primario y secundarios del matrimonio, por cuanto a través de

¹⁹⁶ Vid. MONTERO Y GUTIERREZ, Eloy, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

¹⁹⁷ Obviamente, en los casos de disolución del vínculo o de declaración de nulidad, cesa la unidad de domicilio, porque ya NO EXISTE vínculo matrimonial. El Código de 1917, en los cánones 1.118 a 1.127 reglamentaba la disolución del vínculo, estableciendo fundamentalmente los casos en que era procedente la disolución del vínculo, pero sobre la base de una premisa esencial: el matrimonio válido rato (entre bautizados) y consumado NO PODÍA SER DISUELTO por NINGUNA POTESTAD HUMANA ni por NINGUNA CAUSA, FUERA DE LA MUERTE.

dicha comunidad se materializaba el vínculo conyugal, la vida conyugal a que daba origen el matrimonio. Por ello el c. 1.128 del mencionado Código establecía que “*Los cónyuges deben hacer en común vida conyugal, si no hay una causa justa que los excuse*”¹⁹⁸.

Como se ve, el CDC de 1917 establecía que podía existir una justa causa que determinara la cesación de la comunidad de lecho, mesa y habitación, es decir, de la unidad de domicilio conyugal, aunque permanecía vigente el vínculo matrimonial. Obviamente, algunas de esas causas podían ser más graves que otras, lo que determinaba la extensión en el tiempo de la cesación de dicha comunidad.

Se entendía que existían casos en los que la obligación de prestar el débito conyugal, como deber moral, cesaba en el fuero interno de uno de los cónyuges, no pudiendo el otro cónyuge exigir dicho débito (la cópula). Se agregaba que cesando moralmente dicha obligación, debía cesar jurídicamente la obligación de mantener una comunidad de lecho, mesa y habitación, puesto que ésta carece de sentido o se torna imposible desde que no se puede exigir el débito conyugal. De esta manera, se compatibilizaban la indisolubilidad del vínculo matrimonial, restablecida

¹⁹⁸ MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *op. cit.*, Tomo II, p. 173.

por Jesucristo¹⁹⁹, con la necesidad de que se reconociera la existencia de determinadas circunstancias en las que no se podía exigir el débito conyugal y, por consiguiente, carecía de eficacia mantener la comunidad de vida²⁰⁰.

De todas las causas que autorizaban la separación, la más grave, hasta el punto de ser la única cuya concurrencia autorizaba al cónyuge inocente para separarse, para que se decretara la cesación de la comunidad de lecho, mesa y habitación en forma perpetua, era el adulterio de uno de los cónyuges²⁰¹. Es decir, el adulterio de uno de los cónyuges era la única causal de separación perpetua subsistiendo el vínculo matrimonial²⁰².

En efecto, la primera parte del párrafo 1 del c. 1.129 del CDC de 1917 establecía que *“Por el adulterio de de uno de los cónyuges, puede el*

¹⁹⁹ Conforme al Evangelio según San Mateo, V, 31 y 32, Cristo señaló que *“También fue dicho: cualquiera que repudiare a su mujer, déle carta de repudio. Mas yo os digo que el que repudiare a su mujer, a no ser por la fornicación, la hace ser adúltera, y el que tomare la repudiada comete adulterio”*. Y en el mismo Evangelio, XIX, 9, se expresa que Jesús agregó *“Yo os digo que todo aquel que repudiase a su mujer, a no ser por la fornicación, y tomase otra, comete adulterio, y el que se casase con la que otro repudió comete adulterio”*

²⁰⁰ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 236 y 237;

²⁰¹ La gravedad del adulterio radica en que comporta una lesión a la fidelidad, que es uno de los bienes del matrimonio, correspondiente a la propiedad esencial de la unidad.

²⁰² Sobre la base de las palabras de Jesucristo transcritas en la nota...., algunos cristianos entendieron que en virtud del adulterio de uno de los cónyuges tenía lugar incluso la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, la tradición católica, a través de las sucesivas regulaciones canónicas, siempre mantuvo la concepción de la indisolubilidad

otro, permaneciendo el vínculo, romper, aun para siempre, la vida común...”.

El adulterio, para que constituyera causal de separación perpetua entre los cónyuges, debía cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Consumado y real. Es decir, debía tener lugar la realización completa de la cópula fornicaria por parte del cónyuge adúltero con un tercero;
- b) Formal. Esto significaba que debía constarle al adúltero la vigencia del vínculo matrimonial;
- c) Consciente y voluntario, por parte del cónyuge adúltero;
- d) Moralmente cierto. Lo que significaba que debía haber certeza moral de que se cometió, no bastando las meras sospechas, pero sí las presunciones lógicas poderosas;
- e) No debía ser consentido;
- f) No debía ser provocado;
- g) No debía ser compensado. Esto significaba que no tenía lugar la causal en estudio cuando AMBOS cónyuges cometían adulterio, siendo indiferente quién lo cometió primero o quien lo cometió más veces; y
- h) No debía ser condonado por el cónyuge inocente. La condonación podía

ser expresa (por escrito o verbalmente), tácita (si el cónyuge inocente convivió espontáneamente con el otro cónyuge, con afecto marital, es decir, si prestó o pidió el débito conyugal), o presuntiva (cuando en el plazo de seis meses el cónyuge inocente no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima).

Los requisitos señalados eran necesarios para distinguir el adulterio como causal de separación perpetua, del pecado de adulterio (en que bastaba la aceptación libre del deseo lascivo con un tercero), y del delito de adulterio (en el que había un acto externo con un tercero sin que fuera necesaria la cópula fornicaria). Es decir, a través de dichos requisitos se exigía que el adulterio fuera una verdadera ruptura de la fidelidad matrimonial, ruptura que por su gravedad autorizaba el que se estableciera al adulterio como una causal de separación perpetua entre los cónyuges²⁰³.

Tratándose de los requisitos señalados en las letras “a”, “b”, “c” y “d”, también denominados requisitos positivos, su sola concurrencia podía bastar para que la cópula fornicaria constituyera un delito de adulterio, pero no eran suficientes para que se configurara la causal canónica de separación perpetua entre los cónyuges.

Por su parte, en las letras “e”, “f”, “g” y “h” antes señaladas, se mencionan los denominados requisitos negativos de la causal en comento y de los que se ocupaba expresamente el CDC de 1917. Sólo concurriendo estos requisitos, en conjunto con los denominados requisitos positivos, se estaba en presencia del adulterio como causal de separación entre los cónyuges²⁰⁴.

Con relación a los requisitos negativos, la segunda parte del párrafo primero del c. 1.129 del CDC de 1917, después de señalar que por el adulterio de uno de los cónyuges podía el otro (el inocente), permaneciendo el vínculo, romper incluso para siempre la vida en común, establecía que “...a no ser que él haya consentido en el crimen, o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido”.

Por su parte el párrafo segundo del mencionado canon disponía que “Hay condonación tácita, si el cónyuge inocente, después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital; se presume la condonación, si en el plazo de seis

²⁰³ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 238 y 239.

²⁰⁴ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 239 y 240; MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *Op. Cit.*, Tomo II, pp. 174 y 175.

meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima”.

De esta reglamentación del adulterio de uno de los cónyuges como causal de separación perpetua, se destacaban dos notas características: el igual tratamiento tanto de la falta del marido como la de la mujer; y la configuración de un derecho subjetivo para eximirse de la comunidad de vida, subsistiendo el vínculo conyugal, solución que reconoce el carácter indisoluble del matrimonio²⁰⁵.

De esta manera, el adulterio de uno de los cónyuges se erigía en causal que autorizaba al cónyuge inocente para eximirse en forma perpetua, por sentencia de un Juez o incluso por autoridad propia²⁰⁶, del deber de mantener una comunidad de lecho, mesa y habitación. Su efecto fundamental consistía en que el cónyuge inocente ya no tenía, y para siempre, obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero a la comunidad de vida. Es decir, al cónyuge inocente ya no se le podía exigir la obligación de vivir junto con el cónyuge que cometió adulterio. Sin

²⁰⁵ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 240.

²⁰⁶ En caso de separación por autoridad propia por el adulterio del otro cónyuge, se destacaba que ella gozaba de eficacia meramente moral, careciendo de valor jurídico. Para que tuviera eficacia jurídica era necesario obtener la dictación de una sentencia por

embargo, si bien al cónyuge inocente no se le podía obligar para recibir y vivir junto al cónyuge culpable, aquél podía admitir o llamar a este último y restaurar la vida en común²⁰⁷, salvo que el adúltero, con el consentimiento del inocente, haya profesado en religión o recibido órdenes sagradas. En este sentido, el c. 1.130 del CDC de 1917 establecía que *“El cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, jamás tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de vida; pero puede admitirlo o llamarlo, a no ser que consintiéndolo él, haya abrazado un estado contrario al matrimonio”*.

Asimismo, y en virtud de la separación con motivo del adulterio, cesaban todos los deberes que se fundaban, a su vez, en la obligación de vivir juntos, particularmente el de prestar el débito conyugal.

Sin embargo, subsistían los deberes que emanaban de la circunstancia de que subsistiera el vínculo matrimonial (por ejemplo, la fidelidad, la propia indisolubilidad y la santidad) y los deberes de

un Juez que decretara la separación perpetua. Vide MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 175.

²⁰⁷ Incluso se decía que el cónyuge inocente conservaba la facultad de OBLIGAR, si así lo quería, al cónyuge adúltero para reanudar la vida en común, con la sola excepción que

caridad²⁰⁸.

Por otra parte, resulta interesante destacar que la misma comunidad de vida, o unidad de domicilio conyugal (a la que se podía poner término por la separación por la causal de adulterio de uno de los cónyuges), o mejor dicho su subsistencia después del adulterio, servía como indicio para presumir la condonación tácita de dicho adulterio, según lo establecía el ya citado párrafo segundo del canon 1129 del Código de 1917. Era tal la eficacia de la comunidad de vida, como símbolo del afecto marital, que constituía por si misma, siempre que se prolongara por a lo menos seis meses²⁰⁹, un indicio de que el cónyuge inocente había condonado tácitamente el adulterio del culpable. En efecto, dicha presunción exigía que el cónyuge inocente, durante dicho lapso, no hubiere expulsado de la común habitación al culpable, o no lo hubiere abandonado. En otras

se indica más adelante en el texto. Vide., BIBLIOTECA DE AUTORES CRISTIANOS, *Código de Derecho Canónico*, ed. citada, nota al canon 1.130 del CDC de 1917, p. 376.

²⁰⁸ En relación con el deber de fidelidad y atendido a que subsistía no obstante la separación, se decía que si el cónyuge inocente cometía adulterio DESPUÉS de la separación, debía restaurarse la vida conyugal si dicha separación había tenido lugar por decisión propia del cónyuge inocente. Si la separación se había verificado por sentencia judicial, sólo había obligación de restaurar la comunidad de vida en la medida que existiera otra sentencia que expresamente así lo dispusiera. Vide., BIBLIOTECA DE AUTORES CRISTIANOS, *Código de Derecho Canónico*, Ed. Citada, nota al canon 1.130 del CDC de 1917.

²⁰⁹ Aunque se discutía, se sostenía que el plazo de seis meses se contaba desde que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del adulterio.

palabras, manteniéndose la unidad de domicilio conyugal durante a lo menos seis meses, se presumía condonación tácita del adulterio y ya no podía prosperar una pretensión de separación perpetua en virtud de dicha causal.

5.2.2.3.3. Separación temporal. Al margen del adulterio de uno de los cónyuges, que era la única causal que autorizaba la separación perpetua de los cónyuges, existían otras causales que por su menor gravedad sólo autorizaban una separación temporal, por tiempo definido o indefinido.

Se entendía que estas causales, si bien no constituían un ataque o lesión a alguna de las propiedades esenciales del matrimonio, como era el caso del adulterio²¹⁰, constituían situaciones que hacían que la comunidad de vida dificultara la práctica de las virtudes cristianas o no pudiera servir de base a la educación cristiana de los hijos. Se decía que el mantener, en tales casos, la obligación de vivir juntos produciría efectos contraproducentes, haciendo más difícil la salvación eterna de los cónyuges o de los hijos. Por ello, dichas situaciones se configuraron como causales en virtud de las cuales se suspendía el derecho al débito conyugal

²¹⁰ Como ya dijimos anteriormente, la mayor gravedad del adulterio se explica porque en virtud de él se destruye la fidelidad, uno de los bienes del matrimonio, lesionándose de esta forma una de sus propiedades esenciales: la unidad.

y, por ende, cesaba también la obligación de vivir juntos. Se salvaba de esta forma, una vez más, la indisolubilidad del vínculo matrimonial²¹¹.

A este respecto, el Código de 1917, en el párrafo primero del canon 1131, establecía las causales de la separación temporal de lecho, mesa y habitación. Dicha norma señalaba que *“Si uno de los cónyuges da su nombre a una secta acatólica; si educa acatólicamente a los hijos; si lleva una vida de vituperio o de ignominia; si es causa de grave peligro para el alma o para el cuerpo del otro; si con sus sevicias hace la vida en común demasiado difícil, esto y otras cosas semejantes son todas ellas causas legítimas para que el otro cónyuge pueda separarse con autorización del Ordinario local, y hasta por autoridad propia si le constan con certeza y hay peligro en la tardanza”*.

La norma citada merecía algunas observaciones interesantes. En primer lugar, el catálogo de causales de separación temporal no era taxativo, sino que meramente enunciativo. Lo que quedaba en evidencia al señalar el mencionado canon que las causales indicadas *“y otras cosas semejantes”* podían fundar la separación temporal.

La doctrina canónica clasificaba las causales que contemplaba la

²¹¹GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, p. 240.

norma transcrita, señalando que podían distinguirse tres grupos de causales²¹²:

a) El peligro espiritual. Comprendía las siguientes causales:

- Dar uno de los cónyuges su nombre a una secta acatólica. Consistía en la afiliación a una secta de tal naturaleza;

- Educar acatólicamente a la prole. Tenía lugar cuando se ponía en peligro la fe católica de los hijos;

- Llevar uno de los cónyuges una vida de vituperio o ignominiosa. Consistía en llevar una vida de crimen de manera pública. No bastaba sólo una vida de crimen oculta o sólo un mal concepto público²¹³; y

- Peligro grave para el alma del otro cónyuge. Por ejemplo, el intento de onanismo conyugal, inducir al adulterio o a otros pecados graves, con tal que fueran serios, insistentes y de eventual eficacia, etcétera.

b) La situación o disposición anímica o material de un cónyuge que constituya, de continuarse en la vida marital, grave peligro físico o corporal para la vida del otro cónyuge. En términos más simples, el grave peligro para el cuerpo del otro cónyuge. Se ejemplificaba con situaciones

²¹² Vide., GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 241 a 243.

²¹³ Por ello el profesor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ señalaba que la vida criminosa e ignominiosa eran requisitos copulativos.

que no estaban contempladas en el C. 1.131, tales como la locura de uno de los cónyuges, asechanzas de muerte de uno de los cónyuges, enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges que revistiera una especial peligrosidad.

c) La imposibilidad de la vida en común. Que podía comprender las siguientes causales:

- Sevicias. Se trataba de una causal expresamente contemplada en el C. 1.131 y una de las de más frecuente aplicación. Se reglamentaba ya en las *Decretales*. La doctrina canónica se preocupaba de precisar correctamente en qué consistían las sevicias a fin de no confundirlas, por ejemplo, con las situaciones que constituían grave peligro para el cuerpo del otro cónyuge, comprendidas en el grupo anterior de causales.

En este sentido se decía que las sevicias consistían en maltratos físicos o morales constantes, habituales y continuados, que hacían imposible la vida en común, atendidas las circunstancias del cónyuge que era objeto de las sevicias, ya porque existiera grave peligro de daños más graves, ya porque existiera imposibilidad de soportarlos. Se requería que estos maltratos no fueran provocados y estuvieran plenamente establecidas su gravedad y habitualidad. Además, era preciso que no hubieran sido

condonados, ya por el perdón, ya por la renuncia de la acción ejercida.

De esta manera, las sevicias cobraban una fisonomía particular, distinguiéndose claramente de las situaciones de grave peligro para el cuerpo del otro cónyuge a que se refiere el grupo anterior de causales. En efecto, las sevicias suponían culpa y responsabilidad, requerían habitualidad y, pudiendo consistir en prácticas que atentan contra la vida o salud fisiológica del otro cónyuge, decían más bien relación con el aspecto moral del matrimonio (desprecios, humillaciones, insultos) lo que en definitiva era lo que hacía imposible o muy difícil la vida en común. Por el contrario, en los casos de grave peligro para el cuerpo del otro cónyuge, no se requería culpa o responsabilidad (por ejemplo, en los casos de una enfermedad contagiosa hereditaria), podían consistir en hechos aislados y, fundamentalmente, lesionaban la vida o salud fisiológica del otro cónyuge²¹⁴.

- Ausencia injustificada en el esposo del hogar, o negativa de la mujer a acompañar al esposo, rompiendo así la comunidad de vida matrimonial. Esta causal no se mencionaba expresamente en el texto del canon 1.1.31. Sin embargo, la circunstancia de que se construyera analógicamente, según

²¹⁴ MONTERO Y GUTIÉRREZ, Eloy, *Op. Cit.*, Tomo II, pp. 176 y 177.

lo autorizaba dicha norma, nos revela la importancia que revestía para la doctrina canónica de la época la comunidad de vida o unidad de domicilio conyugal²¹⁵.

En efecto, no sólo se reconocía la existencia de causales que hacían inconveniente mantener la vida en común, por lo que autorizaban la separación, ya perpetua, ya temporal, sino que LA MISMA CESACIÓN DE LA VIDA EN COMÚN O DE LA UNIDAD DE DOMICILIO, por abandono del hogar por parte del marido o por negativa de la mujer a seguir a éste último, ERA EN SÍ MISMA una causal que autorizaba la separación temporal de los cónyuges.

- Y, finalmente, el abandono injustificado de los deberes conyugales, aun sin ausencia. Como ejemplo se citaban la negativa injustificada para prestar el débito conyugal, el descuido grave de los hijos, etcétera.

Una segunda observación que merecía el citado C. 1.131 era el que la separación temporal que allí se reglamentaba, por regla general tenía lugar por intervención del Ordinario del lugar, es decir, que las causales referidas debían tratarse administrativamente. Sólo podía acudir a un

²¹⁵ El profesor MONTERO Y GUTIÉRREZ señala que ya en el Concilio de Trento se enunció a la causal en comento como una de las que autoriza la separación temporal. Y cita a otros canonistas que también la mencionan.

proceso judicial cuando el Ordinario lo permitía expresa o tácitamente. En cuanto a la posibilidad de que la separación temporal se llevara a efecto por autoridad propia, dicha posibilidad era excepcional, limitada a los supuestos que mencionaba el propio párrafo primero del C. 1.131, a saber, si al cónyuge inocente la causal le constaba con certeza y, además, debía haber peligro en la tardanza que hubiere implicado acudir al Ordinario local²¹⁶. Es decir, había una diferencia aquí con lo que ocurría en materia de separación perpetua (cuya única causal era el adulterio de uno de los cónyuges), en donde, como vimos, dicha separación podía llevarse a efecto por autoridad propia, sin las limitaciones antes señaladas, o por sentencia judicial.

Pero, en atención a la menor gravedad de dichas situaciones, se establecía que ellas sólo autorizaban para una separación temporal entre los cónyuges, nunca perpetua. Luego, debía restaurarse la vida conyugal tan pronto cesara la causa de la separación.

5.3 La unidad domiciliar de los cónyuges en el Código de Derecho

²¹⁶ BIBLIOTECA DE AUTORES CRISTIANOS, *Código de Derecho Canónico*, Ed. Citada, nota al canon 1.131 del CDC de 1917. Sin embargo, el profesor JIMÉNEZ FERNÁNDEZ sostenía que además de la vía administrativa y la de por autoridad propia, procedía decretar la separación por resolución judicial dictada en procedimiento voluntario o contencioso. Al respecto *vide, op. cit.*, p. 241.

Canónico de 1983²¹⁷.

5.3.1 Planteamiento

Hemos analizado con cierto detalle la regulación que el Código de 1917 establecía respecto de nuestro tema. Para referirnos a lo que el Código de 1983, actualmente vigente, prescribe, seremos más breves. Nos limitaremos a destacar aquellos aspectos en los que este último introdujo alguna innovación importante que incida en lo relativo a la unidad domiciliar de los cónyuges.

5.3.2 Aspectos generales.

5.3.2.1 Noción canónica de matrimonio. A diferencia del Código de 1917, el de 1983 establece, en el canon 1055, una definición implícita de matrimonio, al señalar, en su párrafo primero, que *“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 elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”*.

Se puede apreciar que se mantiene la distinción tradicional entre

²¹⁷ El texto del Código en UNIVERSIDAD DE NAVARRA, Facultad de Derecho Canónico, *Código de Derecho Canónico. Edición Bilingüe y anotada a cargo del*
cclxxxix

matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*: el matrimonio en cuanto acto y el matrimonio en cuanto estado permanente o comunidad de vida, conceptos que, si bien se pueden distinguir, no admiten una separación radical.

El párrafo transcrito señala los elementos esenciales de todo matrimonio, no sólo del matrimonio sacramento: una alianza matrimonial, concepto con hondas raigambres bíblicas y mucho más rico que el de contrato, que utilizaba el Código de 1917; heterosexualidad del consorcio conyugal; el matrimonio es una realidad que constituyen los contrayentes, no una persistente; en virtud del matrimonio se constituye un consorcio de toda la vida, una comunidad en la que ambos se disponen a unir sus destinos y a correr la misma suerte; y este consorcio de toda la vida está ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación de la prole²¹⁸.

Además, el Código de 1983 reitera que el matrimonio fue elevado a la categoría de sacramento por nuestro Señor Jesucristo. Por ello, el párrafo segundo del canon citado, a modo de corolario, establece la

Instituto Martín de Azpilcueta. Quinta Edición revisada y actualizada, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1992.

²¹⁸ PEÑA GARCÍA, Carmen, *op. cit.*, p. 33.

inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio. El matrimonio válido entre bautizados es siempre sacramento. No puede hablarse de un matrimonio simplemente natural entre bautizados²¹⁹.

5.3.2.2 Fines del matrimonio. En esta materia, el Código de 1983, en su canon 1055, señala como tales el bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole. Se destaca que el matrimonio, por su misma índole natural, está ordenado a dichos fines. Luego, ninguno de ellos puede excluirse del pacto conyugal. En caso contrario, el matrimonio sería nulo.

Por otra parte, a diferencia del Código de 1917, el de 1983 no distingue entre fin primario y fin secundario. Pero ello no significa que no estén relacionados y jerarquizados. Simplemente se ha plasmado la nueva formulación que entronca en las disposiciones del Concilio Vaticano II y en los principios expuestos por Paulo VI en la Encíclica *Humanae Vitae*. Se insiste en que, por su propia naturaleza, el matrimonio y el amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole. En todo caso, no se hace referencia a la existencia de prole efectiva, sino que

²¹⁹ FORNES, Juan, “El sacramento del matrimonio (derecho matrimonial)”, en VV. AA., *Manual de Derecho Canónico*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A, Pamplona, 1991, pp. 609 a 612.

a la ordenación del matrimonio a la prole²²⁰.

5.3.2.3 Propiedades del matrimonio. Se refiere a esta materia el canon 1056, conforme al cual “*Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento*”.

De esta manera, al igual que en el de 1917, el Código de 1983 establece que son propiedades esenciales del matrimonio la unidad y la indisolubilidad. Se trata de propiedades del matrimonio en virtud del derecho natural, por lo que son comunes a todo matrimonio. Además, se trata de propiedades esenciales, de manera que su exclusión del consentimiento, hace nulo el pacto conyugal.

Cuando tratamos de las propiedades del matrimonio en el Código de 1917, no extendimos con más detalle. Por lo que ahora nos remitimos a lo que allí dijimos.

5.3.2.4 Bienes del matrimonio. En esta parte, cabe decir lo mismo que se señaló a propósito de la regulación del Código de 1917. Se habla de bienes del matrimonio para referirse a sus fines y propiedades que son especialmente fortalecidos cuando se trata del matrimonio sacramento, es

²²⁰ *Ibidem*, pp. 612 a 614.

decir, en el caso del matrimonio entre bautizados.

Así, se habla del bien de la prole, consistente en el derecho mutuo, exclusivo y perpetuo de engendrar hijos. El bien de la fidelidad se corresponde con la propiedad de la unidad y el bien sacramento, con la de la indisolubilidad.

Se trata de bienes esenciales. No se pueden excluir del consentimiento matrimonial. Si así se hace, el pacto conyugal es nulo.

5.3.3 Efectos del matrimonio y unidad de domicilio de los cónyuges

5.3.3.1 Efectos del matrimonio en relación a la persona de los cónyuges.

El consorcio conyugal. De los efectos del matrimonio tratan los cánones 1134 a 1140. Se trata de una regulación bastante sucinta. Se ha dicho que ello obedece a que la gran mayoría de las relaciones conyugales y paternofiliales no suelen trascender claramente al plano jurídico, por lo que el Derecho se mostraría reacio a intervenir en relaciones que se mueven en un plano íntimo; y a que el régimen de filiación suele quedar absorbido en el plano fáctico por la regulación de los distintos Códigos Civiles²²¹.

El canon 1134 se refiere a dos categorías de efectos: uno de

naturaleza estrictamente jurídica y el otro de naturaleza sacramental. En efecto, la norma señala que *“Del matrimonio válido se origina entre los cónyuges un vínculo perpetuo y exclusivo por su misma naturaleza; además, en el matrimonio cristiano los cónyuges son fortalecidos y quedan como consagrados por un sacramento peculiar para los deberes y la dignidad de su estado”*.

En virtud del efecto estrictamente jurídico el canon citado reafirma el carácter perpetuo y exclusivo que del vínculo que surge de todo matrimonio válido.

Pues bien, y para nuestros efectos, nos interesa destacar que el primer efecto del matrimonio es el surgimiento de un vínculo: el vínculo matrimonial con caracteres de perpetuidad y exclusividad, en consonancia con lo que había dispuesto el canon 1056. Dicho vínculo, desde un ángulo jurídico *“significa la unión personal de los cónyuges en comunión total de vida, es fuente de los demás derechos y deberes conyugales...Desde el punto de vista social el vínculo supone la relación interpersonal de los*

²²¹ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO VALLS, Rafael, *Curso de derecho matrimonial canónico concordado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 263.

*cónyuges en el sentido más amplio*²²².

Por otra parte, el Código de 1983, en el canon 1135 establece que *“Ambos cónyuges tienen igual obligación y derecho respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida común”*. En otras palabras, se consagra la igualdad en los derechos y deberes conyugales de ambos cónyuges en orden a lo que constituye el consorcio de vida a que se refiere el canon 1055.

En virtud de lo anterior, se ha explicitado el principio de igualdad en una manera más amplia que aquella que contemplaba el Código de 1917, en el canon 1111, que aludía a la igualdad en derechos y deberes en lo que se refería a los actos propios de la vida conyugal. Ahora, el contenido de esta igualdad está en estrecha relación con el objeto del matrimonio, a que se refiere el canon 1055, esto es, con el consorcio de vida conyugal. Con todo lo que pertenece a dicho consorcio, no sólo la cópula conyugal, se relaciona el principio de igualdad. Es por ello, además, que el Código de 1983 no determina más concretamente los derechos y deberes de los

²²² SANTOS J. L, citado por AZNAR GIL, Federico, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985, p. 455.

cónyuges²²³.

Otra consecuencia del principio de igualdad recién enunciado y que atañe directamente a nuestro tema, es la supresión de la norma que establecía el canon 1112 del Código de 1917, conforme a la cual la mujer, en cuanto a los efectos canónicos, participaba del estado o condición jurídica de su marido, lo que se traducía en que aquella adquiría el domicilio del marido, según lo disponía el canon 93 del mismo Código. Ahora, el Código de 1983, en su canon 104 dispone que los cónyuges tienen común el domicilio o cuasidomicilio.

No obstante que el Código de 1983 no explicita los derechos y deberes conyugales que implica el consorcio conyugal, se ha dicho que éste se traduce en la mutua ayuda, fidelidad, convivencia, sustentación y educación de la prole, etcétera²²⁴. A su vez, la obligación de mantener una comunidad de vida se ubica junto con la de cooperar a la realización del acto carnal, la de no hacer nada contrario a la generación de la prole y la de recibir y educar a los hijos, como una de las obligaciones

²²³ AZNAR GIL, Federico, *op. cit.*, p. 455; LÓPEZ ALARCÓN, Mariano y NAVARRO VALLS, Rafael, *op. cit.*, p. 264.

²²⁴ AZNAR GIL, Federico, *loc. cit.*

matrimoniales, que debe ser objeto del consentimiento matrimonial²²⁵.

En definitiva, y en lo que dice relación con nuestro tema, el matrimonio produce como efecto el vínculo matrimonial, perpetuo y exclusivo, que significa la unión personal de los cónyuges en comunión total de vida. Dicha comunidad o consorcio, implica, entre otros, el derecho y deber de vivir juntos, la convivencia, derecho que se proyecta en un plano de igualdad de ambos cónyuges. La comunidad de vida es el vínculo conyugal, en cambio, la convivencia es uno de los derechos y deberes que forman parte del contenido de la comunidad o consorcio de vida conyugal.

De esta manera, la unidad domiciliar de los cónyuges aparece recogida en el Código de 1983 como uno de los efectos que supone el consorcio conyugal a que da origen el matrimonio. Aparece como efecto propio del matrimonio. Por ello el canon 1151 dispone que *“Los cónyuges tienen el deber y el derecho de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima”*

Dicho lo anterior, procede que nos refiramos a los casos en que los cónyuges se encuentren excusados de mantener la convivencia, por

²²⁵ GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, *Derecho canónico matrimonial según el*
ccxcvii

concurrir una causa legítima.

5.3.3.2 Cesación o suspensión del deber de los cónyuges de vivir juntos.

La separación. No nos referiremos a la disolución del vínculo, que tratan los cánones 1141 a 1150, sino que a la separación permaneciendo el vínculo, regulada en los cánones 1151 a 115.

En virtud de esta separación, no sólo se suspende la vida en común y el deber de los cónyuges de vivir juntos, sino que también el conjunto de derechos y deberes conyugales, con excepción de algunos aspectos. Pero lo típico es la suspensión de la comunidad de vida y el deber de convivencia.

Hemos dicho que el canon 1151 establece que los cónyuges tienen el derecho y deber de mantener la convivencia conyugal a no ser que les excuse una causa legítima. Para determinar cuáles son esas causales se atiende, además de los derechos y deberes conyugales, a los principios informadores de la vida conyugal, esto es, directrices generales del comportamiento de los cónyuges. Dichos principios son cinco, a saber: los cónyuges deben guardarse fidelidad; debe tenderse al mutuo perfeccionamiento material o corporal; debe tenderse al mutuo

perfeccionamiento espiritual; los cónyuges deben vivir juntos; y debe tenderse al bien material y espiritual de los hijos habidos²²⁶.

Luego, las causales que excusan legítimamente del deber de convivencia, es decir, las causas de separación, son las conductas que atentan gravemente contra aquellos principios: adulterio, grave detrimento corporal del cónyuge o de los hijos; grave detrimento espiritual del cónyuge o de los hijos y abandono malicioso²²⁷. Estas causales pueden determinar una separación perpetua o temporal, distinción que también hacía el Código de 1917 y que ya explicamos al referirnos a la regulación de dicho Código.

5.3.3.2.1 Separación perpetua. El adulterio. De las causales referidas, únicamente el adulterio autoriza una separación perpetua.

Se refiere al adulterio el canon 1152. En esta materia la regulación es similar a la del Código de 1917. Por ello nos remitimos a lo que en la parte pertinente dijimos.

5.3.3.2.2 Separación temporal. A la separación temporal se refiere el canon 1153, conforme al cual:

²²⁶ UNIVERSIDAD DE NAVARRA, *Código de Derecho Canónico*, edición citada, nota al cano 1151, p. 696.

²²⁷ *Ibidem*.

“Si uno de los cónyuges pone en grave peligro espiritual o corporal al otro o a la prole, o de otro modo hace demasiado dura la vida en común, proporciona al otro un motivo legítimo para separarse, con autorización del Ordinario del lugar y, si la demora implica un peligro, también por autoridad propia.

Al cesar la causa de la separación, se ha de restablecer siempre la convivencia conyugal, a no ser que la autoridad eclesiástica determine otra cosa”.

Como queda en evidencia, el canon citado no enumera causales concretas, como el Código de 1917, sino que recurre a fórmulas genéricas.

Si los causas de separación parcial no constituyen un peligro culpable, esto es, imputable al otro cónyuge, se suspende solamente el deber de vivir juntos pero no los demás derechos y deberes conyugales. Sólo cuando existe tal culpa tiene lugar también la suspensión de tales derechos y deberes²²⁸.

5.3.3.3 Otros efectos de la separación. Sin perjuicio de los efectos que ya hemos señalado, el canon 1154 agrega que aunque tenga lugar la separación, hay que proveer siempre de modo oportuno a la debida

²²⁸ *Ibidem*, nota al canon 1153, p. 698.

sustentación y educación de los hijos.

5.3.3.4 Renuncia del derecho a la separación. El canon 115 regula la terminación de la separación por decisión del cónyuge inocente. La norma señala que *“El cónyuge inocente puede admitir de nuevo al otro a la vida conyugal, y es de alabar que así lo haga; y, en ese caso, renuncia al derecho de separarse”*.

Se destaca aquí la importancia de la vida en común. La circunstancia de que el cónyuge inocente reanude la vida en común con el otro cónyuge, por propia iniciativa o a petición de este último, configura una forma de renuncia del derecho de separación, terminando de este modo el estado de separación.

Obviamente, en el caso de la separación temporal, esta posibilidad solo puede tener lugar durante el período a lo largo del cual se extiende la causa separación. Ello porque cuando desaparece dicha causa, es obligación reanudar la vida conyugal, a menos que la autoridad eclesiástica haya establecido otra cosa, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del canon 1153 antes citado.

CAPÍTULO FINAL

CONCLUSIONES

Frente a las sucesivas modificaciones de que ha sido objeto el derecho

matrimonial en los últimos años, resultaba interesante observar cuál había sido la suerte de uno de los aspectos centrales del matrimonio, como lo es el de la unidad de domicilio de los cónyuges.

Después de haber analizado el tratamiento de la unidad domiciliar de los cónyuges desde el derecho romano hasta nuestros días, sin perjuicio de las normas que nos entrega el derecho canónico, de tanta importancia en ciertos momentos de la historia, no podemos dejar de establecer algunas conclusiones u observaciones que dicho tratamiento nos sugiere.

a) De la autoridad del marido a la comunidad de vida como fundamento de la unidad domiciliar. Ya en el matrimonio romano la unidad domiciliar de los cónyuges aparece como elemento esencial para configurar la *affectio maritalis*. No se concibe que pueda existir el matrimonio sin una comunidad de vida entre los cónyuges. Aparece la unidad domiciliar como algo que define lo propiamente matrimonial.

En efecto, más allá de la distinción que se formula entre matrimonio “*cum manu*” o “*sine manu*”, en términos generales aparece como efecto propio del matrimonio y definitorio de la existencia del matrimonio, el que la mujer debía seguir al marido pasando a tener el domicilio de éste.

Resulta interesante constatar que la unidad domiciliar se establece por

la vía de reconocerle al marido una autoridad sobre la mujer, de manera tal que ésta se encontraba obligada a seguir a aquel y pasaba a tener su domicilio.

Lo importante, insistimos, es que no se concebía la posibilidad de que existiera un matrimonio en que la unidad domiciliar no fuera un elemento constitutivo o definitorio de la realidad matrimonial, sin perjuicio de que en la práctica tuvieran lugar períodos más o menos prolongados en los que el marido se ausentaba (por razones militares, laborales, etcétera) del hogar conyugal.

A lo largo de la historia la situación se mantuvo así. Tanto en el derecho castellano, como en el derecho indiano y en el derecho patrio, la unidad domiciliar de los cónyuges aparece como elemento definitorio o efecto propio del matrimonio. Al igual que en el derecho romano, la unidad domiciliar aparece como estrechamente vinculada con la autoridad que se reconoce al marido. Lo mismo puede apreciarse en el derecho canónico hasta antes de la dictación del Código de 1983.

Sólo en los últimos años, en los que se proclama la igualdad esencial entre el hombre y la mujer, aparece en retirada el principio de la autoridad del marido sobre la mujer. En tal caso, la unidad domiciliar aparece

sustentándose no ya en la autoridad del marido y en el recíproco deber de la mujer de seguir al marido, sino que en la comunidad de vida que se forma entre los cónyuges. De esta manera, la comunidad de vida aparece ahora como el gran fundamento en el que se sustenta la unidad domiciliar de los cónyuges como elemento o efecto propio del matrimonio. Dicha comunidad de vida hace surgir y derechos y deberes recíprocos, entre ellos los que dicen relación con el hogar conyugal.

En suma, como ha dicho una autora, *“La relación matrimonial no se concibe hoy de la misma manera que antaño, como una vinculación rígidamente jerárquica, sino como una unión solidaria entre marido y mujer, fundida en la idea de respeto mutuo; a esto obedecen las reformas introducidas a los textos de los artículos 131 y 133 del Código Civil.*

(...)En cuanto al deber de hacer vida en común, ya no es sólo un derecho del marido oponible a su mujer. La nueva redacción del artículo 133 le da al ‘hacer vida en común’ una connotación más profunda y comunitaria, pues ‘ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que alguno de ellos les asista razones graves para no hacerlo’.

b) Protección de la unidad domiciliar por parte del ordenamiento jurídico.

Establecido que la unidad domiciliar de los cónyuges ha sido siempre considerado como elemento o efecto propio del matrimonio, resulta interesante observar cómo ha sido protegido dicho principio por parte de la normativa.

Así, podemos encontrar una protección mínima de la unidad domiciliar. Consiste en establecer como deber, al principio de la mujer y luego de ambos cónyuges, el vivir en el hogar conyugal. Se trata de un deber que se construye como efecto propio del matrimonio. Es decir, la unidad domiciliar se materializa por la vía de disponer que los cónyuges (y al principio, la mujer) tienen la obligación de vivir juntos en el hogar conyugal. Desde este punto de vista, existiría el derecho recíproco a exigir el cumplimiento del deber en comento.

Esta protección mínima conlleva el considerar como antijurídica la conducta del cónyuge que vulnera este deber, lo cual se traduce en diversas consecuencias que reglamenta el respectivo ordenamiento jurídico (Por ejemplo, negarle legitimidad al cónyuge infractor para impetrar el divorcio, con o sin disolución de vínculo).

Atendida la escasa posibilidad práctica de exigir el cumplimiento forzado del deber de vivir juntos, las consecuencias que el ordenamiento

jurídico establezca para el cónyuge infractor, adquieren particular importancia y nos servirán de parámetro para medir el valor que el respectivo ordenamiento le asigna al deber de de los cónyuges de vivir juntos.

Por sobre esta protección mínima es posible encontrar legislaciones que van más allá de establecer el deber de los cónyuges de vivir juntos. Además, contienen un conjunto de normas que vienen a incentivar el cumplimiento del deber o a dificultar que en la práctica el deber no se cumpla, que pudiéramos llamar protección positiva de la unidad domiciliar.

En nuestra investigación aparece nítidamente destacada como ejemplo de esta última legislación, la que configura el derecho indiano. En efecto, vimos cómo, a partir de las especiales circunstancias en las que se desarrolló el descubrimiento, conquista y doblamiento del Nuevo Mundo, la legislación indiana, civil y canónica, introdujo normas que dificultaban especialmente a los maridos la posibilidad de que se ausentaran por largo tiempo del hogar conyugal, o que pretendieran simplemente hacer caso omiso del deber de vivir con sus cónyuges. Se trató de una profusa legislación que fue más allá de la mera proclamación

teórica del deber de los cónyuges de vivir juntos. Estableció mecanismos para impedir que este deber se vulnerara sin más por quienes pasaban a América o retornaban a España. Más aún, estableció un completo sistema de fiscalización que procuraba evitar que dichas normas fueran burladas.

También podemos decir que, al margen del derecho indiano, la regla general en materia de protección de la unidad domiciliar de los cónyuges es lo que hemos llamado la protección mínima.

c) Desprotección de la unidad domiciliar. Hemos visto que hoy en día la regla general en materia de protección del deber en comento, es la de la protección mínima por parte del ordenamiento jurídico. Dicha protección mínima, según hemos visto, consiste en consagrar el deber y derecho recíprocos de los cónyuges de vivir en el hogar común o familiar.

También dijimos que el ordenamiento jurídico debía establecer consecuencias que permitieran apreciar que considera como una conducta ilícita o antijurídica la infracción de dicho deber. Ello nos servirá para apreciar cómo se valora por parte del ordenamiento respectivo el que se cumpla efectivamente con el deber de los cónyuges de vivir juntos.

Dicho lo anterior, nos atrevemos a sostener que en la actualidad se aprecia una escasa valoración del cumplimiento efectivo de la unidad

domiciliar, lo que se traduce en una desprotección de dicho principio. En efecto, observamos hoy, al menos en el derecho patrio actualmente vigente, que no se alcanza el nivel de lo que hemos llamado protección mínima.

Así, por una parte, se proclama teóricamente el derecho y deber de los cónyuges de vivir en el hogar común. Pero, por la otra, no se establecen consecuencias para el cónyuge infractor que denoten que para el ordenamiento jurídico el no cumplimiento de dicho deber sea un disvalor.

Lo anterior lo podemos comprobar con lo que ocurre en materia de divorcio. Luego de haber entrado en vigencia la nueva Ley de Matrimonio Civil, que introdujo en nuestro derecho el divorcio vincular, existen normas que permiten al cónyuge infractor del deber de vivir junto al otro cónyuge, legitimar su conducta por la vía de concederle acción para impetrar el divorcio unilateral por cese de la convivencia (durante al menos tres años). No se le niega la acción de divorcio. No se le concede al cónyuge que ha incumplido con su deber de proporcionar alimentos al otro cónyuge, pero se le reconoce al cónyuge que ha hecho abandono del hogar común.

También nos sirve de argumento para lo que venimos diciendo un

fenómeno propio de los tiempos modernos y que consiste en la progresiva pérdida de importancia del concepto tradicional de familia, fundado, ya no el matrimonio indisoluble entre un hombre y una mujer, sino que simplemente en el matrimonio.

Así, se ha sostenido que en nuestro derecho deben admitirse diversas figuras o conceptos de familia, que admiten por ejemplo, calificar como familia a las llamadas “monoparentales”, a los grupos integrados por abuelos y nietos, sin considerar a los padres, etcétera. A simple vista, resulta claro que el concepto de unidad domiciliar de los cónyuges para hablar de una verdadera familia, deviene en intrascendente.

Sin ir más lejos, la Ley número 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, en su artículo quinto, equipara, para los efectos de esa ley, el concepto tradicional de familia, fundado en el matrimonio, con la mera convivencia. Incluso habla exclusivamente de grupo familiar.

En el mismo sentido, otra señal de la poca importancia que la ley actualmente vigente asigna al deber de los cónyuges de vivir juntos, es la inexistencia de un concepto de hogar común u hogar familiar. La existencia de un concepto como el señalado, sería de una gran ayuda a la hora de resolver los conflictos que se planteen en relación a la unidad

domiciliar. Ello es obvio pues el cómo se defina “hogar común” será decisivo para determinar cuándo existe o no incumplimiento de este deber.

Por ello, siguiendo a Claudia Lewin Arroyo, creemos que sería de importancia definir al hogar común como *“aquel donde los cónyuges, de común acuerdo, decidan establecerse para vivir con carácter de permanencia y para engendrar, cuidar y educar la prole”*. Así, con la definición referida, se recoge el carácter de deber recíproco de los cónyuges de vivir en el hogar familiar, por cuanto se exige que éste se determine de común acuerdo, y no como una imposición unilateral del marido, como era hasta hace pocos años.

d) Nuestra noción de unidad domiciliar de los cónyuges. A partir de lo dicho, por nuestra parte estimamos que una noción de unidad domiciliar de los cónyuges debe suponer los siguientes elementos:

- Debe construirse como elemento definitorio o efecto propio del matrimonio, matrimonio que concebimos como indispensable para hablar de familia. Es decir, el matrimonio, núcleo fundamental de la sociedad, supone necesariamente la comunidad de vida, que materialmente se traduce en el deber de los cónyuges de vivir juntos.
- La unidad domiciliar, en consecuencia, debe fundarse en la comunidad

de vida a que da origen el matrimonio, y no en la supuesta autoridad del marido.

- Luego, antes que un deber recíproco de carácter legal, debe concebirse como algo propio de la comunidad de vida que los cónyuges aspiran a formar voluntariamente. Incluso en las relaciones de convivencia, esta decisión voluntaria de vivir juntos hace que la ley pueda calificar a dicha convivencia como un grupo familiar.

- Sin embargo, a fin de entregar señales claras por parte del ordenamiento jurídico, la protección mínima debe concretarse por la vía de establecer un deber y derecho recíprocos de los cónyuges de vivir juntos.

- Pero además, la protección mínima exige que el derecho establezca consecuencias concretas para el cónyuge infractor, de tal manera que resulte claro que el ordenamiento considera un disvalor la infracción de este deber. Así, debería por ejemplo, negarse la acción de divorcio por cese unilateral de convivencia al cónyuge infractor del deber, y sólo reservarse al cónyuge inocente. Lo anterior, sin perjuicio de otras medidas concretas que apunten en el mismo sentido.

- También debería definirse lo que se entiende por “hogar común”, por cuanto ello permitirá, como hemos dicho, determinar en la práctica cuándo

existe cumplimiento o infracción al deber de de los cónyuges de vivir juntos.

Creemos que estos elementos deben ser recogidos por el ordenamiento jurídico actualmente vigente. De lo contrario, estimamos que la unidad domiciliar de los cónyuges quedará reducida a una norma teórica sin importancia práctica, lo que redundará en perjuicio de la solidez del matrimonio y, por ende, de la recta constitución de la sociedad. Las centenarias normas jurídicas que han sido objeto de nuestro estudio parecen confirmar este aserto. Sus enseñanzas no pueden ser desdeñadas por la normativa moderna, so pretexto de una mal entendida modernidad.

BIBLIOGRAFÍA

A) FUENTES

- 1) Anguita, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1° de junio de 1912*. Imprenta litografía y encuadernación Barcelona. Santiago 1912. 5 T.
- 2) *Código de Derecho Canónico* de 1917. Texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid 1945.
- 3) *Código de Derecho Canónico* de 1983. Edición bilingüe y anotada. 5ª edición revisada y actualizada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1992.
- 4) *El Digesto de Justiniano*, Tomo II, Libros 20-36. Versión castellana por Álvaro D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo. Editorial Aranzadi. Pamplona 1972.
- 5) *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*. Imprenta de la Publicidad. Madrid 1847.
- 6) *Historia de la ley 18.802*.
- 7) *Recopilación de leyes de los reynos de las indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey don Carlos II*.

B) LIBROS Y ARTÍCULOS

- 1) Acevedo Olea, Estela del Rosario. *El Matrimonio Romano antes de Justiniano*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago 1984.
- 2) Alfonso, Paulino. *Estudio sobre la lei de matrimonio civil (de 10 de*

enero de 1884). Imprenta Cervantes. Santiago 1900.

- 3) Álvarez Cruz, Raúl. *Manual sobre las reformas al Código Civil (Ley 18.802)*. Santiago 1989.
- 4) Arancibia Cerda, Raúl. *El matrimonio en las novelas de Justiniano*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1983.
- 5) Arenas Paredes, Jessica. *El matrimonio en Chile independiente hasta la ley de matrimonio civil*. Tesis (inédita). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1997.
- 6) Argüello, Luis Rodolfo. *Manual de derecho romano: historia e instituciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires 1988.
- 7) Arias Ramos, José. *Derecho romano. Obligaciones (fuentes, garantía, cesión y extinción). Derecho de familia y Derecho de sucesiones*. Volumen II. Revista de Derecho de Privado. Madrid 1954.
- 8) Aznar Gil, Federico. “El matrimonio en Indias: recepción de las decretales X 4.19.7-8”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. Número XI. Valparaíso 1986. Pp. 13 a 42.
- 9) Aznar Gil, Federico, *Derecho matrimonial canonico conforme al Código de Derecho Canónico*.
- 10) Aznar Gil, Federico R. *El nuevo derecho matrimonial canónico*. Universidad Pontificia de Salamanca. 1985.
- 11) Aznar Gil, Federico R. *Derecho matrimonial canónico*. Universidad Pontificia de Salamanca. 2001-2003.

- 12) Barrientos Grandón, Javier. *Introducción a la historia del derecho chileno. Derechos propios y derecho común en Castilla*. Editorial Barroco Libreros. Santiago 1994.
- 13) Barrientos Aguirre, Daniel. *El matrimonio en las Partidas*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral. Santiago 1995.
- 14) Borja, Luis. *Estudios sobre el Código Civil chileno*. Volumen III. A. Roger y F. Chernoviz. Paris 1901-1908.
- 15) Bravo Lira, Bernardino. *La formación del derecho occidental*. Santiago 1970.
- 16) Bravo Lira, Bernardino. “Vigencia de las Partidas en Chile” en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, X. Valparaíso 1985. Pp. 43 a 105.
- 17) Caffarena de Jiles, Elena. *¿Debe el marido alimentos a la mujer que vive fuera del hogar conyugal?* Universidad de Chile. Santiago 1947.
- 18) Castro García, Jaime. *Código Civil: comentarios y jurisprudencia*. Santiago 1986. P. 40.
- 19) Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las personas*. Tomo I. Establecimiento poligráfico Roma. Santiago 1898.
- 20) Corral Talciani, Hernán. “La familia en los 150 años del Código Civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen XXXII, Número 3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 2005. Pp. 429 a 438.

- 21) Chacón Pérez, Jacinto. *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno*. Casa Editorial de J.J. Pérez. 1895.
- 22) Chelodi, Giovanni. *El derecho matrimonial: conforme al Código de Derecho Canónico*. Editorial Bosh. Barcelona 1959.
- 23) De Avila Martel, Alamiro. *Curso de historia del derecho, I*. Santiago 1955.
- 24) De la Cuesta Figueroa, Marta; Nieto de Matorral, María Elena. “Consideraciones jurídicas acerca de la obligación de los casados de hacer vida maridable. Salta y Jujuy (Siglos XVII y XVIII)” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Número 13. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1987. Pp. 129 a 144.
- 25) De la Vega De Miguens, Nina Ponssa. *Derecho de Familia en el Derecho Romano*. Editorial Lerner. Buenos Aires 1976.
- 26) De Solórzano y Pereyra, Juan. *Política Indiana*. Volumen IV, Libro 5º, capítulo 5º, Número 21 y 23. Mateo Sacristán. Madrid 1736-1739. Pp. 83 y 84.
- 27) De Solórzano y Pereyra, Juan. *Política Indiana*. Volumen II, Libro 3º, capítulo 27. Número 32. Mateo Sacristán. Madrid 1736-1739. P. 324.
- 28) Donoso, Justo. *Instituciones de derecho canónico americano*. Imprenta y librería del Mercurio. Valparaíso 1848.
- 29) Donoso, Justo, *Instituciones de derecho canónico*, Tercera Edición corregida y completada por Carlos Silva Cotapos, Editor Pontificio Friburgo de Brisgovia. Alemania 1909.

- 30) Dougnac Rodríguez, Antonio. “La potestad marital y los derechos de mujer casada en el sistema jurídico indiano” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Número 16. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1990-91. Pp. 269 a 299.
- 31) Dougnac Rodríguez, Antonio. “La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano” en *Revista Chilena de Derecho*, V. VII, Números 1-6, enero a diciembre. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 1980. Pp. 567 a 589.
- 32) Dougnac Rodríguez, Antonio. *Esquema del derecho de familia indiano*. Ediciones del Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra. Santiago 2003.
- 33) Errázuriz Eguiguren, Maximiano. *Apuntes de Derecho de Romano*. De las Personas. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1983.
- 34) Errázuriz Eguiguren, Maximiano. *Manual de Derecho Romano: De las personas*. Volumen I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1986.
- 35) Fernández Barreiro, Alejandrino, Patricio, Javier. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. Centro de Estudios Román Areces. Madrid 1997.
- 36) Fuentes, Álvaro. *Instituciones de derecho romano con base religiosa: un examen de la familia, el matrimonio y la propiedad en el derecho arcaico y preclásico*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho. Universidad Central. Santiago 1998.
- 37) Fueyo Laneri, Fernando. *Derecho civil. Derecho de familia*. Volumen VI. Tomo I.. Editorial Roberts. Santiago 1958-1963.

- 38) Garay Claussen, Guillermo. *Condición de la mujer en Roma*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1956.
- 39) García Garrido, Manuel. *Derecho privado romano. Instituciones*. Editorial Dykinson. 1985.
- 40) García Gallo, Alfonso. *Manual de historia del derecho español*. Dos volúmenes. Décima Edición. Madrid 1984.
- 41) Giménez Fernández, Manuel. *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*. Gráfica Administrativa. Madrid 1947.
- 42) González del Valle, José María. *Derecho canónico matrimonial según el Código de 1983*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1990.
- 43) Guzmán Brito, Alejandro. *Historia literaria del Código Civil de la República de Chile*. Santiago 2005.
- 44) Hamilton, Carlos. *Manual de derecho canónico*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1949.
- 45) Hanish Espíndola, Hugo. “Historia de la doctrina y legislación del matrimonio” en *Revista Chilena de Derecho*. Volumen VII, número 1 a 6. Enero a diciembre. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 1980. Pp. 481 y ss.
- 46) Henríquez, Luis E. *Derecho Canónico*. Tomo II. *Matrimonio Canónico*. UCAB. 1962.

- 47) Hernández Núñez, Enrique Leonardo. *Derecho de familia en Roma*. Tesis (Inédita). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción. 2003.
- 48) Ibarra Flores, Hugo. *La naturaleza del matrimonio canónico y la legislación chilena*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 1966.
- 49) Iglesias, Juan. *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*. Editorial Ariel. Barcelona 1965.
- 50) Iglesias, Juan. *Derecho romano. Historia e instituciones*. Editorial Ariel. Barcelona 1993.
- 51) Insunza Barrios, Sergio. *Antecedentes para un Código Civil anotado: jurisprudencia: tomos pares. Revista de Derecho y Jurisprudencia: título preliminar y libro I*. Tesis (inédita). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1944. P.37.
- 52) Jaramillo Vélez, Lucrecio. *Derecho Romano. Historia del Derecho Romano. Sistema de Derecho Privado Romano. Señal 1990*
- 53) Knecht, A. *Derecho matrimonial católico*. Traducido por Gómez Pinán, Revista de derecho privado. Madrid 1932.
- 54) Latorre, Enrique. *Estudio sobre la ley de matrimonio civil (de 10 de enero de 1884)*. Imprenta de La Unión. Santiago 1887.
- 55) Levaggi, Abelardo. *Manual de historia del derecho argentino: castellano-indiano/nacional*. Editorial Desalma. Buenos Aires 1986-1991.
- 56) Lewin Arroyo, Claudio. *Reformas introducidas por la ley 18.802 en materia de derechos y deberes entre los cónyuges, filiación*

- y salida de menores al extranjero*. Tesis (inérita). Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 1990.
- 57) López Alarcón, Mariano y Navarro-Valls, Rafael. *Curso de derecho matrimonial canónico concordado*. Editorial Tecnos. Madrid 1987.
- 58) Mans Puigarnau, Jaime, *Derecho Matrimonial Canónico*, Tomo I, Primera parte, Editorial Bosch. Barcelona 1954.
- 59) Merino, Francisco; Hübner, Ana María; Vergara, Sofía. *Comentarios sobre la ley 18.802*. Universidad Diego Portales, escuela de derecho. Santiago 1990.
- 60) Montero y Gutiérrez, Eloy. *Manual de derecho canónico*. Dos Tomos. Librería y casa editora de Emilio Perrot. Buenos Aires 1950.
- 61) Montt Swett, María Gloria. *El derecho civil patrio antes de la codificación*. Tesis (Inédita) Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1996. Pp. 29 a 34.
- 62) Nespral, Bernardo. *Manual de Derecho Romano*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1981.
- 63) Núñez Paz, María Isabel. *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Ediciones Universidad de Salamanca. 1988.
- 64) Otte, Enrique, *Cartas privadas de emigrantes a Indias 1540-1610*. Fondo de Cultura Económica de México. Ciudad de México 1993.
- 65) Ots y Capdequí, José María. *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires 1943.

- 66) Ots y Capdeguí, José María. *Manual de historia del derecho español en las indias y del derecho propiamente indiano*. Editorial Losada S.A. Buenos Aires 1945.
- 67) Ots y Capdeguí, José María. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Tolle Lege Aguilar, Madrid 1969.
- 68) Ots y Capdeguí, José María. *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias*. Editorial Reus. Madrid 1920.
- 69) Peña García, Carmen. *El matrimonio/ derecho y praxis de la Iglesia*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 2004.
- 70) Pernoud, Regine, *La mujer en el tiempo de las catedrales*. Traducción de Marta Vassallo. Editorial Andrés Bello. Santiago 1999.
- 71) Piwonka, Ricardo. *Los juicios de divorcio en Chile*. Tomo I. Establecimientos gráficos Balcells y Co., Santiago 1929.
- 72) Raveau, Rafael. *Las personas: derecho romano*. Imprenta Artes y Letras. Santiago 1950.
- 73) Regatillo, Eduardo F. *Derecho matrimonial eclesiástico*. Sal Terrae. Santander 1965.
- 74) Rozas Vial, Fernando. “Consideraciones sobre las modificaciones que la ley 18.802 introduce al Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen XVI, enero-mayo. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago 1989. Pp. 99 a 110.
- 75) Salinas Araneda, Carlos. “El matrimonio en Chile según los sínodos del período indiano (Siglos XVII y XVIII)”. *Revista de*

Estudios Histórico- Jurídicos. Número XIII. Valparaíso 1989-1990.
Pp. 109 a 143.

- 76) Sánchez Bella, Ismael; De la Hera, Alberto; Díaz Rementería, Carlos. *Historia del derecho indiano*. Editorial Mapfre. Madrid 1992.
- 77) Sanhueza Líbano, Armando. *Del matrimonio*. Tesis (inédita). Universidad de Chile. Santiago 1917. Pp. 69 a 71.
- 78) Schulz, Fritz. *Derecho romano clásico*. Editorial Bosch. Barcelona 1960.
- 79) Silva Riesco, Bernardino. *El matrimonio en el derecho romano*. Tesis (Inédita). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago 1951.
- 80) Tomás y Valiente, Francisco. *Manual de historia del derecho español*. Cuarta Edición. Madrid 1992.
- 81) Tomasello, Leslie. *Situación jurídica de la mujer casada: la reforma de la ley 18.802 al Código Civil*. Editorial Edeval. Valparaíso 1989.
- 82) Valencia Restrepo, Hernán. *Derecho privado romano*. Editorial Temis. Bogota 1986.
- 83) Volterra, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Editorial Civitas. 1986.
- 84) VV.AA. *Estudios de derecho civil en memoria del profesor Victorio Pescio*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Valparaíso 1976.
- 85) VV.AA. *Manual de Derecho Canónico*, segunda edición, Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona 1991.

- 86) V.V.A.A. *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Tomo I. Bajo la dirección de María Dora Martinic y Mauricio Tapia con la colaboración de Sebastián Ríos. Lexis Nexis. Santiago 2005.
- 87) Williams Benavente, Raúl, *Divorcio e Iglesia. El cuestionamiento de la indisolubilidad*, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas. Santiago 1997.