

El Influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile

Carlos Salinas Araneda

 EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, 2006

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

Este libro es uno de los resultados que produjo la investigación Fondecyt 1020647 de que el autor fue investigador responsable, con el título "*El influjo del Derecho Canónico en el derecho positivo del Estado de Chile*". El autor agradece a Fondecyt por haber ayudado a realizar esta investigación.

© Carlos Salinas Araneda, 2006
Inscripción N° 156.000

ISBN 956-17-0387-4

Tirada de 400 ejemplares

Derechos Reservados

Ediciones Universitarias de Valparaíso
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Calle 12 de Febrero 187, Valparaíso
Fono (32) 273087 - Fax (32) 273429
E.mail: euvs@ucv.cl
www.euv.cl

Diseño Gráfico: Guido Olivares S.
Diagramación: Mauricio Guerra P.
Corrección de Pruebas: Osvaldo Oliva P.

Impreso en Litogarín, Valparaíso

HECHO EN CHILE

ÍNDICE

Introducción	13
Tabla de abreviaturas	19
Capítulo 1	
EL INFLUJO IMPLÍCITO DEL DERECHO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE	21
Capítulo 2	
LA REMISIÓN MATERIAL DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE AL DERECHO CANÓNICO (I): NORMAS VIGENTES	55
Capítulo 3	
LA REMISIÓN MATERIAL DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE AL DERECHO CANÓNICO (II): NORMAS DEROGADAS.....	79
Capítulo 4	
REMISIÓN FORMAL DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE AL DERECHO CANÓNICO.....	111
Capítulo 5	
EL DERECHO CANÓNICO COMO PRESUPUESTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE.....	143
Capítulo 6	
DEL INFLUJO CANÓNICO EN LAS SIETE PARTIDAS AL INFLUJO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE	185
Capítulo 7	
EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE Y LOS EJERCICIOS ESPIRITUALES DE SAN IGNACIO DE LOYOLA: UN TEMA PARTICULAR DEL ARTÍCULO 1291 DEL CÓDIGO CIVIL	213
Capítulo 8	
UN INFLUJO FRUSTRADO DEL DERECHO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE: MALA FIDES SUPERVENIENS NOCET....	243
Índice general	255

CAPÍTULO 1

EL INFLUJO IMPLÍCITO DEL DERECHO CANÓNICO EN EL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

El proceso codificador del Derecho civil en Chile, que culminaría con la aprobación y entrada en vigencia del *Código Civil*, se inició hacia 1833-1834 cuando Diego Portales encargó en forma privada a Andrés Bello que iniciara su redacción¹, y se prolongó hasta el 14 de diciembre de 1855 día en que se dictó la ley que lo promulgó² tras su aprobación por ambas ramas del Congreso en los primeros días del mismo mes³, para entrar en vigencia el 1 de enero de 1857. De esta manera, toda la elaboración del *Código Civil* se realizó bajo la vigencia de la Constitución de 1833 cuya vigencia se prolongaría hasta entrado el siglo siguiente. Dicha Constitución se hacía continuadora del régimen jurídico que había regido las relaciones entre la monarquía y la Iglesia durante el período indiano, esto es, el patronato, con la diferencia sustancial, sin embargo, de que mientras el patronato indiano había sido una concesión pontificia, el patronato consagrado en esta Constitución era tan sólo una situación de hecho asumida por las autoridades chilenas unilateralmente, sin refrendo oficial por parte de la Santa Sede que se limitó a tolerar este abuso.

De acuerdo con el artículo 5 de dicha Constitución, la religión oficial del Estado de Chile era la religión católica. Con ello, el Estado de Chile se declaraba confesionalmente católico, lo que venía a coincidir con la realidad sociológica del momento. La excepción la representaba un número reducido de inmigrantes, llegados a Chile después de la independencia, y que en su mayoría se dedicaban al comercio. De esta manera, la redacción y aprobación del *Código Civil* de Chile se hizo

¹ A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile 1* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982), p. 294.

² BL. 1855, p. 296.

³ El mensaje con el que el Presidente de la República don Manuel Montt envió el proyecto de *Código Civil* a ambas Cámaras está fechado el 22 de noviembre de 1855. La Cámara de Senadores lo aprobó por unanimidad el 28 de noviembre; lo mismo hizo la Cámara de Diputados el 1 de diciembre y el Consejo de Estado el 13 de diciembre. Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile 2. Fuentes* (Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982), pp. 352 - 383, nn. 249 - 265.

en un ambiente en que la religión católica no sólo formaba parte de la cultura nacional sino que había ayudado en gran medida a forjarla. No es de extrañar, entonces, que el Código se hiciera eco de esta religiosidad, recogiendo en su articulado instituciones o regulando situaciones en que lo religioso es el elemento determinante. Es por lo que el arzobispo de Santiago, don Rafael Valentín Valdivieso, en carta al obispo de Concepción, don José Hipólito Salas, antes de que el Código entrara en vigencia, le manifestaba que la lectura del mismo, ya aprobado por el Congreso, “me ha hecho formar juicio de que en lo relativo a la religión y a la Iglesia descansa en sólidos principios, pero que se resiente de las prevenciones del siglo en la aplicación de esos mismos principios”⁴; y en carta del día siguiente al obispo de La Serena, don Justo Donoso, le manifestaba que cumplía con su deber al “reconocer que el Código tributa sus respetos a los sanos principios, y no parece que quiera atropellar a la Iglesia”⁵.

Ahora bien, el eco que lo religioso tiene en el Código se manifiesta especialmente por el influjo del Derecho canónico en el *Código Civil* de Chile, influjo que se produce de diversas formas. En ocasiones se trata de un influjo explícito, del que queda expresa constancia en la norma de manera que el lector de la misma lo advierte desde su primera lectura. Un ejemplo es el artículo 586 según el cual “*Las cosas que han sido consagradas para el culto divino, se regirán por el derecho canónico*”.

En otras ocasiones, en cambio, el influjo del Derecho canónico se deja sentir sin que el lector lo advierta a simple vista: se trata de un “influjo implícito”, que se ha venido realizando a través de los siglos de manera que la institución recogida en el Código ha terminado de configurarse con el aporte del derecho de la Iglesia, por lo que sólo el conocimiento histórico del respectivo instituto permite detectarlo. Como el Derecho canónico es uno de los elementos configuradores del derecho occidental⁶, su huella ha quedado en numerosas instituciones del derecho privado y público que hoy forman parte del patrimonio jurídico de Occidente⁷. Es por lo que el influjo del Derecho canónico se encuentra implícito en diversas instituciones de las reguladas por el *Código Civil* chileno como lo veremos en las páginas que siguen.

⁴ Carta al Obispo de Concepción, de 28 julio 1856, en J. R. ASTORGA (rec.), *Obras científicas i literarias del Ilmo. i Rmo. Sr. Don Rafael Valentín Valdivieso, arzobispo de Santiago de Chile* 2 (Santiago de Chile, 1902), p. 7.

⁵ Carta al Obispo de La Serena, de 29 julio 1856, *ibidem*, p. 23.

⁶ R. GIBERT, *Elementos formativos del Derecho en Europa, germánico, romano, canónico* (Madrid, 1982).

⁷ Sobre este tema recientemente S. ACUÑA GUIROLA - R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia* 1 (Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales, Cádiz, 2000); P. AGUILAR ROS - R. HERRERA BRAVO, *Derecho romano y Derecho canónico: elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas* (Granada, 1994). También puede verse J. MALDONADO, *Significación histórica del Derecho canónico*, en *Ius Canonicum* 9 (1969), pp. 5 - 99; EL MISMO, *Curso de Derecho canónico para juristas civiles. Parte general* (2ª ed., Madrid, 1970); EL MISMO, *Líneas de influencia canónicas en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 33 (1953), pp. 467 - 495; EL MISMO, *El Derecho canónico y el Derecho civil*, en *CATEDRÁTICOS DE DERECHO CANÓNICO DE UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS, Derecho canónico* (Eunsa, Pamplona, 1977), pp. 139 -170.

I

UNA VISIÓN GENERAL

1. Iglesia y Derecho romano

La Iglesia, desde los primeros momentos de su existencia histórica, ha llevado consigo una clara vocación de autonomía respecto de los poderes seculares; es por eso que, con independencia de las circunstancias históricas de sangrienta persecución en que se desarrollaron sus primeros tres siglos de existencia, "la incipiente organización eclesiástica tuvo una estructura, unas instituciones y una actividad, con clara conciencia de su autonomía y con una decidida tendencia al desarrollo"⁸. En este clima de persecución la Iglesia vivió al margen del Derecho romano hasta el siglo IV; sin embargo, parte de su organización se acogió a los criterios del Derecho romano vigente, con el fin de legalizar algunas de sus reuniones o resolver los problemas relativos a la titularidad de los bienes afectos a la obtención de los fines que le eran propios. "En líneas generales, sin embargo, puede afirmarse que la gran revolución cristiana en lo que afecta a los principios básicos de la convivencia se lleva a cabo sin ningún respaldo del Derecho romano"⁹. Ello porque los primeros cristianos, si bien actúan en el marco del derecho de Roma, lo hacían teniendo en cuenta el espíritu de la fe que empezaban a profesar; de esta manera, sin producir cambio alguno en el Derecho romano, pero actuando en el marco que éste les proporcionaba, los primeros fieles empezaron a llevar a la práctica la idea del desprendimiento con respecto a los bienes y el principio de reprobación del mal uso de la propiedad como consecuencia de la caridad que debe existir entre los hombres¹⁰, el sentido de igualdad entre los hombres o la concepción cristiana del matrimonio¹¹.

Durante estos primeros decenios, sin embargo, se advierte en los fieles un cierto clima de abstencionismo político, compatible con el estricto cumplimiento de sus deberes civiles¹², motivado, principalmente por dos razones: la frecuente pugna de los principios cristianos con el ambiente pagano del imperio; y la práctica de los cristianos de someter sus causas al arbitraje del obispo o de fieles prudentes, movidos por el consejo de san Pablo de evitar llevar sus causas a los magistrados paganos¹³, lo que tenía una directa incidencia en un sistema jurídico de carácter preferentemente jurisprudencial como era el romano.

Esta situación cambió a comienzos del siglo IV. Un edicto de Galerio del 311 reconoció el fracaso de la política de persecuciones que había llevado adelante Diocleciano en los años inmediatamente

⁸ J. HERVADA; P. LOMBARDIA, *El derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico I: Introducción. La constitución de la Iglesia* (Eunsa, Pamplona, 1970), p. 67.

⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰ Hch 4, 32 - 35.

¹¹ Lc 16, 18; Mt 5, 32; 19, 3 - 9; Mc 10, 2 - 11; Rm 7, 2 - 3; 1 Cor 7, 1 - 40; 1 P 3, 1 - 7.

¹² La Iglesia no se oponía a la sumisión de los cristianos a las autoridades civiles. Cfr. Mt 22, 21: "Dad a Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César". Rm 13, 1 - 7; 1 Tm 2, 1 - 2; Tt 3, 1.

¹³ 1 Cor 6, 1 - 6: "Cuando alguno de vosotros tiene un pleito con otro, ¿se atreve a llevar la causa ante los injustos y no ante los santos? ¿No sabéis que los santos han de juzgar al mundo? Y si vosotros vais a juzgar al mundo, ¿no soís acaso dignos de juzgar esas naderías? ¿No sabéis que hemos de juzgar a los ángeles? Y ¿cómo no las cosas de esta vida! Y cuando tenéis pleitos de este género ¡tomáis como jueces a los que la Iglesia tiene en nada! Para vuestra vergüenza lo digo. ¿No hay entre vosotros algún sabio que pueda juzgar entre los hermanos? Sino que vais a pleitear hermano contra hermano, ¡y eso, ante infieles!".

anteriores -al parecer influido por él mismo- y, dos años después, el llamado edicto de Milán, promulgado el 313 por Constantino y Licinio¹⁴, vino a establecer que “todas [las] restricciones publicadas hasta ahora en relación a la secta de los cristianos, sean abolidas, y que cada uno de ellos, que profese sinceramente la religión cristiana, trate con empeño en practicar sus preceptos sin temor o peligro”. Fue el comienzo de una evolución que, con algunas regresiones como la de Juliano el apóstata, culminó con el reconocimiento de la religión cristiana como la religión oficial del imperio, lo que hizo Teodosio I, con Graciano y Valentiniano, el año 380 mediante el edicto *Cunctos populos*¹⁵. A partir de este último quedaron en una situación de inferioridad las religiones paganas y las sectas surgidas del cristianismo como consecuencia de las herejías que se sucedieron por esos años.

Con la conversión del imperio al cristianismo el Derecho romano sufrió una notable modificación cuyo mayor eco se reflejó en la compilación justiniana, al punto que Biondo Biondi¹⁶ ha llegado a hablar de un *Derecho romano cristiano*. El tema ha sido ampliamente estudiado por éste y otros autores¹⁷, de manera que no es el momento de detenernos mayormente en él. El Derecho romano recibió la influencia de la Patrística -san Ambrosio, san Juan Crisóstomo, san Jerónimo, san Agustín- con su empuje humanitario y espiritualista en normas que fueron recogidas en los nuevos textos civiles como el *Codex* y las *Novellae* de Justiniano. Todo ello se tradujo en una humanización de algunas instituciones: se mejoró la condición de la mujer; se comprendieron mejor los entes morales; se suavizó el dominio absoluto antiguo, haciéndolo revocable, temporal y limitado en su uso; se organizó la administración de justicia por los obispos en materia civil -la *episcopalis audientia*¹⁸- y se inició un principio espiritualista en varias figuras jurídicas¹⁹.

“La legislación de Constantino y sus sucesores, excepto Juliano, acusa una tendencia dulcificadora de los rigorismos tradicionales, especialmente en el Derecho de las personas y en el Derecho de familia, que muestra el sello inconfundible de las ideas cristianas”²⁰. En efecto, al cristianismo se ha de atribuir la prohibición constantiniana del juego de gladiadores inspirada en una resolución del Concilio de Nicea del año 325; el reconocimiento de la *manumissio in ecclesia*, que consistía en una declaración del amo en presencia del obispo y de la comunidad de fieles en orden a liberar a determinado esclavo²¹; las numerosas disposiciones para aliviar la situación de los esclavos, de

¹⁴ Del texto se ha conservado una versión latina y otra griega. La primera en LACTANCIO, *De mortibus persecutorum*, en MIGNE, *Patrologia Latina* 7, VLXIII; Su versión en latín y castellano en E. GALLEGO BLANCO, *Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media* (Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1973), pp. 62 - 67. La segunda en Eusebius Pamphili, *Cesareae Palaestinae Episcopi, Opera Omnia*, en MIGNE (Lutetiae Parisiorum, 1857) vols. 19 - 23, cap. III

¹⁵ CTh. 16, 1, 2. Su texto bilingüe en GALLEGO (n. 14), pp. 68 - 69.

¹⁶ B. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano* (Giuffrè, Milano, 1952 - 1954) 3 vols.

¹⁷ U. ÁLVAREZ, *Influencias del cristianismo en el Derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado* 25 (julio-agosto 1941) 294, pp. 317 - 332 con abundante bibliografía anterior; M. TROPLONG, *La influencia del cristianismo en el Derecho civil romano* (Desclée, Buenos Aires, 1947); M. ROBERTI et alii, *Cristianesimo e Diritto romano* (Publicazioni della Università Católica del Sacro Cuore, Serie seconda: Scienza Giuridiche, Vol. 43, Milano, 1935).

¹⁸ F. CUENA BOY, *La 'Episcopalis audientia'*, en AA. VV., *La justicia episcopal en las causas civiles entre laicos* (Valladolid, 1985); M. R. CIMMA, *L'Episcopalis Audientia nelle Costituzioni imperiali da Constantino e Giustiniano* (Torino, 1989); J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire Romain* (Histoire du Droit et des institutions de l'Eglise en Occidente 2, Sirey, Paris, 1958). Entre nosotros, A. I. OVALLE FAÚNDEZ, *La audientia episcopalis*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (1983), pp. 41 - 47.

¹⁹ MALDONADO, *El Derecho* (n. 7) p. 146.

²⁰ ÁLVAREZ (n. 17), p. 327.

²¹ s.m. CTh. 4, 7, 1; Cl. 1, 13.

Constantino²², Constancio²³ y Teodosio II y León²⁴; y las dictadas para mejorar la situación de la mujer eximiéndola de la tutela a través de la concesión del *ius liberorum* hecha por Teodosio y Honorio²⁵ o considerándolas capaces para ser excepcionalmente tutoras²⁶; lo mismo las dictadas para dulcificar las relaciones de patria potestad y dignificar la situación del *filius familias*²⁷.

Más claro es el influjo en las colecciones justinianas, lo que llevó a Biondo Biondi²⁸ a considerar a Justiniano el primer legislador cristiano. Un análisis del *Código* o de las *Novelas* permite observar pronto esta inspiración, la que se ve expresada, por una parte, en el contenido de las normas.

Por ejemplo, la invocación a Cristo y la abolición de la pena de la crucifixión; la reforma del calendario para que estuviera en consonancia con el religioso; la disposición sobre la fórmula del juramento en la administración de justicia; la cristianización del matrimonio; etc. Su afán por inspirar su legislación en los principios del cristianismo de la castidad, de la caridad, de la humanidad, de la piedad, se advierten a lo largo de todo el *Corpus*. En cuanto a la *castidad* dispuso penas contra las malas costumbres²⁹; las segundas nupcias fueron miradas desfavorablemente³⁰; reformó el concubinato, poniéndolo más en armonía con los principios cristianos: el concubinato con ingenuas llegó a tornarse en lícito, si bien se introdujo la formalidad de la *testatio* para constituirlo, aproximándose, de este modo, a matrimonio, hablándose incluso de *inaequale coniugium* por lo que se le extendieron los impedimentos matrimoniales de parentesco³¹; igualmente amplió las posibilidades de legitimación de los hijos concubinarios³²; abolió el divorcio, no admitiendo más causa de él que el voto de castidad³³. Inspiradas en la *caridad* cristiana, hay diversas disposiciones que descansan en la idea fundamental del amor al prójimo: en tal sentido pueden mencionarse las normas que favorecieron el rescate de prisioneros³⁴; la protección a las obras de beneficencia³⁵; y la mayor consideración en el trato de los esclavos, siguiendo en esto una tendencia que venía desde

²² CTh. 9, 40, 2; 9, 12, 1 = Cl. 9, 14, 1; CTh. 9, 12, 2; 2, 25.

²³ CTh. 15, 8, 1.

²⁴ Cl. 1, 14, 12; 14, 1.

²⁵ Cl. 8, 58, 1.

²⁶ Cl. 5, 35, 2.

²⁷ Cl. 9, 17, 1 (año 318); 4, 32, 2 (año 329); 9, 16, 7 (año 374).

²⁸ BIONDO BIONDI, *Justiniano primo principe e legislatore católico* (1936), la cita es de ÁLVAREZ (n. 17), p. 328.

²⁹ Nov. lust. 77, 1; 14, 1.

³⁰ Cl. 5, 9, 1 itp.; Nov. lust. 2, 2, 1, donde se entiende que la madre que ha pasado a segundas nupcias ha injuriado a todos sus hijos.

³¹ A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano* 1 (Jurídica, Santiago, 1997), p. 350.

³² *Per subsequens matrimonium* de los padres (Cl. 5, 27, 109; Inst. 1, 10, 13; 3, 1, 2 a); *Per oblationem curiae*, esto es, por el ingreso del hijo en la curia, después que el padre, mediante testamento, le dejó un patrimonio con la cláusula de acceder al decurionato (Cl. 5, 27, 9 pr.y 8); *Per rescriptum principis*, es decir, por concesión imperial como beneficio (Nov. lust. 74, 1). Cfr. GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), p. 350.

³³ Nov. lust. 117, 10. La decisión de Justiniano fue dejada sin efecto por Justino II en el 566: Nov. lus. 140.

³⁴ Por ejemplo, sólo se autorizó la enajenación de las obras religiosas cuando se destinaban a la redención de cautivos o al alimento de los pobres (Nov. lust. 65; 7, 8).

³⁵ Así, podían hacerse disposiciones testamentarias a favor de los pobres genéricamente sin que les fueran aplicables las disposiciones de la ley Cuarta Falcidia (Cl. 1, 3, 49); se exige una escrupulosa administración de los bienes dedicados a los pobres, invocando contra los malversadores "la cólera celeste" (Cl. 1, 3, 49, 8); la misma idea de la caridad inspira la solución de que los bienes del *furiosus* pasen a cualquier persona extraña que "quiere cuidarlo por misericordia" (*miser cordia motus, curare eum voluerit*), si los parientes han descuidado su curación (Nov. lust. 115, 3, 12); es también la caridad la que inspira la nueva regulación de la sepultura de los difuntos, antes obligación de la familia, ahora también obra de piedad y humanidad (D. 11, 7, 14, 7).

antes³⁶. La *humanitas* inspira la dulcificación de la *patria postestas* que “*non debet in atrocitate sed in pietate consistere*”³⁷; también la ampliación del derecho a alimentos a la familia ilegítima y entre colaterales, iniciándose la obligación alimenticia entre cónyuges.

Todas estas reacciones “contra la aspereza, dureza, rigor y severidad del Derecho romano pagano” se concentraron en una nueva concepción de la *aequitas* que ya no fue una especie de derecho escrito que tendía a realizarse mirando a ajustarse a las relaciones de la vida, como se entendía en la época clásica, sino una “exigencia basada en la humanidad, en la piedad, en la benignidad, que aspira a ordenar la sociedad conforme a normas de amor y de igualdad entre los hombres”³⁸.

Por otro lado, esta inspiración cristiana se advierte también en el número de leyes dedicadas a regular lo religioso, de tal modo que su legislación tendió a favorecer a la Iglesia, protección que le llevó, incluso, a crear un *ius singulare* para la misma.

Por ejemplo, si alguien nombraba a Jesucristo como heredero o legatario, la disposición tenía valor y se entendía hecha a beneficio de la Iglesia del lugar en que residiera el causante³⁹; para la Iglesia no regía la *condictio indebiti*, por lo que lo que había recibido con defecto de causa por legado o testamento no se podía repetir⁴⁰; favoreció las donaciones a la Iglesia⁴¹; instituyó una prescripción especialísima de cien años en el caso de que perjudicara a ésta⁴², aun cuando hubiera preferido no admitir prescripción alguna en su contra.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que si bien el cristianismo influyó en la evolución del Derecho romano, “este influjo no modificó las instituciones jurídicas hasta el extremo que sea posible afirmar que reflejaran de manera efectiva el espíritu del cristianismo. Es lógico, por otra parte, que esto ocurriera así; el Derecho romano era un sistema jurídico de extraordinaria perfección técnica, que sólo podría haber sido modificado por una influencia que contara con la colaboración de la técnica del Derecho. Obviamente, el naciente Derecho canónico -aún en estado embrionario- no estaba en condiciones de realizar esta función”⁴³. Esto significó que perviviera mucho del absolutismo y del formalismo romanos y que el influjo en instituciones como la esclavitud y el matrimonio disoluble, tan sólo se limitara a introducir mejoras en la condición de los esclavos y limitaciones en las facilidades para el divorcio.

³⁶ Se derogaron casi enteramente por Justiniano las leyes que limitaban las manumisiones, favoreciendo la situación del liberto, de manera que los esclavos manumitidos sin formalidades no se hacen latinos junianos, sino ciudadanos (Cl. 7, 6, 1; Inst. 1, 5, 3), hizo desaparecer la categoría de libertos dediticios (Cl. 7, 5, 1; Inst. 1, 5, 3), a veces la esclava era considerada *uxor* (D. 21, 1, 35, 39; 33; 7, 12, 33, 34; 20); se suprimieron los casos en que se caía en esclavitud por disposición legal y desapareció la *servitus poena* (Nov. lust. 22, 8); la misma manumisión empezó a configurarse como un deber religioso y moral, prefiriendo utilizarse la manumisión *in ecclesia*, que había creado Constantino, como *vimos*.

³⁷ D. 48, 9, 5: “no consiste en crueldad sino en piedad”. Desde Ferrini este texto se entiende interpolado. Cfr. ÁLVAREZ (n. 17), p. 330.

³⁸ *Ibidem*, p. 331.

³⁹ Cl. 1, 2, 25.

⁴⁰ Inst. 3, 27, 7.

⁴¹ Nov. lust. 7, 2, 1.

⁴² Cl. 1, 2, 23; Nov. lust. 9.

⁴³ HERVADA; LOMBARDIA (n. 8), p. 77.

De esta manera, más que del influjo del Derecho canónico en el Derecho romano hay que hablar de influjo de los principios del cristianismo en este último derecho. Para que se produjera un efectivo influjo del Derecho canónico en los derechos seculares fue preciso esperar todavía algunos siglos, en concreto, hasta la baja Edad Media, época en la que el derecho de la Iglesia alcanzó su período clásico, convirtiéndose, junto con el Derecho romano justinianeo, en los dos grandes derechos universales que integrarían el *ius commune* creado por esos años por los juristas formados *in utroque iure*, en uno y otro derecho⁴⁴.

2. Derecho canónico y cultura jurídica medieval

a) *Derecho canónico y Derecho romano*

El afán de autenticidad en las fuentes que caracterizó la reforma emprendida por Gregorio VII (1073 - 1085), conocida como la reforma gregoriana, llevó a la búsqueda, en las bibliotecas, de todos aquellos textos que hicieran posible ese anhelo. En esta búsqueda aparecieron los manuscritos del *Digesto* de Justiniano y del resto de su *Corpus Iuris* que, elaborados en Oriente el primer tercio del siglo VI, habían pasado casi desconocidos en Occidente. A partir de Irnerio, profesor en la Universidad de Bolonia, estos textos se constituyeron en el centro de los estudios jurídicos, dando inicio a un movimiento de recepción de dicho derecho que, extendido después por todo el continente, determinó la evolución jurídica de Europa continental hasta nuestros días.

Paralelamente, los siglos que van del XII al XV constituyeron un período áureo en la historia del Derecho canónico. En ellos este derecho alcanzó su máximo desarrollo y se dio inicio a la ciencia del Derecho canónico que ya se vislumbraba en el período anterior. Diversos factores que confluieron en esta época permitieron este desarrollo. Por de pronto, a partir del Concordato de Worms (1122)⁴⁵, que puso fin a la querrela de las investiduras, el papado alcanzó un gran prestigio y una gran autoridad, que facilitaron la centralización del gobierno de la Iglesia que el Papa expresó en una intensa actividad legislatora, principalmente a través de las decretales pontificias. Éstos no eran textos nuevos, pero ahora constituyeron una actividad permanente: el Papa era un legislador y legislaba asiduamente. Además, algunos de estos pontífices fueron grandes canonistas, como Rolando Bandinelli, después Alejandro III (1159-1181), Inocencio III (1198-1216) o Sinibaldo de Fieschi, después Inocencio IV (1243-1254).

Por esta misma época surgieron las universidades que dieron el ambiente propicio para la reflexión sobre el derecho. A su amparo surgió la ciencia del Derecho canónico, distinguiéndose de la teología y del Derecho romano, si bien el derecho de la Iglesia junto con este último fueron la base de

⁴⁴ Lit. general: M. BELLOMO, *L'Europa del diritto commune* (Roma, 1988), con traducción española (Roma, 1996); F. CALASO, *Introduzione al diritto commune* (Milano, 1951); EL MISMO, *Medio Evo del diritto I: Le fonti* (Milano, 1954); A. CABANNA, *Storia del diritto moderno in Europa I: Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, 1979); H. COING, *Europäisches Privatrecht* (München, 1985); EL MISMO (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I: Mittelalter (1100-1500). Die gelehrten rechte und die gesetzgebung* (München, 1973); G. ERMINI, *Corso di diritto commune I: Genesi e evoluzione storica. Elementi costitutivi. Fonti* (Milano, 1946); P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (Madrid, 1957).

⁴⁵ Su texto en latín y castellano en GALLEGO (n. 14), pp. 208 - 211.

los estudios jurídicos. Conviene tener en cuenta que Papa legislador y universidad no fueron dos realidades que discurrían en forma paralela; entre ellas hubo una fuerte relación, al punto que los papas con frecuencia mandaban sus normas a las universidades como forma de promulgación. No se trataba, empero, "sólo de un gesto de especial consideración hacia la universidad en donde, desde el tiempo de Graciano, eminentes juristas habían operado el reordenamiento y la sistematización científica de la ley de la Iglesia. Los pontífices advertían la necesidad que las decretales, además de encontrar pronta y fiel adhesión de parte de la comunidad eclesial, suscitasen una reflexión profunda sobre el patrimonio de sabiduría jurídica que pertenece a la Iglesia y encontrase una aplicación adecuada a su naturaleza y finalidad pastoral" (Juan Pablo II).

El estudio del Derecho romano justiniano que se había iniciado en la Universidad de Bolonia con Irnerio a partir del *Digesto*, dio comienzo a la recepción que el medioevo hizo del *Corpus Iuris* de Justiniano; y con esto, el desarrollo de la ciencia jurídica con la escuela de los glosadores. Pero mientras los juristas seculares tenían un texto que glosar, el *Digesto* y los demás libros del *Corpus*, los juristas de la Iglesia carecían de él. Este vacío lo vino a llenar un monje, Graciano, quien, concibiendo y llevando a la práctica la idea de concordar los cánones discordantes, elaboró la primera de las grandes colecciones clásicas del Derecho canónico, la *Concordancia de los cánones discordantes*, conocida generalmente como el *Decreto* de Graciano (c.1140). A esta obra siguieron otras -*Decretales* de Gregorio IX (1234), *Liber Sextus* de Bonifacio VIII (1298), *Clementinas* (1317), *Extravagantes de Juan XXII*, *Extravagantes comunes*- que en su conjunto se conocieron como el *Corpus Iuris Canonici*, para distinguirlo del otro *Corpus*, el de Justiniano, que empezó a conocerse como el *Corpus Iuris Civilis*.

b) el influjo canónico en la ciencia jurídica medieval

Gaudemet⁴⁶ ha sintetizado en dos las causas que explican el papel desempeñado por el Derecho canónico en el ámbito de la cultura jurídica: i) el progreso del Derecho canónico y el prestigio de sus maestros en el período que va desde la mitad del siglo XII a fines del XV. El prestigio de los maestros es tan notable que no se encuentra en Occidente otro período en el que la elite intelectual haya ejercido una acción tan continua, profunda y directa sobre la sociedad y sobre el gobierno. Es por lo que canonistas notables se encuentran entre los consejeros de papas, emperadores, reyes y príncipes. ii) el Derecho canónico, como que es derecho de la Iglesia romana, es en sus líneas maestras idéntico en toda la Europa católica, consecuencia del primado de la Iglesia romana y de la centralización creciente de la organización eclesiástica. Pero también es una consecuencia de otros factores como el carácter internacional de la Universidad, en la cual todos hablan la misma lengua común: el latín; ya se trate de diócesis o de las grandes órdenes religiosas -benedictinos, mendicantes, etc.- la organización ignora los confines territoriales; los tribunales eclesiásticos tienen estructura idéntica en los diversos países. Y este derecho de la Iglesia se aplica a todos porque todos, con excepción de la minoría hebrea, son cristianos. Fácil es advertir que todo esto constituyó un formidable elemento de uniformidad del Derecho europeo.

⁴⁶ J. GAUDEMET, *Il diritto canonico nella storia della cultura giuridica europea*, en R. BERTOLINO (a cura di), *Scienza Giuridica e Diritto canonico* (Giappichelli, Torino, 1991), pp. 5 - 6.

No debemos olvidar, empero, que “el Derecho canónico está de tal modo impregnado de romanidad que no siempre es posible resolver el problema de la ‘fuente de influencia’. Esta observación impone mucha cautela en cualquier investigación sobre los influjos”⁴⁷.

i) líneas generales de la influencia canónica

Diversos han sido los autores que han abordado el tema del influjo canónico en el derecho secular⁴⁸. De ellos, Maldonado⁴⁹ ha dedicado no escasas páginas al tema, mostrando las líneas generales de la influencia que ejerció el Derecho canónico en el derecho secular de estos siglos.

1°. *La reconducción del derecho al concepto de justicia* se encuentra en el mismo san Pablo⁵⁰. Para san Agustín, la justicia de Dios debía ser el verdadero fundamento del derecho (*quod vult Deus ipsa iustitia est*) por lo que ya no era suficiente sólo la voluntad del príncipe (*quod Principi placuit legis habet vigorem*), ni el *pactum* de los germanos, sino que tenía que ser justa, como lo había manifestado san Isidoro de Sevilla. La doctrina isidoriana pasó a Graciano y por él a la canonística medieval.

Pero la justicia no sólo había de expresarse a través de la ley, sino que también había de concretarse al momento de la aplicación de la misma a los casos particulares. Esto dio lugar a la búsqueda de un concepto de equidad que dio base a muchos cambios en instituciones y adaptaciones jurídicas y hasta en un modo general de considerar el derecho civil: la *aequitas canonica*. Las expresiones utilizadas por los canonistas de la época son suficientemente expresivas: “la justicia se sitúa en la razón del hombre, la equidad, más aún en los dichos y en los hechos del corazón” (*“Iustitia consistit in mentibus hominum, aequitas vero in dictis, et factis eorum”*), decía Sicardo de Cremona en su *Summa del Decreto*⁵¹; y el Hostiense se remitía a san Cipriano para afirmar que la *aequitas* no era sino la justicia atemperada con el dulzor de la misericordia (*“iustitia dulcore misericordiae temperata”*) lo que llevó a decretistas y decretalistas a utilizarla como el generoso correctivo del *rigor iuris* al aplicar el derecho a los casos concretos de la vida jurídica. “Así, se pugna por una justicia más depurada y más a fondo, más aquilatada, en suma, porque atiende a las circunstancias de cada supuesto de hecho determinado: la justicia del caso concreto”⁵².

⁴⁷ *Ibidem*, p. 6. El mismo Gaudemet coloca el siguiente ejemplo: La legitimación mediante subsiguiente matrimonio es una solución del Derecho romano que fue extraña a los derechos consuetudinarios de la Edad Media, pero es introducida en el Derecho canónico por Alejandro III y de allí pasa a los derechos modernos. ¿Se trata de una influencia del Derecho canónico o del Derecho romano?

⁴⁸ Además de los citados en notas anteriores y en la nota siguiente, para una visión general se puede ver S. ACUÑA GUIROLA - R. DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, *Influencia de las instituciones canónicas en la conformación del orden jurídico civil a través de la historia 1* (Cádiz, 2000); P. AGUILAR ROS - R. HERRERA BRAVO, *Derecho romano y Derecho canónico. Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas* (Granada, 1994); E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune. (Diritti reali e diritti di obbligazione)* (Studi di Diritto privato italiano e straniero diretto da Mario Rotondi, Vol. 27, Cedam, Padova, 1937); EL MISMO, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune. (Contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Studi di Diritto privato italiano e straniero diretto da Mario Rotondi, Vol. 27 bis, Cedam, Padova, 1939).

⁴⁹ MALDONADO, *El Derecho* (n. 7), pp. 139 - 170; EL MISMO, *La significación* (n. 7), pp. 5 ss.; EL MISMO, *Curso* (n. 7), pp. 342 - 372.

⁵⁰ Gal 3. 21.

⁵¹ La cita es de MALDONADO, *Curso* (n. 7), p. 343.

⁵² *Ibid.*

Esta visión un tanto moralizadora no era suficiente en el campo del derecho, por lo que hubo que buscar su fundamento en el mismo *ius* y, en última instancia, en la ley divina; de allí que un anónimo glosador civilista de la Escuela boloñesa escribiera que la equidad no era otra cosa que Dios mismo ("*aequitas nihil aliud est quam Deus*")⁵³. Será el punto de partida para que Calasso llegue a considerar que esta calificación de la equidad introdujo en el Derecho medieval un principio no sólo en sí mismo elevado sino que revolucionario para su época: la valoración intrínseca de todo el Derecho positivo.

Esta valoración de la *aequitas*, como vemos, surge de un concepto religioso aportado por la Iglesia y con esta nueva fisonomía se difundirá en y por el Derecho canónico, donde se generalizará el llamarla *aequitas canonica*, denominación que subsiste hasta hoy⁵⁴. Su influjo corrector, empero, no sólo se difundió en el derecho de la Iglesia, sino que ejerció un notable aporte al Derecho secular. "Había de ser ésta la pieza clave para introducir principios de espiritualización, suavización y autenticidad en muchas de las relaciones jurídicas y daría lugar al refuerzo de los principios éticos en cuestiones como la del justo precio, con la consecuencia de los efectos rescisorios de la *laesio enormis*, y como la de la prohibición de la usura"⁵⁵.

2°. *El reforzamiento que recibió la 'bona fides'*, fue otro de los elementos aportados por el Derecho canónico en estos años medievales, entendiendo la buena fe como la creencia sincera de que el acto que se está realizando es lícito y legítimo. La idea que hay detrás de esta nueva impostación es que la verdad debe resplandecer siempre en la conducta del cristiano y, por lo mismo, en la apreciación de los propios derechos, de manera que la ausencia de *bona fides* comporta un pecado incompatible con la buena fe. La consecuencia en el mundo jurídico no se deja esperar y así, por ejemplo, la conciencia de que la cosa es de otro ("*conscientia rei alienae*") lleva consigo la obligación moral de restituir.

3°. Otra orientación que del campo canónico vino al civil, con importantes consecuencias para éste, fue la *sutilización de diversos conceptos de derecho* los que, separados de sus elementos de hecho, fueron abstraídos en un sentido cada vez más ideal. "El Derecho canónico, acostumbrado a referirse jurídicamente a realidades espirituales, resultó especialmente apto para esa abstracción que comprendía las instituciones en plano más elevado y daba de ellas una concepción más espiritualista y, por tanto, más avanzada en la técnica del Derecho"⁵⁶. Consecuencia de esto fue la extensión del concepto de *res* hasta llegar a comprender en él las *res incorporalia*, como objeto de derechos subjetivos y el perfeccionamiento de la teoría de la representación, sutilizando la gestión jurídica de la persona que podrá actuar por medio de un procurador con efectos en su propia realidad jurídica al punto que el *Liber Sextus* en la regla 72 de las *Regulae iuris* afirmará con toda

⁵³ La cita *ibíd.*

⁵⁴ CIC 1983, canon 19: "Cuando, sobre una determinada materia, no exista una prescripción expresa de la ley universal o particular o una costumbre, la causa, salvo que sea penal, se ha de decidir atendiendo a las leyes dadas para los casos semejantes, a los principios generales del derecho aplicados con equidad canónica, a la jurisprudencia y práctica de la Curia Romana, y a la opinión común y constante de los doctores".

⁵⁵ MALDONADO, *Curso* (n. 7), p. 344.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 345.

claridad que lo que se hace por medio de otro es como si se hiciera personalmente (“*Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum*”)⁵⁷. Algo similar sucedió con la persona jurídica, a la que dedicamos unas páginas especiales más adelante.

Los juristas medievales fueron hombres prácticos que no se despreocuparon de los problemas de su tiempo, de manera que estos afanes espiritualizadores del derecho estuvieron al servicio de sus inquietudes por dar solución a las nuevas dificultades que el tráfico jurídico presentaba. Así, no obstante el respeto que sentían por las concepciones doctrinales y técnicas que les proporcionaba el *Corpus*, con una actitud de profunda reverencia hacia el texto justiniano, no tuvieron mayor inconveniente en romper la clara distinción entre los *iura in re* y los *iura in persona* para introducir una categoría novedosa como término medio, los *iura ad rem*⁵⁸.

4°. Otro elemento que se presenta con especial nitidez en estos años, si bien ha estado permanentemente presente en la historia del Derecho canónico, es *el especial respeto por el ser humano* generador de lo que, en términos genéricos, podemos denominar el humanismo cristiano, pero con innegables consecuencias en el campo del derecho. Esto hizo colocar la atención muy en primer plano en la voluntad humana a la que dio mucha importancia⁵⁹, poniendo de relieve la congruencia que ha de existir entre lo querido y lo manifestado y las consecuencias jurídicas de dicha incongruencia; o la eficacia jurídica que se dio a los pactos nudos⁶⁰; o el respeto a la voluntad del testador aunque no hubiese cumplido las formalidades estipuladas. Pero fue quizá en el Derecho penal donde este principio de la *humanitas* tendrá una especial relevancia, orientado principalmente hacia el bien de la persona del culpable; es la concepción de la pena como medicina que busca el arrepentimiento del culpable y su reconciliación con Dios⁶¹.

5°. Un símbolo que sintetiza el aporte de estos elementos generales del Derecho canónico al Derecho secular fue *la formulación de un conjunto de principios jurídicos* que fueron “expresión de una doctrina global con proyección en todo el derecho”⁶². Ya presentes en las *Decretales* de Gregorio IX⁶³, donde se agruparon once textos de cada uno de los cuales se extraía, a modo de regla de derecho, una norma que se expresaba en la rúbrica, la formulación más completa de las mismas se hizo en el *Liber Sextus* al final del cual se incluyeron 88 *regulae iuris*. Se trata, como su nombre la indica, de reglas generales de la construcción técnica jurídica, más concretas que los principios básicos del derecho, pero más amplias que las normas específicas, aplicables a todo el derecho. Recogiendo, a veces, inspiración romana, “fueron real e íntimamente canónicas y ejercieron en

⁵⁷ La Reg. Iur. 68 había dicho poco antes que “*potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*”.

⁵⁸ Esta misma actitud les llevó a ayudar en la construcción de la teoría de los nuevos reinos que sustituyeron la unidad del imperio medieval, el que también había sido creación canónica.

⁵⁹ Para la importancia de los canonistas en la elaboración del consensualismo contractual, cfr. G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, en *Annali di Storia del Diritto* 1 (1957), pp. 14 - 42.

⁶⁰ En la centuria de los quinientos, Loysel pudo escribir un adagio según el cual “se ligan los bueyes por los cuernos y los hombres con las palabras; por lo tanto, una simple promesa o acuerdo vale cuanto las estipulaciones del Derecho romano”. Lo cita GAUDEMET, *Il diritto cit.* (n. 46), pp. 18 - 19. Sobre los orígenes y diversos significados de este adagio cfr. G. e M. SAUTEL, *Verba ligant homines*, en *Melange Petot* (Paris, 1958), pp. 507 - 517.

⁶¹ Cfr. MALDONADO, *Curso* (n. 7), pp. 365 - 368.

⁶² *Ibidem*, p. 346.

⁶³ X. 5, 41, 1-11.

adelante su influencia como tales... Dan, pues la visión de la orientación canónica de la actividad jurídica humana, muestran la unidad del conjunto del derecho y representan el estado de avance de una técnica muy hecha y difundida”⁶⁴.

6º. La contribución de los canonistas fue particularmente rica, en el ámbito de lo que hoy llamaríamos teoría del derecho, en lo referido al concepto, tan controvertido, de Derecho natural, al que el Derecho romano había dedicado poco espacio⁶⁵. Otro tanto sucedió con las fuentes creadoras del derecho; así, en materia de costumbre, tanto la sumisión de la costumbre al control del legislador, como lo concerniente a las condiciones para su validez son doctrinas que, configuradas en la teoría romano-canónica del medioevo, permanecen en sustancia en la doctrina de los juristas occidentales modernos⁶⁶. Algo similar sucede con la generalidad de la ley, que para los juristas modernos constituye uno de sus caracteres esenciales, generalidad que aparece progresivamente evidenciada en la doctrina canónica medieval, donde se va a distinguir entre normas generales y preceptos particulares, aun cuando los dos pudiesen ser emanados por una misma autoridad. Es cierto que la noción de generalidad de la ley existía tanto entre los romanos como entre las leyes bárbaras y los capitulares carolingios, pero es igualmente cierto que la noción de ley general se había perdido en los siglos X y XI⁶⁷. Otro principio formulado de modo claro por los canonistas y que se convirtió en regla general del derecho moderno, es el de la no retroactividad de la ley, que aparece claramente formulado en las *Decretales* de Gregorio IX cuando establece que “*Constitutio respicit futura, non praeterita*”⁶⁸; y poco más adelante en el mismo libro, al establecer el mismo Pontífice: “...*edidimus non ad praeterita, sed ad futura tantum extendi, quum leges et constitutiones... non ad praeterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur*”⁶⁹.

ii) zonas de influencia más relevantes

A la luz de lo que hemos señalado precedentemente no resulta difícil darse cuenta que el influjo del Derecho canónico sobre los derechos de corte secular animó las más diversas manifestaciones de éste. Hubo, sin embargo, algunas ramas del derecho en las que este influjo se hizo más acusada y que, por lo mismo, ameritan, una consideración especial: el Derecho de familia y el derecho procesal. De ellos, centraremos de momento nuestra atención en el primero, el Derecho de familia.

“Instituido por Dios, imagen de la unión de Cristo con su Iglesia, misterio santo, el matrimonio importa a la Iglesia. Competencia que no le es contestada por los poderes seculares, poco aficionados a legislar e incluso a juzgar. La doble competencia, legislativa y jurisdiccional, que no ha cesado de desarrollarse desde la época de Constantino, es, en la Edad Media, exclusiva”⁷⁰. Es por lo que

⁶⁴ MALDONADO, *Curso* (n. 7), p. 346.

⁶⁵ La literatura sobre este tema es abundante; a manera de ejemplo puedo citar M. VILLEY, *Le droit naturel chez Gratien*, en *Studia Gratiana* 3 (1955), pp. 85 - 99; R.M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origine a S. Tommaso d'Aquino* (2ª ed., Roma, 1985).

⁶⁶ GAUDEMET, *Il diritto* (n. 46), pp. 10 - 11.

⁶⁷ P. LANDAU, *Evoluzione della nozione di legge*, en *Atti del VI Colloquio romanistico-canonistico* (Utrumque ius 20, Roma, 1989), pp. 271 - 275. Cfr. GAUDEMET, *Il diritto* (n. 46), p. 11.

⁶⁸ X. 1, 2, 2.

⁶⁹ X. 1, 2, 13. Es el mismo principio recogido en el art. 9 del Código Civil de Chile cuando, en su inciso primero, prescribe que “*La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo*”.

⁷⁰ J. GAUDEMET, *Le mariage en Occidente. Les moeurs et le droit* (Du Cerf, Paris, 1987), p.139. Con una abundante bibliografía, si bien privilegiando la literatura francesa. Hay traducción castellana.

a partir del siglo XI, y por un largo período, la Iglesia fue la única que legisló sobre el matrimonio, lo que hizo a través de cánones conciliares, de decretales pontificias y de estatutos sinodales que, por lo general, recogían lo regulado en las dos precedentes. La lucidez y armonía de esta regulación se manifestó principalmente en dos aspectos: la doctrina sobre la formación del matrimonio y el régimen de los impedimentos.

De los romanos se había recibido el principio del consentimiento como elemento formador del matrimonio; de los germanos, en cambio, la importancia de la cópula de manera que el matrimonio no estaba rato mientras no hubiese mediado entre los cónyuges el acto por el cual los dos se hacen una sola carne⁷¹. Graciano⁷² defendió desde Bolonia la teoría de la cópula, en tanto que Pedro Lombardo⁷³ desde París la teoría del consentimiento. La solución vino potestativamente, principalmente por obra de Alejandro III que acogió la doctrina parisina de que el matrimonio se perfecciona por el solo consentimiento⁷⁴. Pero de la doctrina boloñesa se acogió la relevancia de la cópula en orden a que a partir de la misma el matrimonio era del todo indisoluble, sin que ni siquiera el Papa tuviese posibilidad de disolverlo, como sí la tenía cuando el matrimonio era rato, o sea, había habido intercambio de consentimiento, pero no había sido consumado por la entrada en religión de uno de los cónyuges, como lo admitió el mismo Alejandro III⁷⁵. La razón, como lo decía Alejandro III, era que, al no producirse los efectos de ser una sola carne, uno de los cónyuges podía dedicarse a Dios y el otro permanecer en el mundo ("*quum non fuisse una caro simul effecti, satis potest unus ad Deum transire, et alter in saeculo remanere*"). Una glosa agregaba que la indisolubilidad del matrimonio no consumado era sólo *ex constitutione Ecclesiae*, por lo que el Papa podía dispensar de ella⁷⁶. De esta manera se afirmó el principio de que es el consentimiento el que hace el matrimonio ("*consensus facit nuptias*") y quedaron fijados los elementos que habían de confluir en la formación del mismo, los que se resumían en: i) *sponsalia per verba* de futuro, por los que el varón y la mujer se comprometían a contraer futuro matrimonio; ii) *sponsalia de praesenti* que hacían que el matrimonio fuera perfecto matrimonio; iii) celebración *in facie Ecclesiae*; iv) *copula coniugalis*, que hacía el matrimonio del todo indisoluble. Es la regulación que permaneció en el tiempo y subsiste hasta hoy⁷⁷.

Los impedimentos para contraer matrimonio ya eran conocidos en el Derecho romano bajo la forma de prohibiciones⁷⁸, si bien en raras ocasiones los juristas utilizaban la expresión impedimento, además que la sanción por el no cumplimiento de las mismas no era la nulidad del matrimonio⁷⁹. La noción

⁷¹ Mt 19, 6.

⁷² C. 27, q. 2, post c. 34, post 39.

⁷³ *Libri sententiarum*, lib. 4, d. 27 - 28.

⁷⁴ X. 4, 4, 3. Otra decretal de Inocencio III establece el mismo principio X. 4, 1, 25: "*quod matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri et mulieris consensum*".

⁷⁵ X. 3, 32, 2; 14.

⁷⁶ La cita es de MALDONADO, *Curso* (n. 7), p. 352.

⁷⁷ CIC 1983, canon 1057: "§ 1. *El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.* § 2. *El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*". Canon 1698: "§ 1. *Únicamente la Sede Apostólica juzga sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de justa causa para conceder la dispensa.* § 2. *La dispensa es concedida sólo por el Romano Pontífice*".

⁷⁸ GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), pp. 337 - 342.

⁷⁹ GAUDEMET, *Le marriage* (n. 70), p. 196.

de un impedimento que se opusiera a la válida conclusión de un matrimonio y cuya transgresión implicara la nulidad del mismo, fue extraña no solo a los romanos sino que también a los canonistas del primer milenio. Fue la teoría de los impedimentos obra de los juristas medievales, y tenía por objeto impedir la conclusión de una unión que iría contra determinadas prohibiciones; tenía, pues, una finalidad preventiva, y la violación de los mismos traía como consecuencia, según los casos, una penitencia religiosa o la nulidad del matrimonio.

Conforme a esto, el Derecho canónico distinguió entre impedimentos que traían como consecuencia la nulidad del matrimonio -dirimentes- y aquellos otros que, si bien hacían merecedores a los cónyuges a sanciones religiosas, no dirimían el matrimonio -impedientes-. Fue una construcción que se hizo lentamente y que, incluso, fue recogida por algunos autores en forma de verso para facilitar su memorización. En la *Summa* del Hostiense se leía: "*Error, conditio, votum, cognatio, crimen, / cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas, / dissensus, et affinis, si forte coire nequibis, / haec facienda vetant connubia, facta retractant*"⁸⁰. Es una de las diversas versificaciones que se hicieron y que incluye no sólo impedimentos, sino que también incapacidades y vicios del consentimiento⁸¹. Más clara fue la distinción entre impedimentos absolutos o relativos, según si impedían el matrimonio con cualquier otra persona o sólo con algunas.

La teoría de los vicios del consentimiento en materia de matrimonio fue ignorada por el Derecho romano y fue del todo elaborada por el Derecho canónico medieval. Y el influjo canónico no fue menor sobre la forma del matrimonio, reflexión que fue complementada por el decreto *Tametsi* del Concilio de Trento (1563) que exigió la presencia de un sacerdote como ministro de fe para la validez del matrimonio⁸².

Con todo, la competencia exclusiva que tenía la Iglesia en materia matrimonial hizo que también se extendiera a otras materias vinculadas con el matrimonio de manera que, en la práctica, su competencia se extendió casi a todas las materias del Derecho de familia. Según Bussi⁸³, ellas fueron: el matrimonio, con todo lo relativo a las relaciones personales entre los cónyuges y a las patrimoniales dependientes de ellas; los esponsales; las segundas nupcias; las cuestiones relativas al estado de las personas; la filiación, con los problemas de legitimidad y legitimación; el parentesco en toda su amplitud; las prestaciones de alimentos; las cuestiones sucesorias relacionadas con todo lo anterior; y, en general, todas las cuestiones relativas a todo lo que afectase al matrimonio en razón de pecado ("*ratione peccati*"). A la luz de lo anterior se advierte como no sólo el matrimonio, sino el Derecho de familia mismo se vio claramente configurado con el aporte y la reflexión de los canonistas medievales.

Esta reflexión y estas construcciones tuvieron larga vida, constituyendo sustancialmente el derecho vigente hasta la revolución francesa, época a partir de la cual se va a expandir el matrimonio civil.

⁸⁰ Los cita MALDONADO, *Curso* (n. 7), p. 354.

⁸¹ Entre nosotros recogió una versificación parecida J. DONOSO, *Instituciones de Derecho canónico americano* 2 (Valparaíso, 1849), p. 156.

⁸² Conc. Trid., sess. 24, de Ref., 11 noviembre 1563, cap. 1.

⁸³ BUSSI, *La formazione... (Contratti...)* (n. 48), p. 240.

Sin embargo, cuando los legisladores civiles se vieron en la necesidad de regular esta nueva figura, no tuvieron que “inventar” nada porque todo estaba “inventado”, de manera que no tuvieron más que limitarse a hacer una lectura en clave laica del matrimonio canónico, eliminando todo lo que tuviera carácter religioso, pero conservando las estructuras técnicas. Muchas veces, además, fueron sustituidas las propiedades esenciales del matrimonio canónico, como la unidad o la indisolubilidad⁸⁴, pero, incluso, en algunos casos como el de Chile, el matrimonio civil conservó todavía elementos esenciales del matrimonio de la Iglesia como la indisolubilidad⁸⁵.

Que los legisladores civiles tuvieron a la vista las construcciones técnicas del Derecho canónico resulta a la vista: basta ver los impedimentos consignados en las leyes sobre la materia para darse cuenta no sólo del parecido, sino de la inspiración canónica de los mismos; incluso, algunos impedimentos tan propios de la Iglesia como el de orden sagrado⁸⁶, que fue eliminado en la mayoría de las legislaciones civiles, fue conservado en el matrimonio civil venezolano, si bien ampliado a los pastores de un culto cualquiera, los que no pueden contraer matrimonio civil si no pueden contraer matrimonio según las normas propias de su religión⁸⁷. El parecido sigue: el consentimiento matrimonial se emite ante una autoridad que, siendo el párroco en el matrimonio canónico, lo es el oficial civil en el Derecho chileno. El párroco lee a los contrayentes algunos versículos del Evangelio; el oficial civil lee unos artículos del Código Civil. Los vicios del consentimiento, con las mismas limitaciones del derecho canónico que, en materia de error, sólo aceptaba el error en la persona y no el error en cualidad, fue recibido en los mismos términos por las legislaciones civiles que en esta materia iniciaron una evolución que discurrió por vías diversas a la de los cánones; etc.

Pero, no sólo fue una lectura en clave laica del matrimonio canónico, sino que, en ocasiones, fue una mala lectura, lo que sucedió con el artículo 5 n° 2 de la ley de matrimonio civil de 1884: según esta norma *“Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: 2º Los colaterales por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive”*. Decir *hasta* es una inexactitud porque antes del segundo grado no hay ningún otro en la línea colateral. No es una inexactitud, en cambio, en el Derecho canónico. Como consecuencia del influjo que este último recibió del Derecho germánico durante el primer milenio, la Iglesia adoptó como modo de computar el parentesco el que usaban estos pueblos, dejando de lado el modo romano, que es el que se recibió mayoritariamente en las legislaciones civiles. De esta manera, mientras el Derecho chileno computaba el parentesco según el Derecho romano, el Derecho canónico lo hacía por un modo propio, originado en el primitivo Derecho germánico. De acuerdo con éste -el canónico- los hermanos se encuentran en primer grado colateral y los tíos, sobrinos y primos en el segundo grado colateral; de acuerdo con el romano, en cambio, los hermanos están en segundo grado colateral, los tíos en relación con los sobrinos en tercero, y los primos entre sí en cuarto grado colateral. El Derecho canónico, que prohíbe hasta el matrimonio entre primos, prohíbe el matrimonio

⁸⁴ Según el canon 1056 del Código de Derecho Canónico vigente, *“las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento”*.

⁸⁵ Código Civil, art. 102: *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*.

⁸⁶ CIC 1983, canon 1087: *“Atentan inválidamente el matrimonio quienes han recibido las órdenes sagradas”*.

⁸⁷ Código Civil de Venezuela, art. 50: *“No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior ni el de un ministro de cualquier culto a quien le sea prohibido el matrimonio por su respectiva religión”*.

en la línea colateral “hasta el segundo grado inclusive”, expresión que resulta del todo válida, pues allí queda incluido el matrimonio entre hermanos, entre tíos y sobrinos y entre primos hermanos entre sí. Cuando los legisladores chilenos legislaron sobre matrimonio civil, al momento de definir el impedimento de parentesco por consanguinidad copiaron textualmente lo que decía el Derecho canónico, sin darse cuenta que las expresiones canónicas, aunque idénticas formalmente, significaban una cosa diversa. Es por eso que la ley de matrimonio civil decía “hasta el segundo grado inclusive” lo que era una inexactitud, pues antes del segundo grado, en clave romana, no hay ningún otro grado de parentesco colateral, como, en cambio sí existe en Derecho canónico, pues antes está el primer grado, hermanos entre sí. Este error ha quedado superado en la nueva ley de matrimonio civil (2004).

Hubo, en cambio, algunas soluciones técnicas arbitradas por el Derecho canónico que no fueron incorporadas en el matrimonio civil, como la simulación total o parcial, sino hasta años muy recientes⁸⁸.

II

ALGUNAS INSTITUCIONES EN PARTICULAR

Hasta el momento hemos podido ver las líneas generales por donde ha discurrido en los siglos pasados, el encuentro, primero, entre el cristianismo y el Derecho romano y, después, la colaboración del Derecho canónico bajo medieval en la formación del derecho y de la ciencia jurídica occidental. Momento es que detengamos nuestra atención en algunas instituciones en particular donde resulta patente el influjo de los cánones en su configuración y, en ocasiones, la radical creación canónica de las mismas.

1. Persona jurídica

a) *Derecho romano*

El Derecho romano conoció la existencia de corporaciones con “capacidad de goce”, si bien no existió un nombre genérico que las abarcara a todas ellas; quizá los más generales que se encuentren son *corpora* y *universitates*; en cambio, especies de corporaciones eran los *collegia*, *sodalitates* o *sodalicia*, lo mismo que *civitates*, *municipia* o *colonia*, siendo el *populus Romanus* la corporación por excelencia⁸⁹. Con todo, fue extraña a la jurisprudencia romana la idea de que las corporaciones fuesen una persona⁹⁰, como también lo fue la noción de que las corporaciones fuesen personas jurídicas o morales, “como si por sobre la corporación de individuos de que se trata, y además

⁸⁸ La simulación en el matrimonio se encuentra aceptada actualmente, por ejemplo, en el art. 73 del Código Civil de España, art. 123 del Código Civil italiano y art. 146 del Código Civil francés. De la misma manera aparecía en el proyecto de nueva ley de matrimonio civil en Chile, pero finalmente no se legisló sobre el particular.

⁸⁹ GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), p. 418.

⁹⁰ En D. 46, 1, 22, de Florentino, se lee, respecto de la herencia yacente, que “muerto el reo de prometer se puede recibir fiador aún antes de haber sido adida la herencia, porque la herencia hace las veces de persona, así como el municipio, la decuria y la sociedad”. Aparte el hecho de que la herencia yacente, esto es, la aún no aceptada por el heredero, no es una corporación, el texto no dice que la herencia yacente sea una persona, sino que ella funciona en vez de persona, en el mismo modo como funciona una persona, lo cual implica una analogía pero no una equiparación. *Ibid.*

de ella, existiera otro ente que constituyera propiamente una persona⁹¹. De esta forma, en la concepción romana la capacidad de goce no era reconocida a un ente distinto de un conjunto de personas naturales, sino a este mismo considerado como cuerpo unitario (*corpus*) o como totalidad (*universitas*)⁹². “Estos *corpora* están integrados, pues, por una pluralidad de individuos reducidos a unidad, lo que se manifiesta por la sujeción a un solo nombre colectivo (*uni nomini subiecti*); pero como ningún individuo en particular es el *corpus*, ni puede atribuirse para sí el nombre colectivo, aquél permanece y conserva su identidad pese al cambio o desaparición y a la renovación de sus miembros singulares”⁹³.

El modelo de las corporaciones capacitadas jurídicamente con capacidad de goce era el *populus Romanus*, y adquirirían esta capacidad en la medida en que una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial había autorizado su formación, la que se concedía en razón de existir finalidades no lucrativas de interés común, pues repugnaba a la mentalidad romana que una asociación lucrativa, como la sociedad privada, pudiese ser un cuerpo capaz. En virtud de esta capacidad, a las corporaciones autorizadas “les es propio tener, a ejemplo de la república, bienes comunes, caja común y apoderado o síndico por medio de quien, como en la república, se actúe y haga lo que deba actuarse y hacerse en comunidad” (D. 3, 4, 1, 1). Es decir, las corporaciones como tales, en tanto cuerpos unitarios y no sus miembros individualmente considerados, eran dueños de un patrimonio del que podían disponer; ser titulares de derechos reales, adquirir créditos y contraer obligaciones; y les era posible recibir herencias, legados y fideicomisos, así como comparecer activa y pasivamente en juicio. Además del *populus Romanus*, que era la corporación jurídicamente capaz por antonomasia, se reconocía capacidad jurídica a la comunidad de miembros de una *municipium* o de un *colonia* creadas por leyes o constituciones imperiales.

Las corporaciones de personas formadas con finalidad religiosa o cultural, funeraria, profesional o de asistencia mutua, recibían el nombre de *collegia*, *sodalitates* o *sodalicia*. De entre éstas, los primeros cristianos solieron formar corporaciones de socorros mutuos (*collegia tenuiorum*), por lo general compuestas por gente pobre, de modo de poder recibir mensualmente una cierta cantidad de dinero (*stips menstrua*), corporaciones que normalmente eran también funeraticias. Otras finalidades, como la sociabilidad, la política, la beneficencia pública o el cultivo de deportes, al parecer no existieron⁹⁴. Las corporaciones autorizadas eran jurídicamente capaces, en el sentido de poder adquirir y ser dueñas de un patrimonio, de disponer de él, de obligarse y de obligar y de comparecer activa y pasivamente en juicio, mediante un *actor*, que Gayo llama también *syndicum*. Esta capacidad, empero, como lo he indicado, no era reconocida a un ente distinto del conjunto de personas naturales, sino a este mismo considerado como cuerpo unitario.

⁹¹ GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), p. 419.

⁹² En D. 41, 3, 30, pr., de Pomponio, se distinguen tres géneros de *corpora*: i) “el que está contenido por un solo espíritu”, y que en griego se llama *enomenon* (“continuo”), como un hombre, un madero o una piedra; ii) otro que consta de varios componentes que se tocan entre sí y se adhieren mutuamente, que en griego se llama *synemmenon* (“conjunto” o “conexo”), como un edificio, una nave o un armario; iii) y un tercero que consta de partes distantes como muchos cuerpos no sueltos sino sujetos a un solo nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño (cfr. D. 6, 1, 23, 5; Inst. 2, 20, 18). GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), p. 420.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibidem*, p. 425.

b) *el Cuerpo Místico de Cristo*

"Si hay que buscar una causa última desencadenante del proceso, únicamente se encuentra en el cristianismo, el cual ofrece el ente de donde parte, y hacia el que confluye, toda la teoría de la personalidad jurídica: la Iglesia"⁹⁵. La Iglesia se presentaba a los ojos del mundo como un ente corporativo que difería de todos los conocidos hasta ese momento: en ella se veía, ciertamente, el elemento humano que veíamos con las corporaciones romanas, pues los fieles, el pueblo de Dios, eran su base estructural física. Pero este ente -Iglesia- en sí, esto es la agrupación de todos los fieles entre sí y con Cristo su cabeza, desarrollaba una vida autónoma que no surgía ni solo ni principalmente de las voluntades conjuntadas de los miembros, sino ante todo de la voluntad inmutable de Dios. No se trataba, pues, de una asociación al modo romano, sino de algo mucho más espiritual y abstracto que tenía su principio rector e informante en una voluntad distinta y superior a la de los miembros⁹⁶.

La idea de *corpus* atribuida a la Iglesia con un innegable sentido teológico, es oriunda de san Pablo y se encuentra en varias de sus cartas. Los textos paulinos más importantes son los siguientes: "*así también nosotros, siendo muchos, no formamos más que un solo cuerpo en Cristo, siendo cada uno por su parte los unos miembros de los otros*"⁹⁷; "*Porque aun siendo muchos, un solo pan y un solo cuerpo somos, pues todos participamos de un solo pan*"⁹⁸; "*Pues del mismo modo que el cuerpo es uno, aunque tiene muchos miembros, y todos los miembros del cuerpo, no obstante su pluralidad, no forman más que un solo cuerpo, así también Cristo. Porque en un solo Espíritu hemos sido todos bautizados, para no formar más que un cuerpo, judíos y griegos, esclavos y libres. Y todos hemos bebido de un solo Espíritu*"⁹⁹; "*Bajo sus pies sometió todas las cosas y le constituyó Cabeza suprema de la Iglesia, que es su Cuerpo, la Plenitud del que lo llena todo en todo*"¹⁰⁰; "*soportándoos unos a otros por amor, poniendo empeño en conservar la unidad del espíritu con el vínculo de la paz. Un solo Cuerpo y un solo Espíritu, como una es la esperanza a que habéis sido llamados*"¹⁰¹; "*El mismo 'dío' a unos el ser apóstoles; a otros, profetas; a otros, evangelizadores; a otros, pastores y maestros, para el recto ordenamiento de los santos en orden a las funciones del ministerio, para edificación del Cuerpo de Cristo, hasta que llegemos todos a la unidad de la fe y del conocimiento pleno del Hijo de Dios, al estado de hombre perfecto, a la madurez de la plenitud de Cristo*"¹⁰²; "*Él [Cristo] es también la Cabeza del Cuerpo, de la Iglesia*"¹⁰³; "*Ahora me alegro por los padecimientos que soporto por vosotros, y completo en mi carne lo que falta a las tribulaciones de Cristo, a favor de su Cuerpo, que es la Iglesia*"¹⁰⁴; "*Y que la paz de Cristo presida vuestros corazones, pues a ella*

⁹⁵ S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el Derecho canónico. Su evolución desde Inocencio IV hasta el C.I.C. de 1983* (Universitat de Barcelona, Facultat de Teologia de Barcelona, Herder, Barcelona 1985), p. 17.

⁹⁶ S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinobaldo de Fieschi (Inocencio IV)* (Eunsa, Pamplona, 1975), p. 112.

⁹⁷ Rm 12, 5. Para ésta y las otras citas uso la Biblia de Jerusalén.

⁹⁸ 1 Co 10, 17.

⁹⁹ 1 Co 12, 12 - 13.

¹⁰⁰ Ef 1, 22 - 23.

¹⁰¹ Ef 4, 3 - 4.

¹⁰² Ef 4, 11 - 13.

¹⁰³ Col 1, 18.

¹⁰⁴ Col 1, 24.

*habéis sido llamados formando un solo Cuerpo*¹⁰⁵.

Desde una perspectiva teológica, la doctrina paulina plantea el tema de la naturaleza de este Cuerpo, que ciertamente no es física, como tampoco lo es moral o social como puede serlo, por ejemplo, la familia. Se trata, en realidad, de un cuerpo místico: "el divino redentor forma con su cuerpo social una sola persona mística¹⁰⁶". De esta manera, la Iglesia se presenta a los ojos del mundo como un ente corporativo que difiere de todos los hasta entonces conocidos; hay en ella, ciertamente, elementos humanos, una base estructural física, pero la Iglesia en sí realiza una vida autónoma "que no surge ni solo ni principalmente de las voluntades conjuntadas de los miembros, sino ante todo de la voluntad inmutable de Dios. No se trata propiamente hablando de una asociación, y desde luego no lo es al modo típico romano, sino de algo mucho más espiritual y abstracto, que tiene su principio rector e informante en una voluntad distinta y superior de los miembros"¹⁰⁷. Esta manera de ser original y novedosa no sólo no pasó desapercibida, sino que estaba llamada a ser reconocida primero, e influir en el derecho después, como de hecho sucedió. Con todo, se trató de un proceso lento.

En efecto, en los tiempos anteriores a Constantino la vida de la *ecclesia* cristiana, que sufría la persecución sangrienta de los primeros tres siglos, se desarrolló en profundidad, preparando las bases de su organización y estructura, las que se orientaron en dos sentidos: en una línea individualista y en una línea asociativa. "El punto de partida del cristianismo es evidentemente individual, ya que su fin consiste en la salvación de las almas de los seres humanos¹⁰⁸. Pero, al lado de esta finalidad prevalente y como medio para su logro, aparece una perspectiva de superación del individualismo, cuyo elemento activador es el precepto cristiano de la caridad. Sus resultados son el espíritu comunitario y las bases asociativas en que se apoya la Iglesia. La salvación personal se gesta y hace posible dentro de la comunidad eclesial"¹⁰⁹. Esta base eclesial comunitaria se mantuvo como simple hecho hasta fines del siglo III en que la calidad de cristiano dejó de ser obstáculo para obtener autorización para constituir colegios de derecho común. El reconocimiento oficial, sin embargo, se produjo el 313 y con ello la utilización oficial de la expresión *corpus* aplicada a los cristianos como colectividad.

El texto es conocido como Edicto de Milán, otorgado por los emperadores Lactancio y Constantino¹¹⁰ y en él se fijan las condiciones de vida y actividad patrimonial de los *collegia* formados por los cristianos. En él se utilizan expresiones como *persona christianorum* -cristianos-; *corpori christianorum* -comunidad cristiana-; *jus corpori eorum* -la ley de su cuerpo-; *iisdem christianis, id est, corpori et conventiculis eorum* -a los dichos cristianos, es decir, a sus cuerpos y asambleas-. Panizo¹¹¹, al respecto se pregunta, ¿qué se ha de entender como *corpus christianorum*? ¿se ha de tomar en sentido

¹⁰⁵ Col 3, 15.

¹⁰⁶ Pío XII, encíclica *Mystici Corporis* (1943), n. 31.

¹⁰⁷ PANIZO (n. 96), p. 112.

¹⁰⁸ El Código de Derecho Canónico en vigencia termina su texto afirmando, bellamente, que la salvación eterna de las almas es la suprema ley de la Iglesia. Cfr. canon 1752.

¹⁰⁹ PANIZO (n. 96), p. 112.

¹¹⁰ Vid. supra n. 14

¹¹¹ PANIZO (n. 96), p. 100.

asociativo, es decir, sujeto de derechos asentado sobre todo el conjunto de los cristianos? Este *corpus christianorum* ¿es la Iglesia universal? Este autor¹¹² entiende que la expresión *corpus christianorum*, aplicada a los cristianos, tiene un claro sentido colegial, lo que se desprende de las mismas palabras del edicto imperial: “y puesto que es de conocimiento público que los dichos cristianos han poseído no sólo esos lugares donde tenían la obligación de congregarse, sino también otros que pertenecían a la ley de su cuerpo, es decir, de las iglesias, no de personas privadas, mandaréis, de acuerdo con la ley que hemos descrito, la devolución de todas esas posesiones a los dichos cristianos, es decir, a sus cuerpos y asambleas, sin dudar y sin porfiar”¹¹³. Estas palabras constataban la presencia en el mundo jurídico romano de una institución nueva, desconocida hasta entonces, la *ecclesia*, esto es, colegios formados por cristianos que tenían un *ius corporis* concretado en una titularidad sobre una masa de bienes comunes. Preciso es tener presente que el texto imperial no otorgaba el *ius corporis* a la *ecclesia*, sino que lo suponía existente con anterioridad, puesto que se disponía tan sólo una restitución de bienes comunes a un *corpus* ya existente.

c) la reflexión canónica medieval

El Derecho germánico tampoco aportó un concepto de persona jurídica, si bien trajo una idea fundamental: la idea de nación o de pueblo como unidad que mantiene unos vínculos estrechos, y la noción de sociedad como ente de derecho público y no meramente privado¹¹⁴. Ésta y la tradición romana confluyeron a partir del siglo XI, conjuntamente con otras circunstancias que obligaron a la ciencia jurídica canónica a plantearse el tema de las entidades que, distintas de las personas o cosas que las componen, son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones. Por de pronto, como lo he mencionado, se redescubrieron en Occidente los textos originales del *Corpus Iuris* de Justiniano, con los textos del *Digesto* sobre los colegios, corporaciones y *universitates*. Por el mismo tiempo se produjo el florecimiento de las universidades con el cultivo en ellas no sólo del Derecho civil (romano) sino también del Derecho canónico, el *utrumque ius* como se les denominaba, esto es, los dos derechos cultos y universales que tuvieron su sede natural en la universidad medieval.

Por su parte, la Iglesia tomó conciencia de su entidad propia, de su personalidad, al mismo tiempo que los papas se convirtieron en los únicos legisladores del derecho nuevo y universal, aplicable a toda la cristiandad, que obró “las funciones de savia renovadora y desencasilladora de las viejas instituciones del *ius civile*”¹¹⁵. Los monasterios, una vez que se superó la fase de afianzamiento de la regla benedictina, se mostraron como entes con vida propia e independiente gracias a los privilegios obtenidos por los sucesivos reformadores de la corte pontificia. Los cabildos catedralicios, después de un primer momento de imitación de la vida monástica, se convirtieron en un ejemplo vivo y continuado del gobierno colegiado, interviniendo no sólo en la elección del obispo, sino también

¹¹² *Ibidem*, p. 102.

¹¹³ “*Et quoniam idem Christiani non ea loca tantum, ad quae convenire consuerunt, sed alia etiam habuisse noscuntur ad ius corporis eorum id est Ecclesiarum, non hominum singulorum, pertinentia, ea omnia lege quam superius comprehendimus, citra ullam prorsus ambiguitatem vel controversiam iisdem Christianis id est corpori et conventiculis eorum reddi iubebis...*”.

¹¹⁴ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* 1 (Berlín, 1868; r.a. Graz, 1954), p. 12 - 152, cit. por BUENO (n. 95), p. 19.

¹¹⁵ *Ibid.*

en la administración patrimonial de la diócesis. Las instituciones de beneficencia, como hospitales, leproserías, orfanatos, que habían surgido de la institución diaconal de los tiempos apostólicos y habían continuado durante la alta Edad Media bajo la protección de los preladados, se habían ido alejando de la directa jurisdicción de estos para convertirse también en entes de funcionamiento independiente. A todo lo cual se unieron las incipientes asociaciones de tipo religioso no monástico, como fueron las congregaciones religiosas y las cofradías, que comenzaban a vislumbrarse en este periodo histórico¹¹⁶.

La confluencia de todas estas circunstancias en el siglo XII llevó a los juristas a preguntarse sobre la naturaleza de estos entes, diversos entre sí en importancia -Iglesia, ciudad, diócesis, capítulo, colegio, universidad, monasterio, corporación, etc.-, pero que mostraban en común estar compuestos de diversidad de personas físicas -o de cosas- que formaban una unidad, de manera que el ente era una entidad en sí misma y no una agregación de todos los individuos que lo componían, al punto que, de hecho, se conducían en el tráfico jurídico como una sola persona. Aquí surgió la idea de personalidad jurídica. Como es natural, fue una idea que no surgió afinada desde el primer momento. Los primeros juristas medievales que abordan el tema fueron civilistas -romanistas- quienes se limitaron a mencionar el Derecho romano que ya conocemos, como Accursio. Con el paso de los años, sin embargo, el problema se convirtió en acuciante en el ámbito eclesial, especialmente a partir de dos problemas concretos, que Bueno Salinas¹¹⁷ sintetiza así:

i) las elecciones episcopales a cargo del cabildo eclesiástico. El sistema de la colegialidad no se hallaba aún suficientemente perfeccionado sin que el *Decreto* de Graciano plantease soluciones en esta materia. La publicación en 1234 de las *Decretales* de Gregorio IX hizo patente en esta materia la contradicción entre ambos derechos, el romano y el canónico, a propósito de la decretal *Nullus in ecclesia*¹¹⁸, sobre el número de personas físicas necesarias para constituir colegio de electores, pues mientras el Digesto exigía un mínimo de tres¹¹⁹, el Derecho canónico hablaba sólo de dos, lo que llevó a los canonistas a plantearse radicalmente la separación de su derecho respecto del civil -romano- en lo referido a la personalidad jurídica del cabildo eclesiástico.

ii) la excomunión de personas jurídicas. El uso de la pena de excomunión, que había aumentado a partir de la reforma gregoriana, fue dirigido no sólo contra personas físicas, como el emperador, los reyes y los gobernantes, además de los preladados y los fieles, sino que, en una segunda etapa se había usado también contra ciudades independientes del norte de Italia con ocasión de las disputas entre

¹¹⁶ Sobre este período de la historia eclesial puede consultarse cualquiera de las grandes historias de la Iglesia de que disponemos en la actualidad, v. gr. J. LORTZ, *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la historia del pensamiento* 1. *Antigüedad y Edad Media* (Ediciones Cristiandad, Madrid, 1982), pp. 278 - 534; G. LE BRAS, *La Iglesia medieval*, en FLICHE-MARTÍN (dir.), *Historia de la Iglesia* 12 (Valencia, 1976). Desde una perspectiva canónica puede consultarse G. LE BRAS - G. LEFEBVRE - Ch. RIMBAUD, *L'Age classique (1140-1378). Sources et théorie du droit*, en G. LE BRAS (dir.), *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident* 7 (Paris, 1965), con abundante bibliografía.

¹¹⁷ BUENO (n. 95), pp. 20 - 21.

¹¹⁸ X. 1, 6, 1. Es una decretal atribuida a un Papa Lucio, sin que se especifique cual de quienes llevaron ese nombre, tomada por san Raimundo de Peñafort de la *Compilatio prima* 1, 4, 1, que, a su vez, la recogió de la *Collectio Lipsiensis* 30, 10 y de origen incierto.

¹¹⁹ D. 50, 16, 85. Pero se admitía la subsistencia de la corporación reducida a un miembro para los efectos de demandar lo que pertenecía a la corporación y ser demandada ésta por lo que se debía a terceros. Cfr. D. 3, 4, 7, 2.

güelfos y gibelinos cuando se rebelaban contra la autoridad pontificia o se daban estatutos contra la libertad de la Iglesia; de la misma manera se había usado la excomunión contra las asociaciones y *universitates* -incluidas las universidades de estudios- que sostenían doctrinas contrarias a la Santa Sede. Si tenemos en cuenta que la pena de excomunión lleva aparejada la ruptura de la comunión eclesiástica, comunión que sólo puede ser de tipo espiritual y que se concreta en *sentirse cum* la Sede romana -y en el plano sacramental la comunión eucarística- parece evidente que, para que se pudiera dar, debía recaer sobre un sujeto que poseyese todas las notas de comunión apuntadas, por lo que sólo podían ser sujetos de comunión espiritual en sentido pleno las personas físicas, las únicas que tienen alma. Este razonamiento fue pronto asumido por los juristas medievales, lo que colocaba en situación irregular la excomunión de universidades consideradas como una unidad personal, aunque podían serlo sus componentes considerados como personas individuales. Parecía, pues, claro, que el viejo esquema romano de personalidad única no encajaba con la pena de excomunión. Para resolver esta contradicción era menester separar tajantemente ambos institutos jurídicos -las *universitates* y la excomunión- a lo que puso manos a la obra Sinibaldo dei Fieschi, primero a nivel doctrinal como canonista y después, a nivel jurídico político, como Papa Inocencio IV (1234 - 1254)¹²⁰.

Al hacerlo, sin embargo, no se limitó a resolver los problemas planteados, sino que “rompiendo barreras y elaborando un nuevo concepto jurídico, se propuso dar forma al concepto de personalidad jurídica”¹²¹, el que, conforme al método de la época, fue surgiendo de manera dispersa en la medida que se iban planteando situaciones diversas a las que era preciso dar solución caso a caso. En lo referido a la persona jurídica su obra se ha sintetizado en su conocida frase “*universitas fingatur una persona*”¹²². Como ha sido puesto de relieve especialmente por Panizo¹²³ a quien sigue Bueno¹²⁴, Sinibaldo no considera a la persona jurídica como una mera ficción del derecho en sentido nominalista, sin base real alguna, sino que hace el esfuerzo intelectual por hacer una abstracción que le permitiera explicar la naturaleza jurídica de las *universitates*. De hecho, la expresión ‘persona ficta’ no se encuentra en toda la obra de Sinibaldo. Se trata de una expresión de técnica jurídica con la que trata de explicar una realidad que resultaba particularmente sutil y difícil.

Pero, aparte del problema de la naturaleza jurídica de los *collegia*, Inocencio IV abordó aspectos diversos de esta naciente figura que Bueno sintetiza en los siguientes¹²⁵: i) el concepto y número mínimo necesario de personas físicas para formar *collegium*: la suficiencia de dos, o la necesidad de

¹²⁰ Las decretales de Inocencio IV fueron recogidas posteriormente en el *Liber Sextus* de Bonifacio VIII y el mismo Inocencio IV las comentó en su *Apparatus (Comentaria) super libros quinque Decretalium* (Francofurti ad Moenum, 1570; r.a. ibid., 1968). En relación con la obra de este importante pontifice jurista se puede ver a Panizo y a Bueno, ya mencionados, a los que se puede agregar F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo Savigny*, en EL MISMO, *Scritti giuridici minori 2* (Milano, 1936), pp. 3 - 90; A. ROTA, *Natura giuridica e forme della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi (Papa Innocenzo IV)*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafini* 150 (1956), pp. 67 - 139.

¹²¹ BUENO (n. 95), p. 21.

¹²² “...*hodie licitum est omnibus collegiis per alium iurare, et hoc ideo, quia cum collegium in causa universitatis fingatur una persona...*”. Se trata de un comentario de Sinibaldo en su *Apparatus*, con ocasión de la decretal *Praesertium* de Gregorio IX en el Concilio de Lyon, recogida posteriormente en VI 2, 10, 2. La cita es de BUENO (n. 95), p. 21 n. 13.

¹²³ PANIZO (n. 96), p. 428.

¹²⁴ BUENO (n. 95), p. 22.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 23 - 24.

tres como postulaba el Derecho romano¹²⁶; ii) aprobación de la *universitas* por la autoridad, ante la posibilidad de constituirse en persona jurídica contra la autoridad del superior¹²⁷; iii) división entre *universitas rerum*¹²⁸ y *universitas personarum*, y entre *collegia* naturales y voluntarios, clasificación que es original de Sinibaldo; iv) capacidad de la *universitas* para delinquir, problema que es doble: capacidad criminal y capacidad para ser penada, a la que se refieren las prohibiciones de excomulgar a estos entes; de hecho la prohibición de excomulgar a estos entes proviene de Inocencio IV¹²⁹; vi) extinción de supervivencia de las *universitates*, pues, aunque en la época de nuestro jurista ya se considera a la persona jurídica con cierto carácter de perpetuidad, también se plantea la posibilidad de que el colegio permanezca en un solo miembro; la duda estaba en si permanecía la plenitud de los derechos o estos quedaban en situación irregular de espera; vii) el cabildo de canónigos era considerado la figura tipo de las *universitates* colegiadas, cuyo poder era de importancia con motivo de la elección del obispo; era el ejemplo de los demás colegios por lo que su figura era estudiada con atención; viii) las *confraternitates* o cofradías son en estos años estudiadas dentro del marco más amplio de los colegios profesionales, de ciudadanos, etc.; su estudio más en detalle se produjo a partir del siglo XVII.

La evolución posterior de las construcciones de Sinibaldo terminaron por dar forma a la persona jurídica. Importante en este sentido fue la figura de Bartolo de Sassoferrato quien, en su doble calidad de canonista y civilista -romanista- aplicó definitivamente las innovadoras concepciones canónicas al Derecho civil, que a partir de este momento, siguió su propia línea de evolución. Posterior a él es otro canonista de excepción, Nicolás Tudeschi, el abad panormitano, quien, acogiendo los postulados nominalistas, termina por configurar la teoría de la ficción.

En suma, fueron los decretalistas los creadores de la persona jurídica moderna, a la que, en su última fase, dotaron de una teoría sobre su naturaleza jurídica que, ampliada, daría lugar a la teoría de la ficción. Con todo, y aun cuando en este período se encuentren todos los elementos de las personas jurídicas modernas, no hubo un esfuerzo de sistematización de los mismos, tarea que se realizaría tan sólo en los siglos XVII y XVIII.

La aceptación por parte de los civilistas de la noción de persona jurídica desarrollada por los canonistas, lo que fue obra principalmente de Bartolo, había permitido el desarrollo de la institución en el ámbito civil. Puffendorf, en el siglo XVII, había introducido la noción de 'persona moral' para designar los entes colectivos. Pero el avance más notable se produjo en el siglo XIX, con la pandectística alemana. De hecho fue Arnol Heise¹³⁰ quien en 1807 utilizó por primera vez la expresión

¹²⁶ El problema suele presentarse con ocasión de X. 1, 6, 1.

¹²⁷ La cuestión se presenta a propósito de X. 5, 31, 14.

¹²⁸ En cuanto a las fundaciones hay que notar que la fundación privada aparece sólo en la época cristiana bajo la forma de causa pía. Acogido que fue por el Derecho canónico el concepto romano de corporación, se desarrolló en particular el concepto de fundación: todo oficio eclesiástico con un patrimonio propio fue considerado como un ente autónomo; con esto se elaboró el concepto de la fundación autónoma, concepto que pasó después al derecho moderno. Cfr. C. GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche* (2ª ed., Giuffrè, Milano, 1948), pp. 207 - 210; J. J. RUBIO RODRÍGUEZ, *Fuentes sobre las fundaciones en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos* (Publicaciones de la Universidad de Córdoba y Obra Social y Cultural Cajasar, Córdoba, 1999).

¹²⁹ VI. 5, 11, 5.

¹³⁰ A. HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts* (1807).

'persona jurídica', que fue de inmediato adoptada por Savigny¹³¹, el más sobresaliente de todos, al punto que su teoría de la ficción, con la que trató de explicar la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, ejerció un influjo notable en las codificaciones civiles, siendo el Código Civil de Chile uno de los que recibió el estímulo de sus construcciones.

d) *las personas jurídicas en el Código Civil de Chile*

La legislación existente sobre personas jurídicas en la época en que Bello redactaba su Proyecto de *Código Civil* era un tanto contrario a ellas. En la legislación española regía una ley de Enrique IV de Castilla que prohibía los gremios; otra de Felipe III de 25 de mayo de 1660¹³² que ordenaba que todas las cofradías, juntas, colegios y cabildos, aunque fuesen para cosas o fines píos, debían ser precedidas de licencia del rey y del prelado eclesiástico, y que sus reuniones debían hacerse en presencia de delegados del rey y del prelado. Y el 25 de junio de 1783 Carlos III había dispuesto¹³³ que todas las cofradías de oficiales y gremios se extinguiesen, debiendo erigirse en montes píos en las cabezas de obispados, o partidos o provincia, a cargo de Juntas de Caridad. Por su parte, en Francia la ley Chapelier había eliminado los cuerpos y comunidades, y el *Code Civil* guardaba silencio sobre ellas.

Las ideas de Bello sobre las personas jurídicas, como él mismo lo señala en nota al art. 645 del Proyecto de 1853¹³⁴, las obtuvo del tratado de las personas de Pothier¹³⁵ y del Derecho romano de Savigny. Su habilidad estuvo, así, en "transformar elementos doctrinarios en un sistema legislativo completo y operante"¹³⁶. Nada hay que en los trabajos de Bello aluda al Derecho canónico en esta materia; pero ello no importa, pues la institución se encontraba en un estado avanzado de su evolución cuando el significativo aporte de los canonistas ya la había configurado.

2. Matrimonio putativo

a) *orígenes canónicos*

Existen en el Derecho romano algunas disposiciones que han llevado a pensar en que la institución del matrimonio putativo tiene sus orígenes en dicho derecho. La regla general la establecen las *Instituciones*, según las cuales "*si contra lo que hemos dicho se hubieren unido algunos, no se entienda que hay ni marido, ni esposa, ni nupcias, ni matrimonio, ni dote. Y así, los que de este coito*

¹³¹ Savigny explicaba que la expresión 'persona jurídica' expresaba que ella tenía existencia de persona sólo en virtud de una finalidad jurídica. En cambio, la noción de 'persona moral' la dejaba de lado porque en este instituto no entraba para nada una relación de tipo moral; y porque entre los hombres la expresión 'moral' señala a quienes se oponen a los 'inmorales', con lo cual el nombre nos situaba en un orden de ideas diverso. F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht* 2 (Berlin, 1840), pp. 85 - 103 = trad. al italiano de SCHIALOJA (Turín, 1888), pp. 239 - 377 = trad. al castellano de J. Mesia y M. Poley 2 (2ª ed., Madrid, s.d.), p. 60.

¹³² Se encuentra en Rec. Ind. 1, 4, 25.

¹³³ La ley se encuentra en Nov. Rec. 1, 2, 6.

¹³⁴ La nota dice: "Art. 645. Véase Pothier, *Des Persones*, t. 7, *des Communautés*; Savigny, *Droit Romain* §§ 87 hasta 100".

¹³⁵ Utilizo *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet* 7 (Paris 1861).

¹³⁶ H. HANISH ESPINDOLA, *Andrés Bello y su obra en Derecho romano* (Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983), p. 380.

nacen no están bajo la potestad del padre; sino que son (en cuanto a la patria potestad respecta), tales como los que la madre concibió del vulgo¹³⁷. Se recoge en el *Digesto*, sin embargo, un rescripto imperial de Lucio, Vero y Marco Aurelio que se orienta en la dirección de lo que después se configuraría como matrimonio putativo¹³⁸; y en el *Código* una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio en términos similares¹³⁹. Parece, sin embargo, que más que expresión de un principio general, son soluciones singulares dadas utilizando la técnica de la ficción, para evitar las consecuencias rigurosas del derecho estricto comprendido en la regla general de las *Instituciones*¹⁴⁰. Es por lo que la opinión dominante¹⁴¹ atribuye al Derecho canónico la paternidad de esta institución, nacida para mitigar, respecto de los hijos, las rigurosas consecuencias derivadas del impedimento del vínculo de parentesco.

El parentesco por consanguinidad ha constituido, con un ámbito más o menos amplio, un impedimento para contraer matrimonio prácticamente en todas las culturas conocidas¹⁴². En Derecho romano se prohibía el matrimonio hasta el infinito entre parientes en línea recta, es decir, entre ascendientes y descendientes, tanto consanguíneos como adoptivos; entre colaterales, consanguíneos o adoptivos mientras subsistía el parentesco generado por la adopción, se prohibió, en todo tiempo, el matrimonio en el segundo grado, esto es, entre hermanos, ya fueran nacidos de ambos padres o de uno sólo de ellos; en los demás grados varió la prohibición según las épocas¹⁴³. La Iglesia asumió en un principio estas normas, pero, a partir del siglo VI, empezó lentamente a extender las prohibiciones matrimoniales por parentesco en la línea colateral, adoptando la regla de que el matrimonio se

¹³⁷ Inst. 1, 5, 12. El continúa así: "Pues ni estos se entiende que tienen padre, como quiera que lo tienen incierto; de donde suelen ser llamados hijos espurios, o en lengua griega, como (diseminadamente) concebidos, o como hijos sin padre. Síguese de aquí que, disuelta tal unión, ni a la exacción de la dote haya lugar. Mas los que contraen nupcias prohibidas, sufren, además otras penas que en las sacras constituciones se contienen".

¹³⁸ D. 23, 2, 57 [58] § 1: "En el libro segundo de Papiniano sobre los adulterios nota Marciano: El Divino Marco y Lucio, emperadores, respondieron por rescripto a Flavia Tértula por medio del liberto Mentor en estos términos: «Nos inclinamos a tu favor, tanto por la larga duración del tiempo que ignorando el derecho permaneciste en matrimonio con tu tío materno, cuanto porque fuiste casada por tu abuela, y por el número de vuestros hijos; y por ello, concurriendo todas estas cosas en una sola, confirmamos el estado de vuestros hijos en este matrimonio, que se contrajo hace cuarenta años, lo mismo que si legítimamente hubiesen sido concebidos»".

¹³⁹ Cl. 5, 5, 4: "Los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio Augustos a Andrómaco, conde de los negocios privados. El que hubiese contraído matrimonio contra lo dispuesto en las leyes o en las constituciones de los príncipes, no puede adquirir cosa alguna por razón de tal enlace, tanto si le fue dado antes como después de haberle contraído. Y ordenamos, que cuanto adquiriera el uno por la liberalidad del otro le sea tomado y adjudicado a nuestro fisco, exceptuando de esta regla los que hubiesen obrado por error no voluntario ni culpable y no inducidos de motivos viles, o faltaron por falta de edad, los cuales quedan libres de la pena marcada en esta ley, mientras en llegando a la mayor edad, o reconociendo su error, sin dilación alguna se aparten de semejante clase de enlaces".

¹⁴⁰ A. DE FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 86, Segunda época, 2 (1941) 170, p. 434.

¹⁴¹ *Ibid.* Además, por ejemplo, A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique* 2 (2me ed., Paris, 1935), pp. 34 - 38; G. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), pp. 250 - 251; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral* 5. *Derecho de familia* 1. *Relaciones conyugales* (8ª ed., Reus, Madrid, 1960), pp. 707 - 709; R. NAZ (dir.), *Dictionnaire de Droit canonique* 6 (Paris, 1957), cols. 742 - 743; M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français* 2. *La famille* (2 ed., Paris, 1952), pp. 246 - 247; LOS MISMOS, *Tratado práctico de Derecho civil francés* 2. *La familia. Matrimonio, divorcio, filiación* (Habana, 1946), p. 237.

¹⁴² E. WESTERMARCK, *Historia del matrimonio* (Barcelona, 1984), pp. 77 - 91.

¹⁴³ GUZMÁN, *Derecho* 1 (n. 31), pp. 338 - 339, donde se describe la evolución en cuanto a la prohibición de matrimonio entre parientes según las épocas; en el período clásico la prohibición alcanzó al matrimonio entre tíos y sobrinos, pero un senadoconsulto de la época de Claudio (49 d. C) permitió estas nupcias para permitir el matrimonio de Claudio con su sobrina Agripina (Gai. 1, 62), el que fue derogado por Constantino y Constante el 342 (CTh. 3, 12, 1).

debía prohibir tanto cuanto se extendiera el parentesco, entendiéndose que eran parientes todos los llamados a heredar; en los siglos VIII y IX se llegó a prohibir el matrimonio entre los parientes comprendidos en el sexto y séptimo grado de la línea colateral¹⁴⁴.

En esta materia, sin embargo, se produjo un cambio fundamental, pues la Iglesia, a partir del siglo VIII, adoptó el sistema de cómputo germano para calcular el grado de parentesco existente entre dos personas. Se basaba este sistema en contar las generaciones, no las personas, tanto en la línea recta como en la colateral, atribuyendo el mismo grado de parentesco a cada uno de los que estaban separados del tronco común por el mismo número de generaciones, tanto en la línea recta como en la colateral, con lo que el cálculo extendía considerablemente el alcance del parentesco en la línea colateral en relación con el Derecho romano. De esto derivó una extensión considerable de las prohibiciones matrimoniales fundadas sobre el parentesco colateral, puesto que el séptimo grado según el cómputo germano corresponde al 13° o 14° grado según el sistema romano, de donde la prohibición no siempre era respetada produciéndose numerosos matrimonios nulos. Es la razón por la cual el IV Concilio Lateranense (1215)¹⁴⁵ redujo este impedimento matrimonial al cuarto grado inclusive en línea colateral¹⁴⁶.

Hasta el siglo XI era doctrina dominante que los hijos habidos en estas uniones no podían suceder en ningún caso al padre o a la madre, aunque hubiese habido buena fe de parte de alguno de los cónyuges. Esta era la doctrina común en Oriente y en Occidente; así lo establecía, por ejemplo, en Occidente, las *Exceptiones Petri*¹⁴⁷ del siglo XI. Pero a partir del siglo siguiente, Oriente y Occidente se apartaron en esta materia, pues en Occidente, por obra de los juristas, apareció el matrimonio putativo, mientras Oriente siguió con la disciplina antigua¹⁴⁸. "El factor determinante fue, sin duda, el considerable número de impedimentos dirimentes que llevaba consigo la frecuencia de uniones inválidas"¹⁴⁹. Se trata, pues, de un instituto inspirado en el *favor iuris* y aparece por primera vez en Hugo de San Víctor (+1141), quien afirmaba que los hijos habidos de tales uniones, si los padres no ignoraban culpablemente la prohibición del vínculo de parentesco, debían considerarse legítimos como legítima debía considerarse la cópula de que procedían, es decir, como verdadero y propio matrimonio hasta la sentencia que pusiese de manifiesto la violación del precepto. Quedaban excluidas de este beneficio las uniones que llevaban consigo la nota de un *horror* o *turpitud* particulares¹⁵⁰.

Con posterioridad, Pedro Lombardo (c.1100 - c.1164), obispo de Paris, al exponer el estado de la

¹⁴⁴ F. R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, Vol. 1: *cánones 1055 - 1094* (Bibliotheca Salmanticensis Estudios 235, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca, 2001), p. 429. Cfr. ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, lib. 9, nn. 5, 6, 28, 29; C. 35, q. 2, cc. 1-2, 7 donde se recopilan textos de concilios de esta época.

¹⁴⁵ IV Concilio Lateranense c. 50 = X. 14, 4, 8.

¹⁴⁶ AZNAR, *Derecho* (n. 144), pp. 429 - 430. F. R. AZNAR GIL, *El impedimento matrimonial de parentesco por consanguinidad en los concilios y sínodos indios del siglo XVI*, en AA.VV., *Evangelización y Teología en América (s. XVI)* (Pamplona, 1990), pp. 469 - 485.

¹⁴⁷ *Exceptiones Petri* 1, 39: "Unum tamen non dubites quod si quis incestas contraxerit nuptias, scien vel ignorans, filii qui probabuntur nati ex hoc incesto coitu, nullo modo, nullo tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos".

¹⁴⁸ ESMEIN (n. 141), p. 34.

¹⁴⁹ FUENMAYOR (n. 140), p. 435.

¹⁵⁰ HUGO DE SAN VÍCTOR, *Summa Sententiarum, Tract. Sept., De Sacramento coniugii*, en MIGNE, *Patrología Latina* 176, col. 163 - 164. Cfr. FUENMAYOR (n. 140), p. 435.

doctrina de su tiempo¹⁵¹, se refería a dos opiniones de los doctores favorables a conceder eficacia a los matrimonios contraídos de buena fe. Para unos, el matrimonio era nulo por ser ilegítimas las personas, pero debían ser excusadas de delito por ignorancia y por haber celebrado el acto *per manum Ecclesiae*; se trataba, en opinión de estos autores, de un *quasi coniugium* y, por lo mismo, los hijos debían ser reputados legítimos. Para los otros, había un verdadero matrimonio, aunque no fuesen legítimas las personas que lo contraían, puesto que los cánones llamaban *coniugia* a tales uniones. Por cierto que no faltaban quienes, siguiendo la opinión tradicional, consideraban nulo el matrimonio en todo caso, y la prole como incestuosa. Lombardo, por su parte, seguía la doctrina de Hugo de San Víctor y refería exclusivamente a los hijos la eficacia del matrimonio.

Aun cuando estas reflexiones no fueron recogidas en el *Decreto* de Graciano (1140), los primeros glosadores del mismo se hicieron eco de ellas. Así, en el mismo sentido se situaban Rolando (+ 1181)¹⁵², quien en su *summa* contemplaba el supuesto de consanguinidad de los contrayentes y admitía la legitimidad de la prole. Y Rufino¹⁵³ obispo de Asis y profesor parisino, que extendía el beneficio al caso del segundo matrimonio de la mujer del *captivus*. Un paso más lo dio Uguccio de Pisa (11 ? - 1210), canonista del siglo XII, quien aplicó la institución a todo supuesto de nulidad del vínculo conyugal, siempre que existiese buena fe por parte de los contrayentes, si bien limitando su eficacia a la sola legitimidad de los hijos¹⁵⁴.

Esta elaboración doctrinal fue posteriormente sancionada por los papas Alejandro III (1159 - 1181), Celestino III (1191 - 1198), Inocencio III (1198 - 1216), al resolver algunos casos particulares, decretales que fueron recogidas en el *Liber Extra (Decretales)* de Gregorio IX (1234)¹⁵⁵. En todas ellas se estableció el principio de la legitimidad de la prole cuando, debiendo haberse declarado nulo el matrimonio, éste había sido celebrado de buena fe y celebrado públicamente; en todo caso, este matrimonio no producía ningún efecto para los cónyuges, respecto de quienes el matrimonio era simplemente nulo.

A partir del *Liber Extra* los decretistas y, en general los canonistas, se ocuparon de nuestra institución, precisando sus requisitos, especialmente el momento en que debía existir la buena fe, la naturaleza del error y el significado de la fórmula *in facie Ecclesiae*; todos fueron concordantes en que, como venía sosteniéndolo la opinión tradicional, el matrimonio putativo no producía más efecto que la legitimidad de la prole.

Algunos, sin embargo, dieron un paso más, tendiendo a la equiparación del matrimonio putativo

¹⁵¹ Pedro LOMBARDO, *Sententiae*, libro IV, Dist. 41, 100 (Venetiis, 1572). Lo citan FUENMAYOR (n. 140), p. 435; y ESMEIN (n. 141), pp. 35 - 36.

¹⁵² *Summa Magistri Rolandi*, p. 231. La cita es de FUENMAYOR (n. 140), p. 436. Fue formada hacia 1148, siendo una de las primeras *summae* al *Decreto* de Graciano; su autor, Rolando Bandinelli, fue posteriormente elegido Papa con el nombre de Alejandro III (1159 - 1181).

¹⁵³ *Summa des Magister Rufinus* (ed. Singer), p. 430. La cita es de FUENMAYOR, *ibid.* Fue elaborada hacia 1157 - 1159 y tuvo gran influjo en Italia y el resto de Europa hasta que apareció la *summa* de Uguccio de Pisa.

¹⁵⁴ UGUCCIONE DE PISA, *Summa super Decretum*. La cita es de FUENMAYOR, *ibid.* En ella se recogían los resultados de trabajos anteriores y se hicieron notables nuevas contribuciones.

¹⁵⁵ X. 4, 17, 2; 8; 10; 14 - 15. Hay que agregar otra decretal de Inocencio III que no incluyó en el *Liber Extra* sino que aparece en las *Quinque compilationes*. Cfr. FUENMAYOR (n. 140), p. 436 n. 4.

en su conjunto con el matrimonio verdadero de donde, de tales uniones, no sólo nacían relaciones jurídicas a favor de los hijos, sino también respecto de los cónyuges. De esta manera Giurba¹⁵⁶ podía sostener que *durante matrimonio uxor cum effectu est*. Ya en el siglo XVIII, el jurista Hertius¹⁵⁷ fue autor de una monografía que ejerció gran influencia en la doctrina moderna y representa el paso de la primitiva concepción canonista, que limitaba los efectos del matrimonio putativo sólo a los hijos, a otra más amplia “formada al calor de las opiniones de los jurisconsultos profanos y que se refleja en la jurisprudencia civil, llamada a resolver las numerosas dudas que presentaba la aplicación frecuente del instituto, que había penetrado profundamente en la práctica”¹⁵⁸.

El matrimonio putativo fue asentado sobre el interés público y social lo que llevó a reconocerle eficacia civil incluso respecto de los cónyuges. Es por lo que Pothier pudo defender la opinión de que las convenciones matrimoniales quedaban en pie, pudiendo pretender la mujer engañada la ejecución forzosa del marido de mala fe¹⁵⁹. Esta orientación doctrinal fue recogida en el Código de Napoleón¹⁶⁰ y de él pasó a la legislación codificada de los países latinos¹⁶¹.

El matrimonio putativo fue expresamente contemplado en el canon 1015 § 4 del *Código de Derecho Canónico* de 1917 en los siguientes términos: “*Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar matrimonio inválido, éste se llama 'putativo' hasta que ambos conozcan con certeza la nulidad*”. Uno de los efectos del mismo lo definía el canon 1114 al afirmar que “*Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo, siempre que a los padres, en el momento en que fue concebido el hijo, no les estuviera prohibido el uso del matrimonio celebrado antes, por haber hecho profesión religiosa solemne o por haber recibido órdenes sagradas*”. En términos similares, el canon 1061 § 3 del *Código de Derecho Canónico* de 1983 en actual vigencia, establece que “*El matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran certeza de la nulidad*”. Y el canon 1137 afirma que “*Son legítimos los hijos concebidos o nacidos de matrimonio válido o putativo*”.

¹⁵⁶ GIURBA, *Ad Statutum Messanensem*, cap. 1, glossa 1^a, n. 27. La cita es de FUENMAYOR (n. 140), p. 437.

¹⁵⁷ HERTIUS, *Dissertatio de matrimonio putativo* (Halaë-Magdeburgicae, 1747). Lo cita es de FUENMAYOR, ibíd.

¹⁵⁸ FUENMAYOR, ibíd.

¹⁵⁹ POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, nn. 438 - 439. Utilizo *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle par M. Bugnet* 6 (Paris, 1861), p.198: “La buena fe de las partes que han contraído un matrimonio nulo ¿le da paralelamente a este matrimonio efectos civiles, a efectos de confirmar entre ellos sus convenciones matrimoniales, y de dar a la mujer un derecho sobre determinados bienes del marido para cuando éste fallezca? Hay la misma razón. Se opondrá que las convenciones matrimoniales dependen de la condición, *si nuptiae sequantur*, la cual no se ha cumplido, porque no se puede decir que ellas han sido seguidas de un matrimonio entre las partes; lo que ha seguido no es un verdadero matrimonio, porque él es nulo. La respuesta es que la buena fe de las partes que han contraído suple la nulidad de este matrimonio, y hace mirar la condición como cumplida, de la misma manera que ella hace mirar como legítimos los hijos que han nacido en él” (n. 438). “En cuanto a la mujer que ha sido engañada, no hay duda que ella puede perseguir la ejecución de sus convenciones matrimoniales contra el hombre que la ha engañado y contra sus herederos, quienes no pueden oponer, para defenderse, la nulidad del matrimonio” (n. 439).

¹⁶⁰ Código Civil de los franceses, art. 201: “*El matrimonio que se haya declarado nulo produce los efectos civiles así en cuanto a los cónyuges, como en cuanto a los hijos, cuando se contrajo de buena fe*”. Art. 202: “*Si esta buena fe no existe de parte de uno de los dos cónyuges, no produce el matrimonio los efectos civiles, sino a favor de este cónyuge y de los hijos nacidos de tal matrimonio*”.

¹⁶¹ V. gr. arts. 191 y 192 del Código de las Dos Sicilias; arts. 119 y 120 del Código de la Luisiana; art. 115 del Código Sardo; art. 150 del Código Holandés.

b) *el matrimonio putativo en las Partidas*

"Legítimo fijo, tanto quier decir, como el que es fecho segund ley, e aquellos deuen ser llamados legitimos, que nascen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, segund manda santa elesia"¹⁶². Era la situación normal para que los hijos fuesen considerados hijos legítimos: Pero podía suceder que "entre algunos de los que se casan manifestamente, en faz de la elesia, ouiesse tal embargo, porque el casamiento se deue partir: los fijos que fiziessen, ante que sopiessen que auia entre ellos tal embargo, serian legitimos. E esto seria también, si ambos non sopiessen que y auia tal embargo, como si non lo sopiesse mas de vno dellos. Ca el non saber deste solo, faze los hijos legitimos"¹⁶³. Las *Partidas*, que en materia de matrimonio recibieron el fuerte influjo del Derecho canónico¹⁶⁴, recogieron lo que los canonistas, primero, y la legislación pontificia, después, habían establecido acerca del matrimonio putativo.

No bastaba, sin embargo, que sólo hubiese buena fe al tiempo de la celebración del matrimonio, pues luego que ella cesaba, cesaban también los efectos que producía. De aquí que los hijos concebidos durante la buena fe y hasta que se diese sentencia de nulidad del matrimonio, tenían los derechos de hijos legítimos, en tanto que los hijos concebidos después no podían reclamarlos¹⁶⁵.

Si la buena fe existía sólo de parte de uno de los contrayentes, parecía natural que no se produjesen los efectos civiles del matrimonio sino a favor de este consorte y de los hijos nacidos del matrimonio, los que eran legítimos¹⁶⁶. Así, por ejemplo, si un hombre ocultaba su primer matrimonio y se casaba con otra mujer que lo ignoraba, y se declaraba nulo el segundo matrimonio, los hijos gozaban de los derechos de hijos legítimos tanto respecto del padre como respecto de la madre; en este caso, sin embargo, no parecía justo que el esposo de mala fe tuviese sobre los hijos ninguno de los derechos producidos por el matrimonio, porque a nadie debe favorecer su fraude¹⁶⁷.

Para que se produjeran los efectos del matrimonio putativo, sin embargo, era menester que el matrimonio se hubiese celebrado *in facie Ecclesiae*, pues, de lo contrario, si el matrimonio se celebraba "en escondido", y después dicho matrimonio era anulado, los hijos habidos en el mismo no eran considerados legítimos¹⁶⁸.

¹⁶² P. 4, 13, 2.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Sobre el influjo del Derecho canónico medieval en las *Partidas*: GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *El Decreto y las Decretales fuentes de la I Partida de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annu* 3 (1955), pp. 339 - 348; R. BIDAGOR, *El derecho de las decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis, Romae 1934* (Romae, 1936) 3, pp. 299 - 313; EL MISMO, *Contribución española al estudio del Decretum Gratiani*, en *Studia Gratiani* 2 (1956), pp. 529 ss.; GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, S. Raimundo de Peñafort y las *Partidas de Alfonso el Sabio*, en *Anthologica Annu* 3 (1955), pp. 202 ss.; J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La relación entre el derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 589 - 643; E. F. REGATILLO, *El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis Romae 1934* (Romae, 1936) 3, pp. 317 ss.

¹⁶⁵ P. 4, 13, 1; 4, 15, 2; nota a Nov. Rec. 12, 28.

¹⁶⁶ P. 4, 3, 3.

¹⁶⁷ P. 5, 14, 50 - 51.

¹⁶⁸ P. 4, 15, 2: "Porque razones los fijos non serian legitimos maguer nasciesen de casamiento. Celadamente, e en escondido se casan algunos, e fazen fijos. E si entre los que así casan, fuesse fallado tal embargo, porque el casamiento se ouiesse a departir, los fijos que fiziesen estos atales, non serian legitimos e no se podrían escusar: maguer dixessen que non sabian el embargo ambos o el vno dellos. E esto es, porque sospecha es contra ellos, que non lo quisieron saber, si auia entre ellos tal embargo,

Las *Partidas* no hacía sino que recibir el instituto del matrimonio putativo casi en los mismos términos desarrollados por los cánones. Algo similar sucedería siglos después con Pothier.

c) *el matrimonio putativo en Pothier*

Pothier dedica expresas páginas al matrimonio putativo en su *Tratado del contrato de matrimonio*¹⁶⁹: “El caso en el cual un matrimonio, a pesar de su nulidad, tiene efectos civiles, ocurre cuando las partes que lo han contraído están de buena fe y tienen una justa causa de ignorancia de un impedimento dirimente que lo hace nulo”. Ejemplifica esta situación con el caso de una mujer casada con un soldado a quien había visto, el día del combate, caído entre los muertos en el campo de batalla y que, creyéndole muerto, aunque de hecho no lo estaba, ha contraído matrimonio con otro hombre sobre la fe de un certificado de muerte de su marido que ella ha obtenido del mayor del regimiento. “Si, largo tiempo después, y después que ella ha tenido hijos de este segundo matrimonio, su primer marido, a quien creía muerto, reaparece, no hay duda que el segundo matrimonio que esta mujer ha contraído es nulo; que ella debe dejar su segundo marido y regresar con el primero; su primer matrimonio, que ha subsistido siempre, ha sido un impedimento dirimente para el segundo: pero aunque este segundo matrimonio sea nulo, la buena fe de las partes que lo han contraído, les da, en relación con los hijos que han nacido en él, los efectos civiles que producen los matrimonios, dándole a los hijos los derechos de familia y todos los otros derechos que tienen los hijos nacidos de un matrimonio legítimo. En consecuencia, los hijos nacidos en este segundo matrimonio irán a las sucesiones de sus padre y madre, e incluso concurrirán a la de su madre con los hijos que ella tuvo de su primer matrimonio”.

Además de referirse a la validez de las convenciones matrimoniales, como lo he señalado más arriba, Pothier aborda la situación de que sólo una de las partes ignoraba de buena fe el impedimento dirimente que hacía nulo el matrimonio: su buena fe es suficiente para dar a su matrimonio, a pesar de su nulidad, los efectos civiles en relación con los hijos nacidos en él y para darles la calidad de hijos legítimos; en relación con el otro que estaba de mala fe, Pothier acude al Derecho canónico y trae a colación la decretal de Inocencio III¹⁷⁰ que decidió por la afirmativa en un caso similar. Para que no quede dudas, Pothier proporciona, como ejemplo, el caso de un sacerdote que ha residido largo tiempo como laico en una villa alejada de su país, donde no es conocido como eclesiástico, quien se ha casado con una mujer que le cree, de buena fe, un laico. “La buena fe de esta mujer, y la justa ignorancia en la que ella ha estado del impedimento dirimente que hacía nulo el matrimonio que ella ha contraído con ese hombre, es suficiente para dar a los hijos nacidos en él los derechos

porque non deuian casar pues que se casaron encubiertamente...”. Para entender esta ley preciso es tener en cuenta que en el siglo XIII, época en que las *Partidas* son redactadas, no se exigía para la validez del matrimonio que éste se celebrara con alguna forma especial, bastando el simple consentimiento de los cónyuges. Es lo que se llamó el matrimonio clandestino. Sólo el Concilio de Trento (siglo XVI) introdujo la exigencia *ad validitatem* de casarse ante un sacerdote, en concreto el párroco, que actuaba como ministro de fe que recibía el consentimiento de los cónyuges en nombre de la Iglesia.

¹⁶⁹ POTHIER, *Traité... mariage* (n. 159), pp. 197 - 200.

¹⁷⁰ X. 4, 17, 14: “*Si coniugatus, vivente prima, in facie Ecclesiae contrahit cum secunda hoc ignorante, legitima erit eorum proles*”. Se trataba de un hombre que, viviendo su primera esposa, había desposado a una segunda, la que ignoraba que él estuviera casado. Inocencio III decidió que la buena fe de la madre hacía reputar legítimos a los hijos que ella había tenido de este matrimonio nulo, incluso a efectos de que ellos acudieran a la sucesión de su padre que había contraído de mala fe.

de hijos legítimos, no solamente en relación con su madre, que estaba de buena fe, sino también en relación con su padre, que no lo estaba”¹⁷¹.

d) *los proyectos y el Código Civil de Chile*

El matrimonio putativo, como que era una institución recogida en las *Partidas*, había estado vigente en Chile durante el período indiano¹⁷², y siguió teniendo vigencia después de la independencia como consecuencia de la confirmación que de este derecho hicieron las autoridades chilenas mientras no se dictaban los códigos nacionales¹⁷³. Era, por lo mismo, un elemento importante a tenerse en cuenta al momento de redactarse el *Código Civil*. Pero, además, era una institución expresamente tratada por Pothier, autor que Bello manejó en abundancia¹⁷⁴, y que había sido recogida no sólo por el *Código Civil* francés sino también por los principales códigos del momento¹⁷⁵. Es por lo que Bello le dedica un artículo expreso, el artículo 140, en el *Proyecto de 1853*, el primero de los proyectos en el que aparecen tratadas las materias de matrimonio.

Según este artículo: “[inc. 1] *El matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que lo ha contraído de buena fe, mientras permaneciere en ella.* [inc. 2] *Los hijos concebidos durante la buena fe de ambos cónyuges o de uno de ellos, se reputarán legítimos y gozarán de todos los derechos de tales.* [inc. 3] *Pero esta legitimidad no aprovechará sino al cónyuge que al tiempo de la concepción del hijo creía de buena fe, y con suficiente fundamento, que era válido el matrimonio*”. Se recogía en esta fórmula los efectos del matrimonio putativo tal como habían ido desarrollándose a partir de la reflexión canónica medieval; quedaban en la sombra, sin embargo, algunos elementos, como por ejemplo, la necesidad de que el matrimonio se celebrara *in facie Ecclesiae* o, al menos, con las formalidades exigidas por la ley, pues, como vimos, *Partidas* expresamente negaba los efectos del matrimonio putativo a quienes no habían cumplido con estas formalidades¹⁷⁶, exigencia que, por lo demás, estaba en los orígenes mismos de nuestro instituto. Por otra parte, al poner el acento en la legitimidad de los hijos, tampoco quedaba muy claro que los efectos del matrimonio válido se produjeran también entre los cónyuges.

El *Proyecto inédito*, sin embargo, redujo este artículo a sólo el inciso primero que quedó con la misma redacción, pero sin los otros dos incisos. En efecto, el art. 135 decía en su inciso único: “*El matrimonio nulo produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que lo ha contraído de buena fe, mientras permaneciere en ella*”.

¹⁷¹ POTHIER, *Traité... mariage* (n. 159), pp. 198 - 199, n. 439. Agrega el caso de un *arret* de 4 febrero de 1689 que resolvió sobre un matrimonio contraído por un caballero de Malta que ocultó su calidad de profeso. La buena fe de la madre hizo que sus hijos fueran declarados legítimos y con el derecho de llevar el nombre y las armas de su padre. Esta solución fue recogida en el art. 202 del Código Civil francés. Vid. supra n. 160.

¹⁷² Cfr. A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Esquema del Derecho de familia indiano* (Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, Biblioteca Indiana Antonio de León Pinelo 1, Santiago, 2003), p. 114.

¹⁷³ GUZMÁN, *Andrés Bello* 1 (n. 1), pp. 79 - 82.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 421 - 427.

¹⁷⁵ *Concordancia entre el Código Civil francés y los códigos civiles extranjeros* (trad. del francés por F. Verlanga Huerta y T. Muñiz Miranda, Madrid, 1843). Hay una segunda edición en Madrid 1847. La edición original es A. SAINT JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* (Paris, 1840).

¹⁷⁶ P. 4, 13, 2.

Una nueva revisión de este texto trajo como consecuencia una nueva redacción de este artículo en el *Proyecto de 1855*, que fue el proyecto definitivamente presentado al Congreso. En éste, el art. 122, superando las omisiones de las dos redacciones anteriores, quedó redactado de la siguiente manera: “[inc. 1] *El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe, y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges.* [inc. 2] *Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio*”. La comisión revisora mejoró en parte la redacción original, “porque se puntualizaron, con claridad y exactitud, todos los efectos que, acerca de los cónyuges, surte el matrimonio putativo. Pero, preocupada la Comisión sólo de los cónyuges, no atendió a los efectos que surte el matrimonio putativo en cuanto a los hijos, cuando uno sólo de los cónyuges hubiere procedido de buena fe”¹⁷⁷.

En el intertanto se había conocido el Proyecto de Código Civil español propuesto por García Goyena¹⁷⁸, que fue expresamente utilizado en los proyectos chilenos¹⁷⁹, el que no sólo contemplaba el matrimonio putativo en su articulado, sino que hacía expresa referencia al efecto del mismo entre los cónyuges¹⁸⁰. La redacción del *Proyecto de 1855* sin embargo, pasó al Código y entró en vigencia.

Los orígenes canónicos del matrimonio putativo no fueron puestos en evidencia por los comentaristas del *Código Civil* en el siglo XIX¹⁸¹. A comienzos del siglo siguiente, en cambio, Borja¹⁸² reprodujo algunos de los párrafos que Esmein había dedicado al tema en su obra sobre el matrimonio en el Derecho canónico. Es, sin embargo, una excepción.

Diversas sentencias decimonónicas tuvieron ocasión de aplicar este artículo¹⁸³, señalándose en una de ellas que, aún declarado nulo un matrimonio por haberse celebrado en otra circunscripción distinta a la que correspondía, el hijo nacido de él era legítimo¹⁸⁴.

El artículo 122 del *Código Civil* suscitó algunas dudas de interpretación, en concreto, lo que había que entender por “solemnidades legales”. Parecía claro que, aprobada que fue la ley de matrimonio civil (1884), en dicha expresión quedaba comprendida la celebración ante el oficial del registro civil; pero no era tan claro que dicha expresión abarcara también la “competencia” de dicho oficial, la

¹⁷⁷ L. F. BORJA, *Estudios sobre el Código Civil chileno* 3 (Paris, 1907), p. 305.

¹⁷⁸ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid 1852) 4 vols.

¹⁷⁹ P. LIRA URQUIETA, *García Goyena y el Código Civil chileno*, en *El Código Civil y su época* (Santiago, 1956), pp. 75 ss.

¹⁸⁰ GARCÍA GOYENA (n. 178), art. 93 “[inc. 1] *El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles, así a favor de los cónyuges como de sus hijos.* [inc. 2] *Si ha intervenido buena fe de parte de uno de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos de este matrimonio.* [inc. 3] *La buena fe se presume, si no consta lo contrario*”.

¹⁸¹ [P. ALFONSO], *Explicaciones de Código Civil destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile* 1 (Santiago de Chile 1882), pp. 271 - 276; C. D. P. y A. S. C., *Explicaciones de Código Civil (Libro primero)*. Tomada de las clases de los profesores del ramo en la Universidad de Chile, sres. Cood, Fabres (J. C.), Urrutia, Claro S. y Fabres (J. F.) (Valparaíso 1897), pp. 141 - 143; L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De las personas* 1 (2ª ed., Santiago, 1978), 1, pp. 420 - 424.

¹⁸² BORJA (n. 177), pp. 299 - 300, quien cita a ESMEin (n. 141).

¹⁸³ GT. 24 junio 1871, s. 640, pp. 322 - 323; 30 marzo 1872, s. 533, pp. 276 - 277; 22 marzo 1889, s. 145, pp. 118 - 119.

¹⁸⁴ GT. 29 enero 1900, s. 1199, pp. 979 - 984.

presencia de los dos testigos y la habilidad de éstos. Como lo ponía de relieve Somarriva¹⁸⁵, el punto tenía gran significación en lo que se refiere a los matrimonios nulos por haber sido celebrados ante oficial del registro civil incompetente porque, si se resolvía que la solemnidad la constituía la presencia del oficial competente, la institución del matrimonio putativo pasaba a existir nada más que en la ley, sin aplicación práctica alguna, porque sabido es que la casi totalidad de las declaraciones judiciales de nulidad matrimonial lo son por la incompetencia del oficial civil. De hecho, la Corte Suprema había definido que tales matrimonios podían ser putativos¹⁸⁶. La duda planteada se dispipó con la primera de las dos reformas introducidas a este artículo.

La primera modificación la introdujo la ley 10.271¹⁸⁷ que modificó este artículo en dos aspectos: i) la referencia hecha en el inciso 1 al matrimonio "*celebrado con las solemnidades que la ley requiere*", que originalmente eran distintas según se tratase de cónyuges católicos¹⁸⁸ o no católicos¹⁸⁹, se hizo ahora al matrimonio "*celebrado ante el oficial del Registro Civil*"; ii) se agregó un inciso segundo del siguiente tenor: "*Con todo, la nulidad declarada por incompetencia del funcionario, por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por inhabilidad de éstos, no afectará la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error*". Esta modificación vino a cambiar elementos que hasta entonces eran configuradores de la institución, toda vez que la buena fe y la justa causa de error habían estado contemplados, desde los inicios de la misma, entre las exigencias necesarias para que el matrimonio putativo produjera sus efectos; a partir de esta reforma, ninguna de las dos fue necesaria, al menos en aquellos casos en que la nulidad se producía por los defectos formales especificados; con todo, se trató de una modificación que llevó hasta sus últimas consecuencias la protección a los hijos habidos en estos matrimonios y, por lo mismo, "es de todo punto de vista loable"¹⁹⁰. Con esta reforma, el original inciso 2 pasó a ser inciso 3. La segunda y más reciente modificación vino con la ley 19.585, que en el inciso 2 agregado por la ley 10.271 sustituyó la referencia a la "*legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio*" por "*la filiación matrimonial de los hijos*", reforma que hay que entender en el marco más amplio de la sustitución de la distinción entre hijos legítimos y no legítimos, por la de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

De origen radicalmente canónico, el matrimonio putativo es hoy una institución de amplia vigencia en el ordenamiento jurídico chileno, como sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos

¹⁸⁵ M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Evolución del Código Civil chileno. Homenaje al centenario de su promulgación* (Nascimento, Santiago, 1955), p. 91.

¹⁸⁶ RDJ. 29 (1932), 2ª parte, sección 1ª, p. 73 - 91.

¹⁸⁷ DO. 2 abril 1952. Vid. M. M. ASSAEL, *La reforma del Código Civil. Historia y antecedentes de la ley N° 10.271* (Jurídica, Santiago, 1952), pp. 135 - 138.

¹⁸⁸ Código Civil, art. 117: "*El matrimonio celebrado entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas*".

¹⁸⁹ Código Civil, art. 118: "*Los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en 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 competente sacerdote católico 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*".

¹⁹⁰ SOMARRIVA, *Evolución* (n. 185), p. 92.

occidentales. Nada se dice en el *Código Civil* de que se trata de un instituto cuyos orígenes hay que buscarlos en el derecho de la Iglesia. Sin embargo, es otro de los influjos implícitos que el Derecho canónico ejerce en nuestro derecho positivo¹⁹¹.

¹⁹¹ La nueva ley de matrimonio civil (2004) ha extraído el matrimonio putativo del Código Civil y lo ha regulado en los artículos 51 y 52 de la misma. El instituto conserva los contenidos que se habían ido perfilando en el Derecho chileno, ahora acomodados al nuevo régimen de matrimonio civil.