

El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana

Gina Samith Vega

Profesora de Derecho Romano

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El tema del divorcio en Chile, vale decir, la discusión acerca de la posibilidad de introducir a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la disolución del vínculo matrimonial válidamente contraído, ya sea por simple acuerdo de las partes o por causales previamente establecidas, sabemos que no es un tema nuevo.¹ Sin embargo en la actualidad viene presentándose con gran relevan-

¹ "La historia de los diferentes proyectos de ley de divorcio, que hasta el que permanece pendiente hoy en el Senado siempre se han fallado en contra, comenzó al mismo tiempo que se ultimaba el proyecto de ley que más tarde sería la Ley de Matrimonio Civil. En 1884 el diputado Manuel Novoa ya propuso la consagración de divorcio vincular, que fue rechazada porque obtuvo sólo dos votos a favor. En 1917 varios diputados encabezados por Ramón Briones Luco presentaron en la Cámara un proyecto de divorcio con disolución de vínculo por hechos imputables a culpa (adulterio, abandono, condena capital), por consentimiento mutuo y por separación de cuerpos de más de cinco años. No se votó hasta siete años más tarde con resultado en contra de 52 contra 45 y una abstención. El diputado Santiago Rubio presentó en la Cámara de los Diputados en 1927 un nuevo proyecto con características muy semejantes al anterior. Se autorizaba el divorcio por consentimiento mutuo y por voluntad unilateral únicamente de la mujer. Seis años más tarde se plantea otro proyecto en el que volvía a aparecer el mutuo consentimiento como causal de divorcio junto a los hechos imputables a culpa, que presenta el diputado Pedro Enrique Alfonso. En 1934 un grupo de senadores radicales dio a conocer en el Senado un proyecto que además de contemplar el consentimiento mutuo como causal, planteaba la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho por más de un año aceptada por ambos cónyuges. No lograron que se votase en la sala. Hasta treinta años más tarde la diputada Inés Enriquez Fróden no plantearía una iniciativa en la que se otorgara eficacia disolutoria al actual matrimonio perpetuo, se ampliaban las causales con la incompatibilidad de caracteres y el mutuo consentimiento. En 1969 los diputados Alberto Naudon Abarca y Carlos Morales Abarzúa presentaban un texto en el que el divorcio procedía por uso habitual e injustificado de drogas, por abandono malicioso y por mutuo consentimiento. Y en 1971 el diputado Osvaldo Giannini pretendió que la Constitución dispusiera que la ley establecería un sistema de divorcio vincular que permitiera la disolución del matrimonio cuando no se pudiera cumplir con las funciones esenciales. Tras la reapertura del Congreso Nacional en 1990 se han presentado tres proyectos de ley de divorcio. El primero tuvo lugar el 14 de mayo de 1991, cuando la diputada Laura Rodríguez encabezó un planteamiento que preveía el divorcio por ruptura irremediable de la convivencia (cuando había mutuo consentimiento o separación por más de un año). El segundo lo encabezó la diputada Adriana Muñoz el 8 de septiembre de 1993, en el que se reiteraba el cese de la convivencia por espacio de un año. Y por último, el proyecto que más lejos ha ido en cuanto a su discusión y aprobación en la Cámara de Diputados, hoy pendiente en el Senado, es el que el 11 de noviembre de 1995 presentó un grupo de doce diputados de diversos sectores políticos encabezados por la diputada Mariana Aylwin. Su propuesta pretende sustituir completamente la Ley de Matrimonio Civil de 1884. Entre las modificaciones que se plantean está la implantación del divorcio vincular cuando se compruebe una fractura irremediable de la convivencia matrimonial. Se especifica que el fracaso de la relación de pareja no debe afectar a la relación paterno-filial, por lo que a través de los tribunales de familia se establecerá la liquidación del régimen económico del matrimonio, las pensiones alimenticias y el cuidado personal de los hijos comunes. El debate en la Cámara de Diputados duró cinco horas y se resolvió con la aprobación, 58 votos contra 26, el 8 de septiembre de 1997." Fibla, Carla. *Debate sobre el divorcio*, Editorial Planeta, 2001, págs. 17 a 19.

cia y con un lugar de privilegio en las discusiones tanto del común de la gente, como en la agenda pública, y en donde se confrontan con gran fervor la posición de aquellos que están a favor del divorcio vincular establecido en el proyecto de reforma de la Ley de Matrimonio Civil (*aprobado por la Cámara de Diputados en 1997 y actualmente en tramitación en el Senado*). Así como también de aquellos que postulan lo contrario, considerando este proyecto atentatorio a la familia e inconstitucional, especialmente tratándose del divorcio unilateral por la sola ausencia.² Sea como sea el fruto de estas posiciones, no se puede dejar de mencionar el importante papel que ha tenido la Iglesia Católica en Chile, este último tiempo, al respecto. Sosteniendo firmemente el principio de la indisolubilidad del matrimonio,³ y adoptando una actitud activa, incluso a través de los medios de comunicación televisivos. Todo para crear conciencia en los ciudadanos de la gran importancia de la familia en nuestra sociedad, y la necesidad de protegerla, sosteniendo que un divorcio vincular tiende a la destrucción de ésta.

Bajo este contexto, resulta interesante hacer mención al papel que ha tenido la Iglesia en esta materia, en otras épocas y en especial en Roma, cuna de la civilización occidental.

Reseña histórica

Al analizar la influencia del cristianismo en el divorcio, resulta necesario hacer una breve reseña de la evolución de esta institución en el pueblo romano.

Roma se fundó en el siglo VIII a. de C. y desde sus comienzos los romanos admitieron el matrimonio disoluble.⁴

² Me parece importante hacer presente lo que opina el presidente del Senado, don Andrés Zaldívar, en lo referente a esta materia. El señor Zaldívar es contrario al divorcio unilateral, destacó que en lo personal "como católico creo en el matrimonio indisoluble y por lo cual es una exigencia a mi persona", pero añadió que "hay personas que no tienen las mismas creencias y no puedo imponer en la ley civil lo que yo creo que es correcto a otro que piensa distinto". Por otra parte estimó que el divorcio es un mal menor y por tratarse de un vínculo civil "es posible aceptarlo, pero cuando se procede de común acuerdo. No así cuando se invoque en forma unilateral por uno de los cónyuges". Anadió que esta última posibilidad solo sería aceptable para el caso que concurra una de las causales graves a que se refiere el artículo 55 del proyecto. "La causal unilateral sin expresión de causa grave, por la sola ausencia, conlleva a una inestabilidad del matrimonio que agrava la inestabilidad de la familia y con consecuencias graves para los hijos. Y podría incluso discutirse su inconstitucionalidad en virtud de lo prescrito en el artículo 1º de la Carta Fundamental" (opinión expresada en el Congreso el 13 de agosto del 2003). Boletín 1759-18. www.congreso.cl.

³ En relación a esta afirmación, resulta interesante mencionar la opinión del sacerdote José Miguel Ibañez Langlois, quien sostiene en su libro *21 slogans divorcistas*: "La indisolubilidad del matrimonio no es un asunto de la Iglesia Católica, es un patrimonio moral de la Humanidad, pertenece al Derecho Natural". Expresión que es título de la entrevista efectuada por Carla Fibla, en su libro *Debate sobre el divorcio*, Editorial Planeta, 2001, pág. 243.

⁴ Ruiz Fernández, Eduardo, *El Divorcio en Roma*, public. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 29.

Las condiciones sociales y jurídicas existentes entre los primeros habitantes de Roma eran determinantes para suponer que no estaban al margen de los demás pueblos de la antigüedad, que sí admitieron el divorcio.

El matrimonio en Roma era un acto de carácter privado, no intervenía ninguna autoridad estatal en su celebración ni requería ninguna formalidad legal para su existencia, bastaba el simple consentimiento recíproco entre los contrayentes.

Igualmente, el divorcio tenía el mismo carácter privado. En los primeros tiempos bastaba la voluntad unilateral del marido (*repudium*), y después la decisión de ambos cónyuges (*divorcio stricto sensu*), pero sin que fuera necesaria la presencia de ningún funcionario público.

Las fuentes romanas no señalan cómo se efectuaba el divorcio en la época legendaria (antes de la Ley de las Doce Tablas). Se sabe que intervenía un consejo de familia (*consilium propinquorum*).

Los matrimonios en esta época eran *cum manus*, por el solo divorcio no se terminaba con el poder de la *manus*⁵ que se ejercía sobre la mujer, por tanto era necesario cumplir con las ceremonias que ponían término a esta potestad.

Una vez realizado el divorcio, los cónyuges recuperaban su libertad y podían contraer nuevas nupcias. Sin embargo, si la mujer había contraído matrimonio acompañado de *confarreatio*⁶ y el marido la había repudiado por causales tales como el adulterio y el beber vino, era castigada con la pena de muerte. Además, el marido que se divorciaba de su mujer estaba obligado a dedicar parte de sus bienes a *Ceres*, divinidad tutelar del matrimonio, como una forma de reparar la ruptura de un vínculo formado bajo sus auspicios, debía también ofrecer un sacrificio a los dioses manes (*dioses domésticos*).⁷

⁵ La mujer casada *cum manus* quedaba bajo la potestad del marido *sui juris*. Potestad llamada *manus*. "La *manus* es un poder similar a la patria potestas, que incapacita a la mujer para tener y gobernar su propio patrimonio. Le da, en cambio, como hermana agnada de sus hijos, ciertas expectativas hereditarias. La adquisición de la *manus* sobre la mujer conlleva la extinción de todo vínculo preexistente con la familia de origen (*adgnatio*) y, si la mujer es *sui juris* y tiene patrimonio, pasa a pertenecer al que ha adquirido la *manus* sobre ella". Giménez-Candela, Teresa. *Derecho Romano Privado*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 232.

⁶ "La *confarreatio* es una ceremonia que debe su nombre al pan farro (*panis farreus*) que se ofrecía al sacerdote del dios Júpiter (*flamens dialis*), ante diez testigos, además de servir para adquirir la *manus* de la mujer, servía igualmente para celebrar el matrimonio (Gai, 1, 112)". Teresa Giménez Candela, *Derecho Privado Romano*. Ob. cit., pág. 232.

⁷ Todas las familias romanas tenían sus dioses domésticos, algunos invisibles, entre ellos "los manes" eran las almas de los muertos, eran seres puros, eran los muertos que habían sido purificados por ceremonias fúnebres y convertidos en protectores de los que habían dejado tras sí en la vida. Duruy, Víctor. *Historia de los Romanos*, Edit. Montaner y Simon, Barcelona, 1888.

La Ley de las Doce Tablas (450 a. de C.), no señalaba limitaciones al marido para divorciarse. A pesar de esta libertad, no debieron producirse abusos, ello debido a la existencia de dos instituciones que tenían gran importancia en la vida y costumbres de los romanos, que eran *el tribunal doméstico* y *los censores*, que en cierta medida evitaron la proliferación de divorcios.

En cuanto al tribunal doméstico en esta época, podían formar parte de éste los parientes de ambos cónyuges hasta el sexto grado.

En lo referente al repudio (*divorcio unilateral*), el marido debía someter sus decisiones a este tribunal, el cual examinaba las causas, limitándose a dar su opinión, pero no una decisión soberana.

El *paterfamilias* podía impedir que su hijo repudiara a su mujer, y también obligarle al repudio e incluso podía repudiarla él mismo. Actuaba como magistrado doméstico y jefe de todos los miembros de la familia, podía dictar sentencias castigando con flagelación e incluso con la muerte.

Los censores, dentro de sus funciones tenían la de velar por las buenas costumbres de los ciudadanos romanos, pudiendo castigar con la tacha de infamia el abuso del ejercicio de la patria potestad, del divorcio y su práctica abusiva. El temor de las sanciones impuestas por los censores, que implicaban muchas veces la pérdida *del jus sufragium*⁸ y el ejercicio de cargos públicos, frenó el abuso del repudio, por lo que se encontraron pocos casos durante los cinco primeros siglos de Roma.

En el derecho arcaico, el divorcio constituye un hecho poco frecuente, ello debido a la costumbre y por la propia moral social.⁹

Posteriormente, a fines de la República, con la relajación de las costumbres romanas, aparece el matrimonio libre, el tribunal doméstico y los censores son considerados ridículos y pasados de moda. También aparece la facultad de poder divorciarse de la mujer casada *sine manus*.⁵ Normalmente lo hacían por simple capricho, incluso se llegó a casos de divorcio encontrándose el marido ausente. Con el advenimiento del Imperio, muchos personajes famosos se divorciaron caprichosamente. Con lo que se demuestra el auge del divorcio en Roma, llegando al divorcio por mutuo disenso.

En cuanto a los efectos del divorcio, en relación a los bienes, desde los primeros tiempos el marido que repudiaba a su mujer se quedaba con los bienes, quedando ésta con la imposibilidad de contraer nuevas nupcias,

⁸ *Jus sufragium* era el derecho a votar las leyes en los comicios y elegir magistrados.

⁹ Panero Gutiérrez Ricardo, *Derecho Romano*. Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 301.

por cuanto, los romanos no acostumbraban casarse con mujeres sin dote.¹⁰ Con la aparición de este matrimonio libre fue necesario regular la restitución de los bienes dotales a la mujer divorciada.

Por mucho tiempo los romanos no se preocuparon por la incidencia del divorcio en relación con los hijos; se desconoce la existencia de medidas de protección para los hijos habidos *in justae nuptiae* (legítimo matrimonio), en sus relaciones con sus padres divorciados. El padre seguía ejerciendo la patria potestad sin ninguna limitación, cualquiera hubiese sido su conducta.

Augusto, para poner fin a esta situación, estableció reformas en el orden político y social que perseguían la restauración de la grandeza y de la antigua moralidad republicana. De hecho la proliferación de divorcios, sobre todo entre las clases altas, había producido un descenso de la natalidad, que para Augusto debía frenarse a través de medidas que fomentaran el matrimonio y la procreación entre los romanos.¹¹

Para poder lograrlo, publicó las leyes caducarias reduciendo las causales de divorcio reconocidas en la Ley de las Doce Tablas e impuso ciertas formalidades para el repudio. Su notificación *según la ley lulia de adulteris coercendi* se hacía a través de un liberto, ya sea en forma oral o por escrito (por medio de un libelo de repudio), también se requería la presencia de siete testigos púberes y ciudadanos romanos. Pero tales formalidades sólo son para efectos de prueba y su incumplimiento no determina la subsistencia del matrimonio, sino ciertas sanciones al infractor.¹²

Sin embargo, una disposición de la constitución de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III estableció que para comunicar el repudio bastaba un "libelo", sin exigir la presencia de testigos. El divorcio por mutuo acuerdo siguió siendo informal.

En cuanto a los efectos del divorcio en esta época, la mujer divorciada seguía manteniendo los mismos títulos del marido, hasta que no contrajera nuevas nupcias.

Las relaciones entre hijos y padres divorciados sufren pocos cambios. El *paterfamilias* ya no tiene la exclusividad en cuanto a la custodia de los hijos.

¹⁰ Plauto, *Aulularia*, 2, 190.

¹¹ T. Giménez Candela. *Derecho Romano Privado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 235.

¹² Panero Gutiérrez Ricardo. *Derecho Romano*, ob. cit., pág. 302.

A veces su mala conducta provocaba que éstos quedaran bajo la guarda y custodia de la madre.

Sin embargo, estas leyes no lograron su objetivo y los divorcios abusivos continuaron hasta que legisladores posteriores pudieron limitarlos, pero no lograron suprimirlos.

En los últimos tiempos del Imperio, a partir del Edicto de Milán del 313 D.C., los emperadores se vieron obligados a dictar normas que limitaron la práctica del divorcio. Aunque no pudieron establecer el matrimonio indisoluble, y no derogaron el divorcio unilateral, sí restringieron considerablemente las causales y establecieron penas pecuniarias para los que se divorciaban sin *justa causa*.¹³ De este modo, a partir de Constantino (siglo IV) hasta Justiniano (siglo VI), la historia del divorcio entra en una nueva fase, influenciada por la doctrina de la Iglesia.

Después de esta referencia a la evolución del divorcio entre los ciudadanos romanos, resulta necesario hacer una alusión particular a la influencia del cristianismo en esta institución.

Influencia cristiana

Mientras las leyes de Augusto trataban inútilmente de poner fin a la corrupción de la sociedad romana, la Iglesia de los primeros tiempos (siglos I-III) se expandía desde Palestina a todas las provincias del Imperio Romano.

Hasta finales del siglo I, la Iglesia estaba extendida por las principales ciudades del Imperio, sobre todo en Oriente, Grecia e Italia.

La Iglesia desde los primeros tiempos aceptó la legislación romana sobre el matrimonio, en cuanto ésta no fuere contraria a los principios cristianos sobre la materia. El derecho romano sostenía que el matrimonio podía disolverse por mutuo acuerdo, y además prohibía la cláusula de exclusión de futuro matrimonio.

Frente a esta dualidad, la Iglesia defiende la indisolubilidad del matrimonio por considerarlo un sacramento,¹⁴ en que el consentimiento se da de una vez y por siempre en el momento de contraerlo.

¹³ Ruiz Fernández, Eduardo, *El Divorcio en Roma*, ob. cit., págs. 111-126.

¹⁴ Con respecto a este punto, me parece interesante destacar la siguiente opinión: "Con respecto a la disolubilidad de un matrimonio sacramental y consumado, la actual doctrina oficial de la Iglesia Católica es que ninguna autoridad en la tierra puede disolverlo". Así lo afirma

Este principio se basa en los dichos de Cristo de que los cónyuges no son dos, sino una sola carne; lo que Dios unió, el hombre no lo puede separar,¹⁵ y en Pablo: "que la mujer no se aparte su marido; y el varón no repudie a su mujer".¹⁶

En el mundo romano bizantino(siglo IV-VIII), la Iglesia en un principio fue tolerada, pero terminó siendo declarada la religión oficial del Estado. Las fuentes jurídicas se centran en los Concilios ecuménicos, Concilios particulares, Decretales de los romanos pontífices y colecciones canónicas.

Los progresos del cristianismo fueron muy lentos en un comienzo, ello se debió a una clara oposición entre el sólido derecho romano muy arraigado en el espíritu de sus ciudadanos y el cristianismo reflejada en la siguiente frase de San Jerónimo :*"Una son las leyes de Cristo y otras las del Cesar; unas son las decisiones de Papiniano y otras las de nuestro Pablo"*. La Iglesia sólo tenía su nueva doctrina para hacer frente a esta situación.¹⁷

El Cristianismo apoyó sobre todo la situación de la mujer e introdujo nuevas ideas sobre el concepto de amor conyugal, del que nace un derecho sagrado y eterno. Estas nuevas ideas informaron la normativa jurídica del régimen familiar.

Sin embargo, la ideología cristiana nunca llegó a imponerse totalmente frente al esquema del derecho familiar genuinamente romano, el cual se mantuvo hasta muy avanzada la época cristiana, así tenemos la supervivencia del divorcio.

Las constituciones de los emperadores cristianos iniciaron un lento proceso de sacralización cristiana, que culminó con la regulación de la familia y su inclusión en el derecho canónico.

La influencia del pensamiento de la Iglesia en el derecho romano Imperial, se manifiesta en forma indirecta a través de la repercusión de los principios

Monseñor Victor J. Pospishil, pero agrega: "La sagrada escritura (en este caso el nuevo testamento) no enseña que el divorcio total sea imposible, si lo concede la Iglesia en virtud de una autoridad divina. Así se debe distinguir entre disolubilidad intrínseca, esto es, que los esposos estén legalmente autorizados a disolver el contrato matrimonial por sí mismos, y disolubilidad extrínseca, o sea, que alguna autoridad extraña a los cónyuges, como ser Dios, la Iglesia, el Estado, puedan disolver el matrimonio. Según las leyes de Dios, de la Iglesia y de la mayoría de las religiones y Estados, el matrimonio es intrínsecamente indisoluble. Respecto a la disolubilidad extrínseca, se puede afirmar que todas las religiones importantes y la mayoría de los Estados y naciones permiten el divorcio y nuevas nupcias. Pospishil, Víctor. J. *Divorcio y nuevo matrimonio*. Ediciones Carlos Lohé, Buenos Aires, 1969, pág. 12.

¹⁵ Mateo 19, 16.

¹⁶ *Epístola a los Corintios*, 7, 10, 11.

¹⁷ *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 114.

cristianos en las costumbres y vida social de los cristianos, y por otra parte tiene una influencia directa, por la introducción paulatina en las constituciones imperiales de dos principios fundamentales, como son: la igualdad sustancial de los cónyuges en el matrimonio y el sometimiento de la mujer al marido.

Este principio no se opone al anterior, por cuanto tiene un contenido moral y se justifica por la necesidad de proteger a la mujer y de mantener la unidad familiar personificada en el marido.¹⁸

Los cristianos, en Roma, no podían admitir una separación que no permitiera un nuevo matrimonio, porque tal institución era desconocida para el derecho romano.

Por ello, los emperadores cristianos dieron la posibilidad de un nuevo casamiento después del divorcio.

En cuanto a las causas de divorcio unilateral o repudio, los emperadores cristianos hablaban de las causas "legítimas de divorcio", refiriéndose a los motivos legales para un divorcio lícito, en el sentido de no penado; fuera de estos casos, no era considerado lícito. A modo de ejemplo, se puede mencionar la Constitución del año 331, de Constantino, primer emperador cristiano, quien prohíbe el divorcio por motivos fútiles o caprichosos, como era la costumbre en épocas anteriores, así la mujer no podía divorciarse de su marido alegando como causa que éste fuese borracho, jugador o frecuentador de otras mujeres. Sin embargo lo permitía si el marido era culpable de homicidio, envenenamiento o había cometido violación de sepulcro. Por su parte el marido podía divorciarse de su mujer cuando hubiese sido declarada culpable de adulterio, envenenamiento o de torpe mediación (alcahuetería).

Si el marido se divorciaba sin alegar estas causales, debía restituir la dote y no podía contraer justas nuptias, autorizando a la mujer para ocupar la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda mujer, si éste se volvía a casar a pesar de la prohibición.

Si la mujer se divorciaba sin la concurrencia de las causales mencionadas, estaba obligada a dejarle la dote y las donaciones nupciales¹⁹ y además era condenada a pena de deportación.

¹⁸ *El divorcio en Roma*, ob.cit., pág. 116.

¹⁹ "Donaciones nupciales" eran aquellas que hacía el prometido a su futura cónyuge. Sólo tomaron importancia a partir de la época postclásica. Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza, 1995.

Posteriormente, la Constitución de los emperadores Honorio, Teodosio II y Constancio II, del año 421, también acepta el divorcio unilateral por causas graves y estableciendo penas al cónyuge culpable y al que se divorcia sin justa causa. También se puede mencionar una constitución del año 449, de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, en la cual se observa una simplificación de las causas de divorcio y una atenuación de las penas que debía soportar el cónyuge culpable.

La legislación de Justiniano, en un comienzo, año 533, fue abierta en materia de divorcio, añadiendo causas de repudio, pero en el año 540 cambió de opinión por medio de la Novela 117 y sólo permitió el divorcio en casos graves.²⁰ En este período tiene una marcada influencia cristiana, mostrándose partidario de un criterio restrictivo en materia de divorcio, aumentando las limitaciones sobre la posibilidad de divorciarse por voluntad de uno de los cónyuges.

Justiniano reordenó las normas sobre divorcio en forma restrictiva, exigiendo una comunicación –oral o escrita– a la otra parte en presencia de siete testigos, y distinguió 4 tipos de divorcio:

1º. El *divortium ex iusta causa* se producía por causa establecida por la ley e implica voluntad unilateral de uno de los cónyuges y la culpabilidad del otro.

Entre la principales *iustae causae* cabe citar: el adulterio; el intento de lenicidio del marido (esto es la propuesta de prostitución de su mujer); el abandono del hogar del marido; las malas costumbres de la mujer y las insidias del otro cónyuge. Las sanciones que comporta, para el cónyuge culpable, son de carácter patrimonial y personal.

2º. El *divortium sine causa* se producía sin causa legítima –*iusta causa*– por acto unilateral de uno de los cónyuges y tiene iguales efectos a los que establece el divorcio anterior para el cónyuge culpable. Justiniano lo consideró válido, pero ilícito, por lo que era castigado el que lo perpetraba.

3º. El *divortium communi consensu* se produce sin *iusta causa* y requiere acuerdo entre los cónyuges. Justiniano les aplicó, a ambos, las mismas penas anteriores, pero, por su arraigo social, Justino II lo declaró libre de toda sanción.

4º. El *divortium bona gratia* se basa en un motivo previsto por la ley, pero que no implica culpabilidad en el otro cónyuge, por lo que no tiene ningun-

²⁰ Dougnac Rodríguez, Antonio: *Los impedimentos para contraer matrimonio y su aplicación en Chile*. Revista de Derecho, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2001, N° 9, pág. 241.

na sanción. Posibilitan el divorcio los siguientes motivos: La impotencia incurable; el voto de castidad tras tres años de nupcias; la locura y la cautividad de guerra tras cinco años sin noticias.²¹

Es interesante mencionar que la mayor hostilidad al divorcio de Justiniano, influenciado fuertemente por los principios cristianos, se ve representada en la Novela 117, que reguló entre otras materias el problema de la guarda y custodia de los hijos y el derecho a seguir alimentados por sus progenitores divorciados.

Este precepto señalaba en primer término que los hijos no debían sufrir ningún perjuicio como consecuencia de la disolución del matrimonio de sus padres, siendo llamados a la herencia de éstos y alimentados con el patrimonio del padre.

Si el divorcio se producía por culpa del padre y la madre hubiere contraído nuevo matrimonio, los hijos eran confiados a la madre, siendo el padre obligado a dar alimentos.

Si el divorcio era producido por culpa de la madre, la guarda, custodia y obligación de alimentos correspondían al padre.

Si el padre no culpable de divorcio carecía de recursos y la madre disponía de ellos, en forma excepcional la custodia y alimentación de los hijos quedaban confiados a la madre.

Justiniano, para determinar quién se quedaba con la custodia de los hijos, aparte de las consideraciones de tipo moral que pudiesen existir, también consideró la disponibilidad económica de los padres.

En caso de divorcio por mutuo acuerdo, los padres también acordaban la custodia y alimentación de los hijos, y en caso de desacuerdo se recurría al juez, quien resolvía discrecionalmente.

Por otra parte, si el divorcio era consensual, pero con promesa de castidad de los esposos, y uno de ellos no cumplía, ya sea casándose nuevamente o viviendo con lujuria, perdía a favor de los hijos no sólo la dote, sino también las donaciones por causa de matrimonio y todo su patrimonio. Si no había hijos, el patrimonio era a favor del Fisco.

Si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo la guarda y custodia del cónyuge no culpable, teniendo además la obligación de alimentos.

²¹ Panero Gutiérrez, Ricardo. *Derecho Romano*. Ob. cit., pág. 303.

Si ambos padres eran culpables, estos perdían sus bienes a favor de sus hijos, y se nombraba un administrador judicial.²²

La legislación romana, en este último período (*desde Constantino hasta Justiniano*), recibió una gran influencia de los Padres de la Iglesia, los cuales ejercieron en la historia de las instituciones un influjo duradero, tanto por su actuación como por su pensamiento. Entre los padres que más preservaron el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, se puede mencionar a San Ambrosio, San Agustín y San Jerónimo. La razón de su influencia se debió a que ellos tenían conocimientos jurídicos, con lo que enriquecieron notablemente la institución del divorcio en Roma.²³

De acuerdo a lo señalado anteriormente, se podría concluir que a la Iglesia le costó mucho sostener su posición contra el divorcio en Roma, puesto que cuando el cristianismo llegó a este pueblo, los romanos tenían muy arraigado en su espíritu el divorcio, debiendo la Iglesia nada menos que aceptarlo, pero regulando sus causales y efectos para lograr proteger a la familia, la que a fines de la República y parte de la época imperial se vio gravemente desprotegida, por una parte por la gran facilidad y libertad para divorciarse, y por la otra por la falta de instancias tendientes a controlar esta facultad de divorciarse. La desaparición del consejo de familia, que existía en la época antigua, fue consecuencia de esta libertad, instancia que de una u otra forma cumplía un papel importante, evaluando los motivos del divorcio, la situación de los cónyuges y sus hijos frente a la eventual disolución del matrimonio de sus progenitores, tendiendo a fomentar la reconciliación entre ellos, y logrando muchas veces conseguirla.

Así se puede observar que la situación que debió afrontar la Iglesia en Roma fue muy difícil y lenta en sus resultados, pero de todos modos efectivos.

Actualmente la tarea de la Iglesia para sostener el principio de la indisolubilidad del matrimonio válidamente contraído no ha sido fácil, toda vez que no se puede negar que en Chile existe la posibilidad de anular fraudulentamente un matrimonio basado en la incompetencia del oficial del Registro Civil, que en definitiva produce la ruptura del vínculo matrimonial.

Y muchos, basados en esta realidad, son partidarios de legislar acerca del divorcio vincular,²⁴ por cuanto lo consideran bastante menos pernicioso que dejar las cosas tal como están.

²² *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 153.

²³ *El divorcio en Roma*, ob. cit., pág. 126.

²⁴ "Tesis divorcista: La línea argumentativa que se recoge dice relación con el uso fraudulento que se ha dado a la causal de nulidad matrimonial basada en la incompetencia del oficial del Registro Civil. Consiste básicamente en que, tratándose la nulidad matrimonial por incompetencia del oficial del

Así la lucha de la Iglesia para crear conciencia acerca de lo peligroso que podría ser aprobar este proyecto que incluye el divorcio vincular, aún en trámite²⁵⁻²⁶ a la fecha de confección de este artículo, ha resultado ser una ardua labor frente a la realidad existente. Al respecto, se puede señalar que la postura defendida por la Iglesia Católica para que los contrayentes pudieran optar por un matrimonio indisoluble no logró mayoría en la Comisión de Constitución del Senado, sesión que se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2003.²⁷

Registro Civil de un fraude, debe darse una nueva regulación sobre el particular, nueva regulación que viene constituida por la incorporación del divorcio vincular, la que permite dar solución a los quiebras matrimoniales sin recurrir a esta mentira, que en realidad constituye un divorcio por mutuo acuerdo. Además de que las falencias del actual sistema de nulidades quedan superadas con la completa reglamentación de los efectos entre los cónyuges y los hijos, velando por la adecuada protección de los más débiles". Campos Moraga, Alejandro: "Discusión en el Congreso chileno sobre el tema del divorcio. Síntesis comparativa de argumentos". *Revista de Derecho*, N° 10, año 2002. Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción.

²⁵ El 13 de agosto de 2003 el Senado aprobó la idea de legislar sobre el divorcio vincular por 33 votos contra 13, y fijaron plazo hasta el 7 de octubre de 2003 para presentar indicaciones al proyecto. Boletín 1759-18. Fuente: www.congreso.cl.

²⁶ "Ley de Divorcio en espera". 7 de noviembre de 2003, Diario Austral.

"En la discusión sobre la Ley del Divorcio se rechazó la moción del senador Andrés Chadwick en el sentido de que existiera la posibilidad de alternativas para los contrayentes, en optar por un matrimonio en que pudiera haber disolución de vínculo, y otro que se optara por un matrimonio sin disolución de vínculo, que tuvo un voto a favor, dos en contra y una abstención, de modo que no se aprobó y quedó en espera", explicó el senador Marco Cariola. Indicó que todavía hay temas que están pendientes de discusión en la misma Comisión. "Además están en discusión los plazos para estos divorcios, cuando uno de los cónyuges abandona el hogar; si es con disolución, de hecho el plazo es más largo o más corto; si va a prosperar el hecho de que haya un matrimonio también religioso que pueda ser sin disolución de vínculo, y uno civil que después sea reconocido por la ley", aclaró. "También es otra alternativa que se pudiera optar entre un matrimonio civil, entre uno con disolución de vínculo, esos temas están pendientes de discusión, pero lo que le interesa a la gente es que se defina si en Chile va a haber o no matrimonio con disolución de vínculo", expresó el parlamentario. Fuente: www.australvaldivia.cl.

²⁷ El Mercurio, 5 de noviembre de 2003. Comisión aprobó polémicas normas en Ley de Divorcio. Proyecto Relacionado 1759-18. Indicación defendida por la Iglesia Católica para que los contrayentes pudieran optar por matrimonio indisoluble no logró la mayoría. Una clara derrota sufrió ayer la postura de la Iglesia Católica frente a la ley de divorcio después de que la Comisión de Constitución del Senado rechazara una indicación que buscaba establecer la posibilidad de que los futuros contrayentes tengan la alternativa de casarse con o sin la opción de disolubilidad de su vínculo matrimonial. La propuesta en tal sentido, promovida por el senador Andrés Chadwick (UDI), registró dos votos a favor, dos en contra y una abstención, por lo cual no logró reunir mayoría para su aprobación. La indicación se puede renovar cuando el proyecto se discuta y vote en sala. La Comisión de Constitución del Senado aprobó ayer por cuatro votos contra uno la norma que otorga reconocimiento legal al matrimonio religioso, siempre que éste sea validado ante el Registro Civil en un plazo no mayor a ocho días desde la celebración ante el respectivo ministro de culto. Inicialmente, la propuesta, consagrada en el artículo 21 del proyecto, contó con el respaldo de la Iglesia Católica. Éste se diluyó, porque en definitiva el matrimonio religioso no será válido si no se ratifica ante la ley. Una vez ocurrido esto, aquél pasará a tener los mismos efectos que el matrimonio civil y podrá disolverse a través del divorcio. El matrimonio con opcionalidad de divorcio y el artículo 21 eran los últimos aspectos polémicos que quedaban por despejar del proyecto en la Comisión de Constitución, que terminó este martes de despachar el proyecto a la sala del Senado. Probablemente, la iniciativa, con las nuevas indicaciones, se discutirá y votará en el plenario del Senado en la primera quincena de diciembre. De ahí pasará a tercer trámite a la Cámara Baja para que ésta apruebe o rechace las enmiendas que le introdujeron los senadores. Se espera que la materia se defina en el primer semestre de 2004.