

# Notas acerca de la naturaleza contractual del matrimonio <sup>(\*)</sup>

## EL MATRIMONIO CIVIL

Con el movimiento secularizador, la potestad estatal atrae para sí la regulación del matrimonio, fundándose en algunos casos en que el matrimonio es un contrato, sin reconocer que es, ante todo, un sacramento, por lo que sólo a la Iglesia compete la legislación sobre el mismo, en cuanto a lo espiritual se refiere, y la resolución de las causas matrimoniales.

Algunas leyes civiles conservan el carácter contractual del matrimonio. Primer ejemplo de esto es el artículo 7, título II, de la Constitución francesa de 3 de Septiembre de 1791, donde se dice: «La loi ne considere le mariage que comme un contrat civil.»

## EL PENSAMIENTO ACTUAL ACERCA DEL PROBLEMA

Expuestos muy brevemente los precedentes históricos de la cuestión, toca entrar en la consideración de la misma.

La controversia acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio tuvo sus primeras manifestaciones en el pasado siglo y continúa hoy día; quizá parezca por ello vieja y pasada; pero es lo cierto que los canonistas, apoyándose ahora en el nuevo Código (1), afirman decididamente que el matrimonio es un contrato, mientras que los civilistas, en su mayoría—bien por su formación romanis-

(\*) Véase el numero anterior.

(1) Véase canon 1.012.

ta, bien porque la creación de la parte general del derecho civil les ha puesto de manifiesto con mayor relieve el concepto de negocio jurídico, no siempre identificable al de contrato—sostienen, cada vez más firmemente, que el matrimonio no debe ser considerado como contrato. Basta ver las obras más modernas para convencerse.

Los canonistas, fundándose, manifiesta o tácitamente, en la definición de contrato contenida en el texto romano antes citado, afirman y ratifican a cada paso que el matrimonio es un contrato, puesto que en él se da concordancia de dos voluntades. Y no es que desconozcan el problema, planteado y resuelto, en contra de la tesis contractual, por dos canonistas del pasado siglo (1), es que lo resuelven, en este sentido, con tal unanimidad que basta recoger la doctrina de uno o dos tratadistas para encontrar el modelo de argumentación utilizado por este sector de estudiosos de derecho. Así, Chelodi (2) define el matrimonio como «*contractus legitimus inter marem et feminam, individuum vitae consuetudinem afferens*», insistiendo seguidamente, al explicar su definición, en idéntico sentido. El matrimonio es para Chelodi «verdadero contrato bilateral», porque en él se dan todos los elementos esenciales; «legítimo», porque se halla regulado por la ley «*neque potest, in suis essentialibus elementis privatorum pactis aut voluntate mutari*». En cuanto a la objeción contra la concepción del matrimonio como contrato, la rechaza, porque encuentra en el mismo todos los elementos del contrato, a saber: contrayentes, objeto y consentimiento.

Acto seguido advierte el citado canonista que el matrimonio es «*contractus plane singularis et ordinis superioris*», ya por razón de su origen, que radica en la naturaleza misma; ya por razón del consentimiento, que ninguna autoridad humana puede suplir; ya por razón del objeto y de las condiciones esenciales, sustraídas a la libre voluntad de las partes.

En España, el docto canonista Montero (3) abunda en la mis-

(1) V. Scherer, «Handbuch des Kirchenrechtes», II (1898), 92, y Laurin, «Introductio in ius matrimoniale», 1895, pág. 28 y sigts.

(2) Chelodi, «Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici», tercera edición, Trento, 1921, pág. 2 y sigts.

(3) Montero, «El matrimonio y las causas matrimoniales», segunda edición, Madrid, 1930, pág. 17.

ma opinión: afirma el carácter contractual del matrimonio, pues para este autor contrato bilateral es «el consentimiento mutuo de dos o más personas hábiles en una misma cosa (1), consentimiento que impone a las partes obligación de justicia conmutativa de hacer, exigir u omitir algo».

Reconoce, por otra parte, las notas peculiares del matrimonio, y que le distinguen de los demás contratos por el origen, por el consentimiento, por su duración y firmeza, y afirma que el matrimonio es un contrato «*sui generis*, especial, singularísimo, distinto completamente de los demás contratos bilaterales».

He aquí lo que presta fuerza a los impugnadores de la teoría contractual del matrimonio, precisamente estas características del mismo que no se hallan en ningún otro contrato. El matrimonio es para éstos tan *sui generis* que tiene un género propio y no puede incluirse en el de los contratos. Las singularidades son tantas que, sin pretender hacer un *elenco* de ellas, dice De Ruggiero (2): «Es necesario negar al matrimonio la naturaleza de contrato. No basta que haya un acuerdo de dos voluntades para poder decir sin más que existe contrato (3); y tampoco es cierto que todo negocio jurídico bilateral sea contrato, si bien los contratos son la categoría más amplia. De nada sirve añadir que la materia especial lleva consigo derogaciones más o menos profundas de las reglas comunes de los contratos. Precisamente este conjunto de normas que no limitan simplemente, sino que destruyen toda autonomía de la voluntad, demuestra que la idea del contrato es extraña completamente al matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos la relación jurídica se encuentra completamente sustraída a la libre voluntad de las partes; los contrayentes no pueden poner condiciones ni plazos, ni añadir modos o cláusulas ni regular las relaciones del matrimonio de manera distinta a la establecida por la ley; la libertad no comienza sino donde se trata de relaciones patrimoniales, y aun en este aspecto está intensamente limitada. Es antitética con la idea de contrato la ineficacia del mutuo disen-

(1) Nótese la influencia de la definición romana citada más arriba.

(2) De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, quinta edición, vol. II, Mesina, 1930, pág. 562 y sigs.

(3) Nótese la oposición entre el concepto del contrato propio de los canonistas y el de los civilistas.

so, puesto que no hay contrato que no se resuelva cuando ambas partes rechazan la existencia del vínculo. La misma materia sobre la que recae el matrimonio es extraña a los contratos, pues no pueden ser objeto de contrato las relaciones personales ni las de familia, y menos la más importante de todas las de esta naturaleza. Todas las reglas de los contratos son inaplicables al matrimonio, y cuando pueden aplicarse es porque son sustancialmente las reglas de la categoría más general de negocio jurídico a la que ciertamente pertenece el matrimonio.»

También Clemente de Diego (1) afirma rotundamente «el matrimonio no es contrato en su fondo; no tiene sino la forma de contrato dada por la expresión del consentimiento. La razón es muy sencilla: todo contrato necesita de tres elementos o requisitos esenciales para su existencia, a saber: objeto, causa y consentimiento, y en el matrimonio faltan los dos primeros. En efecto, falta el objeto o materia, que en el contrato es una prestación que recae sobre cosas materiales o servicios, pero nunca sobre las personas; y en el matrimonio tiene lugar la entrega de una persona a otra y de ésta a aquélla, en toda su integridad; y la causa porque ésta es en los contratos la liberalidad y el interés, y en el matrimonio no puede admitirse que en el terreno de los principios haya otro más que el amor.»

«Será, pues, el matrimonio, bajo su aspecto jurídico, un acto, hasta una convención, pero nada más.»

Tenemos, por lo tanto, planteada la cuestión en el momento de máxima oposición. Además, puede notarse fácilmente cómo la divergencia proviene del distinto concepto del contrato. Los canonistas afirman: si existe un acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, existe contrato. Los civilistas, más exigentes, requieren para que haya contrato, no solamente la reciprocidad del consentimiento y la producción de ciertos efectos jurídicos, sino también que estos efectos sean determinados libremente por las partes y admitan todas las modalidades que éstas concierten. No basta que se produzcan efectos jurídicos como consecuencia de una manifestación bilateral de voluntad para hallarnos en presencia de un contrato, se requiere, además, que el derecho abandone a las

(1) Clemente de Diego, *Derecho civil*, Madrid, 1920, vol. VI, pág. 32.

partes la libertad de convenir todos los efectos y de reducir a la nada por otra declaración concorde el vínculo originado. En los contratos el libre juego de los intereses dicta casi la totalidad de las normas sin otra excepción que aquellas limitaciones que tienen por fin evitar el daño a tercero o la falta de libertad de una de las partes. Por esto se da un fenómeno jurídico tan claro e interesante como es el de que en materia de obligaciones y contratos las normas jurídicas son, con muy ligeras excepciones, norma de derecho subsidiario que las partes pueden dejar sin vigor.

Algo muy distinto ocurre en el derecho de familia. Es cierto que los individuos pueden lograr que su voluntad sea protegida por la ley, pero no en la misma forma. En derecho de familia la norma jurídica presenta un modelo que los individuos pueden aceptar o no, pero en toda su integridad. El derecho subsidiario tiene una aplicación fuertemente restringida en derecho de familia, porque el ámbito en que puede moverse la voluntad es muy estrecho.

Los hombres son libres para contraer matrimonio o dejar de hacerlo; pero si lo celebran, producirá los efectos que la ley establece, y cuanto los cónyuges dispongan en contrario o anulará el matrimonio o quedará sin vigor ni efecto jurídico.

Existe, como se ve, una distinción profunda entre ambos tipos de negocios jurídicos presentados.

Sería absurdo, por otra parte, pretender que nos hallamos en presencia de contratos de adhesión, porque, aun admitiendo que tal forma jurídica sea contrato, es evidente que en ella es una de las partes la que impone todas las condiciones; pero jamás lo hace una voluntad distinta de la de los contrayentes. Además, en estos contratos el disenso si es mutuo tiene siempre una eficacia liberadora.

Por esto es opinión muy difundida entre los estudiosos del derecho la de que el tipo jurídico de contrato no tiene aplicación en el derecho de familia puro. Y no es sólo en el aspecto matrimonial, porque sería muy aventurado calificar de contrato el reconocimiento de un hijo natural, aun suponiendo que por ser éste mayor de edad hubiese de dar su consentimiento. Claro que en este supuesto coinciden la voluntad del padre y la del hijo, evidente es también que ambos son libres de reconocer o consentir en ser reconocido; pero ¿pueden, acaso, alterar la condición jurídica de

los hijos naturales reconocidos? ¿Basta que dos personas digan sí acerca de una misma cuestión para que haya contrato?

Y nótese, además, que la existencia del divorcio vincular, si bien aumenta desmesuradamente el ámbito de la voluntad privada, no anula el problema jurídico planteado, pues, aparte de que rara vez se admite el divorcio por la simple voluntad de uno o de ambos cónyuges, sino que, por el contrario, se requieren supuestos diversos (adulterio, sevicias, abandono, etc.), es evidente que el matrimonio se contrae con carácter de permanencia y que ni en el momento de contraerlo ni durante el mismo pueden las partes alterar por convención los deberes y derechos de los esposos fijados por la ley.

En el matrimonio los cónyuges no pueden hacer otra cosa que declarar su voluntad de contraerlo, y ni pueden ser obligados a ello ni suplido o supuesto su consentimiento por poder alguno en la tierra; por esto son aplicables al matrimonio las normas referentes al consentimiento y a la declaración de voluntad, así como las que atañen a los vicios de la misma: dolo, error, violencia, etcétera, y todo ello es lo único que tiene de común con los contratos porque también estos últimos son negocios jurídicos bilaterales.

Seguir manteniendo que el matrimonio es contrato, representa un verdadero salto atrás en la técnica jurídica, ya que a nada conduce ampliar hasta el máximo el concepto de contrato para venir inmediatamente, como habría de hacerse, a decir que al matrimonio, es decir, a uno de ellos, no le son aplicables todas las normas de los contratos, y deshacer con esto una unidad artificialmente formada. Los canonistas harían bien en reconocerlo así, poniéndose de acuerdo con la moderna técnica jurídica y terminando con antinomias que, aunque de mera forma, son siempre lamentables, como las de contrato *sui generis*, porque cada contrato es una especie del género común «contrato» y es absurdo, por lo tanto, que perteneciendo a un género se pueda ser *sui generis* en el sentido de tener otro distinto.

Claro está que al hallar a los canonistas apegados a su doctrina tradicional sería injusto tacharles de retrógrados; nada de eso: ni son retrógrados ni ignorantes. Lo que sucede, a mi juicio, es que adoptan una prudente actitud temerosos de que pudiera lle-

garse en algún momento a negar decisiva y básica eficacia a la voluntad de los contrayentes en cuanto a la celebración de matrimonio. Estos temores, sin embargo, parecen un tanto exagerados, pues al admitir que el matrimonio es un negocio jurídico se reconoce la decisiva intervención de la voluntad privada en la creación del vínculo.

#### MATRIMONIUM SEMINARIU REIPUBLICAE (1)

¿Cómo se explica que tanto la legislación canónica como la civil sustraigan la regulación del matrimonio a la libre voluntad de los contrayentes? Hasta aquí se ha visto que el matrimonio no es un contrato y por qué ello es así; pero junto a este porqué conceptual podemos preguntarnos el porqué final o causal, es decir, la razón que ha llevado a regular el matrimonio de manera totalmente distinta a la de los contratos. ¿Por qué se limita la autonomía de la voluntad de las partes? Al responder a esta pregunta nos hallamos con el elemento y la importancia social del matrimonio, importancia social que no podrá avanzar hasta privar a los individuos de contraer libremente matrimonio o permanecer célibes, pero que explica de manera clara las demás limitaciones justamente impuestas.

Precisamente por esa importancia social del matrimonio, y, en general del derecho de familia, no son obligaciones, en sentido estrictamente jurídico, los deberes que del mismo se derivan. Y ello es así, no solamente en el derecho canónico, para el que el matrimonio es sacramento, sino incluso para el derecho civil; así, por ejemplo, en el matrimonio el incumplimiento de los deberes conyugales por parte de uno de los esposos no libera al otro del deber de cumplir los suyos.

Hay que reconocer que mientras en los derechos patrimoniales la ley se relega voluntariamente muy a segundo término, en

(1) El título de este apartado es el mismo que ostenta un artículo magistral, publicado por el profesor Antonio Cicu en *Archivio Giuridico*, Enero, 1921, vol. LXXXV, pág. 111 y sigts.

Conservo dicho título tanto por afecto y gratitud hacia este profesor cuanto porque refleja y encierra exactamente la idea que se recoge en este apartado.

el derecho de familia aparece como dominante en todo momento, y esto no puede tener otra causa que la coexistencia con el interés meramente individual de las partes de otro interés distinto y digno también de protección.

Por su propia naturaleza se encamina el matrimonio fundamentalmente a la procreación de nuevos seres. En este sentido decía Cicerón que el matrimonio es «*principium urbis et quasi seminarium reipublicae*»; de aquí también las expresiones modernas que califican al matrimonio de célula de la sociedad, piedra angular de la misma, etc.

Pero la coexistencia del interés de cada cónyuge con el interés de los hijos no se verifica en plano de igualdad, muy al contrario, el interés de los hijos predomina sobre el de los padres. Todo este juego de intereses y el predominio del de los hijos lo explica maravillosamente el profesor Cicu con las expresivas palabras siguientes: «Si la ley quiere tutelar este último interés (el de los hijos) independientemente de la voluntad de los padres e incluso independientemente de la voluntad de los mismos hijos, esto significa que hay necesidad de protegerlo y de imponer a los esposos el cuidado de dicho interés. Tal necesidad tiene en este caso un fundamento poco misterioso: los hijos, hasta una cierta edad, no pueden proveer por sí mismos al cuidado de sus intereses; es necesario, por lo tanto, que otro lo haga y que esté obligado a hacerlo. Este deber es sentido por los padres e impuesto a ellos como una necesidad frente a la cual su interés individual debe ceder, esto es, frente al interés de los padres el interés de los hijos cuya custodia se ha encomendado a aquéllos asume la figura y la importancia de interés principal.»

«Se llega de tal modo a aprehender el fenómeno de la transformación del interés individual en interés superior. No pudiendo ser tutelado el interés individual de los hijos mediante el reconocimiento de su libertad de querer, y debiendo, sin embargo, ser tutelado, viene elevado a interés superior y puesto como elemento constitutivo de una relación jurídica destinada a su tutela.»

«Todo esto no aparecerá extraño si se piensa que tal fenómeno de transformación no es sino la traducción en términos jurídicos de un fenómeno que todo el que haya sido padre habrá hallado en sí mismo: tal es la transformación del interés egoísta en



interés no puramente altruista, es decir, extraño en absoluto al propio yo, pero sí en interés que, teniendo su raíz en el propio yo lo supera, supera, esto es, la propia existencia. Superación cuyo doble sentido, a saber: de interés que sobrepasa los fines individuales así en el espacio como en el tiempo, en cuanto de un lado se refiere a nuevos individuos y de otro se proyecta en lo futuro, es en la vida de la familia tan palmaria y tangible que no requiere ulterior demostración.»

Con esto queda al descubierto el nervio jurídico del matrimonio confundiéndose con el fin principal del mismo: los hijos. No sin razón dijeron los antiguos: «*fili autem parentum vincula sunt et nexum*».

Por esta razón, entre otras posibles, es censurable y reprobable el divorcio, aun desde el punto de vista meramente humano; porque trastornando el orden jurídico de los intereses familiares hace predominar el interés individual—y por ello egoísta—de los padres sobre el de los hijos que es interés trasindividual y superior.

«Es cierto—dice Cicu—que generalmente se acoge la idea de que en el matrimonio la unión carnal se eleva a unión espiritual; pero hay la propensión a pensar que aun siendo esta última de naturaleza menos voluble y pasajera que aquélla, no por eso lleva en sí la exigencia de la perpetuidad, y que incluso debe, naturalmente, disolverse al faltar el sentimiento de la unidad de vida. No se advierte que con esto se ciega la fuente de tal sentimiento. Para que tal interés sea sentido verdaderamente como unitario es necesario que no tenga límite ni de contenido ni de duración, puesto que con la limitación aflora fatalmente el sentido del interés particular. Y si el derecho ha de desarrollar su función de garantía no puede garantizar este fin sino subordinando plenamente al mismo los intereses y las voluntades individuales. Aquí se manifiesta claramente la función de coacción psicológica que tiene la norma jurídica: quien no lo nota no puede entender todo el valor del principio de la indisolubilidad, ni cómo este principio representa el último grado de perfección en la regulación jurídica del matrimonio; no puede entender la inmensa aberración que es invocar el divorcio en nombre de una moral que, sin embargo, es concebida como superior al derecho. Además, se hace evidente

cómo y en qué sentido emana la norma jurídica de la vida social y constituye dentro de esta última fuerza cohesiva: sentido y concebido el matrimonio como unión estable de vida no limitada ni en contenido ni en duración, el derecho no puede tutelar dicha unión sino como tal, reforzándola y preservándola de las causas de disolución.»

«Con cuanto antecede queda demostrado que, aun desde el punto de vista meramente humano, no hay oposición fundamental entre la concepción canónica y la civil del matrimonio. En una y otra el matrimonio cumple una finalidad trasindividual y por ello es errónea toda inclusión del mismo entre los contratos.

En el matrimonio, la Iglesia y el Estado confían a los que voluntariamente quieren asumirla la misión de procrear nuevos seres; en este sentido el matrimonio es «*seminarium reipublicae*», es decir, vivero de la sociedad religiosa y política (1).

Como, por otra parte, los hombres no son carne de cañón ni cabezas de una ganadería, no basta la procreación, sino que se impone a los padres el deber de educar a sus hijos física, moral e intelectualmente haciendo de ellos buenos fieles y buenos ciudadanos.

«La vida de familia—dice Cicu al terminar su citado trabajo—es escuela práctica y efficacísima de moral social, no sólo y no tanto para los hijos, cuanto para los padres mismos que ven identificarse los fines egoístas de su propia vida con los fines de la vida de los hijos y transformarse en ellos; que ven compenetrarse con el bien propio individual el bien de los hijos y con ello adquieren el sentido preciso de la vida individual, que no es fin de sí misma; que aprenden cómo al derecho de vivir sobrepasa un deber de vida y eventualmente de sacrificio. Ahora bien: si se piensa que tal sentimiento es el primer elemento vital de los organismos sociales y que en la mayoría de los individuos falta o se halla en estado rudimentario la conciencia de las necesidades que han determinado y mantiene vivos tales organismos, no se encontrará

(1) Así lo reconoce, entre los canonistas, Chelodi, y dice: «*Societas coniugalís est fundamentum atque seminarium societatis religiosae et civilis*», op. cit., pág. 1.

retórico calificar al matrimonio de «seminarium reipublicae» en el sentido más profundo de laboratorio, en el que se produce, no sólo la especie humana, sino también la energía vital de los organismos sociales.»

MIGUEL ROYO MARTÍNEZ,

Doctor en Derecho.

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado . . . . . 100.000.000 de pesetas  
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —  
Reservas . . . . . 59.727.756,67 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo  
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes . . . . .	3	por 100
Tres meses . . . . .	3 1/2	por 100
Seis meses . . . . .	4	por 100
Un año . . . . .	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. Horas de Caja: de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.