

Notas acerca de la naturaleza contractual del matrimonio

Uno de los temas del derecho de familia que da lugar a la más aguda oposición entre las doctrinas de los juristas es, sin duda, el que se refiere a la naturaleza contractual del matrimonio, defendida con tenacidad por muchos y combatida por no pocos en número ni faltos de brío. No es nueva la pugna, y como antigua, es enconada y difícilmente reductible, tanto que la mayoría de los autores optan por dar su opinión y prescindir de la de los demás.

El problema de la contractualidad del matrimonio carece tal vez de una trascendencia práctica definida, pero presenta, en cambio, considerable importancia desde el punto de vista de la doctrina, pues, indudablemente, la solución ha de servir de punto de partida y de base para toda la construcción teórica del derecho matrimonial.

La oposición existe en la actualidad fundamentalmente entre canonistas, partidarios decididos, en su mayoría, de la naturaleza contractual del matrimonio, y civilistas, opuestos, generalmente, a la concepción contractual.

La naturaleza contractual del matrimonio, empleando la palabra *contrato* en sentido técnico, no es dogma de fe de la Iglesia católica. El uso y empleo de términos jurídicos y la ordenación conceptual del derecho es algo que corresponde plenamente a los juristas y sobre lo que éstos pueden lícitamente entablar sus controversias. Esto supuesto, puede muy bien intentarse la conciliación de ambas teorías o, por lo menos, la resolución del pleito en favor de una de ellas.

Un estudio profundo acerca de tal materia haría desfilar por

estas páginas concienzudos exámenes y penetrantes observaciones acerca del matrimonio en derecho romano y en derecho canónico histórico, así como otra multitud de problemas graves y complejos; pero no intento escribir sino unas breves notas, por lo que todos estos puntos, propios de una investigación honda, quedarán simplemente esbozados del modo y en la forma que los concibo.

Ante todo, parece lo más indicado, al entrar en materia, y, naturalmente, sin perjuicio de volver después sobre ello, poner en relieve una anfibología profundamente dañosa para los estudios jurídicos: me refiero al doble significado que puede atribuirse a dos palabras usuales en derecho: *obligación* y *contrato*. La primera es, para unos, o, mejor dicho, es empleada en ciertos casos como sinónima de deber jurídico, mientras que en otros supuestos no es sino un deber jurídico específico, y que presenta determinadas notas, entre ellas la de su carácter patrimonial; solamente en este sentido podemos hablar de derecho de obligaciones.

Algo semejante ocurre con la palabra *contrato*, pues unas veces se emplea como equivalente de negocio jurídico bilateral (1), y otras sirve para designar una determinada clase de negocios jurídicos bilaterales.

Corroborando esta primera impresión, nos hallamos con que si se piensa que contrato es todo acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, es difícilmente cuestionable el carácter contractual del matrimonio, mientras que si, por el contrario, se concibe el contrato como negocio jurídico bilateral por el que las partes conciertan con libertad casi absoluta, sin tener en cuenta más que sus intereses privados y particulares, o si se entiende por contrato el negocio jurídico bilateral encaminado a crear obligaciones, en el sentido estricto de esta palabra, puede entonces dudarse, con sobrado fundamento, que el matrimonio deba incluirse entre los contratos (2).

(1) Antes de la generalización de la expresión «negocio jurídico «bilateral» se indicaba la idea que a la misma corresponde con la palabra «convención».

(2) Acerca de estos problemas que versan sobre el concepto del contrato puede verse con fruto el estudio publicado por Gimeno Linares en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1930, segundo semestre, pág. 249 y siguientes.

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

Dos famosísimas definiciones del matrimonio provienen de juristas romanos: la de Modestino, y otra, formulada quizá por Ulpiano, y que Justiniano recogió.

Modestino concibe el matrimonio como *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (1), y da con ello una definición que pone de relieve todas las notas esenciales de matrimonio, tanto la unión sexual (*coniunctio maris et feminae*) como el elemento moral residente en ese consorcio de toda la vida, consorcio y fusión que en su forma más elevada lleva a la comunidad de derecho humano y divino (2).

La segunda definición dice *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (3).

Ninguna de estas dos típicas definiciones nos presenta el matrimonio como contrato, y es que, en efecto, jamás se concibió en Roma tal pensamiento.

El matrimonio romano fué siempre distinto del actual, pues requería la existencia de dos elementos: uno, material o de hecho, y otro espiritual o intencional (4). El primero consiste en la cohabitación, entendiéndose por tal no la unión sexual, sino la colocación de la mujer a la disposición del marido, lo que tenía lugar por medio de la *deductio uxoris in domum mariti*. La «deductio» marca el momento en que la mujer queda sometida al marido y comparte con él su condición social.

El elemento intencional, que viene a integrar y completar al anterior, es la *affectio maritalis*, es decir, la intención de ambos cónyuges de ser marido y mujer, de crear y mantener la vida en co-

(1) Dig., 23, 2, 1.

(2) Los romanistas disputan sobre si esta definición es aplicable únicamente al matrimonio «cum manu», o lo es también al «sinu manu».

(3) Inst., I, 9, 1.

(4) Confróntese: Sohm, «Instituciones», trad. esp., Madrid, 1928, página 468; Perozzi, «Istituzioni di diritto romano», segunda edición, Roma, 1928, vol. I, núm. 39, pág. 316 y sigts.; Bonfante, «Instituciones de derecho romano», trad. esp., Madrid, 1929, núm. 58, pág. 180.

mún y de perseguir unidos los fines del matrimonio. Pero es importante no olvidar que este consentimiento de la «*affectio maritalis*» no es simplemente inicial, sino que da vida constante al matrimonio, y por ello debe ser perenne y continuo, pues su falta desvirtúa y priva de valor al elemento material.

De aquí precisamente se deriva la posibilidad del divorcio, que el derecho romano reconoce en todo momento; la desaparición de la «*maritalis affectio*» origina la destrucción del vínculo, de la misma manera que la pérdida del «*animus*» pone fin a la posesión. El elemento intencional es indispensable para la duración y prolongación del matrimonio. En este sentido, y no en otro, dijeron los romanos: *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* (1) y *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (2), pues si bien la frase últimamente indicada, y recogida en el Digesto como procedente del libro trigésimosexto de los Comentarios de Ulpiano a Sabino, parece indicar como único elemento el consensual, otro texto proveniente del mismo autor y obra, aunque del libro XXXV, nos pone perfectamente de relieve cómo el elemento de hecho es imprescindible, y así dice: *Cui fuerit sub hac conditione legatum «si familia nupsisset» videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias non concubitus sed consensus facit* (3).

A pesar de esta posibilidad de disolución del vínculo matrimonial, sería erróneo pensar que el matrimonio fué en Roma una unión pasajera o temporal. Jamás consideraron los romanos el matrimonio como equivalente a la libre unión o al matrimonio a prueba de nuestros días, antes bien, la intención de constituir un vínculo perpetuo es evidente en el mismo. Incluso el divorcio tiene lugar «*animo perpetuam constituendi dissensionem*» (4).

Como se indicó, nada tiene de contrato el matrimonio, según el pensamiento romano, y, de acuerdo con esta tradición, muchos juristas prescinden en sus definiciones de considerarlo como contrato. Valga, en representación de los pandectistas, y para evitar una serie de definiciones, la de Windscheid, en cuyas Pandectas,

(1) Dig., 24, 1, 32, 13.

(2) Dig., 50, 17, 30.

(3) Dig., 35, 1, 15.

(4) Dig., 24, 2, 3.

vertidas al italiano, se lee que el matrimonio es «L'unione dell'uomo e della donna a indivisa comunanza di vita» (1).

EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANÓNICO

Para encontrar la teoría de la naturaleza contractual del matrimonio es necesario recoger las ideas del derecho canónico medieval, el cual, aun recogiendo la doctrina jurídica romana, la altera profundamente.

La referida alteración—de valor y acierto discutibles en cuanto a la técnica, pero esencial y justísima en cuanto al fondo—se imponía necesariamente, pues es doctrina cristiana, y una de las más evidentes manifestaciones de la pureza y elevación de la moral católica, la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ya que, aparte de las razones puramente naturales, el matrimonio es, entre cristianos, un sacramento.

Era, pues, necesidad ineludible para los canonistas llevar al derecho la indisolubilidad del matrimonio y el carácter sacramental del mismo.

La adaptación de los principios romanos, técnicamente poco comprendidos, se llevó a cabo no sin alguna violencia en los mismos. La *affectio maritalis*, elemento espiritual del matrimonio romano, y puesta de relieve en los textos citados, fué desligada del elemento material, cosa que hubiera sido inconcebible para un jurista romano. Junto a esto, habiendo de comenzar el matrimonio con la recepción del sacramento, y siendo por ello indisoluble, la «*affectio maritalis*»—equiparada al «consensus», en el sentido de prescindir del elemento material—, toma un valor que ya no es vivificador constante del matrimonio, en el sentido de que debe prolongarse toda la vida matrimonial, ésta ya no cesa cuando el consentimiento falta. El nuevo valor atribuido a la «*affectio maritalis*» es un valor de consentimiento constitutivo e inicial: basta con que exista al contraerse el matrimonio.

Si, supuesto cuanto antecede, se tiene en cuenta que un texto del Digesto define el pacto como «*duorum vel plurium in idem pla-*

(1) Windscheid, *Pandectas*, trad. it., Turín, vol. III, pág. 1, párr. 489.

«*icitum consensus*», y que ésta fué la definición más admitida para los contratos en época posterior (1), no parecerá extraño que se abriese paso la concepción contractual del matrimonio.

Naturalmente, la consideración del matrimonio como contrato tropieza inmediatamente con la dificultad que mayor interés se tiene en superar; es decir, una vez reconocido el valor del consentimiento para la constitución del matrimonio, surge el problema de que en todos los contratos el mutuo disenso tiene el mismo valor anulador que la aquiescencia mutua lo tuvo constitutivo. Esta magna dificultad se resuelve, de manera un tanto artificiosa, declarando que el matrimonio es un contrato especialísimo y distinto de todos los demás.

Tal es, en muy breve exposición, la alteración canónica de la doctrina romana. La «*maritalis affectio*» pasa a ser el «*consensus*» inicial constitutivo e irrevocable, mientras que el elemento de hecho se hace más material aún, confundiéndose con la cópula carnal, y de ahí se origina la distinción del matrimonio en rato y consumado, la cual, a su vez, da lugar a la famosa disputa entre las escuelas de París y Bolonia acerca del valor de la cópula y del momento de perfección del contrato matrimonial, de la que aun hoy día quedan reminiscencias en el derecho canónico.

MIGUEL ROYO MARTÍNEZ,

Doctor en Derecho

(Continuará.)

(1) Dig., 2, 14, 1, 2.