

# Notas, Textos y Comentarios

## ¿Es contrato el matrimonio? (Insistiendo)

Confesamos haber leído con sumo interés el penetrante trabajo<sup>1</sup> del M. I. Sr. D. Tomás Barberena, profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca, con que ha tenido el gusto de replicar a nuestro artículo «Sobre el matrimonio *in fieri*», publicado el año pasado en «Estudios Eclesiásticos» (28, 1954, 5-57). Por ser el tono de su réplica tan noble y delicado no podemos menos de manifestarle nuestro agradecimiento desde estas páginas, y asegurarle que es nuestro propósito en la contrarréplica que sigue demostrar para con él la misma nobleza y estima. Procediendo así nuestra disputa contribuirá, si no a dar nueva luz en la cuestión, al menos a hacer contrapesar puntos de ella acaso no del todo y siempre atentamente considerados; resultando ambos de ese modo, más que contradictorios, colaboradores del bien científico, patrimonio de todos.

\* \* \*

Prescindimos de las observaciones generales que el Sr. Barberena hace al principio de su trabajo, exactas sin duda al menos en su valor abstracto, y empezamos en seguida por responder a las particulares, que refiere a puntos concretos de nuestro artículo (citado).

La primera versa sobre el argumento de tradición, ciñéndola a Sto. Tomás y Pedro Lombardo. Nos congratulamos desde luego de que los textos que adjunimos de Tomás Sánchez —creemos deducirlo de su silencio— hayan logrado convencerle de que este autor no dudó del carácter contractual del matrimonio.

A propósito, pues, de Sto. Tomás nos replica el Sr. Barberena en doble forma. Ante todo dice:

«El P. Robleda nos opone hasta diecisiete textos, pero todos ellos son del *Supplementum* de la Suma Teológica. Y el autor del *Supplementum* no es Sto. Tomás, sino un escritor anónimo (tal vez Reginaldo de Piperno), de ninguna autoridad doctrinal ni crítica» (p. 425, 5).

---

<sup>1</sup> *Sobre el matrimonio «in fieri»*. *Salmanticensis* I (1954) p. 422-440.

Es verdad que el *Supplementum* no es de Sto. Tomás en cuanto a su disposición externa, porque fué Reginaldo de Piperno quien se la dió; pero la doctrina —única cosa que aquí nos interesa— sabemos que es del Santo Doctor. El fiel compañero del Santo, Reginaldo, no hizo sino tomar doctrina del Comentario a las Sentencias en aquellos asuntos que no se habían tratado en la Suma, y disponerla a continuación de la parte tercera de ésta, siguiendo su método y disposición externa. Por eso es general citar a Sto. Tomás también en el *Supplementum*, en la convicción de que se aduce doctrina del Santo. En nuestro caso lo vamos a ver claramente, comparando los textos principales por nosotros aducidos del *Supplementum* con los del Comentario a las Sentencias<sup>2</sup>:

[Nota 45]

*Supplem.* 45, 1, ad 1.

«Dicendum quod sacramentorum prima causa est divina virtus quae in eis operatur salutem; sed causae secundae sive instrumentales, sunt materiales operationes, ex divina institutione habentes efficaciam, et sic *consensus in matrimonio est causa.*»

*In IV sent.* 27, 2, solutio I, ad 1.

«Ad primum ergo dicendum quod sacramentorum prima causa est divina virtus quae in eis operatur salutem; sed causae secundae instrumentales sunt materiales operationes ex divina institutione efficaciam habentes, et sic *consensus in matrimonio est causa.*»

[Nota 46]

*Supplem.* 44, 3 in c

«Respondeo dicendo quod sicut supra dictum est, in matrimonio tria considerantur, scilicet, causa ipsius, et essentia eius et effectus; et secundum hoc tres definitiones inveniuntur in matrimonio datae. Nam definitio Hugonis *tangit causam, scilicet, consensus...* Definitio autem in littera posita tangit essentiam matrimonii, scilicet, coniunctionem... Sed alia definitio tangit effectum ad quem ordinatur matrimonium.»

*In IV Sent.* 27, 1, 1, solutio III.

«Ad tertiam quaestionem dicendum quod sicut supra dictum est, in matrimonio tria possunt considerari, scilicet, causa ipsius et essentia eius et effectus; et secundum hoc tres definitiones inveniuntur in matrimonio datae. Nam definitio Hugonis *tangit causam, scilicet consensus...* Definitio autem in littera posita tangit essentiam matrimonii, scilicet, coniunctionem... Sed alia definitio tangit effectum ad quem ordinatur matrimonium.»

[Nota 49]

*Supplem.* 45, 1, in c.

«Sicut per ablutionem corporalem in baptismo fit ablutio interior spiritualis. Unde cum in matrimonio

*In IV Sent.* 27, 1, 2, solutio I.

«Sicut per ablutionem corporalem in baptismo fit ablutio interior spiritualis; unde cum in matrimonio sit quaedam spiritualis coniunctio in

<sup>2</sup> Las [nota 45], [nota 46], etc., se refieren a nuestras citas del *Supplementum* en el artículo anterior.

sit quaedam spiritualis coniunctio in quantum matrimonium est sacramentum, et aliqua materialis, secundum quod est officium naturae et civilis vitae, oportet quod mediante materiali fiat spiritualis virtute divina. Unde, *cum coniunctiones materialium contractuum fiant per mutuum consensum, oportet quod etiam hoc modo fiat matrimonialis coniunctio.*»

[Nota 52]

*Supplem.* 45, 3, ad 2.

«Ad secundum dicendum quod etiam in aliis contractibus, qui verbis futuris utitur non transfert potestatem rei suae in alterum, sed solum quando praesentibus utitur.»

[Nota 53]

*Supplem.* 45, 2, sed contra.

«In matrimonio fit contractus inter virum et mulierem; sed in quolibet contractu oportet esse expressionem verborum; ergo et in matrimonio.»

[Nota 56]

*Supplem.* 47, 5, sed contra.

«In aliis contractibus fit obligatio sub conditione, et stat stante conditione. Ergo cum matrimonium sit contractus quidam...»

[Nota 57]

*Supplem.* 50, unic. in c.

«Potest autem matrimonium impediri aut ex parte contractus matrimonii aut ex parte contrahentium.»

[Nota 58]

*Supplem.* 52, 1, in c.

«Respondeo dicendum quod in matrimonii contractu obligatur unus coniux alteri ad debitum reddendum.»

[Nota 59]

*Supplem.* 58, 1, ad 4.

«Ad quartum dicendum quod in

quantum matrimonium est sacramentum, et aliqua materialis, secundum quod est in officium naturae et civilis vitae; oportet quod mediante materiali fiat spiritualis virtute divina; unde cum coniunctiones materialium contractuum fiant per mutuum consensum, oportet quod hoc modo etiam fiat matrimonialis coniunctio.»

*In IV Sent.* 27, 1, 2, 3 ad 2.

«Ad secundum dicendum quod etiam in aliis contractibus, qui verbis futuris utitur non transfert potestatem rei suae in alterum, sed solum quando verbis praesentibus utitur.»

*In IV Sent.* 27, 1, 2, sed contra.

«Praeterea, in matrimonio fit contractus inter virum et mulierem. Sed in quolibet contractu oportet esse expressionem verborum quibus se mutuo homines obligent. Ergo.»

*In IV Sent.* 29, 1, 3, 3.

«In aliis contractibus fit obligatio sub conditione, et stat stante conditione. Ergo cum matrimonium sit contractus quidam.»

*In IV Sent.* 34, 1, 1, Solutio.

«Potest enim matrimonium impediri aut ex parte contractus matrimonii aut ex parte contrahentium. Si primo modo, cum contractus matrimonialis fiat per voluntarium consensum.»

*In IV Sent.* 36, 1, 1, Solutio.

«Respondeo dicendum quod in matrimonii contractu obligatur unus coniugum alteri ad debitum reddendum.»

*In IV Sent.* 34, 1, 2, Solutio ad 4.

«Ad quartum dicendum quod in quolibet contractu hoc universaliter

*quolibet contractu hoc universaliter tenetur quod ille qui est impotens ad solvendum aliquid non reputatur idoneus ad contractum illum quo se obligat ad eius solutionem. Et ideo frigiditas quae causat talem impotentiam ut homo non possit de facto solvere debitum ... sicut et conditio servitutis, impediunt matrimonium.»*

tenetur quod ille qui est impotens ad solvendum aliquid, non reputatur idoneus ad contractum illum quo se obligat ad eius solutionem. Et ideo frigiditas quae causat talem impotentiam ut homo non possit de facto solvere debitum, et conditio servitutis, ... impediunt matr.»

[Nota 60]

*Supplem.* 58, 3 sed contra.

«Furiosi non sunt idonei ad aliquem contractum faciendum; sed *matrimonium est contractus quidam...*»

*In IV Sent.* 34, 1, 4, sed contra.

«Praeterea furiosi non sunt idonei ad aliquem contractum faciendum. Sed *matrimonium est contractus quidam...*»

De este modo creemos haber disipado los escrúpulos que pudiera haber en torno a la autoridad y crítica del pobre Reginaldo en nuestro punto, ya que la doctrina aducida en el Suplemento no es suya, sino, y ciertamente, del Angélico.

En segundo lugar acentúa nuestro ilustre contradictor que Santo Tomás tenía sus vacilaciones sobre la naturaleza contractual del matrimonio (p. 425).

Ante todo, no se negará que para Sto. Tomás la causa del matrimonio es el consensus; y, por tanto, no sólo que sin él no hay matrimonio, sino que *formalmente* por él viene a la existencia todo matrimonio.

Pero, además del conjunto de textos arriba copiados y otros que se pudieran traer, nos parece deducirse con evidencia que se trata de consentimiento contractual. «*Etiám in aliis contractibus*»; «sed in contractibus...»; «cum matrimonium sit contractus quidam...», etcétera, lo comprueban suficientemente. Las palabras: «*ad modum obligationis in contractibus*», «*quidam contractus*», no significan sino que el matrimonio no tiene como los otros contratos objeto patrimonial. En cuanto a la esencia formal del contrato como tal, o sea, a la fuerza del consensus, condiciones, y aun las cualidades más generales del objeto: posibilidad, etc., no indica el Santo diferencias, antes taxativamente afirma que en eso el matrimonio es igual a los demás contratos, los patrimoniales. Nos llama especialmente la atención en este punto la frase del Sr. Barberena: «En otros textos (el Angélico) admite *vagamente* que: «in matrimonio fit contractus» (Ibid.). A nosotros nos parece más bien haber ahí una afirmación clara y concreta<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> No nos convence, por tanto, LE BRAS, v. *Mariage*, en DTC IX, 2183.

Acerca de Pedro Lombardo nos dice el Sr. Barberena:

«En cuanto a Pedro Lombardo, los textos (por nosotros aducidos) no son *ad rem*. Se discutía entonces si para la formación del vínculo matrimonial era necesaria la cópula o bastaba el acto de la voluntad. Muchos aceptaban la primera opinión, muy en consonancia con las ideas y prácticas de aquel tiempo. Pedro Lombardo defiende la segunda; de ahí su insistencia en el valor del consensus. Pero aquí no se discutía de la naturaleza estrictamente contractual de ese consensus» (p. 425-6).

Al decirnos esto advertimos que el Sr. Barberena quizá no consideró atentamente nuestro artículo en este punto; de otra suerte vería que no a otro propósito trajimos directamente a cuento a Pedro Lombardo. En dos páginas y media hicimos eso: probar que el grande Maestro, contra lo afirmado por Graciano, a saber: que el matrimonio no era perfecto antes de la cópula, sostenía surgir el matrimonio perfecto por sólo el consentimiento. Por eso en este caso no nos dice cosa nueva con su observación nuestro contradictor. Únicamente, al fin añadíamos unas líneas con un texto del Maestro, que por conservar enteramente su valor y ser todo ello muy breve podemos repetir aquí: «*Por lo demás*, que Pedro Lombardo tenga ese cambio de consentimiento entre los esposos por un verdadero contrato parece claro por el siguiente texto:

«*Nam et consensus occultus de praesenti per verba expressus coniugium facit; licet non sit ibi honestus contractus, sed matrimonium non sanxit qui in occulto fuit. Si enim alter alterum dimiserit, non cogitur iudicio Ecclesiae redire et commanere cum coniuge, quia non potest probare textibus contractus qui in occulto est factus*»<sup>4</sup>.

Que Pedro Lombardo no *suponga* con esas palabras que el matrimonio es un contrato nos parece se afirmaría sin razón.

★ ★ ★

A continuación el Sr. Barberena se ocupa de la cuestión en el Derecho Romano, y escribe:

«Del matrimonio en el derecho romano no vamos a discutir largamente. Nos atenemos a la opinión de los cultivadores de esta

Véase A. M. MOLINA.—*Alcance e interpretación del c. 1082*, en «Unitus» (de la Universidad de Sto. Tomás, Filipinas) 24 (1951) p. 294.

<sup>4</sup> L. IV, Sent. 28, 2.

rama del derecho. Dice el P. Robleda que a partir del tiempo postclásico el matrimonio era un contrato para los romanos, y aun antes de ello es admisible» (p. 426).

Y dicho esto, trae contra nuestra opinión tres textos de sendos autores: Le Bras, Herman y Orio Giacchi.

Hemos de confesar que por habernos dicho: «nos atenemos a la opinión de los cultivadores de esta rama del derecho», esperábamos fuesen aducidos contra nosotros testimonios de romanistas. Pero he aquí que los tres mencionados son nombres de canonistas o cultivadores del *derecho canónico*, que nada tienen de romanistas; a los cuales, por tanto reconocemos la muy alta autoridad de que justamente gozan; pero en su campo, del derecho canónico, no del romano<sup>5</sup>. Tanto más cuanto que los tres consignan las frases aludidas enteramente de pasada, o sea, sin enderezar sus respectivos trabajos al punto en cuestión. Notando, además, que Le Bras, quien de los tres podría tener para nosotros algo más de autoridad, por su carácter de *historiador* del Derecho Canónico, con buen sentido apostilla así en el lugar citado las palabras de Ferrini, con que éste afirmó, igual que muchos a partir de Manenti, el carácter permanente del consentimiento matrimonial: «*Peut être y a-t-il dans cette interprétation de la permanence du consentement requis en droit romain une pointe de subtilité*» (DTC. IX, 2135).

Y Orio Giacchi hace la afirmación de que el consentimiento para el matrimonio entre los romanos era continuativo, mas, sin distinguir de tiempos, y sin citar romanista alguno. Por lo demás, si tomó de la doctrina manentiana, viva en las décadas pasadas, tal afirmación no nos extraña. Pero pone también en la misma página unas palabras muy interesantes que ya anticipamos aquí, si bien se enderezan a lo que vamos a decir luego, y son las siguientes, al contraponer ese matrimonio romano, sin distinguir de tiempos, como indicábamos, etc., al matrimonio cristiano:

«Infatti soltanto il matrimonio cristiano è fondato sulla struttura *contrattuale*, è cioè un rapporto permanente ed anzi tendenzialmente indissolubile, che nasce da un accordo di due volontà»<sup>6</sup>.

Sabemos, pues, que para Orio Giacchi el matrimonio según la concepción cristiana tuvo y tiene carácter contractual.

<sup>5</sup> G. LONGO sí es romanista; pero su escrito va más bien, como sabemos, a probar todavía la necesidad del elemento material; que hoy día por lo demás, con dificultad se sostiene en orden al tiempo clásico.

<sup>6</sup> O. GIACCHI, *Volontà e unione coniugale nella dottrina matrimoniale di Pier Lombardo*, en *JUS*, NS. V (1954), p. 43.

Los autores, en cambio, que nosotros citábamos, tratándose especialmente del tiempo postclásico, donde dábamos la cosa por más segura, eran todos no sólo romanistas, sino investigadores del punto en cuestión. Eran, en efecto, D'Ercole en el trabajo que allí citábamos, Volterra, en su magnífica monografía: «*La Conception du Mariage d'après les juristes romaines*», quien se expresa así:

«C'est donc seulement en apparence que Justinien a conservé les règles classiques... La conception juridique se détache désormais de la conception sociale, et comme M. D'Ercole l'a très bien démontré, la conception du mariage-contrat apparaît pour la première fois»<sup>7</sup>.

Y en otro lugar:

«On voit donc que dans la conception de l'Empereur le mariage se forme par le consentement des conjoints, mais, une fois qu'il existe, il ne peut plus être dissous par la simple cessation de la volonté des conjoints... Évidemment, cela équivaut à dire que le mariage, en tant que rapport juridique, est désormais indépendant de la continuation de la volonté des conjoints»<sup>8</sup>.

En corroboración de nuestras afirmaciones podríamos traer bastantes más autoridades aún. Albertario, por ejemplo, escribía ya el año 1931:

«La verità è questa. Tra il matrimonio classico e il matrimonio canonico, Giustiniano è vicino al secondo più di quello che qualche sua affermazione può lasciar credere. Egli, che pur esalta come elemento costitutivo del matrimonio la maritalis affectio, non rinnega esplicitamente in via assoluta il principio classico, che occorre la continuità dell'accordo perchè il matrimonio continui: ma per troppi chiari segni manifesta la sua mens che il consenso iniziale dovrebbe dare, irrevocabilmente, vita al matrimonio»<sup>9</sup>.

Significativa es también la larga cita de Biondi que ponemos a continuación. Significativa, porque Biondi en las décadas pasadas opinaba más bien con el gran número de romanistas italianos (Bon-

<sup>7</sup> VOLTERRA, o. c., p. 58.

<sup>8</sup> VOLTERRA, o. c., p. 60. Cf. del mismo: *Quelques observations sur le mariage des «filii familias»*, en «Revue Internationale des Droits de l'Antiquité» I (1948), p. 241-2: «En droit postclassique, la conception du mariage est profondément changée. Ce n'est pas plus la volonté continue des conjoints qui forme le mariage, mais bien leur volonté initiale».

<sup>9</sup> ALBERTARIO, *L'Autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano giustiniano*, en *di Diritto Romano*, I. Milano, 1933, p. 227, n. 2.

fante, Arangio Ruiz, Scialoja, Betti, etc.), que, sin distinguir de tiempos, se inclinaban por el carácter permanente del consentimiento matrimonial entre los romanos. Ahora, en cambio, en su recentísima magistral obra sobre el derecho romano cristiano<sup>10</sup>, escribe:

«Secondo la dottrina *asai diffusa*, specialmente in Italia, il concetto romano di matrimonio, sotto l'aspetto del consenso, non coincide con quello canonico: mentre il primo richiede il consenso come qualche cosa di permanente, tanto da collocarsi sul medesimo piano del possesso, fino al punto che, qualora venga meno, il matrimonio automaticamente svanisce, nel concetto canonico il consenso si richiede all'inizio, ed è appunto da questo consenso iniziale, come in tutti i negozi che si fanno derivare tutte le conseguenze giuridiche. Questa diversità è appunto discussa, e si è sostenuto al contrario che, anche nel matrimonio romano il consenso sia richiesto inizialmente. Ma anche, a non volere accogliere questa conclusione, restando quindi nel ambito della tradizionale e commune costruzione, è sicuro che essa tende a svanire, e la dottrina si orienta verso il regime canonico, a misura che si afferma il principio della indissolubilità per sopravvenuta incapacità (*captivitas, captis diminutio media*), e si delinea ben netta la reazione al divorzio. Come parlare di *affectio* quale volontà permanente, quando il matrimonio perdura ed è proibito scioglierlo, ancorche esse venga meno? *Tutto ciò dimostra come il matrimonio incomincia a trasformarsi in un rapporto in cui il consenso è solo iniziale*<sup>11</sup>.

Las palabras de Biondi no necesitan glosa. Se ve que le han convencido las investigaciones de D'Ercole y Volterra, autores que cita al pie del párrafo copiado.

Por lo demás, que considerar al consentimiento con su eficacia precisamente inicial es darle el carácter de contractual se puede ver claramente en ese mismo texto de Biondi. Más taxativamente aún, en el texto arriba copiado de Volterra. O en el siguiente de Bonfante, quien, por otra parte, como antes dijimos, sostenía la opinión tradicional a que alude Biondi —tradicional, claro es, a partir de Marenti, no ciertamente en los grandes tiempos de los estudios románicos: medioevo y renacimiento, en que el matrimonio romano fué visto indiscutiblemente como un contrato—. Dice, pues, Bonfante:

«Si puo dire che la conclusione delle nozze (en der. romano) rappresenti un contratto? Cio si puo e si deve dire nel diritto moderno, *nonostante la sempre risorgente opposizione*: una volta che si richiede l'accordo delle parti, ma il vincolo costituito e poi indipendente dal perdurare del accordo; quel consenso iniziale, mo-

<sup>10</sup> B. BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*, III. Milano, 1954.

<sup>11</sup> BIONDI, o. c., p. 79-80.

mentaneo è un contratto: s'intende non d'ordine patrimoniale, ma d'ordine familiare, onde gioverebbe adoperare il termine meno compromettente di convenzione. Non così per il diritto romano. (Luego prosigue afirmando el carácter continuo del consentimiento matrimonial en el tiempo romano)<sup>12</sup>.

Por fin, sin salir aún de este punto, el Sr. Barberena dice que «no acierta a comprender que el matrimonio justinianeo sea contrato por *influencia del cristianismo* (Robleda, 34), cuando en el cristianismo por aquellas calendas no había una doctrina contractual» (p. 427).

A esto creemos que se habrá encontrado la respuesta ya en lo que antecede. Porque, ante todo, hemos visto que hablar de consentimiento inicial es hablar de consentimiento contractual; por consiguiente, sostener la primera doctrina es sostener también la segunda; sobre todo a juzgar por los textos de Biondi y Bonfante. Ahora bien, que el paso de considerar el consentimiento matrimonial *permanente* a considerarlo *inicial* fué debido a influencia cristiana, nos parece deber admitirse sin más. No vamos a entrar aquí en discusión con un Padelletti, un Manenti, un Schulz, un Baviera que reconocen en general muy poco de influencia del cristianismo en el derecho romano, aun en la época de que tratamos. Baste sólo afirmar que hoy día la doctrina segura es la de Ferrini, Albertario, Riccobono, Roberti, Biondi, etc., en favor de dicha influencia en grado profundo<sup>13</sup>. Con respecto especialmente a nuestro punto concreto sostiene la mencionada influencia todos los autores arriba citados en favor del consentimiento inicial para el tiempo postclásico. A ellos podríamos añadir todavía otros bien explícitos, por ejemplo, Monier, quien se expresa así:

«Les Empereurs chrétiens subirent l'influence de la doctrine de les Pères de l'Eglise qui attribuent une importance durable au consentement initial donné par les époux, et admettent que l'union est indissoluble, même en cas de separation de fait, tant que les deux conjoints sont in vie»<sup>14</sup>.

H. Insadowski, quien dice:

«Momentum doctrinae christianae ad evolvendam matrimonii naturam (en el tiempo romano) erat magnum. Eius opera matrimonium iam non consideratur ut status mere temporaneus, tamdiu

<sup>12</sup> BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, Roma, 1925, p. 192.

<sup>13</sup> Véase por todas la citada obra de BIONDI, *Il Diritto Romano Cristiano*.

<sup>14</sup> R. MONIER, *M. É. de Droit Romain*, I, 1947, p. 302.

tantum duraturus quandiu durat maritalis affectio, sed status permanens quo duae personae vinculo iunguntur pro tota vita»<sup>15</sup>.

Es claro que si el principio de la indisolubilidad fué el que provocó la transformación, este principio partió a todas luces del cristianismo. Escribe a propósito Biondi:

«L'elemento tradizionale della *affectio*, che importaba inevitabilmente lo scioglimento del matrimonio, è tramontato per dar luogo al principio cristiano della indissolubilità, giacché la donna non può contrarre nuovo matrimonio se non si abbia la certezza della morte del primo marito. È questione solo di prova; il vincolo sussiste nonostante il venir meno dell' *affectio* e della consuetudo vitae»<sup>16</sup>.

Es cierto que en la doctrina cristiana de aquellos siglos, de los SS. PP., por ejemplo, no se aplica al matrimonio la palabra contrato, pero los elementos y términos de la contractualidad allí están, al llamársele *pactum*, *foedus*...<sup>17</sup>.

Dice a propósito D'Ercole:

«Anche se la enunziatione netta della dottrina contrattualistica avviene più tarde, i germi, anzi i materiali per quella costruzione giuridica erano già pronti fin dal periodo che trattiano»<sup>18</sup>.

Más decididamente Insadowski viene a afirmar sin ambages que el matrimonio es un contrato, porque es un *pactum*.

<sup>15</sup> H. INSADOWSKI, *Quid momenti habuerit Christianismus ad ius romanum matrimoniale evolvendum*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, II, Romae, 1935, p. 50.

<sup>16</sup> B. BIONDI, o. c. vol. III, p. 155. Cfr. asimismo p. 156; 74-5, y passim.

<sup>17</sup> Cf. S. J. CRISÓSTOMO (MG 51, 221); S. JERÓNIMO (ML 22, 1817); S. BASILIO (MG 32, 727); y sobre todo S. AGUSTÍN. Vide gran número de textos en D'ERCOLE, o. c.—Bien pronto S. ISIDORO ha de escribir: «Matrimonium est nobilium (= nobiles) iusta *conventio* et *conditio*» (*Etim.* 9, 7, 19), que exactamente LUIS CORTÉS Y GÓNGORA traduce: «Matrimonio es el justo *contrato* y unión de los núbiles»; S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* (Versión), B. A. C. Madrid, 1951, p. 238. Ahora bien, sin duda que S. Isidoro escribía en consonancia con la doctrina romana (ya en tiempo clásico o más tarde, según las opiniones), contenida en el siguiente texto del Digesto (Ulpiano): «Adeo autem conventionis nomen generale est ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem...» (D. II, 14, 1, 3). Cf. RICCOBONO, *Corso di diritto romano, Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935, especialmente cap. VI: *Conventio et contractus*, p. 262 ss.

<sup>18</sup> D'ERCOLE, o. c., p. 10.

Y Biondi, por su parte, refiriéndose al matrimonio romano del período a que nos venimos refiriendo, escribe:

«Non si parla ancora di contractus o de pactum, giache per forza di tradizione tali categorie riguardano la sfera patrimoniale e determinate figure di atti giuridici, ma quel inquadramento è già insito nello stesso regime che gradatamente si delinea»<sup>19</sup>.

\* \* \*

Antes de penetrar en lo más vivo de nuestra disputa, que se plantea luego respecto de los casos especiales de la sanación «in radice» y demás, queremos responder a cierta observación general que nos hace el Sr. Barberena con las siguientes palabras:

«Una confusión muy frecuente en este asunto es identificar los términos consentimiento y contrato. Que el matrimonio es incomprensible sin un acuerdo de voluntades no hay quien lo niegue; pero la cuestión está en decidir si ese acuerdo de voluntades es siempre y necesariamente un contrato.

No vamos a repetir aquí lo que dijimos en nuestro artículo anterior; que el contrato es cosa de derecho privado y por eso no sirve para encasillar las instituciones en las cuales el derecho público tiene un relieve importante. Tal sucede en el matrimonio a causa sobre todo de su sacramentalidad.»

«En la Ordenación sagrada hay un acuerdo de voluntades. El Obispo entrega una potestad y un grado en la Iglesia; el ordenado se compromete a vivir conforme a las exigencias de su estado. Pero eso no es un contrato.» Y sigue poniendo ejemplos similares (p. 427-428).

Sí, sabemos muy bien que no se pueden identificar los dos términos. Puede ser el consentimiento un presupuesto, o una condición «sine qua non» del acto. En tal caso los efectos jurídicos no son debidos al consentimiento. Este entonces no es un contrato. Si el ordenado no se compromete previamente a vivir conforme..., no será ordenado. Este consentimiento es sólo presupuesto necesario.

Pero, y ¿si el consentimiento es *causa* de los efectos? Ah, entonces la cosa cambia substancialmente. Y esto es lo que sucede en el matrimonio. El consentimiento es causa. Esta es la doctrina de la Iglesia. No se podrá decir ciertamente que la potestad recibida en la Ordenación *es producida por la voluntad del ordenado* de vivir conforme a las exigencias de su estado. En cambio, del matrimonio nos

<sup>19</sup> BIONDI, o. c., vol. III, p. 80.

dice el canon 1081, § 1, expresión católica de dicha causalidad: «matrimonium facit partium consensus».

Claro está, que si el Sr. Barberena tiene el matrimonio como instituto de derecho público se explica su actitud; incluso de que llegue la autoridad pública, en ciertos casos al menos, a producir por sí misma el efecto que correspondería al consensus, el vínculo matrimonial. Pero esto no lo podemos admitir así como suena. El matrimonio no es un instituto de *sólo* derecho público. El mismo Sr. Barberena lo indica cuando afirma que es una institución en la cual «el aspecto público tiene un relieve importante, a causa sobre todo de su sacramentalidad» (l. c.). Afirmar eso es afirmar que el matrimonio es institución de derecho privado, en la que se contienen también relieves de derecho público. Y si además nos fijamos precisamente en los relieves de derecho público que le vienen a causa de su sacramentalidad, podemos ya decir que el matrimonio es, bajo ese aspecto <sup>19 bis</sup>, primariamente instituto de derecho privado; una vez que la sacramentalidad «accedit». Pues bien, en cuanto instituto de derecho privado, el matrimonio es eso: un contrato; por eso surge en virtud del *consensus* de las partes. Las partes le dan la existencia porque se trata de entregar el derecho mutuo sobre el propio cuerpo en orden a la procreación de los hijos (c. 1081, § 2). Cada una de las partes entrega el derecho al uso del propio cuerpo, en favor de la otra, porque *quiere*; lo mismo que en el campo patrimonial, uno entrega el derecho al propio fundo o al uso del mismo porque *quiere*. Ese *querer* da origen causalmente al traspaso de dicho derecho, surgiendo entonces el contrato de compraventa o de locatio-conductio.

Y dando ahora el segundo paso: ese matrimonio así, sin cambio alguno en cuanto a dicha *causalidad*, ha sido elevado a sacramento. De modo que, en cuanto a dicha causalidad, en nada se distingue del que no es sacramento. Se le añadió una formalidad nueva (tampoco ella únicamente de carácter público), pero sin quitar nada de lo natural. Permítasenos resumir todo esto con las siguientes palabras de la SRR. a base, por lo demás, de diferentes documentos pontifi-

---

<sup>19 bis</sup> Decimos «bajo ese aspecto», como indicando que no desconocemos poseer el matrimonio relieves o significación de carácter público también por otras razones, principalmente por ser ordenado a la propagación de la especie; aspectos que no consideramos aquí por no tocarse en la réplica de que nos ocupamos. Baste únicamente traer a propósito las siguientes palabras de un civilista italiano, REBUTTATI, que son luminosas: «La conseguente importanza sociale dell'istituto (matrimonio) fa sí che la l'Autorità abbia dovere di disciplinarlo, fa sí che la volontà degli sposi non possa in nessun modo, modificare tale disciplina, ma non può mutare il carattere originario e fondamentale del negozio liberamente costituito da volontà privata» (*Nuovo Digesto Italiano*, v. Matrimonio, n. 12: vol. VIII, p. 254-5).

cios allí citados: «Cum matrimonium a Christo Domino ad sacramenti dignitatem fuerit elevatum, *contractus naturalis esse non desiit: seu est ipsemet contractus naturalis auctus sacramenti dignitate. Et ideo sacramentum non est aliud a contractu, sed utramque aliquid unum individuum constituunt. Sed in matrimonio contractus est principale, et sacramentum accessorium; ideo sicut contractus ceteri, matrimonium consensu perficitur*»<sup>20</sup>.

\* \* \*

*Casos especiales: sanación «in radice», etc.*

Sigue diciendo el Sr. Barberena contra nosotros:

«Refiriéndonos ya a los casos de especial dificultad..., el P. Roldada entiende la sanación «in radice» como una acción meramente negativa de la Iglesia, que consistiría en la doble dispensa que dicha sanación envuelve, es decir, del impedimento y de la ley de renovar el consentimiento. Cita en su favor el c. 1138, § 1<sup>21</sup>. Pero este texto no prueba su tesis, al contrario, la palabra «secumferens» del canon parece indicar que la sanación no consiste en esta doble dispensa, sino que ésta es algo previo o adyacente a la sanación misma» (p. 428-9).

En primer lugar no es enteramente exacto que nosotros entendamos la sanación «in radice» como una acción meramente negativa, ya que nuestra frase era: «Según eso, la intervención de la Iglesia no es positiva en el sentido de *causar* el vínculo matrimonial» (Estud. Ecl. cit. p. 50). O sea, decíamos que la acción de la Iglesia era o es negativa sólo en orden a la causalidad del vínculo. Por tanto, en algún sentido es positiva, a saber: en el sentido de querer que el consentimiento produzca el vínculo. Por eso consignábamos también: «Se dirá que ese consentimiento natural produce el matrimonio, porque la Iglesia quiere. No hay inconveniente en admitirlo» (ibid., p. 49). Pero eso sí, no podemos menos de sostener que en el orden de causalidad la Iglesia actúa sólo negativamente, ya que no hace sino quitar los dos impedimentos que había puesto ella misma a la causa naturalmente válida, el consentimiento. La Iglesia, pues, los quita, y se con-

<sup>20</sup> SRR. Decisiones a. 1910. Romae, 1913, p. 318. Cf. SRR. Decisiones a. 1915. Romae, 1924, p. 45 y passim.

<sup>21</sup> Can. 1138, § 1: «Matrimonii in radice sanatio est ejusdem convalidatio, secumferens praeter dispensationem vel cessationem impedimenti, dispensationem a lege de renovando consensu, et retrotractionem, per fictionem iuris, circa effectus canonicos ad praeteritum».

tenta con la causa natural escueta. Ese contentarse con la causa natural, y, por tanto, *quererlo así* es la única aportación positiva de la Iglesia, como dijimos; lo cual no es *causar*, sino *dejar a la causa* que obre. Para el caso, en orden a la causalidad, viene a ser lo mismo que cuando dispone o quiere que se renueve el consentimiento o se ponga la forma. Porque quiera que se renueve o se ponga una forma ¿será la Iglesia la causa? No. Es siempre el consentimiento, ahora renovado o con forma determinada; en la sanación «in radice», en cambio, sin necesidad de renovación, es decir, el emitido alguna vez y perseverante. El «*seumfereus*», por tanto, no envuelve otro significado, aunque a primera vista pudiera quizá parecerlo.

Con esto queda respondido al ejemplo que nos propone el Sr. Barberena para declarar que la sanación «in radice» importa algo positivo causalmente:

«Pedro se casa con Antonia, de 13 años de edad... Cuando ésta cumple los 14, el matrimonio sigue siendo nulo... Ahora la Iglesia va a sanar ese matrimonio. Comienza dispensando de la ley de renovar el cons. Todavía el matrimonio sigue siendo nulo. ¿Qué ha de hacer, pues, la Iglesia? No sólo dispensar de renovar el cons.; además ha de dar eficacia *ex nunc* a aquel primer intercambio de consentimientos, praeterito y nulo. Eficacia en cuanto al vínculo naturalmente» (p. 429).

Aun repitiendo algo de lo ya expuesto, decimos: si con ese *dar eficacia* se entiende que la Iglesia se contenta con que los cónyuges queden vinculados por aquella su voluntad antes emitida y perseverante, admitimos la frase. Si se entiende, en cambio, que la Iglesia considera ese consentimiento perseverante insuficiente o incapaz, y que necesita ser integrado o suplido, de ningún modo.

\* \* \*

Pasando a considerar el caso de sanación «in radice» cuando el consensus no persevera sino habitualmente, se nos opone ante todo que caemos en una «*petitio principii*», cuando afirmamos que aun entonces el consensus existe. Copia exactamente nuestras palabras: «Si no existe (el consensus) no se puede dar la sanación «in radice». Es así que se puede dar; señal de que existe aun en tal estado habitual» (p. 429).

No hay «*petitio principii*», porque si bien venimos a decir: «se da o es posible la sanación, porque existe el consentimiento, y: existe el consentimiento porque es posible la sanación», el nexa, con todo, no es igual en la primera proposición que en la segunda. En la primera es ontológico, y en la segunda solamente lógico. O sea, en la se-

gunda proposición no queremos decir que la razón ontológica, interna, de que exista el consentimiento es porque se da la sanación, sino decimos únicamente que la autoridad, al conceder la sanación, supone o da por cierto que existe el consentimiento; la razón ontológica de que exista será, por tanto, otra, la que declararemos en páginas siguientes, al desenvolver la idea de la perseverancia jurídico-moral de un consentimiento emitido y no retractado. No se da, pues, «*petitio principii*», entendido exactamente nuestro pensamiento.

Luego, el Sr. Barberena, reafirmando por su parte que el consentimiento en estado habitual no existe sencillamente, nos dice que al contentarnos con esa permanencia sólo habitual del consentimiento en orden a causar el matrimonio, vamos contra el sentido obvio y natural de las cosas y contra la mente de todos los doctores que afirman que para confeccionar un sacramento no basta la intención habitual (p. 430-31).

Ante todo, hemos de confesar que nos extraña tal observación, por venir precisamente de nuestro ilustre contradictor, una vez que según él no existe entonces para nada el consentimiento. En efecto, ¿no será *esto* más todavía contra el sentido obvio de las cosas, etc.? Porque no dudamos de que también, según él, el matrimonio que surge «*ex nunc*» en la sanación «*in radice*», es sacramento. Si no hay entonces en ninguna forma contrato, o consensus-*causa* del sacramento ¿cómo podrá salvarse la doctrina «*saltem theologice certa*»<sup>22</sup>, de que el sacramento del matrimonio consiste en el mismo contrato? ¿Que los contrayentes son los ministros del sacramento, precisamente porque ellos realizan el contrato?

Claro que el Sr. Barberena a propósito del aspecto teológico acentúa el que la identificación del sacramento con el contrato es cosa muy reciente en Teología. Que sólo con Pío IX y León XIII la opinión de la separabilidad entre sacramento y contrato ha quedado excluida y relegada al silencio (p. 440).

Pero, sin meternos ahora en tal cuestión histórico-teológica, ¿es que no nos bastaría esto? ¿Es que la evolución cognoscitiva de las verdades católicas y la formulación al fin por la autoridad de la Iglesia no es el fenómeno frecuente, sino ordinario, en la economía de la Iglesia, siendo la verdad en sí enteramente igual ya desde la misma institución del matrimonio? ¿Es que los doctores de la Iglesia, sus grandes canonistas, no han podido llegar a conocer por lo demás la verdadera teoría jurídica de nociones e instituciones tan fundamentales como las de que tratamos, y hemos de tener como inexactos todos esos documentos pontificios, todos esos volúmenes de nuestra juris-

<sup>22</sup> Cf. SOLÁ, *Sacrae Theol. Summa*. IV, Matriti, 1951, p. 624.

prudencia rotal, en que tales conceptos se repiten a cada paso y son el fondo de todos sus dictámenes?

Pero vengamos ya a la solución directa e inmediata de la dificultad propuesta, que formulamos de nuevo así: ¿cómo es posible que baste en el matrimonio la intención o consentimiento habitual, una vez que los cónyuges con su consentimiento hacen el sacramento, es decir, son ministros, y los doctores dicen que la intención del ministro de los sacramentos ha de ser virtual al menos?

Decíamos en nuestro artículo anterior que por tratarse en el caso del matrimonio de un efecto jurídico-moral, no era necesaria la permanencia virtual física o psicológica, sino que en tal sentido bastaba la permanencia habitual, es decir, la mera no retractación, y, por tanto, el mero no haberse cambiado la disposición de la voluntad, para que el efecto pretendido se produzca aun ahora, cuando es sólo habitual. ¿Por qué? Decíamos también allí, porque basta ese estado para que se dé en el orden moral-jurídico verdadera influencia; suficiente, para producir un efecto de ese género. Tenemos, pues, una intención influyente en su orden, y, por tanto, *virtual* en el mismo —y aun quizá pueda decirse actual en tal orden moral—; aunque en el psicológico sea sólo habitual, ya que, como indicábamos también allí, uno que está durmiendo no está queriendo psicológicamente. A la intención así, psicológicamente habitual, no se le podrá atribuir un efecto psicológico, no podrá ser causa de un acto humano, pero sí, moral-jurídico, en modo, por tanto que sea verdaderamente responsable del mismo. Se verá esto más claro en lo que sigue al aplicar estos principios a nuestra cuestión de la intención sacramental del ministro.

Cuando se dice que el ministro de los sacramentos ha de tener intención virtual, quiere decirse ni más ni menos que ha de tener una intención que influya en aquello a lo que se vincula la gracia de los mismos. Ahora, la explicación de cómo se dará esto ha de corresponder a la naturaleza propia de cada uno de los sacramentos

En el bautismo, por ejemplo, el ministro que hubiere tenido intención de bautizar en un momento dado, luego se duerme, y durante el sueño realizase la ablución, no bautizaría, por ser su intención psicológicamente sólo habitual; y no poder hablarse aquí de una intención virtual sólo jurídicamente, porque en el bautismo la intención ha de producir no un efecto moral, sino un efecto físico: la ablución, a la que está vinculada la gracia. Y la ablución no se podrá atribuir —y por lo mismo tampoco la administración del sacramento— al sujeto que la verifica, si la intención no es al menos virtual, es decir, si la ablución no es acto humano. En el matrimonio, en cambio, no es igual. Aquí la intención o consensus no es tan sólo *intentio ministri*, sino que es *causa* de aquello que real y objetivamente es también sacramento; es, se puede decir, causa del sacramento. No

es necesario poner nuevo algo distinto de ella. Si, pues, una vez se ha puesto y no se ha retractado, como no es necesario nada más, podrá producir su efecto, aún después, cuando desaparezcan los obstáculos; es decir, producirá el sacramento, porque produce el *contrato* —efecto moral-jurídico—, y el sacramento no es sino el mismo contrato elevado. El ministro, por tanto, con sola la intención psicológicamente habitual, o sea, no retractada, se hará en el matrimonio, dada su naturaleza contractual, *responsable* natural y lógicamente del sacramento.

Por eso, a pesar de lo que nos opondría el Sr. Barberena, creemos que siguen valiendo y comprobando nuestra doctrina los ejemplos por nosotros traídos en el artículo anterior: del matrimonio por procurador, del matrimonio con consentimiento no simultáneo por las dos partes, del matrimonio condicionado, y por fin del legislador que obliga con el acto de su ley a los súbditos, aun cuando, al llegar a ellos la noticia de la misma, él no tenga ya sino intención habitual.

En efecto, a propósito del primero nos replica el Sr. Barberena del modo siguiente:

«Del matrimonio por procurador podríamos decir sencillamente que no hace al caso, porque el consentimiento del mandante persevera virtualmente. Así al menos lo dice Cappello: «Si, mandato concesso, de eo amplius non cogitavit mandans, et interim matrimonium celebratur, profecto valet, quamvis tempore celebrationis mandans dormierit vel ebrius fuerit, quia consensus virtualiter perseveravit» (p. 431)<sup>23</sup>.

Luego añade que de todos modos el caso del matrimonio por procurador plantea problemas harto dificultosos que no es esta ocasión de tratar.

Prescindimos de esto segundo, porque, a la verdad, resolvemos poco con ello.

En cuanto a lo primero, que, al decir del Sr. Barberena, basta para rechazar nuestro ejemplo del matrimonio por procurador (p. 431), respondemos que sí, hace al caso, porque si reparamos atentamente, veremos que ahí el P. Cappello llama virtual a la intención que nosotros llamamos habitual. Para convencerse baste advertir que nosotros hemos puesto siempre como ejemplo del «habitualmente» el caso del que se halla dormido. Véase, pues, otra vez lo que escribe el P. Cappello. Quiere decirse sencillamente que el P. Cappello se refiere,

---

<sup>23</sup> El texto de CAPPELLO está tomado de su obra *De matrimonio*, Romae, 1947, p. 600.

aunque no se pare a declararlo, a la que nosotros hemos llamado *habitual psicologicæ*, y *virtual iuridicæ*, por darse influencia natural y lógica en el efecto, con tal que alguna vez hubiese sido la intención física o psicológicamente actual. Porque hemos de advertir en seguida que de ninguna manera pensamos nosotros aquí en aquel otro modo lato de entender la intención habitual, que describe, por ejemplo, así más de una vez la SRR:

«Non vero sufficit intentio habitualis, ut omnes auctores docent, quae in dispositione animi consistere potest, quin habeatur actus positivus voluntatis, quo actu intendatur conditio in consensu matrimoniali ponenda. Ad summum dici potest huiusmodi intentionem habitualement, seu dispositionem animi intentionem gignere interpretativam, quae nempe in rerum natura reapse non existit, sed in hypothese non verificata existeret; si v. gr., mulier scivisset vitio quodam maculatum esse, nuptias non iniret»<sup>24</sup>.

Y todavía más claramente en este otro texto:

«Animadvertimus intentionem matrimonium contrahendi sub conditione «sine qua non» esse vel actualement vel virtualement vel habitualement»;

Da luego el concepto de la actual, y continúa:

«Haec dicitur intentio actualis, quae vel ponitur in ipso actu contrahendi matrimonium, vel antequam matrimonium contrahatur: quo in postremo casu si expresse revocata non fuerit, virtualiter in actu quo matrimonium contrahitur, perseverat, et dicitur intentio virtualis quae sufficit ut matrimonium sub conditione «sine qua non» initum dicatur. Intentio autem habitualis non est nisi contrahentis dispositio, quo animo ita est dispositus ut si sciret compartem hac qualitate, quam inesse putat vel audit affectam esse, cum illa matrimonium non contraheret»<sup>25</sup>.

Como se ve, en estos textos intención habitual se llama a la meramente interpretativa; y es la única que no basta para hacer surgir el matrimonio. Por el contrario, la virtual basta; entendiéndose bien claramente por virtual en el segundo texto aquella que ha sido puesta antes del momento en que el matrimonio se contrae, con tal que no haya sido revocada.

Esto aparece también con evidencia en el paso siguiente de la misma SRR.:

<sup>24</sup> SRR. Decs. a. 1914, Romae, p. 376.

<sup>25</sup> SRR. Decs., a. 1924, Romae, 1934, p. 59.

«Consensus non revocatus perseveravit virtualiter, sicut mandatum non revocatum, non obstante temporis decursu virtualiter perseverat»<sup>26</sup>.

A propósito del segundo ejemplo se expresa así el Sr. Barberena:

«El segundo caso análogo mencionado, de consentimiento simultáneo, el mismo P. R. lo resuelve al decir: si entonces no produjo el efecto lo producirá ahora. (R. 51). Pero si lo produce no es habitual, sino virtual» (p. 431).

A esto le respondemos, a tenor de lo antes expuesto, que si lo produce ha de ser, sí, virtual, pero no necesariamente en sentido psicológico, sino basta lo sea en sentido jurídico, siendo psicológicamente sólo habitual.

El ejemplo del matrimonio «sub conditio» tampoco le agrada por tratarse, nos dice, de un asunto erizado de dificultades.

«Nunca hemos podido ver con claridad, escribe, la situación psicológica y sobre todo jurídica del consentimiento con relación al vínculo en el período que media entre la prestación del consentimiento y la verificación del evento... En todo caso repetiremos que si el consentimiento ha de hacer algo, su perseverancia ha de ser al menos virtual» (p. 432).

Con la primera afirmación nada resolvemos. Admitase nuestra explicación de un consentimiento emitido y no revocado, apto para producir el efecto cuando la circunstancia-condición tenga lugar, y caen substancialmente tales dificultades. En cuanto a sus últimas palabras repetimos lo arriba expuesto: su perseverancia habrá de ser, sí, al menos virtual en sentido jurídico, no necesariamente en sentido psicológico<sup>27</sup>.

En fin, por lo que se refiere al último, sobre el modo de actuar de la voluntad del legislador, opone lo mismo que contra el anterior: que es caso dudoso y difícil. A lo que repetimos también lo dicho anteriormente, y remitimos al texto de la SRR. citado poco ha en último lugar.

<sup>26</sup> SRR. Decs., a. 1910, Romae, 1913, p. 27.

<sup>27</sup> Cf. sobre la teoría de la condición en el matrimonio recientemente a MONS. STAFFRA, *De conditione e qua pendet matrimonialis contractus*, en *Questioni attuali di Diritto Canonico* (Relaciones Congreso Internacional Univ. Gregoriana, 13-17 octubre 1953). Romae, 1955, p. 219 ss. Puede verse ahí en particular cuanto dice sobre el «consensus» *virtualmente perseverante*, que al suponer se da también en el que se halla dormido, ha de entender necesariamente en sentido jurídico, no psicológico. P. 223-4 y nota 1, initio.

Para terminar en este punto del consentimiento habitual, dice el Sr. Barberena que va al fondo de la cuestión, escribiendo lo siguiente:

«Al cesar el consentimiento como acto de la voluntad, pasando al estado meramente habitual, ya no tiene existencia a parte rei, y, por tanto, no puede obrar, porque no existe. No puede producir efecto ni físico ni jurídico. No existe, y, por tanto, no produce nada.»

En seguida recoge nuestras palabras, en que decimos: existe no físicamente, pero sí jurídicamente; mas nos opone:

«Existe en el orden jurídico y no en el físico; quiere decir que la ley da la existencia a una cosa físicamente inexistente. El consentimiento cesó, pero la ley le sigue manteniendo y dándole el ser y la vida jurídica. Es decir, la ley suple la existencia real del consentimiento. El contrayente no quiere, pero no importa; la ley quiere por él.»

Luego añade que sucede como con las personas morales, sobre todo no colegiales: la voluntad de éstas no es sino pura ficción, a pesar de lo cual pueden querer jurídicamente; es decir, la ley quiere también por ellas (p. 432).

El equívoco puede estar en la frase «existir jurídicamente». Nosotros entendemos aquí por existencia jurídica del consentimiento sencillamente el estado de un consentimiento emitido una vez actualmente y no retractado.

El haberse emitido y no haberse retractado no es lo mismo que no haberse emitido nunca, es algo más; lo suficiente para que pueda influir. ¿Cómo? No físicamente, o de un modo psicológicamente humano, ya que, por supuesto, no hay perseverancia psicológicamente virtual, pero sí jurídica o moralmente; es decir, en orden al vínculo matrimonial, que es un efecto jurídico-moral, una obligación o conjunto de obligaciones. ¿Qué duda cabe que cualquier mandante es causa moral-jurídica, es decir, responsable del acto del mandatario, aunque, en el momento de actuar éste, aquél no esté queriendo psicológicamente? Basta, pues, el haberse dado el mandato una vez actu y no haberse retractado. A eso llamamos existencia o perseverancia puramente jurídica; con ésta sola puede haber responsabilidad, o sea causalidad en el orden moral.

Según eso, no podemos admitir la interpretación del Sr. Barberena de que existir el consentimiento sólo jurídicamente es como no existir en absoluto; y que, por tanto, las partes no quieren; la ley quiere por ellas; la ley suple la existencia del consentimiento. No,

la ley —adviértase que entendemos la positiva humana, o sea la de la Iglesia— no suple; no es necesario que supla, según lo que acabamos de exponer, porque obvia y naturalmente se explica aún entonces el influjo, y, por tanto, la responsabilidad en orden al acto. Pero es, además, que de nuestro caso no podría de ninguna manera suplir; nos lo dice claramente la Iglesia: «... qui (consensus) nulla humana potestate suppleri valet» (c. 1081); palabras que son eco de otros varios documentos pontificios. Por ejemplo, el siguiente de Pío VI:

«Hic contractus etiam hoc insigni discrimine differt ab alio quocumque mere civili contractu, quod in eo genere civili consensus certis de causis interdum per leges suppletur, in matrimonio quidem nulla humana potestate suppleri consensus valet» (Epist. ad Episcopum Agrien. 11 iulii 1789).

Por eso dice a este propósito la SRR., ponente Sebastianelli:

«... immo non solum consensus matrimonio essentialis est, sed ipse solus matrimonium totaliter in suo esse constituit, ita ut nihil aliud ad eius essentialiam requiratur»;

Y trayendo a continuación dos textos de las Decretales, continúa:

«Matrimonium autem solo consensu contrahitur» (palabras de Alejandro III Papiensi Episc. X, 4, 1, 14).

«Sufficiat ad matrimonium solus consensus de quorumque coniunctionibus agitur» (ibid. c. 23)<sup>28</sup>.

Quizá nos responda el Sr. Barberena que sí, que es menester haya existido alguna vez el consentimiento; pero que ahora, cuando se da la sanación no influye nada en la aparición del vínculo. A lo que respondemos, resumiendo cosas ya dichas: si no influye, ¿qué es? ¿Un mero presupuesto? Entonces, ¿qué sentido podrá tener el «dummodo consensus perseveret» del c. 1139? ¿Podría entonces decirse que el matrimonio, todo matrimonio «in consensu consistit»? Ciertamente que no. Aquel no puede ser, pues, el sentido de los documentos pontificios. Por eso, cuando nos dice el Sr. Barberena que las leyes de la Iglesia son sabias, pero la interpretación que se les da, según la teoría contractual, no es buena, o sea, no es según su mente (pp. 434; 440), nos parece no estar en lo cierto en cuanto a lo segundo.

\*\*\*

<sup>28</sup> SRR. Desc. a. 1914, Romae, 1922, p. 143.

Y venimos por fin al caso de la sanación «in radice», cuando una o las dos partes se hallen descontentas de su matrimonio, arrepentidas, por tanto, de haberlo hecho; caso que el Sr. Barberena llama de revocación psicológica, aunque no jurídica, del consentimiento.

Cuando en esta hipótesis se dé la sanación «in radice», afirma el Sr. Barberena, el vínculo no puede surgir o aparecer en virtud de un contrato, ya que la voluntad es contraria al mismo (p. 434). Consecuencia: luego entonces el vínculo surge, por virtud de la ley, de la autoridad de la Iglesia.

En gracia a los lectores reproduciremos algunas frases, las esenciales, de nuestro escrito anterior, que nuestro ilustre adversario trata de refutar en el suyo:

«La posición del que está descontento de su matrimonio es la siguiente. El estaría dispuesto a revocar su consentimiento, si supiese que era nulo el matrimonio. Pero como lo cree válido, no lo revoca. De ese modo el consentimiento contrario lo es sólo interpretativamente. Verdad es que el desafecto o descontento mencionados existen no interpretativa, sino actualmente, pero bien sabemos que el afecto, etc., no tienen valor en los actos jurídicos» (R. p. 52).

Contra esto nos opone en síntesis lo siguiente. Que hay que distinguir entre un disentimiento psicológico y otro jurídico. El primero es aquel que no tiene objeto posible en el momento de ser emitido; el jurídico, al contrario, es el que tiene objeto posible cuando es emitido. Por eso nos rebate así textualmente:

«Decir que revocaría el consentimiento si supiera que el matrimonio es nulo es un contrasentido jurídico. El consentimiento es jurídicamente dar y aceptar (c. 1081, § 2). Pero si el matrimonio fué nulo, nada dió ni aceptó; entonces ¿qué ha de revocar?» (p. 423);

del mismo modo que el consentimiento a que se refiere el canon 1085 tampoco es jurídico, porque no tiene objeto actu posible, supuesto el impedimento. Dice él así:

«No habrá matrimonio (en la hipótesis de dicho c. 1085), si hay impedimento. Pero sí habrá consentimiento matrimonial, puesto que el canon lo dice, pero este consentimiento es sólo psicológico, no jurídico-contractual: a) porque no produce vínculo. b) Porque no puede aplicársele la definición contenida en el c. 1081, § 2. Nadie puede poner un acto de dar y recibir, sabiendo que nada da y nada recibe» (p. 435).

Si fuera sólo cuestión de terminología, poco nos importaría; pero como vemos que con tal distinción se afecta la substancia de la cosa, valga lo siguiente.

Tratando en primer lugar del disentimiento, y dejando para luego el consentimiento a que se refiere el c. 1085, en gracia a la claridad, respondemos que si acaso viniese a entender al fin y al cabo por disentimiento puramente sicológico, el mero arrepentimiento, como pudiera parecer significarlo en la página 434 al proponer el ejemplo de «*Pedro que vende su finca a Pablo, ignorando el impedimento, mas luego se arrepiente mil veces de lo hecho*», recaeríamos en la distinción por nosotros indicada entre descontento, etc., y revocación o acto de la voluntad, y estaríamos de acuerdo. Si, en cambio, entiende el acto de la voluntad simplemente ineficaz por falta de objeto, aquí, por falta de vínculo que deshacer, de ningún modo estamos conformes, porque ese acto ha de decirse también jurídico; y por lo mismo se distingue enteramente del puro descontento y arrepentimiento. Ese acto tendría el efecto de imposibilitar la sanación «in radice», o sea, de destruir aquel «consensus sufficiens —estimable por consiguiente en orden a la sanación—, perverans», para que ella se pudiese dar. Sería, por tanto, disentimiento también jurídico.

Con lo cual negamos el supuesto en que se coloca el Sr. Barberena, cuando parece creer que la doctrina general tiene por imposible prácticamente un disentimiento, capaz de imposibilitar la sanación «in radice»; es decir, tiene por imposible un «dissensus naturaliter sufficiens». Dice, en efecto, así, arguyendo de falta de lógica a la doctrina que admite un «consensus naturaliter sufficiens», y no un «dissensus» del mismo modo:

«Cuando las partes ponen el consentimiento en cuanto ellas pueden, *quantum de se est*, ese consentimiento se admite que basta para contraer. Pues por qué no se admite una revocación de las partes *quantum de se est*? Si hay un *consensus naturaliter sufficiens*, pero ineficaz, también tendrá que haber un *dissensus naturaliter sufficiens*, pero ineficaz. Aquél sirve para contraer, éste no sirve para revocar.» ¿Es esto lógico? (p. 433).

Sí, también puede haber un *dissensus naturaliter sufficiens*. No será tan fácil quizá o tan frecuente un «*dissensus naturaliter sufficiens*» como el «*consensus*» en la misma forma, pero sí se puede dar; y en caso que se pruebe que se ha dado, ya no es posible la sanación «in radice». Esto exactamente significan las palabras del c. 1139, § 1: «*Dummodo consensus perseveret*». De todos modos, que sean pocas o muchas las veces en que un tal «*dissensus*» se haya podido dar, poco importa para la cuestión que aquí late en el fondo, a saber: si en caso de un verdadero *dissensus sicológico* la Iglesia podría sa-

nar. El Sr. Barberena dice: sí, porque no es disenso jurídico; el cual resulta imposible (p. 434). Nosotros decimos: no; porque un verdadero *dissensus sicológico* es también jurídico. Por eso, según el Sr. Barberena, la Iglesia es la que causalmente haría surgir ahí el matrimonio, contra o a pesar del disenso sicológico de la una o de las dos partes. Nosotros, en cambio, como se deduce de lo anteriormente dicho, negamos esto, porque partimos del supuesto que no hay tal *dissensus* cuando se da la sanación; si lo hubiera, lo que es posible aun en la opinión o creencia de la validez del matrimonio, la Iglesia de ningún modo podría sanar.

Con respecto ahora al c. 1085, no podemos estar naturalmente de acuerdo tampoco con el Sr. Barberena. Visto cuanto acabamos de exponer, según la interpretación que a nosotros nos parece más exacta, el consentimiento a que se refiere el c. se ha de entender no sólo en sentido sicológico, sino también jurídico. En primer lugar jurídico es, sin género de duda, en caso que la opinión de la validez del matrimonio fuere errónea por parte de los contrayentes. Ya que entonces se produce el vínculo matrimonial; siempre, claro está —tal es el supuesto de que partimos—, que los contrayentes hubieren consentido «*quantum de se est*» en el matrimonio <sup>29</sup>.

Mas, aunque no lo produjera, es decir, aunque se diese «*cum opinione nullitatis matrimonii*» correspondiente a la realidad, sería sin embargo jurídico. No porque actu produjese el vínculo, lo que no se daría, sino porque sería un consentimiento de suyo suficiente para producirlo. No se puede dudar, en efecto, que si puede producirlo, tiene un valor potencial estimable jurídicamente, por más ineficaz que sea, antes de que el efecto, su efecto, sea producido, a causa del impedimento existente <sup>30</sup>.

Se nos ocurre pensar si acaso nuestro colega ha querido entender por consentimiento puramente sicológico, no jurídico —y lo mismo se diga del disentimiento para el efecto contrario—, el que las partes ponen «*cum opinione nullitatis*».

Por los textos arriba copiados no nos ha parecido ello así. Sin embargo, si tal fuese, negamos evidentemente la imposibilidad de poner un «*consensus quantum de se est*» suficiente, y por tanto con valor o estimabilidad en el orden jurídico —siempre al menos que el derecho natural no se oponga—. Si, como él admite, se puede poner

<sup>29</sup> Cf. GASPARRI, II, 1932, p. 31.

<sup>30</sup> Por eso creemos que la definición del «*consensus*» matrimonial a tenor del c. 1081, § 2, se ha de entender no sólo en el sentido de un acto de la voluntad que dé y acepte *efectivamente* el «*ius in corpus*», como quiere el Sr. Barberena, sino, formalmente, de un acto de la voluntad de suyo suficiente, o con virtualidad para ello, sígase o no la entrega y aceptación objetivas de tal «*ius*»; es decir, sígase o no el vínculo matrimonial.

entonces un consentimiento psicológico, se puede poner también consentimiento jurídico, ya que para nosotros el uno es el otro.

Con esto hemos satisfecho el gusto de colaborar con nuestro colega de la Universidad hermana en el estudio de punto tan interesante de la teoría jurídica matrimonial<sup>31</sup>.

OLÍS ROBLEDA, S. I.

Prof. de la Univ. Pontificia de Comillas

---

<sup>31</sup> En oposición decidida a nuestro ilustre adversario, en cuanto al punto central que al fin y al cabo aquí se debate: si el matrimonio es o no un verdadero contrato, ha escrito recientemente con erudición y profundidad Mons. LAMAS LOURIDO, Auditor de la Rota Romano, *Consentimiento matrimonial canónico*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Aparte, Barcelona, 1953, p. 13 y siguientes). Vide particularmente nota 118. Citándole expresamente, considera también ineficaz su argumentación DOSSETTI en su trabajo *La figura del contratto preliminare e il contratto matrimoniale*, en *Questioni attuali di Diritto Canonico* (cit.), Romae, 1955, p. 298, nota 21. Se refiere desde luego a su primer artículo (en *Miscelanea Comillas*). Es verdad, sin embargo, que DOSSETTI añade lo siguiente: «Malgrado tutto questo, riteniamo ancora che la critica della qualificazione contrattuale e un tentativo di diversa qualificazione possa essere cercato con maggiore successo, a patto di difendersi in partenza da ogni indebito influsso civilistico e di proceder esclusivamente dall'interno dell'istituto canonistico» (ibid.). Como no se especifica más, nada tenemos que responder a Dossetti. Si, y cuando desenvuelva su pensamiento, apreciaremos el valor que pueda tener la exposición de razones con que nos brinde. Por lo demás, la teoría anti-contractualista es defendida casi exclusivamente por algunos civilistas. Cf., por ej., la nota bibliográfica de DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto Canonico*, Milano, 1953, p. 162; LAMAS LOURIDO, o. c., p. 13, nota 118; y el mismo Sr. BARBERENA en su primer trabajo sobre este punto, en *Miscelanea Comillas* (1951). Aun dentro del campo civilístico, es significativo lo que escribe a este respecto REBUTTATI, después de haber considerado la tesis de CICU, CIMBALI y demás principales anti-contractualistas. En efecto, habiendo advertido que, a la verdad, no es el matrimonio un contrato de carácter patrimonial, al cual únicamente se refieren los artículos del Código del Derecho Civil, continúa así: «Indiscutibilmente però si deve riconoscere che anch'è il matrimonio è un contratto, perchè esso pure, come ogni contratto, si perfeziona in forza del consenso delle parti». Habla después de las *singularidades* del contrato matrimonial («ha essenzialmente proprietà specialissime»), y luego, suponiendo también aquí lo que antes había advertido que no se debe, con todo, hacer, cuestión más de palabras que de sustancia, dice que si no se quisiera llamar al matrimonio contrato, al menos, y sea la que sea su importancia política y social, deberá tenerse como un negocio jurídico, *por ser obra de la voluntad privada*. *Nuovo Digesto Italiano*, v. Matrimonio, n. 11: vol. VIII, p. 253-4.