

Sobre el Matrimonio "in fieri"

Contra la doctrina común de que el matrimonio se realiza en virtud de un contrato entre los cónyuges, se han escrito, como es sabido, varios trabajos, principalmente en lo que va de siglo. De ellos son especialmente conocidos, porque expusieron con señalada agudeza las razones que luego, casi todos los demás, que han escrito en igual sentido, urgen, más o menos, los dos siguientes: «*Le mariage civil n'est il qu'un contrat?*», de LEFEBVRE ¹, y «*Matrimonium Seminarium Republicae*», de CICU ².

En España han escrito sobre el tema, urgiendo igualmente las razones en contra de que el matrimonio nazca meramente o *siempre* de un contrato, GIMÉNEZ FERNÁNDEZ y G. BARBERENA ³.

El Problema.

La dificultad para admitir que el matrimonio sea verdadero contrato arranca de que las partes no determinan en el matrimonio el contenido de su consentimiento; y por tanto el vínculo, como él es, no se origina del acto de la voluntad. Las propiedades, los derechos y deberes del matrimonio no son así, *del modo que son*, porque los hayan querido tales los cónyuges; sino por estar así determinados en el derecho natural o positivo; de tal modo, que los cónyuges no pueden sino adherirse o no a tal institución. Dice, p. ej., LEFEBVRE:

¹ En «Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger», 1902, pp. 300-334.

² En «Archivio Giuridico», 1921, vol. 85, p. 111-143. Véase lista de otros varios en WERNZ, *Ius Decretalium*, Romae. 1904, p. 46, nota 58; y BARBERENA. Cf. nota 3.

³ GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La Institución Matrimonial*, Madrid, 1947 (2.^a ed.). G. BARBERENA, *Sobre la idea contractual del matrimonio canónico en «Miscelánea Comillas»*, 16 (1951) 158-179.

«L'état de mariage avec ses devoirs tracés dans la loi ne peut être ramené a un ensemble d'obligations conventionnelles»⁴.

Y, luego, trayendo a colación la doctrina ya entonces difundida del *matrimonio-institución*, vuelve sobre lo mismo:

«Le fondement de la thèse institutionnelle est dans cette observation que ce n'est pas de la convention, mais de la loi que dérivent les engagements et le lien formés dans le mariage: ce qui doit bien suffire, ce semble, pour faire voir que le mariage n'est pas rien qu'un contrat et que même, principalement, il ne tient pas du contrat»⁵.

Se dirá, observa por su parte CICU, que la limitación del arbitrio de los cónyuges es exigido por el interés social, el orden público:

«Ma senza preoccuparsi di indagare se per avventura non ne resti essenzialmente alterata la nozione di contratto»⁶.

Como indicando: será cierto que el matrimonio en su significado técnico-jurídico importa una relación no de carácter privado, sino de orden superior—él mismo lo sostiene y declara ampliamente en este artículo⁷; pero téngase presente que no se trata de ver por qué el consentimiento matrimonial arranca de la ley, cualquiera que ella sea, y no de la voluntad privada de los contrayentes; sino de si el matrimonio, sea por lo que sea, es o no contrato, y no lo es precisamente por eso, por su reflexión *superior* a la de una relación privada⁸:

«Se rapporto contrattuale e rapporto organico (como dijimos en la nota precedente que llama él a la relación matrimonial) sono idee appartenenti a campi nettamente distinti ed eterogenei, sarebbe antiscientifico dare peso esclusivamente alla forma con cui costituisce il matrimonio per attribuire ad esso la natura di contratto»⁹.

⁴ O. c., p. 301.

⁵ O. c., p. 324.

⁶ O. c., p. 114.

⁷ «L'idea di un interesse superiore di una necessità superiore che domina fin dal momento della costituzione del vincolo, fa del matrimonio un rapporto radicalmente diverso nella sua struttura giuridica, dai rapporti privati». O. y l. cts. p. 157.

⁸ La relación matrimonial la caracteriza CICU como relación orgánica (rapporto organico); la cual contiene una organización de la voluntad a un fin superior. Ciertamente es que organización de la voluntad a un fin se tiene también por medio de un contrato; pero entonces, «poichè il fine è liberamente scielto le volontà non vi sono subordinate, conservano invece su di esso il loro predominio; non vi è, dunque, connessione organica dei soggetti e delle loro volontà. Poichè connessione organica implica l'idea di un tutto organico in cui i soggetti non conservano la loro autonomia, indipendenza, libertà; ma si trovano in una posizione di subordinazione, di dipendenza». O. y l. cts. pp. 136-138.

⁹ O. y l. cts., p. 139.

Entre los escritores del campo canónico es el más reciente G. BARBERENA, quien se expresa así, después de unas páginas de exposición y razonamiento:

«En resumen: Las propiedades esenciales de las cosas fluyen de la esencia de esas cosas. Las propiedades esenciales del vínculo son unidad e indisolubilidad. Pero esas propiedades esenciales no fluyen de un acto de voluntad. El acto de voluntad es la esencia del contrato: Luego no fluyen del contrato. Pero fluyen del vínculo: Luego éste no es un contrato»¹⁰.

Claro, que hasta aquí habla el señor G. BARBERENA del *vínculo*; porque se encontró con que Gasparri define el *matrimonio-vínculo* también como contrato. Pero aun considerado el matrimonio sólo «in fieri», o sea, el acto de la voluntad «de donde toma el matrimonio su arrancada» (son sus palabras) urge él de tal manera la peculiaridad, o el «sui generis» del contrato matrimonial, acudiendo a las mismas razones que vimos esgrimían LEFEVRE y CICU¹¹, que se pudiera esperar la negación del matrimonio contrato también bajo este aspecto. No llega, sin embargo, a eso en los casos normales de nacimiento del matrimonio; sí, en cambio, en algunos excepcionales: «Tal sucede, dice, en los casos de convalidación simple y de sanación radical (canon 1.133-1.141), así como también cuando los contrayentes prestan su consentimiento conscientes de la nulidad del mismo»¹².

Negado el carácter de verdadero contrato al matrimonio, o desvirtuado al menos, no resulta extraño, sino posible y hasta lógicamente

¹⁰ O. y I. cts., p. 167.

¹¹ «Ya apuntamos, dice, que el origen del vínculo con sus características de unidad perpetuidad no es efecto del consentimiento, sino de la ley natural y en otra parte mayor de la ley Evangélica. Frente a la estructura de la institución, las partes se encuentran impotentes, y sólo pueden aceptarla o rechazarla en bloque, quedando fuera de su esfera de eficacia la modificación y cese de la unión matrimonial» O. c., p. 167-8. «La teoría contractual pura tiende a considerar el contrato matrimonial como asunto meramente privado; pero la doctrina predominante coloca los sacramentos y también concretamente el matrimonio en la categoría de derechos no privados, en razón de lo cual el contrato matrimonial es asunto hasta cierto punto heterogéneo, pudiendo la Iglesia interferir el acto de voluntad privada con intervenciones que no tendrían razón de ser, si el negocio no trascendiera los linderos de un asunto meramente privado.» Ibid. p. 171.

¹² O. y I. cts., p. 171.

obvio que se niegue al consentimiento su imprescindible principalidad; y así, para limitarnos a los autores que venimos citando como exponentes de la corriente doctrinal anticontractualista o simpatizante de la misma, dicen LEFEVRE y CICU que quien liga en matrimonio no es propiamente el consentimiento de las partes, sino la autoridad por medio de la persona pública que pronuncia la existencia del vínculo o del matrimonio; y BARBERENA, desde el campo canónico, afirma, por su parte, que en algunos casos de nacimiento del vínculo matrimonial la voluntad de la Iglesia es al menos concausa eficiente del vínculo, y en otro, es ella la única causa, siendo el «consensus» un mero *presupuesto*. Véanse los textos siguientes:

«La forme même du mariage, qui pourrait induire en erreur n'est pas celle des vrais contrats: le lien se noue par autorité publique au nom de la loi et par le ministère de l'officier public»¹³.

«La funzione del Ufficiale non puo assimilarsi a quella di un notaio... la (sua) pronuncia è costitutiva non nel senso di atto che da efficacia alla volontà privata degli sposi, ma nel senso che costituisce essa il matrimonio...; la volontà degli sposi non è che un presupposto della pronuncia»¹⁴.

«En los matrimonios que vienen a la existencia en virtud de una convalidación simple el contrato no causa vínculo sin la voluntad de la Iglesia. Luego, la voluntad de la Iglesia obra como concausa eficiente del vínculo... En los matrimonios que vienen a la existencia en virtud de una sanación radical, a) si el consentimiento persevera al menos virtualmente vale el argumento anterior; b) si sólo persevera habitualmente la causa eficiente única del vínculo es la voluntad de la Iglesia»¹⁵.

Es claro que el camino por donde llegan los dos primeros autores a quitar la principalidad al consentimiento es bien distinto del que sigue el tercero; pero no nos interesa ahora pararnos en eso, sobre todo en el gran error de los laicistas de sustraer el matrimonio a la competencia de la Iglesia; nos interesa sólo fijarnos en el hecho de que unos y otro, a la vez que defienden más o menos la doctrina anticontractualista, sustraen lógicamente eficacia y principalidad al consentimiento de las partes.

Nuestro intento.

Confesamos haber emprendido la redacción de las páginas siguientes movidos por el escrito del tercero de los autores que venimos ci-

¹³ LEFEVRE, o. y l. cts. p. 331.

¹⁴ CICU, o. y l. cts. p. 139-141.

¹⁵ BARBERENA, o. y l. cts. p. 178.

tando, o sea, del señor Barberena, profesor de la Pontificia Universidad de Salamanca. Al leerle nos sentimos ciertamente impresionados. Por una parte nos creíamos tranquilos, como en posesión de una verdad todavía indiscutible de que el matrimonio era siempre un contrato y verdadero contrato; es decir, nacía en virtud del consentimiento de las partes; mas por otra, sus razonamientos nos parecieron serios y agudos. De ahí el deseo de echar una mirada como de reconocimiento sobre la posición del matrimonio contrato, o matrimonio-consentimiento. Para ello hemos querido empezar examinando el pensamiento de Graciano, precisamente porque, si bien por una parte trata ampliamente la cuestión, no es, por otra, quien más relieve haya dado al «consensus». Luego, examinando la cuestión en algunos, los más representativos teólogos del medio-evo poco posteriores a Graciano, fijándonos especialmente en Pedro Lombardo y el Doctor Angélico, por razón de que el señor BARBERENA dice haber ofrecido ambos resistencia a aplicar al matrimonio la fórmula contrato¹⁶. Pasamos luego a recoger el testimonio suficientemente representativo de los teólogos, moralistas o canonistas de los siglos XVI y XVII, fijándonos de modo especial en SÁNCHEZ, por razón también de que también el señor BARBERENA observa¹⁷ que los clásicos «no son amigos de definir el matrimonio como contrato, trayendo a colación especialmente a SÁNCHEZ. Nos detenemos después en la doctrina que sostuvieron los romanos sobre la naturaleza del matrimonio para iluminar el problema¹⁸. Por fin venimos sobre los casos excepcionales para los que no admite el señor BARBERENA ser el «consensus» causa, al menos, única del vínculo.

Graciano.

La cuestión que en esta parte se plantea con respecto a Graciano es, como se sabe, sobre si el consentimiento, según él, da origen al vínculo matrimonial o no. Por una parte parecería que sí por las siguientes palabras:

¹⁶ O. y l. cts. p. 160: «según parece, en el siglo VII aparece ya, indécisa, esa fórmula: contrato. La fórmula tuvo fortuna y en el siglo XIII era doctrina común a pesar de la resistencia a aceptarla de parte de no pocos, entre ellos PEDRO LOMBARDO y SANTO TOMÁS DE AQUINO.»

¹⁷ O. y l. cts. p. 164.

¹⁸ El Sr. BARBERENA duda de la eficacia de los trabajos recientes, que tratan de probar que los romanos tuvieron el matrimonio como contrato.

«Fuit enim inter eos consensus qui est efficiens causa matrimonii»¹⁹.

Añadiendo poco después:

«Cum ergo inter istos (sponso) consensus intercesserit, qui solus matrimonium facit, patet hos conjuges esse»²⁰.

Si, pues, ha mediado el «consensus», los contrayentes son cónyuges, y están, por lo tanto, en matrimonio. Eso lo dice Graciano echando por delante la autoridad de S. Isidoro, S. Juan Crisóstomo y textos legislativos.

Sin embargo, no parece haber duda de que Graciano mantiene decididamente la doctrina contraria, a saber, de que no se da el *matrimonio o vínculo perfecto* antes de la consumación. Esto se deduce, en primer lugar, de la solución que intenta dar a la oposición que se advierte entre la idea antes indicada, tomada de S. Isidoro, S. Juan Crisóstomo, etc., y los textos siguientes, que él recoge en el Decreto, y atribuye a S. Agustín y S. León Papa:

«Non dubium est illam mulierem non pertinere ad matrimonium cum qua docetur non fuisse commixtio sexus»²¹.

«Cum societas nuptiarum ita a principio sit instituta ut praeter commixtionem sexuum non habeant in se nuptiae Christi et Ecclesiae sacramentum, non dubium est illam mulierem non pertinere ad matrimonium in qua docetur non fuisse nuptiale misterium»²²

Dice él, en efecto, que tales textos hay que referirlos al matrimonio perfecto:

«Ad matrimonium perfectum subintelligendum est»²³.

El matrimonio, por tanto, antes de la consumación es imperfecto, o para usar el término graciano, es «initiatum»:

«Sciendum est quod conjugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam conjugium est, sed initiatum; inter copulatos est conjugium ratum»²⁴.

Por esta razón, pues, que sólo el matrimonio consumado es per-

¹⁹ C. 27, q. 2. *Gratianus*.

²⁰ C. 27, q. 2, c. 2. *Gratianus*.

²¹ C. 27, q. 21, c. 16. (S. Agustín).

²² C. 27, q. 10, c. 17.

²³ C. 27, q. 2, c. 39.

²⁴ C. 27, q. 2, c. 34.

fecto, se da la «separabilitas» entre los «sponsi», y no entre los «coniuges»:

«Cuncta enim quae de non separando conjugia inducta sunt, de perfecto intelligantur, quod sponsali commixtione est initiatum et officio corporalis commixtionis est consummatum»²⁵.

Por lo mismo también pueden los «sponsi» hacer voto de continencia o entrar en monasterio sin consentimiento de la comparte; no así, en cambio, los «coniuges»:

«Ecce quod conjugati sine consensu alterius continentiam profiteri non possint; sponsi vero, etiam inconsultis»²⁶.

Llegando a afirmar expresamente que entre los «sponsi» no hay «conjugium»:

«Cum enim conjugatorum continentia nisi ex amborum consensu Deo offerri non valeat; cum vir sui corporis potestatem non habeat sed mulier, sponsae autem monasterium possint eligere, et sponsi, non requisito consensu sponsarum, propositum melioris vitae assumere valent, patet quod inter sponsum et sponsam *conjugium non est*. Y luego: «Si ante carnalem copulam deprehensa (impossibilitas coeundi) fuerit, liberum facit mulieri alium virum accipere. Unde apparet illos *non fuisse coniuges*... Item si conjux sponsa esset, mortuo sponso remaneret vidua... apparet ergo non fuisse coniuges»²⁷.

Con esto concuerda también el otro modo de decir graciano:

«Ex his omnibus, dice él, apparet sponas *coniuges* appellari spe futurorum, non re praesentium»²⁸;

las cuales palabras vienen a decir igualmente que los «sponsi» no están en matrimonio, no son *conyuges*, sino en esperanza, antes de la consumación. Y no se diga que aquí y en toda esta cuestión segunda de la causa 27 la palabra «sponsi» se refiere a los esponsales propiamente tales, o sea, al pacto de contraer matrimonio. No es dado admitirlo, porque no cabe concebir que Graciano plantease la cuestión de si el estado de los «sponsi» en sentido propio es «conjugium», o no. Además, porque en los textos gracianos la contraposición se establece a todas luces entre el «consensus» y la «commixtio sexuum», no en-

²⁵ C. 27, q. 2, c. 30.

²⁶ C. 27, q. 2, c. 26. Cfr. asimismo c. 28 *ibid.*

²⁷ C. 27, 2. 2, c. 28 *Gratianus*; *ibid.* c. 29 *Gratianus*.

²⁸ C. 27, q. 2, c. 45 *Gratianus*. Cfr. también c. 39 *Ibid. Gratianus*.

tre el «consensus» de presente y el de futuro. El mismo c. 45 (ibíd.), en que Graciano comentando al Papa Siricio, dice:

«Item Siricius Papa discessionem sponsae a sponso vocat conjugalem separationem. Sed talis discessio dicitur violatio conjugii non iam existentis sed futuri, ut ex ipsa desponsatione sperabatur»,

hace suponer que Graciano no trata de los esponsales antonomástica y propiamente tales, sino del matrimonio «initiatum», o sea, del consentimiento matrimonial «de presente»; tal se desprende de todo el contexto anterior. Cierta es que el c. 51 (ibíd.) contiene la contraposición en aquel sentido, es decir, entre esponsales y matrimonio; pero se trata de una añadidura o Palea, que si bien Egidio Bellamera diga con razón *ser mejor que el grano*, es, sin embargo, a todas luces ajena al pensamiento de Graciano. Por tanto, los que al comentar a Graciano se refieren a la contraposición así tomada, más bien reflejan el sentido de esa Palea, que después de Graciano ha de constituir doctrina unánime²⁹.

De los textos gracianos el que más desconcierta es el que se lee en el c. 50 (ibíd.):

«De coniugali violatione requisisti, si puellam alteri desponsatam alter in matrimonium possit accipere. Tale ergo connubium anathematizamus, et modis omnibus ne fiat, prohibemus; quia illa benedictio, quam nupturae sacerdos imponit, apud fideles cuiusdam sacrilegii instar est, si ulla transgressione violetur.»

Gratian. Sed auctoritate hac Siricii illa prohibetur ad secunda vota transire, quae in propriam domum est ducta, et cum sponso suo est velata et benedicta. Talium discessione violatur benedictio quam nupturae sacerdos imponit. Verum hanc necdum sponsus in suam duxerat nec cum ea benedictionem acceperat.»

En tales palabras parece decir Graciano que el matrimonio es inseparable, o sea, perfecto, cuando el «sponsus» hubiese llevado a la esposa a su casa, y hubiere tenido lugar la «benedictio», aunque no hubiere habido consumación.

A la verdad creemos que Graciano cedió con esto algo en el rigor y decisión con que venía propugnando la necesidad de la *consumación* para el matrimonio perfecto, contentándose con otro elemento material, substitutivo, por decirlo así, de la consumación.

²⁹ Cfr. a EGIDIO BELLAMERA, *Commentaria in Decretum Gratiani*, *Causa* 27, q. 2, Lugdoni 1.550 fol 34; STEPHANUS TORNACENSIS, *Summa*. Ed. Schulte, Giesen, 1891, p. 236.

* * *

Según cuanto queda expuesto, ¿cuál es el valor que concede Graciano al «consensus»? No es a la verdad tanto como se le dará después, a partir de Pedro Lombardo; pero una cosa es bien clara, según Graciano, a saber, que el consensus es absolutamente necesario para que nazca el matrimonio. La consumación no tendría valor alguno sin el «consensus» en orden al matrimonio. Tal prueba el siguiente texto:

«Illud autem J. Chrisostomi, matrimonium non facit coitus sed voluntas; item, illud Ambrosii: non defloratio virginitatis, sed pactio conjugalis matrimonium facit, ita intelligendum est: coitus sine voluntate contrahendi matrimonium, et defloratio virginitatis sine pactioni coniugali non facit matrimonium, sed precedens voluntas contrahendi matrimonium et coniugalis pactio facit ut mulier in defloratione suae virginitatis vel in coitu dicatur nubere viro vel nuptias celebrare»³⁰.

Quiere decir este texto que el consentimiento, o sea, la «pactio coniugalis», es lo que especifica, según Graciano, la consummatio, o sea, le da valor en orden al matrimonio. Un pacto, o contrato, inicia el matrimonio, que luego la consumación complementará en razón de la firmeza y absoluta indisolubilidad del vínculo.

Los Teólogos del medio-evo.

a) *Pedro Lombardo.*

Casi sobre las mismas autoridades y textos sobre los que había trabajado Graciano, funda su doctrina después Pedro Lombardo; con todo, la interpretación de gran parte de ellos es enteramente distinta.

Para este verdadero «luminare maius» de la Teología católica es inconcuso que el «consensus» es la única causa del matrimonio perfecto:

«Non est igitur ambigendum, dice, quin solus de presenti consensus coniugium efficiat, et exinde veri coniuges appellentur. Ideo, post talem consensum si quis alii se copulaverit, etiam si carnis commixtio illic sequatur ad priorem copulam revocandus est»³¹.

³⁰ C. 27, q. 2, c. 45 *Gratianus*.

³¹ *Lib. IV Sent.*, Dist. 27, c. 10 (PETRI LOMBARDI, *Libri IV Sententiarum* studio et cura PP. Colleg. Bonav., t. II, ed. 2.^a Ad Claras Aquas, 1916, p. 924).

Como si se inspirara exactamente en la distinción aquella augustiniana de la Palea del Decreto (C. 27, q. 2, c. 51), distingue entre los «nuptialia pacta de futuro» y la «pactio coniugalis de presenti»:

«Sunt enim quaedam nuptialia pacta de futuro, ex quibus sponsi et sponsae vocantur, nec exinde coniuges sunt; et est quaedam pactio conjugalis de praesenti, quae sponsum et sponsam etiam coniuges facit»³².

Aquéllos no hacen el matrimonio, aunque estén asegurados con juramento³³; ésta, en cambio, sí. Es que aquéllos no son sino la promesa de contraer matrimonio:

«Qui vero promisit se in uxorem ducturum aliquam, nondum eam duxit uxorem; et quae sponndit se nupturam, nondum nupsit»³⁴.

Por eso hace concordar entre sí P. Lombardo, muy diversamente de como lo hiciera Graciano, las autoridades y textos por éste presentados. Aquellos que Graciano refiere a los «sponsi» como verdaderos *cónyuges*, dice P. Lombardo que suponen los «pactio coniugalis de praesenti»³⁵; aquellos, en cambio, que Graciano trae para probar que la sola «desponsatio» consensual no da origen al matrimonio perfecto, dice Pedro Lombardo que se refieren a los «pacta nuptialia de matrimonio contrahendo», no al consentimiento «de praesenti»³⁶. Destaquemos, v. gr., el siguiente texto que Graciano trae en la C. 27, q. 2, c. 34 (ex Toletano):

«Statutum est a sacro conventu ut si quis sponsam alterius rapuerit publica poenitentia mulctetur, et sine spe coniugii maneat. Et si ipsa eidem crimini consentiens non fuerit, licentia nubendi alii non negetur.»

Graciano lo glosa así en favor de su tesis:

«Apparet ergo non fuisse coniugem, cui vivente sponso alteri nubendi licentia non negatur»³⁷.

Otro texto traído por Graciano (ex Triburiensi) suena así:

³² *Ibid.* c. IX, p. 923, n. 288. Cf. c. VIII, p. 921, n. 284.

³³ *Lib. IV* Dist. 28, c. I, p. 925.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Lib. IV*, dist. 27, c. IX, p. 922, n. 285.

³⁶ L. IV, d. 27, c. IX, p. 923, n. 287; c. X, p. 924, n. 289.

³⁷ L. IV, d. 27, c. 9, p. 923, n. 287.

«Quidam desponsavit uxorem et dotavit, et cum ea coire non potuit, quam clanculo frater eius corrumpit et gravidam reddidit; decretum est ut quamvis nuptia non potuerit esse legitimo viro, desponsatam fratri frater habere non possit; sed moechus et moecha fornicationis quidem vindictam sustineat, licita vero eis coniugia non negentur»³⁸.

La interpretación que Graciano da a este texto es sabida. La de Lombardo, en cambio, es la siguiente:

«De illa desponsatione hoc intelligi debet, ubi non fit consensus coniugalis de praesenti, alioquin non liceret eis alia sortiri coniugia»³⁹.

De igual modo, los textos que Graciano aduce apara probar la posibilidad de separación perfecta de los esposos por ingreso en monasterio y otras causas antes de consumado el matrimonio, y que, por tanto, entonces no hay aún matrimonio perfecto, Lombardo dice que se refieren a los «pacta nuptialia», o a la «pactio coniugalis de praesenti»⁴⁰.

Pedro Lombardo sostiene, pues, en absoluto que el matrimonio es perfecto con sólo que haya consentimiento externamente manifestado de presente. Por eso, aquellas palabras de S. Ambrosio:

«In omni matrimonio coniunctio intelligitur spiritualis, quam confirmat et perficit coniugatorum commixtio corporalis»

las entiende así él:

«Sed intelligendum est coniugium perfici commixtione corporali non quantum ad veritatem coniugii, sed quantum ad significationem, quia perfectius unionem Christi et Ecclesiae tunc figurat»⁴¹.

Y los mismos famosos de S. Agustín y S. León Papa:

«Non est perfectum coniugium sine commixtione sexuum» (San Agustín);

«Cum societas nuptiarum ita a principio sit instituta, ut praeter commixtionem sexuum non habeat in se Christi et Ecclesiae sacramentum, non dubium est illam mulierem, non pertinere ad matrimonium, in qua docetur non fuisse nuptiale mixterium» (S. León),

³⁸ C. 27, q. 2, c. 31.

³⁹ L. IV, d. 27, c. 9, p. 923, n. 287.

⁴⁰ L. IV, d. 27, c. V-VI, p. 918-19, nn. 280-81.

⁴¹ L. IV, d. 30, c. 2, p. 932, n. 303 in fine.

los interpreta así:

«Intelligendum est non quin pertineat mulier illa ad matrimonium, cum qua non est permixtio sexuum; sed non pertinet ad matrimonium quod expressam et plenam teneat figuram coniunctionis Christi et Ecclesiae»⁴²

Por lo demás, que Pedro Lombardo tenga ese cambio de consentimientos 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»⁴³.

Es cierto que no se para «ex professo» a probarlo, pero así le llama, como se ve, y no tenemos razón para dudar de que tome la palabra en su sentido propio.

b) *Sto. Tomás de Aquino.*

Ante todo pone el Angélico como *causa* única y, por tanto, en todo caso indispensable del matrimonio el «consensus». Dice, por ej.:

«Unus non accipit potestatem in eo quod est libere alterius nisi per eius consensum. Sed per matrimonium accipit uterque coniux potestatem in corpus alterius, ut patet (I Cor. VII) cum prius uterque liberam potestatem sui corporis haberet. Ergo consensus facit matrimonium»⁴⁴.

Y luego:

«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»⁴⁵.

Causa, a saber, *eficiente* del matrimonio «in facto» esse, y *formal* del matrimonio «in fieri»; porque Sto. Tomás distingue claramente, aun-

⁴² L. IV. d. 26, c. VI, p. 915, n. 274.

⁴³ L. IV, d. 28, c. 2, p. 927, n. 293.

⁴⁴ 3.^a, *Suppl.* 45, 1 Sed contra.

⁴⁵ *Ibid.* ad 1.

que no lo diga con esos términos, el matrimonio «in facto esse» del matrimonio «in fieri».

Júzguese del siguiente texto:

«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 de matrimonio datae. Nam definitio Hugonis tangit causam, scilicet, *consensum*... Definitio autem in littera posita (Es el L. IV sent. d. 27, c. 2) tangit *essentiam matrimonii*, scilicet *coniunctionem*... Sed alia definitio tangit *effectum ad quem ordinatur matrimonium*»⁴⁶.

Fijándonos, pues, en las dos primeras definiciones, únicas que nos interesan, tiene en cuenta Santo Tomás un matrimonio que consiste formalmente en una «coniunctio» tomada como vínculo; y en tal sentido el matrimonio es algo «factum», por lo cual dice:

«Quod matrimonium non est ipse consensus, sed quaedam unio ordinatorum ad unum, quam consensus *facit*»⁴⁷,

y de una «materialis operatio», o sea, la prestación del consentimiento, que es ni más ni menos que el hacerse del matrimonio el sacramento del matrimonio, el matrimonio «in fieri»⁴⁸; semejante a como lo es la «ablutio» en el bautismo, que es el hacerse del bautismo:

«Sicut per abluitionem corporalem in baptismo fit ablutio interior spiritualis. Unde cum in matrimonio 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»⁴⁹.

Por lo demás ese cambio de consentimientos no es para el Angélico otra cosa que un contrato. Es verdad que usa alguna vez la expresión: «per modum contractus» y también «cujusdam», «ad modum obligationum in contractibus materialibus»⁵⁰; pero estos modos de decir, a nuestro parecer, no implican en algún modo que el Angélico no tenga el matrimonio por verdadero contrato. Con la primera ex-

⁴⁶ *Suppl.* 44, 3, in c. S. Buenaventura diría a este propósito que hay una «coniunctio» que es vínculo, otra, que lo hace, y otra, que es el uso del vínculo: In IV Sent. 27, 1, 2.

⁴⁷ *Suppl.*, 47, 3, concl. 45, 1, ad 2.

⁴⁸ *Suppl.*, 45, 1, ad 1.

⁴⁹ *Suppl.*, 45, 1, in c.

⁵⁰ *Suppl.*, 58, 5, in c.; 45, 2, in c.

presión no quiere él decir sino que el matrimonio nace en virtud de un contrato. «Fit per modum contractus» es igual a decir que un contrato le da vida. Por eso (añade),

«Ordinationi legis positivae subiacet, sicut alii contractus.» (Ibid. 58, 5, c.)

Con la segunda expresión quiere indicar tan sólo que el matrimonio tiene la particularidad de ser sacramento:

«Cum in matrimonio sit quaedam spiritualis coniunctio, in quantum matrimonium est sacramentum»⁵¹,

por lo cual se distingue de los contratos meramente materiales. Lo cual no impide que la obligación, efecto formal del contrato, se produzca según el modo o lo mismo que en los contratos «pure materiales»; como indicando que no por eso deja de ser contrato, sino al contrario, ya que la obligación surge como en ellos.

Pero, además, tenemos tantos textos claros en que el Santo Doctor llama contrato sin más al matrimonio, que no cabe dudar de su mente. Aduzco algunos:

«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»⁵².

«In matrimonio fit contractus inter virum et mulierem; sed in quolibet contractu oportet esse expressionem verborum, ergo et in matrimonio»⁵³.

«Practerea in matrimonio est quidam contractus. Sed in contractibus potest esse voluntas coacta, ergo etiam in matrimonio potest esse consensus coactus»⁵⁴.

«Illud quod perpetuitati repugnat matrimonium tollit. Metus autem qui cadit in constantem virum, perpetuitatem contractus tollit, quia potest peti "rest. in int."»⁵⁵.

«In aliis contractibus fit obligatio sub conditione, et stat stante conditione. Ergo cum matrimonium sit contractus quidam»⁵⁶.

«Potest autem matrimonium impediri aut ex parte contractus matrimonii aut ex parte contrahentium»⁵⁷.

«Respondeo dicendum quod in matrimonii contractu obligatur unus coniux alteri ad debitum reddendum»⁵⁸.

⁵¹ *Suppl.*, 45, 1, in c.

⁵² *Suppl.*, 45, 3, ad 2; in IV sent. d. 27 a. 2 ad 2; *Suppl.*, 45, 4, ad 2.

⁵³ *Suppl.*, 45, 2, sed contra.

⁵⁴ *Suppl.*, 47, 1, sed contra.

⁵⁵ *Suppl.*, 47, 3, in c.

⁵⁶ *Suppl.*, 47, 5 sed contra.

⁵⁷ *Suppl.*, 50 univ. in c.

⁵⁸ *Suppl.*, 52, 1, in c.

«Ad quartum dicendum quod in quolibet contractu hoc universaliter tenetur quod ille qui est impotens ad solvendum aliquid non reputatur 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»⁵⁹.

«Furiosi non sunt idonei ad aliquem contractum faciendum; sed matrimonium est *contractus* quidam»⁶⁰.

Creemos, pues, que por cuanto queda expuesto está claro que en la mente del Angélico el consentimiento matrimonial es la única causa posible del matrimonio, y es además exactamente contractual.

c) S. Buenaventura y Scoto.

Aunque sea cosa sabida que los teólogos franciscanos del medio-evo abrazaron y expusieron con toda claridad la doctrina del matrimonio-contrato, queremos hacer mención concreta siquiera de alguno de ellos más representativos para poder apreciar mejor en un golpe de vista toda la línea de nuestra doctrina tradicional.

SAN BUENAVENTURA, en primer lugar, distingue si no con sus propios términos, sí al menos, en modo equivalente, el matrimonio «in fieri» y el matrimonio «in facto esse». Véase ello con sus mismas palabras:

«Matrimonium uno modo comprehendit vinculum et exterius signum, et sic matrimonium est consensus expresus, non eius effectus; alio modo prout stat pro vinculo interiori»⁶¹.

«Dicendum quod quaedam coniunctio dicitur vinculum, quaedam facit vinculum»⁶².

«Est ergo consensus causa ut matrimonium fiat»⁶³.

Habla, pues, del matrimonio como hecho, o sea, como efecto, y del matrimonio en su *hacerse*. El *hacerse* del matrimonio se reduce a la prestación del consentimiento; por eso dice que el consentimiento «facit», o sea, es *causa* del mismo.

Ahora bien, que la «coniunctio» que hace el matrimonio sea un contrato verdadero, es cierto que no se para S. Buenaventura a declararlo «ex professo», pero lo significa bien claramente al decir que

⁵⁹ *Suppl.*, 58, 1 ad 4.

⁶⁰ *Suppl.*, 58, 3 sed contra.

⁶¹ *In IV sent.* d. 27, a 1, 2. 2, Conclusio: Quarachi, IV, p. 679.

⁶² *Ibid.* q. 1: Quarachi, IV, p. 676.

⁶³ *Ibid.* 27, 1, 2, Conclusio p. 679.

el matrimonio nace en virtud de una «humana pactio quae est in convenientia consensus duorum» (ibíd.); y además emplea la misma palabra «contractus»:

«Frequenter qui in occulto contrahunt poenitent, et cum aliis de facto contrahunt; et cum non potest primus contractus probari...»⁶⁴.

«Impotentia coeundi accidentalis quae est per maleficium contractum matrimonii impedit»⁶⁵.

DUNS SCOTO trata este punto mejor que nadie en el medio-evo. Su doctrina en brevísimas síntesis es la siguiente:

Por de pronto distingue con plena claridad el matrimonio «in fieri» y el matrimonio «in facto esse». En efecto, al exponer cómo se distingue el *matrimonio* del contrato de matrimonio dice:

«Primum enim est permanens, secundum, tantum *in fieri*, et habet se ad matrimonium primo modo dictum sicut *causa in fieri*, sicut baptizari vel ordinari ad characterem»⁶⁶.

Luego afirma que la palabra matrimonio se aplica así al contrato o causa, como al elemento o efecto permanente, definiéndolo en los dos momentos:

«Contractus matrimonii est maris et foeminae mutua translatio corporum suorum.»

«Matrimonium est vinculum indissolubile inter marem et foeminam ex mutua translatione potestatis corporum suorum in se invicem facta»⁶⁷.

En primer lugar, llama, como se ve, contrato a la causa del matrimonio, en lugar de llamarla consentimiento; lo cual quiere decir que para él el consentimiento matrimonial es exactamente un contrato. Esto no sólo lo supone, sino que se para más o menos a declararlo repetidamente en su tratado. Así dice que por el acto con que surge el matrimonio las dos partes se transfieren la mutua «potestas in corpus»; cosa que no sucede sino por un acto de voluntad de las mismas:

«Potestatem sui corporis, dice, quae sua est, nullus transfert in illum nisi per actum voluntatis suae, quia per illum fit dominus et desinit esse dominus»⁶⁸;

⁶⁴ Ibid. a. unic. q. 5, Conclusio: Quarachi, p. 694.

⁶⁵ Ibid. d. 34, a. 2, Conclusio: Quarachi, p. 772.

⁶⁶ In IV sent. d. 26 y. unic.: *Opera Omnia*, Vices, 19, pp. 185-186.

⁶⁷ Ibid. Cfr. d. 28; p. 202.

⁶⁸ Ibid. p. 160.

y ese acto es un contrato: «Contractus mutuae donationis» (Ibid.), añadiendo:

«Dicitur enim contractus quasi simul tractus duarum voluntatum et per consequens necessario requirit actus voluntatum concordés in translatione mutua corporum sicut in permutationibus et venditionibus communiter accidit⁶⁹.

Y también:

«Expedit ibi esse contractum ex quo nascitur obligatio... Forma istius contractus est: do si des; vel, do ut des.» (Ibid.)

Como se ve, compara el contrato de matrimonio en su razón de contrato con la «donatio», la «venditio», la «permutatio»⁷⁰, aplicándole los mismos principios.

Con respecto a la indisolubilidad del matrimonio, que según algunos debilita el carácter contractual del matrimonio, dice Scoto ser una razón más para que se haga imprescindible el consensus o contrato:

«Obligationem illam indissolubilem expedit ex actu voluntatis personarum obligatorio innasci: hoc probatur quia vel sic nascetur vel ex impositione legislatoris sine actu voluntatis eorum. Sed primum est utilius et magis consonum rationi naturali; quia ex quo obligatio debet esse indissolubilis, expedit quod modus quo fit sit conveniens indissolubilitati eius; sed, si cogerentur a legislatore sibi invicem coniungi, minus placerent sibi mutuo, et ita esset maior occasio dissensionis futurae»⁷¹.

d) *Segustio y de Tudeschis.*

Para citar algún grande canonista escojo a estos dos eminentes, el primero de plena edad media y el segundo de transición ya al tiempo del renacimiento.

El HOSTIENSE no se para grandemente a desarrollar nuestra cuestión pero no deja de manifestar con claridad que tiene el matrimonio por un contrato. En primer lugar, le aplica la misma palabra *contrato* varias veces, como puede verse en los lugares que indicamos en nota⁷². Pero, además, ello se deduce del modo como resuelve la difi-

⁶⁹ D. 26, p. 159.

⁷⁰ Cf. además dist. s. 28, 30, 29 (pp. 160-1, 244).

⁷¹ D. 26, p. 159.

⁷² HENR. DE SEGUSTIO (Card. Hostiensis), *Aurea Summa IV. De Divortiiis* (tit. 19). Ibid. *De condit. appositis* (tit. 13).

cultad de por qué los actos legítimos, v. gr. una sentencia judicial, no admiten condiciones, en cambio, el matrimonio sí. Dice, en efecto, él:

«Soli actus illi non sunt contractus, sed quasi-contractus»,

como indicando evidentemente que el matrimonio lo es. Y sigue:

«Item actus legitimi non recipiunt conditionem, quia non possunt in pendentem esse (Dig. de iud.); non quemadmodum aliud in matrimonio, quod ex consensu et sola voluntate contrahentium perficitur, et plerumque in pendentem est»⁷³.

Afirma, pues, las dos cosas: que el matrimonio nace en virtud del consentimiento, y que éste es verdaderamente contractual.

De modo igual se expresa el PANORMITANO, como se ve por los dos siguientes textos:

«Consensus solus perficit non solum contractum matrimonii, sed etiam alios contractus qui sunt iuris gentium... Sed intelligas glossam quod contractus matrimonii est perfectus per solum consensum, ita quod per solum consensum est translatum plenum ius»⁷⁴.

«Si in contractu matrimonii apponatur conditio turpis vel impossibilis habetur pro non adiecta, nisi sit contra substantiam matrimonii, quae tunc vitiat contractum»⁷⁵.

Siglos XVI y XVII.

Todos los grandes autores de estos siglos, así teólogos como moralistas y canonistas, tienen la doctrina del matrimonio contrato. Vamos a citar alguno que otro por todos.

a) Pedro de Soto.

Este preclaro autor se expresa así en uno de tantos pasos como se podrían traer:

«Matrimonium est maris et foeminae coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens, quare essentialis natura matrimonii est nodus et vinculum quo personae se mutuo tradunt; tunc enim contrahere dicuntur matrimonium, quia tunc contractus celebratur; hoc autem fit dum amborum consensus de praesenti concurrunt»⁷⁶.

⁷³ O. c., ibíd.

⁷⁴ NIC. DE TUDESCHIS, *Commentaria. V, tuas* (6) X. 4, 4: vol. 7, 1524, f. 18.

⁷⁵ Ibíd. c. 7, *si conditiones*, n. 1, f. 20.

⁷⁶ *In IV Sent. Commentarii*, d. 26, a. 4: t. I Methimnae Campi, 1581, p. 94.

b) *Pedro de Ledesma.*

Con gran perspicuidad y distinción de conceptos se expresa también en esta parte Ledesma.

«Matrimonium, dice, potest accipi dupliciter: primo modo, causaliter; aliquando vero accipitur formaliter. In priori acceptione matrimonium dicitur de contractu, qui non est matrimonium, sed causa matrimonii; nam commune est apud theologos causas nominare»⁷⁷.

«Si matrimonium accipitur causaliter pro contractu matrimonii, definitur sic: matrimonium est pactio viri et foeminae inter legitimas personas ad individuan vitam consuetudinem destinatas»⁷⁸.

Cierto es que este autor nota y hace resaltar muy claramente las diferencias que separan el contrato matrimonial de los otros contratos: porque aquél procede del derecho natural, y no del civil o de gentes; porque se ordena al bien común del género humano, y, no sólo al privado de los contrayentes; porque no pueden los contrayentes disolver lo que una vez contrajeron; mas no por eso deja de llamarle contrato y tenerle por estrictamente tal⁷⁹.

Con especial detención trata el punto de si la autoridad civil o eclesiástica pueden en alguna hipótesis suplantar o suplir el consentimiento de los cónyuges, en modo que pueda surgir el matrimonio sin consentimiento. Responde en sentido absolutamente negativo del modo siguiente:

«Respublica christiana vel quaecumque alia potestas non potest facere matrimonium accipiendo illud formaliter pro vinculo sine consensu. Haec conclusio est omnium theologorum. Si loquamur de matrimonio causaliter et ut est contractus quidam humanus, et habet rationem talis sacramenti certa res est quod consensus est ita necessarius ut sine illo non possit fieri, etiam de potentia absoluta.» (Ibíd.)

A tal propósito trae las palabras del Florentino:

«Causa efficiens matrimonii *regulariter* est consensus per verba de praesenti expressus» (Decr. *Pro Armenis*);

saliendo al paso en seguida a la dificultad que pudiera ofrecer el término «*regulariter*», diciendo que dicho término no se refiere a la pa-

⁷⁷ *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, q. 44, a. 3: *Salman-ticae*, 1952, p. 126.

⁷⁸ *Ibíd.* p. 127.

⁷⁹ *Ibíd.* y. 44, a. 1, p. 134.

labra «consensus», sino a la frase «per verba de praesenti». Explicación, por lo demás, justa.

c) *Los Salmanticenses.*

Entre otros muchos pasos baste traer de esta ilustre escuela el siguiente:

«Dicendum est materiam proximam in qua Christus instituit sacramentum matrimonii esse contractum legitimum, sive inter legitimas personas celebratum. Quas autem condiciones debeat habere contractus ille ut legitimus sit, Christus non determinavit... Sed hanc istius (sicut aliorum contractuum) legitimam determinationem Ecclesiae et reipublicae potestati reliquit. Haec vero, prout rerum necessitas exposcit, potest condiciones diversas adhibere ad hoc quod contractus legitimus fiat»⁸⁰.

Como se ve, a los Salmanticenses no se les ocurre la duda de que el matrimonio pueda no ser un contrato.

d) *Basilio Ponce de León.*

Este eminente teólogo de la escuela agustiniana, cuya doctrina tiene relevante valor por ser uno de los más egudos especialistas en materia matrimonial, podríamos decir que casi en cada página llama al matrimonio contrato, o muestra tenerle por tal. Baste, por ej., repasar los títulos de los capítulos de su célebre obra sobre este argumento⁸¹:

«A quo sumpserit originem institutio contractus matrimonii» (l. 2, c. 3).

«An tam in contractu matrimonii quam in quovis alio sufficiat internus consensus» (c. 6).

«De forma et materia matrimonii ut contractus» (c. 7).

«Rationem contractus in matrimonio inter fideles separari posse a ratione sacramenti» (c. 9).

Así continúa en muchos otros. Al desarrollar los diversos temas saca continuamente consecuencias en orden al matrimonio a base de la naturaleza general del contrato. Así, por ej., en tema de la materia y forma del matrimonio, después de rechazar la opinión de algunos au-

⁸⁰ *Cursus Theologicus*, Tract. 22.—*De Sacramentis in communi*, a. 5, n. 3: t. 17 Genevae, 1881, p. 83.

⁸¹ *Tractatus de Sacramento Matrimonii*, Lugduni, 1640.

tores, según los cuales la materia del matrimonio son las palabras de uno de los cónyuges, y la forma las del que habla en segundo lugar, dice:

«Sed hic modus explicandi materiam et formam matrimonii et aliorum contractuum mihi non probatur. Quia si uterque contrahens dicat simul verba, inquiri tunc: quae verba habent naturam materiae et quae, formae? Et tamen essentia contractus salva manere potest etiamsi proferantur simul. Adde in contractu debere esse determinatam materiam et determinatam formam; hoc pacto non sic esset; siquidem penderet ex ordine temporis et numeri, quod in contractu reali vere affirmari non potest»⁸².

e) *Bonacina.*

Este autor, figura de primer orden en el campo de la Teología Moral, definía así el matrimonio en su especial tratado de esta materia.

«Matrimonium est legitimus et indissolubilis contractus inter virum et foeminam quo traditur et acceptatur mutua corporum potestas et confertur gratia sanctificans. Haec definitio non solum convenit matrimonio ut est contractus, verum etiam ut est sacramentum; matrimonium enim fidelium non solum est contractus sed etiam est sacramentum propriissime dictum»⁸³.

f) *Lugo, Castropolao, Laymann, Hurtado, Di Castillo, Sánchez, La Croix.*

Los escritores jesuitas de este tiempo son también todos explícitos en nuestro punto; basten pocos ejemplos.

De JUAN DE LUGO son las siguientes palabras a propósito del error «in personam»:

«Dicitur de matrimonio quod in eo contrahentes alligant intentionem ad talem personam; ita ut, si alia sit, contractus non valet; hoc inquam non videtur dicendum de matrimonio ex eo quod contractus sit; nam in aliis contractibus humanis non ita alligatur voluntas contrahentium... Adhuc tamen sustinendum est matrimonium in eo casu esse nullum; quod quidem in matrimonio provenit ex eo quod differentia materialis, si tamen formaliter et cum proportionem applicatur regula universalis aliorum contractuum, reperiemus nihil speciale quoad hoc in matrimonio. Regula enim universalis est

⁸² Op. cit. l. I, c. 7, n. 8, p. 13.

⁸³ *De Magno Matrimonii Sacramento*, q. 2 punct. 1, n. 2: *Opera Omnia* 1797, p. 251.

quod quoties datur error in substantia, contractus sit nullus; qualis autem sit error in substantia pendet ex diversa natura uniuscuiusque contractus»⁸⁴.

Tales palabras no necesitan comentario. Para Lugo el matrimonio es un «*talis contractus*», es decir, dotado de sus notas específicas y de sus peculiaridades; pero a la vez, según su naturaleza general, verdadero contrato como todos los demás.

CASTROPALAO se expresa así:

«*Matrimonium sumitur aliquando pro ipso contractu, quod sponsi sibi invicem mutuam in corpora potestatem concedunt ad matrimonii usum*»... «*Verum quod praedictus contractus a Christo Domino in Sacramentum elevatus est, sic placet Toledo lib. 7, cap. 5 esse definiendum ut sit contractus viri et foeminae legitimus quo mutua corporum potestas traditur, gratiae spiritualis collativus*»⁸⁵.

LAYMANN habla asimismo en cada página del matrimonio-contrato. Para citar algún paso, dice, por ej., al tratar del matrimonio condicionado, y dar la razón por qué puede también el matrimonio contraerse bajo condición:

«*Quia contractus quilibet ex convenientium voluntatem legem et conditionem accipit; si igitur ea sit contrahentium voluntas, ut si hoc existat, ita statim crit ut inter se convenerunt*»⁸⁶.

Luego, al tratar del «*modus*» que se opone a la naturaleza del matrimonio se expresa así:

«*Nihilominus tali adiecto modo matrimonium quantumvis aliorum favorabile fiat, vitiari respondet Gregorius IX. Ratio vero est: Quod id commune sit omnibus contractibus, quippe dum contrahens inter ipsum contrahendum vult alterum obligari ad quidpiam repugnans ipsi substantiae contractus, satis significat non habere se voluntatem vere celebrandi talem contractum*»⁸⁷.

Para Laymann el matrimonio es ni más ni menos un contrato como todos los demás con las notas esenciales de tal.

⁸⁴ *Disputationes Scholasticae et Morales*, d. 8, sect. 7, nn. 115-116, t. 3 Parisiis 1892, p. 438.

⁸⁵ *Opus Morale. Tractatus 22 de sponsalibus et matrimonio*, d. 2, n. 21, Lugduni 1649, pp. 71-72.

⁸⁶ *Theologia Moralis*, tract. 10, part. 2, c. 7, n. 1: *Lutetiae Parisiorum* 1627, p. 215.

⁸⁷ *Ibíd.*, n. 11, p. 219.

G. HURTADO, notable especialista en la materia dice:

«Conveniunt auctores ad essentiam et valorem contractus matrimonii aliquem consensum requiri, et ex pactione exteriori expressiva consensus coalescit essentia huius contractus sicut uniuscuiusque alterius»⁸⁸.

Y luego:

«Negamus consensum esse de essentia status seu vinculi matrimonialis, sed tamen esse causam efficientem illius, quamvis sit de essentia contractus matrimonialis»⁸⁹.

J. DE DICASTILLO expone así su pensamiento:

«Matrimonium est contractus legitimus et indissolubilis inter virum et foeminam, quo traditur et acceptatur mutua corporum potestas ad prolem. Haec definitio proprius accedit ad explicandam essentiam matrimonii et praecipuum effectum illius; nam per illam vocem «contractus» explicatur una pars essentiae; est enim matrimonium species essentialiter contenta sub genere contractus»⁹⁰.

Por fin, el autor quizá príncipe en esta materia, TOMÁS SÁNCHEZ, nos da la misma doctrina del modo más explícito.

Traemos, antes de nada, un texto, que a primera vista pudiera engendrar un poco de duda:

«Nec consensus internus nec externus contractus sunt id in quo matrimonii essentia consistit, quia sunt causa efficiens matrimonii»⁹¹.

Decimos que sólo a primera vista pueden engendrar duda estas palabras, porque en realidad con ellas no viene a decir Sánchez sino lo que dicen todos los demás autores que tienen el matrimonio por contrato, a saber que el contrato no es el vínculo, sino la causa del vínculo (cfr. Hurtado supra). Ahora bien, el vínculo, o sea, la relación jurídica nacida del contrato matrimonial, es aquello a lo que todo se ordena; es él, por consiguiente, el matrimonio bajo el punto de vista principal. Basta, pues, que Sánchez tenga el matrimonio en su *hacerse*, o sea, tomado causalmente por un contrato, para que sostenga la doctrina tradicional de que venimos tratando. Y en esto

⁸⁸ *Tractatus de Matrimonio et Censuris*, d. 3, d. 1, n. 1, Compluti, 1627, p. 85.

⁸⁹ O. c., ibid. n. 18, p. 91.

⁹⁰ *De Sacramentis*, t. 3.—*De Sacramento et contractu matrimonii*, d. 2, d. 1, nn. 9-10, Antuerpiae, 1652, p. 85.

⁹¹ *De Sancto Matrimonii Sacramento*, l. 2, d. 1, n. 4, Viterbii, 1737, p. 91.

no cabe la más mínima duda. Vayan algunos pasajes al azar. Cuando, por ej., niega que el sacerdote que asiste al matrimonio es ministro del mismo, dice:

«Probatur, 1) quia cum matrimonium sit contractus, nec illius naturam Christus mutaverit, sed tantum elevaverit ad esse sacramenti, sequitur aliorum contractuum naturam, quae est ut ipsi contrahentes suis consensibus se ligent, nec alius praeter ipsosmet contractum efficiat... 5) Quia Florentinum cum late aliorum sacramentorum ministros explicuerit huius tamen ministrum tacuit, quasi manifestum relinquens non alium esse sacramenti et contractus ministrum»⁹².

En otro lugar, al probar que el matrimonio contraído por procurador es sacramento, argumenta así:

«Quia vel Christus elevans matrimonium ad esse Sacramenti mutavit rationem contractus naturalis, vel non; si primum, ergo in lege Evangelii matrimonium per procuratorem non est legitimum in ratione contractus naturalis; si secundum, ergo et modo matrimonium per procuratorem est sacramentum. 4) Quia matrimonium ut contractus et ut sacramentum est idem numero»⁹³.

A propósito todavía del matrimonio por procurador, dice que bien hacen los que, contraído el matrimonio por procurador, renuevan su matrimonio luego personalmente, para quitar escrúpulos; y entonces escribe:

«Quia quamvis cetera sacramenta repeti nequeant, eadem materia remanente, hoc autem est in matrimonio speciale, cum enim sit contractus, eiusque naturam et condiciones retineat, potest ea parte, qua contractus est, ceterorum more saepius iterari»⁹⁴.

Por fin, porque pienso que basten estos pocos textos para persuadirse de la mente de Sánchez, al tratar de la necesidad de la expresión externa del consentimiento, pregunta si ella es esencialmente necesaria, y contesta del modo siguiente:

«Probabilius est esse de ratione ipsius contractus... Matrimonium ut est sacramentum necessario et intrinsece est sensibile signum, ea enim est sacramenti definitio; ergo ut est contractus; nam Christus non mutavit sacramenti matrimonii, ut est contractus, naturam; sed ad sacramenti esse elevavit»^{95, 96}.

⁹² Ibid. d. 6, n. 2, p. 93.

⁹³ Ibid. disp. 11, n. 27, p. 28.

⁹⁴ Ibid. n. 31, p. 99.

⁹⁵ Ibid. d. 30, n. 3, p. 118.

⁹⁶ Considero innecesario aducir textos de los comentaristas al libro IV de las Decretales, entre los que reina asimismo unanimidad. Pueden con-

Doctrina del siglo XIX.

Queremos decir una palabra sobre la doctrina del matrimonio-contrato en el siglo pasado, porque tiene su importancia el que aun entonces, cuando se dejaron sentir especialmente voces en sentido contrario, la doctrina de los grandes autores siguió siendo unánime. Citemos siquiera algunos, así teólogos como canonistas.

Dice, p. ej., PERRONE:

«Porro materia proxima sacramenti matrimonij est contractus dum fit, cuius materia remota sunt corpora; materia proxima, traditio, forma, acceptatio; igitur prior actus quo contractus fieri incipit, est materia proxima; forma, secundus actus quo contractus completur. In omni enim contractu adest seu intervenit traditio vel concessio et acceptatio iuris»⁹⁷.

J. B. SASSE:

«Matrimonium mutua coniugum obligatione continetur, quae non naturaliter existit, nec a Deo vel humana aliqua auctoritate efficitur, sed libere suscipitur; suscipitur autem haec obligatio libera contractu quo uterque coniux eam vult et acceptat... Hinc sequitur matrimonium esse vere et proprie contractum»⁹⁸.

PALMIERI, después de enumerar los elementos que se distinguen en el matrimonio:

«Sane in matrimonio primo est contractus quidam...; secundo, est potestas mutua in corpus alterius, quae consequitur contractum, sive est mutua obligatio unius ad alterum respectu carnalis copulae, quae obligatio ex contractu immediate oritur et potestati mutuae respondet»⁹⁹.

sultarse entre otros. PIHRING, *Ius Canonicum*, IV, tit. 1, sect. 1, n. 82: Dillingae, 1727, p. 19, n. 108; p. 25, tit. 5, n. 10; p. 65 et passim; COVARRUBIAS, *De Sponsalibus et matrimonio: In IV Decretalium Epitome*, part. 2, c. 3, n. 2: *Op. Omn. I* Genevae 1762, p. 168; passim; PICHLER, *Ius Canonicum*, IV tit. 1, n. 73; Venetiis, 1750, p. 470 et passim; FAGNANUS, *Commentaria in IV lib. Decretalium*, tit. *De conditionibus appositis* (V) c. 5, n. 3: Venetiis, 1708, p. 40 et passim; GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria Perpetua*, IV tit. 1, c. 23, n. 6: t. IV Lugduni, 1715, p. 51 et passim; LEURENIO, *Forum Ecclesiasticum*, IV, tit. 1, q. 77, n. 2, Venetiis, 1729, p. 35 et passim; REIFFENSTUELL, *Ius Canonicum Universum*, IV, tit. 5, § 1, n. 18: Maceratae, IV-VI, 1760, p. 65 et passim; SCHMALZGRUBBER, *Ius Canonicum Universum*, IV, t. 1, n. 223, Ingolstadii, 1726, p. 88 et passim.

⁹⁷ *De Matrimonio Christiano*, l. 1, c. 6, a. 1: t. I, Leodii, 1861, p. 177.

⁹⁸ *Institutiones theologicae de Sacramentis Ecclesiae*, vol. II, Friburgi Brisgoviae, 1898, p. 352, IV.

⁹⁹ *Tractatus de Matrimonio Christiano*, Prati, 1897, p. 3.

añade:

«Porro contractus et consensus interior qui per eum manifestatur sunt quidem essentiales ut matrimonium sit, dicique possunt ipsum matrimonium in fieri»¹⁰⁰.

ROSSET:

«Si explicitiorem velis definitionem per causam, matrimonium dicitur: contractus quo vir et mulier nullo iure impediti se ad individuum vitae societatem et mutuam corporum traditionem in ordine ad actus de se aptos ad generationem proles obligant».¹⁰¹

De los canonistas basten asimismo algunos nombres más conocidos; p. ej., WERNZ.

«Matrimonium legitimum in fieri est verus atque proprie dictus contractus bilateralis inter marem et foeminam celebratus»¹⁰².

LAURENTIUS:

«Matrimonium in fieri est contractus quo mas et femina sibi mutuo ius corporum in ordine ad generationem tradunt»¹⁰³.

DE ANGELIS:

«Matrimonium spectari potest ut contractus et ut sacramentum. Si spectetur ut contractus definitur: maris et feminae legitimarum personarum coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens. Ubi vero consideretur ut sacramentum, definitur: contractus baptizatorum legitimus et indissolubilis...»¹⁰⁴.

SANTI LEITNER:

«Claritatis gratia matrimonium distinguendum est a) prout est contractus vel causa (in fieri) et b) prout est status (in facto esse). Utrumque vocatur sacramentum, sed unum est efficiens, alterum effectum»¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ *De Sacramento Matrimonii*, 1095, p. 20.

¹⁰² *Ius Decretalium*, IV, tit. 1, n. 36: Romae, 1904, p. 46. WERNZ tiene en cuenta la opinión de los autores arriba aludidos, los cuales quisieron negar el carácter de contrato al matrimonio. Por lo cual se para, si bien sea brevemente, a explicar cómo, por el contrario, se pueda y deba decir que el matrimonio es verdadero contrato.

¹⁰³ *Institutiones iuris Ecclesiastici*, Friburgi Brisgoviae, 1908, p. 440, n. 549.

¹⁰⁴ *Praelectiones Iuris Canonici*, IV, tit. 1, n. 8, t. 3. pars. 1, Romae, 1880, p. 20.

¹⁰⁵ *Praelectiones iuris canonici*, IV, tit. 1, n. 72, 4, Romae, 1905, p. 22.

DEVOTI:

«Matrimonii nominis intelligitur tum ipse contractus inter virum ac mulierem initus, tum vinculum quod ex contractu oritur»¹⁰⁶.

Documentos de los Papas.

Partiendo únicamente de la segunda mitad del siglo pasado, en que se empezó a negar, más ahincadamente el carácter de contrato al matrimonio, es digno de notarse que no hay un solo documento pontificio, al menos de alguna extensión, en el que no manifiesten los RR. PP. tener el matrimonio por contrato y le llamen, en efecto, con ese nombre. Pueden verse, p. ej., los siguientes:

De Pío IX:

Epist. «La Lettera» 9 sept. 1852: «E dottrina della Chiesa cattolica che il sacramento non è una qualità accidentalmente aggiunta al contratto, ma è di esenza del matrimonio stesso... Una legge civile che supponendo divisibile pei cattolici il sacramento dal contratto di matrimonio contraddice...»¹⁰⁷;

de LEÓN XIII:

Encycl. «Arcanum Divinae Sapientiae» 10 febr. 1880: «Nec quemquam moveat illa tantopere a regalisticis praedicata distinctio, vi cuius contractum nuptialem a sacramento disiungunt, eo sane consilio, ut, Ecclesiae reservatis sacramenti rationibus, contractum tradant in potestatem arbitriumque principum civitatis. Etenim non potest huiusmodi distinctio probari; cum exploratum sit in matrimonio christiano contractum a sacramento non esse dissociabilem; atque ideo non posse *contractum verum et legitimum consistere* quin sit eso ipso sacramentum. Nam Christus Dominus dignitate sacramenti auxit matrimonium; matrimonium autem est ipse contractus, si modo sit factus iure»¹⁰⁸.

de Pío X:

Decretum «Ne temere» 2 agosto 1907: «Praeterea parochus in libro quoque baptizatorum adnotet, coniugem tali die in sua parochia

¹⁰⁶ *Institutionum Canoniarum libri 4*, l. 2, tit. 2, § 101, Matriti, 1833, p. 436.

¹⁰⁷ *Acta Pii IX*, vol. 2, p. 296. Cf. asimismo Allocut. «Acerbissimum» 27 sept. 1952: *Acta I*, p. 392; Epist. «Tuae Litterae» 1 dic. 1975: *Acta*, 7, p. 145 y s.

¹⁰⁸ *Leonis XIII Pontificis Maximi Acta*, vol. II, p. 26-27. Cf. también Epist. «Ci siamo» 1 junio 1879: *Acta*, vol I (1887) p. 83; Epist. «Il diviso-mento» 8 febr. 1893.

matrimonium contraxisse. Quodsi coniux alibi baptizatus fuerit, matrimonii parochus notitia initi contractus ad parochum baptismi transmittat...»¹⁰⁹.

de Pío XI:

Encycl. «Casti Connubii» 31 dic. 1930: «Alterum matrimonii bonum, quod diximus ab Augustino commemoratum, est bonum fidei, quae est mutua coniugum in contractu coniugali implendo fidelitas ut quod ex hoc contractu divina lege sancito alteri coniugi unice debetur, id neque ei denegetur, neque cuivis permittatur»¹¹⁰.

Nos abstenemos de aducir textos de la jurisprudencia rotal y de otros Dicasterios romanos, en que aparece la misma doctrina del matrimonio-contrato.

Por fin, nuestro Código vigente aplica frecuentemente, como sabemos, la palabra contrato al matrimonio: CC. 1.012; 1.015; 1.084; 1.103.

En el Derecho Romano.

Teniendo a la vista los trabajos que han salido a la luz recientemente sobre este tema, no se puede ya afirmar, al menos así en general, que el matrimonio en la mente de los romanos no era precisamente un contrato.

Por de pronto, los romanistas del medio-evo y siglo XVI trataron el matrimonio como un contrato, con la conciencia, claro está, de que así interpretaban la mente de los romanos. ORESTANO, en su estudio: *La Struttura giuridica del matrimonio romano*¹¹¹, expone y prueba con abundantes textos que tal era la doctrina de las *Summae Trecentis*, ROGERII, AZONIS, y de los más conspicuos comentaristas en el medio-evo, como CINO, BALDO y BAROLO; así como también la de los humanistas CUYACIO, DUARENO, DONELLO, etc., en el siglo XVI. Más aún, tal doctrina continuó sosteniéndose como inconcusa en los siglos XVII y XVIII con D'AVEZAN, PEDRO DE OÑATE, VINNIO, ALBERICO GENTILI, POTHIER¹¹².

Valga por todos el siguiente texto de este último:

¹⁰⁹ *Actes de S.S. Pie X*, III, p. 286.

¹¹⁰ AAS XX (1930) p. 546.

¹¹¹ En BIDR. 47 (1940), p. 189 y s.

¹¹² Cf. la exposición y fuentes en ORESTANO artic. y lug. cts.

«Noi abbiamo stimato di non potere meglio terminare il nostro trattato delle obbligazioni e dei diversi contratti e quasi-contratti dai quali derivano, che con un trattato del contratto de matrimonio, essendo questo il più eccellente ad un tempo ed il più antico di tutti i contratti»¹¹³.

Es cierto que por obra de EINECIO y GLÜCK, por una parte, y sobre todo de MANENTI, por otra¹¹⁴, la doctrina del matrimonio-contrato, como referida a los romanos, recibió duros golpes; MANENTI lanzó a la luz pública su opinión según la cual los romanos no habían considerado al matrimonio como un contrato, sino que lo consideraban constituido por un doble elemento: la comunidad de su vida (elemento material), y el consentimiento (elemento espiritual); este sin embargo no momentáneo, del que surgiese un vínculo independiente del mismo, sino continuado, en modo que durase el matrimonio mientras durase el consentimiento de los dos cónyuges¹¹⁵.

La explicación manentiana tuvo enorme fortuna. Casi todos los grandes romanistas italianos y alemanes de final de siglo y las cuatro primeras décadas del presente la abrazaron, elaborándola todavía más. Era general entre ellos no ver en el matrimonio, tal y como lo entendían los romanos, sino un estado de hecho semejante a la posesión. Así el mismo FERRINI, SCIALOJA, BONFANTE, ALBERTARIO, C. LONGO, BRUGI y muchos otros; entre los alemanes, MITTEIS y PARTSCH, etc.¹¹⁶.

Sin embargo, unos cuantos trabajos agudos y fundamentales han demostrado en estos últimos años que la tesis de Manenti y sus seguidores no es segura ni mucho menos.

En primer lugar ORESTANO en su amplísima investigación ya mencionada, así como VOLTERRA¹¹⁷, han puesto indiscutiblemente en claro que el matrimonio romano surgía no en virtud de dos elementos: la convivencia y el «consensus», sino en virtud de sólo el segundo. El elemento material no entraba, pues, a constituirlo, sino a

¹¹³ *Opere*, trad. ital., Livorno 1842, vol. II, p. 1023.

¹¹⁴ Cf. ORESTANO, c. y lug. cit. p. 190 y s.

¹¹⁵ Desarrolla MANENTI esta idea en su obra: *Della inaponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889.

¹¹⁶ Véase una reseña completa de todos ellos, así como también de los que excepcionalmente siguieron manteniendo la idea del matrimonio-contrato, en el estudio de ORESTANO, l. c. p. 209 s.

¹¹⁷ *La Conception du Mariage d'après les juristes romaines*, Padova 1940, p. 39 s.

lo sumo a probar la existencia del único elemento esencial, el «consensus».

Esto, sin embargo, es poco todavía; porque toda la corriente mantentiana, y aun los mismos ORESTANO y VOLTERRA, sostienen que ese «consensus» que constituye el matrimonio, al menos antes del tiempo postclásico, se ha de entender continuo. Es muy distinto, por tanto, de un «consensus» contractual.

Pero VOLTERRA en la misma obra mencionada y G. D'ERCOLE¹¹⁸ han demostrado que en el tiempo postclásico, especialmente por influencia del cristianismo, el consentimiento que causa el matrimonio no se entiende ya continuo, sino inicial, y, como expone expresamente el último, verdaderamente contractual. Su argumentación apoyada en textos, sobre todo justinianos, es de fuerza indiscutible. Difícilmente podrá ya sostenerse la tesis contraria.

Por fin es menester mencionar el esfuerzo realizado recientemente por RASI en su estudio «consensus facit nuptias»¹¹⁹.

RASI sostiene que no sólo en el tiempo postclásico, sino en toda la historia del derecho romano, el matrimonio fué tenido por un contrato, el cual fué en el tiempo arcaico contrato *formal*, bajo la forma de una «Stipulatio», y luego, meramente *consensual*.

No vamos a entrar ahora en el mérito de la cuestión, porque ello sería ajeno directamente, al menos, al fin de nuestro trabajo. Sólo diremos que habiendo leído la obra de RASI y también las críticas que de ella se han hecho, nos parece que RASI no ha trabajado en balde. Las críticas, varias de ellas ciertamente duras, dirigidas contra la obra, no creemos que hayan anulado la argumentación basilar de su tesis, a saber: que la «affectio» y el «consensus» son cosa distinta en las fuentes; y esto supuesto que no es la «affectio», sino el «consensus» el que da vida al matrimonio, que tampoco es lo mismo «matrimonium» que «nuptiae», y precisamente con la palabra «nuptiae» es con quien está en relación el «consensus»; que las expresiones «matrimonium contractum», «contrahere» y «contrahentes»¹²⁰

¹¹⁸ *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa* en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*. 1939, p. 18 s. Hay excerptum.

¹¹⁹ P. RASI, *Consensus facit nuptias*, Milano, 1946.

¹²⁰ Para nuestro punto de vista poco importa que se refieran a la «conventio» o al vínculo, cuestión disputada entre RICCABONO, por una parte (Cf. por todos sus trabajos: *La Formazione della teoria generale del «contractus» nel periodo della giurisprudenza classica* en *Studi Bonfante*, vol. I, Milano, 1930, p. 125 y s.), y los demás romanistas modernos (Cf. por todos BONFANTE, *Scritti Giuridici varii*, vol. III. Torino, 1926, p. 107 y s. Respecto

tienen su sentido más obvio y seguro en esta explicación que en ninguna otra; que el instituto del *divorcio* tiene más obvia explicación que por el cese así del elemento material o convivencia como del espiritual o consentimiento jurídico, por un consentimiento contrario, análogamente a lo que sucede con la «societas», que siendo verdadero contrato se disuelve por el consentimiento contrario de los socios ¹²¹.

Según esto, no podremos alegar ciertamente el derecho romano contra la doctrina general del matrimonio-contrato, porque al menos a partir del tiempo postclásico el matrimonio era un contrato para los romanos, y aun antes es ello admisible. Por lo demás, aun dado que no lo fuera en derecho romano, la razón sería muy distinta de la que en la teoría moderna que queremos rechazar, es alegada, o sea la indisolubilidad y la razón de derecho público.

La esencia del contrato.

Ciertamente, al menos a partir del tiempo postclásico romano, y muy probablemente desde el tiempo de PEDIO, principios del mismo siglo segundo d. C., el contrato es entendido como un acuerdo entre dos o más sujetos en orden a producir una obligación. A la verdad, no nos interesa precisar cuándo por fin haya quedado perfectamente elaborada la doctrina. Bástenos saber que lo fué en el decurso de la formación del Derecho Romano. Ahora bien, ese acuerdo es ni más ni menos la «pactio duorum plurimumve in idem placitum con-

concretamente de esta materia dice Bonfante: «I romani parlavano di un «contrahere nuptias» avendo riguardo al vincolo; la giurisprudenza posteriore intende l'accordo delle parti». *Ibid.* p. 124; PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 31 y ss.) Aun después de los estudios de Riccabono es más común dar a las palabras «contrahere» antes del tiempo postclásico el significado de vínculo u obligación. Cf. G. OSTI, *Contratto (Concetto, distinzioni)* en N. D. J.

¹²¹ «Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseverent. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur» (GAI, *Inst.* 3, 151); «Permanet autem inita societas donec in ipso consensu socii perseverent; quia sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur, Dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate» (GAI, *Ep.* 2, 9, 17); «Diximus dissensu dissolvi societatem» (D. 17, 1, 65, 3); «tandiu societas durat quandiu consensus partium integer perseverat» (C. 4, 37, 5); «Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate» (D. 17, 2, 4). Por lo demás, la analogía del matrimonio con la «societas» es bien clara. ¡Raro sería que a los romanos no les pasase ella por la mente!

sensus»¹²², o el «duorum consensus atque conventio»¹²³, siempre que se den las solemnidades o la causa requeridas por el orden jurídico, ya que de otra suerte sería un nudo pacto, a tenor del pensamiento romano.

El contrato es, pues, un acuerdo («pactio», «conventio») en orden a regular obligaciones jurídicas.

Al decir que es un acuerdo, «conventio», se dice que es una unión de voluntades. Por eso, en primer lugar, el contrato se ha de tener como un negocio jurídico bilateral. La «pollicitatio» o promesa unilateral, que no se convierte en una donación aceptada, no es, por tanto, un contrato.

Tal unión se verifica en el objeto complejo del contrato. Verdad es que cada una de las partes busca inmediatamente su propio interés o fin, que no es precisamente el de la otra; pero no es lo mismo adecuadamente en el contrato *fin* intentado por cada una de las partes que *objeto* del consentimiento de cada una de ellas. El consentimiento de cada una versa sobre el objeto complejo del contrato: sobre el interés propio, como fin, y sobre el de la otra, como medio.

Al decir: *en orden a regular obligaciones jurídicas*, prescindimos de la cuestión de si la obligación ha de entenderse «*ultra citroque*» a tenor de la definición que ULPIANO nos trasmite de LABEÓN en el título «de verb. sign.»¹²⁴, o basta que se produzca en una de las partes, como, v. gr., en la donación¹²⁵. En cuanto a la figura que a nosotros nos interesa, no hay duda, porque en el matrimonio la obligación surge de ambas partes. Por lo demás, es hoy corriente en la teoría jurídica admitir la clasificación de los contratos en *unilaterales* y *bilaterales*. Más aún, prescindimos también de la cuestión de si contrato es aquel negocio bilateral, o sea, aquella «conventio» que

¹²² ULPIANO, D. 2, 14, 1, 3.

¹²³ ULPIANO, L. 12, 3, pr.

¹²⁴ D. 50, 16, 19.

¹²⁵ Puede verse la disputa entre ASCOLI y PEROZZI: A. ASCOLI, *Il concetto di donazione in diritto romano con richiami al codice civile italiano*, Roma, 1893; *Trattato delle donazioni*, Firenze, 1898; PEROZZI, *Intorno alla donazione II L'idea contrattuale di donazione* en «Archivio Giuridico», 58 (1957) p. 321 y ss.; Cf. XIRAU, *Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado*, en «Revista de Legislación y jurisprudencia», 134 (1923) p. 143 s.

se endereza a *producir* obligaciones, o también cualquiera otra, que se enderece, v. gr., a modificarlas o extinguirlas¹²⁶, porque diciendo: *regular obligaciones jurídicas* cabe entender no sólo producirlas, sino también modificarlas y extinguirlas.

En cambio, algo más nos interesa examinar si objeto del contrato han de ser relaciones exclusivamente de orden patrimonial, o se entienden relaciones jurídicas cualquiera que ellas sean, es decir, también de orden familiar.

A propósito del matrimonio en derecho romano conocemos la diferencia entre los diversos modos de ver de GLÜCK y SAVIGNY. El primero dice y se esfuerza en demostrar que como los romanos no llamaban al negocio jurídico de carácter personal contrato, y el ma-

¹²⁶ Los autores, así antiguos como modernos, suelen incluir bajo el nombre de contratos unos y otros; y así se tiende a considerar como contrato todo negocio bilateral. Cf. MOLINA, *De Iustitia et Iure*, l. 2, d. 252, n. 7-9, t. II, Coloniae allobrog., 1750, p. 5: «In hac acceptione est contractus acceptilatio, qua interrogante debitore suum creditorem, acceptum ne, seu solum habeat debitum, velit illud remittere, creditor respondet, acceptum habeo seu remitto, eaque extinguitur debitum praecedens. Quamvis enim ex eiusmodi acceptilatione nulla oriatur obligatio, quin potius dissolvatur praeterita, qua debitor creditori tenebatur, eaque de causa distractus, hoc est, dissolutio contractus in aliqua duarum priorum acceptationum, appellatur in iure, quia tamen fit concurrente consensu creditoris debitum condonationis, et debitoris condonationem postulantis, ac acceptantis, sortitur rationem contractus in tertia acceptione, de qua loquimur»: DE LUGO, *De Iustitia et Iure*, d. 22, n. 4: t. II, Lugduni, 1670, p. 2; SYLVESTER, *Summa*, verb. «Contractus», n. 2: Lugduni, 1549, p. 209. Es verdad que todos estos autores dicen que bajo este aspecto se toma el contrato en sentido lato; pero tenemos nada menos que el art. 1098 del Código Civil italiano de 1865, que definía así el contrato: «L'accordo di due o piu persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico»; definición que, por lo que a esto respecta, coincide enteramente con la que se halla en el actual Código vigente italiano (1942). No reza así, en cambio, el art. 1254 del Código Civil español: «El Contrato, dice, existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio.» Y lo mismo el art. 1101 del francés: «La contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose.» Los Códigos suizo y alemán, este último sobresaliente en elementos dogmáticos, se abstienen de definir el contrato. La disputa no se puede establecer, desde luego, respecto del derecho romano, en el que la «convención» bilateral que no fuese constitutiva de obligaciones parece que de ningún modo se podía llamar contrato; al menos una opinión contraria no tendría apoyo alguno en las fuentes, donde la palabra «contrahere» dice siempre relación al estrechamiento de un vínculo jurídico o de obligación. Viene, pues, la disputa sólo a partir del derecho común. Cf. BONFANTE, *Scritti Giuridici varii*, III, Torino, 1926, p. 126-7; PACHIONI, *Dei Contratti in generale*, Torino, 1933, p. 11; COWELO, *Manuale di Diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 319.

trimonio lo es precisamente, el matrimonio según ellos no era contrato ¹²⁷. Además, añade otra razón de valor general:

«Inoltre, la parola contratto accenna ad una obligatio, che presuppone un debitor ed un creditor, e che una volta eseguita, estingue per necessità di diritto il rapporto giuridico tra creditore e debitore; ora tale rapporto giuridico non si verifica fra i coniugi come tali» ¹²⁸.

SAVIGNY, en cambio, extiende también la razón de contrato a las relaciones familiares, señalando especialmente el matrimonio ¹²⁹. La razón es porque sostiene una noción amplia de contrato, quizá algo indefinida, pero que se acerca a la que dejamos arriba insinuada de «negocio jurídico bilateral»; lo define, en efecto, así:

«Contratto e il concorso di piu persone in una concorde dichiarazione di volontà, per cui vengono determinati i loro rapporti giuridici» ¹³⁰.

A la segunda razón de GLÜCK para negar la contractualidad del matrimonio se opone SAVIGNY no directamente, o sea, afirmando que en el matrimonio ciertamente surgen obligaciones jurídicas, y no simples deberes, sino negando la supuesta noción de contrato. El contrato en su noción general no lleva consigo ser fuente de obligaciones, sino que prescinde de eso. El contrato puede ser obligatorio o no; por tanto, contrato obligatorio es una especie de contrato en general. Y, refiriéndose ya en concreto al matrimonio, le tiene por un contrato, si bien no obligatorio ¹³¹.

Ese concepto de contrato expuesto por SAVIGNY ha dejado honda

¹²⁷ «Al meno i romani parlando di negozi giuridici di natura personale non usano mai la espressione contratto. Già l'uso della lingua romana non l'avrebbe affatto permesso, perchè la parola contratto si riferisce sempre a qualche cosa che sia oggetto di commercio, mentre il matrimonio per se stesso como un istituto eterno naturale, non ha certamente questo carattere», GLÜCK, *Pandette*. Trad. Ital., l. 23, Milano, p. 143.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ «Appartengono alla categoria dei contratti del diritto privato anche quelli con i quali si determinano i rapporti giuridici di famiglia segnalatamente il matrimonio, la adozione, la emancipazione.» *Systema del Diritto Romano attuale*, trad. SCIALOJA, vol. III, 1900, p. 411.

¹³⁰ O. y lug. cts. p. 406.

¹³¹ O. y lug. cts. p. 417. Aquí declara cómo el ataque de HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín, 1833, sobre todo, p. 116) a la doctrina de KANT va dirigido a la misma en cuanto que KANT tiene el matrimonio como contrato obligatorio respecto de la posesión mutua de los cuerpos en orden a la cópula. (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg 1797, p. 95 s.)

huella en la teoría jurídica moderna, de tal modo que, como indica OSTI en su amplio trabajo arriba citado¹³², comúnmente se tiende hoy día a eso: a dar cabida en el contrato estrictamente tal a objetos de carácter así patrimonial como familiar.

Como se ve, algo nos interesa esta cuestión, por razón de que en el matrimonio se trata de relaciones no patrimoniales, sino familiares. Sin embargo, no consentimos evidentemente con la doctrina de SAVIGNI por lo que se refiere, al menos, al matrimonio. Para la doctrina católica y en sana teoría jurídica debe decirse que el matrimonio es un contrato, y contrato obligatorio. De este modo nos oponemos también a la explicación de GLÜCK.

En primer lugar, el matrimonio es contrato porque se da el acuerdo o consentimiento entre dos partes sobre un objeto; además, es obligatorio, y con esto es contrato aun para todo el que requiera ese elemento en la noción de contrato, porque surge un vínculo absoluto entre tales partes «aliquid dandi vel praestandi». ¿Cuál? No hay duda que es el «ius ad corpus in ordine ad copulam». Ciertamente, esa disponibilidad de los cuerpos, o ese «ius ad corpus» por una y otra parte concretas, no existía antes del matrimonio; existe ahora en virtud del cambio de consentimientos.

Admitido que las partes no puedan poner limitaciones en cuanto a las personas, el fin, los efectos del vínculo, la estabilidad del mismo, etc.; pero ello no se opone al hecho de que las partes por su consentimiento hayan hecho surgir el vínculo *concreto* entre sí. Que estas dos personas concretas se hayan ligado jurídicamente se debe a su consentimiento. Ahora bien, lo esencial es que el «consensus» haya producido algo. El más y el menos no cambia para nada la noción, el concepto de las cosas. Si uno tiene un «ius ad corpus» respecto de *determinada persona*, esto se da en virtud del acuerdo mediado entre ellas. Lo que sucede aquí es que el objeto del contrato (del matrimonio) es menos modificable que en otros por el consentimiento de las partes, a causa de la relación más profunda que tiene con el derecho natural y de la intervención del derecho divino positivo determinativo todavía más claramente de los fundamentos del natural; mas, por lo que toca al nacimiento del vínculo, sucede en el matrimonio lo mismo exactamente que en los demás contratos: surge él, o sea, el «ius ad corpus», porque los cónyuges se lo conceden entre sí libremente y no por otra causa.

¿Es que por razón de esas determinaciones fijas, más profundas

¹³² L. c. p. 40.

que en otros contratos del derecho natural, se dirá que se trata de un contrato natural? Así es, en efecto. Dios creó al hombre infundiéndole el destino de propagarse, y precisamente por medio de personas previamente ligadas. El contrato es, pues, natural, determinado en su naturaleza y propiedades por el derecho natural; pero no dejará por ello de ser contrato mientras se deje al consentimiento de las partes el producir ese enlace concreto, el admitir entre sí tal figura o tal institución.

¿Es que por eso precisamente será el matrimonio una institución? No vemos inconveniente en que se le tenga por tal. Pero será entonces una institución abrazada o admitida, en cada caso concreto, por un contrato, y no de otra manera.

Supuesto cuanto queda declarado, no se ve cómo la unidad e indisolubilidad, propiedades del matrimonio, puedan anular en modo alguno la naturaleza del *contrato* matrimonial. Porque se le diga a uno: tú no puedes contraer matrimonio con dos, sino con una sola mujer, ni podrás deshacer tu matrimonio, una vez contraído; ¿dejará acaso de ser verdad que podrá hacerlo libérrimamente con una, aceptándolo así, *ad vitam*? ¿No habrá entonces un *consensus in idem placitum*? Más amplitud habría ciertamente en el otro caso, más libertad para las partes; pero el más y el menos, volvemos a decir, no se ve cómo puede cambiar la noción de las cosas. Cuando respecto de la *compraventa* de determinados objetos es fijado el precio por la ley, las partes no podrán contratar por debajo de ese precio. Ahora bien, ¿dejarán por eso de ser contrato las compraventas que se hagan al precio así obligado? Se dirá que entonces se trata de una limitación de derecho positivo. Pero la distinción no ofrece interés. Es indiferente que la limitación le venga a la voluntad de una ley que de otra.

La verdad es, además, que en ninguna noción de contrato, así en las fuentes romanas¹³³, como en los Códigos civiles modernos, como en los grandes autores, tanto civilistas como canonistas del medio-evo y siglos XVI y XVII aparece de algún modo insinuado que la indisolubilidad del contrato contradiga su naturaleza.

Indicábamos además que el matrimonio es un contrato obligatorio.

Todos nuestros grandes autores, así antiguos como modernos, especialistas en la materia, lo exponen con toda aseveración y eviden-

¹³³ ULP.: D. 2, 14, 3; 50, 12, 3. pr.

cia. Distingue, por ejemplo, PALMIERI diversas cosas en el matrimonio: primero el contrato, y luego:

«Potestas mutua in corpus alterius... sive mutua obligatio unius ad alterum respectu carnalis copulae, quae obligatio ex contractu immediate oritur et potestati mutuae respondet»¹³⁴.

Como se ve, su mente es clara. Se trata de contrato obligatorio, porque del mismo nace una obligación, correspondiente a una «potestas». A eso tiende, por consiguiente, el contrato matrimonial: a hacer surgir esa «potestas mutua» y ese correspondiente deber mutuo entre los contrayentes A y B. «Potestas» sobre los cuerpos respectivos «in ordine ad copulam», y deberes correspondientes también «in ordine ad copulam»¹³⁵.

Igualmente que PALMIERI se expresan, por ejemplo, SASSE-LEHMKUHL:

«Etenim matrimonium consistit in vinculo animorum, quod realiter continetur in iure mutuo tradito in corpus alterius in ordine ad generationem, et mutua obligatione quae huic iuri respondet»¹³⁶;

¹³⁴ O. cit. p. 3.

¹³⁵ En esto, pues tenía más razón KANT que HEGEL y SAVIGNY, porque decía aquél que el matrimonio es un contrato obligatorio, y que la obligación se refería a la entrega mutua de los cuerpos «in ordine ad copulam». Si bien exagerase al decir que no se completaba el contrato sino con la «traditio», o sea, la «copula actualis», Cf. O. cit. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797: «Der Ehe Vertrag wird nur durch eheliche Beibewohnung («copula carnalis») vollzogen.» (EMMANUEL KANTS, *Werke. Die Metaphysik der Sitten*, Berlín 1922, p. 84.) La figura, en cambio, que nos da Savigni del matrimonio queda muy oscura. Dice, en efecto: «Ma quale necessità abbiamo noi di concepire proprio così il contratto (es decir, como obligatorio) contenuto del matrimonio? Quando il sacerdote domanda agli sposi se vogliono amarsi e mantenersi reciprocamente fedeli sino alla morte, ed essi rispondono affermativamente, la loro dichiarazione non ha il senso di una promessa di determinati atti, ne di sottomissione al potere giudiziario per i casi che questi atti non vengano prestati; ma anzi significa che essi sono consapevoli della figura data dal cristianesimo al matrimonio, e che hanno la concorde volontà di condurre in questo modo vita comune. Siccome il riconoscimento del matrimonio come rapporto giuridico dipende di questa dichiarazione di volontà, noi lo chiamano con bona ragione contratto». *Systema...* cit. III, § 141, p. (de la Traducción) 417-8, (del original) 310.

¹³⁶ O. c. p. 351. Antes había dicho: Cómo esta obligación nace del contrato: «Mutua utriusque coniugis obligatio quae ex eo contractu nascitur ad actus conjugales qui ad procreationem et educationem prolis spectant», p. 351.

y WERNZ, el cual dice que el efecto formal del «contractus» es la «vitae consuetudo individua»; y esta «vitae consuetudo», dice él, «*principaliter et essentialiter consistit in iure atque officio mutuo, aequali, exclusivo, perpetuo in corpus alterius coniugis in ordine ad prolem generandam et educandam*»¹³⁷. No se puede, pues, decir más claro que se trata de contrato obligatorio.

Si quisiéramos traer testimonios más antiguos, los hallaríamos abundantes en tal sentido en todos los grandes tratadistas sin excepción. Me permito aducir dos o tres nada más, por vía de ejemplo. Así, PONCE DE LEÓN dice:

«In matrimonio, sicut in quovis alio contractu, in quo res datur, et accipitur, duo sunt. Alterum est translatio dominii, quae est potestas atque facultas utendi re illa: alterum est usus ipsius rei. Prius est radix posterioris, et ita ad illud suapte natura fertur. Sic igitur in matrimonio cum sit contractus quidam, in quo datur et accipitur corpus pro corpore, duo illa inveniuntur, nempe, et translatio dominii corporum unius in alterum, quae suapte natura refertur ad usum, et consuetudinem conjugalem secundum carnem, et usus ipse conjugalis sine copula. Atque haec translatio dominii, sive radicalis facultas ad utendum matrimonio, ita ut si utatur non accedat ad alienum corpus, nec fornicatio nec iniustitia sit, est in quo consistit essentia matrimonii»¹³⁸.

Resalta en este texto bien clara la obligación en esa traslación de dominio de los cuerpos, o sea, en esa verdadera facultad mutua de usarlos. «In ordine ad copulam». Facultad radical, claro está, que puede hallarse impedida con respecto al uso actual.

Igualmente DI CASTILLO:

«Quod huiusmodi contractus utpote mutuus, requirat consensum seu intentionem in mutuam translationem dominii corporum in ordine ad copulam, omnes fatentur, quia talis mutua translatio est primarius effectus per se resultans ex ipso contractu matrimonii, ad quem primario ordinatur»¹³⁹.

Se dice, en efecto, que del contrato de matrimonio resulta una «translatio dominii», que implica evidentemente una obligación en el

¹³⁷ *Ius Decretalium*, IV, Romae, 1904, p. 48.8

¹³⁸ O. c. l. I, c. 17, n. 7, p. 35-36. A continuación explica cómo se compagina ese dominio radical con la carencia del uso, impedido por el voto emitido así antes como después del matrimonio. *Ibid.* n. 9.

¹³⁹ *De Sacramentis*, T. III, *De Sacramento et contractu Matrimonii*, Antuerpiae, 1652, d. II, dub. 3 (n. 17).

sentido jurídico, obligación, a saber, de trasladar el dominio del cual se habla, que es igual a hacer efectiva la disponibilidad del cuerpo respecto de la cópula en favor del otro cónyuge.

Por fin GASPAS HURTADO, hablando en su clásica obra de esta materia de cómo se requiere que el consentimiento para el matrimonio sea pleno; da la razón, y al mismo tiempo expresa lo que a nosotros nos interesa:

«Quia contractus matrimonii est magni momenti, uptote translatus domini corporis in alteram personam ad commixtionem carnalem, et inductivus gravis obligationis in ipso transferente dominio»¹⁴⁰. Y poco después:

«Conveniunt doctores ad valorem et essentiam contractus matrimonii requiri consensum, seu intentionem exteriorem expressivam consensus; quia dicta mutua translatio est ipse primarius effectus et per se resultans ex contractu ipso matrimonii, et ad quem primario ordinatur»¹⁴¹.

No nos interesa ahora discutir si el dominio de que hablan los autores antiguos es propiamente tal, o más bien se trata de un «ius ad usum». Nos bastaría esto último para que hubiese verdadera obligación, es decir, «vinculum adstringens ad aliquid... praestandum», como define PAULO¹⁴². Siempre se tratará de una «potestas in corpus alterius» y la correspondiente «subiectio», como dice expresamente S. PABLO:

«Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier» (I Cor VII).

Ahora bien, que esta obligación lo sea tal, es decir, con la cual tenga que ver el ordenamiento jurídico, nos parece claro. Ello se comprueba por la existencia de muchas normas jurídicas de nuestras fuentes, que la regulan. Así, unas declaran cuándo cesa o se suspende su ejercicio¹⁴³; otras castigan, quitándolo¹⁴⁴, o quitando el uso

¹⁴⁰ *Tractatus de matrimonio et censuris*, Compluti, 1627, p. 85, n. 64.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 86, n. 65.

¹⁴² D. 44, 7, 3, pr.

¹⁴³ V. gr. X, 3, 32, 11: «Fraternitati vestrae mandamus, quatenus, si inveneritis uxorem regis Sueviae, gravi infirmitate depressam, continentiam vovisse, si non idem vir continentiam vovit perpetuam, eandem viro cohabitare faciatis et utrumque invicem maritali affectione tractare». Cf. c. 12 (ib).

¹⁴⁴ CELESTINO III, en X, 4, 12, 1: «Si quis cum filiastra sua scienter fornicatus fuerat, nec a matre debitum petere nec filiam unquam habere potest uxorem.»

en cuanto al pedirlo, no en cuanto al concederlo¹⁴⁵; otras urgiendo el concederlo con penas¹⁴⁶. Por lo demás, dicha obligación está expresada en un canon preceptivo de nuestro Codex (I III I)¹⁴⁷.

* * *

En las páginas precedentes hemos querido declarar una vez más que el matrimonio es un contrato en su noción esencial. Ello, sin embargo, lo afirmamos sólo del matrimonio «in fieri», no del matrimonio «in facto esse». El matrimonio «in facto esse» no es más que el vínculo que surge del contrato; en otras palabras, no es sino la obligación radical mutua, con su también mutuo correspondiente derecho. Y tal obligación en sí no es el contrato, sino su efecto.

Por eso precisamente, porque el matrimonio «in facto esse» no es el contrato, o, no es contrato, planteamos la última cuestión de este trabajo: *¿puede el matrimonio «in facto esse», o sea, el vínculo surgir no del contrato, sino de otra fuente?*

Con tal pregunta no desvirtuamos en nada lo hasta aquí expuesto; porque nuestra pregunta no se refiere a si cuando existe el contrato surge la obligación del contrato o también de otra causa. Nosotros hemos sentido, al menos siempre escribimos en ese sentido, que la obligación concreta, es decir, entre las partes A y B, surge sólo del contrato. Sólo el contrato vincula a estas dos partes, sólo el contrato aplica la institución matrimonial, determinada en su naturaleza por el derecho divino y también humano, al caso concreto. Por eso decimos que las partes *se unen* en matrimonio por su consentimiento, y nadie más las une.

Esas otras causas pueden entenderse: o la voluntad divina, o la voluntad humana, de la Iglesia, tratándose de matrimonios entre cristianos, o del Estado, tratándose de matrimonios entre no bautizados.

¹⁴⁵ CELESTINO III, en X, 4, 13, 4: «Quia vero super his consilium requisisti, praesenti pagina respondemus, quod legitimae uxori cohabitans et necessaria subministrans, non cognoscat eam quandiu vixerit, nisi ab ea fuerit requisitus.» Se trataba de un incestuoso.

¹⁴⁶ GREGORIO IX, en X, 4, 3, 11: «Ea propter mandamus (quatenus si res ita se habere) utrumque ipsorum ad vovendam perpetuam continentiam attende moneas et inducas: et si ad id induci nequiverint, memoratum I (iniuncta ei primitus pro commisso incestu poenitentia competenti) ut eidem cohabetet, et coniugale debitum reddat exactus, ecclesiastica censura compellat.»

¹⁴⁷ «Utrique coniugi ab ipso matrimonii initio aequum ius et officium est quod attinet ad actus proprios coniugalis vitae.»

En cuanto a lo primero, si la voluntad divina puede hacer que surja el vínculo matrimonial sin consentimiento o contrato de las partes, conocida es la controversia antigua. Unos lo negaban, como, por ejemplo, los dos grandes especialistas en materia matrimonial PONCE DE LEÓN y SÁNCHEZ; la mayor parte, en cambio, lo afirmaban. DI CASTILLO cree hallar cierta concordancia o acercamiento en el fondo entre las dos sentencias, o, quizá mejor, quiere terciar en el caso, diciendo: que si se mira la obligación matrimonial como llevando embebida en sí la «fides», es decir, considerando la obligación como procedente de la fidelidad matrimonial, entonces la mera voluntad divina no podría producir un vínculo, o una obligación igual a la que surge del «consensus». El matrimonio en este caso sólo lo puede producir el contrato; y por tanto, tienen razón los autores que sostienen la parte negativa. Si, en cambio, se mira tal obligación matrimonial como de mera justicia, entonces, sí, la voluntad divina podría sin duda producir el vínculo, lo mismo que lo produce el «consensus» o contrato. La razón es porque siendo Dios propietario de los cuerpos de ambos cónyuges, puede El por sí mismo hacer el traspaso de dominio que los cónyuges hacen; al cual traspaso de dominio corresponde naturalmente la «obligatio». Ahora bien, el dominio en sí, cualquiera que sea la fuente de donde proviene, es siempre de igual naturaleza; y lo mismo se diga de la obligación. Así, pues, en este sentido, dice Di Castillo, tienen razón los partidarios de la parte afirmativa ¹⁴⁹.

Nosotros prescindimos evidentemente de esta cuestión, si bien, al dejar indicado que el contrato no es vínculo, damos como nuestra, por el mero hecho, la opinión afirmativa; la cual, por lo demás, es común hoy día.

A nosotros nos interesa más lo segundo, es decir, la cuestión sobre si alguna otra autoridad que no sea la divina posee en alguna forma el poder de vincular a los cónyuges, o sea, puede hacer surgir el vínculo matrimonial sin contrato.

Todos los teólogos responden negativamente; al menos confesamos no haber podido encontrar uno sólo que diga lo contrario; y sí, en cambio, frases como las siguientes: «*Nihilominus conveniunt Doctores statum matrimonialem non posse absque consensu contrahentium fieri a republica adhuc Ecclesiastica*» ¹⁵⁰; «*Est etiam scien-*

¹⁴⁸ PONCE DE LEÓN, o. c., l. 2, c. 3, p. 57, s.: SÁNCHEZ, o. c., l. 2, d. 26.

¹⁴⁹ O. c., Tract. 10, d. 2, dub. 6.

¹⁵⁰ HURTADO, o. c., 3, 6 (n. 15), p. 90.

*dum non esse in terra potestatem sive ecclesiasticam sive civilem ut fieri possit matrimonium sine utriusque consensu... Hanc sententiam tenet communis omnium theologorum sententia*¹⁵¹; *Eam vero potestatem qua Deus uti noluit, fuisse Ecclesiae vel principibus concessam, nemo sapiens dixerit, et reipsa nulla ratione verisimili probari potest*¹⁵².

La razón alegada generalmente es porque el fin del matrimonio son de suyo los actos conyugales, la generación y educación de la prole. Ahora bien, «*haec incommodissime fiunt inter invito*», dice, por ejemplo, B. de Ledesma¹⁵³, y, por consiguiente, Dios no ha comunicado el sobredicho poder a ninguna potestad terrena; pues no pudo querer que el fin del matrimonio no pudiese obtenerse de modo conveniente¹⁵⁴.

Nadie negará que el matrimonio tiene una repercusión fundamental de bien común; pero no cabe duda tampoco que en el matrimonio se busca además el bien privado. ¿No es la prole algo de los cónyuges, antes que de la sociedad pública, sea la Iglesia o el Estado? Y tal bien común se obtiene precisamente mediante la obtención del bien privado.

Pero decimos más: no es que sin el consentimiento de las partes no puedan, y con él sí, como si ellos pudiesen producir el vínculo, dándose el consensus ut praesuppositum vel conditio, sino que son ellos, los cónyuges, únicamente los que por su consentimiento pro-

¹⁵¹ BART. DE LEDESMA, *Summarium*. Salmanticae, 1585, col. 1264, B: *De Sacramento Matrimonii*, diff. 16.

¹⁵² SASSE, o. c., p. 352: *Tract. de sacram. matrim.*, c. 1, a. 1, IV. En cuanto a lo que Sasse dice, que Dios no usó nunca de su poder absoluto en orden a producir el vínculo matrimonial sin consentimiento de las partes, es también, al menos, probable. Dice, v. gr. PEDRO DE LEDESMA: «*Nam ad suam Providentiam spectat quod Deus utatur lege ordinaria, et quod unaquaeque res concurrat ad suum effectum; sed de lege ordinaria, vinculum matrimonii fit ex consensu contrahentium. Ergo*». *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, Salmanticae, 1592, p. 141, A, quest. 45, a. 1. A continuación, en la misma página, indica cómo aun en los casos de Oseas y nuestros primeros padres fué el consentimiento causa inmediata del matrimonio.

¹⁵³ O. y I. Cf. SCHMALZGRUEBER, *Ius Ecclesiasticum Univ.* l. 4, t. 1, n. 257.

¹⁵⁴ A tal objeción de que la misma dificultad habría para que Dios «de potentia absoluta» pudiese hacer surgir el matrimonio sin consentimiento, cosa que, sin embargo, es la más admitida, contesta BART. DE LEDESMA, notando la diferencia: «*Nam cum Deus sit supremus Dominus corporum et animorum, posset illos quos copulavit sine consensu illorum, facere et disponere suaviter quod se diligant, et sic non sequuntur illa inconvenientia. Item, nam ipse Deus potest multis aliis mediis remedium adhibere, cum sit supremus Dominus omnium*». *Ibid.* q. 45, p. 141.

ducen el vínculo. Ni la Iglesia ni el poder civil actúan positivamente en tal sentido, sino es señalando las condiciones jurídicas del contrato: el contrato es la única causa. Las partes son las que disponen de sus cuerpos, y se transmiten el «ius ad copulam»; no la Iglesia ni el Estado. Creemos que otra interpretación repugnaría enteramente al sentido de la sana doctrina.

* * *

Vista así la doctrina en general, veamos cómo ella se verifica particularmente aun en los casos más difíciles, como son la convalidación simple, la sanación «in radice» y el contrato con persuasión de la nulidad del matrimonio.

Decíamos que ninguna autoridad humana puede vincular a los cónyuges contra su consentimiento; y en ello no parece admisible discusión alguna. Ese es el mínimo sentido que pueden tener las palabras del Florentino:

«Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de presenti expressus»¹⁵⁵.

Pero añadíamos que la intervención de cualquier autoridad humana, cuando a la vez se da el consentimiento, y por tanto surge el matrimonio, no envuelve causalidad alguna en orden a él; sino que toda se debe al consentimiento. Dicha intervención es puramente negativa bajo este aspecto. Es bajo este segundo punto de vista como podrían ofrecer dificultad los tres casos de que vamos a tratar.

Primer caso, o de convalidación simple.

La duda puede estar en lo siguiente. Si la Iglesia prescribe la renovación del consentimiento cuando la nulidad se debe, v. gr. a un impedimento dirimente eclesiástico, sucede que, dispensado el impedimento, el consentimiento aquel primero persevera con toda su fuerza natural, y sin embargo, no produce el vínculo. Este se produce, en cambio, una vez hecha la renovación que quiere la Iglesia.

¹⁵⁵ *Decret. «pro Armenis»*. Arriba advertimos la interpretación de los autores en el sentido de que la palabra «regulariter» se refiere no a «consensus», sino a «per verba de praesenti».

Señal que la voluntad de la Iglesia ha intervenido positivamente, ha sido, al menos, concausa del matrimonio.

Nos parece claro que no se puede hacer tal deducción. Por una parte, el mismo hecho de que la Iglesia prescriba esa renovación del consentimiento indica ya que es el consentimiento el que hace nacer el matrimonio, y no, ella. Es decir, concedamos que entonces no es formalmente aquel primer consentimiento perseverante el que causa el vínculo, pero tampoco lo será la Iglesia, sino que será el consentimiento renovado, *siempre* será el consentimiento. Una cosa es que la Iglesia mande poner el consentimiento, y otra, que ella produzca el efecto que corresponde al consentimiento. Mandar poner la causa no es lo mismo que producir el efecto.

Vengamos más directamente a la solución de la dificultad. ¿Por qué el primer consentimiento no produce el matrimonio, y sí, en cambio, el segundo? Porque la Iglesia lo quiere. Exacto. ¿Pero es que la Iglesia no pudo poner como necesaria la forma jurídica del matrimonio? Dios Nuestro Señor dejó a la autoridad legítima y competente humana el determinar las condiciones del contrato. La Iglesia, según eso, tiene poder para determinar cómo se ha de manifestar el consentimiento. Esto sucede igualmente respecto de todos los demás negocios jurídicos formales. La autoridad legítima determina bajo qué forma se ha de hacer la compraventa de los inmuebles, etc., en modo que de otra suerte la venta no valga. Ahora bien, nadie dice entonces que vende, o compra, o traspasa, el dominio de la cosa el Estado; porque son únicamente las partes las que se desprenden de un derecho y lo adquieren respectivamente; es el consentimiento de las mismas la causa del negocio. Pues, respecto de la renovación del consentimiento matrimonial, creemos que sucede exactamente igual. Por una «ratio jurídica», cual tiene en todas sus normas, la Iglesia exige la renovación del consentimiento lo mismo que exige la forma; de modo que, sin la renovación, lo mismo que sin la forma, el consentimiento, naturalmente íntegro, no tiene eficacia. No hay más. El primer consentimiento meramente perseverante no lo admite la Iglesia; el segundo, es decir, renovado, sí; pero nada más. Siempre será el consentimiento el que obre, si bien emitido del modo que quiere la Iglesia.

Según eso, ¿podía la Iglesia dejar de exigir la renovación? Evidentemente que sí, por la razón antes indicada, que ella no pone nada positivo de su parte; todo lo que es causativo en nuestro caso está en el consentimiento, el cual, en cuanto a su eficacia *natural*, vale lo mismo en su estado meramente perseverante, como renovado.

Segundo caso, o de la sanación «in radice».

En la sanación «in radice» la Iglesia se contenta con el consentimiento aquel primero perseverante, una vez dispensado el impedimento.

En efecto, para que nazca entonces el matrimonio son menester dos cosas: 1.^a, dispensa del impedimento dirimente de derecho eclesiástico, que se supone existe, o del defecto de forma; 2.^a, dispensa de la renovación del consentimiento. Hecho esto, surge el vínculo, efecto del consentimiento aquel primero perseverante. Conviene declarar varias cosas.

En primer lugar, se trata de una verdadera dispensa de la ley eclesiástica. Ley que establecía en el primer caso un impedimento propiamente tal; en el segundo, un impedimento impropriadamente dicho, e indirecto, es decir, la forma jurídica; y en el tercero, o sea, al prescribir la renovación del consentimiento, un impedimento improprio también indirecto, que podríamos llamar en orden a la convalidación. También al tercero le llamamos impedimento en sentido general, y creemos que con razón, porque al prescribirse la renovación del consentimiento, se impide sencillamente que el consentimiento naturalmente suficiente produzca su efecto.

Esto supuesto, ¿qué es lo que hace la Iglesia cuando sana «in radice»? Únicamente quitar dichos impedimentos, es decir, dispensar para el caso concreto de las condiciones jurídicas por ella prescritas en orden al modo de manifestación del consentimiento, o a las cualidades de los sujetos que lo otorgan, y dejar obrar al consentimiento naturalmente suficiente. Esto es lo que nos dice sencillamente el c. 1.138, & 1: la sanación in radice «Secumferens praeter dispensationem vel cessationem impedimenti, dispensationem a lege de renovado consensu»¹⁵⁶.

¿Se dirá también ahora que ese consentimiento natural produce el matrimonio porque la Iglesia quiere? No hay inconveniente en admitirlo; pero con ello no se dice sino que entonces la Iglesia no exige modo especial de manifestación del consentimiento, o, tratándose del impedimento propiamente tal, aquella condición especial de los contrayentes a la que se refiere el impedimento. Sucede ni más ni menos como que la Iglesia se sitúa, para el caso, en el momento

¹⁵⁶ La retrotracción de los efectos canónicos no nos interesa aquí, como es evidente.

antes de haber dado las leyes que contenían los impedimentos dichos. En ese momento podría el consentimiento ser manifestado eficazmente sin la presencia del párroco y dos testigos, o por un consanguíneo, v. gr. en tercer grado. Pues ahora también. Si pues, entonces la causa del vínculo matrimonial era el consentimiento, y únicamente el consentimiento, ahora también; porque no hay razón para hacer distinción alguna. Del mismo modo, entonces no sería hipótesis necesaria la renovación del consentimiento para que surgiese el vínculo, sino que obraría el consentimiento aquel primero perseverante. Pues lo mismo ahora, al venir la dispensa de la ley que los prescribía, porque vuelven así las cosas al mismo punto, para el caso concreto. No hay tampoco aquí razón alguna para hacer distinciones.

Según eso, la intervención de la Iglesia no es positiva en el sentido de causar el vínculo matrimonial. Las palabras «Ecclesia sanat» del c. 1.139, & 2 no deben engendrar confusión en tal sentido; una vez que en el canon precedente se define expresa y taxativamente en qué consiste la «sanatio», a saber, ni más ni menos que en dos dispensas: del impedimento o la forma y de la renovación del consentimiento. *Sanar*, pues, aquí no es añadir algo al consentimiento, sino quitar lo que se había puesto como impedimento, para que el consentimiento aquel naturalmente suficiente no fuera eficaz. Quitado eso, ya es eficaz.

* * *

Pero vengamos al punto que parece el más difícil. ¿Cómo es posible que obre ese consentimiento que se dice perseverante, sobre todo cuando sólo se halla en estado habitual? ¿Y cómo, además, se puede llamar contrato en modo de poderse mantener la tesis de que el matrimonio-vínculo nace siempre de un contrato?

Ante todo preguntamos: ¿Existe el consentimiento habitual o no? Si no existe, no se puede dar la sanación «in radice». Es así, que se puede dar; señal de que sí existe aun en tal estado habitual. Y no podemos decir que *existió* únicamente; tenemos que decir que *existe* en el momento de la sanación, como quiera que sea. Pero ¿cómo existe, psicológica o jurídicamente? Sólo jurídicamente; pero ello basta. No psicológicamente, porque nadie podrá decir que está consintiendo en esa forma, v. gr., quien se halla dormido; y sin embargo entonces, por supuesto, se puede dar la sanación «in radice», la cual es de un consentimiento *coexistente* al acto de la misma.

Continúa, pues el consentimiento, mientras no se revoque, desde el acto aquel primero en que el consentimiento fué actual, aunque sólo en sentido jurídico o moral, lo cual entendemos así: Una vez emitido un acto de voluntad en orden a un efecto jurídico, tal voluntad se hallará siempre en ese mismo estado, mientras no se cambie, respecto de dicho efecto. Que se haga consciente o no en lo futuro, no interesa; sólo interesa el que no se cambie. Si no se cambia, el objeto del acto se podrá decir que se sigue queriendo; y el efecto seguirá atribuyéndose siempre a la voluntad. Casos semejantes tenemos en el matrimonio por procurador, en el de consentimiento no simultáneo entre las partes y en el del negocio jurídico condicionado.

En el primero es evidente que no es el consentimiento del procurador, sino el del mandante, el que anuda el vínculo. Ahora bien, el consentimiento del mandante puede hallarse en estado meramente habitual en el momento de surgir el vínculo. ¿Por qué éste obra, sin embargo, el vínculo? Sencillamente porque no se ha revocado; y por consiguiente, porque la voluntad se halla en orden al afecto pretendido en el mismo estado *jurídico*, en el momento en que se anuda el vínculo, que en el momento en que se dió el mandato al procurador, momento en que el consentimiento era actual.

En el segundo caso, o de consentimiento no simultáneo, sucede lo mismo. Sabemos que no es menester se den los dos consentimientos a la vez. Pueden darlo uno de los consortes hoy, y el otro dentro, v. gr. de un mes. Una sola cosa hace falta: que el primero no haya revocado su consentimiento cuando el segundo lo da. El que el del primero se halle en estado únicamente habitual no impide para nada el nacer del vínculo; antes, en ese mismo estado, lo produce. La razón es siempre la misma: que su voluntad se halla jurídicamente en el mismísimo estado respecto del efecto u objeto pretendidos en el momento del consentimiento habitual, que en el del actual. Si, pues, entonces no produjo el efecto, por falta de algún requisito ajeno a él, lo producirá ahora.

Por fin, un tercer caso análogo es el del negocio jurídico condicionado, en general, y en nuestra materia, concretamente, del matrimonio condicionado. Evidentemente que el vínculo no surge, o sea, no se produce, sino en el momento de verificarse la condición. ¿En virtud de qué consentimiento? No ciertamente del actual aquel del momento inicial, sino del que existe en el momento de verificarse la condición; es decir, en virtud del consentimiento perseverante. Esto es claro, porque si hubiera habido una revocación, el matrimonio no podría darse ya. La consecuencia es obvia. Siendo posible que al

momento de verificarse la condición el consentimiento habitual produzca el vínculo, recordamos una vez más que la perseverancia del consentimiento en el caso es sólo jurídica. Creemos que del no considerar tal distinción, es decir, esta existencia psicológica y jurídica, brota toda la dificultad que se halla en la explicación de la «sanatio in radice».

* * *

Hemos puesto como ejemplo evidente de consentimiento habitual el caso de uno que duerme. Quizá, sin embargo, sea más difícil el caso del que está descontento de su matrimonio, y por tanto su ánimo es contrario al vínculo.

La posición del que está descontento de su matrimonio es la siguiente: él estaría dispuesto a revocar su consentimiento, si supiese que era nulo; pero como lo cree válido, no lo revoca. De ese modo el consentimiento contrario lo es sólo interpretativamente. Se trata, pues, del estado aquel jurídico que sigue al consentimiento actual, que, según dijimos arriba, es igual al del momento inicial, en orden al efecto pretendido, una vez que el cambio jurídico lo provoca únicamente la revocación. Verdad es que el descontento, o desafecto mencionados existen, no interpretativa, sino actualmente; pero bien sabemos que el *afecto*, el *amor*, el *contento*, no tienen valor jurídico, objetivo en los actos jurídicos. El *afecto* tal vez habrá llevado a las partes a emitir el acto de voluntad *efectivo* del vínculo matrimonial —y digo tal vez, porque es posible un acto de voluntad dotado de efectividad jurídica no motivado por el amor, sino por motivos utilitarios, v. gr. de las riquezas de la comparte—; pero no lo ha producido por sí. Y si se trata del matrimonio ya contraído, es todavía más fácil la disociación entre ambas cosas. Puede cesar el amor y no el consentimiento jurídico en el matrimonio, v. gr., por considerar imposible la disolución del vínculo. Ahora bien, tratándose de matrimonio nulo, o sea, en el que no se produjo el vínculo, las cosas pueden suceder igualmente, si la parte o las partes ignoran tal nulidad. Posiblemente el amor las llevó a emitir el consentimiento inicial. Ahora cesa el amor; pero como no saben que el matrimonio es nulo, y lo creen indisoluble; el acto, por tanto, aquel de la voluntad sigue en el mismo estado.

* * *

Falta, sin embargo, por declarar la segunda pregunta: En esos casos, sobre todo cuando el consentimiento perseverante es sólo

habitual, ¿puede hablarse de contrato, en modo que sea exacto decir que el matrimonio nace siempre de un contrato?

De algún modo queda ya ello declarado, pero veamos de hacerlo más directamente.

Por de pronto, si admitimos que el matrimonio por procurador, aquel en que los consentimientos no se den simultáneamente, y el condicionado son contrato, o nacen en virtud de un contrato, del mismo modo debemos decir del caso de la sanación «in radice». Pues acabamos de ver que el estado jurídico del consentimiento es igual aquí que en aquellos casos.

Además, tenemos que salvar ante todo la proposición siguiente: que Jesucristo elevó a sacramento el contrato; lo cual quiere decir que no es posible contraer matrimonio entre cristianos que no sea contrato¹⁵⁷. ¿Se podrá acaso decir que el contrato aquí es un presupuesto, y como tal se entiende aquel actual, que ya pasó y que no obra ya como tal, que no es él el que produce el vínculo, pero que basta para que se pueda decir que no ha habido matrimonio sin contrato? Ciertamente, no. En primer lugar, decir que el contrato en el caso se pueda tomar como un presupuesto, y no como la causa del vínculo, sería ir contra el sentido obvio de todos los documentos pontificios, así como contra la mente de todos los doctores, cuando eso afirman. El sentido obvio, en efecto, es que la misma causa del vínculo es el «signum efficax gratiae»; y ese es el contrato. Decir que una cosa es la que causa el vínculo, y otra el «signum efficax gratiae» es pensar en una institución diversa de la establecida por Cristo.

En efecto, el lenguaje de todos los teólogos al exponer esta doctrina es el siguiente: que el matrimonio tomado *causaliter* es el sacramento. Notemos la palabra «causaliter», es decir, con respecto al vínculo, y que el matrimonio «causaliter» es el contrato. Una misma cosa es la que causa el vínculo y la gracia, o sea, es sacramento. Veamos, por ejemplo, el modo de expresarse de uno de ellos, que copia a su vez a otros, D. VIVA:

«Matrimonium formaliter sumptum non est sacramentum, sed solum causaliter sumptum matrimonium est sacramentum constitutum per consensum mutuum exterius expressum, qui a Florentino dicitur esse causa efficiens matrimonii»... «solum sanctifica; usus

¹⁵⁷ Del matrimonio por procurador, sin embargo, hubo dos opiniones contrarias entre los clásicos. Varios teólogos de nota negaron que fuese sacramento. Los más lo afirmaban. Cf. SÁNCHEZ, o. y lug. cts., 2, 12, nn. 26 y 27, p. 98. Hoy se tiene como cierto que lo es. Cf. GASPARRI, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, vol. II, 1932, p. 72, n. 877.

matrimonii sumpti pro contractu; dum enim coniuges contrahunt, suscipiunt gratiam sacramentalem matrimonii; ergo solum matrimonium sumptum causaliter pro contractu est sacramentum»¹⁵⁸.

Para declarar cómo se trate de contrato aun en este caso, téngase presente lo antes dicho sobre la perseverancia del consentimiento. Decir que permanece el consentimiento es decir también que permanece el contrato. ¿Físicamente? No; pero sí moral y jurídicamente, lo cual basta. Así, moral y jurídicamente permanece el contrato siempre que no se haya revocado. De ese modo podrá producir el efecto a que tiende tan pronto como desaparezcan los obstáculos de carácter positivo.

Se opondrá: ¿Cómo puede obrar lo que no existe físicamente? La respuesta es obvia. Lo que no existe físicamente sino sólo moral y jurídicamente no podrá obrar o producir un efecto físico, pero sí un efecto moral o jurídico, cual es la obligación mutua de los cónyuges, como queda descrita más arriba. Sucede aquí lo que con una ley o un precepto. El Superior da una disposición, ley o precepto —para el caso es igual—. Dicha disposición llega a conocimiento del súbdito más tarde, cuando la voluntad del Superior es sólo habitual con respecto a tal disposición. Ahora bien, entonces precisamente surge la obligación respecto de los súbditos: a saber, cuando llega a noticia de ellos, con tal que el superior no la haya revocado. La causa de ese efecto no existe ahora físicamente; existió, sin embargo, y continúa sólo moral y jurídicamente, es decir, en ese modo que basta para que se dé influencia o moción sobre las facultades espirituales, y, por tanto, que es suficiente para el derecho. Sigue existiendo, pues, jurídicamente el consentimiento, y por tanto también el contrato.

Por fin, que el consentimiento es siempre la causa del matrimonio es confirmado por el c. 1.081, que dice así:

«Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri valet».

En primer lugar, se afirma en sentido general que el matrimonio lo causa el consentimiento. Y en segundo lugar, se excluyen las excepciones, al decir que nada puede suplirlo. Y no puede oponerse que con las palabras «qui nulla humana potestate suppleri valet», se dice

¹⁵⁸ *Cursus Theologico-moralis*, t. posterior, Patavii 1737, p. 41. Cf. SÁNCHEZ, o. y lug. cts., II, 12, p. 98; II, 25, n. 2, p. 113.

únicamente que sin consentimiento, ora como causa ora como presupuesto, no puede haber suplencia. Decimos que no se puede oponer eso, porque consta bien claro que lo que no se puede suplir es ese consentimiento que «matrimonium facit», o sea, que causa el matrimonio.

Tercer caso, del matrimonio celebrado con persuasión de la nulidad del mismo.

Este caso, que parecería ser el más difícil, a nosotros no nos resulta así realmente, dada la interpretación, que nos parece ser obvia, del c. 1.085 del Codex I. C.:

«Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimonialem necessario non excludit.»

Como sabemos, fué discutido entre los clásicos, si la opinión o certeza subjetiva acerca de la existencia de un impedimento dirimente impedía que se diese el consentimiento suficiente, y por tanto, válido para el matrimonio. Sin distinguir y analizar grandemente las hipótesis y puntos diversos que encierra la cuestión, unos defendían la posición negativa y otros la afirmativa¹⁵⁹.

Cuando se vino a la redacción del Código se volvió a plantear la cuestión. La doctrina que prevaleció la vemos por las palabras del Secretario de la Codificación, que en esta materia matrimonial tuvo parte e influencia grandemente decisiva, debido a su especialísima competencia. Dice él, en efecto:

«Haec doctrina est falsa, id est, consensus matrimonialis est utique possibilis cum notitia aut opinione impedimenti dirimentis»¹⁶⁰.

Lo cual prueba basándose en la misma naturaleza de la cosa, en documentos pontificios y en la «praxis» de la Iglesia.

¹⁵⁹ Puede verse la lista de autores por una y otra parte, v. gr. en SÁNCHEZ, o. c. 2, 33, p. 121; él sostiene la afirmativa, o sea, la posibilidad de un consentimiento válido en el caso; o CASTROPOLANO, o. c., 2, 5, n. 7, p. 77; él sostiene la negativa. Nótese que si bien los clásicos hablan generalmente del caso de la certeza meramente subjetiva, es decir, de un error «facti o juris» y por consiguiente, de si en esos casos se produce el vínculo o no, la cuestión es igual, planteada para la hipótesis de conocimiento objetivo de la nulidad real del matrimonio, respecto a la posibilidad de un consentimiento naturalmente suficiente o no en el caso.

¹⁶⁰ *Tractatus Canonicus de Matrimonio*, cit., p. 31, n. 812.

Eso supuesto, venimos ya a nuestra cuestión, y decimos: La Iglesia, por cuanto se deduce del citado canon, no es la que produce el vínculo en esos casos, sino que es también entonces el consentimiento el que lo produce, en el acto, si la certeza u opinión son meramente subjetivas, o a base y para el tiempo de una eventual sanación in radice, si realmente existía el impedimento estricto o lato (defecto de forma). Que esa es la mente o pensamiento de la Iglesia, y que ella no anude el vínculo, se ve suficientemente indicado en el canon. No se dice ahí que en caso de conocimiento u opinión de nulidad, el matrimonio es válido desde el primer momento, o se convalida llegado el caso, sino se dice sólo que tal *opinión* o *certeza no excluye el consentimiento matrimonial*; lo cual es muy distinto. Se supone, pues, clarísimamente que es el consentimiento siempre la causa. En efecto, parece claro que el legislador va a declarar en ese canon, con los consiguientes efectos prácticos, que cuando ocurra el caso de opinión o conocimiento de la nulidad del matrimonio, no se ha de tener el consentimiento, sin más, por inexistente; sino que es menester examinar si en efecto se ha dado o no.

Ese y no otro es el sentido del c. 1.085. Luego no dice el canon que en ese caso habrá vínculo, haya habido o no un verdadero consentimiento, sino sólo que en ese caso puede haber consentimiento suficiente, y en tal caso habrá matrimonio. De tal modo que de no haber tenido el legislador como cierta la doctrina de que entonces, al menos en *alguna hipótesis*—con esto se salva el canon—, es posible un consentimiento verdadero y suficiente para el matrimonio, no tendría el canon sentido alguno.

Así pues, a nosotros no nos interesa la cuestión de si es posible o no, y en cuáles hipótesis, que se dé un consentimiento suficiente o no. Puede verse sobre ello el amplio y para los lectores conocido estudio del P. Rodrigo¹⁶¹. Nos interesa sólo lo que dejamos declarado, si es el consentimiento o es la autoridad de la Iglesia lo que en tales casos produce el vínculo a tenor del c. 1.085.

OLIS ROBLEDA, S. J.
 Universidad Pontificia de Comillas
 (Santander)

¹⁶¹ *De relatione inter matrimonii nullitatem et nullitatem consensus matrimonialis*, Aparte de «Miscelánea Comillas». Comillas 1945.