

## CONSENTIMIENTO Y CONSORCIO EN EL MATRIMONIO ROMANO Y EN EL CANÓNICO: UN ESTUDIO COMPARATIVO

ALFONSO CASTRO SÁENZ  
Universidad Hispalense

1. Mucho se ha debatido sobre la trascendencia y elaboración jurídica del matrimonio romano<sup>1</sup> y es complicado hallar institución o figura en el Derecho de

---

<sup>1</sup> Entre la nutridísima literatura consagrada por la romanística de varios siglos al tema del matrimonio véase, entre otros, RIRAQUELLUS, *De legibus connubialibus et matrimonio* (Basilea, 1561); CARPZOV, *Dissertatio de iure connubiorum* (Jenae, 1617); D'AVEZAN, *Dissertatio de sponsalibus et matrimoniis* (Parisiis, 1661), en MEERMAN, *Thesaurus*, IV, pp. 315 - 354; HILDEBRAND, *Tractatus de nuptiis veterum christianorum* (Helmstantii, 1661); DYRER, *Dissertatio de iure connubiorum apud Romanos* (Göttingen, 1736); SCHOTT, *Einleitung in das Eherecht* (Nürnberg, 1786: ivi 1802); NOUGARÈDE, *Lois du mariage et du divorce* (Paris, 1816); BLUNTSCHLI, *Die verschiedenen Formen der römische Ehe in ihren historischen Verhältniss*, en *Schweiz. Museum für hist. Wiss.* (1837); ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe* (Stuttgart, 1853); *idem*, *Römische Hochzeits und Ehedenkmäler* (Leipzig, 1871); ZHISHMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche* (Wien, 1863), pp. 3 - 14; KARLOWA, *Die Formen der römische Ehe und Manus* (Bonn, 1868); SOHM, *Das Recht der Eheschliessung* (Weimar, 1875); SHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I (Padova, 1876); GLASSON, *Le mariage et le divorce* (Paris, 1880); SCADUTO, *Il divorzio e il cristianesimo in occidente. Studio storico* (Firenze, 1882); *idem*, *Il consenso nelle nozze, nella professione e nell'ordinazione secondo il diritto romano-germanico, canonico* (Napoli, 1885); BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I (Bologna, 1886); *idem*, II (1888); *idem*, III (1889); MANENTI, *Della inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena, 1889); HRUZA, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, I (Erlangen - Leipzig, 1892); *idem*, II (1894); MEYER, *Der römische Kowkubinats nach den Rechtsquellen und den Inschriften* (Leipzig, 1895); DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità* (Torino, 1905, trad. Cicala); FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia* (Napoli, 1910); DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* (Palermo, sin fecha); PLASSARD, *Le concubinat romain sous le Haut Empire* (Toulouse - Paris, 1921); BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia* (Roma, 1925, reimpr. Milano, 1963); LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung* (Weimar, 1925); *Verschollenheit und Ehe in antiken Rechten*, en

Roma que haya suscitado más contrapuestas opiniones; frente a los que lo enaltecen –con evidente exageración– como la más perfecta manifestación del genio jurídico romano<sup>2</sup> campean los que lo califican –o más bien descalifican– como la muestra del más bajo índice a que llegó la excepcional pericia jurídica del romano<sup>3</sup>. Esta última visión, aparte de sustentarse en razones por entero extrajurídicas, suele conllevar, como fundamento casi único, la consiguiente comparación con la regu-

---

*Gedächtnisschrift für Emil Seckel* (Berlin, 1927); WESTRUP, *Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain* (Paris, 1926); *idem*, *Recherches sur les formes antiques de mariage dans l'ancien droit romain* (Copenhague, 1943); CORBETT, *The roman Law of marriage* (Oxford, 1930); KUNKEL, *Matrimonium*, en *P.W., R. Enz.*, XIV, 2 (1930), pp. 2259 - 2286, y en menor medida MANIGK, *Manus*, *ibíd.*, p. 1377; RAGE-BROCARD, *Rites de mariage. La deductio in domum mariti* (Paris, 1934); INSADOWSKY, *Quid momenti habuerit christianismus ad ius romanum matrimoniale evolvendum*, en *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, II (Romae, 1935), pp. 37 - 88; NOAILLES, *Les rites nuptiaux gentiles et la confarreatio*, en *RHD.* 15 (1936), pp. 414 - 416; KOSCHAKER, *Die Eheformen bei den Indogermanen*, in *Deutsche Landesreferate z. II Int. Kongr. f. Rechtsvergl. im Haag* (Berlin, 1937), pp. 77 - 140; BALLINI, *Il valore giuridico della celebrazione nuziale cristiana dal primo secolo all'età giustiniana* (Milano, 1939); D'ERCOLE, *Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa*, en *SDHI.* 5 (1939), pp. 3 - 75; VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains* (Padova, 1940); ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, en *BIDR.* 47 (1940), p. 205 y ss. (cfr. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I [Milano, 1951]); DÜLL, *Studien zur Manusehe*, en *Festschrift Wenger*, I (München, 1944); PEROZZI, *Problemi di origini. Confarreatio e coemptio matrimonii causa*, en *Scritti giuridici III* (Milano, 1948), pp. 528 ss.; NOAILLES, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains*, en *Fas et Ius* (Paris, 1948), pp. 1 ss.; VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, en *Studi in memoria di E. Albertario*, II (Milano, 1952), pp. 347 - 384; GAUDEMET, *Observations sur la manus*, en *AHDO. - RIDA.* 2 (1953), pp. 323 - 353; *idem*, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire*, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, III (Napoli, 1953), pp. 115 - 137; LONGO, *Diritto romano - Diritto di famiglia* (Roma, 1953); GARCÍA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*, en *AHDE.* 26 (1956), pp. 781 ss.; VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio* (Roma, 1960 - 1961); GAUDEMET, *La transformation de la vie familiale au Bas-Empire et l'influence du Chistianisme*, en *Romanitas* 5 (1962), pp. 58 - 85; *idem*, *La définition romano-canonique du mariage*, in *Festschrift Flöchl*, (1967), pp. 107 - 114; VILLERS, *Manus et mariage*, en *The Irish Jurist* 4 (1969), pp. 168 - 179; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma, 1970); VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*, en *Studi in onore di G. Scherillo* (Milano, 1972), pp. 441 - 470; HUMBERT, *Le remariage à Rome* (Milano, 1972); BUCCI, *Nuove e vecchie ipotesi in tema di matrimonio romano*, *Apollinaris*, 45 (1972), p. 533 y ss.; ROBLEDA, *Matrimonio inexistente e nulo en derecho romano*, en *Studi in memoria di G. Donatuti*, III (Milano, 1973), pp. 1131 - 1155; VOLTERRA, *s.v. Matrimonio (diritto romano)*, *EdD.* 25 (1975), pp. 726 - 807; ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale presso i romani*, en *AA.VV., Conference storico-giuridiche dell'Istituto di storia del diritto e filosofia del diritto (Perugia)* (Perugia, 1980), al cuidado de Crifó, pp. 97 - 151; *AA.VV., Acc. Constan.* (1988).

<sup>2</sup> SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona, 1960, trad. Santa Cruz Teijeiro), p. 99, versión al español de *Classical Roman Law* (Oxford, 1951).

<sup>3</sup> D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1989), 7ª ed., p. 288.

lación canónica del matrimonio, tenida por incomparablemente mejor. Este artículo, naturalmente, dista mucho –o quiere, al menos– de planteamientos comparativos de derrota o triunfo, pues si bien es cierto que el matrimonio canónico<sup>4</sup> presenta en su contextura jurídica los instrumentos de sabiduría técnica que han hecho del suyo un tejido jurídicamente paradigmático, no lo es menos que la suya es una elaboración secundaria<sup>5</sup>, esto es, fundada en los aportes primarios de la regulación romana, a la que se añaden dos elementos configuradores nuevos: una exhaustividad desconocida, fruto de una especial atención, de una particular autoconsciencia; la adherencia nutriente, por otro lado, de una sobrenaturalidad que al matrimonio de la Iglesia confiere su consideración de sacramento<sup>6</sup>, consideración que, si bien sólo puede ser espiritualmente percibida por los que creen, resulta jurídicamente analizable por los que estudian.

Dos son, en cualquier caso, los puntos de partida de una comparación que discurrirá tan sólo por los espacios –suficientemente complejos– de lo jurídico. Quien esto escribe piensa que para los vericuetos enrevesados, quizás inescrutables (no diría yo que fantasmales), de lo divino está la fe y, en el plano de lo humanístico, la teología<sup>7</sup>. En esta línea de investigación que guía estas páginas, en primer lu-

---

<sup>4</sup> Véase, entre otros muchos, DE SMET, *Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio* (Brugis, 1927); ESMEIN, *Le mariage en droit canonique* (Paris, 1929 - 1935); FUMAGALLI, *Le mariage en droit canonique* (Paris, 1929 - 1935); GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio* (Romae, 1932); KNECHT, *Derecho matrimonial católico* (Madrid, 1932, trad. Gómez Pinán); JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico* (Milano, 1941); CONTE A CORONATA, *De sacramentis tractatus canonicus*, III (Taurini, 1946); WERNZ & VIDAL, *Ius canonicum*, V: *Ius matrimoniale* (Romae, 1946); CHELODDI & CIPROTTI, *Ius canonicum de matrimonio et de iudiciis matrimonialibus* (Vicenza, 1947), con versión española de FERNÁNDEZ ARRUTI (Barcelona, 1959); CAPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, II. *De matrimonio* (Romae, 1950); VLAMING & BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii* (Bussum in Hollandia, 1950); D'AVACK, *Cause de nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico* (Firenze, 1952); BERTOLA, *Il matrimonio religioso* (Torino, 1953); BANK, *Connubia canonica* (Roma, 1959); D'AVACK, *Corso di diritto canonico. Il matrimonio* (Milano, 1959); ADNÈS, *Le mariage* (Tournai, 1961); DELLA ROCCA, *Diritto matrimoniale canonico, Tavole sinottiche* (Padova, 1963), con versión española anotada de Prieto (Madrid, 1966); DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico* (Milano, 1963), con edición separada de la parte matrimonial (Milano, 1965); GIACCHI, *Elementi essenziali*, en s.v. *Matrimonio (diritto canonico)*, *EdD.* 25 (1975), pp. 887 - 901; MAESTRI VIGNALI, *Forma della celebrazione*, *ibíd.*, pp. 886 - 950; FUMAGALLI, *Capacità generale*, *ibíd.*, pp. 901 - 915; GIACCHI, *Consenso*, *ibíd.*, pp. 915 - 940; BUCCI, *Amore, struttura e Sacramento nel matrimonio*, *Apollinaris*, 49 (1976), pp. 554 - 563; ABATE, *Il matrimonio canonico nell'attuale legislazione canonica* (Brescia, 1982); BERSINI, *Il nuovo diritto canonico-matrimoniale* (Torino, 1983); HEIMERL & PREE, *Kirchenrecht: Allgemeine Normen und Eherecht* (Wien, 1983); BERNÁNDEZ CATÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico* (Madrid, 1986), 5ª ed.; véase además *infra* n. 63.

<sup>5</sup> Entiéndase, lógicamente, en el sentido de *segunda*, dentro de una tradición jurídica y cultural que es la misma.

<sup>6</sup> Destacada por el canon 1055.1 *in fine* y específicamente por el 1055.2.

<sup>7</sup> O dicho de otro modo: la Eclesiología –parte de la Teología que se ocupa de la verdad

gar, no debe obviarse que derecho romano y derecho canónico son alas –de diverso tamaño, sin duda– de un mismo pájaro, ave desmesurada y desde luego no fugaz, de la que viene, en su verterse de derecho común<sup>8</sup>, la modernidad jurídica. En segundo lugar, el tratamiento jurídico del matrimonio romano, si bien desprovisto de elementos de trascendencia y quizás por eso, se aviene perfectamente al análisis minucioso y frío, tantas veces vedado a los acercamientos al canónico, con frecuencia contaminados en uno u otro sentido por apriorismos ajurídicos. Cabe, pues, y es incluso necesario y hasta aconsejable, un estudio comparativo de ambos derechos matrimoniales<sup>9</sup>, configuradores del nuestro moderno: un matrimonio civil español que, sometido históricamente hasta muy recientes tiempos a la influencia absorbente de la regulación canónica, se sustenta hoy en principios que recuerdan en mucho a los que configuraron en su día el *matrimonium* en Roma, aunque no sea una simple homologación con el mismo. Comparar ambos tratamientos de la misma institución, por otra parte, permitirá juzgar la excelcitud jurídica de la regulación canónica con el desapasionamiento, exento de trascendencias, con que los juristas romanos elaboraron el edificio jurídico del *conubium*.

2. Modestino define el matrimonio, en frase célebre, como *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*<sup>10</sup>. El Código canónico vigente, por su parte, contiene la definición siguiente: *matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est*<sup>11</sup>. Puente entre ambas es la definición de Justiniano, último emperador en lo jurídico de una Roma desaparecida como entidad imperial ya desde el 476, pero también un soberano cristiano. Según sus *Institutiones*, *matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae*

---

revelada- estudia los contenidos de la revelación como verdades que los creyentes han de aceptar, mientras que el Derecho canónico regula la vida social de la Iglesia en los diversos momentos de su historia; si bien ambas coinciden en el objeto material de sus atenciones, difieren en el objeto formal. Véase el ajustado resumen de BERNÁRDEZ CATÓN, *Parte general de Derecho canónico* (Madrid, 1990), 2ª ed., p. 28.

<sup>8</sup> Sobre el tema véase, por todos, CLAVERO, *El Derecho común* (Sevilla, 1978).

<sup>9</sup> Lo hizo ya, con su proverbial perspicacia, ROBLEDA, *Intorno alla nozione di matrimonio nel diritto romano e nel diritto canonico*, en *Apollinaris* 50 (1977), p. 172 y ss.

<sup>10</sup> Mod. 1 reg., D. 23, 2, 1. Sobre la genuinidad del texto se ha escrito mucho: véase por todos SOLAZZI, '*Consortium omnis vitae*', en *Annali Macerata* 5 (1929), p. 27 y ss., en la línea de crítica interpolacionística, frecuentemente exagerada, que caracteriza buena parte de su obra; más moderadamente vierten sus dudas sobre la clasicidad del texto PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I (Roma, 1928), 2ª ed., p. 316, n. 2 y BONFANTE, *Corso*, I, cit., p. 193. Parece, en cualquier caso, muy razonable la postura en favor de la pureza del texto mantenida por ALBERTARIO, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, en *Studi di diritto romano, I: Persone e famiglia* (Milano, 1933), p. 179 y ss.

<sup>11</sup> Can. 1055.1.

*continens*<sup>12</sup>. De manera inmediata, la más simple comparación entre ellas –una lectura de corrido– arroja dos conclusiones que en su evidencia no desmienten su carácter indudable: en primer lugar, las definiciones jurídicas romanas son más naturales, más sencillas si se quiere, menos conscientes de sí mismas, menos hechas para acotar el ámbito que recrean que para captar como al vuelo la substancia, la esencia, lo *vivo*; en segundo lugar, todas ellas hacen referencia, de forma más o menos contundente, a los dos elementos consubstanciales al matrimonio: el acuerdo y el consorcio. Dos elementos, cabe añadir, que, al referirse en distinta cadencia de tiempo al hecho volitivo, bien pueden resultar dos perspectivas. Pero lo que desde fuera es óptica –el matrimonio como acto, el matrimonio como estado– desde dentro de la propia estructura es fundamento: lo que *es* lo es *siendo*, pero *ser* y *estar* siendo son, en su conexión insoslayable, realidades humana y jurídicamente separables.

3. El cauce en el que se vierte la visión de ese ser, de ese estar siendo nos dice mucho acerca de la regulación canónica y romana del matrimonio: de sus fundamentos y realidades.

Las fuentes romanas utilizan, a veces indistintamente, dos términos para referirse al matrimonio: *nuptiae* y *matrimonium*. La interpretación más lógica es la que invita a considerar al primero referencia al matrimonio como acto; al segundo, en cambio, al matrimonio como estado<sup>13</sup>. Es la misma diferenciación, aproximadamente, que en terminología canónica se hace entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*<sup>14</sup>. Y con ambas y en ambas se hace ineludible referencia a los dos conceptos fundamentales sobre los que se levanta toda la estructura jurídica del sistema matrimonial en ambos ordenamientos: *consensus* y *consortium*. El “fue” y el “es”; el punto y la línea; el instante y la secuencia. Pero el enfoque, la perspectiva de ambas nociones fundamentales es diversa en uno y otro ámbito, ya que en la regulación canónica ambas se diferencian en la abstracción de la construcción dogmática –digamos que previa al propio fenómeno matrimonial– tanto como en la misma manifestación existencial del matrimonio: el pasado, coagulado en la carne fijada del consentimiento jurídicamente producido, formulado y recogido, está vital y conceptualmente diferenciado del estado matrimonial, y –lo que es particularmente significativo– en tal diferenciación tajante el instante fundacional condiciona la sucesión jurídica que de él deriva, de modo que cabe hablar de una indudable subordinación del matrimonio *in facto esse* respecto del matrimonio *in fieri*. En derecho canónico, en suma, el estado se subordina al acto: es ésa la consecuencia de la drástica separación entre los conceptos de consorcio y consentimiento en todos los órdenes.

En el ordenamiento romano, donde el matrimonio ocupa una posición menos central dentro del edificio del sistema jurídico, lógicamente centrado en el ámbito

<sup>12</sup> Inst. I, 9, 1.

<sup>13</sup> DAZA, *Nuptiae et matrimonium*, en *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), p. 67.

<sup>14</sup> Véase sobre ellas especialmente el resumen de BERNÁRDEZ CATÓN, *Compendio*, cit., pp. 21 - 22.

de unos derechos patrimoniales que al derecho eclesiástico<sup>15</sup> le sustrae la regulación civil de cada Estado<sup>16</sup>, la situación es justo la contraria: la distinción semántica de los conceptos de *consensus* y *consortium* no implica la separación efectiva de ambas realidades en el fenómeno matrimonial propiamente considerado y el primero viene a diluirse en el segundo, de modo que, en la ordenación

---

<sup>15</sup> Sobre los principios que fundamentan el derecho de la Iglesia véase, entre otros, JEMOLO, *Corso di diritto ecclesiastico 1944 - 1945* (Roma, 1945); JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano, 1962), 3ª ed.; OLIVERO, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Torino, 1963); DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico* (Milano, 1964), 10ª ed.; CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico* (Padova, 1964), 2ª ed.; PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico* (Napoli, 1965), 2ª ed.; GISONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano, 1965), 2ª ed.; LARICCIA, *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929 - 1972* (Milano, 1974); V. REINA & A. REINA., *Lecciones de Derecho eclesiástico español* (Barcelona, 1983); IBAN & PRIETO SANCHÍS, *Lecciones de Derecho eclesiástico* (Madrid, 1987), 2ª ed.; RUBIO RODRÍGUEZ, *Derecho eclesiástico del Estado* (Córdoba, 1987); MATÍN MARTÍNEZ, *Sobre la Iglesia y el Estado* (Madrid, 1989); VERA URBANO, *Derecho eclesiástico*, I (Madrid, 1990); GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español* (Madrid, 1991), 2ª ed.; GOTI, *Sistema de Derecho eclesiástico español. Parte General* (Donostia, 1991); IBAN, PRIETO, SANCHÍS & MONTILLA, *Curso de Derecho eclesiástico* (Madrid, 1991); LLAMAZARES, *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de conciencia* (Madrid, 1991), 2ª ed.; BERNÁRDEZ CANTÓN, *Lecciones de Derecho eclesiástico español* (Sevilla, 1992).

<sup>16</sup> En tal sentido es esencial la realidad concordataria que rige las relaciones Iglesia - Estado y que, históricamente, en modo alguno ha sido extraña a la propia institución matrimonial. Véase sobre ello, entre otros, GRISOSTOMI - MARINI, *Il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative* (Roma, 1929); F. VASALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, I (Padova, 1932); SCHIAPOLLI, *Il matrimonio secondo in diritto canonico e la legislazione concordataria italiana* (Napoli, 1932); D'AVACK, *La base giuridica del nuovo diritto matrimoniale concordatario vigente in Italia* (Roma, 1932); RAVA, *Lezioni di diritto civile sul matrimonio* (Padova, 1935); REBUTTATI, *L'ordinamento matrimoniale concordatario*, en *Dir. eccl.* (1939), pp. 429 ss.; FERRARA SR., *Diritto delle persone e di famiglia* (Napoli, 1941); GHIRON, *Il matrimonio canonico degli italiani all'estero* (Roma, 1941); BOVA, *Il matrimonio concordatario e le sue controversie* (Milano, 1943); DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano* (Padova, 1943); BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile* (Milano, 1953); JEMOLO, *Il matrimonio*, en F. VASALLI (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, III, t. I, fasc. I (Torino, 1961); BERTOLA, *Il matrimonio*, en G. GROSSO y F. SANTORO - PASSARELLI (dir.), *Trattato di diritto civile*, I, fasc. 3 (Milano, 1963); SANTOSUOSSO, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia* (Torino, 1965); BERTOLA, *Il matrimonio religioso nel diritto canonico e nell'ordinamento concordatario italiano* (Torino, 1966); SPINELLI, *La trascrizione del matrimonio canonico* (Milano, 1966); LIGUORI, DISTASO & SANTOSUOSSO, *Disposizioni sulla legge in generale. Delle persone e della famiglia*, en *Comentario del Codice civile*, I, t. I (Torino, 1966); PALMIERI, *Il matrimonio concordatario degli italiani all'estero e degli stranieri in Italia* (Napoli, 1968); MANTUANO, *Matrimonio canonico e matrimonio civile nell'ordinamento statuale italiano e nell'ordinamento della Chiesa* (Padova, 1968); SPADA, *Il matrimonio concordatario nell'attuale esperienza giuridica* (Bologna, 1969); FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, en *Commentario del Codice civile*, al cuidado de SCIALOJA y BRANCA, *Libro primo. Delle persone e della famiglia* (Bologna - Roma, 1971); ONDEI, *Il matrimonio con effetti civili nella giurisprudenza* (Padova, 1971); PETRONCELLI, *Il regime matrimoniale in Italia* (Napoli, 1971); FONOCCHIARO, s.v. *Matrimonio concordatario*, *EdD.* 25 (1975), pp. 846 - 870.

jurisprudencial<sup>17</sup>, no cabe hablar de consentimiento en el ámbito matrimonial homologado al que preña el concepto fundamental de *contractus*<sup>18</sup> en la formulación labeoniana<sup>19</sup> y sextopediana<sup>20</sup>, ni siquiera a la elemental manifestación del

<sup>17</sup> Naturalmente, en este aspecto jurídico la actividad jurisprudencial actúa más en solitario en la construcción de la institución, dadas las peculiaridades del concreto ámbito de que se trata, y se aprecia en mucha menor medida esa característica simbiosis constante entre jurisprudencia y jurisdicción pretoria, no siempre pacífica. Sobre las relaciones entre ambas véase recientemente GARCÍA CAMIÑAS, *Jurisdicción y Jurisprudencia en el Principado*, en AA.VV., *Poder político y derecho en la Roma clásica* (Madrid, 1996).

<sup>18</sup> Entre las múltiples referencias bibliográficas que sobre el tema existen véase RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del "contractus"*, *Studi Bonfante* (Milano, 1929), I, pp. 125 y ss.; BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo nei contratti*, *Studi urbinati*, 3 (1929), pp. 103 y ss.; BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, *Acta Congr. Irudidici internationalis*, I (Roma, 1935), pp. 243 y ss.; NOCERA, *La definizione bizantina di contratto*, en *RISG.* 11 (1936), pp. 278 y ss.; VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Milano, 1946), pp. 303 y ss., ahora en *Studi di diritto romano* (Padova, 1985), I, pp. 1 y ss.; ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiano*, en *Scritti Ferrini* (Pavia, 1946), pp. 680 y ss., 697 y ss.; DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im cho clásico y en el justiniano*, en *Rev. Fac. Der.* 6 (Buenos Aires, 1951); D'ORS, *Creditum y contractus*, en *AHDE.* 26 (1956), pp. 183 y ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur* (París, 1958), pp. 5 y ss., 22 y ss., 49 y ss., 93 y ss.; BIONDI, en *Studi Messineo* (1959), pp. 59 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* (Torino, 1963), 3ª. ed., pp. 66 y ss.; MACHEINER, *Zu den Anfänge des Kontraktsystems*, en *Festgabe A. Herdliczka* (1972), pp. 167 y ss.; GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose. Contratti* (Turín, 1974); MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato* (Napoli, 1979); HAUSMANINGER, *Casebook zum röm. Vertragsrecht* (Wien, 1980), 2ª ed.; ARCHI, *Dal formulismo negoziale repubblicano al principio giustiniano "cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere"*, en *SDHI.* 46 (1980), pp. 1 y ss., sobre el principio contenido en *CI.* 8, 16 (17), 9; MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Struttura ed evoluzione in età classica. Lezioni* (Napoli, 1983); WATSON, *The evolution of Law. The roman system of contracts*, *Law an History Review*, 2 (1984), pp. 1 y ss.; *The prehistory of contracts wich especial reference to Roman Law*, *Satura Feenstra* (1985), pp. 37 y ss.; BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di R. Santoro)*, en *SDHI.* 51 (1985), pp. 458 y ss.; MELILLO, "Contrahere" e "pacisci" tra il primo e il terzo secolo (Napoli, 1986), 2ª ed.; FUENTESECA, *Visión procesal de la historia del contrato en Derecho romano clásico*, *Estudios d'Ors* (1987), pp. 469 y ss.; CASTRO, "Contractum autem ultro citroque obligationem": un replanteamiento de la "definitio" labeoniana de contrato y su evolución posterior en derecho romano, en *Derecho de obligaciones en la romanística española: 1940 - 2000. Actas de las III Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, celebradas en Granada, en prensa.

<sup>19</sup> Ulp. 11 *ad edictum*, D. 50, 16, 19: *Labeo primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci "sinalagma" vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

<sup>20</sup> Ulp. 4 *ad edictum*, D. 2, 14, 1, 3: *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

mismo que se produce en el propio hecho de la *traditio*: no se trata de un instante que se da y fija el nacimiento de la obligación o la justificación de la entrega, sino del inicio de una situación que ha de mantenerse con su sistemática repetición. El *consensus*, que ha de repetirse para tener validez *duradera*, se aproxima al terreno conceptual de lo que permanece, del estado matrimonial, del consorcio, y se subsume en él. Es decir: el acto se hace estado en el matrimonio romano. O lo que es lo mismo: el consentimiento, al tener que darse permanentemente –y requerir por ello el hecho de la convivencia marital que lo carnalice<sup>21</sup>–, pierde su sentido natural y se desvirtúa, impidiendo toda posibilidad de contemplar el matrimonio romano como un contrato e, incluso, como un derecho.

4. Presentan, no obstante, ambas regulaciones una serie de *elementos comunes*, en cuanto que tratamientos de una institución de derecho natural, consubstancial al hombre de todo tiempo, toda cultura, toda latitud, de una parte, en cuanto que la refinada construcción jurídica romana se asienta en el entramado tejido por la jurisprudencia romana, de otra, antes del nacimiento mismo de la Iglesia. Cabe, además, advertir, aunque sea obvio –porque también es olvidable–, la naturaleza histórica que, siendo común a todo lo existente relacionado con el hombre, es, dentro de los diversos ámbitos de la ciencia jurídica, especialmente perceptible en aquellas disciplinas que vienen a ocuparse de ordenamientos de dilatada vigencia en el tiempo, susceptibles de haber experimentado cambios a lo largo de una tradición secular. Es algo especialmente atribuible al derecho romano y al de la Iglesia, ordenamientos ambos de tradiciones milenarias que han venido, además, a cuajarse en los más jóvenes sistemas jurídicos nacionales de Occidente<sup>22</sup> y que presentan por ello desarrollos largos, ricos de incidencias y nutrientes jurídicas muy diversas. Derecho romano y regulación canónica no son, pues, superficies uniformes, sometida esta última también, pese a cierto inmovilismo estructural que viene a caracterizar como fundamento primero su devenir histórico, a la evolución y el cambio. Ello hará que, respecto del derecho clausurado como derecho positivo –que es el de Roma–, mi análisis se centre en su esplendor clásico, con referencias, cuando interesen, a otras épocas de su tránsito histórico, mientras que la aproximación al orden canónico, que aún se mantiene como ordenamiento positivo en lo que hace a la institución matrimonial, radicará en el estudio de ésta tal y como hoy viene recogida en la regulación actual, aunque se la enmarque dentro de su larga tradición jurídica.

<sup>21</sup> Interpretada, desde luego, como oportunamente señala IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (Barcelona, 1993), 11ª ed. (cito por ésta y no por la 12ª [Barcelona, 1999], con la bibliografía tradicionalmente adjunta y actualizada ahora amputada), p. 483, como convivencia, no material, sino de tipo ético. Para apoyar esa visión ahí están Paul. 2, 19, 8; 4 y 35 Sab., D. 23, 2, 5 - 6; Pap. 4 resp., D. 23, 3, 69, 3; Ulp. 33 Sab., D. 24, 1, 32, 13. Pero sobre ello volveré *infra* & en 5.2.

<sup>22</sup> En una forma que ha sido bien resumida por Fernández Barreiro en PARICIO & FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del derecho romano y su recepción europea* (Madrid, 2000), 5ª ed., p. 211 y ss.

Desde tales precisiones, dichas semejanzas son las siguientes:

- a) la necesidad de consentimiento libre<sup>23</sup>;
- b) la apreciación del estado matrimonial como un *consortium omnis vitae*<sup>24</sup>;
- c) la madurez sexual y volitiva que se le exige a los cónyuges<sup>25</sup>;
- d) el rechazo de la bigamia –que en Roma conllevaba nada menos que la nota de infamia<sup>26</sup>– y la exclusividad del vínculo matrimonial<sup>27</sup>.

5. Más significativa resulta la serie de elementos diferenciadores por lo que tiene de explicitador de las propias características generales distintivas de ambos ordenamientos y por resultar los elementos comunes arriba enunciados, como puede contrastarse fácilmente, resultado de la esencia natural, humana, de la institución matrimonial como fenómeno cultural universal, mientras que los que a continuación paso a resaltar vienen a responder a las peculiaridades en las que reside lo particular y caracterizador del derecho matrimonial de la Iglesia y del derecho matrimonial romano.

Son éstas:

- a) el consorcio para toda la vida se entiende en el régimen canónico (pero no en el romano<sup>28</sup>) como manifestación de la indisolubilidad del vínculo matrimo-

<sup>23</sup> Can. 1057; Paul. 35 *ed.*, D. 23, 2, 2.

<sup>24</sup> Can. 1055; Inst. I, 9, 1; Mod. 1 *reg.*, D. 23, 2, 1.

<sup>25</sup> Can. 1095; Pomp. 3 *Sab.*, D. 23, 2, 4.

<sup>26</sup> Iul. 1 “*dig.*”, D. 3, 2, 1.

<sup>27</sup> El principio monogámico del matrimonio romano está transparentemente enunciado en Gai. I, 63. No obstante, aún en esta nota común entre ambos regímenes matrimoniales, se aprecian diferencias algo más que sutiles, pues en derecho matrimonial romano el vínculo nuevo, aunque no anula automáticamente al antiguo (véase ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 139 y ss.), normalmente viene a suponer una manifestación anímica indirecta pero contundente de cesación de la  *affectio maritalis* por surgimiento de otra distinta, cosa que no ocurre en el seno canónico, que otorga a la  *affectio* un valor muy distinto. No es significativo, por otro lado, del ser jurídico romano en ámbito matrimonial el hipotético intento de César de introducir la bigamia, según se desprende de una información que Suetonio, *Iul.* 52, 3, recoge del poeta amigo de Catulo, Helvio Cina, cuando éste era tribuno de la plebe, de que tenía preparada, por indicación de César, una ley que venía a permitirle tomar a cuantas mujeres quisiera para asegurar su descendencia. Hasta qué punto es creíble el dato suministrado –sin pruebas– por este Cina autor del oscuro poema *Smyrna*, al que el pueblo lincharía en marzo del año 44 a.C. al confundirlo con Cornelio Cina, uno de los asesinos de César, resulta además difícil de determinar. No debe tenerse muy en cuenta, por otra parte, la aparente aceptación de la bigamia por Valentiniano I. Véase sobre la bigamia *infra*, n. 134 y la porción de texto a que se adjunta, pero sobre todo & 8.

<sup>28</sup> Textos al respecto serían, entre otros, Festo, v. *Remancipatam*; Suetonio, *Aug.*, 34; Gai. I, 137 a; Frag. Vat., 107; Paul. 7 *resp.*, D. 24, 1, 57; Gai. 11 *ed. prov.*, D. 24, 2, 2 pr.; Paul. 35 *ed.*, D. 50, 16, 191. Un resumen de las causas que pueden llevar a la disolución del matrimonio romano cabe hallarlo en IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 491 y ss.; sobre la más importante de ellas –el divorcio– véase por todos NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca, 1988).

nial<sup>29</sup>, lo que –significativamente– no encuentra fundamentos en el caudal bíblico antiguo<sup>30</sup> y sí en el Nuevo Testamento<sup>31</sup>, y viene por supuesto reafirmado en la doctrina papal<sup>32</sup>, hallando inevitable acogida ya en la más temprana codificación canónica<sup>33</sup>;

b) de ello deriva la consecuencia, por una parte, de imposibilidad canónica de divorcio<sup>34</sup> y, por otra, el hecho de la atención jurisprudencial romana a la disolución del vínculo por consenso e incluso por simple intención de uno de los cónyuges<sup>35</sup>;

c) la *affectio maritalis*, que se entiende además de forma distinta en uno y otro ordenamiento, tiene un carácter explícitamente secundario en la regulación canónica<sup>36</sup>, siendo trascendente, sin embargo, en la romana, al entenderse como la manifestación de un consentimiento<sup>37</sup> que, hecho consorcio, ha de mantenerse para que el vínculo no decaiga<sup>38</sup>;

d) el *consensus* inicial, vertido en el matrimonio *in fieri*, puede decaer en la regulación canónica hasta convertirse en simple *animus* (es decir, en manifestación de una *voluntas* unilateral) o incluso desaparecer por completo (dándose un *mutuum disensus*) y mantenerse, en cambio, el vínculo, dado el carácter *fundacional* de aquél y el entendimiento del consorcio como una realidad indisoluble, lo que significa que la sincronía de voluntades, a diferencia de lo que ocurre en la visión de los *iurisprudentes*<sup>39</sup>, ha de darse en el acto del matrimonio pero no en el consorcio matrimonial, en el que basta –y aun sobra<sup>40</sup>– la unilateralidad del *animus*, lo que desde el punto de vista jurídico (contractual) es insostenible y vulnera los

<sup>29</sup> Can. 1056, 1141.

<sup>30</sup> Deut. 24, 1.

<sup>31</sup> Mt. 19, 3 - 9.

<sup>32</sup> Pío XI, *Silabus*; León XIII, encl. *Arcanum*, nn. 20 - 23; Pío XI, *Casti Connubii*, nn. 21 - 25; Pablo VI, aloc. 9 de febrero de 1976, en *AAS*, 68 (1976), 204 - 208; Juan Pablo II, exhort. apost. *Familiaris consortio*, n. 20.

<sup>33</sup> Can. 1118 CIC (1917), reproducido literalmente en el moderno can. 1141.

<sup>34</sup> Can. 1141.

<sup>35</sup> Frag. Vat. 107; Paul. 7 *resp.*, D. 24, 1, 57; Gai. 11 *ed. prov.*, D. 24, 2, 2 pr.; Mod. 9 *diff.*, D. 50, 16, 101, 1; Paul. 35 *ed.*, D. 50, 16, 191.

<sup>36</sup> Fuentes principales: Gén. 2, 24; Mt. 19, 6; Eph. 5, 25 - 33; sobre todo, por su explícita significación jurídica, GS, n. 47 - 49. Véase por todos BERNÁNDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., pp. 38 - 40.

<sup>37</sup> Ulp. 35 *Sab.*, D. 35, 1, 15; Ulp. 36 *Sab.*, D. 50, 17, 30.

<sup>38</sup> Ulp. 33 *Sab.*, D. 24, 1, 32, 13.

<sup>39</sup> Entre otros, sobre el *consensus* en este campo cfr. Cels. 15 *dig.*, D. 23, 2, 22, pero también Ulp. 5, 2; Inst. I, 10 pr.; Paul. 35 *ed.*, D. 23, 2, 2; Pap. 6 *resp.*, D. 23, 2, 35.

<sup>40</sup> Ya que la indisolubilidad del vínculo (basada, entre otros, en Mt. 19, 6) impide su disolución, aunque haya acuerdo por parte de los cónyuges para disolverlo. Sobre la disolución del vínculo cfr. todo el Art. 1 (cann. 1141 - 1150) del Cap. IX del Tít. VII de la Parte I del Libro IV.

principio contractuales de la consensualidad, la voluntad de las partes y la autonomía de la voluntad, que permiten, cuando menos, la revocación del vínculo por mutuo acuerdo e incluso por la existencia sobrevenida de una sola intención de hacerlo, si así se ha convenido<sup>41</sup>;

e) sin embargo, hecho consorcio el consentimiento, cosificado y estirado hasta desvirtuarse, en la visión jurisprudencial romana el matrimonio es un hecho, que, como la posesión, no se recupera en virtud del *postliminium* por el *civis* que recupera la libertad<sup>42</sup>, mientras que, realmente mantenido en su pureza obligacional en la regulación canónica, permite la consideración del matrimonio por la Iglesia como un contrato<sup>43</sup>;

f) por ello mientras que en el matrimonio canónico prevalece su consideración contractual<sup>44</sup> sobre la factual –el matrimonio *in fieri* sobre el matrimonio *in facto esse*–, que es decir su consideración espacial sobre la temporal, en el sistema jurídico romano el matrimonio es, ante todo, tiempo, duración, estado, hecho<sup>45</sup>;

g) el matrimonio canónico resulta primariamente consensual (aunque la exigencia de formalidades le vede la calificación de contrato consensual), pues lo es sólo en el acto contrayente<sup>46</sup>, sin que en la naturaleza del consorcio resultante del mismo influya para nada el elemento de la consensualidad que, sin embargo, sigue siendo fundamental en la visión jurisprudencial romana, pues, si decae y esto se constata para alguna de las partes, el vínculo se disuelve<sup>47</sup>;

h) no obstante, el matrimonio canónico que, a diferencia del romano (que es un hecho), se construye como un contrato, es también más que eso (en verdad, *otra cosa* que eso) y, considerado un acto y un consorcio ante los hombres, ante la Iglesia y ante dios se reviste de una trascendencia sacramental, que explica su carácter indisoluble, y que es inseparable del carácter contractual<sup>48</sup> en la perspectiva jurídica canónica<sup>49</sup>;

---

<sup>41</sup> Véase *infra* h).

<sup>42</sup> Paul. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 49, 15, 8. Cfr. sobre esto DI MARZO, *Dirimitur matrimonium captivitate*, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), I, pp. 1 y ss.; WATSON, “*Captivitas*” and “*matrimonium*”, en *TR.* 29 (1961), pp. 243 y ss.

<sup>43</sup> Calificación, con todo, jurídicamente discutible (véase, de entrada, *infra* h) y & 5.1). Sobre las diversas teorías canónicas resultantes de la naturaleza (pretendidamente) contractual del matrimonio véase *infra* & 5.1.

<sup>44</sup> Can. 1055.2.

<sup>45</sup> No derecho, sino situación jurídica la denomina IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 482: sólo cabe calificarla de “jurídica”, en mi opinión, en tanto en cuanto produce efectos jurídicos.

<sup>46</sup> Can. 1057.2.

<sup>47</sup> Ulp. 33 *Sab.*, D. 24, 1, 32, 13; Ulp. 35 *Sab.*, D. 35, 1, 15; Ulp. 36 *Sab.*, D. 50, 17, 30.

<sup>48</sup> Can. 1055.2.

<sup>49</sup> Lo que sirve para superar, por imperativo legal, la contradicción jurídica que supone la limitación a que se somete el juego del *consensus* radicándolo únicamente en el acto matrimonial: véase *supra* d).

i) tal realidad sacramental<sup>50</sup> es la que incide en la consideración canónica de los fines del matrimonio<sup>51</sup>, tenidos por objetivos (*finis operis*), frente a los fines o motivaciones subjetivas (*finis operantis*), que son las únicas posibles en el mundo romano y que, en sí mismas irrelevantes desde el punto de vista jurídico, son sólo contempladas por la Jurisprudencia cuando se vierten en el *consensus* matrimonial y se mantienen a través de la constante muestra de la *affectio maritalis*<sup>52</sup>;

j) toda esta especificidad del matrimonio canónico, que no hace sino reflejar la honda trascendencia que la institución reviste en el seno del derecho de la Iglesia, por su carácter de importancia natural, social, jurídica y sacramental, conduce a la minuciosa regulación de las formas<sup>53</sup> en que el vínculo es contraído, lo que contrasta con la ausencia de formalidades que caracteriza el matrimonio romano<sup>54</sup>, pues lo que en éste es susceptible de ritualización concreta no es la celebración en sí del enlace (que, de realizarse, sería en cualquier caso con carácter *ad probationem* de lo único que importa: el *consensus*), sino la asunción –si acompaña al matrimonio– de la *manus* de la mujer<sup>55</sup> por parte del marido, si es *sui iuris*, o del *pater*

---

<sup>50</sup> Decir que la realidad que influye en este sentido es, no sólo la sacramental, sino también la natural del matrimonio, como suele hacerse desde la doctrina canonista, es restringir –y esto es lícito y, además, jurídicamente oportuno– la reflexión al matrimonio canónico, al que sólo puede definirse *ad intra* desde el entramado propio del Derecho canónico. No es natural, dicho esto, filosófica y antropológicamente, para el matrimonio *a se*, sin concreción de cultura, época y ordenamiento, la existencia de unos específicos fines del matrimonio, tal y como los recoge la regulación canónica. El ser humano necesita perpetuar la especie, pero no necesariamente ha de tener el matrimonio ese único fin primordial, salvo que, en el contexto jurídico de una determinada cultura, tal se disponga y –en la medida en que esto sea posible– se imponga, fin, por otra parte, éste de la perpetuación que, siendo natural al hombre indiscutiblemente, puede cumplimentarse *fuera* del matrimonio, como ha ocurrido a lo largo de la historia y como ocurría antes de que existiese una regulación jurídica que concibiese y reglase la realidad matrimonial. Un matrimonio no es sólo una unidad estable entre dos seres humanos, sino aquella que es calificada de matrimonio por un determinado ordenamiento, haciendo derivar de tal calificación una serie de consecuencias jurídicas y/o económicas. Sorprendentemente parte de la mejor doctrina civil secunda también esta visión de la *naturalidad* de tales fines a la institución del matrimonio; véase, por todos, Sancho Rebullida en LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA, RIVERO & RAMS, *Elementos de derecho civil, IV. Derecho de familia* (Barcelona, 1990), 3ª ed., p. 86 y n. 2. La imposición a que aludo, en todo caso, puede canalizarse, en el ámbito de un ordenamiento cualquiera, de dos formas: las leyes matrimoniales de Augusto, tendentes a potenciar la procreación, inciden *desde fuera*; la delineación canónica del fin de la ordenación a la prole, en cambio, se estructura jurídicamente *desde dentro*. Pero ambas, en definitiva, son filosóficamente externas al matrimonio y sólo jurídica, espiritual o socialmente exigibles como elementos constitutivos o integrables.

<sup>51</sup> Can. 1055.1.

<sup>52</sup> Véase *supra* nn. 27, 36 41.

<sup>53</sup> Cann. 1108 1123 especialmente.

<sup>54</sup> Pomp. 15 *Sab.*, D. 23, 3, 24.

<sup>55</sup> Véase, por todos, ROBLEDA, *El matrimonio*, cit., pp. 1 y ss. Que *matrimonium* y *conventio* son dos actos diferenciados me parece seguro, aunque no hay unanimidad doctrinal en torno a

del cónyuge, si el participante es *alieni iuris*: en definitiva se formaliza la pérdida/adquisición del poder sobre una persona y no el vínculo marital que la misma contrae;

k) el matrimonio canónico es, en conclusión, una institución jurídica –un contrato, nada menos, aunque *distorsionado* en sus elementos específicamente contractuales por su naturaleza sacramental<sup>56</sup>–, mientras que el romano es un simple hecho, sólo trascendente jurídicamente hablando por su posible incidencia respecto de la *potestas* familiar y por el régimen económico matrimonial: en sentido estricto, en el ámbito matrimonial romano, el *matrimonium* no es un derecho, sino que el derecho es el derecho a casarse y constituir una familia, es decir, el *ius conubii*<sup>57</sup>;

l) no cabe, frente a lo escrupulosamente recogido en la regulación canónica<sup>58</sup>, siendo como es el matrimonio un simple hecho ante el Derecho, hablar de nulidad en el derecho matrimonial romano cuando se realiza un *matrimonium iniustum* – el producido entre quienes carecen de *conubium*–, que no produce efectos jurídicos<sup>59</sup>;

m) dos tan diversas concepciones sobre la realidad matrimonial se diferencian también en tema de impedimentos, que existen como tales en un derecho canónico que cuenta con un registro de impedimentos que varía ampliamente, fruto de la propia realidad de un matrimonio canónico<sup>60</sup>, formalista, trascendente y (pretendidamente) contractual y otro romano<sup>61</sup>, fáctico, humano y libre, en el

la relación conceptual de matrimonio y *conventio*; por centrarnos sólo en la reciente doctrina española, a favor de la existencia de un solo tipo de matrimonio, al que se añade o no pero *ad extra* el rito de la *conventio* (posición ya mantenida por DAZA, op. cit., p. 57), véase LÓPEZ ROSA, *Familia y Matrimonio: a propósito de la organización social y política en la Roma antigua*, en *Libro homenaje “in memoriam” Carlos Díaz Rementería* (Huelva, 1998), pp. 411 y ss., en concreto 418 (que se basa en su más lejano *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones “inter virum et uxorem”* [Jerez, 1977], p. 43 y ss., obra publicada un año antes que la de Daza), con bibliografía al respecto, y FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid, 2000), 4ª ed., p. 156: “el matrimonio romano es uno y único, si bien la situación de la mujer dentro del mismo es distinta según se encuentre o no sometida al poder marital (*manus*), como consecuencia de la incorporación de la mujer a la familia del marido (*conventio in manum*)”; en contra, manifestándose a favor de la existencia de dos clases de matrimonio, véase BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla, 2001), 2ª ed., p. 403.

<sup>56</sup> Y por ello en verdad no un contrato: véase sobre esto justo *infra* & 5.1.

<sup>57</sup> Sobre el *conubium* véase, por todos, VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, cit., pp. 347 y ss.

<sup>58</sup> Cann. 1671 y ss.

<sup>59</sup> D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 286.

<sup>60</sup> Cann. 1073-1094. Véase un espléndido acercamiento en BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., pp. 54 y ss.; en un examen más en concreto de uno de ellos destacaría, entre otros, BORRERO, *El nuevo régimen jurídico del impedimento matrimonial de parentesco legal*, IC, 24 (1984), pp. 807-881.

<sup>61</sup> Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 23, 2, 43, 12-13; Paul. *De adsig. libert.* D. 23, 2, 59; Paul. *Ad orat. Divi Ant. et Comm.*, D. 23, 2, 60, 5; CTh. 3, 12; CI. 5, 4, entre otros muchos. Véase un

que, más que de impedimentos, cabe hablar de prohibiciones<sup>62</sup>.

Éste es, como se ve, un amplio abanico: por amplio, concretizable. Cabe, por ello, una incidencia más profunda en torno a las dos realidades que, como fenómeno jurídico, sustentan la institución matrimonial en uno y otro ordenamiento: el acto y el estado, el consentimiento y el consorcio. En la doctrina jurídica española han abundado mucho más, desde luego, las aproximaciones de profundidad a la realidad matrimonial canónica<sup>63</sup>; será fácil constatarlo en las páginas que siguen, si bien la situación se compensa por la necesaria internacionalidad –sin variaciones, por mínimas que sean, entre los diversos Estados– de la disciplina romanística.

6. La terminología con que se hace referencia al elemento puramente consensual en ambos ordenamientos<sup>64</sup> es significativamente distinta; el jurisconsulto

resumen en ROBLEDA, *El matrimonio*, cit., pp. 179 y ss.; en algún aspecto concreto de la cuestión, véase también VOLTERRA, s.v. *Matrimonio*, cit., pp. 726 y ss.

<sup>62</sup> Pese a que alguna fuente hable alguna vez, sin carácter estricto, de *impedimentum* (véase D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 219 y n. 5), lo que quizás ha llevado a algún romanista a hablar de impedimentos, como hace IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 487, aunque precisando oportunamente que el término es una denominación de “los modernos”. En verdad, se trata de prohibiciones legales o de derecho divino, esto es, *ad extra*, y no de cuestiones pudiera decirse que connaturales al propio acto matrimonial: intrínsecas; como tales prohibiciones las señalan, en la reciente doctrina española, FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos*, cit., p. 156 y BETANCOURT, *op. cit.*, p. 402.

<sup>63</sup> Entre otros, véase MANS, *Derecho matrimonial canónico* (Barcelona, 1959); MONSERRAT MELIÀ, *Derecho matrimonial canónico* (Barcelona, 1962); REGATILLO & FERNÁNDEZ, *Derecho matrimonial eclesiástico* (Santander, 1962); MIGUÉLEZ, *Del Matrimonio*, en AA.VV., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, II (Madrid, 1963); MONTERO, *El matrimonio y las causas matrimoniales* (Madrid, 1963); HERVADA & LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Derecho Matrimonial* (I) (Pamplona, 1973); GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica* (Madrid, 1974); AA.VV., *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para profesionales del foro* (Salamanca, 1975 - 1984); BERNÁNDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (Madrid, 1981); AZNAR, *El nuevo Derecho matrimonial canónico* (Salamanca, 1983); GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial* (Pamplona, 1983); MOSTAZA, SALAZAR & SANTOS, *Derecho matrimonial*, en AA.VV., *Nuevo Derecho canónico* (Madrid, 1983); V. REINA, *Lecciones de Derecho Matrimonial* (Barcelona, 1983); LÓPEZ ALARCÓN & NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado* (Madrid, 1984); MOLINA & OLMOS, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal* (Madrid, 1985); por supuesto, BERNÁNDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit.

<sup>64</sup> Para el valor del consentimiento en el ordenamiento matrimonial canónico véase, en principio, por todos, GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico* (Milano, 1968); para su valor en el romano véase, en cambio, por todos, VOLTERRA, *Consensus facit nuptias. La definizione essenziale giuridica del matrimonio*, en *Utrumque Ius* 5 (1980), pp. 44 y ss.

<sup>65</sup> Y sobre ella, y su inevitable contrapunto en el *officium*, remito a una serie de obras muy útiles: CREMADES, *El “officium” en el derecho privado romano. Notas para su estudio* (León, 1988); CASTRESANA, “*Fides*”, “*bona fides*”; un concepto para la creación del derecho (Madrid, 1991); NÖRR, *La “fides” en el derecho internacional romano* (Madrid, 1996, trad. Domingo).

romano –el jurista justiniano– utiliza el término *coniunctio*, que suele traducirse como “unión”; el codificador canónico, en cambio, cuidadosamente elige el de *foedus*, es decir, el de “alianza”, que en latín está en directa relación etimológica con otro término de indudables resonancias jurídicas: el de *fides*, “confianza”<sup>65</sup>.

La substancia que subyace en tal diferenciación es clara: el vocablo latino utilizado por el romano hace referencia a la realidad práctica de un fenómeno de resonancias jurídicas pero de implicaciones y esencias fácticas, mientras que la utilización del término *foedus*, cuidadosamente elegida por el legislador canónico, busca resaltar, ya de entrada, el elemento jurídico que rodea y sustenta al matrimonio: la *fides*, que exige el contrapunto del *officium*, configura siempre una relación potencialmente jurídica, lo sea o no a la postre, y se constituye como el soporte básico, al cualificarse –y ser entonces una *bona fides*<sup>66</sup>–, de la categoría jurídica del contrato; destaca, además, muy especialmente, tal término el aspecto volitivo e intelectual en la realidad consensual del matrimonio<sup>67</sup>, tan exhaustivamente destacado en el Código<sup>68</sup>. Todo ello, ciertamente, nos ubica en una realidad jurídica en la que, junto a la vertiente sacramental –que se quiere inseparable de la contractual<sup>69</sup>–, el matrimonio es visto como un contrato –por *sui generis* que se lo quiera– o incluso como una institución<sup>70</sup>, de dibujo en todo caso, por tanto, necesariamente trazado por el Derecho y por la Ley: la ley de la Iglesia<sup>71</sup>.

El ordenamiento canónico, que nutre sus raíces de la savia del Derecho en el que viene a cuajarse primeramente la realidad humana de la Iglesia, esto es, en el romano<sup>72</sup>, refleja también en su seno –y de forma indirecta, pero interesantísima–

<sup>66</sup> Sobre esto véase D’ORS, “*Creditum*” y “*contractus*”, cit., p. 206.

<sup>67</sup> Esto ha sido cumplidamente estudiado por el –en materia de matrimonio canónico– también imprescindible O. FUMAGALLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico* (Milano, 1974).

<sup>68</sup> Cann. 1095 - 1107.

<sup>69</sup> Can. 1055.2.

<sup>70</sup> Véase, por todos, RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, *La concepción institucional del Derecho* (Madrid, 1944); cfr., además, *infra* & 5.2. *ab initio* y n. 86, en relación con su aplicación al ámbito matrimonial.

<sup>71</sup> Y tal ley es, por excelencia, en el ámbito canónico, el Código de 1983, consecuencia de los postulados del Concilio Vaticano II. Sobre la incidencia de éste en tema de consentimiento matrimonial véase, por todos, FUMAGALLI, *Il matrimonio dopo il concilio. Capacità e consenso* (Milano, 1978).

<sup>72</sup> Una vez instalados Pedro y Pablo en Roma: cfr., entre otros, Apost., 27 - 28 y Rom., 1, 1 - 17; 13, 1 - 7; ambos tienen muy presente a Roma y a las autoridades romanas en sus escritos: en concreto propugnan el cumplimiento escrupuloso de la legalidad, el respeto a los magistrados y hasta el honrar al emperador: cfr. Rom., 13, 1 - 7 y Pedr., I, 2, 13 - 17. Véase, no obstante, *infra* en el texto y n. 89 y ss., sobre la recepción jurídica plena de las instituciones y principios jurídicos romanos en el seno de la Iglesia, que no fue inmediata, desde luego. Véase, por todos, en cualquier caso, además, sobre este tema de las relaciones entre ambos ámbitos, muy recientemente, CHURRUCA, *Cristianismo y derecho romano* (Bilbao, 1998), recopilación de diversos estudios publicados por separado en diferentes sedes.

la convulsión que en la visión de la estructura contractual se produjo en el seno de la Jurisprudencia tardía tras la distorsionadora *summa divisio* gayana<sup>73</sup> y la creación de las *obligationes re contracta*<sup>74</sup>, *verbis contracta*<sup>75</sup> y *litteris contracta*<sup>76</sup> como categorías diferenciadas –pero igualmente contractuales– de la genuina *obligatio consensu contracta*<sup>77</sup>. Gayo –y no sabemos a ciencia cierta si alguien con mayor autoridad, en todo caso en la escuela sabiniana, antes que él<sup>78</sup>–, desestructuró, en su afán escolástico, el armazón básico sobre el que se asentaba la arquitectura contractual clásica del siglo I<sup>9</sup> (buena fe, acción de buena fe, bilateralidad, consensualidad = *contractus*<sup>80</sup>), al *creditizar* la categoría históricamente más moderna del *contractus*<sup>81</sup>, hallando tal *blasfemia* jurídica<sup>82</sup>, precisa-

<sup>73</sup> Gai. III, 89.

<sup>74</sup> Gai. III, 90 - 91 (aunque en este último texto en verdad no se habla de una obligación voluntaria válida).

<sup>75</sup> Gai. III, 92 - 127.

<sup>76</sup> Gai. III, 128 - 134.

<sup>77</sup> Gai. III, 135 - 162.

<sup>78</sup> La posibilidad de esto se abre, probablemente de forma única, ante la figura de Casio, el gran modelo gayano, como destaca –creo que acertadamente– SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, en AA.VV., *Gaio nel suo tempo* (Napoli, 1966), pp. 145 y ss., especialmente 149 y ss., más allá de todas las diversas teorías que han propuesto una relación entre sus respectivas obras indemostrable con los datos de que disponemos –nada sabemos, a ciencia cierta, de unas posibles *Instituciones* casianas– e incluso una –aún más indemostrable– identificación entre sus personas, como realizase, a fines del siglo XIX, LONGINESCU, *Caius der Rechtsgelehrte* (Berlin, 1896). Casio es, ciertamente, citado con suma frecuencia por Gayo: si no he errado en el recuento, concretamente se le menciona doce veces en la *institutata*: 1, 196; 2, 70 - 195 - 244; 3, 71 - 133 - 140 - 147 - 161; 4, 79 - 114 - 170.

<sup>79</sup> Lo he explicado en CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen en el depósito romano y su evolución posterior en derecho español*, en vías de publicación; después, con alcance más general y de forma más pormenorizada, en *idem*, “*Contractum autem ultro citroque obligationem*”, *cit.* En prensa, y con tratamiento de estas cuestiones, se halla también *idem*, *Responsabilidad y duplicidad formularia: los casos del depósito y el comodato en época clásica*, a punto de aparecer en *Actas del IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Burgos, 1 - 3 de febrero de 2001*. Cfr., en todo caso, sobre el sistema crediticio y contractual romano, en la doctrina española, los estudios referenciales de D’ORS, *Observaciones sobre el “edictum de rebus creditis”*, en *SDHI*. 19 (1953), p. 179 y ss.; FUENTESECA, *Los diversos sistemas expositivos de las obligaciones romanas y el concepto de “contractus”*, en *AHDE*. 23 (1953), pp. 539 y ss.; D’ORS, “*Creditum*” y “*contractus*”, *cit.*, p. 183 y ss.; *idem*, “*Creditum*”, en *AHDE*. 33 (1963), p. 345 y ss.

<sup>80</sup> Defendí por primera vez la conexión de todos estos conceptos jurídicos en CASTRO, “*Emptio venditio*” y “*consensus*”. *Contribución al estudio del origen y estructura de la compraventa romana: contrato - fin y contrato - medio*, *Studi Talamanca* (Napoli, 2001).

<sup>81</sup> Es decir, al objetivizar la categoría subjetiva por excelencia que es el contrato, basado en la buena fe del consentimiento, e incorporarle la estructura más tangibilizadora propia del *creditum* –entrega o forma– en dos nuevos tipos de negocios contractuales. D’ORS, sobre todo en “*Creditum*” y “*contractus*”, *cit.*, *passim*, es quien ha explicado de forma creo que definitiva –

mente por su afán sistematizador y su simpleza expositiva –cualidades ambas caras a la empobrecida cultura bajoimperial<sup>83</sup>–, triunfal acogida en los coleccionistas postclásicos<sup>84</sup> y en la compilación y legislación justinianeas<sup>85</sup>. El estudio de la recepción canónica de la *summa divisio* contractual y la importancia dogmática de la aparición de los contratos reales y formales, junto a los genuinos modelos contractuales, ahora redundantemente calificados como consensuales, en la doctrina matrimonialista canónica, resulta de enorme interés y quizás convenga realizar aquí siquiera un esbozo de la cuestión, con el objeto de profundizar en la visión contractual del matrimonio canónico<sup>86</sup>.

---

y hace medio siglo– la diferencia entre ambos conceptos, pese a algunas críticas recibidas que no comparto (véase, por ejemplo, noticia de una de ellas en CASTRO, “*Emptio*”, *cit.*, n. 43, formulada por Albanese y la respuesta de d’Ors), y sólo puedo añadir aquí, en una cierta distancia de la línea seguida por el maestro español, que quizás quepa concluir respecto de los edificios crediticio y contractual romanos que las diferencias son menos acendradas, pese a que yo identifico consensualidad y bilateralidad frente a la relación ontológica que existe entre unilateralidad del vínculo y perfeccionamiento real/formal de la *obligatio* –lo que diferencia aún más en principio el *creditum* del *contractus*– y definiendo también que todos los contratos en época clásica se perfeccionan por el consentimiento, incluyendo al depósito y la fiducia –que no es propiamente un contrato, pero cuya acción se sitúa también en el título XIX del edicto–, en tanto que se tutelan por acciones civiles *in ius* de buena fe. Simplemente la categoría contractual, tal y como la veo, resulta de una evolución de la previa categoría crediticia presente ya en las XII Tablas, independizando la jurisprudencia –y el pretor– el elemento consensual, presente en ella pero irrelevante, de otros aditamentos, como la entrega o el rito, todo ello por necesidades de flexibilización del tráfico: véase al respecto *idem*, “*Emptio*”, *cit.*, n. 87. Aparte de la referencia a mis trabajos citados *supra* en nn. 79 - 80, centrados en la evolución del sistema obligacional romano, véase, si se desea, sobre la importancia basculante de los elementos posesorio y ritual en la evolución del derecho romano y su absoluta trascendencia en el origen de los mismos, otro trabajo propio, ya publicado: CASTRO, *Poseción y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 3 (1999), p. 163 y ss.

<sup>82</sup> La califico así desde el punto de vista jurisprudencial clásico ortodoxo, que es el que marcaron, por lo que hace al sistema edictal, Labeón en sus comentarios *ad edictum* y Celso y Juliano en sus *digesta*. No es éste, en cualquier caso, el momento de debatir sobre la mayor o menor pericia jurídica de Gayo, ni la expresión utilizada significa una minusvaloración de sus cualidades (que las tuvo en lo que las tuvo); basta con acreditar ahora en este punto que su visión, si bien necesariamente clásica desde lo cronológico, fue minoritaria e ignorada entre sus coetáneos y los juristas severianos más próximos que le siguieron en el tiempo. Un acercamiento plural a la figura de Gayo puede hallarse en AA.VV., *Gaio nel suo tempo*, *cit.*, *passim*.

<sup>83</sup> De ahí que se le haya calificado expresivamente como autor “pre-postclásico” por d’ORS, *Re et verbis*, en *Atti Verona*, 3, p. 267 (= *AHDE*. 19 (1948 - 1949), p. 602); Gayo, *pre-postclásico*, en *AHDE*. 25 (1955), pp. 830 - 831; “*Creditum*” y “*contractus*”, *cit.*, p. 184.

<sup>84</sup> 2 *rer. cott.*, D. 44, 7, 1.

<sup>85</sup> Inst. III, 13, 2; III, 14.

<sup>86</sup> Lo han hecho otros autores, desde luego, con anterioridad, en muy diversos sentidos, y a ellos hay que acudir, si se desea conocer el *status quaestionis* doctrinal. Entre otros, cfr. RENARD, “*La doctrine institutionelle du mariage*”, en *Vie Intellectuelle*, 12 (1931), pp. 96 - 123; M. GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial* (Madrid, 1943), pp. 115 y ss.; RUIZ-GIMÉNEZ

Deudora del contexto histórico en el que nace y va desarrollándose, confundida primero con todo un cúmulo de ámbitos no jurídicos y progresivamente independizada desde tal sustrato, en la regulación canónica es bastante discutible que la categoría contractual se entienda hoy en día (y ello al margen del previo proceso de desvirtuación consciente que sufre en derecho matrimonial canónico el concepto de contrato y de las evidentes peculiaridades resultantes que lo distinguen de la generalidad de los contratos<sup>87</sup>) desde su genuina pureza jurisprudencial, tal y como la cuajaron Labeón y luego Sexto Pedio en el siglo I y la entendió Juliano en sus *digesta* y en la codificación del edicto, acometida en el 130<sup>88</sup>. Es decir: constatada la trascendencia del consentimiento en el tejido contractual del matrimonio canónico, no es evidente (sino más bien todo lo contrario) que contrato matrimonial se entienda en derecho canónico como equivalente a consentimiento matrimonial. La doctrina canónica también se hace eco de la distorsión que de la límpida noción clásica de *contractus* fue causante el manual de Gayo. El Derecho canónico primitivo (siglo I - 311-313)<sup>89</sup> desconoce, como elemento estructural, la influencia de las construcciones jurídicas romanas –naturales de un orbe cultural y socialmente extraño, cuando no hostil–, que comenzarán a abrirse paso sólo a raíz de los edictos de tolerancia promulgados en el reinado de Constantino a comienzos del siglo IV. Desde este momento, y al menos hasta el siglo VII<sup>90</sup> sin otro posible elemento constitutivo<sup>91</sup>, se constata en la elaboración

---

CORTÉS, *op. cit.*; T. GARCÍA BARBERENA, *Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico*, en *Miscelánea de Comillas*, 16 (1951), pp. 155 - 181; *Sobre el matrimonio "in fieri"*, en *Salmanticensis*, 1 (1954), pp. 422 - 440; ROBLEDA, *Sobre el matrimonio "in fieri"*, en *Estudios Eclesiásticos* 28 (1954), pp. 5 - 56; *ídem ¿Es contrato el matrimonio?*, en *Estudios Eclesiásticos* 28 (1955), pp. 479 - 505; G. MICHELIS, "Mariage - contrat o mariage - institution?", en *Apollinaris* 33 (1960), pp. 95 - 117; ROBLEDA, "Matrimonium non est contractus", en *REDC*. 20 (1965), pp. 155 - 165; MONTERO, *op. cit.*, pp. 15 - 16; ROBLEDA, "Causa efficiens matrimonio iuxta Cons. "Gaudium et Sepes" Conc. Vaticani II", en *PRMC*, 55 (1966), pp. 354 - 380; del mismo ROBLEDA cfr. sus diversos trabajos en *De Matrimonio coniectanea* (Roma, 1970), pp. 555 - 673.

<sup>87</sup> GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, cit., pp. 114 - 118.

<sup>88</sup> La codificación del edicto ordenada por Adriano ha sido –y todavía es– uno de los lugares pacíficos en el ámbito de la doctrina romanística, al menos hasta mediados de siglo, cuando la negó con brillantez –aunque no haya tenido gran seguimiento– GUARINO, *La pretesa codificazione dell'editto*, en *Studi Albertario*, cit., I, pp. 623 y ss., reafirmando después en su convicción en *La formazione dell'editto perpetuo*, en *ANRW*, 2.13 (1980), pp. 62 y ss., incluidos en *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano* (Napoli, 1983), respectivamente pp. 265 y ss. y 321 y ss., tesis en la que modernamente volvió a incidir en "De albo corrupto", en *Index* 18 (1990), pp. 275 y ss. y *L'editto in casa cupiello*, en *Labeo* 36 (1990), pp. 50 y ss.

<sup>89</sup> BERNÁRDEZ CANTÓN, *Parte general*, cit., p. 66.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>91</sup> A partir del siglo VII y hasta el XII el cuerpo jurídico romanístico del ordenamiento de la Iglesia experimenta la influencia de los derechos germánicos autóctonos, pero la elaboración del espléndido edificio jurídico que viene a calificarse de derecho canónico clásico a partir del

del edificio jurídico canónico una marcada influencia de los instrumentos jurídicos que suministra el ordenamiento oficial y la tradición jurídica de un mundo que, como el romano, se ha abierto de par en par a la religión cristiana y en la que ésta halla ahora su natural desenvolvimiento (su triunfal desarrollo): ese mundo, en lo que hace al ámbito jurídico contractual, está dominado por la tradición gayano-justiniana, que conoce tres grandes categorías contractuales y ha abandonado la limpidez clásica, de raigambre labeojuliana, del *contractus* como *consensus*, tan modélicamente enunciada en la visión sextopediana del contrato como *conventio*<sup>92</sup>.

Ello dará lugar a la elaboración canónica de tres grandes teorías sobre la naturaleza del contrato matrimonial<sup>93</sup>, basadas en los tres moldes contractuales dibujados por la tradición jurídica gayano-justiniana<sup>94</sup>: acuerdo, entrega y forma. Son las siguientes:

a) teoría del consentimiento, mantenida por la escuela de París, que sostiene “la suficiencia del consentimiento para la perfecta existencia del matrimonio”<sup>95</sup>.

b) teoría de la cópula, defendida por la escuela de Bolonia y basada muy especialmente en presupuestos jurídicos romanos<sup>96</sup> aplicados al campo canónico, que entiende que el matrimonio “sólo se perfeccionaba y devenía sacramento por las relaciones carnales” exigiéndolas para fijar la indisolubilidad del vínculo matrimonial<sup>97</sup>.

c) teoría de la forma, que arranca del Concilio de Trento y que vincula la eficacia del consentimiento matrimonial “al cumplimiento de unas solemnidades

siglo XIII –simbolizado en la figura básica de Graciano– utiliza fundamentalmente y de forma científica los instrumentos y principios jurídicos legados por la tradición romanojustiniana. Véase sobre los primeros períodos de evolución (siglos I - X) A. GARCÍA, *Historia del Derecho canónico. El Primer Milenio* (Salamanca, 1967); para el período clásico, MALDONADO, *Curso de Derecho canónico* (Madrid, 1970), pp. 324 y ss.; para ambos, la síntesis de BERNÁRDEZ CANTÓN, *Parte general, cit.*, pp. 66 - 76.

<sup>92</sup> Cfr. *supra* n. 20 al respecto. Tal visión no coincide con la gayana, que funde dos categorías hasta entonces diferenciadas, el *credium* decenviral (y las obligaciones cuacrediticias pretorias) y el *contractus* pretorio, que D’ORS, “*Credium*” y “*contractus*”, cit., p. 183 y ss., y *Derecho privado romano*, cit., pp. 439 y ss., 509 y ss., ha separado tajantemente; han suavizado sus afirmaciones al respecto FUENTESECA, *Visión procesal*, cit., p. 512 y n. 47, que señala que resulta discutible que el concepto de *credium* sea rigurosamente ajeno al de contrato, y PARICIO, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, en *Estudios Murga* (Madrid, 1994), p. 160, que destaca el entronque con el pensamiento jurisprudencial anterior. Creo que ésta es una posición adecuada: remito a CASTRO, “*Contractum autem ultro citroque obligationem*”, cit.

<sup>93</sup> Resumidas por BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., pp. 25 - 26.

<sup>94</sup> Gaí. III, 89 - 90; Inst. III, 13, 2; III, 14. En medio, las *res cottidianae*, que seguramente no son de Gayo sino de un comentador suyo postclásico, suponen el eslabón intermedio: *2 rer. cott.*, D. 44, 7, 1. Véase *supra* nn. 64 - 75 - 76 y la porción de texto a que se adjuntan.

<sup>95</sup> BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., p. 26.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

o requisitos formales, necesarios *ad valorem*, establecidos por la Iglesia a modo de garantía y seguridad en la celebración del matrimonio<sup>98</sup>.

Ocurre, sin embargo, que tales visiones, aparte de responder a una primera desvirtuación –que no es canónica, sino, como se ha visto, gayanojustiniana– del concepto originario y puro de contrato –que, repito, sólo entiende a éste como negocio perfeccionado consensualmente<sup>99</sup>–, sufren de una segunda desvirtuación, que es ya genuinamente canónica y que afecta, no al momento de perfección del contrato, sino al propio concepto de contrato que se aplica al matrimonio; en concreto, al acto matrimonial, al matrimonio como acto. Es más: por las muchas especificidades que ofrece el matrimonio *in fieri* más que de contrato cabría hablar de pseudocontrato, esto es, de matrimonio en el plano sacramental, social e institucional y de “pseudocontrato matrimonial” en el plano jurídico contractual. Y en cualquier caso, y por utilizar una expresión más ortodoxa, más que ante un contrato, en el entramado canónico del matrimonio nos hallaríamos ante un acto jurídico que toma prestada la encarnadura del tejido contractual allí donde le casa a sus fines extrajurídicos previos. Es decir: el matrimonio canónico es, ante todo, desde perspectiva cristiana, un sacramento, porque la Iglesia, desde esa misma perspectiva, es, antes que nada, el pueblo de Dios. Necesitada –necesitados– de un encauzamiento en el mundo de lo humano, tiene la Iglesia un derecho administrativo y político propio y el matrimonio canónico una encarnadura contractual que lo tangibilice: que exteriorice, en el campo humano del derecho, la perspectiva sacramental, percibida por los fieles, en un tejido reglado y verosímil. El contrato matrimonial es, desde este punto de vista instrumental, un medio para cumplir con un fin: la viabilización práctica del sacramento del matrimonio.

Creo, por todo lo expuesto, pese a la dificultad pantanosa de la materia, y con las debidas precauciones, que cabe arriesgar una interpretación al respecto, que podría esquematizarse en los siguientes puntos:

a) en sentido estricto, el acto matrimonial canónico no es un contrato porque la autonomía de la voluntad de las partes es muy relativa, *actuante* en el instante de la *formalización* de la unión, pero irrelevante a partir de ese momento: ¿es concebible un contrato de compraventa en el que comprador y vendedor, después de producido el acuerdo de compraventa y nacidas por tanto las recíprocas obligaciones de vender y comprar, no puedan, en virtud de un ulterior acuerdo, también voluntariamente trazado, liberarse de sus respectivas prestaciones?

b) por utilizar la terminología romana, que es en definitiva la que tejió el entramado contractual utilizado por la doctrina canónica, el contrato matrimonial vendría a suponer una *obligatio* en la que no cabe *solutio*: en la que el cumplimiento, en definitiva, no extingue la obligación (ni la refuerza, como ocurre en la

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Véase especialmente d’ORS, “*Creditum*” y “*contractus*”, cit., p. 183 y ss.; por mi parte remito a CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen*, cit., y “*Contractum autem ultro citroque obligationem*”, cit.

*societas*: no hay paradoja, hay distorsión); ello explica, en parte, que el *matrimonium* en derecho romano no fuese jamás contemplado sino como *factum* –es decir, como acto– y que exista una contradicción pudiera decirse que íntima en la construcción canónica: el matrimonio *in fieri* es el único tenido en cuenta desde el punto de vista del valor dado al elemento consensual –al contrario de lo que sucede en derecho romano– y su valor es directo y absoluto, pero, en cambio, se produce una indirecta *hipertrofia* del matrimonio *in facto esse*, al entenderse la *irrevocabilidad* del consenso como causa de la irrenunciabilidad del consorcio; la potenciación de éste, curiosamente, descansa en su irrelevancia estructural frente al acto matrimonial<sup>100</sup>.

c) el derecho matrimonial canónico desconoce la moderna tendencia civilística que en España se ha expresado en la dirección de rechazar la posibilidad de un contrato que no sea consensual, tanto en estudios generales<sup>101</sup> como concretos<sup>102</sup>, entre otras argumentaciones de menor peso, con base en el hecho de que es el consentimiento, y no la entrega o la forma, el que integra la tripleta de elementos constitutivos del contrato, junto a la causa –íntimamente ligada, además, al consentimiento– y el ontológico<sup>103</sup> y por ello inevitable del objeto<sup>104</sup>.

d) desconoce realmente tales planteamientos porque la doctrina canónica no opera con otras realidades jurídicas que no sean las propias de su ámbito y en éste no existe contrato en sentido pleno; una obligación es una línea en el tiempo, una realidad dinámica que, frente a los estáticos derechos reales, nace para morir y, como mínimo, con la posibilidad efectiva de hacerlo<sup>105</sup>: la disolución del vínculo matrimonial sólo por muerte del cónyuge (dejando al margen el tema de la nulidad matrimonial, que en nada incide en esta reflexión) no parece, desde luego, que se adapte a esta irrenunciable realidad del mundo contractual a que acabo de referirme<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> Y ello abre las puertas, dentro de la propia doctrina canónica, a la elevación conceptual jurídica del matrimonio *in facto esse*; sobre esto, véase *infra* & 5.2.

<sup>101</sup> Véase, por todos, JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales* (Barcelona, 1958), en un tratamiento ya clásico.

<sup>102</sup> En el caso del depósito véase especialmente Díez Soto, *El depósito profesional* (Barcelona, 1995); López Santana, *El contrato bancario de administración de valores representados mediante anotaciones en cuenta*, cap. II, 2.4.1.3, en prensa; Castro, *Consensualidad, naturaleza y régimen*, *cit.*, & 7.2.

<sup>103</sup> Castro, “*Emptio*”, *cit.*, & 7.

<sup>104</sup> Art. 1261 C.c.

<sup>105</sup> Caso de la *societas*, extinguido por el ejercicio de la acción de rendición de cuentas (*actio pro socio*: cfr. Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 2, 63, entre otros, y sobre la acción Velasco, *La posición del obligado en la “societas” consensual: una aproximación a la “actio pro socio”* [Sevilla, 1986]), con la que, de hecho, estructuralmente el matrimonio halla tantas similitudes en su construcción; sobre este punto véase *infra* & 7.

<sup>106</sup> La muerte es causa de extinción de algunos contratos personalísimos, como el *mandatum* (pero adviértase que incluso en este caso el mandatario puede exigirle a los herederos del

e) partiendo de esta base, y aceptando que se utilizan los instrumentos propios de la categoría contractual para facilitar la elaboración jurídica del tejido matrimonial en lo que de jurídico tiene, desechando aquellos que no sirven a los presupuestos religiosos que inspiran la regulación, cabe afirmar que el (pseudo)contrato matrimonial no es en modo alguno consensual, porque el consentimiento no se basta y sobra para la perfección del vínculo<sup>107</sup>.

f) no es tampoco un (pseudo)contrato real, porque la consumación del matrimonio, que supone una práctica sexual enfocada canónicamente como una entrega, es requisito no para que el matrimonio se entienda como existente *a priori* sino para que *a posteriori* no pueda procederse a la anulación del matrimonio rato y no consumado; de ahí que se estime matrimonio válido al que sólo es rato y no ha sido consumado: *matrimonium inter baptizatos validum dicitur ratum tantum, si non est consumatum*<sup>108</sup>.

g) el matrimonio canónico es un (pseudo)contrato formal, siendo innecesario calificarlo de “acto jurídico *formal* (además de consensual)”<sup>109</sup>, ya que el elemento consensual –y no sólo en la visión labeojuliana, que identifica ambos conceptos, como se ha visto<sup>110</sup>– es imprescindible e inherente a todo contrato, determinándose la consensualidad o no del mismo por el solo hecho de que el vínculo contractual nazca en virtud del consentimiento o requiera de algún otro elemento; en este sentido el código es terminante: el canon 1108 considera como válidos de forma explícita a aquellos matrimonios contraídos según unas determinadas formalidades, a las que se consagra todo un capítulo<sup>111</sup>; sin ellas, no hay matrimonio.

En el caso del matrimonio romano, estos problemas de conceptualización no se dan, naturalmente: el matrimonio no es una institución jurídica y desde luego no

mandante, bajo la protección de la *actio mandati contraria*, el reembolso de los gastos, si ha continuado la gestión por ignorancia del deceso: cfr. Gai. III, 160), pero naturalmente no es la única, ni la paradigmática: el cumplimiento del encargo es la forma de extinción por excelencia.

<sup>107</sup> El can. 1057 hay que ponerlo en relación con el can. 1108: ello significa que el consentimiento es imprescindible en el acto jurídico matrimonial y que nada puede sustituirlo; significa también que requiere de un complemento naturalmente adicional pero *canónicamente básico* para que haya matrimonio. Entiendo que la afirmación de HERVADA, *Comentario al canon 1057*, en *Código de derecho canónico anotado*, a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, 1992), 5ª ed., p. 629, desde una óptica contractual, sólo puede aceptarse si se concibe la frase “el vínculo matrimonial nace del consentimiento, o más precisamente, del pacto conyugal” como acreditativa de la importancia generativa o genética del acuerdo de voluntades, y no como la autosuficiencia de éste para generar por sí mismo el vínculo matrimonial. La preferencia por el término “pacto conyugal” permite eludir, desde luego, toda alusión –en mi opinión errónea– a la naturaleza consensual del contrato matrimonial. Véase, en cualquier caso, necesariamente *infra* en el texto acerca del contrato formal matrimonial.

<sup>108</sup> Can. 1061.1.

<sup>109</sup> NAVARRO VALLS, *Comentario al canon 1108*, en *Código de derecho*, cit., p. 672.

<sup>110</sup> Véase *supra* nn. 19 - 20, 79 - 82 y la porción de texto a que se adjuntan.

<sup>111</sup> Cap. V del Tít. VII de la Parte I del Libro IV: cann. 1108 - 1123.

es un contrato. El consentimiento de las partes se mueve en el terreno de los hechos y tiene una repercusión jurídica, desde luego, pero sin constituir una figura de derecho, exactamente igual que ocurre con el consentimiento en el ámbito posesorio, jurídicamente de interés por razones estructurales del propio fenómeno posesorio<sup>112</sup>, de orden público<sup>113</sup> y, eventualmente (y también frecuentemente), por sus consecuencias en el ámbito de la propiedad<sup>114</sup>, pero en sí mismo no jurídico, salvo que el mismo acuerdo y las propias posibilidades de la concreta situación lo permitan<sup>115</sup>. En el ámbito matrimonial romano, lo repito<sup>116</sup>, el derecho no reside intrínsecamente en el matrimonio, sino en el derecho a contraerlo.

7. En la construcción canónica el consentimiento, que funciona –cierta pero distorsionadamente– como sistematizador del contrato matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en la visión jurisprudencial romana, funda un consorcio basado – y ahí subyace la distorsión– en la indisolubilidad del vínculo<sup>117</sup>. Ese vínculo es formal y no simplemente consensual: se requiere un rito para la validez del acuerdo. Naturalmente, esa calificación de formal o consensual cabe observarla en cierta medida a lo largo (y especialmente al final: en la extinción) de la duración del consorcio, aunque baste su constatación en el momento (inicial) de perfección del vínculo para sustentar una u otra calificación: digamos que la observación del consorcio suministra indicios sobre la calificación del vínculo. Frente al formalismo canónico, la aformalidad del matrimonio romano, en cambio, es tal que, requerida por la *lex Iulia de adulteriis* la comunicación del repudio por un liberto en presencia de siete ciudadanos púberos<sup>118</sup>, de no realizarse de tal forma no cabe entender que el matrimonio perviva, sino que, disolviéndose, la ley impone determinadas penas al cónyuge que incumplió con las mencionadas formalidades<sup>119</sup>. Ello no es sino una muestra más de la extremada aformalidad del derecho matrimonial romano y contrasta frontalmente con la minuciosa regulación canónica

<sup>112</sup> CASTRO, *Poseción y proceso, acto y rito*, cit., p. 173 y ss.

<sup>113</sup> *Ibíd.*, p. 174.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, p. 175 y ss.

<sup>115</sup> Pienso emblemáticamente en el caso de *traditio* cualificada, en el que el acuerdo entre las partes versa sobre la transmisión de la propiedad junto a la posesión, en el seno de un determinado negocio jurídico (que funciona como *iusta causa*). Remito, para compulsar la literatura esencial y mi propia visión, a un trabajo publicado en esta misma revista: CASTRO, *La posesión y los mecanismos “causales” de adquisición de la propiedad*, en *Apollinaris* 71 (1998), pp. 257 - 287, especialmente 257 - 262 y nn. 1 - 3 - 6 - 11 - 21 - 27 - 28 - 30.

<sup>116</sup> Véase *supra* & 5 k).

<sup>117</sup> RIESGO MÉNDEZ, *La unidad e indisolubilidad del matrimonio ante la razón* (Madrid, 1970); GARCÍA CANTERO, *El divorcio* (Madrid, 1977); *ídem*, *El divorcio en los Estados modernos*, en AA.VV., *El vínculo matrimonial, ¿divorcio o indisolubilidad?* (Madrid, 1978), pp. 435 - 514; BERNÁRDEZ CANTÓN, *El divorcio en el Concilio Vaticano II y en la doctrina actual. Tendencias divorcistas actuales: Crítica*, *ibíd.*, pp. 515 - 577.

<sup>118</sup> Cfr. Paul. 2 *de adult.*, D. 24, 2, 9; Ulp. 47 *ed.*, D. 38, 11, 1, 1; véase, además, CI. 9, 9.

<sup>119</sup> IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 493.

para proceder –ya que no al divorcio– a la separación conyugal<sup>120</sup> y a la nulidad matrimonial<sup>121</sup>.

La peculiaridad, en verdad *sui generis*, de ese contrato –o como he preferido llamarlo: pseudocontrato– que resulta ser el matrimonio canónico, ha dado lugar a la elaboración de una teoría que percibe la realidad matrimonial como algo extraído del ámbito contractual: la configuración por el *ius cogens* de la realidad matrimonial, la nula intervención de los contrayentes en la elaboración del contenido de *su contrato* matrimonial, el hecho de que se pueda celebrar matrimonio con un conocimiento implícito –digamos que *epidérmico*– de la sustancia del mismo, bastando con la intención de contraer<sup>122</sup>, etc., son diversos factores que influyen a la hora de dibujar una crítica a la visión contractual del matrimonio canónico desde la senda misma de lo canonístico. Obsérvese, en cualquier caso, desde el conocimiento de la realidad cotidiana del mundo contractual –que es ante todo mercantil– que algunas de esas razones no resultan de mucha enjundia, porque vienen a ser predicables de figuras jurídicas sobre cuya contractualidad nadie duda: piénsese en las tan extendidas condiciones generales de la contratación y en que incluso la desigualdad real entre los contratantes, tan evidente en el ámbito de la contratación bancaria, no es óbice para que nos encontremos ante un contrato. Todo lo cual, pese a esto que acabo de apuntar, en definitiva, tiene su peso y se vierte en la característica formulación canonística de la teoría institucional del matrimonio<sup>123</sup>, que se separa de la visión estrictamente contractual del mismo, pues no cabe, en una palabra, contemplar un contrato que presente tantas y tan drásticas diferencias respecto del concepto puro de contrato que es, desde su nacimiento, una categoría propia del derecho patrimonial. Quizás, efectivamente, no quepan *heterodoxias* en materia jurídica –y, desde luego, no en la paradigmática escena de lo contractual– si se termina por desvirtuar lo que se pretende utilizar: en Derecho o se es una cosa o, necesariamente, se tendrá que *ser otra*. Cabe defender, por ello, que más que hablar de contrato matrimonial nos hallamos ante un no-contrato<sup>124</sup>, pero, reconociendo la inapelable substancia de estos posicionamientos, el problema estriba en sustituir el rico tejido contractual puesto a disposición de la construcción dogmática del matrimonio canónico en el plano jurídico por otro entramado jurídico que, sin aludir en absoluto al edificio del contrato, permita a su vez la edificación del concepto jurídico de matrimonio. La

<sup>120</sup> Cann. 1151 y ss., especialmente 1152.3.

<sup>121</sup> Véase *supra* n. 58.

<sup>122</sup> Véase un resumen de estas cuestiones en BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., p. 45.

<sup>123</sup> RENARD, *op. cit.*, pp. 96 - 123; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, cit., pp. 115 y ss.; en cierto sentido, destacando sus “atractivas perspectivas para la estructuración del Derecho matrimonial, y concretamente el canónico”, pero advirtiendo que “exige una cuidada adaptación al contenido del matrimonio”, se ha pronunciado sin rechazarla y acogiendo de ella parte de su entramado conceptual, BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., p. 46.

<sup>124</sup> Y eso lo ha defendido en cierto sentido, si no lo he entendido mal, GARCÍA BARBERENA, *Sobre la idea contractual*, cit., pp. 155 - 181 y *Sobre el matrimonio “in fieri”*, cit., pp. 422 - 440.

cuestión, en definitiva, tiene que ver fundamentalmente con el problema de la viabilidad de la construcción para hacer frente a todo el complejo mundo de realidades y vertientes del fenómeno jurídico matrimonial.

Entre otras cosas, creo que, por todo ello, en la doctrina canónica las respuestas a esta desviación de la tradicional visión contractual del matrimonio canónico han sido, por lo general, contrarias<sup>125</sup> o, a lo sumo, eclécticas, en una línea híbrida que, en verdad, no viene a contradecir, en su mestizaje conceptual, la noción distorsionada que del contrato se ha elaborado en ámbito canónico, como aquélla de calificar al matrimonio de la Iglesia como un contrato institucional<sup>126</sup>. La teoría institucional, en cualquier caso –y por ello, entre otros motivos, ha sido fuertemente contestada–, lo que hace es resaltar, en cambio, por encima del matrimonio *in fieri*, al modo en que se realiza en la doctrina canónica tradicional y mayoritaria, el matrimonio *in facto esse*: es decir, el futuro y no el pasado matrimonial, entendidos ambos conceptos temporales en sentido abstracto, naturalmente.

Ello presenta indudables atractivos en el ámbito jurídico –dejando a un lado las posibles ventajas que tal visión ofrezca desde el punto de vista pastoral o cristiano, que aquí no interesan–, pero en cualquier caso conviene resaltar, no ya tanto su carácter minoritario en la doctrina especializada, pues podría acogerse aquí lo dicho por los menos –como he hecho en otras ocasiones y otros trabajos, si lo he creído justo–, sino, básicamente, *la insuficiencia, desde el punto de vista de la estricta construcción jurídica del matrimonio, de las teorías contractualista e institucional*, pues no es un contrato el matrimonio, sino un acto jurídico –en definitiva, un pseudocontrato, un no-contrato, como aquí se ha dicho–, pero se concibe de forma contractual, pues es jurídicamente mucho más relevante, en la percepción jurídica canónica, el matrimonio como acto que el matrimonio como estado. La visión institucionalista, por tanto, incide, más que en lo jurídico, en la vertiente humana del fenómeno matrimonial, pretendiendo aproximar la realidad jurídica de la conceptualización y regulación del matrimonio en el Código a la realidad humana y socialmente irrenunciable del matrimonio; la visión contractual, en cambio, que prevalece, prevalece distorsionada, sólo en aquello que sirve a unos fines tenidos por trascendentes y explícitamente reclamados como prioritarios, pre-matrimoniales –en el sentido ontológico del término– y configuradores de una realidad jurídica matrimonial que se les somete. Y en esta contradicción, jurídicamente enriquecedora para el investigador, subyace la polémica sobre la naturaleza del vínculo matrimonial canónico.

---

<sup>125</sup> Véase, por todos, MONTERO, *op. cit.*, pp. 15 - 16.

<sup>126</sup> Véase, por todos, MONSERRAT MELIÀ, *El contrato y la institución en el matrimonio*, en *La Ciencia Tomista* 86 (1959), pp. 117 - 127, y en general los manuales del propio MONSERRAT, *Derecho matrimonial canónico*, *cit.*, pp. 7 - 9, y de REGATILLO, *op. cit.*, p. 13 y el trabajo de MIGUÉLEZ, *op. cit.*, pp. 430 - 431, *cit. todos supra* en el repaso a las aportaciones generales sobre derecho matrimonial canónico efectuadas por la doctrina española contenido en n. 63.

Una contradicción –una paradoja– que separa los estados matrimoniales fundados en los respectivos actos de matrimonio en ambas perspectivas jurídicas (la canónica y la romana), pues, si el matrimonio *in fieri* es el realmente importante en la regulación canónica y a él se subordina el matrimonio *in facto esse*, eso trae como consecuencia la mayor fortaleza del *consortium* resultante (y dependiente), que resulta consensualmente indestructible, mientras que el *consortium* matrimonial romano, hipertrofiado frente al *consensus* inicial, que ha de repetirse permanentemente y que por ello presenta menos importancia comparativamente que el acto canónico del matrimonio, puede destruirse en cualquier momento por la simple *voluntas* de cualquiera de las partes. Pesando más el estado matrimonial en la visión romana que en la canónica es, sin embargo, y precisamente por ello, más débil. Las paradojas, creo haberlo apuntado en otro lugar, son siempre tales en la superficie de una visión epidérmica.

8. La incidencia de la construcción canónica del matrimonio ha *pesado*, a lo largo de la historia, avasalladoramente, en los Estados de religión católica, hasta el punto de ocupar el propio espacio natural del matrimonio civil<sup>127</sup>, en una situación que –con leves excepciones<sup>128</sup>– se extiende en España hasta que el cambio de régimen operado en 1978<sup>129</sup> propició la distinción entre dos espacios jurídicos bien diferenciados en el derecho matrimonial sin la subordinación del civil al canónico, ambos con efectos civiles<sup>130</sup>: el canónico y el civil<sup>131</sup>. La relación, des-

<sup>127</sup> Hasta la ley de 7 de julio de 1981, en verdad, el matrimonio se regulaba básicamente como una disciplina del Derecho canónico, siendo el matrimonio civil *de iure* y *de facto* subsidiario del canónico: es algo apuntado ya, con razón, por Díez Picazo & Guill, *Sistema de derecho civil, IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones* (Madrid, 1989), 5ª ed., p. 63.

<sup>128</sup> Dos son esos períodos que pudieran calificarse de excepcionales en nuestra tradición jurídica: en primer lugar, la Constitución de 1869 y su concreción en la ley de 18 de junio de 1870, trastocadas por el Decreto de 9 de febrero de 1875 y la base 3ª de la ley de 11 de mayo de 1888, que establece dos formas válidas de matrimonio –la civil y la canónica– y, en segundo lugar, la II República (1931 - 1939), en concreto la ley de 28 de junio de 1932, que impuso el matrimonio civil como única fórmula con efectos civiles en el ordenamiento español; no obstante, la ley de 12 de marzo de 1938, impulsada por las circunstancias del país, restableció el sistema anterior.

<sup>129</sup> Art. 32 Constitución; Acuerdos parciales entre la Santa Sede y el Estado español. Véase respectivamente IBÁN, *El matrimonio en la Constitución*, RPP (1980), p. 137 y ss. (cfr. también PABLO CONTRERAS, *Constitución democrática y pluralismo matrimonial (El nuevo sistema matrimonial español)* [Pamplona, 1985]), y Díez Picazo, *El sistema matrimonial y los acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español*, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico*, IV (Salamanca, 1980), así como para ambos aspectos PEÑA BERNALDOS DE QUIRÓZ, *El sistema matrimonial español según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, ADC (1980), p. 571 y ss.

<sup>130</sup> Art. VI: 1 de dichos Acuerdos. Véase también, por supuesto, el art. 60 C.c., reformado por la ley de 7 de julio de 1981. Remito al resumen de Sancho Rebullida en LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA, RIVERO & RAMS, *Elementos*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>131</sup> Son las dos formas recogidas en el art. 49 C.c.: la civil y la religiosa legalmente prevista (cfr. arts. 59 - 60).

de tal coyuntura histórica hasta nuestros días, ha variado claramente, y aun reconociendo la influencia dogmática del edificio canónico de la institución matrimonial en la construcción del matrimonio civil y en el enfoque a problemas connaturales a la realidad matrimonial, como la bigamia (en sentido contrario al que era el enfoque romano)<sup>132</sup>, es evidente que el derecho civil actual presenta notables cambios respecto del tronco canónico en buena parte de las vertientes del fenómeno matrimonial<sup>133</sup>. Sin duda, cabe hablar de un nuevo sistema matrimonial en España<sup>134</sup>. Es evidente tal diferenciación general y son patentes tales diferencias en aspectos concretos<sup>135</sup> y basta con compulsar, en lo que respecta al derecho español, no sólo la legislación vigente en uno<sup>136</sup> y otro ámbito<sup>137</sup>, sino la doctrina más solvente en el seno de la canonística<sup>138</sup> y civilística españolas<sup>139</sup>. Centrémonos en el tema doble de este trabajo: consentimiento y consorcio, o lo que es lo mismo, acto y estado.

La visión contractual canónica del matrimonio –al margen de las especificidades ya resaltadas de tal pseudocontrato– no es aceptable en la construcción jurídica moderna del matrimonio civil, que no es un contrato<sup>140</sup>, debido a la incidencia, como elemento constitutivo del mismo, del funcionamiento civil

---

<sup>132</sup> Véase sobre la bigamia infra & 8, además de supra n. 27.

<sup>133</sup> Cfr., entre otros, sobre estos aspectos, DEL AMO, *La eficacia del consentimiento en el matrimonio civil de los apóstatas* (Madrid, 1964); T. RINCÓN, *Implicaciones doctrinales del matrimonio civil de los católicos*, en *IC*. 19 (1979), pp. 77 - 158; J. L. SANSTOS, *Matrimonio civil de acatólicos y nuevo Código canónico*, en *Estudios de Derecho canónico y eclesiástico en homenaje al Pr. Maldonado* (Madrid, 1983), pp. 751 - 762; F. AZNAR, *Cohabitación, matrimonio civil, divorciados casados de nuevo. Doctrina y Pastoral de la Iglesia* (Salamanca, 1984).

<sup>134</sup> JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial español*, *ADC* (1981), pp. 903 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español* (Madrid, 1983).

<sup>135</sup> Véase, por todos, MARTÍN DE AGAR, *El matrimonio canónico en el derecho civil español* (Pamplona, 1985).

<sup>136</sup> Cann. 1055 - 1165.

<sup>137</sup> Arts. 42 - 106 y el complemento del 107.

<sup>138</sup> Véase supra n. 63.

<sup>139</sup> Véase, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ & LEÓN CASTRO, *Lecciones de derecho Civil. El matrimonio* (Sevilla, 1982); JORDANO BAREA, *El nuevo sistema matrimonial*, *cit.*, *passim*; Sancho Rebullida en LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA, RIVERO & RAMS, *Elementos*, *cit.*, pp. 87 y ss.; véase, además, supra nn. 127 y 129 e *infra* n. 142.

<sup>140</sup> En mi opinión la propia ubicación del matrimonio en el tít. IV del Libro I (“De las personas”), lejos de la materia contractual, situada en el Tít. II y ss. del Libro IV (“De las obligaciones y los contratos”), en el que se inserta, en cambio, el régimen económico matrimonial (Tít. III), es prueba de que ésa es la visión del codificador: como ya se ha defendido aquí (véase *supra* & 3 y 5.2), el contrato es una figura de derecho patrimonial y el matrimonio ni es uno ni otro: en pureza, no es uno por lo otro. El tema es complejo: véase, por todos, Sancho Rebullida en LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA, RIVERO & RAMS, *Elementos*, *cit.*, p. 89, glosado *infra* en el texto.

oficial<sup>141</sup>, aunque en modo alguno sea esto pacífico y exista una larga tradición en defensa del carácter contractual del matrimonio<sup>142</sup>. En el matrimonio canónico se acredita, de forma indiscutible, “la función dominante del consentimiento como causa eficiente del vínculo matrimonial, sin que pueda estimarse que el ministro eclesiástico asistente concurra a la constitución del matrimonio, y que tiene como resultado la aparición de unos efectos jurídicos queridos por las partes”<sup>143</sup>. En cualquier caso, cabe preguntarse, en orden a determinar la real importancia de la concurrencia de tal ministro, si podría calificarse de matrimonio canónico aquél oficiado por cualquier otra persona: aquél, en definitiva, realizado sin cumplimentar las formas previstas en el rito canónico. La respuesta, desde luego, es negativa, lo que directamente nos obliga a considerar el matrimonio canónico como un (pseudo)contrato<sup>144</sup> formal en el que el consentimiento de los participantes, aún siendo básico, no basta por sí sólo para la constitución del estado matrimonial. Es el mismo caso que en nuestra tradición jurídica inaugura la vieja *stipulatio* romana. Tal no ocurre –sino todo lo contrario– en la regulación civil moderna, en la que la totalidad de los contratos civiles han de calificarse, con la mejor doctrina en este (y otros) punto(s) como contratos consensuales<sup>145</sup>, con la excepción única de la donación inmobiliaria<sup>146</sup>, expresamente recogida por el Código civil español<sup>147</sup> y, quizás<sup>148</sup>, de la mobiliaria<sup>149</sup> (pero en modo alguno el contrato de hipoteca<sup>150</sup>, pese a lo que se ha afirmado por algún sector<sup>151</sup>). ¿Qué ocurre con el matrimonio?

<sup>141</sup> Véase especialmente, entre la bibliografía clásica, MACCHIA, *Studi di diritto matrimoniale* (Padova, 1947), pp. 63 - 139; GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español* (Roma - Madrid, 1959), pp. 28 - 33; C. GANGI, *Derecho matrimonial* (Madrid, 1960, trad. Moreno Hernández), pp. 23 - 29.

<sup>142</sup> Véase sobre el tema especialmente FUENMAYOR, *El matrimonio como contrato civil*, en *RGLJ*. (1976), p. 93 y ss.; RAMOS OREA, *Matrimonio y otros contratos: aspectos equivalentes y subsumibles mutuamente*, en *RDN*. (1981), p. 239 y ss.

<sup>143</sup> BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio*, cit., p. 25.

<sup>144</sup> Sobre la calificación de pseudo - contrato véase supra & 5.1 (y también 5.2).

<sup>145</sup> JORDANO BAREA, *La categoría*, cit., passim, seguido, en argumentación modélica, entre otros, por JORDANO FRAGA, *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria* (Granada, 1999), n. 87 y LÓPEZ SANTANA, *op. cit.*, cap. II, 2.4.1.3: véase supra nn. 101 - 102.

<sup>146</sup> JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 72, 76, 78. Véase otra bibliografía recogida en CASTRO, “*Emptio*”, cit., n. 79.

<sup>147</sup> Art. 633 C.c.

<sup>148</sup> Art. 632 C.c.

<sup>149</sup> No hay acuerdo doctrinal indiscutible al respecto: véase por todos JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 76.

<sup>150</sup> Remito al análisis riguroso de JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 119 y ss., especialmente 136 y ss., al que me adhiero en CASTRO, “*Emptio*”, cit., n. 71 y ss. y la porción de texto a que se adjuntan.

<sup>151</sup> GORDILLO, *Hipoteca voluntaria: el “iter” de su formación y la determinación de su momento constitutivo*, en *Academia sevillana del notariado IV* (Madrid, 1991), p. 319 y ss.; *idem*,

Ciertamente, dentro del entramado jurídico del Derecho privado, se ha defendido que el matrimonio es “por su propia naturaleza una institución especialísima”<sup>152</sup>, lo que es indiscutible, pero también que la misma se presenta basada en un acuerdo de voluntades entre los contrayentes que no excluye su carácter contractual, debido a que las especificidades del mismo –básicamente la indisponibilidad de los efectos– dependen de la especialidad de objeto y causa y no de la ausencia de consentimiento libre y autónomo plenamente<sup>153</sup>. Esto último –la contractualidad no excluida en la materia– creo que es más discutible, en cualquier caso, que lo primero, pese a que la reflexión sobre la naturaleza y alcance de la indisponibilidad resulta innegable. La pretendida consensualidad del matrimonio civil, que ha dado lugar a aquella tendencia hiperconsensualista de que hablaban ya en 1982 López López y León Castro<sup>154</sup>, reflejada transparentemente en el artículo 45 del Código español, al afirmarse que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”<sup>155</sup>, y el hecho –de historia del derecho, en verdad– de que tal precepto introduzca por vez primera en nuestra tradición codificatoria una afirmación tajante sobre el papel del consentimiento en el matrimonio<sup>156</sup>, ausente hasta entonces y que había que inferir de otros artículos del Código<sup>157</sup>, no desmiente en modo alguno lo que aquí se apunta en orden a dudar de la naturaleza estrictamente consensual del vínculo matrimonial. El citado precepto lo que hace es recalcar la importancia absoluta de un consentimiento libre y limpiamente manifestado en un ámbito tradicionalmente propicio a la manipulación de las voluntades, en cumplimiento del orden constitucional y como se deduce del siguiente párrafo del citado artículo, en virtud del cual se tendrá por no puesta la condición, término o modo del consentimiento, y el mismo texto del artículo 73, cuando se establece la nulidad del matrimonio celebrado, entre otros supuestos, sin consentimiento matrimonial<sup>158</sup> o por coacción o miedo grave<sup>159</sup>. El hecho de que allí mismo se señale que será nulo también el que se contraiga sin la intervención del Juez o funcionario o sin la de testigos<sup>160</sup> nos pone de manifiesto

---

*Excerpta en tema de constitución de hipoteca voluntaria, en Estudios Lacruz Berdejo (Barcelona, 1992), p. 427 y ss.; ARJONA, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 42 (1996), p. 967 y ss., en concreto 976 - 977.*

<sup>152</sup> Sancho Rebullida en LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA, RIVERO & RAMS, *Elementos, cit.*, p. 89.

<sup>153</sup> *Ibidem.*

<sup>154</sup> *Op. cit.*, p. 88.

<sup>155</sup> Art. 45.1 C.c.

<sup>156</sup> Ya destacada por LÓPEZ LÓPEZ & LEÓN CASTRO, *op. cit.*, p. 87.

<sup>157</sup> Antiguos arts. 83.2º y 101.2º, sobre la necesidad de pleno ejercicio de la razón para contraer matrimonio y acerca de la regulación de los vicios del consentimiento, respectivamente.

<sup>158</sup> Art. 73.1º C.c.

<sup>159</sup> Art. 73.5º C.c.

<sup>160</sup> Art. 73.3º C.c.

el carácter formal<sup>161</sup> de algo que como el matrimonio civil quizás no sea un contrato<sup>162</sup>, aunque se pretenda (tema, en cualquier caso, que no cabe debatir aquí<sup>163</sup> y que suele rehuirse<sup>164</sup>), pero desde luego no es un contrato consensual. Con respecto a la forma del matrimonio, de hecho, el Código español es taxativo: todo el capítulo III del Título IV (“Del matrimonio”), del Libro 1<sup>165</sup>, se consagra a la forma de celebración del matrimonio, regulándose expresamente que “el matrimonio deberá celebrarse ante el Juez o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad”<sup>166</sup>.

9. Si resulta evidente que la materia matrimonial ha experimentado profundos cambios en el ámbito canónico, incluido el campo esencial de la perfección del vínculo, como aquí se ha visto<sup>167</sup>, cabe despejar algunas sombras de duda sobre la posible transformación copernicana del derecho matrimonial romano a lo largo de su evolución: lo que desde luego es verificable para las vertientes económicas o externas a la esencia matrimonial en este ámbito (dote<sup>168</sup> o esponsales<sup>169</sup>, entre otros<sup>170</sup>) no lo es si atendemos a la sustancia del *matrimonium*, que permanece inmutable, porque es consubstancial al modo de ver el romano la realidad –no sólo jurídica; también humana y trascendente– de la unión entre hombre y mujer y de la vida familiar. Pese a lo expuesto en algunas notables aproximaciones al tema<sup>171</sup>, en la dirección de considerar el consentimiento matrimonial como nece-

<sup>161</sup> A favor del carácter formal del matrimonio se pronuncia también Díez Pícazo & Guillón, *Sistema*, cit., p. 64.

<sup>162</sup> Sin que sirvan al respecto ni la analogía, si se considera al matrimonio como un negocio jurídico no contrato, ni la aplicación directa, si se lo considera contrato, ya que, en este último caso, además, las reglas generales de los contratos (arts. 1254 - 1314 C.c.) están pensadas en función de los que tienen contenido exclusivamente patrimonial, lo que no ocurre en el matrimonio: López López & León Castro, op. cit., p. 88.

<sup>163</sup> Y tenido por resbaladizo: si no los he interpretado mal –y creo que no– por tal lo tienen (y por irrelevante, en verdad, a efectos esenciales o prácticos) López López & León Castro, op. cit., pp. 87 - 88.

<sup>164</sup> Para no ir más lejos el emblemático texto de Díez Pícazo & Guillón, *Sistema*, cit., pp. 64 - 65, no se pronuncia taxativamente ni por la calificación de negocio jurídico ni por la de acto jurídico ni por la de contrato; véase además al respecto n. anterior.

<sup>165</sup> Arts. 49 - 58 C.c.

<sup>166</sup> Art. 57.1 C.c.

<sup>167</sup> Véase *supra* & 5.1 con el bosquejo sobre las tres teorías canonísticas.

<sup>168</sup> Véase las líneas maestras de su evolución, entre otros, en Bonfante, *Corso*, I, cit., p. 283 y ss.; Iglesias, *Derecho romano*, cit., p. 500 - 501.

<sup>169</sup> Véase las líneas maestras de su evolución, entre otros, en Bonfante, *Corso*, I, cit., p. 225 y ss.; Iglesias, *Derecho romano*, cit., pp. 495 - 496.

<sup>170</sup> Buena prueba de ello es la legislación matrimonial de Augusto, que, desde unos cómputos de natalidad establecidos, incide en los aspectos económicos (sucesorios, básicamente): véase al respecto, entre otros, Csillag, *The Augustan laws on family relations* (Budapest, 1976).

<sup>171</sup> Véase por todos D’Ercole, op. cit., p. 3 y ss. Otra literatura posterior e inmediatamente posterior al respecto puede cfr. en Robleda, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 104. El propio

sariamente permanente a lo largo de todo el consorcio sólo en la época clásica, exigiéndose su existencia sólo en el momento inicial para el período postclásico, creo que el consentimiento matrimonial fue del tipo continuado que hasta aquí se ha estado describiendo<sup>172</sup> a lo largo de toda la evolución propiamente romana del matrimonio; del mismo modo, las progresivas cortapisas –en forma de sanciones económicas– que se adivinan en la época tardía a la libertad de divorcio –jamás derogada, por lo demás– no son sino intromisiones legislativas y por tanto extrínsecas a la esencia romana del matrimonio. Basta contrastar cómo Augusto potencia los divorcios por razones de su política potenciadora de la natalidad: nuevas motivaciones (y actuaciones legislativas) externas<sup>173</sup>.

La proximidad del matrimonio, abstrayéndonos del ordenamiento que de él se ocupe, a la categoría contractual se hace especialmente perceptible si se la avvicina a la estructura de la *societas*<sup>174</sup>, tercero de los tradicionalmente calificados como contratos consensuales<sup>175</sup>, vínculo que aunque puede disolverse por el cumplimiento de la prestación y por tanto no ser esa *obligatio* sin *solutio* de la que hablábamos para el matrimonio, suele también mantenerse, en otras de sus manifestaciones, pese a los sucesivos cumplimientos si así se ha acordado. No es insignificante que en un tratamiento referencial en la materia<sup>176</sup>, entre los muchos que consagró al tema<sup>177</sup> y vienen a configurar un corpus imprescindible para el conocimiento de las cuestiones matrimoniales en nuestra tradición jurídica, Olis Robleda traiga a colación –si bien con un propósito particular, distinto al mío–, al hablar de la renuncia al matrimonio, la terminología propia de la *societas* y remita a una serie de trabajos emblemáticos consagrados al tema por Antonio Guarino<sup>178</sup>.

ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano*, cit., pp. 111 - 144 duda acerca de que el matrimonio sea contemplado como una *res facti* y es ésa también la visión de DAZA, op. cit., pp. 56 y ss., pero sobre todo 67, en la línea de replantear la naturaleza consensual del matrimonio romano desde otra perspectiva.

<sup>172</sup> Véase sobre todo *supra* & 3 - 4 - 5.1.

<sup>173</sup> Introduciendo el concepto de *incapacitas* para la sucesión de cuatro tipos de personas: *caelibes*, *orbi*, *pater solitarius* y cónyuges que no tienen hijos en el matrimonio. Véase un gráfico sintético al respecto en IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., pp. 490, pero sobre todo 567 - 568. Sobre la legislación augustea en la materia véase GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las leyes augusteas* (Sevilla, 1987).

<sup>174</sup> Véase *supra* n. 105.

<sup>175</sup> Gai, 3, 135 - 140 (*obligationes consensu contractae*: generalidades); 139 - 141 ([y 145, 147] *emptio venditio*); 142 - 147 (*locatio conductio*); 148 - 154b (*societas*); 155 - 162 (*mandatum*).

<sup>176</sup> ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit, n. 16.

<sup>177</sup> Véase un recuento *supra*, nn. 1, 9, 86.

<sup>178</sup> En concreto, GUARINO, *Solutio societatis*, en *Labeo* 14 (1968), p. 139 y ss.; *Per la storia del "contrarius consensus"*, en *Labeo* 14 (1968), p. 271 y ss.; *societas consensu contracta*, en *Atti dell'Acc. di sc. mor. et polit. Della Società Naz. di sc. e lett. di Napoli* 83 (1972), p. 309 y ss.; *Disensus sociorum*, en *Studi E. Volterra* (Milano, 1971), V, p. 135 y ss.; además, KNÜTEL, "Contrarius consensus" (München, 1968).

Matrimonio y sociedad presentan evidentes analogías. Como ésta, el matrimonio implica una cierta unidad en función de unos fines comunes entre dos individuos<sup>179</sup>; como ésta nace desde el consentimiento para constituir un consorcio<sup>180</sup>; como ésta también es disoluble por *mutuus disensus* y aún por la simple *voluntas* unilateral<sup>181</sup>. Las diferencias son también obvias, empezando por el hecho de que la sociedad puede extinguirse por el cumplimiento de la prestación, si así se ha consensuado, y desde luego extinguirse por acuerdo y hasta por manifestación de una simple voluntad de desconfianza, pero se reducen básicamente a una, que las explica todas<sup>182</sup>: en derecho romano, mientras el *matrimonium* no llega a superar nunca los límites del puro *factum* con consecuencias jurídicas<sup>183</sup>, la *societas* termina por configurarse en el edicto pretorio como una *obligatio consensu contracta*, lo que induciría a pensar que en principio sólo interesaría el consentimiento inicial: digo en principio, porque resulta evidente que el tejido contractual de la sociedad presenta diferencias con respecto a los otros contratos (consensuales), que se hacen particularmente evidentes en el tipo de *societas* que se endereza a la realización de una serie de actividades y no de una sola. De tal naturaleza tendente a la durabilidad en el tiempo, que se separa en cierta forma de la característica ontológica precedera de las obligaciones, deriva la apreciación de Gayo sobre la necesidad de la perseverancia de los socios en el mantenimiento de la sociedad para que ésta perdure<sup>184</sup>, recogido por la tradición gayana postclásica<sup>185</sup> y en la

---

<sup>179</sup> La clásica definición de IGLESIAS, *Derecho romano, cit.*, p. 384, de *societas* como “contrato consensual por virtud del cual dos o más personas –*socii*– se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común” se adapta perfectamente a la realidad matrimonial, si excluimos el que puedan ser más de dos personas, y el que en derecho romano el matrimonio no es visto como un contrato, sino como un hecho (pero en esto no ofrecerían problemas la regulación canónica ni la civil moderna) y si entendemos que los bienes y actividades puestos en común no son sólo de índole económica sino también humana.

<sup>180</sup> Sobre el origen de la *societas* consensual en el viejo *consortium inter fratres* véase por todos GUTIÉRREZ MASSON, *Del “consortium” a la “societas”, I. “Consortium erecto non cito” y II. “Societas omnium bonorum”* (Madrid, 1989).

<sup>181</sup> La *renuntiatio* dolosa obliga a resarcir los daños provocados: cfr. Gai. III, 151; Ulp. 30 *Sab.*, D. 17, 2, 14; Paul. 32 *ed.*, D. 17, 2, 65, 3. De un modo parecido existen rupturas injustas del vínculo matrimonial: el *divortium sine causa*, que es unilateral, se asemeja bastante a la mencionada *renunciatio* indebida, aunque la compleja realidad social del *matrimonium* contaminado de cristianismo depura también como injusto en el régimen justiniano el *divortium communi consensu*, que hay que diferenciar entonces de los tolerados *ex iusta causa* y *bona gratia*. Hay un resumen de estos tipos de divorcio en IGLESIAS, *Derecho romano, cit.*, p. 494.

<sup>182</sup> La más evidente es la imposibilidad de mantener dos vínculos matrimoniales lícitos a la vez, que no se da lógicamente en el terreno contractual de la sociedad; sobre la bigamia véase *supra* nn. 27, 132 e *infra* & 8.

<sup>183</sup> Con todo véase *supra* n. 171.

<sup>184</sup> Gai. III, 151.

<sup>185</sup> *Epit. Gai.*, II, 9, 17.

legislación tardía<sup>186</sup>. En verdad, esa apreciación obedece a la típica intencionalidad que suele acompañar al docente Gayo de resaltar, cara a sus alumnos, las similitudes y diferencias que hacen más fácilmente distinguibles y encuadrables las diversas figuras dentro de una lógica<sup>187</sup>, sin extraer con frecuencia consecuencias jurídicas de la apreciación: otra cosa obligaría a considerar que existe una tipología de contratos (consensuales) que Gayo no describe (y, de existir para él, lo hubiese hecho) y que agruparía, de un lado, los contratos que se extinguen con su ejercicio –compraventa y mandato– y aquéllos que no tienen porqué hacerlo –arrendamiento y sociedad, a los que se asimilaría en este punto, pese a sus semejanzas ontológicas con el mandato<sup>188</sup>, el depósito contractualizado<sup>189</sup>–: vano propósito, quizás –y mucho más aquí– el de intentar agrupar los contratos<sup>190</sup>, porque dependiendo del punto de vista utilizado tales agrupaciones variarían de forma notoria, para lo que basta seguir el dibujo trazado por Bechmann de los diversos contratos consensuales<sup>191</sup> y por d’Ors de los arquetipos contractuales<sup>192</sup>, entre otras<sup>193</sup>.

Sin extraer un juicio de la contundencia –y exageración– de Guarino, que considera que interpretar la perseverancia del consentimiento en la sociedad equivaldría a detraer la increíble consecuencia de negarle el carácter de contrato y percibir, poco menos que como imprescindible, una presencia, siquiera espiritual, de las partes en cada operación día a día<sup>194</sup> –una argumentación peligrosamente *ad absurdum*, me temo<sup>195</sup>–, el enfoque ha de ser necesariamente otro. Es evidente

<sup>186</sup> CI. 4, 37, 5 (a. 294).

<sup>187</sup> Como hace entre compraventa y arrendamiento explícitamente en Gai. III, 145.

<sup>188</sup> HAEDICKE, *Depositum und Mandat nach römischen Recht* (Rostock, 1904), pp. 27 - 28, 118; CASTRO, *Responsabilidad y duplicidad formularia*, cit., n. 26.

<sup>189</sup> Una vez que se le concede la *actio depositi in ius* de la que se habla en Gai. IV, 47 y 62.

<sup>190</sup> Y he ahí lo problemática (pese, y aún en parte por causa, de su perdurabilidad en el tiempo) que resulta la propia clasificación gayana, de la que se ha dicho de todo, empezando por descalificarla como una mixtura casi incomprensible: un análisis peyorativo ya clásico se halla en D’ORS, “*Creditum*” y “*contractus*”, cit., passim, sobre el que véase supra nn. 81 y ss., 99.

<sup>191</sup> BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. I, Geschichte im Römischen Recht* (Erlangen, 1876), p. 458, distingue como patrones a la compraventa y la sociedad. A una sigue el arrendamiento; a otra el mandato.

<sup>192</sup> D’ORS, *Parerga historica* (Pamplona, 1997), p. 60, en una clasificación según el criterio subjetivo (de sujeto), resumida por DOMINGO, *recensión en SDHI*. 63 (1997), pp. 572 - 578, que diferencia sociedad (A junto a B), mandato (A detrás de B) y permuta (A frente a B).

<sup>193</sup> Yo mismo lo he intentado en “*Emptio*”, cit., & 1 y 7, y nn. 171 - 173, según el criterio objetivo de los fines económicos primordiales: intercambio, préstamo y encargo. Responden al primero la compraventa y en cierta forma el arrendamiento; al segundo la vieja *datio decenviral* y específicamente la *datio mutui* y entre las figuras pretorias, el *pignus*, el *commodatum* y, con peculiaridades de gran interés, también la *fiducia*; al tercero responden *mandatum*, *depositum* y –también– *societas*, figuras todas creadas jurídicamente por el pretor.

<sup>194</sup> GUARINO, *Societas consensu contracta*, cit., p. 310.

<sup>195</sup> No es el único en negar el carácter perdurable del consentimiento en la sociedad, aunque

que las formas contractuales romanas no son prisioneras de ningún dogmatismo y que la flexibilidad inherente a su propia configuración armoniza las diferencias con una lógica a la vez unificadora. La sociedad, indiscutiblemente, se separa en parte del patrón modélico de la compraventa por la sencilla razón de que responde a otro esquema práctico y a una virtualidad diferente, pero desde la concepción romana lo que importa es advertir que, desde que existe el acuerdo germinal, los contratantes son tutelados por instrumentos procesales de buena fe. Ello no obsta para que tradicionalmente<sup>196</sup> se haya llegado a apreciar que, mientras que las acciones propias de la compraventa se encaminan a la exigencia del valor de la contraprestación debida, en virtud de la bilateralidad resultante del acuerdo, y por tanto a la tutela del efectivo cumplimiento, la *actio pro socio* se conciba bajo el propósito de solicitar la rendición de cuentas de la sociedad y no para reclamar directamente el cumplimiento por el consorcio de aquello a que se comprometió en el *consensus* inicial, pero, aparte de que esto se ha puesto en duda más modernamente con argumentos de peso<sup>197</sup>, el inclinarse o no por una u otra opción tampoco impide apreciar, a niveles prácticos, que en la vida, por lo común más duradera, del contrato de sociedad el consentimiento se revaloriza por su mantenimiento cotidiano, ya que, entre otras cosas, cabe la extinción de la obligación por rescisión unilateral del contrato —como en el mandato<sup>198</sup>, pero a diferencia de lo que ocurre con la compraventa<sup>199</sup>—, una llamada de atención, en definitiva, sobre la particular importancia que el consentimiento halla en el medio económico y jurídico en que se desenvuelve el tejido de la *societas* que creo que es lo que pretende resaltar Gayo, sin que se derive de ello ninguna negación a su indiscutible contractualidad. ¿Cómo no apreciar semejanzas de indiscutible peso entre *societas* y *matrimonium* si en la primera se necesita (también) el consentimiento perdurable, que se entiende mejor en relación con la *affectio societatis*, aspecto de la *fides* universal que propicia el *ius quodammodo fraternitatis* y que viene a identificarse con el *animus* de los *socii* de permanecer juntos y no separarse<sup>200</sup>? El

---

quizás sí el más taxativo: véase también BETTI, *Istituzioni di diritto romano* (Padova, 1962), pp. 225, n. 10 y 272, n. 71. No lo niega WIEACKER, “*Societas*”. *Hausmeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I (Weimar, 1936), que, al asumirlo, en cambio niega el carácter contractual de la sociedad. Son visiones a mi juicio excesivas, que no buscan (o no consiguen) conciliar los esquemas contractuales prefijados dogmáticamente con la indiscutible apreciación de Gayo en III, 151, que va por otros derroteros, muy alejados del dogma, y que es acogida sin dudas por los legisladores postclásicos en CI. 4, 37, 5.

<sup>196</sup> BECHMANN, op. cit., p. 485 y ss.

<sup>197</sup> ARANGIO-RUIZ, *La societá in diritto romano* (Napoli, 1965), p. 175 y ss., en el análisis referencial en la materia, en tantos sentidos (véase sobre ella también *infra* n. 201 y la porción de texto a que se adjunta).

<sup>198</sup> IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 389.

<sup>199</sup> En parte cabe también en el arrendamiento, donde, si es de cosa, la voluntad de cualquiera de las partes extingue el contrato: cfr. la síntesis de IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 381.

<sup>200</sup> Véase VELASCO, *La sociedad*, en *Estudios Murga* (Madrid, 1994), p. 615, dentro de la síntesis doctrinal y de fuentes que hace, *ibíd.*, p. 615 y ss. y nn. 30 - 37.

propio Arangio-Ruiz<sup>201</sup> ya comparó la *affectio societatis* con la *affectio maritalis* y la *affectio possessionis*<sup>202</sup> y a su análisis modélico cabe agarrarse. La diferencia entre sociedad y matrimonio es, simplemente, que aquélla penetra como institución jurídica por la vía del edicto, convirtiéndose en un contrato, y el matrimonio queda enclaustrado en los lindes del hecho, de lo fáctico: la razón de ello estriba en que una figura resulta esencialmente patrimonial, mientras que la otra sólo tiene implicaciones económicas (emblemáticamente la dote) y sólo a su tutela se consagra el edicto e incluso en eso hay una cierta indiscutible semejanza, al cubrirse la reclamación de la dote con una acción de buena fe<sup>203</sup>.

En derecho canónico y civil moderno, en cambio, las diferencias son nítidas y contundentes, pese al aspecto (pseudo)contractual que el matrimonio recibe en buena parte de las visiones canonísticas<sup>204</sup> y civilísticas<sup>205</sup> y radican en el formalismo inherente a algo que pretende ser visto como un contrato (y en la imposibilidad de romper el vínculo *societario* en el caso del matrimonio canónico por la sola manifestación de la voluntad<sup>206</sup>) frente a la indiscutible consensualidad del contrato de sociedad. Obedece, pues, su distinción a razones específicamente jurídicas de instituciones que son expresamente calificadas de jurídicas, pero también hay una explicación histórica o, si se prefiere, de genética jurídica. Ello es tan simple como que el ordenamiento canónico (no digamos el civil, que se nutre de las aportaciones de dos sistemas jurídicos previos) se sirve para sus propios fines de las conquistas jurídicas de Roma –en la que, no se olvide, halla su acomodo definitivo la Iglesia<sup>207</sup>–, mientras que *matrimonium* y *societas* romanos parten de la realidad prejurídica –presocial– de la que brota, con otros, el misterio del *consortium* romano. Derecho y savia se entrecruzan ahí de una forma palmaria, de contornos casi indistinguibles. Ello es parte de ese misterio de lo romano y de Roma en el que, durante toda la época verdaderamente romana, el Derecho romano fue el derecho de los *patresfamilias*; es algo que destacó Bonfante<sup>208</sup> y que hizo suyo Iglesias<sup>209</sup>, dos maestros de ayer y de hoy: de siempre. De la familia, encabezada por quien es lo que es por serlo en y desde su familia<sup>210</sup>. Esa

<sup>201</sup> *Op. cit.*, pp. 66 - 67.

<sup>202</sup> Sobre el paralelismo y la proximidad entre matrimonio y posesión véase infra & 8.

<sup>203</sup> *Actio rei uxoriae*, la última en el catálogo de Gai. IV, 62.

<sup>204</sup> Véase supra & 4 - 5.1.

<sup>205</sup> Véase supra & 6.

<sup>206</sup> Véase supra & 5.a) - b).

<sup>207</sup> Sobre el tema véase por todos BIONDI, *Diritto romano cristiano* (Milano, 1951 - 1952), 3 vols. y CHURRUCA, *op. cit.* Específicamente sobre tema de orígenes cfr. BUCCI, *La genesi della struttura del diritto della Chiesa latina e del diritto delle Chiese Cristiane Orientali in rapporto allo svolgimento storico del diritto romano e del diritto bizantino*, *Apollinaris*, 65 (1992), p. 93 y ss.

<sup>208</sup> *Corso di diritto romano*, I: *Diritto di famiglia* (Milano, 1963), p. 10.

<sup>209</sup> *Espíritu del derecho romano* (Madrid, 1991), 2ª ed., p. 93.

<sup>210</sup> CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica* (Sevilla, 1998), p. 41

pequeña *res publica* que resulta ser la familia<sup>211</sup>, de la que hablase en época tan adelantada como el siglo I el propio Séneca en estos términos<sup>212</sup>, prueba su identidad precisamente en la realidad común, conjunta, plural y sin embargo unitaria de su genuina y primitiva estructura de poder: en el valor omnipresente del *consortium* familiar en todos los órdenes. La realidad inmanente, primigenia, de la unión matrimonial se muestra en este indicio genético que nos retrotrae a la comunidad precívica, donde el fenómeno del consorcio –entre padre e hijos, entre hermanos, entre cónyuges– se ubica naturalmente y donde sostiene el edificio jurídico arcaico de impronta fuertemente familiar.

10. Manenti fue quizás el primero en señalar, a fines del siglo XIX, la estructuración del fenómeno matrimonial romano con base en dos elementos: el establecimiento del hecho de la comunidad de vida (convivencia) y el consentimiento<sup>213</sup>. Toda una larga estirpe de estudiosos, sobre todo italianos, ha incidido en esta observación en sus aproximaciones al tema<sup>214</sup> y de ello se ha derivado la apreciación del paralelismo entre *matrimonium* y *possessio*, realidades fácticas y no jurídicas, a las que no es aplicable el *postliminium*<sup>215</sup>. Como en el caso de la posesión, para el hecho matrimonial se requerirían los dos elementos integradores de ésta, *corpus* y *animus*, y el mantenimiento de éste en todo momento: había nacido la percepción doctrinal de la “*volontá continuativa*” como fundamento estructurador del *consortium* matrimonial romano. Unas décadas después, y sin dejar de reconocer la importancia de la aportación manentiana<sup>216</sup>, la depuración emprendida por Volterra<sup>217</sup> y Orestano<sup>218</sup> vino a calificar como único elemento importante al consentimiento y no a la convivencia, lo que hoy en día resulta una indiscutible evidencia<sup>219</sup>. En puridad, sin embargo, la percepción del matrimonio

---

y ss. y *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, en *BIDR.* 98 - 99 (1995 - 1996, public. 2000), pp. 760 y ss., especialmente 762 y ss., así como en las otras dos partes de mi tríptico de estudios sobre el carácter de la sucesión romana, consagrados a la sucesión testada e intestada, en prensa respectivamente en *SDHI.* 67 (2001) e *Index* 29 (2001).

<sup>211</sup> Sobre la familia en derecho arcaico y, más aún, sobre la arcaica e indespegable importancia de la familia en el contexto jurídico de lo romano, véase por todos IGLESIAS, *Espíritu*, cit., p. 92 y ss.

<sup>212</sup> *Epist.*, V, 47, 14.

<sup>213</sup> MANENTI, op. cit., pp. 42 - 43.

<sup>214</sup> ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 102.

<sup>215</sup> BIONDI, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1965), p. 574; ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 103.

<sup>216</sup> ORESTANO, *La struttura giuridica* (1940), cit., pp. 205 - 206.

<sup>217</sup> *La conception du mariage*, cit., p. 45 y ss.

<sup>218</sup> *La struttura giuridica* (1940), cit., p. 249 y ss.

<sup>219</sup> ROBLEDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 103; véase ibíd., p. 101 y ss., un resumen del *status quaestionis*.

como un hecho igualable con la posesión contiene en sí misma la solución adecuada al problema, sin necesidad de acudir a interpretaciones correctoras externas, bastando la aplicación al matrimonial de la estructura íntima del fenómeno posesorio, siempre que se acuda a la sabia basculación entre los dos elementos a favor del anímico emprendida por la jurisprudencia romana<sup>220</sup>: *corpus* y *animus*, pues, en posesión y matrimonio, de los cuales el más importante es el segundo<sup>221</sup>. El más importante en una y en otro. Las visiones mencionadas de Volterra y Orestano, en cierta forma presentadas como rectificaciones de la teoría de Manenti, y así recibidas y aceptadas por buena parte de la doctrina<sup>222</sup>, no son, a la postre, sino aplicaciones más profundas de la misma, aunque no vengan a reconocerse como tales. De ahí que no quepa rechazar la necesidad para el *matrimonium* de un consentimiento mantenido permanentemente que se prueba y manifiesta mediante una visión ética de la convivencia que, superando la materialidad de una cohabitación interpretada de modo inmanente, permita el mantenimiento del vínculo mientras a ojos de los demás no se explicita la voluntad expresa o tácita de romperlo. Es justo aquí donde el matrimonio como hecho no ofrece el problema de conciliación con la realidad contractual que la sociedad como institución jurídica sí presenta cuando Gayo habla de la necesidad de que el consentimiento perviva a lo largo del tiempo para que la sociedad se mantenga<sup>223</sup>. Problema interpretativo para nosotros (o para ellos), naturalmente, cabría añadir de inmediato, que no

<sup>220</sup> Ésa es la diferencia con la propiedad, es decir, con el mundo del derecho en sentido estricto: cfr. Ulp. 76 *ed.*, D. 41, 2, 17, 1.

<sup>221</sup> Es una lenta conquista ésta de la volitivización del fenómeno posesorio en todos sus ámbitos más o menos puros (aprehensiones simples a nivel posesorio, adquisiciones del título de propiedad, adiciones hereditarias, etc.) en el seno de la tradición jurisprudencial. Hasta Trebacio no se aprecia una decidida utilización del componente anímico para explicar la posesión: cfr. 2 *rer. cott.*, D. 41, 1, 5, 1 para la *occupatio* (véase al respecto CASTRO, *D. 41, 7, 2: reflexiones sobre la "traditio in incertam personam"* y otras precisiones sobre la "*occupatio*", en *Derecho de familia y derechos reales en la romanística española: 1940 - 2000. Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Huelva, 24 - 25 de marzo de 1999* [Huelva, 2001], pp. 353 y ss., en concreto 356 y ss.); Ulp. 28 *Sab.*, D. 18, 6, 1, 2, para la *traditio* (véase op. ult. cit., p. 358); Ulp. 25 *ed.*, D. 11, 7, 4, 11 para la *aditio* (véase CASTRO, *Observaciones en torno a la aceptación hereditaria el derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la "aditio"*, en *Ivra* 47 [1996, public. 2001], p. 43 y ss.). Hasta la obra en más de un sentido –sabiamente– ecléctica de Juliano (*Iul.*, 13 *dig.*, D. 41, 2, 36; *Iul.* 44 *dig.*, D. 41, 2, 38; *Iul.* 2 *ex Min.*, D. 41, 2, 39; *Afric.* 7 *quaest.*, D. 41, 2, 40; con respecto a la *aditio* Ulp. 61 *ed.*, D. 29, 2, 20 pr), probablemente partiendo desde la tímida apertura de su maestro Javoleno, comentador de Labeón (*Iav.* 5 *post.*, D. 41, 3, 51), y frecuentemente utilizando la intencionalidad como criterio explicador de la materialidad posesoria (*Iul.* 2 *ex Min.*, D. 41, 2, 39), ningún jurista sabiniano había acogido el elemento anímico en la configuración de la posesión, que halla su sistematización definitiva en el libro 54 *ad edictum* de Paulo: cfr. dos extensos fragmentos, con acopio crítico de literatura precedente, en D. 41, 2, 1 y 3.

<sup>222</sup> Véase por todos DAZA, op. cit., p. 57.

<sup>223</sup> Véase supra n. 184.

para Gayo, que no pierde el tiempo reflexionando sobre el subproducto de sus afirmaciones, terreno que sólo interesa al investigador moderno, cargado de dogmatismos.

Naturalmente, esa percepción del matrimonio como un consorcio en el que se encarna un consentimiento hipertrofiado al percibirse como necesariamente permanente conduce al problema de la bigamia<sup>224</sup>, consubstancial a todos los ordenamientos matrimoniales y a su concreta vertiente problemática en derecho romano (y dado el tema de este trabajo, también en el canónico). En las regulaciones canónica y civil no existe problema conceptual alguno y el segundo matrimonio resulta inválido en tanto en cuanto no se haya disuelto expresamente el primero (cosa en puridad imposible *inter vivos* en el matrimonio canónico, que no conoce el divorcio, sino la nulidad del vínculo), consecuencia directa del formalismo de ambos ordenamientos matrimoniales que exigen determinadas formalidades, no sólo para la constitución del vínculo, sino para su disolución naturalmente— *inter vivos*. En la percepción romana del matrimonio, en cambio, la constitución del segundo implica la disolución del primero, si no automática, *ipso iure* (o, más bien, *ipso facto*), sí inmediata en caso de que conlleve la intencionalidad de que la segunda unión no sea un simple concubinato: se produciría entonces un divorcio tácito, al entenderse expresada, en primer lugar, la voluntad implícita de ruptura del primer consorcio matrimonial con la manifestación de un nuevo *consensus* con distinta persona y al no exigirse, en segundo, formalidad alguna para (la constitución ni) la disolución del vínculo. En sentido estricto, sólo cabe bigamia en el mundo romano cuando el contrayente *quiere* estar casado simultáneamente con dos personas distintas y no cuando además cumple con las formalidades concretas exigidas (simplemente porque no las hay *ad solemnitatem* en Roma, circunscritas tan sólo en materia de prueba del matrimonio<sup>225</sup> y de divorcio<sup>226</sup>) y escapa al control registral pertinente (que es lo que ocurre en nuestros dos derechos positivos en la materia)<sup>227</sup> y ello es consecuencia, y a la vez prueba (una más), del exacerbado consensualismo que impera en el matrimonio romano. Pero es este último tema complejo, que no se solucionará desde luego aquí, objeto de vivas discusiones, como diría Cicerón, *inter peritissimos*<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> Véase supra nn. 27 y 132 y la porción de texto a que se adjuntan.

<sup>225</sup> Se requería simplemente que el inicio del matrimonio pudiera señalarse de algún modo, para que se pudieran producir los efectos fijados para el *matrimonium*: véase al respecto DAZA, op. cit., p. 67.

<sup>226</sup> Véase supra n. 118 y la porción de texto a que se adjunta; un análisis sobre la evolución de tales formalidades cabe hallarlo en GÓMEZ RUIZ, op. cit., p. 23 y ss.

<sup>227</sup> La normativa básica en materia registral matrimonial cabe hallarla en los arts. 61 - 65 C.c.; 69 - 80 LRC y 255 - 272 RRC; Circular de 15 de febrero de 1980 de la DGRN (BOE. n° 47, de 23 de febrero), sobre inscripción en el Registro Civil de los matrimonios canónicos.

<sup>228</sup> Cfr. el caso registrado por Cicerón, *De orat.* 1, 40, 183.