



# EL MATRIMONIO ES UN CONTRATO (CONCRETAMENTE, UN CONTRATO DE SOCIEDAD)

JOSÉ MARÍA VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA

*Universidad de Almería*

La ciencia del Derecho contempla la realidad desde el punto de vista que le resulta propio: el punto de vista de lo justo y de lo injusto, porque «la formalidad propia —el objeto formal— de la ciencia jurídica es lo justo»<sup>1</sup>. Resulta claro que ese punto de vista no necesariamente es el que aporta un conocimiento más amplio o más rico de las distintas realidades. Al contrario, es, de suyo, reductivo porque hace abstracción, es decir, no toma en consideración, muchos datos y circunstancias que sí son tenidas en cuenta por otras ciencias.

Cuando un jurista se refiere a la persona humana predicando de ella que es un sujeto de derechos y obligaciones es consciente de que con esa categorización no agota, ni mucho menos, la verdad sobre el ser del hombre. Ciertamente es verdad que el hombre es sujeto de derechos y obligaciones, pero es mucho más: es criatura; es animal racional; es hijo de Dios, etc. Resulta, sin embargo, que el concepto que pueden aportar otras ciencias, como la Filosofía o la Teología, aun siendo más ricos o más profundos, son menos aptos para los fines prácticos propios del Derecho: ordenar las relaciones sociales de manera justa y aportar criterios de justicia para resolver los conflictos que ineludiblemente surgen con ocasión de esas mismas relaciones. Es decir, el Derecho no siempre puede, ni siempre le conviene, por lo que le puede suponer de pérdida de precisión y rigor, utilizar términos y conceptos que le resultan extraños<sup>2</sup>.

1. HERVADA, J., *Coloquios propedéuticos de Derecho canónico*, Pamplona, 1990, p. 45.

2. Me parece que el siguiente pasaje la Constitución Apostólica *Sacrae disciplinae leges*, puede ser bastante ilustrativo de lo que quiero expresar en el sentido de que afirma simultáneamente que el CIC se ajusta plenamente a la naturaleza de la Iglesia y que no es posible traducir perfectamente en términos canónicos la doctrina eclesiológica conciliar: «Instrumentum, quod Codex est, plane congruit cum natura Ecclesiae, qualis praesertim proponitur per magisterium Concilii Vaticani II in universum spectatum, peculiarique ratione per eius eclesiológicam doctrinam. Immo, certo quodam modo, novus hic Codex concipi potest veluti magnus nisus transferendi in sermone *canonisticum* hanc ipsam doctrinam, eclesiológicam scilicet conciliarem. Quod si fieri nequit, ut imago Ecclesiae per doctrinam Concilii descripta perfectae in linguam “canonicam” convertatur,

Una de las realidades donde ha podido resultar más llamativo el contraste entre la manera de conceptualizar de los juristas y los modos de expresión de los cultivadores de otras ciencias es la del matrimonio. La riqueza expresiva de las valiosas aportaciones de la antropología del siglo XX en campos como, por ejemplo, el relativo a la naturaleza del amor humano, pudieron llevar a buen número de autores a considerar como demasiado pedestre a una ciencia canónica que, en las primeras décadas del mismo siglo, se mostraba si no ufana sí satisfecha con las formulaciones que se contenían en el Código de 1917 sobre el matrimonio y que giraban en torno a su categorización como contrato.

En las primeras décadas de la segunda mitad del siglo, a pesar de que no faltaron autorizadas advertencias sobre el riesgo que suponía, la importación indiscriminada de términos y conceptos de otros campos del saber<sup>3</sup> se hizo muy frecuente en el ámbito del derecho canónico matrimonial.

La no utilización por el Concilio Vaticano II, en los pasajes que la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* dedica al matrimonio, de la terminología jurídica tradicional se entendió por algún sector de la doctrina canónica como un refrendo a aquellas posiciones que, más o menos abiertamente, rechazaban la conceptualización del matrimonio como contrato, a pesar de que en los trabajos conciliares había quedado claro que no se había rehuido esa terminología jurídica por obsoleta sino porque, precisamente, lo que no se trataba era de ofrecer un texto jurídico, ya que «in textu *pastorali* qui dialogum cum mundo instituere intendit elementa illa iuridica non requiruntur»<sup>4</sup>. Ello no obstante, la omisión de cualquier referencia a la naturaleza jurídica contractual del matrimonio, se interpretó, como queda dicho, por bastantes autores como que el Concilio Vaticano II hacía suyas las tesis del llamado personalismo, cuya derivación doctrinal más concreta e inmediata era la consideración institucional del matrimonio. Es decir, personalismo e hipótesis institucionista (y, por tanto, «anticontractualismo») se mostraban ligados y conexos sin que se advirtiese lo incongruente que en el fondo resultaba esa ligazón<sup>5</sup>.

nihilominus ad hanc ipsam imaginem semper Codex est referendus tamquam ad primum exemplum, cuius liamenta is in se, quantum fieri potest, suapte natura exprimere debet».

3. «Il problema dell'essenza e dei fini del matrimonio è tra quelli in cui in modo più scoperto si riscontrano interferenze intime tra ambito giuridico ed ambito extragiuridico, sia questo biologico, psicologico, teologico-morale o che so io, interferenze che, se non vengono adeguatamente individuate, possono portare a pericolose confusioni e contaminazioni non soltanto di termini ma anche di concetti, soprattutto quando la trattazione di temi extragiuridici non sia costantemente controllata e condotta col dovuto rigore logico e terminologico, come purtroppo spesso è accaduto nel presente argomento» (FEDELE, P., *L'«ordinatio ad prolem» nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962).

4. *Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani II*, vol. IV, pars VII, Typis Polyglottis Vaticanis, 1978, p. 477 [13]. Sobre esta cuestión, en especial a lo que se refiere a la jerarquía de los fines del matrimonio, *vid.* FERNÁNDEZ, J., *Derecho matrimonial canónico*, 2ª ed., Madrid 1994, pp. 27-34. Sobre la no utilización del término contrato por la Constitución *Gaudium et spes*, *vid.* NAVARRETE, U., *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, 2ª ed., Roma, 1994, n. 83.

5. «A este respecto es de interés señalar la curiosa y difusa actitud que se trasluce en no pocos escritos que comentan cuanto ha dicho la const. *Gaudium et Spes* del II Concilio Vaticano a propó-

El Código de Derecho Canónico de 1983, no hizo suyos esos recelos hacia la consideración contractual del matrimonio ya que, si bien es cierto que en el § 1 del c. 1.055 en el que se describe el matrimonio como «alianza» matrimonial, lo es igualmente que en el § 2 del mismo precepto codicial abiertamente se refiere el legislador al matrimonio como contrato.

A mi modo de ver, la del legislador codicial de 1983 no es una posición ecléctica en el sentido de que en el §1 utiliza una terminología (*foedus*) teológica y en el §2 otra (*contractus*) jurídica. Como ha expresado Bañares, «con el término *alianza* se consigue evocar de modo inmediato la riqueza de contenido teológico sin salir de la dimensión jurídica a la que el Código se refiere de modo directo»<sup>6</sup>, porque aunque ese término «ciertamente encierra ecos teológicos de raigambre bíblica»<sup>7</sup>, pueden extraerse de él «algunos elementos típicamente jurídicos en cuanto indica: a) pluralidad de sujetos; b) unión libre de las voluntades de éstos a propósito de un objeto común; c) acuerdo respecto a objetivos o conductas futuras; d) constitución de una nueva relación entre los miembros del pacto, justamente en virtud de la voluntad de las partes manifestadas en él; y e) tendencia natural a la permanencia de lo pactado»<sup>8</sup>. Por tanto, no es *foedus* un término puramente teológico, carente de significación jurídica y de cuya yuxtaposición con *contractus* resultaría una suerte de equilibrio terminológico. Pienso que más bien debe considerarse que el legislador, una vez bien sentado que la realidad del matrimonio excede con mucho la pura dimensión contractual, no tiene inconveniente en conceptualizar el matrimonio como contrato.

La resistencia<sup>9</sup> a admitir plenamente que el matrimonio, desde el punto de vista del Derecho, es un contrato, estimo que se debe a varios motivos.

sito del matrimonio. Por una parte, defienden estos escritos la visión personalista del matrimonio que dicen encontrar en el citado documento; y, por otra, pretenden deducir del silencio del Concilio un apoyo a la tesis institucionalista. Curiosa e incongruente actitud decimos, porque, ¿hay algo más opuesto a una visión personalista del matrimonio que la tesis de la institución? No sabemos si estos autores habrán caído en la cuenta de que no hay institución donde no hay obra social objetivada, lo cual sólo es posible en el matrimonio sobre la base de que el fin especificante del matrimonio —la obra social a cuyo servicio quedan vinculados los cónyuges— es la generación y la educación de los hijos; esto es, sobre la base de la doctrina más tradicional acerca de los fines del matrimonio. Esa misma doctrina que los escritos citados declaran sin rebozo —y sin fundamento—, como superada por el Concilio. Porque lo que está claro es que, ni el amor conyugal, ni la mutua ayuda personal o la integración de dos personalidades pueden ser elevados a la categoría de obra o función social, si es que las palabras quieren decir algo» (HERVADA, J.-LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, t. III (1), Pamplona, 1973, pp. 220 y 221).

6. BAÑARES, J.I., *Comentario al c. 1.055*, en MARZOA, A.-MIRAS, J.-RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, p. 1.040.

7. *Ibid.*, p. 1.041.

8. *Ibid.*, p. 1.042.

9. Paradójicamente, esa resistencia u oposición a considerar el matrimonio como un contrato coexiste, en algunos autores, con la admisión, sin mayores problemáticas conceptuales, de la existencia y operatividad de *capita nullitatis* como el dolo, la simulación, el miedo, etc., esto es, de categorías jurídicas que tienen su razón de ser en sede negocial.

Puede, en primer lugar, estar latiendo en algunas posturas anticontractualistas la idea de que las categorías contractuales tienen su sede propia en el ámbito de lo patrimonial. Ciertamente, la visión del Derecho como uno de los instrumentos que se deben poner al servicio del tráfico de bienes y servicios, propia de la ideología liberal burguesa de la modernidad, tuvo, entre sus manifestaciones, la de patrimonializar, sobre todo en algunos ordenamientos jurídicos estatales, como el italiano, la noción de contrato<sup>10</sup>. No obstante, esa manifestación no es, ni mucho menos, uniforme, ni ha llegado a obscurecer la visión clásica de los contratos, hasta el punto de configurarlos de manera tal que no tenga holgada cabida entre ellos el matrimonio.

Sin entrar ahora a exponer la debatida cuestión de si el matrimonio tenía en el Derecho romano clásico una consideración de mera situación de hecho con relevancia jurídica, tal como se venía afirmando desde Manenti, o, si por el contrario y siguiendo la tesis de Olís Robleda, se le consideraba como un vínculo jurídico originado por un contrato, cuestión de sólo relativa utilidad de cara a conocer la naturaleza jurídica del verdadero matrimonio<sup>11</sup>, sí conviene recordar con Navarrete que «la natura pattizia del consenso è così evidente per i glossatori, summisti e commentatori, che non dubitano nel classificare il matrimonio sotto la categoria dei contratti, pur distinguendolo accuratamente dai *contractus rerum*»<sup>12</sup>.

Otro motivo que en ocasiones se esgrime para negar que el matrimonio sea jurídicamente un contrato es que la afirmación de esa índole contractual dificultaría sumamente la justificación de la indisolubilidad del matrimonio. Esa postura me parece que, siendo loable en lo que tiene de apología de una propiedad esencial del matrimonio, es errónea. Más errónea cuanto más extrema. Extremada me parece, por ejemplo, la siguiente afirmación: «La aplicación masiva de los principios contractuales a la realidad matrimonial y familiar ha comportado como primera consecuencia de efectos devastadores la instauración del divorcio en la mayoría de las naciones del llamado “primer mundo”, con la excepción de aquellos escasos países en los que la doctrina cristiana tiene todavía una vigencia cultural»<sup>13</sup>.

En esa postura y en otras similares, si no me equivoco, se dan, por lo menos, dos confusiones. La primera, consiste en estimar que ningún contrato puede tener

10. El art. 1321 del c.c. italiano circunscribe la noción de contrato a aquellos acuerdos entre las partes que se refieran a una relación de contenido patrimonial. Sobre este punto, *vid.* MESSINEO, F., *Contratto (Diritto privato)*, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Milano 1960, pp. 813-815.

11. «Una vez más conviene insistir en la precaución con que deben utilizarse las fuentes romanas cuando se trata de matrimonio verdadero. Hay más diferencia entre la doctrina romana del matrimonio y el verdadero matrimonio que entre el régimen de la esclavitud y la justa relación laboral. Los canonistas no deben olvidar que, en materia de derecho matrimonial, son ellos los clásicos, y no los juristas romanos, cuya inteligencia se hallaba totalmente obnubilada al respecto» (D'ORS, A., *Reconstrucción* a HUBER, J., *Der Ehekensens im römischen Recht*, en «*Ius Canonicum*» XVII (1977) 385.

12. NAVARRETE, U., *Il matrimonio nel diritto canonico. Natura del consenso matrimoniale*, en VV.AA., *La definizione essenziale giuridica del matrimonio. Atti del colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*, Roma, 1980, p. 131.

13. CARRERAS, J., *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 73 y 74.

una característica absolutamente peculiar. La argumentación sería: ningún otro contrato es indisoluble (en todos sus efectos pueden cesar por mutuo disenso de las partes), luego el matrimonio, como es indisoluble, no puede sostenerse que es un contrato. Ahora bien, se debe observar que la misma argumentación se podría hacer partiendo de la sacramentalidad del matrimonio o de su necesaria heterosexualidad.

Pero la esencia de lo contractual no radica en ninguno de esos aspectos que son accidentales. En concreto, pienso que no es de la esencia del contrato la disolubilidad. De hecho hay un buen número de contratos que por ser de cumplimiento o de ejecución única o instantánea propiamente no se puede decir que son disolubles ni tampoco indisolubles, porque al consumarse *uno actu* no hay, evidentemente, rescisión ni revocación posible<sup>14</sup>.

La segunda de las confusiones a que me refería se da entre cuestiones tan dispares como son la consideración de la índole contractual del matrimonio y la secularización (entendida en su sentido más peyorativo, es decir, como alejamiento de la Verdad revelada de la que es depositaria la Iglesia) de las sociedades contemporáneas. Pienso que en absoluto se puede mantener, como hace Carreras en la obra antes citada, tan estimable en otros aspectos, que la «lógica del divorcio» está ínsita en la idea del «matrimonio contrato»<sup>15</sup>. Me parece que es sacar las cosas tan de quicio como lo sería mantener que precisamente desde que algunos canonistas, a partir de los años treinta del siglo XX, comenzaron a poner en tela de juicio la naturaleza contractual del matrimonio, es cuando se acelera el proceso de aceptación del divorcio en las legislaciones de numerosos Estados. Poco tienen que ver las polémicas, si se desarrollan por motivos propiamente científicos, sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, con los cauces por los que discurren los egoísmos y cualesquiera otros desvaríos de los hombres.

Un tercer motivo me parece que está presente en muchas de las resistencias a considerar el matrimonio como contrato. Se advierte, en unas ocasiones más fácilmente que en otras, en esas posturas anticontractualistas que el modelo de contrato que se tiene como referente es el de tipo intercambio.

Ciertamente, ha habido conspicuos canonistas que no dudaron en presentar el matrimonio como un contrato bilateral y sinalagmático<sup>16</sup>. El hecho de la insistencia, por parte de los moralistas, en una terminología (la de «débito conyugal») que, indudablemente, connota reciprocidad, junto a la quizá poco afortunada, por

14. No quiero decir que el Derecho no disponga de resortes para lograr que quienes son partes en un contrato de esta clase (compraventa, permuta, etc.) retornen a la situación jurídica que tenían antes de, por ejemplo, la entrega de la cosa o del precio. Efectivamente, se puede retornar a esa situación, pero sería a través del ejercicio de una acción de nulidad.

15. Cfr. *Ibid.*, p. 75.

16. Así, por ejemplo, d'Avack, que a la hora de expresar cual es la consideración que la doctrina común («Insegnano bensì i canonisti») tiene del contrato matrimonial, no duda en afirmar que es «necessariamente bilaterale e sinallagmatico» (D'AVACK, P. A., *Corso di Diritto Canonico, Il Matrimonio*, I, Milano 1961, p. 55).

reductiva, formulación del viejo canon 1.081 § 2, pudo llevar a pensar que conceptualizar el matrimonio como un contrato es considerarlo como una suerte de relación obligatoria de recíprocas prestaciones genital-procreativas. Es decir, según un lenguaje, cada vez menos utilizado en los últimos años, pero usado profusamente por una parte no pequeña de la canonística en los decenios inmediatamente posteriores al Concilio Vaticano II, la afirmación de la índole contractual del matrimonio sería manifestación de una visión fisicista, cosificadora o biológica del matrimonio.

Poco antes he expresado que la disolubilidad o indisolubilidad no dice relación a la esencia de lo contractual. Estimo que tampoco el intercambio de bienes o servicios o, si se prefiere, el recíproco cambio de prestaciones, es de la esencia de lo contractual. De hecho existen contratos en los que no hay intercambio.

En una, a mi juicio, muy notable monografía que se ha publicado recientemente<sup>17</sup>, se demuestra que lo nuclear de la categoría jurídica de contrato en el ordenamiento canónico es ser acuerdo de voluntades del que nacen obligaciones de justicia. Dice certeramente la autora de la monografía citada, que «ya se hable de *acuerdo, contrato, convenio, o convención*, en derecho canónico se puede calificar como *contrato*, a efectos de determinación del régimen jurídico de las relaciones resultantes, todo acuerdo de voluntades del que derivan obligaciones jurídicas para las partes»<sup>18</sup>.

Paradójicamente, algún pasaje de la regulación vigente del matrimonio en el Código de Derecho Canónico es susceptible de ser entendido, equivocadamente, en clave de de intercambio recíproco de prestaciones. No me refiero tanto, como quizá pudiera pensarse, a la mutua entrega y aceptación del § 2 del canon 1057, porque lo que mutuamente se entregan y aceptan los cónyuges no es ninguna prestación, sino ellos mismos, «el varón y la mujer en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto que se relacionan con los fines del matrimonio»<sup>19</sup>, cuanto al *bonum coniugum*. Efectivamente, el bien de los cónyuges no debe entenderse prevalentemente en el sentido del bien logrado sobre la base de la recíproca satisfacción de sus necesidades y carencias. En el matrimonio, los contrayentes no son portadores tanto de intereses contrapuestos, como de intereses paralelos<sup>20</sup>.

17. BLANCO, T., *La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983*, Pamplona, 1997.

18. *Ibid.*, p. 219.

19. HERVADA, J., *Comentario al canon 1057*, en *Código de Derecho Canónico*, 5.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1992, p. 629.

20. A este respecto se ha dicho autorizadamente que «responde a una orientación privatista del pensamiento, que nos transmite la tradición jurídica romana, el considerar a las partes de un negocio bilateral como hallándose en conflicto de interés la una con la otra, y reconocer en el negocio concluido la lograda composición de las pretensiones en pugna. Pero en la medida en que puede advertirse una orientación publicista en la ciencia jurídica, vemos perfilarse, al contrario, la exigencia de la colaboración entre las partes del negocio bilateral o plurilateral, y éste es considerado, en

Negar que el matrimonio sea un contrato sinalagmático o de intercambio, no equivale a afirmar, como resulta aún frecuente, que sea un contrato *sui generis*<sup>21</sup>. Estimo que el matrimonio no agota él solo todo un género contractual, sino que comparte con otros contratos el género de los societarios o, si se prefiere, con un término que utiliza con frecuencia la doctrina italiana, es un contrato de fin común.

La categorización jurídica del matrimonio como un contrato de índole societaria en absoluto violenta la realidad natural del matrimonio, sino, más bien, todo lo contrario, ya que «a lo que tiende la *inclinatio* natural es a unir al varón y a la mujer en una comunidad personal, integrándolos en una unidad de personas. Siendo esto así, no tiene demasiado sentido reducir el vínculo matrimonial a una relación bilateral de intercambio de prestaciones. Por el contrario es la estructura jurídica de una *comunidad* y, en consecuencia, pertenece al género de las relaciones jurídicas comunitarias»<sup>22</sup>.

El fin común a las partes es el elemento más característico del contrato de sociedad: las partes no intercambian sus prestaciones de manera que cada uno recibe del otro, sino que como señala Larenz, «las concentran o fusionan, para obtener por medio de esta unión el fin común»<sup>23</sup>.

Hervada, el autor contemporáneo que, a mi juicio, más atención ha dedicado al concepto de sociedad aplicado al matrimonio, no ha dudado en expresar que «el concepto de *societas* nace de una noción hondamente personal del matrimonio, de un aprecio grande hacia la dignidad y naturaleza de la criatura racional humana; procede de un lúcido conocimiento de la naturaleza racional del hombre»<sup>24</sup>.

principio, más como instrumento de utilidad social que como medio para el arreglo de un conflicto individual» (BETTI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid 1959, pp. 225 y 226).

21. Fernández Castaño conceptúa el matrimonio como contrato *sui generis*, aunque el significado que le da a esa expresión me parece bastante peculiar: «El matrimonio es un contrato (cuando lo es) *sui generis*, es decir, analógico. La razón es que el matrimonio es un contrato público, y alguno de sus elementos esenciales le son impuestos por la misma naturaleza. Esto, sin embargo, no quiere decir que el matrimonio sea un contrato secundario en comparación con el contrato patrimonial. De hecho, también el contrato patrimonial es un contrato analógico, si se le compara con el matrimonio» (FERNÁNDEZ CASTAÑO, J.M., *Legislación matrimonial de la Iglesia*, Salamanca 1991, p. 41).

22. HERVADA, J.-LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, t. III (1), Pamplona 1973, p. 216.

23. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid 1959, p. 393. Otro pasaje de este mismo autor (que no se estaba refiriendo al negocio matrimonial) puede dar bastante luz para entender porque también es muy adecuada la conceptualización del matrimonio como sociedad cuando se le considera desde el punto de vista del *consortium totius vitae*. «El hecho de que los socios se obliguen a cooperar a un fin común no significa únicamente la creación de recíprocos deberes de prestación, sino al mismo tiempo que ciertos asuntos —precisamente aquellos conducentes al fin social— en adelante dejan de ser particulares de cada socio para convertirse en *asuntos comunes a todos*, dejando de incidir en la esfera privada del socio para caer en el *ámbito de la comunidad*» (*Ibid.*, p. 395).

24. HERVADA, J., *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho natural*, en IDEM, *Es-critos de Derecho Natural*, 2.ª ed., Pamplona 1993, p. 66.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en la concepción hervadiana el matrimonio es una sociedad en sentido estricto, pero analógico. La razón de ser de esa analogía hace del matrimonio, en cierto sentido, la más social de las sociedades, porque las partes, por efecto de los fines de la sociedad matrimonial, especialmente el de la generación, no se unen sólo en lo que se refiere a su actividad, sino que quedan viculadas en sus propias personas: «El matrimonio vincula las personas mismas de los cónyuges, en una unidad más radical y básica que la sola actividad; une a los cónyuges en esa profunda unión de sus dos personas —lo que los clásicos llamaron *unio animorum* y *unio corporum*— que consiste —en mi opinión— en una *unidad en las naturalezas*. Unidad en las naturalezas y unión para los fines no son dos uniones distintas; es la propia peculiaridad de los fines (y en concreto la generación) lo que origina que los cónyuges se unan no sólo en la actividad, sino más profundamente en sus personas, mediante la *unidad en las naturalezas*»<sup>25</sup>.

25. *Ibid.*, p. 76.