

TOMÁS RAMOS OREA

APORTACIONES JURÍDICAS

Madrid, 2010

TOMÁS RAMOS OREA

## APORTACIONES JURÍDICAS

## ÍNDICE

1. Bibliografía jurídica de Tomás Ramos Orea.
2. Estudios sobre la esencia negocial del matrimonio.

- I. *Presupuestos y principios interdisciplinarios. Fundamentos jurídicos previos.*

- El Jurista y la perspectiva: reflexiones sobre Derecho matrimonial.
- El matrimonio: contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica.

- II. *El matrimonio como acto constitutivo: Interrelaciones teóricas respecto de su configuración virtual .*

- Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente.
- Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico.
- El principio *intuitu personae* como configurador del contrato de matrimonio

- III. *El matrimonio como relación creada a consecuencia de un acto anterior. Referenciación doctrinal a otros institutos.*

- El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio.
- La formulación indagatoria *cui prodest?* y el principio del abuso de derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio.

- IV. Aspectos teórico-prácticos de resolubilidad negocial y/o de anulabilidad vincular del matrimonio.

- Deontología y hermenéutica: argumentos y aspectos en los artículos 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial.
- Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro. Distintos supuestos de resolución.
- Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio.

3. Proyecto docente y de investigación universitario. Derecho civil

- Proyecto.
- Concepto de Derecho civil.
- Principios y/o sugerencias de método docente e investigador.
- Programa: Fuentes y bibliografía.
- Fuentes: Bibliografía general.
- Programa: Derecho de familia. Derecho matrimonial. Estudios sobre la esencia negocial del matrimonio.

TOMÁS RAMOS OREA

*Bibliografía jurídica*

1. “La esencia negocial del matrimonio”. *Tesis doctorales de la Universidad de Granada*. 305. Universidad de Granada. Facultad de derecho. Cátedra de Derecho civil, 1980
2. “Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* (Madrid, julio-diciembre, 1981), pp. 239-274
3. “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LIX, nº 559 (nov.-dic., 1983), pp. 1435-1450
4. “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*. Año LX, nº 564 (sep.-oct., 1984), pp. 1073-1153
5. El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, nº 1370 y 1371 (5 y 15 de enero, 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivam.
6. “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, nº 1401 y 1402 (15 y 25 de noviembre, 1985), pp. 3-19
7. “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LXI, nº 571 (noviembre-diciembre 1985), pp. 1581-1592
8. “El principio ‘intuitu personae’ como configurador del contrato de matrimonio”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XLI, nº 1451 (5 de abril, 1987), pp. 3-22
9. “Deontología y hermenéutica: Argumentos y aspectos en los arts. 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 132 (abril-junio, 1986), pp. 395-431
10. “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”, *Revista de Derecho notarial*, nº 140 (abril-junio, 1988), pp. 283-311
11. “La formulación indagatoria *Cui prodest?* y el principio del abuso de derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio”, *Revista de Derecho privado* (septiembre, 1989), pp. 753-755
12. Proyecto docente e investigador universitario.

## *ESTUDIOS SOBRE LA ESENCIA NEGOCIAL DEL MATRIMONIO*

- I. *Presupuestos y principios interdisciplinarios. Fundamentos jurídicos previos.*
  1. “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”
  2. “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”
  
- II. *El matrimonio como acto constitutivo: Interrelaciones teóricas respecto de su configuración virtual.*
  3. “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”
  4. “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico”
  5. “El principio ‘intuitu personae’ como configurador del contrato de matrimonio.
  
- III. *El matrimonio como relación creada a consecuencia de un acto anterior. Referenciación doctrinal a otros institutos.*
  6. “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”
  7. “La formulación indagatoria *Cui prodest?* y el principio del abuso de derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio”
  
- IV. *Aspectos teórico-prácticos de resolubilidad negocial y/o de anulabilidad vincular del matrimonio*
  8. “Deontología y hermenéutica: Argumentos y aspectos en los arts. 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial”
  9. “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”
  10. “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”

## EL JURISTA Y LA PERSPECTIVA: REFLEXIONES SOBRE DERECHO MATRIMONIAL.

### *SUMARIO*

- I. *Concepto aproximativo de perspectiva, del cual se parte.*
- II. *Porosidad y carácter interdisciplinar de los presupuestos que articulan el Derecho de Familia.*
- III. *El tortuoso camino de nuestro antiguo artículo 42 del Código Civil y materias concordantes, y el juego de la perspectiva.*
- IV. *El malicioso manejo de las estadísticas.*
- V. *La noción de orden público y conceptos afines: Fundamentos socio-criteriales de su aplicación.*
- VI. *Otras secuelas y deformaciones doctrinales que arrancan de una carencia de perspectiva.*
- VII. *Indicios de flexibilidad en la nueva normativa canónica: Precedentes.*
- VIII. *Aportación crítica. El periodo que discurre entre el Concilio de Trento y 1975 no se enjuga tan fácilmente.*
- IX. *Reflexión final. Brevisimo haz de conclusiones.*

## I. CONCEPTO APROXIMATIVO DE PERSPECTIVA, DEL CUAL SE PARTE

Se intentó en un principio que este trabajo quedara confeccionado y publicado en 1983, año en que se conmemoraba el centenario del nacimiento de Ortega y Gasset, bajo cuya advocación mediata confiesa alojarse el espíritu de lo que aquí se expone. Claro que las palabras de Ortega sobre la perspectiva trascienden de homenajes y centenarios y siguen prestándonos su formidable y siempre lozana validez:

¿Cuándo nos abriremos a la convicción de que el ser definitivo del mundo no es materia ni es alma, no es cosa alguna determinada, sino una perspectiva? Dios es la perspectiva y la jerarquía: el pecado de Satán fue un error de perspectiva.<sup>1</sup>

Pero, ¿qué es la perspectiva, aplicada específicamente al mundo de lo jurídico y, aún más concretamente, al predio del Derecho matrimonial? Si por perspectiva entendemos una “percepción conceptual y autorreferenciada desde la que se articulan las posibles configuraciones volitivas y ejecutivas de la persona respecto de todo lo demás” (Ramos Orea) nos daremos cuenta de la superlativa importancia que tal noción tiene para el campo del Derecho que hemos elegido. No ignoramos que para una mente exclusivamente positivista nada de lo que intentamos decir tuviera acaso un adarme de sentido. La tenebrosa sentencia de Von Kirchmann parece retumbar aún en las lobregueces de un universal pesimismo:

Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo

El hecho de que voces autorizadas se hayan alzado claramente contra tal maximalismo de criterio<sup>2</sup>, no merma su terrible vigencia. El camino más cómodo para ahorrarse la exploración del *deber ser* jurídico es otorgar un omnímodo poder a la formación del precepto positivo que la configuración, o mejor, la perspectiva jurídica vaya plasmando en cada momento. Ante aberración tal, yo simplemente diría que para ese tenor fuese mejor que la ciencia jurídica no existiese. No, el jurista no se puede quedar en un mero positivismo, escindido en lo más vivo de su conciencia por la agonía impotente de contemplar que nada puede hacerse ante la norma positiva, por inicua o por carente de perspectiva que ésta fuera.

Por otro lado, un sutil quiebro de matiz podría acomodar nuestra reflexión en un término medio, perfectamente equidistante de las posturas positivista y perspectivista a ultranza. Esta situación media es la que vendría a ocupar la concepción abiertamente relativista y pragmática que se ocupara sin más de que las cosas discurrieran por sus carriles establecidos por la mayoría. Tal concepción no es extraño que se haya detectado en el Nuevo Mundo:

Algunos juristas norteamericanos han llegado a decir (Puig Brutau, trad. de Loevinger, *Una introducción a la lógica jurídica*) que “el Derecho en el fondo, no es más que la previsión de lo que los Tribunales fallarán en un momento determinado”<sup>3</sup>

Tal inclinación de criterio se conforma perfectamente a las condiciones sociales de un pueblo como el de los U.S.A. donde, bajo diferencias de mentalidad más bien nimias y de detalle, subyace una uniformidad sólida respecto de la necesidad y vigencia de las instituciones, independientemente de cuál sea el partido político en el poder.<sup>4</sup>

## II. POROSIDAD Y CARÁCTER INTERDISCIPLINAR DE LOS PRESUPUESTOS QUE ARTICULAN EL DERECHO DE FAMILIA

Voy a tratar de poner de manifiesto que el campo del Derecho matrimonial y, en general, de Familia, por su especial naturaleza interdisciplinaria está más que ningún otro conformado por una interacción de criterios donde la recta (o desviada) impronta de lo que aquí entendemos por perspectiva se patentiza con más clamorosas manifestaciones, con más transcendencia sustantiva; adquiere, si preferimos la expresión, las más abultadas multiplicaciones de incumbencia y concernimiento por parte de los sujetos a Derecho. Porque no podemos negar, a fuer de realistas, las frecuentes salpicaduras que deben aparecer en este trabajo venidas de campos regentados por disciplinas como la Sociología, la Filosofía del Derecho, el Derecho canónico, la Historia, el Derecho político, y hasta la Psicología. No creo que exista una parcela del Derecho más porosa que la del Derecho matrimonial en la que, con sus clásicas y controvertidas características de privatismo y publicidad, penetran con más o menos impurezas, con intencionalidad más o menos oportunista, nociones que prácticamente abarcan el flabelo de manifestaciones de Derecho en todos los órdenes.<sup>5</sup> El matrimonio, al presentar sus dos ínsitos e inseparables aspectos de realidad privada y pública se instala en el centro absoluto de todo sistema jurídico, y las reverberaciones de las distintas parcelas colisionan –cuando menos, interfieren– necesariamente con él. Nada menos sorprendente que detectar nociones de Sociología, Filosofía pura, Psicología, etc., etc., porque son sistemas, aunque parciales, organizados como para que la perspectiva jurídica tenga en ellos campo abonado de referenciación.<sup>6</sup>

Una vía, asimismo convincente, de probar que el matrimonio como realidad jurídica *resulta* en buena parte Sociología, es percatarse de que las normas de diverso matiz que pretenden regularlo tienen una buena proporción de su motivación y sentido tanto en los demás como en los propios dos interesados. Sin los próximos, sin la sociedad, los dos implicados podrían llevar a término sus funciones de manera más económica, más simple o pura, si somos capaces de entender estos términos con imaginación generosa y los proyectamos al original paradigma edénico. Hágase un recorrido por los preceptos jurídicos, afectados en una u otra medida al matrimonio, y dígase si no es cierto que sin la existencia del dato sociológico las normas tenidas como necesarias para regular el matrimonio se reducirían en gran parte. Es innegable que en el status fáctico de “matrimonios” asumido por dos personas la incidencia operante de *los otros*, de los prójimos, es más influyente que en ninguna otra institución o manifestación jurídica. Y es cierto. La urdimbre vivencial de la institución del matrimonio, que tan denodadamente se viene zafando de una catalogación definitiva respecto de su naturaleza jurídica por parte de la doctrina de todos los tiempos, ha sido oportunamente puesta de manifiesto por más de un autor. Así Vallet de Goytisolo:

Como sigue observando Radbruch, especialmente en el matrimonio, frente al Derecho hay una situación de hecho natural y social, que el Derecho es incapaz de formular de modo absoluto, antes bien, en cierto sentido ha de acomodarse a ella....

El Derecho viene dado por circunstancias reales y por datos metajurídicos, especialmente en el derecho de familia, en el Derecho matrimonial y en la relación paterno-filial, más que ninguna otra parte del Derecho.

(p. 240)

No podemos olvidar que los fines primarios del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y elevación de la prole.....

Volvamos a ceder la palabra a Helmut Coing: 'No puede existir verdadera comunidad cuando cada cual insiste en su derecho y no tiene capacidad de entrega más allá de la obligación de derecho. *La mentalidad jurídica y la mentalidad comunitaria son mentalidades diversas*' (subrayado mío)

Por eso puede el Derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de la decadencia de la comunidad. Cuando el Derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente limitada (inauténtica): en ambos casos queda desnaturalizada. Ejemplo claro de este proceso es el matrimonio moderno.

Esto explica que en el curso del tiempo el ámbito del Derecho vaya extendiéndose a medida que el individuo se hace consciente de su peculiar situación y de sus especiales intereses en el seno de la comunidad; cuanto menos se funde el individuo con la comunidad, tanta más protección jurídica necesitará. El Derecho procede paso a paso en paralelismo con el progreso del individualismo.

Las comunidades jurídicamente reguladas no son ya auténticas y plenas comunidades. Por eso es típico que la intervención jurídica se produzca precisamente en el momento de la disolución de la comunidad.<sup>7</sup>

(pp. 247-248)

Este campo multifronte del Derecho matrimonial, donde tiene la perspectiva quizá su más propicio y generoso banco de pruebas, no se le ha ocultado a ningún estudioso por distantes entre sí que hayan estado sus puntos de partida y sus intencionalidades. Desde la torre de observación del canonismo oficial se nos recuerda que

Los mismos civilistas suelen advertir que el matrimonio (regulado por el Derecho positivo) no es un instituto exclusivamente jurídico, sino también político, religioso, social, ético, etc., de suerte que las leyes del Estado lo regulan solamente en parte y, en cierto modo, solamente desde el exterior (cf. R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina 1926, vol. II, p. 509; A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, vol. III del *Tratato di diritto civile*, dirigido por F. Vassalli, Torino 1937, p. 266 y ss)<sup>8</sup>

El prolífico Díez-Picazo (al que nos tendremos que referir desde ángulos e intenciones diversas en el curso de este trabajo) fija con su habitual y holgada brillantez el predio desparramado e interdisciplinar del Derecho de familia:

Una cosa es una reforma del Derecho de familia y otra, sin duda no igual, una reforma de la legislación del Derecho de familia, porque el Derecho de familia no está formado solamente, en todo caso está formado sólo en una mínima parte, por las leyes incorporadas al Derecho de familia. El Derecho de familia es también una serie de costumbres, de hábitos, ¿por qué no? de prejuicios, de creencias, de convicciones y de modelos de conducta..... Las familias se rigen muy poco por el Derecho. El Derecho sólo penetra en ellas cuando antes ya ha penetrado en ellas la desintegración, cuando han dejado de ser o están a punto de dejar de ser familias.

El Derecho de familia es para la familia como un régimen dietético: nunca lo observa el individuo sano, sino el enfermo . . . . Sólo en dosis muy pequeñas se ventilan pretensiones entre los miembros de una familia con el apoyo del Derecho . . .

Me parece bastante claro, por ejemplo, que el establecimiento del divorcio requerirá una ley, y que sólo de acuerdo con una ley el matrimonio podrá ser de uno o

de otro tipo, a lo que también hay que decir, para restarle dramatismo, que no es muy probable que la organización legal del matrimonio aumente o disminuya la propensión de las gentes a casarse, a elegir uno u otro tipo de matrimonio o a unirse simplemente de manera libre

(pp. 132-133)

El Derecho va siempre a la rastra del cambio social, y la reforma jurídica o bien se produce algunas veces sola, por espontáneo reajuste de los mecanismos normativos, o viene irremediamente impuesta en virtud de demandas o de exigencias sociales.<sup>9</sup>

(p. 135)

Los términos más caros que estamos vertiendo en este tramo propedéutico parecen asimismo consolidar el criterio de otros autores, bien diferenciados, como hemos advertido, por su intención y por la fundamentación de sus planteamientos:

El tema de la familia y el del matrimonio como base de la misma posee un carácter interdisciplinar. Son múltiples las perspectivas desde las que podemos acercarnos al mismo. Pueden considerarse sus aspectos sociológicos, históricos, políticos, religiosos, jurídicos . . . Desde todos los puntos de vista se ha vertido mucha literatura, es cierto, y sin embargo los autores no están de acuerdo, no sólo ya en lo que la familia es y ha representado y ni siquiera en la función actual de la familia, sino que aún en el ámbito estrictamente normativo, en el Derecho de familia, existe disparidad de criterios no ya en los diversos ordenamientos jurídicos sino también en el propio tratamiento doctrinal, no exento de acaloradas discusiones.<sup>10</sup>

Otras veces son las formulaciones con vocación de perennidad, a cargo de los magistrados en ejercicio, las que nos sancionan la configuración compleja de eso que hemos dado en llamar principios de Derecho matrimonial. He aquí un interesante *Considerando*:

No olvidemos que de todas las instituciones del Derecho Privado la familia es la más delicada y sede de todos los sentimientos humanos a través de la procreación y relaciones que engendra, de tal suerte que hizo proclamar a un insigne civilista español, que de todas las instituciones del Derecho Privado la familia era la menos asequible al Derecho; son los componente de la familia los que deben hacer posible la convivencia dentro de la mayor solicitud y afecto, y cuando éste no existe o se halla en crisis, difícilmente puede ser impuesto o suplido por la norma jurídica.<sup>11</sup>

Vaya un último testimonio en que, con las inevitables diferencias de matiz, se insiste en la complejidad íntima, vivencial, que se instala en las recámaras profundas del Derecho. Cuando esta intimidad es precisamente de la incumbencia del Derecho matrimonial, debemos pensar que el haz de realidades sensibilizadas adquiere su más indiscutible desarrollo:

La profesión del abogado – escribe Batlle Sales [*El derecho a la intimidad privada y su regulación*, p. 62] coloca a éste en situación de confidente. Ante él, la persona que acude a pedir consejo o ayuda, descubre toda una serie de actuaciones, en las cuales va implicada su intimidad. . . . Toda divulgación de estos secretos es contraria al orden público.<sup>12</sup>

No hace falta seguir multiplicando ejemplos. El único señuelo que nos ha impulsado a confeccionar este pequeño mosaico de testimonios es el de proporcionar una cuadrícula lo

suficientemente provista de validez como para permitir que la noción de perspectiva que invocamos en la apertura pueda funcionar a sus anchas, operativamente, y ayudarnos a explorar la adecuación o inadecuación de aplicar sus resortes. Espero que la configuración poliédrica de estas realidades encuadradas en ciertos aspectos del Derecho matrimonial permitan desplegar a la perspectiva del jurista unas cumplidas y panorámicas reverberaciones. Como decíamos antes, la postura mental del jurista debe operar desde una zona media, equidistante por igual de un positivismo a ultranza como de un voluntarismo fantasmagórico e inviable. La corta andadura de nuestra normativa en materia de Derecho de familia (Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificatoria en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el matrimonio y determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio; y en un orden de cosas, paralelo en interés para nosotros, el *Código de Derecho canónico*, revisado, de 1983) nos proporciona una base comparativa y estable, respecto de la cual tendrá que homologarse forzosamente la perspectiva de las disposiciones anteriores; o más bien, la falta de perspectiva, en nuestro caso; y en consecuencia, la violencia injustificada de principios que se enseñoreó de la mente del legislador, y el contexto social que motivó asimismo esa carencia de perspectiva. Y conste que no pretendemos poner a nadie en la picota. No se conocen ningún tipo de multas, amonestaciones, reprimendas ni correctivos para los reos de lesa perspectiva. Son éstas unas especialísimas transgresiones que sólo tienen su homologación de repulsa o afecto en el corazón de los que componemos la gran familia solidaria de amantes de la justicia y de la equidad.

### III. EL TORTUOSO CAMINO DE NUESTRO ANTIGUO ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO CIVIL Y MATERIAS CONCORDANTES, Y EL JUEGO DE LA PERSPECTIVA.

Quizá no haya habido precepto en todo nuestro Derecho positivo donde con más acritud, con más impenitente obcecación haya quedado plasmada la falta de perspectiva de nuestro legislador. Desde la que Real Cédula de Felipe II, de 12 de julio de 1554, que promulga como Ley del Reino los cánones del Concilio de Trento, hasta la reforma de 1981 a que nos hemos referido unas cuantas líneas más arriba (exceptuando la bocanada de aire fresco que supuso la malograda Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932), nuestro triste y torpísimamente célebre art. 42 ha podido compararse a esa cota histórica conquistada por el poder constituido, y que éste se ufana en presentarla al mundo como el más irrenunciable de sus logros.

Estamos concentrando buena parte de nuestros esfuerzos con el fin de ser objetivos. De ahí que, para poner título al epígrafe que estamos desarrollando nos hayamos servido de alguien que de la interpretación y aplicación de la Ley hace su medio de vida.<sup>13</sup> Que algo perteneciente al fuero interno de conciencia de los interesados haya merecido la infamante vitola de “orden público” es algo que debe sonrojar al jurista razonable. El cometido de esto que va siendo redactado es intentar probar tales premisas.

Sabido es que, aun desde dentro y a iniciativa del propio poder constituido, se llevó a cabo mediante la reforma del Código Civil, de 1958, la limadura expresiva de aquel... (¿cómo calificarlo..., lúdico, terrible?) “deben contraer” del artículo 42 [“La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que *deben contraer* todos los que profesen la Religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determine este Código”], por el que parecía pretenderse no dejar célibe ni a uno solo de los que se tuvieran por católicos, para choteo de todo jurista juicioso. De acuerdo con que el Derecho canónico hubiera invadido los predios

de incumbencia del ordenamiento civil; de acuerdo con que, siempre bajo la advocación canónica, el matrimonio goza del “favor juris”. Empero, de ahí a los términos que lapídeamente se empeñó en perpetuar el precepto desde 1889 y a través de la complaciente miopía de nuestra posguerra, hay todavía un trecho elástico para la cordura. En este caso concreto, me pregunto si el lector no estaría de acuerdo con nosotros en calificar con un cero en perspectiva al tan celestinesco legislador. Tal ha sido la obcecada proclividad de su espíritu desde tan antiguos tiempos.

Otra de las expresiones de más refinada e inicua equivocidad que nuestro malhadado art. 42 encerraba era la relativa a la prueba de *no* profesión de la religión católica. ¿Se puede probar una cosa que *no* se es?, nos hemos venido preguntando. La ordalía que supuso en su momento probar lo imposible ha quedado recogida en dolorosa bibliografía.<sup>14</sup> Pero más dolorosamente suponemos que permanecerá en la carne del alma de todo aquel esforzado que se adentrara en semejante laberinto dantesco, suavizado únicamente, con el paso del tiempo, por las Instrucciones, Resoluciones y Circulares emanadas de lo que se ha dado en llamar “jurisprudencia menor” de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, sobre todo en su Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil, de 22 de marzo de 1974, facilitó la gestión de la dichosa prueba de no profesar la religión católica. Huelga decir que la irreverentemente llamada Ley de Libertad religiosa de 1967 fue un producto de exportación para la Europa crédula, y sólo papel mojado para los españoles.

El antiguo art. 42 de nuestro Código civil ha servido, eso sí, inmejorablemente, para identificar el talante y la perspectiva con que se han adornado algunos autores establecidos. Hay aquellos para quienes, deplorablemente, el art. 42 encerraba una supuesta virtualidad optativa. Por todos, Manuel Albaladejo:

Es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente, sí, aunque de verdad sea católico, lo desea, ya que le basta comunicar al párroco que abandonó el Catolicismo. De modo que nuestro sistema matrimonial *de hecho*, viene a ser electivo.<sup>15</sup>

Otros, desde el canonismo furibundo y en un alarde de penuria imaginativa, arremetieron contra el Derecho positivo en materia matrimonial de la Segunda República española, llegando a escribir que la Ley de 1932 suprime el art. 42 del Código Civil. Así, Alberto de la Hera:

Con esta disposición [Ley del 28-VI-1932, que en su art. 12 establece que ‘a partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del cap. III del tít. IV del Libro I del Código Civil’] “ya no se trata –como ha escrito Fuenmayor– de interpretar el art. 42 del CC: se le suprime de nuestro ordenamiento”. *Desaparece el sistema de matrimonio civil facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio, incompatible con el art. 42 y por tanto derogativo del mismo*”<sup>16</sup> (el subrayado es mío)

Por cierto que, según Monseñor León del Amo,

Fue esta Ley [de Matrimonio civil de 28 de junio de 1932] una injuria gravísima a la Iglesia y un agravio tremendo a los sentimientos religiosos del pueblo español.<sup>17</sup>

Expresiones de tal ilustre prelado que hoy, con la debida perspectiva y el no menos debido respeto, nos arrancan una sonrisa de benevolencia. Sobre todo, nos preguntamos, ¿qué tipo de perspectiva pueden albergar criterios que propiciaran una redacción tan poco seria del art. 42? ¿A qué clase de sentimientos religiosos, y a quiénes de entre los que formamos el pueblo español se podría referir tan alegre y gratuitamente nuestro tratadista reseñado?

Una vez más, y fiel al propósito de servirnos en lo posible de los argumentos de otros, en aras de una querida objetividad, dejo que sea la pluma de Fosar Benlloch la que dicte sus razones:

A raíz de la visita de los Reyes de España a Pablo VI en el Vaticano, el *Diario 16* en su ejemplar de 11 de febrero [1978], hizo notar que el Pontífice “expuso ante el Rey su preocupación por hipotéticas futuras acciones en favor del divorcio y del aborto en España. . . . El Papa . . . vino a afirmar . . . que sería preciso distinguir la reforma política de estos otros temas”. Por lo visto, Pablo VI no tuvo en cuenta que la ley del divorcio de 1932 fue derogada por un acto puramente político del régimen concluido el 20 de noviembre de 1975, por lo que reinstaurar el divorcio no era sino enderezar, reformar, lo que dicho régimen había torcido, deformado.<sup>18</sup>

Yo creo que la obcecación, las ganas de broma o algo mucho peor es lo que debió de impulsar a aquellos autores que vieron en el precepto del antiguo art. 42 de nuestro Código civil un tipo de matrimonio civil facultativo. Después del infierno que ha supuesto en España contraer civilmente matrimonio dentro del fanal nacionalcatólico inquisitorial en que se ha vivido, sostener la existencia de un sistema matrimonial optativo, no era, desde luego, apodícticamente falso, pero sí equivalente –en falta de equidad y de justicia– a establecer como una segunda opción de viaje, pongamos por caso, de Alcalá de Henares a Madrid, la de hacerlo vía Almería. Hay que poner en juego una fuerte dosis de templanza para no dispararse ante el estrecho gálibo de perspectiva que esgrimen ciertas mentes.

Claro que antes de que la norma positiva consumara la corrección en 1981, se levantaron voces autorizadas. La concienzuda crítica de Mariano Alonso Pérez en su ya citado “Acerca del matrimonio civil” es buen exponente. El único reparo que, paradójicamente, y bajo el cargo de malversación de perspectiva, pondríamos a este trabajo del prof. Alonso Pérez es que se haya tomado en serio el hecho de demostrar lo que para un espíritu en sus cabales es diáfano, a saber: que las supuestas opciones que “suavizaban” el venal art. 42 eran sólo fachada, pero que no comportaban ni entrañaban verdadera opción, ni elección ni autorización del matrimonio civil en España (véanse esp. pp. 27-35 del *art. cit.*). Discutir en serio cosas así entiendo que es dar armas al adversario y abastecerle de criterio. No hubo nunca, pues, tales supuestas opciones permitidas por el art. 42. Y donde no hay juego de la voluntad libérrima, hemos inferido, siempre se genera un vicio radical de consentimiento, invalidante automático, siquiera del aspecto formal, del acto celebrado.

Los juristas estudiosos asistíamos a las últimas boqueadas de un cierto estado de cosas. El cambio palmariamente se iba configurando en el ambiente, en el matiz anónimo que cobran los gestos, las palabras y hasta los muñones de pensamiento como premisas larvadas en los sótanos del alma de cada cual. Eran los meses previos a la Constitución de 1978. ¡Qué gran verdad es que el Derecho, si de verdad lo es, tiene que ir necesariamente a la zaga de los

hechos reales! Considero acertadas estas dos elocuentes y precisas formulaciones de Soto Nieto, ambas envueltas en una razonable dosis de perspectiva:

El Derecho, aún antes de cristalizar en esquema de ley, es percibido y experimentado por la comunidad, aunque de manera sentimental y embrionaria. Un pueblo –ha escrito Kirchmann– tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica; tal saber descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. El legislador ha de posar su mirada en la comunidad, arrastrar consigo cuantos vestigios de experiencia le sean dados, erigirse fielmente en intérprete de los sentimientos sociales, y sólo después decidirse a dar el paso capaz de convertir meras expectativas en proyectos serios y viables de organización social . . . . .

Estas fuerzas impulsivas, en definitiva espíritu y sentir del pueblo, deben ser también el alma del Derecho, el aliento que trascienda en todas sus manifestaciones. Cuando el legislador solemniza el Derecho con sus dictados, es que lo ha encontrado con precedencia en los sentimientos o costumbres de la comunidad. El Derecho –compendia Ihering con precisión– no es un simple resultado de la reflexión del legislador; éste dicta una ley y, aunque crea que es sólo su obra, el espíritu de la época se desliza en ella. Como la planta que parece no absorber nada de fuera y sin embargo se nutre de la tierra y de la atmósfera, el Derecho toma los elementos del ambiente que lo rodea [Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Losada, 1949), p. 254]<sup>19</sup>

(p. 117)

En otro trabajo, salido a la luz un mes más tarde, el mismo autor, y a propósito del Título Preliminar del Código civil, expresa:

El Derecho positivizado rara vez va por delante de las necesidades de la vida. Estas se acrecientan y suceden ajenas a las contadas previsiones legislativas. Por muy prolífico y presciente que se sienta el legislador, siempre acusaremos algún desnivel entre las exigencias y las soluciones. Las previsiones –escribe Llewellyn– casi nunca se anticipan a la realidad, sino que el gran tema del Derecho consiste en el proceso de adaptación a las necesidades modernas de conceptos que brotaron a impulso de otras necesidades ya desaparecidas. Parece como si correspondiera a la misma entraña de la vida social la falta de adecuación entre el ímpetu juvenil de los problemas y la decrepitud de las soluciones previstas.<sup>20</sup>

(p. 311)

En esta misma clave de pensamiento, y decididamente aplicado al tema que presta contexto natural a nuestro trabajo, se alinea el testimonio editorialista según el cual

la realidad sentida es la que a la larga prevalece, sin que el legislador haga otra cosa que convertir en fuente formal lo que la conciencia jurídica ya estima vigente, practica y respeta como obligatorio. Por esta razón –y pensemos en la próxima Ley del divorcio– más que presionar al legislador, si acaso hay que educar a los protagonistas que viven las instituciones jurídicas, con resortes éticos y sociológicos que ordenen sus actuaciones a nobles ideales siempre estimables y respetables. Si los matrimonios quiebran por falta de cimientos, amor e ideales, las sucesivas uniones que se constituyan ignorando el primer vínculo, continuarán igual, sin o con Ley del divorcio; la única diferencia es que sin tal Ley, se llamarán concubinatos y serán más libres y más libremente extinguidos o novables.<sup>21</sup>

Efectivamente, hay cosas que, con su presencia real o intuida, colman el ámbito. Hay variaciones en la actitud psicológica y vivencial de las comunidades, que tienen necesariamente que acompañarse de la norma que encaje en los bastidores propuestos. No hacerlo así supone una de las más características vulneraciones de la perspectiva. A medio camino entre la inoportunidad coyuntural y el sano deseo de producir una obra de fuste, se halla, en opinión particular nuestra, la abultada y alardeante aventura editorial de los *Comentarios al código Civil y compilaciones forales*<sup>22</sup> donde, y para el volumen en cuestión reseñado en la anterior *nota*, si bien la filiación católica de los autores de los comentarios es bien patente, se observa, sin embargo, una cierta mesura en el tono de lo redactado, como correspondiera a los tiempos que corrían. Con una Constitución –como decimos– cocinándose, y con un cambio social empapando hasta los regatones del más coriáceo o distraído, haber enconado el contenido de esta, por otra parte, meritoria enciclopedia, hubiera sido un ensanche innecesario de la falta de perspectiva.

Queda sancionada nuestra Constitución, y una de las más certeras e inmediatas consecuencias que se desprenden del espíritu de nuestra Ley fundamental, respecto del nefando art. 42 CC, es la bienhechora y refrescante Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1978 (*BOE* del 30, p. 29429)

Interpretando los arts. 32.1; 16.2; y 16.3, en relación con el 14, todos ellos de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, llega a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no puede preguntar. Por tanto, se acuerda que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, que fue inmediata a su publicación en el *BOE* de 27 de diciembre de 1978, han de entenderse modificados en el sentido indicado los arts. 42 y 86 del CC, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil, y que, por lo tanto, los Jueces y Cónsules encargados de los Registros civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas de los contrayentes.

Esta benemérita Instrucción nos hizo respirar más abiertamente a muchos y nos invitó a creer en serio que se había arrumbado definitivamente y para siempre tanto disparate histórico a expensas del art. 42 CC.

Ahora bien, el que un nuevo e imparable orden de cosas surja y pretenda estabilizarse (v.gr. legislación divorcista en general, etc., etc.) no quiere decir que no siga habiendo nostálgicos furibundos de la vieja ola; no quiere decir, por desgracia, que desaparezcan por ensalmo todas las falanges de cavernícolas obsoletos que pululan impunemente por la república del pensamiento jurídico, exentos de imputabilidad. Lo mismo que con otras manifestaciones de la realidad humana: se puede seguir publicando, indefinidamente, libros sobre el aspecto jurídico o sociológico que fuere, y comprobar el escaso o nulo aporte original que significan. Después de que Galileo dejara patente que el planeta Tierra era lo que era, siguieron durante mucho tiempo apareciendo escritos y aireándose opiniones en defensa precisamente de lo contrario: de que la tierra era el centro magnífico de los orbes. La contrariedad más enfadosa (y al mismo tiempo, ¿por qué no?, más emocionante) con la que hemos pugnado y seguimos pugnando, es la de carecer de autoridades que se hayan declarado, para los aspectos más cardinales y menos negociables de nuestra investigación, siquiera tímidamente en la línea de nuestras conclusiones. Forzando un paso más en el

engranaje lógico de las cuestiones jurídicas estudiadas nos ha correspondido a nosotros la labor de transformar en consecuencias palmarias lo que en la mayoría de los autores estudiados nos ha parecido que estaba en forma de larvada premisa. En tal sentido, el acarreo a veces de un título más, de trabajo o de libro, ha merecido un interés menor por nuestra parte que la reflexión crítica y creativa sobre cómo llevar a sus últimas consecuencias la concatenación lógica de los elementos jurídicos dispersos.

Existe, pues, un derecho al pataleo; un derecho a la típica razón de la sinrazón, y un cerrarse en banda a todo lo que signifique escozor en el propio orgullo. Un ejemplo de recurso del pataleo lo protagonizó el catedrático García Amigo a costa de la citada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1978 (BOE del 30, p. 29429), en estos términos:

La Instrucción es claramente anticonstitucional pues el precepto constitucional directamente aplicable no son los mencionados por la Instrucción de referencia [art. 16. 2-3], sino el 32.2º, donde se dispone que la “ley regulará las formas de matrimonio . . .”; y la Instrucción ciertamente no es la ley a que se refiere la Constitución en el precepto específico en la materia; por tanto, mientras no se modifiquen, “la ley” serán: la de libertad religiosa de 1967 y el art. 42 del Código civil. En cualquier caso, parece excesivo que una Dirección general, mediante Instrucción, pretenda cambiar un sistema basado en el matrimonio civil subsidiario en un sistema electivo; más aún: la Instrucción va firmada por un letrado de la Dirección general, que no es el Director general, con lo que la Instrucción, tal como está publicada, es formalmente nula.<sup>23</sup>

Sin entrar en técnicas jurídicas, respecto de las cuales nuestro autor puede contar desde este mismo momento con todo el crédito del mundo, ¿no es un tanto agría su crítica?; ¿no es su tono más bien intransigente, reaccionario y poco “amistoso”? Y sobre todo, ¿no era poco piadosa su actitud de volver a hacer pasar al sufrido súbdito español matrimoniable, por el calvario del art. 42, como si el Concilio de Trento hubiera sido cosa de antesdeayer? Y todo ello, a unas alturas históricas en que tales consideraciones debían de sonar lastimosamente, doblemente ociosas y estériles a todos los juristas de buena voluntad.

El profesor Salvador Carrión Olmos, en su importantísimo y transcendental trabajo “Reflexiones sobre el nuevo sistema matrimonial portugués y el Derecho español” nos explica erudita y precisamente cómo nuestros mal comprendidos y silenciados vecinos han resuelto de una vez por todas, y a nivel realmente europeo, este problema bizantino, de espíritu (pues así se empeñan muchos en seguir presentándonoslo) tercermundista. Nuestro autor es doctor desde julio de 1976 por su Tesis *Historia y futuro del matrimonio civil en España* (Madrid: EDERSA, 1977). Pero transcribamos lo que nos interesa del artículo en cuestión:

“b) *El decreto-ley número 261, de 27 de mayo de 1975*. Transcurridos escasamente tres meses desde la firma del Protocolo modificador del art. XXIV [Protocolo adicional de 15 de febrero de 1975. El Convenio consta de tres disposiciones: por la primera de ellas se modifica el citado precepto del Texto concordatario que ha quedado redactado en los siguientes términos: “Celebrado el matrimonio católico, los cónyuges asumen por ese mismo hecho, ante la Iglesia, la obligación de atenerse a las normas canónicas que lo regulan y, en particular, de respetar sus propiedades esenciales. La Santa Sede, reafirmando la doctrina de la Iglesia Católica sobre la

indisolubilidad del vínculo matrimonial, recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónico, el grave deber que les incumbe de no valerse de la facultad civil en pedir el divorcio”<sup>17</sup>

(<sup>17</sup> De conformidad con lo expuesto en el preámbulo, la II de las disposiciones del Protocolo adicional, declara expresamente en vigor los restantes artículos del Concordato de 7 de mayo de 1940)], el 27 de mayo el *BOE* luso insertaba un Decreto-ley de consecuencias verdaderamente transcendentales en orden a la configuración del sistema matrimonial de la vecina república.

[Exposición de motivos] Como se ha dicho muchas veces los contrayentes pueden casarse católicamente por simple conformismo o respeto humano, así como también pueden dejar de ser católicos, y la ley no debe vincularlos, por tanto, a las consecuencias de una opción religiosa que ya no es, o no ha sido nunca una fe verdaderamente suya. Por lo demás, incluso cuando los contrayentes sean y continúen siendo católicos, esta solución no nos parece que sea justificable. La insolubilidad absoluta del matrimonio no es entre nosotros un valor civil, un valor propio del Estado, puesto que el legislador portugués admite el divorcio para los matrimonios civiles. Es un puro valor religioso. Y, no siendo el Estado portugués confesional, no se entiende que el legislador defienda valores específicamente religiosos, imponiendo a los católicos el cumplimiento de un deber –el deber de no pedir el divorcio–, que no deberá ser para ellos más que un deber de conciencia. Nótese, por último, que la solución del Derecho portugués es casi única en el mundo: solamente existente en la República Dominicana y entre nosotros . . . . .

. . . . . Continúa reconociéndose el valor y eficacia de matrimonio al matrimonio católico en los términos del art. 1.587, 2. del Código Civil, pudiendo los católicos, como hasta aquí, optar entre las dos modalidades de matrimonio. Simplemente, una vez celebrado el matrimonio, civil o católico, éste será regido, en cuanto a los efectos, por una única ley –por la ley del Estado–, cualquiera que haya sido la forma de su celebración.

Sujeto a la ley del Estado, en lo que concierne a los efectos, el matrimonio católico pasará, por tanto, a poder ser disuelto por los tribunales civiles, en los mismos términos y con los mismos fundamentos con que puede ser disuelto un matrimonio civil”.

A partir, pues, de la entrada en vigor del Decreto-ley citado, el matrimonio canónico ha quedado convertido, ante el ordenamiento civil lusitano, en una simple forma de celebración matrimonial, cuyo carácter facultativo dimana de la posibilidad de que los contrayentes católicos manifiesten su consentimiento, bien ante el Ordinario del lugar, párroco o sacerdote delegado por uno u otro y ante dos testigos por lo menos, etc...

Se trata, pues, exclusivamente, de una libertad de elección de forma o de rito, que no tiene consecuencias de ningún tipo, por lo que se refiere al derecho sustantivo que sigue siendo el mismo, cualquiera que haya sido la forma de celebración elegida por los contratantes . . . . .

. . . . . No deja de ser sorprendente el comprobar cómo la diferenciación entre el sistema facultativo de tipo católico y el protestante ha venido pasando muy desapercibida para un amplio sector de la doctrina, no obstante su abrumadora transcendencia que llega a convertirlos en sistemas radicalmente distintos, cuya única

nota común es la posibilidad de que los contrayentes elijan libremente una u otra forma de celebración.<sup>24</sup>

Por mi parte sólo me resta añadir que me produjo hasta vergüenza constatar cómo hasta los portugueses nos sacaron ventaja en estas cuestiones vivenciales. Sin duda que, pese a su pobreza de renta y bienes de consumo, entrarán antes que España en cualquier organización supranacional donde se valoren líneas de criterio aperturista y coherente, y donde hayan perdido todo su secular predicamento las posiciones anacrónicas, cavernícolas e inviábiles.

Ya en su día nos permitimos especular en plan optimista con una reglamentación de desarrollo de nuestro esperanzador art. 32 de la Constitución, que no se opusiera a su espíritu. Decíamos que en cualquier caso todo dependería de las intenciones *reales* del legislador. La trágica-cómica frase atribuida al Conde de Romanones, “Vosotros hacéis las leyes, y dejadme a mí los reglamentos” desgraciadamente guarda en la esquilma y picaresca historia de algunas de nuestras instituciones una fresquísima y aleccionadora vigencia. El tiempo en esta ocasión no nos ha defraudado y, aunque a trancas y a barrancas, ahí está nuestra normativa de 1981 sobre Derecho de familia, y con la que se puede echar a andar. No todos, empero, fueron de la misma opinión. El tono doctrinal de que hace gala el primer comentarista en bloque –que sepamos– de nuestra Constitución, Oscar Alzaga Villaamil, es sospechosamente indicativo:

Artículo 32.2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Hay dos aspectos que merecen especial atención. Nos referimos a la referencia a “las formas del matrimonio” y a “las causas de separación y disolución”.

En cuanto a las llamadas *formas del matrimonio*, se está admitiendo implícitamente su pluralidad, dejando abierta la posibilidad de que el legislador ordinario opte entre a/ la plena libertad de formas, en cuyo caso “el Estado –según dice Lacruz– reconoce todas las formas, incluso el matrimonio puramente consensual”, . . . .

En cuanto a la referencia precisa a las causas de disolución, hemos de decir que estamos en presencia de una fórmula que posibilita una legislación de divorcio, pero que no obliga al legislador a dictarla, toda vez que en el Derecho se conocen causas de disolución distintas al divorcio, algunas tan elementales como la muerte. Como es sabido, no faltaron grupos parlamentarios que intentaron, sobre todo en el Congreso, la constitucionalización del divorcio vincular, lo que constituía una pretensión con escasos precedentes en el Derecho comparado, ya que, que sepamos, sólo las Constituciones de Cuba (art. 34 a 37 del cap. III), Japón (art. 24) , y Portugal (art. 36), elevan a rango constitucional esta fórmula de disolución del matrimonio.<sup>25</sup>

Bien por criterio propio de nuestro autor, bien por homogeneidad de pensamiento debida a la militancia en un cierto partido político, el caso es que es difícil detectar mayor concentración de ideología reaccionaria, mayor estrechez de gálbo que en las pocas líneas de comentario que dedica al art. 32.2 de la Constitución. Bajo una presunta circunspección y tono profesoral, esta glosa a mí particularmente me provoca la evasión hacia lo lúdico. Inferir de la expresión constitucional “formas de matrimonio” algo que no sea la proverbial dualidad que comportan los órdenes civil/religioso, es a todas luces desorbitado. En esta línea de tendenciosa arbitrariedad –y aquí vendría el inevitable quiebro lúdico que, como

automática defensa contra la indignación, uno se ve forzado a poner en juego—, se puede llegar a la interpretación de que entre la “plena libertad de formas” pudiera asimismo darse la de mientras se hace el pino. También la manera de razonar del catedrático y diputado Alzaga nos parece innecesariamente pueril, al decir lo que dice sobre la muerte como causa de disolución. Y respecto a que el divorcio vincular tenga escasos precedentes en el Derecho comparado, igualmente adolece de endeblez y amañamiento, por el hecho de que las constituciones tengan que haberlo mencionado explícitamente en sus textos. La Declaración de Derechos Humanos lo reconoce, y aunque muchos cuerpos constitucionales no mencionen la palabra específica *divorcio*, este concepto está inferido necesaria e implícitamente en el de *disolución*. Otra cosa sería que ni siquiera se diera curso al término *disolución*, lo cual vendría a significar que no se autorizaba por el Estado ningún tipo de matrimonio con vocación de perdurabilidad, sacramental o no. Para *disolver* algo, tiene primero que haberse consolidado y formado.

Por cierto que, al hilo de la Declaración de Derechos Humanos, y con el fin de demostrar la “objetividad” de que parecen blasonar ciertas mentes, sirva de ejemplo la edición, a cargo de Javier Hervada y José M. Zumaquero, de *Textos internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1978). Transcribimos y comentamos:

*Declaración Universal de Derechos Humanos.* Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

*Artículo 16.* 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

(p. 146)

Los autores, que han plagado diligentemente de notas de pie de página en apretada letra pequeña, cada artículo transcrito, las más de las veces con glosas impertinentes, por obvias, en este artículo 16 no dedican, claro, ni una palabra al extremo de *disolución del matrimonio*. Es todavía más cargante cuando los autores sustituyen impunemente la palabra *disolución* por *separación* al confeccionar el índice referencial de materias. Ejemplo: en página 998, de la sección de *Índice de términos*, y bajo la rúbrica de “Protección de los hijos en caso de separación”, remiten a los párrafos 1443, etc., etc. El párrafo 1.443 textualmente dice:

Los Estados Partes en el Presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos [*Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2200 A (XXI). Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.]

(pp. 569-570)

Cuando nuestros autores tan alegremente cambian *disolución* por *separación*, ya nos podemos hacer una idea del gálibo criterial que esgrimen.

En descargo de todo ello, justo es reseñar aquí, por vía asimismo de ejemplo, el interesante trabajo de Ángel Mestres Tibau, “A propósito de las II Jornadas de Derecho Matrimonial”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, nº 3 (julio-sep., 1978) en Tercera Parte: Miscelánea Jurídica, pp. 241-249:

Este trabajo –nos dice su autor– no pretende otra cosa que comunicar las ideas –buenas, malas o regulares– que en el autor han suscitado las ponencias de aquellas II Jornadas [8-10 de mayo, 1978] y el conocimiento que a través de ellas hemos podido adquirir de los textos preparados hasta ahora por la Comisión de codificación del Ministerio de Justicia.

Podemos asegurar nosotros que está lleno de interés. Se subdivide en los siguientes epígrafes: I. ¿La futura Ley de divorcio? II. Causas de divorcio para los matrimonios consumados. III. El matrimonio no consumado. IV. La búsqueda de una idea central. V. Procedimiento: A/ Procedimiento de nulidad. B/ Procedimiento de separación. C/ Procedimiento de divorcio. VI. Final.

Igualmente, y en línea de expresión inequívoca,

El T.S., en el Auto de la Sala 1ª de 24 de octubre de 1979, señala que la Constitución permite la disolución del vínculo matrimonial . . . y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la *disolución* del vínculo conyugal.<sup>26</sup> (subrayado mío)

Hemos intentado (y el estudioso lector calibrará si con fortuna o no) presentar un corimbo de testimonios indicativo del ajuste o de la falta de perspectiva que se ha esgrimido respecto del antiguo art. 42 del Código Civil y materias concordantes. En este estadio de nuestra indagación, y siempre refiriéndonos al art. 42, ¿nos basta con hablar de “tortuoso camino” (Capón Rey), o de “larga marcha” (Alonso Pérez)? Ojalá cobrara fortuna la inédita expresión, que desde aquí proponemos, de *itineración circense de un desventurado artículo*.

#### IV. EL MALICIOSO MANEJO DE LAS ESTADÍSTICAS.

Un buen punto de mira para hacer una cala en la perspectiva que acompaña a la mentalidad y a los escritos de ciertos autores, sin duda que nos lo presta el tema de las estadísticas. Dentro de la realidad socio-política en que una colectividad está inmersa, acaso no haya un factor de multi-uso tan cualificado como las estadísticas. Con terminología templada hemos significado de *malicioso* el manejo que de ellas puedan hacer todos aquellos individuos o comunidades que tengan interés en demostrar algo, en defender una postura a contrapelo. Desde luego que las estadísticas, respecto de su cuantificación, admiten matizaciones más o menos dirigidas de antemano. Desde luego que, en asuntos tan tabú como los que han acompañado a todo intento de colocar al matrimonio en su justa dimensión histórica y jurídica, las estadísticas en España han sido prácticamente invariables. Lo menos perjudicial es reconocerlo así y no empeorar las cosas. En 1976 podíamos leer:

El número de separaciones ha aumentado en los últimos años de forma prodigiosa, y aunque no tengo estadísticas, el hecho de haber pasado en Madrid de

dos a ocho los Tribunales Eclesiásticos en el transcurso de muy pocos años, lo demuestra.<sup>27</sup>

Esta versión resignada pensamos que era lo único honrado que podía ofrecerse en el mejor de los casos, pues nos cuesta trabajo creer que a la autora de este artículo le faltara interés profesional en procurarse información fehaciente sobre tan primordial extremo. Pero no es ella sola. Hablando de la separación de hecho se nos dice un año más tarde:

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos fiables que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal.<sup>28</sup>

Y todavía un año después, y en la misma secuencia de realidades, de no poder echar mano de estadísticas, o de desestimarlas, por su escasa fiabilidad, tocante a ciertas cuestiones, escribe Enrique Taulet Rodríguez-Lueso:

Decía Mercedes Ballesteros en *ABC* que los tribunales civiles y eclesiásticos no dan abasto a despachar la creciente clientela de parejas en discordia de matrimonios jóvenes . . . .

. . . . Nunca ha habido tantos casos de separación convencional, lo que confirma el profesor Royo cuando escribe: “Sin exageración, en la vida real, son muchos más los matrimonios separados de hecho que los separados judicialmente”.<sup>29</sup>

En los tiempos inmediatamente anteriores a la reforma de nuestro Derecho de familia, según Fosar Benlloch

Es difícilísimo cuantificar el número de rupturas matrimoniales en España: el desconocimiento oficial del divorcio impide que se lleven estadísticas al respecto. Además, nunca coincide el número de rupturas matrimoniales con el de separaciones de hecho de los esposos, pues subsisten unida multitud de matrimonios llamados “de cáscara vacía”, en que la convivencia matrimonial se ha roto, aunque subsista la yuxtaposición física de los miembros de la ex pareja en el mismo domicilio. Tal fenómeno social no es cuantificable, por obvias razones de pudor de los que lo experimentan . . .

. . . . . Es claro que el número de separaciones matrimoniales y de rupturas matrimoniales ha aumentado en el último decenio. . . . .<sup>30</sup>

Somos, efectivamente, muchos quienes recelamos de la pretendida eficacia incontestable de las estadísticas, a menos que éstas vengán a perfilar un hecho de todos conocido, o una realidad establecida en el ambiente, y a la cual sólo falta aplicar una labor de cuantificación, o de simple discernimiento, con vistas a su aplicación metodológica. El mismo Fosar Benlloch, acabado de citar, afirmaba:

La Sociología también está demostrando la opción abrumadoramente mayoritaria de los españoles en pro del reconocimiento del divorcio vincular, como lo demuestra la encuesta Foessa [*Estudios sociológicos sobre la situación social de España, 1975*. Fundación Foessa, Editorial Euroamericana, 1976], de que di cuenta en el apartado 1 de esta segunda parte. Desconocer desdeñosamente los datos de la

encuesta no es pretender dar una solución al problema: como afirmé, es cerrar el problema con llave y arrojar la llave al mar. ¿Por cuánto tiempo todavía?

(“El matrimonio religioso...”, cit, p. 99)

Sí, el tema de las estadísticas es delicado, aleatorio, y viene siendo oportunistamente enarbolado por unos y otros según las conveniencias de turno. El único método posible, a la vista de tanta flagrante contradicción, es el de efectuar una cala en un vector de la sociedad, y por extensión inductiva y analógica llegar, respecto del panorama nacional, a la conclusión que fuere. Me interesa en las páginas que siguen hacer lo más rigurosa posible mi reseña a algunos autores cuyos métodos de dirigir e interpretar ciertas estadísticas hacia el gran público, los considero vituperables. Y quiero probarlo.

El profesor Gabriel García Cantero, en su trabajo “Divorcio . . . y fantasía”, *ABC* de 28 de marzo, 1978, sección ‘Tribuna pública’, comenta de un lado las declaraciones del diputado italiano Fortuna:

Entre separaciones legales, de hecho y consensuales, y entre nacimientos de hijos ilegítimos o naturales, se calcula que el número de *italianos que viven fuera de la ley sea de varios millones,*

y de otro, las del diputado Lenoci en el Congreso, como ponente de la Ley Fortuna-Baslini sobre el divorcio:

*No menos de cinco millones* de personas están involucradas en el drama de la indisolubilidad y sufren actualmente sus consecuencias . . . . *una décima parte de la población italiana* (Ambas citas están tomadas de Lelio Barbiera, *Divorzio*, Bologna-Roma, 1971, pp. 222 y 246)

El profesor García Cantero, cuyos parecen ser los subrayados de las anteriores citas, prosigue:

Quien escuchara imparcialmente voces tan autorizadas sobre el problema de las crisis conyugales en Italia no tendría más remedio que pensar, una vez aprobada la ley de divorcio en el año 1970, que los súbditos de aquel país formarían colas ingentes ante los tribunales de justicia para regularizar su desdichada situación familiar, y que los órganos judiciales no cesarían de poner sentencias otorgando la libertad a esos millones de ciudadanos.

Pero, ¿qué ha sucedido en la realidad durante los años de vigencia de la Ley Fortuna-Baslini? Si nos atenemos a los datos oficiales publicados en el *Anuario di statistiche demografiche* y en el *Bolletino mensile di statistica*, cabe establecer el siguiente cuadro de demandas de divorcio presentadas y estimadas durante el primer quinquenio de aplicación de la Ley:

<u>AÑO</u>	<u>DEMANDAS PRESENTADAS</u>	<u>DEMANDAS ESTIMADAS</u>
1971	55.615	17.164
1972	55.761	17.182
1973	21.272	32.627
1974	14.087	15.355
1975 (hasta nov.)	<u>10.970</u>	<u>7.822</u>
	157.705	90.150

Debe observarse que si en algún año se pronuncian más divorcios que demandas han entrado, ello se debe a los asuntos acumulados que se arrastran del año anterior.

¿Qué conclusiones cabe obtener del hecho de que poco más del 3 por 100 de presuntas *víctimas de la indisolubilidad* hayan hecho uso de la posibilidad de ruptura legal del vínculo? A mi modo de ver:

O esos cinco millones de italianos se encuentran muy a gusto en su ilegalidad matrimonial (y entonces la ley no era necesaria)

O la ley es mala, pues no sirve para resolver los auténticos problemas de las parejas italianas en dificultades.

O los datos manejados para impresionar a la opinión pública en los momentos del debate parlamentario eran falsos.

Creo que también los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas. Ante todo, que el Gobierno no se intimide ante las exigencias divorcistas que parten de grupos minoritarios, que no representan los auténticos intereses del pueblo español.

He transcrito tan sólo aproximadamente la mitad del artículo. A partir de las premisas sentadas tan por las buenas, el profesor García Cantero se dedica a vapulear inmisericordemente a todo criterio divorcista que desde ese momento en adelante pueda emerger en España. Y si bien estoy de acuerdo con el ilustre catedrático respecto a la poca fiabilidad de las estadísticas (aunque, claro, muy al revés de sus conclusiones), disiento, sin embargo, con el contenido y el espíritu de este trabajo que, en el uso ponderado de nuestra reflexión, nos decidiríamos a calificar de lamentable, por las razones que siguen.

La interpretación de las estadísticas en ciertos aspectos vivenciales de la humana realidad, hay que efectuarla con imaginación creadora, y sólo cuando uno sea lo suficientemente humilde y probo como para estar dispuesto a admitir que puede equivocarse. Lo primero, y muy en contra de la gratuita asunción del Dr. García Cantero, es que los italianos sí que han debido de formar colas, no sabemos si ingentes, pero en todo caso nutridas, ante los tribunales de justicia. ¿Cómo explicar, si no, el hecho de la acumulación de un año para otro de las demandas estimadas? Yo me siento seriamente sobrecogido ante la cifra de 157.705 demandas presentadas, como cifra absoluta que, partiendo del cero también absoluto antes de la puesta en marcha de la Ley Fortuna-Baslini, hay que considerar. Por otra parte, el hecho de las acumulaciones de demandas evidencia que los Tribunales no han dado abasto a la clientela divorcista. ¿Cuál hubiera sido la cifra de demandas tramitadas, de haber existido en Italia un sistema de Tribunales avezado, entrenado y agilizado?

Empero, y aun admitiendo, como quiere el profesor García Cantero, que los supradichos súbditos italianos no formaran colas ingentes para la resolución de sus situaciones irregulares, ello se explica por el efecto protector reflejo, y no perentoriamente inmediato, directo, que la ley ejerce sobre los sujetos. El hecho de que haya ciertamente cinco millones de italianos en situación matrimonial irregular –según las estadísticas de los diputados Fortuna y Lenoci, vituperadas por el catedrático García Cantero– se compatibiliza perfectamente con el de que las demandas presentadas no alcanzaran ni muchísimo menos tal número de súbditos, por parejas, en la dicha situación irregular. De momento, si se tiene en cuenta que hay que computar *dos* personas implicadas o afectadas por cada demanda, ya se obtiene, en mi opinión, una cifra importante; así que, también de momento, el porcentaje que tan descuidadamente sanciona el profesor García Cantero habría de ser cabalmente doblado.

Pero es que, además, el profesor García Cantero parece no querer distinguir, maliciosamente, entre orden jurídico ideal y mera supervivencia convivencial de las gentes. ¿Pues qué? ¿Es razonable esperar que cuando la ley dé un quiebro respecto de un estado de cosas (por muy injusto que fuere antes del quiebro) vayan todos los súbditos, necesitados supuestamente de esa ley, a agolparse para que se disparen los efectos de la misma? No!! Eso sería, en primer lugar, la demostración de que la situación pasada mal podría calificarse, ni en la más rudimentaria de las versiones, de Estado de Derecho. La tendencia, el privilegio irrenunciable del hombre a formar pareja tiene toda la prioridad del mundo sobre la situación coyuntural histórica que fuere. ¡Bueno estaría que las porciones de Humanidad que componen los diferentes pueblos y países adecuaran sus idiosincrasias, sus propias substancias individuales, a los intereses del legislador de turno! Ello sería tan absurdo como admitir que la parte es mayor que el todo; que los hombres están hechos para las instituciones (y no al revés), etc. Cuando a alguien se le niega de mal grado, por ej., la aspiración legítima de casarse con derecho a divorcio, un gran porcentaje de ese “alguien” *pasa* necesariamente de interés, deja de sentir necesidad de ejercer la prerrogativa legal del divorcio, a unas alturas en que los recursos de su propia existencia se han encargado con creces de suplir aquello que la ley no quiso facilitarle a su debido tiempo. ¿Por qué habrían de hacer uso del divorcio *todos* los italianos que al tiempo de matrimoniarse carecieron de él? ¿Es que eran tan inútiles como para no haber tenido tiempo de organizar, en la práctica, su propia vida, durante tantos años *sin* divorcio? Por otra parte, y en caso de que algún perezoso mental lo haya olvidado, la ley es costosa y no todo el mundo tiene ganas de pleitear (“más vale una mala avenencia que un buen pleito”), por mucho que les pese a los avispados picapleitos de turno, cosa toda ella muy distinta de encontrarse o no “muy a gusto en su ilegalidad matrimonial”. También, la protección más valiosa que la ley puede dispensar es la de *saber que está ahí* y que podemos contar con ella; que la tenemos, aunque no provoquemos que sus efectos se materialicen respecto de nosotros inmediatamente. Las cosas se añoran y se ansían cuando no se tienen. Y por eso mismo, la justificación de la existencia constatable de una buena ley no debe basarse en el uso masivo que los particulares vayan a hacer de ella (enriqueciendo, de paso, a mucho arribista desaprensivo), lo mismo que el principio de la justicia lo entendemos independientemente de todos sus presuntos y potenciales transgresores. Y por último, no creo, ni mucho menos, que la Ley Fortuna –Baslini sea *mala* (en la acepción poco piadosa empleada por el profesor García Cantero) cuando en un tramo que no llega a cinco años, y con las restricciones forenses arriba apuntadas, ha desplegado un poder de convocatoria tocante a la incumbencia de más de *trescientos mil* ciudadanos.

Sí, yo también creo que “los españoles podemos obtener algunas enseñanzas de estas trapisondas estadísticas”. Sólo que precisamente al revés. Y como era dable suponer, el gobierno (no precisamente vanguardista) muy razonablemente consideró que no se trataba de “intimidaciones” sino de la realidad tal y como la venían denunciando “grupos minoritarios” de muchos millones de españoles. Por lo visto, no había sido suficiente escarmiento el varapalo que sufrieron los cavernícolas italianos (esos, ciertamente sí, “grupos minoritarios”) el 12 de mayo de 1974 cuando sometieron a referendum abrogatorio la Ley Fortuna-Baslini, realidad ésta que le hace decir a Fosar Benlloch:

Con un siglo de retraso creo se dan en la Iglesia Católica –entre los canonistas conservadores y los fieles que los siguen, por muy diversos motivos– los temores, las campañas propagandísticas –fue lamentable la que ciertos partidos hicieron contra la Ley Fortuna-Baslini–, e incluso los infundios que se vertieron en Europa Occidental al advenimiento de los ordenamientos divorcistas . . .

(“El matrimonio religioso . . .”, p. 101)

En vista de lo leído, ¿a quién le parecería cruel darle al profesor García Cantero un suspenso en perspectiva?

En cuanto al uso que el profesor Navarro Valls hace de los resultados estadísticos sobre el divorcio, a los que llega en sus *Estudios de Derecho matrimonial*, mi crítica es igualmente severa. Junto a magistrales captaciones, como:

No es infrecuente en las etapas de reforma de las instituciones jurídicas el recurso a la estadística sociológica para pulsar la opinión del cuerpo social sobre los llamados “temas polémicos”. Tal ocurre hoy con el divorcio vincular. Sin embargo –abstracción hecha de los resultados de esas estadísticas, no siempre rigurosamente representativas– no hay que olvidar que las estadísticas de opinión “por sí mismas no pueden conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metódicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto” (Sancho Rebullida, “El fundamento jurídico de la indisolubilidad”, trabajo destinado al libro-homenaje a don Federico de Castro y Bravo, *Nuestro Tiempo*, sep.-oct., 1975, p. 31)

(*Estudios . . .* pp. 190-191)

Junto a estas magistrales captaciones de su obra o de la de otros, decimos, contrastan cosas que sumen en irritación al lector desprevenido.<sup>31</sup> El profesor Navarro Valls, al hilo del tema del divorcio, hablaba de “la desproporción que existe, tanto en términos absolutos como relativos, entre el número de litigios matrimoniales judicialmente planteados en los países que admiten el divorcio y en aquellos que lo desconocen” (*Estudios . . .*, p. 245). A continuación de la cita nuestro autor concluye que en España hay diez mil veces menos matrimonios que marchan mal que en otros países!!! Habría que preguntarle al profesor Navarro Valls si sabe que precisamente en tales países divorcistas, en tanto dura, mucho o poco, el matrimonio que sea, los cónyuges suelen ser absolutamente fieles y leales, unidos, porque saben que pueden dejar el asunto legalmente cuando lo estimen justificado y oportuno. No así en España, donde la presunta indisolubilidad generaba la tan sabida esposa sagrada y la querida viciosa, y por consiguiente, una sociedad cancerosa y mema. Y además, seguimos preguntando, ¿cómo se hubiera podido comparar un proceso de divorcio –en tiempo y dinero– de cualquier país divorcista, con la declarada impudicia e inutilidad de ciertos procesos de nulidad o separación en nuestra España recientemente pasada?

También nos dice el profesor Navarro Valls:

Según uno de los más minuciosos estudios estadísticos realizados en nuestro país, el número de matrimonios celebrados en España durante el periodo de 1953 a 1969 fue de 3.573.173; en el mismo periodo, el número total de procesos de separación y nulidad iniciados ante los Tribunales eclesiásticos fue tan sólo de 16.131. Es decir, durante esos quince años la proporción *estadísticamente comprobable* de matrimonios en crisis irreversible no llegó al 4,5 por 1.000 . . . . . en 1974 el número total de causas matrimoniales introducidas ante los Tribunales eclesiásticos en España fue exactamente de 3.902, lo que supone aproximadamente un 1% de matrimonios celebrados.

(*Estudios . . .*, p. 245)

Sin comentarios. Aplíquense los ya hechos al profesor García Cantero en su lugar oportuno. Desde otra atalaya crítica, e igualmente para poner de manifiesto la tendenciosidad

de sus asertos y su carencia de perspectiva, volveremos a ocuparnos de los profesores Navarro Valls y Sancho Rebullida más adelante. Empero, y dado que el sentimiento de nostalgia no parece agotar sus existencias, todavía se puede leer algún artículo trasnochado defendiendo la conveniencia de derogar la así llamada Ley del Divorcio de Derecho de familia español, por ser innecesaria, dada la falta de clientes que su poder de convocatoria ha arrojado (!!)

Si por un lado pensamos con Ortega y Gasset que

A la esencia de la verdad son indiferentes las vicisitudes del sufragio universal. La coincidencia de todos los hombres en una misma opinión no daría a ésta un quilate más de verdad, sólo nos proporcionaría una mayor tranquilidad y confianza subjetivas, porque, en el fondo, somos los hombres humildes y débiles y nos aterra quedarnos con nuestro criterio,<sup>32</sup>

y por otro estamos asimismo de acuerdo con la reflexión que Descartes establece en su *Discurso del método*, en el sentido de no suponer probable el que todos los hombres se equivoquen al mismo tiempo respecto de idéntica realidad; teniendo en cuenta las reflexiones de tan insignes pensadores, yo, excepcionalmente opto por servirme en este caso de la ayuda que nos brinda la simple estadística socio-demográfica: tampoco creo que anden equivocados, ni mucho menos en pecado mortal, el 98% de la población de nuestro planeta (Fosar Benlloch).

Y para cerrar esta áspera sección dedicada a las estadísticas, me permito traer, por último, un testimonio de Unamuno, siempre ingenioso, festivo, hondo, con el fin de completar este pequeño muestrario de opiniones y de datos:

No puedo resistir estos libros sociológicos de ahora; estoy traduciendo uno sobre el matrimonio primitivo, y todo se le vuelve al autor que si los algonquinos se casan de tal manera, los chipenais de tal otra, los cafres de este modo; y así lo demás . . . . . Antes llenaban los libros de palabras, ahora los llenan de esto que llaman hechos o documentos; lo que no veo por ninguna parte son ideas . . . Yo, por mi parte, si se me ocurriera inventar una teoría sociológica, la apoyaría en hechos de mi invención, seguro como estoy de que todo lo que un hombre puede inventar, ha sucedido, sucede o sucederá alguna vez.<sup>33</sup>

Tal vez haya observado el generoso lector que lo que primordialmente he venido persiguiendo es poner de manifiesto la poca fiabilidad de las estadísticas en tema tan hipersensibilizado como lo es el matrimonio, donde los respectivos talentos de los estudiosos tiñen previamente de intencionalidad los resultados. Lo mismo que el profesor García Cantero pretende refutar los argumentos de los diputados Fortuna y Lenoci, así hacemos nosotros con los argumentos de los profesores García Cantero y Navarro Valls. Y todo ello suplico que sea tenido en cuenta en aras de una objetividad fecunda.

## V. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y CONCEPTOS AFINES: FUNDAMENTOS SOCIO-CRITERIALES DE SU APLICACIÓN.

Dentro de la órbita del Derecho matrimonial en que aquí nos movemos, tal vez sea el art. 1.255 de nuestro Código civil el que de manera más paradigmática haya encorsetado en su fórmula expresiva al más sazonado haz de sugerencias que suscita la noción de orden

público. Es pasmoso intentar siquiera un mínimo control sobre la avalancha de posiciones que se producen ante unos términos aparentemente tan asépticos como los que se alojan en el art. 1.255 del CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Desde el jurista de carril estrecho para el cual todo encerraría restricciones, hasta el hombre de criterio naturista, para quien sobrarían todos los preceptos, las posiciones son incontables. En nuestra temática del matrimonio, sobre la que tantas veces hemos dicho que pesa un maléfico fetichismo de incomprensión y estrechez atávicos, no es raro haberse topado con bandas de abogados, de dudosa calificación, que hubieran hecho desistir en su tiempo a la pareja de turno, de arreglar las cosas amistosamente, pretextando una de las modalidades de interpretación –la estrecha, en este caso– del art. 1.255, y urgiendo a provocar de la Ley todo el aparato coercitivo, tan nefasto, tan impúdico y, sobre todo, tan poco eficaz en el campo de la regulación matrimonial. No vamos a extendernos aquí sobre tal particular porque ello fue objeto de atención nuestra en contexto diferente.<sup>34</sup> Sí es, en cambio, cometido nuestro tratar de baremar el grado de perspectiva que acompañó a los autores de ciertos trabajos, considerados, de una parte, en referencia articulada al momento social y político en que fueron escritos; y de otra, confrontados con el sistema de realidades ulteriormente decantado.

De entre la copiosísima cosecha bibliográfica y jurisprudencial que propician los conceptos *leyes*, *moral* y *orden público*, cuando se afectan de lleno al Derecho de familia, acaso le corresponda a “El negocio jurídico del Derecho de familia” del profesor Díez-Picazo una de las mayores fortunas en cuanto a influencia ejercida y difusión aceptada.<sup>35</sup> Me pesa disentir de estas valoraciones. Más bien sospecho que (aun sin olvidar que el trabajo data de 1962) Díez-Picazo arremete con dogmática ceguera contra todo lo que en aquellas calendas se opusiera al espíritu estrecho y circunstancial –esto es, carente de perspectiva– de la normativa vigente. El criterio que vierte Díez-Picazo en este trabajo no puede patentizar de manera más definitiva, más irrecuperable, la vejez de las interpretaciones carentes de perspectiva; es como si tales interpretaciones nacieran con arrugas en el rostro, a modo de cadáveres anticipados. Intentaré esmerarme en probarlo con los testimonios que siguen y en los razonamientos que completan este apartado.

Destáquese, empero, que no estoy ni siquiera infiriendo el supuesto (de intención jurídica dudosa, por otra parte) de que a ningún jurista en sus cabales se le ocurriera estudiar o glosar una letra de ley distinta de la existente. Ello, a fuer de frívolo, sería irrelevante. La norma positiva tolera unos márgenes interpretativos, pero nada más. La inexistencia absoluta de divorcio fue principio inamovible, sancionado legalmente, hasta 1978. Inferir otra cosa, por cualesquiera presuntas argucias hermenéuticas, además de inviable, hubiera resultado, como digo, poco serio. Pero no se trata de eso. Con una norma vigente, de inequívoco contenido (v.gr. la de no admitir el divorcio), se trataría en todo caso de auscultar el criterio de los autores y de la doctrina en general; de qué modo los sentires y los decires de esa misma doctrina pudieran ir formando un clima que propiciara el cambio; hasta qué punto se hubiera iniciado en 1962 la formación, todo lo embrionaria que se quiera, de un relevo de actitud mental que hubiese colaborado a la transformación, todo lo lenta que se quiera también, de las instituciones. Para Díez-Picazo, tal era la opción de 1962, igual que cada momento y cada estilo social despliega una opción equivalente para el pensador respecto de los temas que fueren.

Y la falta de perspectiva que achacamos a Díez-Picazo es ésta: la de, no sólo no contribuir con su esclarecido criterio a una virtualidad de apertura de nuestros preceptos

fetichistas sobre el matrimonio; sino sancionar, aún más si cabe, con su docta pluma los fundamentos criterios de los que nuestra desventurada normativa matrimonialista ha venido nutriéndose, primero hasta la Constitución de 1978; y por último, hasta la reforma de 1981. Ese es, en rigor, y no otro, el resorte crítico que nos mueve a considerar “El negocio jurídico del Derecho de familia” desafortunado, reaccionario en su tiempo, y obsoleto ahora; una vez más: carente de perspectiva. Creemos que Díez-Picazo podría haberse exigido él mismo ciertas salvedades suavizadoras de la norma tal como rezaba entonces en 1962, por mucho que la Jurisprudencia, en la que el propio Díez-Picazo se apoya, no tuviera más remedio que atenerse al Derecho positivo y fallar conforme a su letra. Es innegable que existe para ciertas mentes una complacida proclividad acrítica y acomodaticia, un inmovilismo positivista de asignar a *la ley* una omnimoda capacidad en cuanto a su función para con los humanos. Precisamente al jurista le corresponde la indagación luminosa, dentro de los recintos jurídicos, respecto del *ser* y del *deber ser*. Facticidad y perspectiva son las dos cotas máximas del ámbito en que se realiza el generoso ejercicio del jurista. Lo demás es optar por la vía cómoda. Pero digo que voy a intentar esmerarme en probar todos los reparos que he puesto al profesor Díez-Picazo.

La razón está, insistimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar por él a sus anchas; y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público ha hecho de él uno de los conceptos menos ‘jurídicos’ de todo el Derecho privado. Como en tantas ocasiones, la expresión lúcida de Díez-Picazo sale al encuentro:

Por moral y buenas costumbres se entienden los principios de carácter ético que tienen vigencia en una determinada comunidad.

Pero añade:

El límite moral tiene aplicación particularmente importante en el Derecho de familia, dado el carácter marcadamente ético que las instituciones familiares poseen. Por ello son nulos los negocios familiares contrarios a las buenas costumbres como el concubinato o la unión sexual de personas de un mismo sexo.

(El negocio jurídico”.. pp. 778-80)

Aunque la expresión del ilustre profesor es impecable, tememos estar de acuerdo en que conceptos como los de *moral* y *buenas costumbres* son alusiones expresivas de un significado que se mimetiza inexorablemente con el devenir social. Y la prueba está ahí: veintidós años han transcurrido desde la salida a la luz de esta monografía “El negocio jurídico del Derecho de familia” y me atrevo a sospechar que a muchos de nosotros, instalados en la conciencia social de hoy, nos parece desproporcionado que la Ley penalizara el concubinato, sin más; o que tan siquiera declarase nulas las consecuencias derivadas de él: la legislación de algún país socialista –Cuba, por ejemplo– lo reconoce y tutela. Y hasta “la unión sexual de personas de un mismo sexo” todos sabemos que ha tenido acomodo, siquiera como hecho consumado y tolerado en la realidad social de ciertos países europeos.

Continúa Díez-Picazo:

Son nulos también los pactos inmorales incrustados dentro de un negocio válido, como el pacto de exclusión de la procreación o el pacto de educación irreligiosa de los hijos.

(“El negocio jurídico ...”, pp. 778-80)

¿Podríamos llamar hoy día *inmoral*, mejor, podría una mente flexible llamar *inmoral* en 1962 a que una pareja en estado de sociedad o comunidad conyugal, se abstenga de tener prole? Mirando generosamente a tantas Constituciones socialistas, ¿qué se supone que hay que entender por “educación irreligiosa de los hijos”? Si el autor quiere aplicar un calificativo de valor a tales realidades de exclusión de la prole, o de específica educación de los hijos, lo más ecuánime sería evitar el término *inmoral*, porque en pocos casos como el que nos ocupa, el concepto de moralidad aparece tan modificado por la perspectiva, tan renovado en cada momento del entramado semántico que en otro tiempo ha podido informarle.

Y es que, insistimos, al jurista debiera exigírsele la responsabilidad de la perspectiva. Una mente tan aguda como la de Díez-Picazo no se salva de nuestra crítica a su trabajo “El negocio jurídico del Derecho de familia” por su despliegue pobrísimo, más bien nulo, de perspectiva. Perspectiva que debe dirigirse a separar las categorías jurídico-sociales de los módulos impuestos por la coyuntura política de turno. *Moral y orden público* necesitan de esa generosidad mental del jurista, para no hacer depender del orden político sus contenidos autónomos. No entenderlo así, provoca –creemos– un desajuste como el que estamos comentando, y la sonrisa irónica de todos los que consideren el valor de un trabajo como el de Díez-Picazo, escrito veintitrés años atrás!

Sigue diciéndonos Díez-Picazo:

Limita la autonomía privada el orden público. Por orden público se entiende la íntima y radical conexión de los principios informadores de una determinada institución jurídica con los principios fundamentales de organización de la comunidad. El orden público tiene en el Derecho de familia una gran relevancia por ser la familia institución fundamental de la sociedad y ser principios esenciales de nuestra organización jurídica, reconocidos como tales en nuestras leyes constitucionales, los de unidad e indisolubilidad del matrimonio, autoridad y jerarquía familiar, etc. El orden público limita la autonomía privada. Así, ha dicho la jurisprudencia que la obligación de vivir juntos los cónyuges es de orden público y no puede ser modificada por acuerdo de los obligados . . . . que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es de orden público la representación de la mujer por el marido y nula la renuncia irrevocable realizada por éste...

(“El negocio jurídico...”, pp. 778-80)

Una vez más, no debemos malograr ni retraer nuestra actitud crítica ante los juicios de perseverante lucidez de tan conspicuo jurista. Sus palabras han envejecido, con vejez florida y elegante, eso sí, pero vejez al fin. Es más, algunas de estas palabras no debieron nunca nacer, por el hecho de nacer ancianas, caducas, a punto de fenecer. Sin entrar ya más en el fantasmagórico tema de la pretendida indisolubilidad del matrimonio, ¿cómo llamar principio de orden público a “la obligación de vivir juntos los cónyuges”? ¿Cómo sostener

que el pacto de separación entre los cónyuges es nulo; que es igualmente de orden público la representación de la mujer por el marido? La propia Ley de 2 de mayo de 1975 se avino a aliviar tal desafuero machista. Las incontables separaciones de hecho existentes antes de 1981, etc., etc., debieron superar, debieron desbordar, por así decirlo, los cauces cosmo-bio-patológicos en los que, respecto de las nociones de *moral y orden público*, Díez-Picazo obligó a discurrir a su trabajo. Una cosa es la ley, y otra muy distinta es la gustosa enfatización, o la repulsa crítica, del derecho positivo por todo aquel que debe exigirse perspectiva, si no quiere perder el tren de la realidad. Lo que nos duele de tan ilustre jurista es el tono de enérgico, cómplice, asentimiento que presta a la letra de la ley, independientemente del grado especulativo de flexibilidad que ésta pudiera consentir a favor o en contra de sus propios postulados. Asentimiento doblemente lamentable en alguien que, al hablar de la autonomía de la voluntad y de su juego en la extinción de la relación obligatoria mediante desistimiento mutuo, se cuestionaba

en qué medida y de qué manera se produce la liquidación de la realidad obligatoria preexistente. Para determinarlo habrá que estar en los términos fijados por la autonomía de las partes. *Cuando las partes no se hayan referido a este punto, el problema será fundamentalmente un problema de interpretación.*<sup>36</sup> . . . .,

(subrayado mío)

palabras que pueden interpretarse como una aceptación tácita de la irrenunciable urdimbre flexible de las nociones contiguas de *moral y de orden público* cuando las partes interesadas hayan estipulado pactos que se zafen del contexto previsto por la ley. Según Mucius Scaevola,

Si las partes establecen . . . un pacto especial por el que se permita llegar a la resolución [convencional], el Código no se opondría y la voluntad de los contratantes sería respetada por no haber en estos casos interés de orden público que contradiga la voluntad de las partes (Mucius Scaevola, *Código Civil comentado y concordado*, t. XIX, Madrid, 1902, p. 673)<sup>37</sup>

Es curioso que nuestro clásico autor tampoco pueda sustraerse de mencionar el orden público como presunto valladar de la autonomía de la voluntad de los contratantes, si bien en este caso da por hecho su no interferencia restrictiva.

También Rotondi, al tratar el mutuo disenso como forma de extinción de las obligaciones, declara que

este principio se extiende tanto cuanto se extienda la autonomía de los contratantes, salvo los límites excepcionales de orden público.<sup>38</sup>

El orden público es, así, un límite en su acepción más inequívoca, de un lado; y de otro, se nos dice igualmente que es un límite excepcional. Naturalmente que a la posible gradación de esta excepcionalidad hemos venido haciendo referencia al enjuiciar lo obsoleto de ciertas nociones de moral y orden público, con motivo del repetidamente citado “El negocio jurídico del Derecho de familia”. Bástenos aquí llamar la atención de nuevo hacia este trabajo de Díez-Picazo que fue en su tiempo un destacado exponente de agudeza retórica y de acuñación de jurídicos distingos.

Comenzamos el desarrollo de este apartado con una especial sensibilización al haz de sugerencias que comporta la noción de orden público en inmediata contigüidad a las

nociones de moral, buenas costumbres, etc. Quedó asimismo sentado que es en la esfera del Derecho de familia donde tales nociones parecen operar más en vivo, y donde los encargados en cada caso de plasmar la aplicación de tales conceptos, mejor pueden probar la flexibilidad de sus propios criterios dentro del marco y de los márgenes interpretativos que toda norma tolera. Ese es el caso del Derecho matrimonial, cuando tal norma hace descansar la fundamentación más inequívoca de su existencia en un predio interdisciplinar de realidades. De ahí la práctica imposibilidad de aplicar la excepción de orden público, o las nociones de *moral, buenas costumbres*, etc., con una rigidez geométrica. En los años ya felizmente superados, previos a la Constitución de 1978, testimonio tan autorizado como el que sigue ilustra nuestra exposición:

Se da la paradoja de que precisamente muchas personas que por sus ideas religiosas, o mejor dicho, por su falta de ideas religiosas, deberían lógicamente contraer matrimonio civil, rehúyen esta forma y acuden al matrimonio canónico. La razón se encuentra en que el matrimonio civil se configura en España como indisoluble y que las causas de su nulidad se encuadran en una lista rígida y escasa: la contenida en el artículo 101 del Código Civil. Por lo tanto, quienes no creen en la institución del matrimonio, en su indisolubilidad o en sus condiciones esenciales según la concepción tradicional, prefieren contraer matrimonio canónico, puesto que ante la jurisdicción eclesiástica podrán con mayor facilidad y amplitud obtener la nulidad de su matrimonio, que queda reducido así a un verdadero “matrimonio a prueba”. Incluso viene siendo relativamente frecuente en la sociedad actual que estos pseudocontratantes preparen con vistas a la invocación posterior de la nulidad, un “contradocumento” en las fechas inmediatamente anteriores a la ceremonia religiosa, en el que afirman, por ejemplo, que su intención es contraer un matrimonio meramente disoluble o bien pactan una condición contraria a la esencia del vínculo. En algunos casos este “contradocumento” llega a plasmarse en acta notarial, a pesar de que es muy dudoso pueda el notario autorizar este tipo de actas, visto que el art. 145 del Reglamento Notarial le obliga a negar la prestación de su función *cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o las buenas costumbres*.

En todo caso es evidente que este peligro de abuso del matrimonio canónico, que ha dejado de ser remoto para convertirse en real, no desaparecerá mientras no se admita en España el divorcio vincular del matrimonio civil o, al menos, no se amplíen prudentemente las muy reducidas causas legales de nulidad, que contempla hoy nuestro Código Civil.

Piénsese, además, en el grave problema moral y pastoral que supone para los sacerdotes autorizar matrimonios canónicos cuando saben perfectamente la desvinculación de la Iglesia o incluso la hostilidad a ella de los desposados, contribuyendo en cierto modo al sacrilegio que éstos cometen. Esta burla o desprecio del Sacramento sí que es un escándalo a los ojos de todo católico consciente.<sup>39</sup>

Naturalmente que, en opinión nuestra, creemos que un Notario puede, sin ninguna violencia de principios, autorizar ese tipo de actas, tan sólo con que aplique un criterio generoso y perspectivista a la interpretación del mencionado art. 145 de su Reglamento Notarial.

Es, en definitiva, el talante personal del investigador jurídico el que, mediante sus sugerencias en la dirección que fuere, propicia la modificación de las normas. Todo cambio, en principio, supone una larvación de premisas en lentísimo proceso. Las semillas y los

frutos sin duda que nunca pertenecen a la misma generación. Pero eso es lo que creemos que la posteridad reconoce y agradece: los precursores esforzados. En esta línea de interpretación aperturista y creativa, y siempre respecto del tema que nos ocupa, enjuiciáramos el trabajo de Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”<sup>40</sup>, en unos tiempos en que el Derecho de familia, hoy superado, estaba vigente con ejemplar severidad y virulencia. Partiendo de la base de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle, y de que la ley no dispare sus efectos contra nadie en tanto no se la provoque, argumentaba De la Cámara Álvarez, a tenor de los pactos privados de separación conyugal, y en contra de los agoreros de turno sermonizantes con el art. 1.255 CC:

Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada.

(“La separación de hecho . . .”, pp. 7-10)

Y también:

A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.

(“La separación de hecho . . .”, p. 21)

He aquí un ejemplo de postura amplia y de interpretación deseable de la norma jurídica, consentida por la realidad de los tiempos (sistema hermenéutico con varios años ya de rango legal en nuestro Código Civil). Las palabras de la segunda cita de De la Cámara parecen romper de un latigazo la obligación impuesta por el anterior art. 56 CC [moderno 68] “Los cónyuges están obligados a vivir juntos” . . . Y es que en realidad no se rompe nada. Y me alegra que no seamos los únicos en pensar así, y que tampoco a De la Cámara le falten seguidores, o por lo menos receptores, de su doctrina:

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así Cámara, que demuestra que estos pactos no son en todo caso contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprobable, pero la inmoralidad, recuerda Cámara, radicará en su caso en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice Carnelutti [“Separazione per accordo tra coniugi”, *Revista di diritto processuale civile*, II (1936), p. 153] que “el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde”. Y en fin, alega Cámara, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el art. 56 en relación con el 6º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una Sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación.<sup>41</sup>

Esto es a lo que nosotros llamamos amplitud interpretativa, en la que, de paso, se viene a demostrar que la noción de orden público es algo manca. Más acuciantemente expresado, es la diferencia que hay entre el jurista profundo y esto que hoy se viene llamando, sin sordinas necesariamente minusvalorantes, “practicón” de mayor o menor calibre. ¿Cómo es posible que los mismísimos términos de un precepto legal; más aún, que la sopesación, sobre todo de dos únicos términos *moral* y *orden público*, inspire asesoramientos tan irreconciliables y tan perjudiciales para el cliente, en su caso, si venidos de mentes estrechas de practicones peseteros, en oposición a los sanos consejos de un jurista con perspectiva amplia? La razón está, repetimos, en la naturaleza proteica y mimética de los conceptos *moral* y *orden público*. Lo que ayer, no digamos hace unos lustros, estaba proscrito del coto de la moral, hoy puede campar a sus anchas por él; y al contrario. Y respecto al orden público, igual. La realidad política, al permear tan de lleno el concepto de orden público ha hecho de él uno de los conceptos menos jurídicos de todo el Derecho privado.

Inevitablemente, es a nuestro más alto Tribunal, en sus actuaciones felices, a quien compete la plasmación de los límites y de la fijación de los márgenes de flexibilidad que lleve consigo toda norma jurídica. En el caso que ahora vamos a reseñar queda comprobado cómo se supera la excepción de orden público aducida por un Ministerio Fiscal romo de perspectiva. La noción de orden público diez y siete años después de las formulaciones de un Díez-Picazo, por ejemplo, recibe un tratamiento a tenor de la altura de la época:

Considerando que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a/ Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición –omnia definitio periculosa est– por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante. b/ Que del orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia. c/ Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva. d/ Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los “principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”, habría de estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el art. 3º, 1. del Código civil, “a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979.

Considerando que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español . . . . .

Considerando que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del Ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los arts. 16 –atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado– y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden

público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el art. 954 de la *LEC* . . . . .  
. . . . . Ha lugar al cumplimiento en España de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, de 16 de junio de 1977, que decretó el divorcio.<sup>42</sup>

Esta hermosa forma de expresarse, aunque con un retraso que va desde más de 200 años con respecto a algún país, hasta otros retrasos menos abultados con respecto a otros países, supone, con todo, un saludable enderezamiento de rumbo, de media circunferencia, como para dejar ciertas interpretaciones antiguas del orden público en Derecho matrimonial arrinconadas en antipódicos cuadrantes. La falta de perspectiva es, como hemos pretendido demostrar, la causa más directa del envejecimiento o de la parálisis de los preceptos.

## VI. OTRAS SECUELAS Y DEFORMACIONES DOCTRINALES QUE ARRANCAN DE UNA CARENCIA DE PERSPECTIVA.

Nos proponemos en este apartado sacar a la luz, con todas sus consecuencias críticas, a algunos de los más representativos autores que, en los años inmediatamente previos a la confección y promulgación de nuestra Ley fundamental de 1978, se nos antoja que disparaban sus últimas cápsulas en la defensa de unos postulados que estaban siendo barridos, ójala que para siempre, del panorama de instituciones de nuestro Derecho de familia. La virulencia con que tales autores se violentaban por defender criterios indefendibles no es uniforme para todos ellos. Respecto de algunos, ya hemos fijado nuestra postura crítica al hablar del asunto de las estadísticas. Acaso precisemos volverlos a mencionar. Respecto de otros, nos interesa señalar el proceso de suavización que, ante el signo imparable de los tiempos, fueron cobrando progresivamente sus escritos. No otra cosa buscamos sino poder establecer los grados de deferencia que unos y otros han dedicado a la perspectiva, a la hora de airear sus ideologías concretas. Todo ello, naturalmente, dentro de la incumbencia del Derecho de familia, y más concretamente, del tenor del Derecho matrimonial enfrentado a la realidad del divorcio.

La doctrina canonista que con mayor intransigencia ha encarnado en España la postura del inmovilismo ideológico quizá sea la recogida en los fascículos de Derecho canónico de la UNED (edición de 1974 que manejamos) y el ya frecuentemente citado libro del profesor Navarro Valls, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977). A mayor abundamiento, Navarro Valls es uno de los que, capitaneados por Alberto de la Hera, formaron el equipo de redactores de los referidos fascículos de la UNED. Sus criterios son, pues, los de la doctrina canonista más representativa de España. Todos ellos han venido formando la vanguardia de nacionalcatólicos: Amparados en la trinchera de sus cátedras o profesorados numerarios del calibre o denominación que fuere, y protegidos por la patente de curso que nuestro sistema político les ha venido prestando, a los dichos profesores les ha cabido la triste notoriedad de ser los expositores de una doctrina que, mucho me temo, a más de una mente ponderada le habrá parecido vejatoria para la conciencia ciudadana y desproporcionada para un verdadero espíritu jurídico.

Ni es agradable replicar a Navarro Valls (a quien únicamente nos referiremos en nuestro repaso crítico de los extremos más acrimónicos del canonismo español anterior a la Constitución), ni tampoco debo considerarme yo el primero en tal réplica. La pluma tan vigorosa, tan pundonorosa, tan sagaz de Enrique Fosar Benlloch ya se ha encargado de ello, para desanimar, de paso, a quienes estuvieran tentados de ver en mi actitud algo de manía

persecutoria. Ante la manera de argumentar de Rafael Navarro Valls sobre el tema de la indisolubilidad, Fosar comenta:

La absoluta indisolubilidad jurídica del matrimonio rato y consumado ha sido afirmada recientemente en España por Navarro Valls [*Divorcio, orden público y matrimonio canónico* (Madrid: Editorial Montecерco (sic), 1972), p. 165]:

“En el inicio, pues, del estudio de las excepciones previstas por la legislación canónica al principio de indisolubilidad no cabe más que afirmar la absoluta indisolubilidad jurídica extrínseca e intrínseca del matrimonio rato y consumado, así como la imposibilidad de una modificación del Derecho de la Iglesia sobre este punto. Muchas de las actuales corrientes revisionistas de la indisolubilidad matrimonial en el seno de la Iglesia aparecen viciadas en su raíz por un defecto metodológico que las descalifica: el estudio de la esencia y propiedades del matrimonio a través de un prisma exclusivamente sociológico, abandonando los esquemas jurídicos que protegen el contenido doctrinal dimanante de su misma naturaleza y elaborado durante siglos por la doctrina. Souto lo ha puesto de relieve acertadamente: el matrimonio no está en la línea de los simples hechos sino del deber ser. Por eso la configuración del matrimonio es, en la medida en que hay en él un factor de justicia jurídica –es un vínculo jurídico– y aunque la conducta de los cónyuges no sea conforme al deber ser del matrimonio, no por ello rompen al matrimonio porque son incapaces de provocar su ruptura . . . . De ahí la insuficiencia radical del método sociológico para estudiar la esencia y propiedades del matrimonio”.

La mejor crítica que a esta posición esencialmente positivista, juricista, ontológica y tradicionalista acríca puede hacerse es remitirme a la orientación metodológica de la moderna moral matrimonial de que dejé constancia en otro estudio [“El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?”, especialmente, el apartado II de la Primera Parte, ‘Metodología interdisciplinaria para analizar la realidad matrimonial’, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII (sep.-oct.), nº 516]. Porque estimo que seguir aplicando a la realidad matrimonial la orientación metodológica de que hace gala el autor empieza, hoy mismo, a ser anticientífico: dentro de unos pocos años su discurso será meramente ininteligible, como lo sería hoy discutir por *sic et non* las cuestiones filosóficas como Abelardo.

(Fosar, “El matrimonio religioso . . . .”, pp. 95-96)

Y es justo que así sea. Leer detenidamente el libro *Estudios de Derecho matrimonial*, posterior en unos años al reseñado por Fosar, junto con atisbos y formulaciones magistrales que nos hemos apresurado a reconocer desde estas páginas, el sufrido lector que haya tenido la desdicha de no pertenecer al sistema de pensamiento, y único oficial, permitido en los últimos ocho lustros, de verdad que pasa un mal rato. Además de los extremos ya comentados en la porción de esta monografía que nos ha precedido, voy a transcribir y enjuiciar algunas conceptualizaciones más de nuestro autor:

Un análisis de la normativa jurídica de los sistemas que regulan el divorcio lleva a la inevitable conclusión de que también los países divorcistas son, en realidad, reticentes con el divorcio. Es decir, ninguna legislación establece como norma la generalísima de permitir el divorcio sin restricciones. Todas ellas establecen una serie de supuestos más o menos explícitamente normados, que permiten, a través de cauces

procesales igualmente tasados, iniciar un proceso de divorcio que eventualmente desemboque en la disolución de un concreto matrimonio . . . . .

. . . . . Incluso el Derecho soviético hubo de rectificar legislativamente aquella rotunda afirmación de Lenin según la cual “no se puede ser socialista sin la plena y absoluta libertad para divorciarse” cuando el 8 de julio de 1942 un decreto del Presidium del Consejo Supremo de la URSS regulaba el divorcio –hasta entonces totalmente libre– a través de un procedimiento judicial, posteriormente completado por la Ley de 27 de junio de 1968, recogiendo así el criterio de Kolwanowski cuando observaba que “la facilidad del divorcio tiene como consecuencia la degradación de la familia, por lo que debe ser cuidadosamente normado”.

(*Estudios...*, p. 206)

Efectivamente, son “reticentes con el divorcio” como no podía ser menos, y por el tantas veces repetido principio de que “cada cosa –afirma Spinoza– aspira a perseverar en su ser” (Ortega y Gasset). El gobierno o régimen de la ideología que fuere no puede por menos de preferir que una situación inicial de matrimonio se perpetúe indefinidamente, a que quiebre. De ahí a suprimir el derecho natural al divorcio va un abismo insalvable. El hecho de que *se regule* el divorcio no es indicativo de su abandono sino de todo lo contrario. Al reglarlo se le institucionaliza, se le reconoce más.

Si fuera exacto –siempre en el plano de los hechos– que existe un “derecho al divorcio” catalogable entre los otros derechos fundamentales de la persona humana, el divorcio debería ser concedido ilimitadamente, es decir, sin ninguna restricción, y no sólo por mutuo consentimiento de los cónyuges, sino también por simple voluntad de uno solo.

(*Estudios...*, p. 207)

Creo que el profesor Navarro Valls abandona injustificadamente el tono discursivo inteligible para tales casos, y su razonamiento quiebra, precisamente a la luz de las nociones de *tendencia*, *vocación*, y *consecución*, de un lado; y de *realidad* y *fantasmagoría*, de otro. “Ilimitadamente” no se puede concebir, ni mucho menos conceder nada, porque desborda el plano asequible de lo humano. Y además se evidencia la violentación silogística y de pura razón, de ese salto de cero a infinito de nuestro autor que viene a querer decir algo así: O todos santos, o todos al infierno. Tampoco nos hace negar la libertad, como derecho y tendencia fundamental de la persona, el hecho irrefutable de que a nuestra libertad se le pongan trabas de todo tipo, y que nadie en su juicio pueda considerarse “ilimitadamente” libre. Aún más: es tanto como decir que, dado un solo supuesto de nulidad matrimonial “resultada” en el ordenamiento canónico, nada obstaría igualmente a deducir justificación de nulidad en el resto *ilimitado* de los casos, con sólo que los interesados invocaran su correspondiente pretensión ante los Tribunales eclesiásticos oportunos.

Y el caso es que Navarro Valls trae a las páginas de su libro, con ánimo de refutación, la siguiente cita:

Naquet, artífice de la ley francesa de divorcio de 1884, se planteaba esta cuestión: “El derecho del hijo no anula el derecho de los padres a divorciarse. Un derecho no vale más que el otro. No sería lógico que el derecho de los hijos sofocara el derecho de los padres” [Naquet, *La loi du divorce* (París, 1903), p. 283]

(*Estudios...*, p. 215)

Nosotros pensamos, efectivamente, que el razonamiento es válido. Además, incide de lleno en la plasmación cosmo-antropológica del principio de prioridad: el padre es anterior al hijo, y a menos de concebir la vida concreta como una abstracción ingravida y fantásticamente irreal, el hecho de que unos padres se divorcien o no se divorcien, no conculca la intransferibilidad de destino y tendencia a la felicidad, individualísima e irreplicable, que protagoniza el hijo que fuere. Pero sigamos:

La introducción del divorcio inevitablemente cambia el *tipo familiar* en un medio social dado, que de modo estable de convivencia se transmuta en compromiso provisional sobre el plano jurídico, ya que a los cónyuges se les sustrae la facultad de contraer un matrimonio *jurídicamente indisoluble*.

(*Estudios...*, p. 219)

Este desafuero me parece seriamente alarmante. Según nuestro autor, al faltar esa *facultad* externa también debería faltar toda viabilidad o posibilidad de felicidad dentro de la unión de la pareja. El disparate creo que vuelve a ser sintomático. Precisamente el tema del consentimiento y de la ínsita intencionalidad es aquí donde se desvirtúa y se minimiza, quedando reducido a una voluntad frívola que depende de un formalismo jurídico para su verificación personal. Nuestro autor parece que quiere decir esto: Que aunque dos personas vivan, se amen, se compenetren en el más total de los sentidos imaginables, ese amor, esa vida, esa compenetración comunitaria tiene que ser *a la fuerza* papel mojado por haber puesto en marcha esa comunidad de vida y amor con un *irrenunciable*, obsérvese bien, *irrenunciable* derecho natural a una eventual virtualidad de divorcio. Nuestro autor olvida –por ignorancia o por malicia– que la virtualidad ofrecida a los contrayentes no sustrae a éstos de observar la conducta que estimen oportuna. Semejante manera de argumentar de Navarro Valls, en base a ilimitadas fundamentaciones abstractas que están fuera de todo módulo o de toda prueba, tendría que complementarse con el divertido supuesto de no poder computar en la Historia de la Humanidad ni un solo ejemplo de fracaso de lo jurídico; ni un solo caso de fisura en el armazón de la Ley. Y por supuesto, ni una sola prueba de fallo en un matrimonio contraído bajo la “especie jurídica” de lo indisoluble. De nuevo, y siempre por penúltima vez, Navarro Valls confunde tendencia y esencia; vocación y realidad; *sollen* y *sein* (Mariano Alonso Pérez). Se apoya en una o en otra, minimiza o potencia las categorías axiológicas de la persona, según le venga en oportunidad, pero nunca en la ecuación articulada que configuran tales conceptos si se les quiere esgrimir como premisas generadoras de criterio.

Con intención objetiva, y con el fin de que ninguna de nuestras aseveraciones, por pintorescas o desenfadas que puedan parecer al lector poco flexible, deje de ir acompañada por la de siquiera algún tratadista, traigo en apoyo de mi repulsa a las especulaciones de Navarro Valls, un testimonio decimonónico, el de Emilio Reus:

Nadie puede negar a la hora presente al Estado la facultad de establecer o no establecer el divorcio si le parece útil y conveniente, para responder a ciertas necesidades sociales. Nada valen contra esto argumentos religiosos, fundados en tal o cual ortodoxia, porque en primer lugar la crítica histórica da contra ellos evidentísima prueba, sagazmente recogida por un autor francés, en una polémica ya célebre con un ilustrado sacerdote de la Iglesia Católica, y en segundo porque si esta Iglesia se opone a la indisolubilidad del vínculo, nadie obliga a que en conciencia los cónyuges católicos divorciados le consideren roto y se les mantiene el recurso contra el cual la

ley nada intentará nunca, y puede bastar para satisfacer los gritos de su conciencia, de considerar como una simple separación de cuerpos, lo que la legislación civil califique con otro nombre.<sup>43</sup>

Testimonio que nos parece un precedente válido para ilustrar nuestros conceptos de *tendencia* y *vocación*, así como de ciertas facultades axiológicas que son inherentes a la persona, en contra de los argumentos de los positivistas canónicos. La falta de perspectiva que achacamos a Navarro Valls no viene tanto del lado de sus omisiones como de la concienzuda tergiversación silogística que subrepticamente esgrime según le vayan en juego sus caprichos o intereses dialécticos.

Continúa Navarro Valls:

No hay que olvidar, además, que la legislación vigente aparece en este punto amparada por el elemental principio del *melior conditio possidentis*, lo que, a su vez, reclama que la carga de la prueba recaiga sobre quien afirma la utilidad social del rechazo de la indisolubilidad del matrimonio más bien que sobre los que la niegan.

(*Estudios...*, p. 223)

Otra barbaridad exasperante! Con igual flema se podría decir –y decimos– que mientras que estuvo en vigor la Ley de 2 de marzo de 1932, todo el que no estuviese conforme con ella debiera haberse puesto a probarlo, con razones que hubieran convencido a la Ley! Seguimos:

No es sólida objeción aducir precisamente el carácter negocial del matrimonio como dato jurídicamente válido que justifica su disolución a través del divorcio. Como ha observado el autor que con mayor vigor ha reivindicado para el matrimonio la naturaleza de negocio jurídico de familia [Díez-Picazo, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (junio, 1962), p. 773 y ss.] . . . “se olvida que la característica del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea, como en el poder de creación de la propia relación jurídica. Piénsese que el poder de las partes no alcanza nunca al contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin indisolubilidad”

(*Estudios...*, p. 234)

En este sutilísimo distingo del siempre respetado y lúcido profesor Díez-Picazo encuentra pie nuestro reseñado autor Navarro Valls para decirnos, si es que no entendemos mal, que todo aquel que contrae matrimonio dispone de un discernimiento magníficamente pertrechado para asumir el haz de supuestos que despliega la institución matrimonial; pero que una vez que ha contraído queda privado de ese mismo discernimiento para decidir sobre lo que quiere o para saber lo que está haciendo. El alarde retórico, por su parte, del profesor Díez-Picazo es tan sugestivo y tan notable como al que nos tiene acostumbrados. Pero quizá por ello nos sintamos en este caso particularmente coriáceos e impermeabilizados al pretendido efecto convincente de su argumento. Por debajo de la urdimbre finamente tejida de sus palabras, y tras un arriesgado pirueteo con los silogismos, constatamos que una vez

más se parte de aquello a donde se quiere precisamente llegar. Para decirnos que todo el que lamentablemente ha contraído, hasta hace poco, matrimonio en España, contraía indisolublemente *de momento* (por haber sido la indisolubilidad una cualidad impuesta en principio o *de momento*, como decimos, al matrimonio por la ley positiva de turno, y por el régimen político de turno), no creo que nos merezcamos los sufridos lectores el funambulismo de conceptos a que nos somete el siempre brillante y cordialmente admirado profesor Luis Díez-Picazo.

Es ante la inevitabilidad de los preceptos constitucionales donde la cerril e intransigente expresión (que no criterio, lamentamos) de ciertos autores no tiene más remedio que ceder, sin renunciar, no obstante, a eso que candorosamente llamamos recurso del pataleo. Así, el propio Navarro Valls:

Como es sabido, en los países correspondientes al área de influencia del ‘Common Law’ sólo existe una clase de matrimonio al que puede accederse a través de dos cauces distintos: las formas religiosas y la forma civil. Existe tan sólo una simple libertad de elección de forma o rito, pero sin resonancias sustantivas, ya que el Derecho material que regula en todo caso el matrimonio sigue siendo el mismo: el civil.

Por ello se ha hecho notar con razón que el denominado equivocadamente *matrimonio religioso* es, en los regímenes matrimoniales que integran el sistema de matrimonio civil facultativo de tipo protestante, una simple y pura forma de matrimonio civil, o, si se quiere, un matrimonio civil en forma religiosa.<sup>44</sup>

De entre todo lo que hemos transcrito nos vuelve a dejar perplejos una cargante lista de términos y expresiones: “Precipitación legislativa”, “ambigüedades”, “lugares comunes”, “problemas interpretativos”, “simple libertad”, “denominado equivocadamente”, etc., etc. Es fabuloso, obsesivo, desquiciante el protagonismo nostálgico que quieren arrogarse a toda costa ciertos ciudadanos. Es absolutamente atroz su falta de perspectiva y de generosidad solidaria que despliegan para con sus prójimos. Mente tan lúcida como la de Navarro Valls para perfilar agudamente la distinción entre *sociología* y *axiología*, y otros conceptos jurídicos igualmente valiosos (como desde estas páginas hemos tenido la honda y sincera satisfacción de señalar y aplaudir), nos llena de estupor: *Precipitación legislativa*: Le parece poco que las cosas hayan funcionado de cierta manera desde el Concilio de Trento. *Ambigüedades*: Me temo que todo debe parecer ambiguo para quien no está dispuesto a reconocer ninguna nueva opción. *Lugares comunes*: Efectivamente, es un lugar común recordar a los duros de corazón que queremos pertenecer al club en que está afiliado el 98% de la población mundial, y que queremos dejar de ser “diferentes” en el peor sentido de la palabra, de una vez por toda la eternidad. *Problemas interpretativos*: Si son del fuste criterial de los que el profesor y diputado Alzaga enarbolaba, es posible. Con todo, léase desapasionadamente el art. 32 de nuestra Constitución. *Simple libertad*: Precisamente lo menos simple de nuestra idiosincrasia, en que nos cabe habernos apuntado al nefasto tanto histórico de tantísimo asesinato en nombre de o contra la libertad de conciencia. *Denominado equivocadamente matrimonio religioso*: Equivocadamente, para Vd. Doctor Navarro Valls; y correctísimamente denominado para todo aquel que tenga a bien ejercitar sus convicciones al tiempo de matrimoniarse o en cualquier otro menester. No se conoce, que sepamos, ningún dispositivo que permita radiografiar los sentimientos religiosos de nadie.

Tal vez pueda apreciarse que los conceptos de *divorcio/disolución*, *finis*, y *naturaleza jurídica* del matrimonio son los vértices extremos que configuran al triángulo respecto del

cual se pudieran predicar la mayor parte de los despliegues y de las carencias de perspectiva. Queda un estadio de dificultad ulterior, un rizar el rizo; y es el juego que algún autor quiere dar a los anteriores conceptos si contemplados desde el así llamado Derecho natural. Es, creemos, una curiosa manera de mirar la realidad humana, volviéndose de espaldas a ella. Nos dice el profesor Sancho Rebullida:

Cuando afirmamos que el matrimonio, como institución *natural* –por tanto, *todo* matrimonio– es indisoluble por *Derecho natural*, estamos formulando una proposición de índole y naturaleza netamente jurídica. Por ello, cualquier intromisión metódica diversa sería perturbadora, oscurecedora de la cuestión propuesta.<sup>45</sup>

Nosotros, y con el único propósito de hacer inteligibles estas palabras citadas, sugeriríamos respetuosamente la sustitución de *es* por *tiende a ser*. Mi crítica a este trabajo es una repetición enojosa, a saber: que el autor no parece distinguir entre *tendencia* y *realidad*. Tan absurdo es defender la supuesta indisolubilidad a priori del matrimonio, por Derecho natural, como negar la tendencia hacia el bien o hacia la virtud de quien fuere, por el hecho en pura praxis de que los humanos no seamos ni absolutamente buenos ni ilimitadamente virtuosos. Y el caso es que unas cuantas páginas más adelante del mismo trabajo, Sancho Rebullida nos parece que acierta con el único término viable para este tipo de disquisiciones:

La naturaleza del hombre ante la contemplación de sus fines (y sin otros condicionamientos) *tiende* libremente a la unión indisoluble, única y vitalicia, entre hombre y mujer que se quieren, para la procreación de los hijos de ese amor y la adecuada educación de los mismos.<sup>46</sup> [Subrayado mío]

(“Consideraciones sobre el fundamento...”, p. 322)

Como hemos venido exponiendo, estos y otros autores situados en la cresta desde la que se inicia una rectificación de la praxis vivencial de ciertas instituciones, parecen disparar sus últimos cartuchos a la desesperada; parecen entonar su último y más acongojante canto de cisne. Cosas todas ellas entristecedoras, pero merecidas por innecesarias. Qué gran favor de cara a la posteridad se hubieran hecho sólo con evitar la sistemática ocultación de fuentes, de voces de tratadistas autorizados que parecen haber clamado en el desierto:

Difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por ley natural el matrimonio es indisoluble.<sup>47</sup>

Ignoro a qué purpurado de la Iglesia Católica<sup>48</sup> se refiere Benito Gutiérrez, pero en todo caso la cita es sintomática. Desde la fecha en que se escribieron estas palabras hasta el momento presente, los testimonios se han sucedido en idéntica dirección. Reseñemos, por orden fielmente cronológico a algunos de tales autores. El también decimonónico Bonel y Sánchez se expresaba así sobre la *naturaleza jurídica* del matrimonio:

El matrimonio, esa elevadísima institución, que, teniendo algo de divina aun en relación con la naturaleza que muchos creen la materializa, es la base esencial de toda sociedad, debe mirarse bajo el doble concepto de sacramento y de contrato: de sacramento bajo el punto de vista moral que implica aquella unión eterna para fines determinados que han de regirse por la institución canónica; y bajo el aspecto de contrato, porque contrato realmente es bilateral en que cada uno de los contrayentes adquiere derechos y se impone deberes que cumplir.<sup>49</sup>

Sobre los fines del matrimonio:

Los fines del matrimonio quedan claramente expuestos y no son ni pueden ser otros que el mutuo auxilio, la procreación y educación de la prole y el cumplimiento de las leyes, puesto que de ser otros se cambiaría la esencia de la institución, y de ser alguno de ellos con exclusión de los demás quedaría prohibido el matrimonio entre personas de avanzada edad que por su marcada senectud dieran lugar a presumir su falta de reproducción; siendo de notar que bajo cualquier concepto que el matrimonio se mire, el fin principal es realmente el mutuo auxilio.

*(Código civil español. Concordado..., p. 114)*

Y en fin, respecto de esa dosis de perspectiva sobre las cuestiones interdisciplinarias de *fines, naturaleza jurídica*, etc., del matrimonio, y que tanto venimos echando en falta en los autores inmovilistas aquí reseñados, gratifica leer a Bonel y Sánchez, del que nos permitimos incorporar una suficiente muestra de perspectiva jurídica, no olvidemos, del siglo XIX:

No podemos menos de reconocer también que, para los que no tengan la fortuna inmensa de albergar en su alma creencias de cierto género, debe la ley siempre reconocer otros medios de formar la familia, dictando reglas que pongan a todos dentro de esas relaciones sociales, que prescindiendo de las teorías religiosas positivas, dan vida al comercio y a la vida social con las contrataciones ordinarias y el trato general independiente de toda relación cuya existencia bien cabe dentro de los altísimos y rigurosos principios de moral universal y de los limitados círculos del derecho. Y, aunque no todos los códigos han mirado bajo este concepto el matrimonio, ni necesario es que se imponga tal institución como sacramento al contrato, ni como contrato al sacramento para su perfecta validez y para que sus fines se cumplan debidamente; lo cierto es que valiera más que, dejando a todos en libertad de adoptar el matrimonio que tuvieran por conveniente, religioso o civil, se establecieran reglas fijas en las que se determinase que para el Estado no surtiría efecto ningún matrimonio mientras no se demuestre su existencia por la inscripción en el Registro civil.

*(Código civil español. Concordado..., pp. 114-115)*

Volviendo sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, perfila nuestro autor:

No es un contrato puramente civil; su principio lo encontramos en la naturaleza que se dignó asociarnos a la magna obra de la creación, está inspirado por ella, la naturaleza misma lo impone muchas veces. No es tampoco un puro acto religioso, puesto que precedió a la institución de los sacramentos y al establecimiento de todas las religiones positivas, se eleva a más remotas épocas, está más lejos de todas esas leyes escritas, es coetáneo con el hombre.

*(Código civil español. Concordado..., p. 116)*

Por todo lo expuesto no puede menos de comprenderse que el matrimonio es y ha sido siempre un acto natural, necesario, esencial a la vida y a la sociedad, instituido

por el Creador. Pero aunque esto sea una verdad indiscutible, y aunque bajo el antiguo régimen, no íntimamente unidas sólo apareciesen las instituciones religiosas y civiles, sino confundidas, llegó el momento en que sosteniendo la tradición hasta cierto punto, y amparando en mucho el eclecticismo de la vida social y religiosa, no ha podido menos de separarse una y otra no para divorciarlas y hacerlas antagónicas, sino para que manteniendo sus relaciones armónicas, el estado civil de los hombres se haga independiente del culto que profesa, lo cual llegaron a reconocer como una necesidad sabios ilustres y respetables hombres públicos de todos los partidos; sintiéndose luego la necesidad de la libertad de cultos, y la secularización de las prescripciones legales en esta materia, porque aun cuando agradable sea que todos los hombres se confundan en unos ideales, no puede una nación imponer creencias determinadas a los ciudadanos, y no porque una persona tenga ideas distintas de la generalidad de un país se le ha de condenar a vivir en el ostracismo. Las relaciones comerciales generalizadas por el mundo civilizado han templado la intransigencia política, y han hecho necesaria la tolerancia religiosa; siendo hoy indispensable por ello que los buenos efectos de la desaparición de ciertas intransigencias, se traduzcan en preceptos legales bajo los cuales, con independencia de escuela y con respeto mutuo de todos los ideales, pongan al amparo sus derechos civiles todos los que concurren al fomento y adelanto de una nación.

La definición del matrimonio debe abrazar en sus relaciones esenciales al hombre en el orden físico y en el orden moral, como ser inteligente y libre; sin que el desenvolvimiento de sus teorías váyase más allá de lo que la razón humana alcance, y de lo que las necesidades de la época exijan.

(*ibidem*, pp. 116-117)

Y quizás el párrafo más significativo de la visión clara de futuro de este autor, en la que bien podrían haberse inspirado algunos de los juristas reaccionarios mencionados en las páginas de esta monografía nuestra:

Aunque los sentimientos religiosos son naturales en el hombre, esos sentimientos universales unánimes tienen una varia expresión absolutamente libre; y por ello, aunque el matrimonio se eleve a la dignidad de sacramento, no deja de ser un contrato civil sometido como cualquier otro a la autoridad pública; y los legisladores que se despojan de ese poder por mal entendidos respetos y lo sujetan al dominio de la jurisdicción eclesiástica, traspasan sin duda los límites de su objeto y confunden el elevado sacramento con el particular contrato.

(*ibidem*, p. 117)

Es cabalmente gratificante leer a un autor que hace nada menos que un siglo aireaba el problema que comporta el hecho de que un estado moderno delegue una parte esencial de su cometido en la autoridad religiosa.

Siempre pivotando sobre la trunca temática de *divorcio/disolución, fines, y naturaleza jurídica* del matrimonio, y la incidencia de la perspectiva en la configuración y tratamiento de ese triángulo de conceptos, nos toca señalar que la prueba más inequívoca de que el hombre esgrime su vocación de carácter y voluntad indefinida en el tiempo es que, al hallarse enamorado de alguien, sus grados de “enamoramamiento” los mide de manera refleja o negativa, si se quiere; o sea, calibrando su estado de absoluta incapacidad de enamorarse o de amar a otra persona que no sea aquélla que *ahora* precisamente le está motivando *su*

*tendencia* a lo indisoluble, a lo perpetuo, esencia medular del consentimiento. Algo parecido nos expresa Josserand:

La unión legítima debe ser considerada como *perpetua* por su naturaleza, pero no como necesariamente indisoluble: la *perpetuidad* se pronuncia para el principio, para el espíritu de la institución; la *ruptura posible* lo hace en cambio para los casos excepcionales, para los accidentes.<sup>50</sup>

Y con la Constitución de 1978 ya en ciernes, De la Cámara Álvarez postulaba:

No olvido, por supuesto, que para la Iglesia católica –todavía tan influyente en nuestro país– el matrimonio, como regla general, es indisoluble. Pero esta postura, hoy día controvertida dentro del seno de la propia Iglesia, aunque oficialmente no haya cambiado, sólo puede justificarse en función del valor carismático que, según la religión católica, tiene el matrimonio entre bautizados. Pero claro es que, de conformidad con este planteamiento, el problema de la disolubilidad o indisolubilidad ha de quedar confiado al fuero, personal e intransferible, de la propia conciencia. Proclamada la libertad religiosa y aceptada la aconfesionalidad del Estado, parece evidente que la concepción del matrimonio indisoluble en función de su carácter sacramental no puede proyectarse en modo alguno sobre la articulación jurídico positiva del instituto...<sup>51</sup>

Mientras que un poco más adelante, con idéntico criterio, precisaba categóricamente:

Los antidivorcistas se apoyan mucho más en la retórica que en la lógica. La indisolubilidad del matrimonio –se dice– es de Derecho natural. Extraña que quienes formulan esta afirmación sin demostrarla, no se acuerden de la que Iglesia católica, a la que todos ellos dicen pertenecer, admite en toda una serie de supuestos, bien que excepcionales, la disolución del vínculo, lo que se compadece mal con su supuesta indisolubilidad extrínseca.

(“Ante la reforma del Derecho de familia”, p. 22)

El cambio social, imparable, de los tiempos tiene que hallar eco constructivo y razonable en todo aquel que quiera ser equitativo con las cosas. Tan sólo los patológicamente contumaces continúan publicando sus trasnochadas elucubraciones. Muy al principio de esta monografía recordábamos que no hay procedimiento entre los hombres que prive a uno solo, o a una comunidad de ellos, de ejercer sus convicciones; de comulgar con sus creencias, por incompatibles que ellas sean con el muestrario de evidencias incontestables que las realidades proporcionan. El hecho de quedar demostrado que nuestro minúsculo planeta Tierra no era el centro de los empires sin márgenes, no supuso que la tal peregrina idea se erradicase de la mente y de los corazones de muchos. Así con los temas objeto de nuestro artículo. Seguirán y seguirán haciendo gemir las prensas los que no se avienen a consentir que la verdad anide en nada ni en nadie que no sea ellos mismos.

Con todo, aquí nos interesan los criterios razonables que son los que, a la larga, con su generoso diástole, hacen subir de altura a la Historia. Si hacemos una cala en varios catedráticos de Derecho Civil españoles, tendremos un muestreo indicativo de cómo la realidad de los tiempos va quedando reflejada en sus escritos. Del profesor López y López entresacamos, en primer lugar, una reflexión sobre realidad política y confesionalidad estatal, afectado todo ello al tema del matrimonio:

Como se ve claramente, todo el planteamiento ha de estar muy condicionado por la postura del Estado ante las confesiones religiosas de sus conciudadanos (lo que implica el tema de sus relaciones con la jerarquía de esas confesiones, tema que también es multiforme, alcanzando el mayor grado de concentración y problemática cuando el propio Estado acepta como propia y oficial una de ellas).<sup>52</sup>

Y una segunda reflexión sobre lo que bien pudiéramos llamar concepto de experiencia o fundamento de perspectiva jurídica:

Se ha dicho con especial lucidez . . . que acaecer histórico, razón política y coherencia técnica son momentos de una reflexión unitaria al interpretar la experiencia jurídica.

(“Reforma y criptorreforma...” pp. 247-248)

De mayor elocuencia demostrativa hacen gala los destacados catedráticos Díez-Picazo y Gullón Ballesteros en dos de sus textos de Derecho civil para uso primordialmente universitario. En 1974 publicaban esto:

III. *El matrimonio y la familia*. La familia exige como condición previa e inexcusable la existencia del matrimonio, pero qué sea el matrimonio, cuáles sus fines y su naturaleza jurídica, no lo vamos a tratar nosotros aquí, pues existiendo en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina (el Derecho canónico) donde se estudia ampliamente la institución matrimonial, sería una redundancia innecesaria.<sup>53</sup>

De esta forma tan gaya ventilan nuestros autores el tema, significando veladamente, creemos, estas dos cosas: que el único matrimonio *prácticamente* permitido en España era el celebrado y reglado por la Iglesia católica; y que cuando las cosas evolucionaran, entonces se podrían molestar en hablar del asunto, no antes. Es sólo cuatro años más tarde, en 1978, cuando en el mismo marco de un texto concebido preferentemente para el estudiantado universitario, y sin que haya ni mucho menos desaparecido “en los planes de estudio de las Facultades de Derecho una disciplina .....”, etc., etc., se nos ofrece un buen conjunto de reflexiones más a tenor de los tiempos. El factor religioso, como ingrediente de cierto peso, entendemos que permea la sensibilidad de los autores cuando dicen:

IV. *Familia y sacralización*. Hay que destacar como característica muy notable del modo de pensar, de organizar y de vivir los grupos familiares, la influencia que en ellos ejercen factores de índole religiosa. El mantenimiento y la estabilidad tanto de la familia como institución cuanto de cada una de sus parcelas, se ha concebido durante siglos como algo necesariamente enmarcado en un marco de sacralización. Se establece de este modo una muy estrecha conexión entre los institutos familiares y el conjunto de creencias y comportamientos religiosos de la sociedad. Las iglesias recaban para sí la organización del matrimonio y le imprimen un sello sacral (sacramento). El deber de respeto y obediencia de los hijos a los padres se considera como mandamiento de la “ley de Dios”.

La existencia de estos factores de sacralización en la vida familiar determina unas consecuencias muy importantes. Los impulsos y las motivaciones de orden religioso o ético son imperativos más importantes a veces que los jurídicos en la adopción de los comportamientos, por lo que el Estado no puede muchas veces

legislar en materia de familia a espaldas de los sentimientos o convicciones generales. En ocasiones, el Estado entra en conflicto con las iglesias y aparece un pluralismo normativo cuya conciliación no siempre es fácil. Finalmente, a medida que la sociedad va adquiriendo un mayor grado de laicismo y a medida que gana terreno la idea de la libertad religiosa, que relega la religión a la conciencia del individuo, los fundamentos sacrales del orden familiar se ponen en cuestión y la crisis se acentúa.

V. *La familia como institución jurídica: El Derecho de familia.* En cuanto se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal, la familia es una institución jurídica. No se deben, sin embargo, profesar en este punto un panjurismo o un juridicismo excesivo. Algunos autores señalan con acierto que, a pesar de estar regulada por el Derecho, la familia recurre al derecho muy pocas veces. Normalmente se mueve y desarrolla en función de otras pautas, de otras reglas o de otros impulsos, ligados con las creencias y los usos sociales, hasta el punto de que se puede decir que normalmente la familia recurre al Derecho sólo para constituirse y para disolverse.<sup>54</sup>

La familia posee una realidad más social que jurídica:

Se puede incluso decir que, aun siendo la familia una realidad social innegable y estando constituida por un grupo de personas o siendo ella misma un grupo, el grupo en cuanto tal carece de unidad jurídica, pues no es ni una asociación ni una comunidad, ni un organismo. Jurídicamente hay sólo relaciones interindividuales, de manera que la superestructura es social y no jurídica.

(*Sistema...* vol. IV, p. 41)

Eluden una definición de matrimonio pero sí ensayan la correspondiente posición respecto de su naturaleza jurídica:

Las leyes positivas en general y en particular el Código civil no definen, porque no es propio de las leyes el definir, qué sea el matrimonio. Se limitan a recoger un concepto social preexistente.

El matrimonio puede ser considerado bajo dos aspectos distintos: como un acto jurídico que determinadas personas realizan y como un vínculo o una relación jurídica que de aquel acto deriva y que por virtud del mismo se crea.

Como acto jurídico, el matrimonio según nuestra opinión es un negocio jurídico de Derecho de familia, que está formado por la concorde voluntad de los contrayentes y por las declaraciones que éstos emiten, dirigidas a “unirse en matrimonio”. La necesaria intervención de ministros de un culto o de funcionarios del Estado no priva al acto jurídico de su carácter negocial.

La tradición jurídica canónica configura el acto de celebración del matrimonio como un contrato entre los contrayentes en la medida en que se forma por el concurso de las voluntades de los dos. Y esta caracterización es a nuestro juicio exacta. Si se prefiere reservar la categoría del contrato para aquellos negocios bilaterales de carácter patrimonial, puede decirse que el acto de celebración del matrimonio es un convenio, una convención o, más estrictamente, como ya hemos dicho, un negocio jurídico de Derecho de familia.

(*Sistema...* Vol. IV, p. 69)

Hacen concurrir en el matrimonio el carácter de institución:

Por ser una de las formas o figuras básicas y típicas de la organización social concurren en el matrimonio los caracteres de una institución y puede hablarse sin ningún género de dudas de la institución del matrimonio.

(*ibidem*, p. 69)

Ahora sí ensayan una definición del matrimonio:

Para definir el matrimonio puede decirse que es una unión o comunidad de vida formada por dos personas de sexo distinto, dirigida a la plena realización del amor conyugal y a la creación de una familia.

(*ibidem*, p. 70)

Y en cuanto a la separación Estado-Iglesia, cuestión por la que hemos traído prioritariamente a estos autores a nuestro elenco de testimonios:

A nuestro juicio, desde el punto de vista político, para reordenar esta materia hay que partir del principio de la total separación de la Iglesia y el Estado y de la soberanía del Estado en su propia esfera de competencia. Por ello, el sistema que nos parece preferible es el de un único tipo o forma de matrimonio desde el punto de vista de la legislación estatal, a la que deben someterse todos los súbditos del Estado –el llamado matrimonio civil– con independencia de que a posteriori puedan los interesados celebrar las ceremonias religiosas que consideren convenientes en uso de su libertad. Un sistema de total separación entre la esfera estatal y la religiosa es el único que garantiza plenamente el derecho a la libertad de religión y el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, derechos ambos que deben ser considerados siempre como derechos fundamentales del hombre.

(*Sistema...* Vol. IV, pp. 79-80)

Habrá observado el lector el maravilloso efecto de comunicatividad y erudición que propician en ciertos autores tan sólo cuatro años de despertar social e institucional.

El profesor Doral García, catedrático de Derecho civil asimismo, aun en unos momentos tan próximos a la entonces inminente reforma legislativa del Derecho de familia, parece no poder apearse de los resabios inveterados de la época precedente. Si por un lado intenta recortar la inevitable realidad fáctica de la disolución del matrimonio, por otro parece como descalificar la fundamentación bio-antropológica que asignamos al divorcio.

No puede, de ninguna manera, equipararse la libertad para romper el vínculo contraído con la libertad para celebrar matrimonio. Mientras que la libertad para contraer matrimonio se presenta en todos los ordenamientos como un bien, con carácter expansivo, como un derecho de la personalidad, el divorcio, incluso donde se admite, es un mal, no se funda en la libertad de elección de un estado, sino en otras consideraciones, en la idea de remedio, de sanción, de accidente familiar.<sup>55</sup>

A lo que nosotros, obviamente sin ningún afán polémico a estas alturas, responderíamos que naturalmente que no pueden equipararse una y otra libertad, uno y otro consentimiento, porque cada uno de ellos opera sobre distintas realidades: El primero, sobre una vocación o virtualidad sobre la que se carece de dato alguno; el segundo, sobre una situación o estado constituido. El carácter del primer consentimiento ha de ser

necesariamente expansivo, como instancia que es, como vocación vectorial que es en busca de una realidad o encarnadura; mientras que el segundo consentimiento ha de ser, asimismo necesariamente, restrictivo o negativo, porque sigue dirección contraria: de lo constituido, al estadio previo a la constitución de nada. Lo cual no inhabilita para que la fuente y la naturaleza del consentimiento sean idénticas, si bien afectadas o aplicadas a situaciones distintas.

Ponemos punto final a este apartado con el testimonio ameno, riguroso y concienzudo de Ruiz Vadillo que, desde su condición de juez y de fiscal, creo que despliega una buena dosis de perspectiva respecto de una variedad de cuestiones. Destacamos su acierto esclarecedor al referirse a la separación que debe existir entre aspectos de conciencia religiosa, y cuestiones de Estado, a la hora de enjuiciar civilizadamente el divorcio:

Una cosa es la conciencia religiosa de los ciudadanos, respetabilísima, y que no tiene porqué entrar en colisión con las normas jurídicas del Estado, y otra, la ordenación jurídica a nivel de sociedad civil. Lo digo con el máximo respeto a quienes piensan otra cosa, en cualquiera de sus posiciones, y sin otra autoridad que la contemplación de la realidad social a través de mi condición de juez y de fiscal durante más de 25 años: el divorcio no será jamás causa de rupturas matrimoniales, si su regulación responde a un mínimo principio de prudencia y sensatez. El divorcio no es otra cosa o no será otra cosa que la consecuencia de una ruptura irreversible del matrimonio. El legislador, respetando la evidente transcendencia de la institución del matrimonio, debe regularla de manera que sea un instrumento de paz individual y social.<sup>56</sup>

## VII. INDICIOS DE FLEXIBILIDAD EN LA NUEVA NORMATIVA CANÓNICA: PRECEDENTES.

Nos cumple ahora auscultar, mediante el oportuno sondeo de algún aspecto concretísimo del consentimiento matrimonial, el grado de flexibilidad que la normativa canónica haya reflejado en la versión de su nuevo *Código de Derecho canónico* de 1983. No nos engañemos, sin embargo. Cuando se habla de aperturismo, flexibilidad o conceptos equiparables afectados a la realidad del Derecho canónico, no hay que perder la perspectiva; no hay que olvidar que se trata en todo caso de potenciar ciertas modificaciones de matiz, de procedimiento, o hasta de criterio, dentro de las inamovibles categorías teóricas que encierran la concepción canónica del matrimonio/sacramento, y de su pintoresca indisolubilidad, siempre que no medie impugnación o denuncia conducente a una declaración de nulidad que, igualmente, y en todo caso, pertenece a la Iglesia católica en exclusiva, estimar, procesar y dictar.

Con esta puntualización pretendemos valorar en su justa medida las innovaciones aperturistas del Derecho canónico en cuanto a la ampliación teórica de las causas de nulidad. Eso es lo que queremos poner de manifiesto, señalando que prácticamente desde veinte años antes de la nueva versión del *Códex* de 1983, algunos testimonios inequívocos, respecto de una corriente preponderante dentro de los estudios canónicos, apuntaban, por vía de inducción analógica, a una ampliación pacífica de las causas de nulidad, por deterioro, insuficiencia o suplantación de consentimiento. Lo que indudablemente no puede protagonizar la Iglesia Católica es una sustanciación interpretativa de su norma positiva, que haría saltar en pedazos la propia fundamentación del Derecho canónico. La Iglesia católica somete de continuo a un proceso de adecuación sus manifestaciones y usos, para

armonizarlos con el pulso social que evidentemente prime en el momento histórico que sea. No es extraño, así, que a la par que la normativa matrimonial civil estrenaba su andadura sustantiva en 1981, el *Códex* se hiciera eco de ciertas líneas de flexibilidad respecto de la normativa matrimonial en la esfera del derecho canónico.

Los precedentes de esta plasmación normativa del *Código* de 1983 pueden rastrearse. Una de las grandes paradojas ya de estos últimos lustros en España es que aun los menos creyentes encontraban hasta lógico contraer matrimonio por la modalidad canónica, ya que la creciente funcionalidad de los tribunales eclesiásticos permitía la obtención de una nulidad de matrimonio con menos dificultades, aun siendo éstas grandes, que en el campo de lo exclusivamente civil. En efecto: el testimonio de Díez del Corral, incorporado en páginas anteriores, y correspondiente a su trabajo “El matrimonio civil en España, hoy” (véase *nota* 39), ilustra suficientemente lo dicho. Puesto que ambos sistemas, teóricos, de matrimonio, canónico y civil, en la etapa preconstitucional hacían de la indisolubilidad el principio por excelencia que primaba sobre toda otra propiedad, y puesto que *en la práctica* ya hemos señalado que no cabía mucha opción, no puede extrañar (aparte del tremendo trance de la celebración civil, en los improbabilísimos casos en que ésta prosperase), no puede extrañar, decimos, que la gente encontrara hasta normal la única modalidad canónica, aunque sus conciencias estuviesen a años-luz de distancia de toda identificación o incumbencia en materia religiosa. Y todo por la sencilla razón de que en aquellos momentos la Iglesia Católica, abriendo progresivamente la válvula de sus encomiendas, concedía nulidades más y más graciosamente, por mucho que un buen práctico del tema afirmara:

Existe la idea, falsa, de que la anulación del matrimonio puede ser conseguida con dinero, pero el complicado mecanismo que la Iglesia ha montado nos asegura que las anulaciones no pueden ser compradas, sino falladas en razón de las circunstancias concurrentes por varios Tribunales eclesiásticos; aunque, como es natural, ello puede encarecer el proceso.<sup>57</sup>

Sin embargo, no era menos cierto que al dominio público transcendía con todo lujo de detalles la fundadísima creencia de que una buena parte de las nulidades que habían prosperado lo eran de matrimonios de “famosos”, estrellas de cine, gente más bien acaudalada que lo contrario; o simplemente, gente que había podido permitirse un proceso largo, y generalmente costoso, sin un irreparable detrimento de su hacienda. El salto al gran público de estos temas se generalizaba más y más, de manera abierta y dentro de un clima de la mejor comprensión y templanza. En un espacio de TVE, unos cuantos días antes del 6 de diciembre de 1978, previsto para el Referendum constitucional, un conocido locutor y periodista español llevaba a cabo su programa de respuestas (a preguntas formuladas sobre la Constitución) por un muestrario de personas de todo el territorio nacional. Los encargados de contestar las preguntas eran destacados prohombres de los distintos partidos políticos, y en general, personalidades relevantes. En una intervención del profesor Ramón Tamames se nos dijo con lucidez y rotundidad todo esto: Que se diera el nombre que se diera a los hechos, la realidad era que el sistema de nulidades que la Iglesia Católica estaba propiciando en aquellos bastantes últimos años constituía claramente una forma de *desvinculación*. Por supuesto que nadie se alarmó con la respuesta, sino todo lo contrario. Los tele-espectadores nos alegramos de ver formulado tan galanamente en boca de un líder político español lo que en la conciencia de todos nosotros andaba barruntado desde siempre. Y era muy cierto. Lo expresado ante la prensa y cámaras de TVE repetidas veces, también aparecía expuesto con la mayor fijación que le prestaba el texto escrito:

La propia Iglesia, aunque siga sin rectificar sus criterios dogmáticos, no ha tenido más remedio que buscar un expediente que, de algún modo, los haga más flexibles. Para nadie es un secreto que merced a una laxa interpretación de la disciplina sobre nulidades matrimoniales se están consumando verdaderos divorcios, arropados bajo la apariencia de una supuesta nulidad. Solución a todas luces recusable, no sólo por lo que tiene de excesiva sino porque el éxito de la misma viene a depender de toda una serie de factores aleatorios cuando no inconfesables. La “praxis” de los Tribunales eclesiásticos cambia con la geografía, y es necesario, para lograr el éxito, contar con asesores, duchos, influyentes y en general caros. Con lo que este tortuoso camino sólo resulta asequible a ciertos iniciados económicamente fuertes. En fin, como hasta ahora, el éxito de estas nulidades artificiosas, depende, “de facto”, del acuerdo entre los cónyuges, el desenlace queda a las expensas de su propio arbitrio, lo que no sólo es profundamente contrario a la esencia de la institución matrimonial, que con tanto celo se quiere defender, sino, que, por si fuera poco, brinda opciones incontrolables, al abuso, a la mala fe, y al chantaje.

(De la Cámara Álvarez, “Ante la reforma del Derecho de familia”, cit. pp. 21-22)

Los ejemplos son más numerosos. Véase, por todos, el suplemento dominical de *El País*, 20 de mayo 1979 (pp. 28-35) donde el interesante trabajo “Boda ayer, divorcio mañana”, firmado por Inmaculada de la Fuente, nos vuelve a repasar el flabelo temático que asimismo motiva en parte esta sección de nuestra monografía. El lector encontrará en este artículo de *El País* los mismos alegatos que se vinieron repitiendo desde que la autocracia teócrata española propició un comienzo de “desenganche del poder” (Mons. Tarancón). Ya he dejado obviado en algún otro lugar, que por muy pintorescas o desenfadadas que pudieran parecer algunas de mis expresiones vertidas en esta monografía, me cabe el descargo de remitir al estudioso a diversas autoridades que se han pronunciado previamente sobre idénticos extremos. Igualmente, remito al lector interesado a este artículo “Boda ayer, divorcio mañana”, del que, por el incuestionable interés que despierta su lectura, me voy a permitir confeccionar una selección temática de su contenido:

1. Imaginación y picaresca: Superdivorcios
2. Anteproyecto de la Ley de Divorcio.
3. Mentalidad actual de algunos futuros contrayentes.
4. Incremento del número de Tribunales Eclesiásticos en España, y flexibilidad de los mismos.
5. Tribunales eclesiásticos norteamericanos y centroafricanos.
6. Corruptelas, picarescas, y sobornos. Supuestas declaraciones de Monseñor del Amo en *Revista de Derecho Canónico*.
7. Dos millones de españoles están separados de hecho o tramitan anulaciones y separaciones.

El enunciado de estas rúbricas, sin dejar exhaustivo el trabajo, es el que con más precisión se adecúa al desarrollo de esta sección de mi monografía presente. El lector puede libremente constatar, por contraste, lo mesurado de mis juicios.

El Tribunal eclesiástico de Brooklyn, que ha alcanzado una bien ganada notoriedad, parece ser uno de los más adelantados protagonistas de la puesta en práctica de un cada vez

más amplio espectro de motivos potenciales de nulidad.<sup>58</sup> Con muy atinada expresión recoge José María Serrano Ruiz esta corriente expansiva:

Pienso que nada impide a las partes pedir la nulidad de su matrimonio por falta inicial de amor en el consentimiento. Es principio admitido por nuestra Jurisprudencia que no corresponde a las partes, sino al Juez dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia.<sup>59</sup>

Lo cual, si no nos equivocamos enteramente, viene a querer decir que no existe un “*numerus clausus*” en las causas de nulidad tipificadas que se puedan aducir, sino una tendencia imparable de ampliarlas. Ese es precisamente el espíritu que predominaba en los tratadistas más atentos a la realidad social, inmediatamente anterior al nuevo *Códex* de 1983. Entre todos se ha coadyuvado a la introducción de un nuevo matiz en la revisada redacción del canon 1098 que pasaremos a examinar más adelante. Encaminemos ahora nuestro propósito a presentar ante el lector un muestrario de testimonios en apoyo justificativo del amplio espectro que virtualmente subyace en la causa de nulidad canónica. De momento, comienza a abrirse paso la noción cardinal de *convivencia*, como realidad fáctica hacia la que apunta cualquier otro presupuesto de los futuros matrimoniantes:

Pero al contraer el matrimonio no es fácil conocer perfectamente las cualidades de la comparte con la que se quiere crear una comunidad de vida; y, mucho menos, conocer el alcance de determinadas cualidades de la persona para una convivencia en común. *La preparación del matrimonio no lleva consigo ninguna prueba del valor de las cualidades en orden a una convivencia*. Puede decirse que aun sin mala voluntad, en muchos casos los futuros cónyuges se engañan. No quizás en lo sustancial, pero sí en determinadas cualidades que después van a tener una importancia fundamental en el matrimonio.<sup>60</sup> (subrayado mío)

Y en cuanto al tema del *error*, que propiamente presta sustentación temática al trabajo del profesor Ariznabarreta, me voy a permitir espigar con alguna extensión en la disertación de nuestro tratadista:

El año 1966 la jurisprudencia dio un giro de 180 grados en la valoración de las cualidades y su eficacia en la nulidad del matrimonio. Pero, como se verá, no se daba un valor sustantivo a las cualidades, sino que se consideraba que determinadas cualidades eran una parte sustancial de la persona, al menos en orden a contraer el matrimonio. Y, si se daba un error en esas cualidades, se daba un error que redundaba en la persona. En esta perspectiva, la persona no se consideraba en su concepción abstracta, filosóficamente considerada, sino en su realidad concreta y existencial tal y como se da en la realidad matrimonial y que es la que ha de formar parte de la convivencia mutua. Pero todavía se reducía el error en cualidad al error en persona.

Indudablemente se tenía en cuenta la persona en su totalidad, que es como se ha de entregar a la otra parte en el matrimonio. Y en la totalidad existencial concreta, que es como se entrega la persona en el matrimonio para formar una comunidad de vida con la comparte. Si a la persona se le consideraba en esa totalidad, el error en una cualidad importante para esa comunidad de vida llevaba prácticamente a un error en persona.

Pero, con todo, la jurisprudencia no se inclinó masivamente en favor de esta nueva concepción de la persona y de sus consecuencias en orden a la nulidad del matrimonio por error en cualidad. En gran parte siguió la doctrina clásica y siguió

dando como válidos matrimonios en los cuales había habido graves errores en cualidades, aunque otros tribunales, en casos semejantes, los declaraban nulos.

Ante esta actitud de la jurisprudencia canónica, la doctrina también se dividió en dos teorías: una, la clásica, defensora de que el error en cualidad sólo redundaba en persona cuando esa cualidad es única y exclusiva de una determinada persona y, un error sobre esa cualidad, equivale a error en la misma persona; y otra, que admitía que la persona asume en sí las cualidades, sobre todo cuando son importantes en orden a aquello que se considera la persona, y que, por lo mismo, si había error en una cualidad de ese género, había ya un error que redundaba en persona y el matrimonio era nulo. *(El error de hecho..., p. 16)*

La definición de compendio del matrimonio más indiscutiblemente aceptada también se señala aquí:

Desde este nuevo concepto del matrimonio, basado en la comunidad de vida y amor de los cónyuges...

*(ibidem, p. 17)*

Sigue una erudita y desmenuzada adquisición sobre el “error redundans” que transcribimos:

a) El “error redundans” como cualidad individuante: La persona física concreta con la que realmente quiere contraer el nubente decepcionado, únicamente está identificada en su entendimiento a través de una cualidad individuante y determinativa de aquella persona singular deseada. De aquí que sean precisos dos requisitos para apreciar el “error redundans” así concebido: a/ desconocimiento personal directo previo al matrimonio, y b/ cualidad objetivamente individuante o determinativa de una persona singular y que no se verifica en ninguna otra persona

b) El “error redundans” como cualidad puesta sub-conditione: Caso de que la existencia de una cualidad de la persona, cualquiera que sea ésta (cualidad individuante o genérica), se ponga por un acto de voluntad como condición ‘sine qua non’ para la validez del matrimonio, si falta, el matrimonio será nulo, pero no por el error (entendimiento) sufrido, sino por la voluntad condicionante puesta antes de contraer y que perseveró, al menos virtualmente, hasta el momento mismo de la celebración.

c) El “error redundans” como cualidad ‘único fin’ del matrimonio. Una determinada cualidad (o cualidades) de la contraparte (cualidad individuante o genérica) es el único y exclusivo fin que se pretende con el matrimonio, o lo que es lo mismo, el matrimonio es sólo el medio para obtener ese fin: la cualidad que se supone en la contraparte.

d) El “error redundans” como cualidad directe et principaliter intenta. En este supuesto, el contrayente quiere directa y principalmente la cualidad que supone posee la otra parte, pero no quiere sólo esto exclusivamente, sino que indirectamente y menos principalmente también quiere el matrimonio con ella o al menos no lo excluye ni explícita ni implícitamente.

*(ibidem, pp. 129-135)*

El objeto del matrimonio se concibe ahora como algo henchido de valores:

Considerando el objeto del matrimonio, al menos jurídicamente, como una simple comunidad de vida sexual (c.1081. 2) es evidente que sólo será sustancial aquel error sobre lo que constituye la esencia del contrato: la persona física, hombre o mujer, con las necesarias cualidades para formar esa comunidad de vida sexual que es el objeto del contrato matrimonial. Pero considerado el objeto del matrimonio como una comunidad de vida total, con la rica gama de valores o aspectos que incluye la donación del yo y la aceptación del 'otro' en todos los ámbitos de la vida (comunidad moral, social, jurídica, religiosa, etc., comunidad de Amor en suma) parece también evidente que será sustancial el error sobre lo que constituye la esencia del contrato, sobre aquellas cualidades de la persona que la definen en orden al matrimonio, en orden a poder formar con ella una comunidad de vida total que es el objeto del contrato matrimonial. Así entendidas las cosas, el error que versa sobre aquellas cualidades de la contraparte que la definen en orden al matrimonio, es efectivamente sustancial, y la persona así considerada en orden al matrimonio, es una persona diferente, de donde en este sentido el error en esas cualidades redundará en error acerca de la persona misma.

(*ibidem*, p. 203)

Una captación de la realidad frondosa que lleva consigo el concepto de persona, termina nuestra reseña.

1. La persona no se concibe tan sólo como algo físico y visible, como individuo genérico, hombre o mujer, como ente abstracto compuesto de alma y cuerpo, sino como ser humano antropológicamente o plenamente considerado en todas sus facetas o potencias psicosomáticas con las que puede establecer relaciones inter-personales con otro ser humano de distinto sexo, que también tenga un correcto desarrollo intra-personal.

2. Las cualidades sobre las que versa el error han de ser de gran importancia en el sentido de que su existencia (si es cualidad negativa) o defecto (si es cualidad positiva) en la otra parte, hagan muy difícil o perturben gravemente la vida matrimonial.

(*ibidem*, pp. 266-267)

La brecha expansiva que se va abriendo en la relación de supuestos de nulidad por falta del consentimiento es sintomática de los aires aperturistas y revisionistas que corren. Si el Derecho va siempre a la zaga de la realidad social, y es en buena parte una consolidación de los principios de convivencia que han de regir para tal realidad social, el Derecho de un cierto colectivo religioso como es la Iglesia católica toma de ese estado general de actitudes sus líneas maestras de identidad y de aplicación. Y así los testimonios se suceden. Luis Zarraluqui, abogado del Tribunal de la Rota, rompe una buena lanza a favor de que un error de elección en el matrimonio no tenga que significar la desgracia de por vida de los desventurados contrayentes:

*El matrimonio no es el final feliz de la historia, sino su comienzo.* Lo que estamos tratando de señalar es que en el difícil mundo actual, árido, lleno de soledades y rechazos, inundado de luchas y contiendas a todos los niveles, los ojos se

vuelven a la intimidad de la familia y dentro de ésta, muy fundamentalmente, a la pareja. Al matrimonio es al que se le pide más, porque al cónyuge se le exige que cumpla las funciones de amante, de amigo, de confidente, de compañero, de crítico, de soporte, de enfermero, de defensor. Por eso no vacilamos en decir que nos encontramos ante un auge del matrimonio como tal; porque el verdadero matrimonio es esto . . . . .

Pero esto no quiere decir que ese matrimonio haya de ser irreversible, eterno, perpetuo, inamovible, sin escapatoria, sin posibilidad de rectificación. Es más, si el matrimonio tiene esas características, a causa de ellas mismas ha de producir rechazo entre quienes, sintiéndose enormemente atraídos por él y quizá deseosos de compartir su existencia con la persona elegida, se sienten aterrados ante la posibilidad de que un error sin solución, pueda llevarles a la desgracia de sus vidas.<sup>61</sup>

(subrayado mío)

Además del juicio ponderado (si bien fuera de toda discusión a estas alturas normativas y emocionales) que hace nuestro autor, del divorcio, nos ha llenado de satisfacción encontramos con la felicísima expresión que hemos tenido a bien subrayar, y en que sagazmente se capta al matrimonio por lo que tiene de comienzo y arranque *hacia* algo, y no por un supuesto hallarse en nada definitivo o estático, a todas luces inexistente, y que es lo que en definitiva está por ver.<sup>62</sup>

Siempre en esta línea que estamos siguiendo, de asedio crítico, de esclarecimiento jurídico del consentimiento matrimonial, contamos con un texto triplemente interesante del profesor Panizo Orallo:

Se pretende, por un lado, que el ‘favor iuris’ del matrimonio sea sustituido por un más justo y racional ‘favor veritatis’.<sup>11</sup> Y en cuanto a la presunción de una intención prevalente de los bautizados de hacer lo que hace y quiere la Iglesia, cuando se trata de personas que opinan de modo diferente a como lo hace la Iglesia, debe matizarse mucho habida cuenta de la realidad sociológica actual y del sentido desacralizante moderno.

[<sup>11</sup> En el Derecho procesal matrimonial actualmente en vigor en la Iglesia (el ‘Motu Proprio’, ‘Causas matrimoniales’ y las Normas especiales concedidas a Norteamérica –norma 23, 2– y a Canadá y Australia – norma 3) hay indicios de dicha sustitución, si se tiene en cuenta la matización que se hace respecto del contenido y alcance del ‘munus’ del defensor del vínculo: puede no apelar contra la sentencia declaratoria de la nulidad del matrimonio ‘in casibus exceptionalibus. . . si de indicio defensoris vinculi nec non Ordinarii loci appellatio a priore sententia superflua appareat’; así mismo, se dice en el ‘Motu Proprio’ que . . . “ante el Tribunal de segunda instancia, el defensor del vínculo presente sus observaciones indicando si tiene algo que objetar o no a la decisión de primer grado” (Norma VIII, 2). Con ello, a nuestro entender, se altera el contenido del ‘munus’ del defensor del vínculo, que de ser defensor del matrimonio a tenor del canon 1968, 3 (“alegar razones contra la nulidad del matrimonio y pruebas en pro de su validez”) pasa más bien a ser defensor de la verdad, se encuentre la misma en la validez o en la nulidad]<sup>63</sup>

Llamamos triplemente interesante a este fragmento, primero, por la decisiva puntualización que se hace respecto al valor y operatividad sustantiva a que debe dirigirse en todo caso la prestación del consentimiento. Estamos de acuerdo en que debe ser la verdad la

realidad primante en todas estas cuestiones. Segundo, por cooperar tan discreta y económicamente en la separación de incumbencias de los órdenes estatal y religioso. Y tercero, porque muchos lectores habremos tenido la triste oportunidad de volver a tener por muy sabido lo de que “España es diferente”; diferente en el sentido de que en nuestros Tribunales eclesiásticos es norma apelar por medio del defensor del vínculo *siempre* en primera instancia, norma de la que son discrecionalmente eximidos los Tribunales eclesiásticos de U.S.A., Canadá y Australia. Hasta en cosas así se plasma el tercermundismo!

Pero es el protagonismo señero del amor en el consentimiento la calidad que con mayor fuerza parece estar abriéndose camino a la hora de valorar el fundamento de una nulidad de matrimonio. Es al profesor Manuel López Aranda a quien, hasta ahora que sepamos, debemos las calas más inequívocas y enérgicas en el papel que desempeña el amor en la configuración del consentimiento:

Se pide expresamente que el amor conyugal sea considerado como fin propio del matrimonio, a igual rango de coesencialidad y coprimariedad de la procreación y educación de la prole.<sup>64</sup>

El elemento amor no puede ser considerado solamente como elemento extrínseco psicológico, capaz de impulsar como medio la convivencia feliz de los esposos, sino que es necesario considerarle entidad propia del elemento interno y esencial del conyugio, al estilo de la ‘*affectio maritalis*’ en el Derecho romano, aunque con la sustancial diferencia de la indisolubilidad.

(*ibidem*, p. 529)

Los nuevos cánones del proyecto de reforma del derecho matrimonial, al distinguir dentro de la finalidad propia y natural del matrimonio, el ‘*bonum prolis*’ y el ‘*bonum coniugum*’ . . . .

Naturalmente, esta doctrina habría de vertirse en el ámbito del consentimiento. Y en este sentido, hemos distinguido el consentimiento como acto y el consentimiento en relación con su objeto formal.

(*ibidem*, pp. 529-530)

Opinamos que el amor ha de estar presente en el acto del consentimiento, como elemento esencial especificativo del mismo, acto de consentimiento y acto de amor, aunque sean conceptos formalmente distintos, se integran igualmente en la esencia del pacto conyugal. De ahí, la relevancia jurídica de su presencia en el acto de consentimiento.

(*ibidem*, p. 530)

El derecho perpetuo y exclusivo a una comunidad de vida y de amor, juntamente con el ‘*ius in corpus*’, constituye el objeto formal pleno del consentimiento matrimonial. Consiguientemente, el derecho al amor, en el sentido mantenido en nuestro trabajo, forma parte del objeto formal del consentimiento.

Como consecuencia de todo ello, concedemos al amor conyugal una relevancia no sólo psicológica o moral, sino también propiamente jurídica. De tal forma que la exclusión del derecho al amor conyugal, igualmente que la exclusión del ‘*ius in corpus*’, lleva consigo la nulidad del matrimonio.

Por lo tanto, la relevancia jurídica del amor conyugal no es solamente procesal, como se ha venido interpretando doctrinal y jurisprudencialmente en casos de simulación y de coacción o miedo. Se trata, también, de una relevancia autónoma,

en virtud del valor intrínseco esencial que el derecho al amor tiene en la estructura del matrimonio.

(López Aranda, *ibidem*, p. 531)

Por esas impensadas confabulaciones que espontáneamente advienen, hemos aquí engolfados en el tema del amor, algo sobre lo que el maestro Ortega y Gasset (bajo cuya advocación de perspectiva, por cierto, confiesa alojarse este trabajo) tuvo mucho que decir. La definición que nos dejó del amor con elementos conceptuales tomados del psicólogo Alexander Pfänder, y formulada en el castellano burilado que en Ortega era costumbre, continúa siendo paradigmática en transparencia y síntesis:

Acto centrífugo del alma que va hacia el objeto en flujo constante, y lo envuelve en cálida corroboración, uniéndonos a él y afirmando ejecutivamente su ser.<sup>65</sup>

En la bibliografía sociológica que hemos manejado como inevitable orquestación interdisciplinar de nuestro tema de Derecho civil, hemos tenido ocasión de detectar en los autores algún que otro desarrollo riguroso de la noción de *amor* como marco previo, existencial, para entender los ulteriores sentidos que el matrimonio pueda ofrecer, abordado desde la perspectiva que fuere. El síntoma creemos que es positivo, por operar –así se nos antoja a nosotros– como se predica en los dictados de una metodología sensata: desde dentro hacia fuera. Es sin duda confortador comprobar el creciente tratamiento que se va dedicando a la noción cardinal de *amor* para, a partir de ahí, proseguir con el aspecto que fuere del matrimonio. El varias veces citado trabajo de Fosal Benlloch “El matrimonio religioso, el matrimonio canónico . . .” (véase, en especial, el apartado “IV. Indisolubilidad existencial del vínculo matrimonial: el propósito firme de la perennidad del amor”, pp. 72-77) es ciertamente gratificante por la aportación, tanto del propio autor como de doctrina ajena incorporada críticamente, que dedica al esclarecimiento del concepto de amor como fundamento existencial, pre-sacramental y pre-jurídico, que da su razón de ser a todo lo otro. En sentido equiparable, el fino jurista Jean Carbonnier, al hablar de las comunidades, nos dice:

La doctrina moderna atribuye a este término una acepción especial y se sirve de él para designar a las agrupaciones de seres humanos nacidas de móviles naturales, espontáneos y, sobre todo, afectivos (a la hora de consolidar la vida de la comunidad, el amor prevalece sobre los vínculos jurídicos). El prototipo vendría constituido por la familia.<sup>66</sup>

No es de incumbencia de esta monografía entrar ni en profundidad ni en extensión en aspectos incardinados más de lleno en otras disciplinas con rango de especialidad; y sobre todo, y a mayor abundamiento en este caso, aspectos que han sido tratados ya con rigurosa competencia. Una vez cumplida la cortesía de dejar constancia de mi conocimiento de los tales, me cabe, si acaso, alguna puntualización personal. De eso simplemente se trata ahora. Percibo en muchos de los autores leídos, civilistas y canonistas, cierta desatención a algunos matices que en la bibliografía española han movido las plumas y los corazones de pensadores insignes. Por lo pronto, queremos decir que, si muchos se niegan a llamar *amor* a eso intenso, inevitablemente fugaz a veces, que se puede sentir en más de una ocasión (monogamia separada o sucesiva) en el curso de una vida cualquiera, también nos repugna a muchos de nosotros llamar *amor* a cierto tipo de convivencia rutinaria de todos los días. No creo que la clásica definición de amor de Alexander Pfänder, que Ortega y Gasset castellaniza y que

nosotros hemos incorporado en estas páginas, dé cobijo bajo sus supuestos a una gran mayoría de parejas constituidas. Otro gran titán español del pensamiento, Unamuno, nos dejó algo escrito sobre el tema, con su típica y acuciante sagacidad:

Porque los hombres sólo se aman con amor espiritual cuando han sufrido juntos un mismo dolor, cuando araron durante algún tiempo la tierra pedregosa uncidos al mismo yugo de un dolor común. Entonces se conocieron y se sintieron, y se con-sintieron en su común miseria, se compadecieron y se amaron. Porque amar es compadecer, y si a los cuerpos les une el goce, úneles a las almas la pena.

Todo lo cual se siente más clara y más fuertemente aún cuando brota, arraiga y crece uno de esos amores trágicos que tienen que luchar contra las diamantinas leyes del Destino, uno de esos amores que nacen a destiempo o desazón, antes o después del momento o fuera de la norma en que el mundo, que es costumbre, los hubiera recibido. Cuantas más murallas pongan el Destino y el mundo y su Ley entre los amantes, con tanta más fuerza se sienten empujados el uno al otro, y la dicha de quererse se les amarga y se les acrecienta el dolor de no poder quererse a las claras y libremente, y se compadecen desde las raíces del corazón el uno del otro, y esta común compasión, que es su común miseria y su felicidad común, da fuego y pábulo a la vez a su amor. Y sufren su gozo gozando su sufrimiento. Y ponen su amor fuera del mundo, y la fuerza de ese pobre amor sufriente bajo el yugo del destino les hace intuir otro mundo en que no hay más ley que la libertad del amor, otro mundo en que no hay barreras porque no hay carne. Porque nada nos penetra más de la esperanza y la fe en otro mundo que la imposibilidad de que un amor nuestro fructifique de veras en este mundo de carne y de apariencias.

Y el amor maternal, ¿qué es sino compasión al débil, al desvalido, al pobre niño inerme que necesita de la leche y del regazo de la madre? Y en la mujer todo amor es maternal.

Amar en espíritu es compadecer, y quien más compadece más ama. Los hombres encendidos en ardiente caridad hacia sus prójimos, es porque llegaron hasta el fondo de su propia miseria, de su propia apariencialidad, de su nadería, y volviendo luego sus ojos, así abiertos, hacia sus semejantes, los vieron también miserables, aparenciales, anonadables, y los compadecieron, y los amaron.

El hombre ansía ser amado, o, lo que es igual, ansía ser compadecido . . . . . La compasión es, pues, la esencia del amor espiritual humano, del amor que tiene conciencia de serlo, del amor que no es puramente animal, del amor, en fin, de una persona racional. El amor compadece, y compadece más cuanto más ama.<sup>67</sup>

Y también:

No hay verdadero amor sino en el dolor, y en este mundo hay que escoger o el amor, que es el dolor, o la dicha. Y el amor no nos lleva a otra dicha que a la del amor mismo, y su trágico consuelo de esperanza incierta. Desde el momento en que el amor se hace dichoso, se satisface, y ya no es amor. Los satisfechos, los felices, no aman; aduérmense en la costumbre, rayana en el anonadamiento. Acostumbrarse es ya empezar a no ser.

(Unamuno, *ibidem*, pp. 331-333)

Me ha extrañado desde siempre no haber visto citados textos así. Cualquiera que sea la mira sociológica o jurídica que el autor de turno esgrima respecto al tema del matrimonio, me ha parecido idóneo traer a mis páginas los testimonios de Ortega y de Unamuno, e

insertarlos en el muestrario ideológico interdisciplinar desde el que cada vez con más frecuencia se va partiendo para saber a qué atenerse cuando se trata de entender la noción de amor como fundamento subyacente de cualesquiera interpretaciones sobre el matrimonio, y muy en especial, de las virtualidades de in/disolubilidad a él aparejadas. Si el amor, como desde aquí lo entendemos nosotros, incorpora en su propia entidad ese “ir hacia el objeto en flujo constante” para que la situación constituida que fuere, no colapse, igualmente debemos entenderlo como parte fundamentalísima en la conformación del consentimiento matrimonial, entendido éste como tendencia, como vocación indefinida o perpetua en el tiempo, orientada hacia el otro contrayente. De ahí que la redacción del canon 1098, en la versión del nuevo *Código de Derecho canónico*: “Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de *una cualidad* del otro contrayente, *que por su naturaleza* puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente”, contiene la interesante expresión “*cualidad que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal*”, apta para tolerar cualquier interpretación ulterior por vía expansiva. El espectro de cualidades que se atesoran en los compartimentos subyacentes de toda personalidad, son prácticamente infinitos, y “no corresponde a las partes, sino al Juez dar nombre jurídico a los hechos que aporten los titulares de la controversia” (Serrano Ruiz).

Ahora bien, lo que parece indiscutible es que el *amor* adquiere una primacía señera en el elenco de cualesquiera posibles cualidades o motivaciones que concurran en el consentimiento. ¿Qué otra cualificación más relevante puede esperar y exigir un contrayente del otro, sino que su consentimiento tenga en el amor su más justa e inequívoca justificación? Así pues, dentro de la restricción que comporta todo aquello que tiene a una tradición cuasi dogmática como frontera (como lo es el matrimonio confesional romano-católico), el canon 1098, en su nueva redacción, ha dejado en manos de la Jurisprudencia matrimonial una vía libre para el desarrollo justificativo de indefinidas e inéditas causas de nulidad.

#### VIII. APORTACIÓN CRÍTICA. EL PERIODO QUE DISCURRE ENTRE EL CONCILIO DE TRENTO Y 1975 NO SE ENJUGA TAN FÁCILMENTE.

En las páginas que anteceden hemos hecho un esfuerzo de síntesis; hemos, asimismo, desplegado una sinopsis imaginativa, tratando de conjuntar el dato con la plasticidad de alguna realidad social, con el fin de ofrecer al lector estudioso un recorrido de actitudes, normas, experiencias, módulos consuetudinarios, etc., en donde el concepto de perspectiva que hemos acuñado aventuradamente pudiera medir sus quilates de adecuación o de rechazo. Si hay algo que no nos corresponde hacernos son ilusiones. Y si hay algo de lo que quisiéramos colmar nuestros juicios, ello es de perspectiva. De ahí la rúbrica que preside este apartado. Varias generaciones habrán de consumirse antes de que, en mi opinión, el criterio de esta apasionante y plural colectividad que entendemos por España disponga de una cosmovisión a tono con los tiempos. Respecto de nuestros más cercanos y prósperos vecinos europeos nos separan hasta siglos en algunos aspectos sustantivos (estoy pensando en Francia), y sólo con manejar unas cuantas fechas de manual de Historia podemos satisfacer nuestra más exigente curiosidad.

Por otra parte, es un hecho demostrado que los parámetros convivenciales por los que discurre un país laico, al menos oficialmente, son más prometedores y sugestivos. Siempre teniendo presentes aspectos de Derecho matrimonial, en la colectividad española de hoy se disfruta de una flexibilidad equitativa de la que era simplemente quimérico pensar años atrás.

La tolerancia reinante, en cuantificaciones comparativas, es sencillamente espectacular. No se olvide, como nos recuerda un autor, en múltiple recensión de citas, que:

Desde la vertiente civil se ha llegado a afirmar que “un matrimonio religioso sin acto jurisdiccional estatal exterioriza un concubinato desde el punto de vista de la ley civil, tal como a la inversa juzga la Iglesia” [Díaz de Guijarro, “Un concubinato civil con matrimonio religioso”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1958, III, p. 490, cit. por Iribarne, *El matrimonio civil comparado con el canónico*. Buenos Aires, 1965, p. 54]<sup>68</sup>

Pero nada de esto viene ocurriendo, sino muy al contrario. Con una tardanza secular, como ya hemos delatado, los juzgados civiles de distrito están tomando conciencia de su papel y comienzan a adecentarse, a engalanarse a veces, para ser marco de una ceremonia que debe hundir su transcendencia y su sintonía sustantiva en la jovialidad deportiva y en las rectas intenciones de los interesados. Tendrán que sucedernos y sucederse varias generaciones para enjugar esa histórica falta de perspectiva por la que una ceremonia matrimonial de juzgado parecía rebajada en quilates, si comparada a la celebrada en un local de culto. Sirviéndome de mis experiencias directas debo reseñar aquí el fragantísimo y risueño efecto que me produjo en mi primera visita a Moscú contemplar a numerosas parejas de recién casados paseando por la Plaza Roja, inundándola con la nota jovial y deportiva de su presencia y de los bellísimos vestidos blancos de las muchachas. Supuse que se trataba de alguna ceremonia colectiva, y de ninguna manera sujeta a la tiranía de confesionalidad alguna. Por curiosidad de turista y de profesional, pregunté por la razón de aquel despliegue. Me dijo mi amiga acompañante, que me servía de guía, que acababan, en efecto, de celebrar el matrimonio estatal, sin perjuicio de que las parejas que así lo desearan pasasen en otra ocasión (o aún en el mismo día) por la Iglesia de su respectiva confesionalidad a dar a su matrimonio civil laico el refrendo puramente simbólico de sus creencias sentimentales. Pero lo que sí me interesa recalcar es que la pompa litúrgica y la ostentación afectiva que en España han insistido en reservar a la celebración del matrimonio “por la Iglesia” (en contra, claro, del panorama adusto y sombrío que nos habían impuesto, como contrapartida, de la celebración “por lo civil”), en la Unión Soviética esta orquestación de trajes y de conciencia emotiva acompañan a la ceremonia estatal. Aquel incidente y mi conocimiento comprobado de la separación absoluta de las esferas estatal y religiosa en la URSS me aclararon aún más algunos puntos medulares sobre las cuestiones que voy aquí exponiendo. E inevitablemente, *novia* es una de las palabras en ruso que mejor creo tener aprendidas.

La inteligible hermosura de todo esto radica en que no están vedadas la pompa y la ostentación de la liturgia confesional a quien así lo desee. Un Estado laico no debe interferir ni con asuntos de conciencia, ni con cuestiones de bolsillo. Y por último, la sola ceremonia religiosa igualmente recibe la sanción y el reconocimiento del estado sólo con que los contrayentes cumplan con el deber cívico, de urbanidad o de cortesía, de inscribirse, como ciudadanos que son, en el registro Civil. Ahora, entre otras muchas cosas nos toca hacer entender al pueblo llano que la distinción de antaño, aun en el plano teórico, sobre si casarse por la Iglesia o por lo civil era inexistente y absurda: la Iglesia Católica era el Estado; y el Estado, la Iglesia Católica.

Pero no se enjugar cuatro siglos y medio de teocracia con un puñado de voluntades, unas cuantas ejecutorias ejemplares, y un sistema de teorizaciones programáticas. Las añoranzas y las estrecheces mentales sólo han empezado a estrenar un ambiente que sin serles violentamente hostil, no está a su favor, no apuesta por sus mismas teleologías. Hemos

visto los patinazos circenses que ejecutan cuando manejan las estadísticas. Siguen apareciendo en la prensa diaria descargas (afortunadamente más y más desacreditadas cada vez) de personajillos que no parecen vivir tranquilos sin lesionar la paz de espíritu y la intimidad de conciencia de sus congéneres.

Agarrado al pretil, asomándome a la baranda de un imaginario observatorio donde me es muy grato hacerme la ilusión de que habite la diosa Perspectiva, repito y repetiré que cuatro siglos y medio no se liquidan así de pronto. Tendremos que seguir consumiendo nuestra paciencia jobiana, tendremos que seguir escuchando a algún trasnochado y presunto padre de la Patria razonamientos pueriles como éste: “Si la NATO es buena para otros países de Europa, ¿por qué no lo va a ser para España?” ¿Y qué es lo que impulsa a ciertas mentes –preguntamos nosotros– a buscar para España esos ejemplos europeos, y no las muchas instituciones, los muchos usos, costumbres, convenciones, disciplinas, sistemas, exigencias, etc., etc., que los han despegado de nosotros y que sin embargo hemos estado despreciando durante siglos? Respuesta: Lo que impulsa a esas mentes a tal tipo de descarríos mentales es su falta de perspectiva. Tendremos que seguir escuchando al mismo energuménico y presunto padre de la Patria increpar al Gobierno respecto de tal o cual propuesta de Ley presentada al Parlamento, con el estremecedor y sin par descubrimiento descalificativo de que “diez millones de votos no suponen estar en posesión de la verdad”, y zarandajas por el estilo; a lo que un estudiante aprovechado de primero de Universidad podría contestarle con las palabras de Ortega y Gasset que hemos recogido en nuestra nota nº 32. Se comprenderá que con este tipo de estrabismos criteriales no se va a ninguna parte.

Pero no es menos cierto que esto forma comparsa del juego y de la dosis de veneno que, a modo de vacuna, tenemos que empezar a acostumbrarnos a ingerir para que la fisiología del cuerpo social funcione. Los ejemplos de estas dosis de veneno que tenemos que ir dejando mezclarse con nuestra sangre son continuos, pueriles, enrabiados, y en todo caso demuestran el gálibo criterial periclitado de sus promotores. Otro ejemplo: Con motivo en Granada de una exposición de “comics” (que yo no visité, para más desentendimiento partidista), a denuncias de algún alma sensible intervino el Ministerio Fiscal porque “del comic exhibido puede resultar escarnio o ultraje a una confesión religiosa y constituir un delito contra la libertad de conciencia” (Granada: *Ideal*, 23 enero 1984, p. 1). Mi comentario es que en todo caso se debería únicamente haber calibrado el buen o mal gusto del comic exhibido, su calidad o su deleznablez, y, si merecido, haberle puesto un cero en estética. Pero nada más. Como si durante siglos no se hubiese pisoteado, ultrajado, la sensibilidad, no de una, sino de *todas menos una* de las confesiones religiosas. Nuestro diagnóstico de tales explosiones de nostalgia, recursos del pataleo, rabietas y puerilidades convivenciales es, sigue siendo el mismo: falta de perspectiva.

## IX. REFLEXIÓN FINAL. BREVÍSIMO HAZ DE CONCLUSIONES.

No iba descaminado el presocrático Protágoras cuando hace veinticinco siglos sentó su principio de que el hombre es la medida de todas las cosas (*Homo mensura est*), existentes o inexistentes. Como todos los grandes principios, me temo que cada cual le haya dado la interpretación que mejor le convenga a sus particularísimos deseos. En ello radica, de momento, la universalidad de las formulaciones humanas: en servir de pretexto o acicate a la imprevisible secuencia posterior de réplicas que la original formulación provoca. A lo que únicamente ponemos objeción es al acaparamiento dogmático-interpretativo por algunos, de ciertos principios que quedan, así, intencionalmente inservibles, excepto para lo que ha

previsto el interés de sus esgrimidores. La formulación de Protágoras es, en opinión nuestra, una formulación universal, bien que perspectivista, que enaltece a la totalidad del género humano. Quien la malinterprete con el cicatero propósito de tergiversar las cosas, que se prepare a recibir la sanción correspondiente en su limbo privado. El hallazgo de Protágoras se refleja más en lo que de ampliación fecunda y futura permita su pensamiento, que en el sentido privativo y cerrado que muchos puedan asegurar que implica. Es un juicio luminosísimo, que irradia su inmarcesible vigencia, menos por la univocidad concreta de sus términos, que por el dique de sentido común que opone a especulaciones acomodaticias o frívolas. En un contexto ajeno a los misterios del Cristianismo, creemos que Protágoras, en tan temprana fecha, sancionó la incumbencia humana (incompartible e intransferible) respecto de las cuestiones humanas. El hombre, como substancia que protagoniza sobre el universo conocido un papel de múltiple relación con los demás hombres, es la medida de todas las cosas, existentes o inexistentes, que le conciernen: de las cosas que son, por eso mismo, porque son; y de las que no son, le incumbe asimismo que la postura mental que cada uno de los demás hombres pueda libre y gratuitamente adoptar, no le interfiera, no le vulnere humanamente *a él*, al cada cual concreto. Sobre todo, claro, en contra de su consentimiento.

Lo que tan antigua y clásicamente dejó formulado Protágoras acaso encuentre su correspondencia con el aforismo árabe “Nunca conseguirás adelantar a tu propia sombra”, o con el brocardo del pensador romántico y transcendentalista norteamericano Emerson “Toda institución es la sombra de un hombre”. Se pretende mediante estos testimonios tan distantes en el tiempo y en la latitud ideológica esmaltar el funcionamiento y alcance necesariamente *humanos* de la voluntad que el hombre pone en juego, por ejemplo, cuando se trata de prestar su consentimiento para un proyecto matrimonial. Nuestro planteamiento, que hemos denominado cosmo-antropológico, consiste abiertamente en no poder aceptar que ninguna institución humana pueda ir más allá de los límites que la misma capacidad *humana* haya establecido conscientemente para ella. Con Emerson, no nos parece aceptable partir de unos presupuestos teóricos que, en nuestro caso, hagan del matrimonio una institución que trascienda de las capacidades convivenciales y existenciales con que el hombre cuenta para la consecución inteligible de cualesquiera que puedan ser sus fines sobre-naturales. Hemos insistido en que la tendencia vocacional que los interesados matrimonantes despliegan al tiempo de contraer, en orden a convivir indefinidamente, no se distingue en esencia de cualquier otra instancia que en el momento de su puesta en práctica por los protagonistas, está catapultada vocacional-tendencialmente hacia una perdurabilidad, asimismo indefinida en el tiempo. En el momento de ser contraído, el matrimonio –lo mismo que otras muchas instancias volitivas del hombre– proyecta hacia adelante una vocación tendencial de vigencia indefinida o perpetua en el tiempo. Que coincidan vocación y durabilidad; tendencia y realidad, es algo que se escapa de la substancia y de la naturaleza humanas. El hombre que *se encuentra* enamorado humanamente de una mujer, no asocia, no puede asociar racionalmente, mientras se halle en ese estado de ánimo, que se vaya a sentir nunca desprovisto de lo que *ahora* motiva su estar enamorado. De ahí a inferir (o imponer) que ese hombre siga *en efecto* enamorado eternamente, media la misma diferencia que entre la realidad y la fantasmagoría. Todo el que contrae matrimonio es porque en esa fase de inicial albedrío, motor de su así actuar, su voluntad se impulsa hacia adelante con una presunción indefinida, con una proyección vocacional catapultada hacia lo sin límites. ¿En qué se diferencia, pues, *consentir* en un proyecto de comunidad de vida y amor, de cualquier otro acto responsable, en lo que respecta a esgrimir una volición hacia enfrente?

El negocio jurídico de matrimonio queda acogido en los ordenamientos divorcistas como una institución con vocación tendencial de absoluta perdurabilidad. Por inalienable

principio de irrenunciabilidad, todo acto humano tiene como tope el infinito. No es de extrañar que el juego de la nulidad produzca cierta desazón mental en más de un espíritu crítico. Ello es así porque mientras que cualquier eventual interesado no *reclame* la supuesta o fundamentada nulidad de su matrimonio, tal matrimonio está *operando*, por así decirlo, como indisoluble, con indesvinculable. ¿Cómo es, pues, posible que el principio de identidad se parta en dos pedazos: que una cosa *sea y pueda no estar siendo* –válganos este amago de galimatías– al mismo tiempo? Y sin embargo, bien sabemos que ése es precisamente el fundamento jurídico del principio de nulidad que, autonómicamente, se autoafecta el ordenamiento canónico. Por el contrario, la concepción civil del matrimonio como institución negocial de Derecho para humanos, no recela en tratarle con esa carga normal e indiscutible de acto vocacional tendente a infinito, pero sin dejar por ello de estar sujeto a las limitaciones, previsiones y decisiones humanas. Una vez más “El hombre es la medida de todas las cosas”, y sobre todo, diríamos nosotros, de las que le conciernen directamente. Y siendo ello así, lo que nos parece imposible de defender a estas alturas de la humana experiencia, es que un colectivo minoritario de esos mismos hombres pretendan arrogarse la invención, sanción y administración en exclusiva de una noción tan *sin medida* como es precisamente la nulidad matrimonial.

Con todo lo expuesto queremos finalmente significar que tanto el legislador como el jurista tienen en los años de falta de perspectiva pasados un ejemplo de lo que, por su vertiente negativa o reprobable, no se debe hacer. El Derecho, o sea, los individuos respecto de cuyos usos, costumbres y actuaciones el Derecho obtiene la fundamentación para su normativa, acaba tomando represalias de cualesquiera estrecheces se le hayan impuesto anteriormente, produciendo, así, una impresión de ruptura en sus desarrollos positivos, que no son sino la inevitable recuperación del perspectivismo malogrado. Quienes, con evidente falta de generosidad solidaria, se sorprendan de las tímidas medidas correctoras que el Derecho de Familia español ha tenido que implementar para siquiera intentar desfacer los más abultados entuertos bajo la égida anterior, están en la misma proporción identificándose como especímenes carentes de perspectiva, indignos de figurar en un elenco ponderado de quienes pretendan componer la república del espíritu del Derecho.

NOTAS

- <sup>1</sup> José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, en *Obras* (Madrid: Espasa Calpe, 1932), p. 12
- <sup>2</sup> Julius Hermann von Kirchmann: “Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo [*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, p. 17; que decía que los juristas, como los gusanos, viven de madera podrida”. En Federico de Castro y Bravo, *Derecho civil de España. Parte general*. Tomo I. Libro Preliminar. *Introducción al Derecho civil*. 3ª ed. (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1955), p. 65]

Creemos asimismo de interés, en relación con el tema, las siguientes consideraciones de Joaquín Garrigues:

Es dudoso que pueda llamarse hombre de derecho el que ejercita su Derecho sin contemplación alguna, es decir, sin el ideal de perseguir la justicia. A este tipo pertenece un personaje creado por Shakespeare en su famosa obra dramática *El Mercader de Venecia*: el judío prestamista Shylock. La conducta de este personaje en el famoso proceso iniciado en Venecia para la reclamación por tal prestamista usurero de un préstamo de 3.000 ducados, dio lugar a una famosa polémica entre dos eximios juristas: Ihering y Kohler. Recordemos que en aquella obra, el prestamista, alegando no haber sido pagado por su deudor al vencimiento del préstamo, debía cobrarse cortando una libra de carne del cuerpo de su deudor. A ello le autorizaba su contrato de préstamo, que era válido en las leyes de Venecia. “Exijo la ley –decía–. Si me lo negáis, pobre de vuestra ley. Entonces el Derecho de Venecia no tiene ningún valor”. Ihering apoyaba esta tesis porque veía en ella la lucha por el propio derecho (recordemos su obra fundamental, que llevaba este mismo título), y llegó a ver en Shylock un campeón del Derecho de Venecia. Por el contrario, Kohler, en su obra destinada precisamente al estudio de Shakespeare, desde el punto de vista jurídico, exaltó la sabiduría del juez que viola la letra de la ley para dar paso a una norma más humana y más justa.

(p. 354)

Pero, ¿realmente es el Derecho una ciencia? Lo negó un magistrado alemán en una famosa conferencia pronunciada en Berlín en 1847.

Deslumbrado por el progreso de las ciencias físicas y naturales y esclavo de la mentalidad positivista que se extendió como plaga mortífera en su tiempo, el bueno de Kirchmann cayó en el error de comparar la ciencia jurídica con las ciencias naturales y llegó a una consecuencia desoladora: la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia (*Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*). “Un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin Derecho”, decía Kirchmann . . . .

Esta tesis pesimista de Kirchmann se basa en una falsa equiparación de la ciencia jurídica con las ciencias naturales, olvidando la distinción, claramente establecida desde Wildeband y Kickert, entre las ciencias naturales, como ciencias de leyes, generalizadoras, y las ciencias culturales,

como ciencias de hechos individuales, valorativas. A estas últimas ciencias pertenece la ciencia jurídica.

(p. 355)

Joaquín Garrigues, *Temas de derecho vivo* (Madrid: Tecnos, 1978), en esp. “Consejos a unos jóvenes diplomados en la escuela de Práctica Jurídica (Conferencia pronunciada en la Universidad de Alcalá de Henares el 23 de junio de 1978)”, pp. 352-360

<sup>3</sup> *Pórtico*: “El Derecho y el órgano supremo de administración de justicia”, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1978), pp. 3-4

<sup>4</sup> En este preámbulo, por así decirlo, de nuestro trabajo, y como corresponde a una realidad multi-referenciada como lo es el Derecho matrimonial, estamos empleando un lenguaje asimismo interdisciplinar. Tal vez nos conviniera recordar que

Hay un lenguaje legal y un lenguaje de los juristas, y si ambos tienen que ser lógicamente operativos, tal condición no implica forzosamente que ambos deban ser *llanos*; todo lo contrario . . . . .

Como resalta Kurt Baldinger en su *Teoría semántica*, el lenguaje jurídico está entre el común y el científico; es algo híbrido. La lengua común funciona muy bien con objetos mentales a los cuales corresponden trazos de la realidad sin límites fijos, pero por eso los juristas –añade– son tan dignos de lástima, ya que sirviéndose del lenguaje común tienen que trazar límites precisos, y ello es muy difícil.

Por eso digo que la paradoja está en otra parte: el que siendo nuestro lenguaje un lenguaje difícil, nos empeñemos voluntaria o involuntariamente en hacerlo todavía más difícil utilizando una aparente llaneza que no es otra cosa más que imprecisión . . . . .

Creo que todos deberíamos irnos poniendo de acuerdo para esclarecer desde una perspectiva metodológicamente más semiótica y a base de un lenguaje más formalizado las diferentes dimensiones del signo o de la palabra utilizada por el Derecho, prestando un mínimo de atención a lo que escribiera Bradley Thayer (*Preliminary Treatise on Evidence*, 1898, p. 190): “Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se las usa”

Lluís Muñoz Sabaté, “Sobre el lenguaje jurídico”, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1980), pp. 263-264

<sup>5</sup> Uno de los peligros de que la Sociología, por ejemplo, irrumpa sin más, en algún campo específico del Derecho, ha sido delatado aguda y brillantemente en nuestro contexto matrimonial por el profesor Navarro Valls:

El tempus de transformación social es hoy tan intenso que puede forzar al jurista a una falta de perspectiva: interpretar las instituciones jurídicas –en este caso el matrimonio– en función de cómo las viven los hombres, en vez de enjuiciarlas a la luz de lo que *son*. Se opera entonces una peligrosa inversión metódica en el saber jurídico que inexorablemente se ve arrastrado a fijar su

atención tan sólo en el nivel sociológico –el de los hechos– para abandonar el previo nivel filosófico – el ser mismo de la institución.

El peligro radica en olvidar que el método exclusivamente sociológico, al tener por objeto primordial el hecho cambiante del devenir histórico, aislándose e inhibiéndose de las constantes ontológicas del propio devenir... no puede dar razón del ser más profundo de las instituciones jurídicas.

(p. 189)

Al pretenderse –ante la presión real o artificial de los datos sociales– que la institución matrimonial exclusivamente está en la simple línea de los hechos, se la desconecta de cualquier “deber ser” jurídico previo, produciéndose una auténtica contienda –una dolorosa lucha en el seno mismo del Derecho– entre Sociología y Filosofía jurídicas. Cuando con exclusiva técnica sociológica se pretende estudiar la esencia del matrimonio, fácilmente se puede confundir lo que el matrimonio *es* con el hecho de cómo viven algunos titulares de la relación jurídico-matrimonial de un medio social determinado sus compromisos conyugales.

Con esta inversión metódica no puede extrañar que se postule que aquel “deber ser” se transmute, por la presión del dato sociológico, en un ser jurídico relativo, dependiente de la evolución del “entourage” matrimonial. Al sociologizarse en su totalidad el dato previo –del que sólo el más profundo nivel jurídico de atención de las instituciones puede dar razón cabal, esto es, el filosófico– se desjuridifica, se empobrece la dimensión jurídica de la propia relación conyugal, que inmediatamente queda reducida a un hecho social más, cuya regulación jurídica no dependerá de las cosas, sino de lo que dicte la estadística sociológica, o, lo que es más anómalo, de lo que dicte una ética situacional, más atenta al fenómeno de la situación límite que no a los límites del arbitrio humano en cada situación.

(pp. 191-192)

Claro que un poco antes, y en la misma línea de sagacidad crítica, Navarro Valls concede:

Por lo demás no deben entenderse como globalmente críticas las apreciaciones que en este trabajo se hacen sobre el sociologismo jurídico, ya que comparto en medida apreciable las preocupaciones metodológicas que postulan una mayor interrelación entre Sociología y Derecho. Mis apreciaciones se tornan críticas solamente cuando dichas preocupaciones desembocan en posiciones extremas que pretenden anular cualquier razonamiento jurídico encaminado a la realización de *valores* anteriores a la pura facticidad.

(p. 190)

Rafael Navarro Valls, *Estudios de Derecho matrimonial*, en esp. “Divorcio y Derecho” (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), pp. citadas.

Si hemos elegido a este significativo autor como exponente certero de un juego de distinciones específicas, es porque en otros lugares de esta monografía lo volvemos a traer a nuestras páginas con la contraria finalidad de desbaratar la falacia de sus argumentaciones, lanzadas precisamente desde una atalaya carente de perspectiva.

- <sup>6</sup> En fecha tan pretérita como la de referencia, se nos decía:

La organización de la familia es, pues, de orden privado a la vez que de orden público, porque si trae su origen, en principio, de la forma puramente contractual puesto que depende de la libre voluntad de los esposos el contraer el vínculo o no, y por el contrario, la falta del consentimiento de aquéllos impide que se origine, llena al mismo tiempo una verdadera y propia función social por la que la necesaria autoridad de la ley establece las condiciones y las normas relativas a la constitución, al mantenimiento y a la disolución del vínculo matrimonial.

Rafael Acosta Inglott, “El divorcio en Derecho Internacional privado”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 115. Año quincuagésimo octavo (Madrid, 1909), pp. 258-289, esp. p. 260 [Granada, 14 de abril de 1909]

- <sup>7</sup> Juan Vallet de Goytisolo, *Panorama del Derecho civil*. Tema décimo: *El Derecho de familia* (Barcelona: Bosch, 1963), pp. 240-261.
- <sup>8</sup> Mon. Dr. Juan José García Faílde, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, nº 1 (enero-marzo, 1978), p. 49
- <sup>9</sup> Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Significado de la reforma del Código civil” [Conferencia pronunciada por]... en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por Ley 14/1975 de 2 de mayo* (Año 1977). Celebrado en el Salón de Actos del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Prólogo [del] Ilmo. Sr. Decano D. Narciso de Fuentes Sanchiz (Madrid: Centro de estudios hipotecarios, 1978), pp. 131-153
- <sup>10</sup> Narciso Martínez Morán, “La familia y su protección constitucional”, *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (I. Monográfico, 1978), pp. 115-144, esp. p. 119
- <sup>11</sup> Nº 534. Medidas provisionales de separación matrimonial. Medidas relativas a los hijos. (Badajoz. Sentencia de 8 de octubre de 1977. Ponente: D. José Torné Dombidau). *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales: En materia civil y penal: 1977: segundo semestre*. Recopilación, selección y ordenación realizada por la Secretaría técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo (Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, 1978), p. 310
- <sup>12</sup> Jaime Vidal Martínez [Profesor Adjunto de Derecho civil], “Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar”, *Revista General de Derecho*, nºs 433-434 (oct.-nov., 1980), pp. 1162-1188, esp. p. 1181.
- <sup>13</sup> El tortuoso camino seguido para la interpretación del art. 42 del Código, dependiente de la ideología dominante en el Gobierno de cada momento, ha finalizado en lo que parecía criterio dominante de la doctrina de entregar a la conciencia de los novios la decisión de celebrar matrimonio canónico o civil.

Francisco Capón Rey [Juez de Distrito num. 2 de Vigo], “El acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede y la Reglamentación del matrimonio”, *Boletín de Información*, año XXXIV, nº 1.218 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de octubre 1980), pp. 5-12, esp. p. 6

- <sup>14</sup> Respecto de los que pasaron por la ordalía del matrimonio civil, el profesor Alonso Pérez se pronunciaba así:

Resulta lamentable escuchar a no católicos, agnósticos o a quienes no practican el catolicismo, pero cargados de buena voluntad, el drama que han vivido para celebrar el matrimonio civil, aun después de la legislación implantada a raíz de la Ley de Libertad Religiosa de 1967: miradas raras en el Juzgado, exigencia de un sin fin de documentos, el Juez municipal que parece no hallar día para la ceremonia, etc. Ciertamente que en muchos Juzgados las cosas se ven ya con toda normalidad, pero es evidente que en grandes sectores de la población española la celebración del matrimonio civil por un católico no creyente forma parte de un rito propio de “ateos, comunistas y masones”, esa trilogía que tanto pánico infundió al Imperial o Nacionalcatolicismo.

“Acerca del matrimonio civil”, *Revista de Derecho Privado* (febrero, 1978), pp. 34-35

Y es asimismo elocuentísimo el clamor de congoja y de concienciación que el mismo autor lanza en otro lugar:

Y sin embargo, la realidad, la brutal realidad queda sin resolver en nuestra ciudad terrena: el dolor profundo, la angustia vital de algunos matrimonios de nuestros hermanos en la fe y en el amor de Cristo que, con culpa o sin ella, se han deshecho sin remedio. ¿Quién podrá llevarles alguna luz, si está absolutamente cerrada la puerta de la indisolubilidad?

“Matrimonio civil y divorcio”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez* (Madrid: EDERSA, 1978), pp. 39-74, esp. p. 74

- <sup>15</sup> *Instituciones de Derecho civil II. Derecho de bienes, familia y sucesiones*, “17. Especial examen de la prueba de no profesar la religión católica”, (Barcelona: Bosch, 1975), 2ª ed. p. 395
- <sup>16</sup> “Matrimonio civil y revisión del Concordato: Cuestiones en torno al art. 42 del Código Civil”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XXVIII, fascículo III (julio-sep., 1975), pp. 639-682
- <sup>17</sup> Mons. León del Amo [Prelado Doméstico de su Santidad. Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española], *Los matrimonios civiles durante la República: Problemas que plantean* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1954), p. 77
- <sup>18</sup> Enrique Fosar Benlloch, “Apéndice a 'El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es disoluble o

indisoluble?”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, nº 3 (julio-sep., 1978), pp. 161-192

- <sup>19</sup> Francisco Soto Nieto [Presidente de la Audiencia Provincial de Gerona. Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña]. “El cambio social y el Derecho”: Discurso de recepción del académico de número Ilmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto y contestación por el Ilmo. Dr. D. José J. Pintó Ruiz, leídos en la sesión del día 30 enero 1979, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1979). Año LXXVIII, nº 1, pp. 103-145
- <sup>20</sup> Francisco Soto Nieto, “La interpretación de las normas en el nuevo título preliminar del Código Civil”, *RGLJ* (abril, 1979), pp. 295-321
- <sup>21</sup> *Pórtico*: “La reforma del Derecho de familia”, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo 1980), p. 4
- <sup>22</sup> Dirigidos por Manuel Albaladejo. El Tomo II (EDERSA, Jaén, 1978), contiene: Título IV. Del matrimonio. Sumario: I. El matrimonio civil en sentido moderno: El matrimonio cristiano, antes y después de la Reforma. II. Los factores de la secularización. III. Los sistemas matrimoniales. IV. El Derecho civil español sobre el matrimonio: sus etapas. Comentado por los catedráticos Sancho Rebullida y Fuenmayor Champín, comprende los antiguos artículos 42 a 107 del Código civil.
- La rentabilidad académica y jurídica de estos *Comentarios* está por ver. No es ya que la ley positiva nueva convierta en papel mojado metros cúbicos de letra impresa. No. Se trata de justificar la presunta carga de credibilidad que pudiere conllevar el acometer unos *Comentarios* al Derecho de familia antiguo, siquiera después de 1975, año de la desaparición de nuestro gran autócrata.
- <sup>23</sup> Manuel García Amigo [Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza], *Instituciones de Derecho civil. I. Parte General* (Madrid: EDERSA, S.A., 1979), p. 456
- <sup>24</sup> *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXVI, nº 5 (mayo 1977), pp. 399-434, esp. pp. 407 y ss.
- <sup>25</sup> Oscar Alzaga Villaamil [Catedrático de Derecho político. Abogado. Diputado por Madrid en el Congreso], *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid: Ediciones del Foro, 1978), pp. 284-287
- <sup>26</sup> Enric Picañol i Roig, “La eficacia de sentencias extranjeras de divorcio en matrimonio canónico: Antes y después de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979”, *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona, abril-junio, 1980), pp. 237-242. Segunda parte. Estudios prácticos, p. 242
- <sup>27</sup> María Telo Núñez [Abogado del Ilustre Colegio de Madrid], “Situación jurídica de la mujer” [Constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976], *Pretor*, nº 94 (octubre-diciembre, 1976), pp. 133-154, esp. p. 140

- <sup>28</sup> Bernardo Alonso Rodríguez [Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España], “Notas sobre las causas de separación conyugal”, *Pretor*, nº 98 (octubre-diciembre, 1977), pp. 37-72, esp. pp. 64-65
- <sup>29</sup> Enrique Taulet Rodríguez-Lueso [Decano de honor del Colegio Notarial de Valencia. Notario], “La separación de hecho en el matrimonio”, *Boletín de Información*, año XXXII, nº 1.149 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre, 1978), pp. 3-12, esp. p. 4
- <sup>30</sup> Enrique Fosar Benlloch, “El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, nº 2 (abril-junio 1978), pp. 65-146, esp. p. 67
- <sup>31</sup> Véase la reseña que hace al libro de Gabriel García Cantero, *El Divorcio* (Madrid: BAC, 1978), en *Anuario de Derecho civil*, tomo XXI, fascículo II (abril-junio, 1978), pp. 371-372 de la sección de “Bibliografía”.
- El tono de la reseña es elogioso, incensante, incidiendo una y otra vez en los tópicos que arrancan de una ceguera medular para distinguir *vocación y realidad* resultada.
- <sup>32</sup> José Ortega y Gasset, *Introducción a una estimativa*. I. “Los valores no son cosas agradables”, en *Obras completas*, vol. VI (Madrid: Revista de Occidente, 1964), pp. 320-321
- <sup>33</sup> Miguel de Unamuno, *La novela de Don Sandalio, jugador de ajedrez*, en *Obras completas*, tomo XVI, ed. de Manuel García Blanco (Barcelona, 1958), p. 650
- <sup>34</sup> Tomás Ramos Orea, “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LIX (Madrid, nov.- dic., 1983), nº 559, pp. 1435-1450
- <sup>35</sup> Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CX (junio 1962). Segunda época. Tomo XLIX (212 de la colección), pp. 771-792
- <sup>36</sup> Luis Díez Picazo y Ponce de León, *Lecciones de Derecho civil*, II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), p. 424
- <sup>37</sup> Citado por Rafael Álvarez Vigaray (en apoyo de la viabilidad de la resolución convencional de los contratos bajo un aspecto contemplado del art. 1.124 CC), en *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), p. 185
- <sup>38</sup> Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, Catedrático de Derecho Civil (Editorial Labor, S.A., 1953), p. 393. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas. Título de la obra original: *Instituzioni di diritto privato*. VI Edizione. Editada por Tipografía del libro, Pavía, 1951

- <sup>39</sup> Jesús Díez del Corral Rivas, “El matrimonio civil en España, hoy”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I, (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), pp. 537-565, esp. pp. 545-546
- <sup>40</sup> En *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII, fascículo I (enero-marzo, 1969), nº 2. pp. 3-127, y esp. pp. 7-10 y p. 21
- <sup>41</sup> Francisco de Lucas Fernández [Notario de Madrid], “Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio”, *Pretor*, año XXVI, segunda época, nº 101 (julio-sep. 1978), pp. 5-60, y esp. pp. 19-22
- <sup>42</sup> Jurisprudencia del T.S. CIVIL. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid, a 24 de octubre de 1979. *Boletín de Información*. Año XXXIII, nº 1.185 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 nov. 1979), pp. 20-22
- <sup>43</sup> Emilio Reus, “El matrimonio civil y el divorcio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año vigésimo-octavo. Tomo LVII (Madrid, 1880), pp. 210-224 y 476-493, y esp. p. 220
- <sup>44</sup> Rafael Navarro Valls, “El sistema matrimonial español y la Constitución de 1978” [Ponencia presentada en la XVI Semana Española de Derecho Canónico (Murcia, 1978)], *RGLJ*. Año CXXVIII (febrero 1979), nº 2. Segunda época. Tomo LXXVIII (246 de la colección), pp. 111-142. De especial interés, V. “El matrimonio en forma canónica”, pp. 125-130, y en especial p. 126

Por el interés indicativo que arrojan los apartados de este trabajo me permito transcribirlos. *SUMARIO* I. Introducción. II. Precipitación legislativa y ambigüedades en el sistema matrimonial español. III. Lugares comunes en la doctrina jurídica española. IV. Problemas interpretativos que crea el art. 32 de la Constitución de 1978. V. El matrimonio en forma canónica. VI. El matrimonio celebrado en forma religiosa acatólica. VII. La disolución del matrimonio. VIII. El sentido de la elusión de la nulidad del matrimonio.

En idéntica línea, véase la reseña que del libro *Estudios de Derecho matrimonial* de Navarro Valls, hace Juan Fornés en *Anuario de Derecho civil* (abril-sep. 1979), pp. 492-494. Se pasa revista al art. 32 de la Constitución; a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30-XII-78; y a los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 3-I-79. Juan Fornés es asimismo autor de *El nuevo sistema concordatario español: (Los acuerdos de 1976 y 1979)* [Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1980]. Una ojeada sobre este libro delata su fuerte filiación canonista. La bibliografía citada es esencialmente canonista, y lo mismo podemos decir de la intención crítica del autor. Obra, pues, de escaso o nulo valor en los tiempos que corren. Como ejemplo de estrechez de gálibo mental, vid. pp. 88 y ss., sobre el comentario del autor a un texto de M. Peña B. de Quirós.

- <sup>45</sup> Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Estudios de Derecho civil I* [La obra consta de un segundo volumen], “Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio” [Publicado en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro* (Madrid, 1976), pp. 635-639], pp. 317-324, y esp. p. 319.

En otro lugar de este artículo, y en la línea valiosa que desarrolla Navarro Valls para su distinción entre *sociología* y *axiología*, nos dice Sancho Rebullida:

La estadística –prescindiendo de las manipulaciones políticas y la disciplina de partido–, por sí misma, no puede conducirnos a resultados jurídicamente válidos: de ahí la prevención contra las impurezas metódicas; las estadísticas reflejan *voluntades* más o menos condicionadas, pero no *conocimientos* de realidades naturales extrínsecas al sujeto. Ahora bien, el Derecho positivo, como la ciencia jurídica, debe atenerse a estas realidades accesibles a la razón natural, aunque sean negadas por las voluntades.

(p.323)

Este artículo “Consideraciones . . .” fue publicado en *Nuestro tiempo*, n<sup>os</sup> 255-256 (Pamplona, sep.-oct., 1975), pp. 25-33.

Félix López hace una reseña a los dos vols. de Sancho Rebullida, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario* (enero-febrero, 1979), n<sup>o</sup> 530, pp. 294-295

- <sup>46</sup> Remito al lector interesado, a mi trabajo “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial*, n<sup>os</sup> CXIII-CXIV (julio-dic., 1981), pp. 239-274, donde en las pp. 246-247 podrá encontrar algunas puntualizaciones sobre el concepto *finis* del matrimonio.
- <sup>47</sup> Benito Gutiérrez Fernández, “De la naturaleza del matrimonio”, en *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 3<sup>o</sup> ed. Tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), pp. 361-362
- <sup>48</sup> Me permito corregir, por extensión, a Benito Gutiérrez. Creo que es hora ya de que en un Estado pluralista y no confesional cada iglesia quede identificada con su verdadera filiación inequívoca. Los españoles, tan dados a no llegar o a pasarnos, caemos en pueril redundancia al hablar de la “persona humana” (¿y quién podría darnos noticia de otro tipo de persona que no sea la humana?). Asimismo es justo señalar que decir Iglesia, sin más, es quedarse a medias en la hora presente.
- <sup>49</sup> *Código civil español*. Concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la Jurisprudencia del T.S. de justicia y con los Códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América, por D. León Bonel y Sánchez, 4 vols. (Barcelona: A. López y Robert, impresor, 1890). Tomo I, p. 113
- <sup>50</sup> Louis Josserand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950), p. 144. [El presente volumen constituye la traducción del texto especialmente completado y revisado por el prof. André Brun de la obra francesa de Louis Josserand *Cours de Droit civil positif français*, sobre la tercera edición de la misma publicada por Librairie du Recueil Sirey, Societé anonyme, 22 rue Soufflot, París V<sup>e</sup>, 1938, y comprende la Segunda Parte del tomo I de dicha obra]

- <sup>51</sup> Excmo. Sr. D. Manuel de la Cámara Álvarez [Notario de Madrid y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación], “Ante la reforma del Derecho de familia”. Conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978 (La Coruña: Ilustre Colegio Notarial, 1978), p. 21
- <sup>52</sup> Ángel Manuel López y López, “Reforma y criptorreforma del sistema matrimonial español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (sep. 1977), pp. 229-248, esp. p. 230
- <sup>53</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho civil*. Vol. II (Madrid: Tecnos, 1974), p. 326
- <sup>54</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones (Madrid: Tecnos, 1978), pp. 39-40
- <sup>55</sup> José Antonio Doral García, *Principios de Derecho de familia* (Universidad de Granada: Facultad de Derecho, 1980), p. 51
- <sup>56</sup> Enrique Ruiz Vadillo [Doctor en Derecho; Letrado del Ministerio de Justicia; Juez, Fiscal y profesor de la Universidad, Excte; Vocal permanente de la Comisión General de Codificación], “Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico”, *Revista General de Derecho*. Año XXXVI, nº 423 (Valencia, diciembre, 1979), pp. 1202-1213. Sección Doctrinal, pp. 1211-1212
- <sup>57</sup> José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación: Guía legal práctica para todos* (Barcelona: De Vecchi, 1971), p. 15.
- <sup>58</sup> Véase, Manuel Villar Ortiz, “El funcionamiento del Tribunal diocesano de Brooklyn”, en *El consentimiento matrimonial hoy. Obra en colaboración de varios especialistas: Trabajos de la XV Semana de Derecho Canónico* (Barcelona: Banchs Editor, 1976), pp. 313-320
- <sup>59</sup> José María Serrano Ruiz, “Aspectos jurídico-canónicos del amor conyugal en las causas de nulidad de matrimonio”, *RGLJ*, año CXXV, nº 1 (julio, 1976), pp. 5-28, esp. p. 25.
- <sup>60</sup> Gerardo M<sup>a</sup> Ariznabarreta Ugalde [Doctor en Derecho civil. Abogado. Profesor Ayudante de la Universidad de Deusto (Bilbao)], *El error de hecho en el matrimonio canónico: (La equivocación en el matrimonio): Contribución al esclarecimiento del estado actual de la cuestión y planteamiento de una nueva reglamentación en orden al futuro nuevo Código de Derecho canónico*. Prólogo de Antonio Arza Arteaga, S.J. [Doctor en Derecho Civil y Canónico. Profesor de Derecho canónico de la Universidad de la Iglesia de Deusto (Bilbao)] (Pamplona: Editorial Aranzadi, 1979), “Prólogo”, p. 14
- <sup>61</sup> Luis Zarraluqui, *El divorcio, defensa del matrimonio* (Barcelona: Bruguera, 1980), pp. 196-197
- <sup>62</sup> Considero fascinante la recta captación del haz sugestivo que se esconde tras las nociones aludidas de proceso en marcha, estatismo, etc. Para una exposición

interdisciplinar, crítica y bibliográfica del tema, reconduzco al lector a mi ya citado trabajo “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial*, n<sup>os</sup> CXIII-CXIV (julio-dic., 1981), pp. 239-274, esp. pp. 253-256

- <sup>63</sup> Santiago Panizo Orallo [Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid], “Mentalidad divorcista y simulación conyugal”, *Revista de Derecho privado* (abril, 1980), pp. 353-378, esp. 361
- <sup>64</sup> Manuel López Aranda, *El amor conyugal en el fin y en el consentimiento del matrimonio*. Trabajo para la obtención del grado de doctor, presentado por el licenciado Manuel López Aranda, y realizado bajo la dirección del Prof. Dr. D. José Luis Santos Díez, Catedrático Director del Dpto. de Derecho canónico. Granada, 1980. 2 vols. [Inédita, que nosotros sepamos], p. 527
- <sup>65</sup> José Ortega y Gasset, *Estudios sobre el amor*, “Facciones del amor”, en *Obras completas*, VI (Madrid: Revista de Occidente, 1970), p. 559
- <sup>66</sup> Jean Carbonnier, *Derecho civil*. Traducción de la 1ª edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel Zorrilla Ruiz. Tomo I. Vol. II. *Situaciones familiares y cuasi-familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), p. 341. Título de la edición original: *Droit Civil*. Tome premier. *Institutions judiciaires et Droit Civil* (Paris: Presses Universitaires de France)
- <sup>67</sup> Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*, cap. VII: “Amor, dolor, compasión y personalidad”, en *Obras completas*, ed. de Manuel García Blanco, tomo XVI (Barcelona, 1958), pp. 260-265
- <sup>68</sup> Mariano López Alarcón, “Matrimonio civil y matrimonio canónico: ordenamiento actual en España y legislación comparada”, *Pretor*, n<sup>o</sup> 98 (octubre-diciembre, 1977), pp. 5-35, y esp. pp. 6-7.

EL MATRIMONIO: CONTRIBUCIÓN AL ESCLARECIMIENTO DE SU  
VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA.

*SUMARIO*

- I. *POSICIÓN CONTRACTUALISTA*  
DOCTRINA ESPAÑOLA:
  - 1. Contrato o negocio jurídico
  - 2. Contrato y/o sacramentoDOCTRINA EXTRANJERA
  
- II. *POSICIÓN INSTITUCIONALISTA*  
DOCTRINA ESPAÑOLA  
DOCTRINA EXTRANJERA
  
- III. *LAS OTRAS POSICIONES*
  - 1. Acto administrativo
  - 2. Acto complejo
  - 3. Acto-Condición-Acuerdo
  - 4. Acto, consorcio y sacramento
  - 5. Acto y convención
  - 6. Acto jurídico familiar nominado
  - 7. Acto natural, acto moral, acto jurídico, acto religioso.
  - 8. Acto unilateral del Estado
  - 9. Comunidad de vida
  - 10. Vínculo
  
- IV. *REFUTACIONES Y REVISIONES RECÍPROCAS DE LAS POSICIONES  
ENUNCIADAS*  
DE LAS TESIS CONTRACTUALISTAS  
DE LAS TESIS INSTITUCIONALISTAS  
DE LAS OTRAS POSICIONES
  
- V. *CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL ESQUEMA DE POSICIONES SOBRE LA  
NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO*

En este trabajo me dispongo a rastrear lo que una representación de tratadistas, tanto españoles como extranjeros, han expuesto sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Tales autores, por supuesto que no forman un muestrario exhaustivo, porque la noción de exhaustividad quiebra fatalmente ante la inevitable aparición de cualquier nueva voz autorizada que contribuya al ensanchamiento del tema.

Pero quizá la razón más decisiva para no haber ampliado el nomenclátor de criterios sobre la naturaleza jurídica del matrimonio es la de creer firmemente que en los tratadistas citados se encuentran con más que suficiente extensión las líneas medulares sobre este asunto, no superadas ni desvirtuadas, que yo sepa, hasta el momento.

Si algún reconocimiento me atreviera yo a reclamar para este trabajo, ello sería en razón de la paciencia y humildad investigadora que he derrochado hasta organizar todo este complejo material como primer paso, previo, para el escrutinio crítico de sus mismos componentes. Por fortuna, a lo largo de este repertorio doctrinal podremos asistir a la refutación recíproca y sistemática que entre sí muchos de los autores consignados llevan a cabo de sus respectivas teorías. Lo cual nos releva a nosotros de semejante tarea, reservándonos, eso sí, un apartado final con nuestras propias consideraciones – nervio y síntesis de la contribución al tema.

Comenzaremos por agrupar en las oportunas categorías las distintas *posiciones* sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, adelantando ya que la totalidad de las que conocemos se alojan básicamente bajo tres modalidades: la contractualista (incluyendo el añadido de sacramentalidad por la teoría canónica); la institucionalista; y un tercer grupo de posiciones varias en donde hallaremos las muestras más artificiosas y sofisticadas, juntamente con otras, claras derivaciones de las anteriores tesis contractualistas o institucionalistas y que pretenden aportar algo nuevo sobre ellas o superarlas. Incluimos, asimismo, en nuestro tercer grupo alguna otra tesis que pudiéramos llamar independiente.

De nuevo me permito recalcar la enorme voluntad de desbroce bibliográfico que he puesto en mi empeño, embarcándome –con el evidente peligro de provocar el fastidio de quienes me lean– en una pormenorización concienzuda de las fuentes consultadas. He preferido correr este riesgo al mucho más significativo de que se me pudiera imputar ligereza en mis investigaciones. Todo sea en aras de la honradez y probidad científicas.

## I. *POSICIÓN CONTRACTUALISTA*

Bajo esta rúbrica incluimos todas aquellas teorías, tanto de la doctrina española como de la extranjera, que aun con variados distingos y salvedades terminológicas o conceptuales, otorgan al matrimonio naturaleza de contrato o negocio jurídico, predominantemente. Incluimos, además, la posición canonista o simplemente religiosa de aquellos para quienes la noción de sacramentalidad va inseparablemente superpuesta a la esencia contractual.

## A. DOCTRINA ESPAÑOLA

### 1. *Contrato o negocio jurídico*

#### a/ Albaladejo:

“Son negocios familiares o de Derecho familiar los que persiguen el fin de constituir, modificar o extinguir relaciones familiares (o, ampliando el concepto, cuasi familiar), como el matrimonio, la adopción y el nombramiento de tutor; y son negocios patrimoniales los que tienen por fin constituir, modificar o extinguir relaciones patrimoniales, como la compraventa o el arrendamiento”.

Manuel Albaladejo, *Derecho civil, I: Introducción y parte general* (Barcelona: Librería Bosch, 1970), p. 440 [26. Negocios familiares y patrimoniales]

“Jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo de voluntades solemne e irrevocable, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, desde luego que basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Ahora bien, muchos lo califican de contrato. Lo que sólo es admisible tomando la palabra *contrato* en el sentido de *acuerdo de voluntades* o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia *patrimonial*. De todas formas, hecha tal salvedad, no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato.

Los contrayentes, prestando su consentimiento, crean por su voluntad la unión entre ellos. Pero a eso es a lo que se reduce la autonomía de tal voluntad, a casarse o no. Mas por lo demás, la regulación del matrimonio la da la ley de forma imperativa; siendo así, pues, que los contrayentes, en principio, no pueden establecer ningunas reglas que rijan su matrimonio, sino que se limitan a acatar la regulación del mismo predispuesta por la ley”.

Manuel Albaladejo, *Instituciones de Derecho civil, II: Derecho de bienes, familia y sucesiones*. 2ª ed. (Barcelona: Bosch, 1975), pp. 383-384 [2. Naturaleza del acto creador del matrimonio]

#### b/ Alemany Gal-Boguñá:

“En este sentido, el matrimonio no es, según nuestra ley, un auténtico contrato, sino un contrato *sui generis*, o sea, especial, dados sus efectos regulados por la Ley y en el que las partes no son libres de establecer, como en otros, cláusulas y condiciones como, por ejemplo, la de no poderlo disolver jamás por la voluntad de ambos cónyuges”

José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona: De Vecchi, 1971), pp. 7-8

c/ Castán Tobeñas:

“A nuestro juicio, el matrimonio en su consideración meramente jurídica y civil (pues es susceptible también de una consideración religiosa y sacramental), es a la vez un acto (o negocio jurídico) y un estado, y ese acto jurídico, en Derecho civil español, bien puede ser considerado como una convención, dada la reglamentación de la forma del matrimonio que establece el art. 100 del CC, siquiera no implique una verdadera figura contractual, en el sentido de los contratos propiamente dichos, que tienen por objeto una prestación (de dar, hacer o no hacer). Se trata, pues, de una convención o negocio jurídico bilateral, pero no excluye la idea de institución, pues dicha convención, como apunta Valverde, es la condición del nacimiento de una situación legal y objetiva [Tratado, 4ª ed., t. IV, p. 50, nota]”

José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo quinto. *Derecho de familia*. Vol. I. *Relaciones conyugales*. 9ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez (Madrid: Reus, S.A., 1976), pp. 105-108 [Naturaleza jurídica del matrimonio]

d/ de Cossío

“Según el canon 1.012 del *Codex Iuris Canonici*, ‘Christus Dominus ad sacramentum dignitatem exexist ipsum contractus matrimoniale inter baptizatos’. Aparece, pues, el matrimonio reconocido en su doble aspecto de sacramento y de contrato, recogiénose con ello una vieja tradición: la sacramentalidad del matrimonio aparece admitida por los Concilios de Lyon (1267), el de Florencia (1439) y, sobre todo el de Trento, y ello en un doble sentido, como símbolo de la unión de Cristo y su Iglesia, y como sacramento de la Nueva Ley, como fuente de gracia para los contrayentes. El carácter contractual aparece ya reconocido en las *Decretales*, generalizándose durante el s. XIV, a pesar de la resistencia de los teólogos de la escuela dominica, siendo hoy doctrina, como hemos visto, admitida por el *Codex*, que proclama la indivisibilidad del contrato y el Sacramento. Del carácter contractual deriva la igualdad y libertad del hombre y de la mujer en la prestación de su recíproco consentimiento; del carácter sacramental, la indisolubilidad del vínculo, la competencia exclusiva de la Iglesia en materia de matrimonio entre bautizados...

En relación con el matrimonio civil, la escuela de la exégesis admitía sin discusión la idea del matrimonio-contrato, que sigue siendo en la actualidad la más extendida, siquiera se hayan formulado contra la misma serias objeciones, porque no basta, se afirma, la existencia de un negocio jurídico bilateral entre las partes para poder hablar, sin más, de un contrato. Contra lo que sucede en los demás contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes: éstas no pueden aquí estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas ni modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido por la Ley; la libertad no se da sino cuando se trata de regular intereses patrimoniales, y aun en este caso muy limitadamente. Opuesta a la idea de contrato e inconciliable con ella, se continúa, es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso. Por otra parte, es también ajena al contrato la materia sobre la cual recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención las relaciones personales y familiares.

Es evidente que al contraer matrimonio los dos esposos no fijan el contenido de su estado de gentes casadas, sino que se limitan a aceptar el estatuto predeterminado por la Ley, al que nada pueden añadir o restar, por lo que el alcance del acto matrimonial se limita a la aceptación libre y voluntariamente de ese sistema de derechos y deberes, y sólo en este sentido de pura adhesión a un determinado orden normativo puede decirse que es el matrimonio un contrato, es decir, un negocio jurídico bilateral, sujeto al régimen de las declaraciones de voluntad libres, pero carente de eficacia reguladora o estatutaria, a no ser que prefiera decirse que las partes hacen suyas, por esa aceptación, las normas fijadas por el legislador para la regulación de tal estado”.

Alfonso de Cossío, *Instituciones de Derecho civil. 2. Derechos reales. Derecho de familia y Sucesiones*. (Madrid: Alianza editorial, 1975), pp. 730-731 [Naturaleza jurídica del matrimonio]

e/ Díez-Picazo:

“El matrimonio ha sido tradicionalmente conceptualizado por la doctrina canónica y civil como un contrato. Juega en su celebración papel relevante el consentimiento de los cónyuges, según el art. 100, hasta el punto de que el consentimiento viciado determina su anulación. El acto de celebración de un matrimonio es, pues, sin duda, un negocio jurídico, si bien al vínculo que el matrimonio origina conviene más la calificación de relación jurídica (relación matrimonial o conyugal)”

Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *RGLJ*, año CX (junio, 1962). Segunda época. Tomo XLIX (212 de la colección), pp. 771-792, esp. pp. 778-780 y *passim*.

f/ García Cantero:

“Negocio jurídico de Derecho de familia”

Gabriel García Cantero, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 31 [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

g/ García Goyena y Joaquín Aguirre:

“Sería más conveniente hablar de él [matrimonio] con extensión [sic] en el título de contrato, bajo cuyo concepto puede considerarse civilmente”

*Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, por el ilustrísimo señor Don Florencio García Goyena y Don Joaquín Aguirre, Doctor y catedrático de la Universidad de Madrid. Tomo I. (Madrid: I. Boix, editor, 1841), p. 29 [parte civil. Libro I. De las personas. Título IV. Del matrimonio]

h/ Gutiérrez Fernández:

“¿No es el matrimonio un contrato? Pues como contrato podría decirse que sigue la ley de todos: compromisos que crea la voluntad los rompe el disenso . . .

Difícil es, si no imposible, dice un ilustre purpurado de la Iglesia, demostrar que por la ley natural, el matrimonio sea indisoluble. La ley civil no puede enfrenar la inconstancia y las pasiones de los hombres y reconocido como válido el contrato puramente civil, tiene que admitir el divorcio”.

Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tercera edición. Tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), pp. 361-362 [De la naturaleza del matrimonio]

i/ Lacruz Berdejo:

“La circunstancia de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es consustancial con la noción de contrato”.

José Luis Lacruz Berdejo, *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*. Tratado teórico-práctico de Derecho civil. Tomo IV, vol. 1º. Con la colaboración en los caps. II a IV, de Francisco de Asís Sancho Rebullida (Barcelona: Bosch, 1963), pp. 37-38

j/ Puig Brutau:

“El hecho de que las consecuencias del convenio [de matrimonio] vengan marcadas rígidamente por la ley no impide que tengan carácter contractual, pues el contrato no solamente existe cuando la autonomía de la voluntad es ilimitada o ampliamente admitida”.

José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV. Vol. I. *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes* (Barcelona: Bosch, 1977), pp. 27-28 [2. El matrimonio como institución y como contrato]

k/ Puig Peña:

“Desde luego entendemos que desde el punto de vista del acto constitutivo nos parece oportuna la tesis contractual del matrimonio, ya que fundamenta, desde el ángulo de la técnica, la contracción válida de las nupcias, si bien a la voz contrato debe dársele un sentido amplio que aleje el sabor patrimonial que su interpretación histórica y dogmática envuelve [Castán, *Notas a Enneccerus*, t. IV, vol. I, p. 127]. Esto no obsta para que, considerado el matrimonio ya como estado jurídico, se acepte plenamente la teoría de la institución . . . .”

Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. Derecho de familia. Vol. I. *Teoría general del matrimonio*. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953), pp. 31-34.

l/ Royo Martínez:

“Negocio jurídico bilateral, típico del derecho de familia”.

Royo Martínez, *Derecho de familia*, p. 29 [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

m/ Ruiz Vadillo

“Desde el punto de vista de su naturaleza, entendemos que el matrimonio es un contrato formal que al nacer origina una institución. Efectivamente, el acuerdo de voluntades de los contrayentes da lugar, si se cumplen las formas que con carácter de solemnidad están legalmente establecidas, al matrimonio. Pero una vez surgido éste, las consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico, sin posibilidad de modificación o alteración por parte de los cónyuges”.

Enrique Ruiz Vadillo, *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*. 7ª ed. Modificada, ampliada y puesta al día. Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil (Bilbao: Editorial Ochoa, 1973-1974), p. 566.

n/ Tribunal Supremo. Sentencia de 12 de junio de 1969

“CONSIDERANDO: Que el CC en sus arts. 1.278, 1.256 y 1.258, parte del principio de la eficacia de los contratos y si bien es cierto que cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley pueden ser anulados, como reconocen los arts. 1.300 y ss., y específicamente para los matrimonios el 130, es preciso que esta nulidad se declare por los Tribunales . . . + + + y en el caso de autos ha de partirse de la *realidad de un contrato matrimonial cuya posibilidad se reconoce por el art. 42 del citado cuerpo legal* y se prueba con la partida del Registro Civil. [Ponente: Excmo. Sr. D. Baltasar Rull Villar]” (el subrayado es mío)

S. 12 de junio 1969. CIVIL. Contratos: eficacia. Matrimonio: efectos. Mandato: garantía formal. Disposiciones estudiadas: C. Civil, arts. 130, 325, 1.256, 1.258, 1.278, 1.280, nº 5; 1.300, 1.709, 1.710. *Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia*, p. 3423.

2. *Contrato y/o Sacramento.*

a/ Miguel Aisa Goñi:

“Todos nosotros nos hemos formado en una visión del matrimonio como contrato; en efecto, el matrimonio es un contrato sinalagmático ‘do ut des’, cuyo objeto es el ‘ius ad actos per se aptos ad prolis generationem’ (c.1.081); en cuanto tal nace por una voluntad negocial o actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus (c. 1.081); si no se da tal voluntad no existe negocio jurídico (c. 1.086); se necesita una cierta capacidad para tal negocio (cánones sobre impedimentos); dicho contrato se ha de realizar bajo una forma jurídica precisa (c. 1.094)”.

Miguel Aisa Goñi, “Nuevas perspectivas en las causas de nulidad matrimonial”, *Revista jurídica de Cataluña*, año LXXV, nº 2 (Barcelona, abril-junio, 1976), pp. 37-52 [B) La visión contractualista del matrimonio]

b/ *Enciclopedia Jurídica Española*

“El matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble”

*Enciclopedia jurídica española* [con] minuciosos índices cronológicos y alfabéticos por Luis Moutón y Ocampo, Lorenzo María Alier y Cassi, Enrique Oliver Rodríguez y Juan Torres Ballesté, abogados, con la colaboración de eminentes juristas, profesores y publicistas. Publicación autorizada por R.O. de 4 de Junio de 1910. Tomo vigésimo segundo (Barcelona: Francisco Seix, editor), pp. 1-17 [matrimonio civil (del colaborador Don Víctor Covián). I. Consideraciones generales. II. Independencia del matrimonio civil del religioso. III. Principios a que obedece el matrimonio civil. IV. Capacidad de los contrayentes: Impedimentos y su dispensa. V. Especialidad en las formalidades del matrimonio civil. VI. Nulidad del matrimonio civil. VII. Disolución del matrimonio civil. VIII. Divorcio. IX. Pleitos sobre nulidad y divorcio. Ley de 24 de mayo-18 de junio de 1870. Ley provisional de matrimonio civil. Capítulo I. *De la naturaleza del matrimonio. Art. 1º*]

c/ García Faílde;

“En el vínculo matrimonial es en lo que propiamente consiste la esencia del matrimonio.

Este vínculo está formalmente presente, pero conceptualmente y abstractamente no se identifica con él, en el consentimiento como contenido y efecto instantáneo del consentimiento.

En este vínculo, a su vez, está también presente, como efecto no instantáneo, puesto que puede faltar en algunos casos, la sociedad matrimonial en la que dinámicamente se concreta ordinariamente el vínculo.

No es correcto, pues, deducir de la naturaleza o del consentimiento o de la sociedad conyugal la naturaleza del vínculo matrimonial. Lo correcto es, por el contrario, deducir de la naturaleza de este vínculo la naturaleza de aquellas otras dos realidades jurídicas.

Juan José García Faílde, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Año LXXVII, nº 1 (enero-marzo, 1978), pp. 45-64, esp. pp. 45-46.

d/ Gómez de la Serna, y Montalbán:

“Comienza la ley sobre el matrimonio civil proclamando que *el matrimonio es por su naturaleza perpetuo e indisoluble* (art. 1º de la ley provisional del matrimonio civil). Esta perpetuidad e indisolubilidad ha sido siempre proclamada por la Iglesia, pero bajo su aspecto puramente civil ha sido combatido por algunos que se avienen muy mal con las palabras *por su naturaleza* que ha intercalado el legislador”

Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos del Derecho civil y Penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*. Novena ed., nuevamente corregida y aumentada por los autores. Tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1870), p. 365

e/ Eugenio de Tapia:

“7. ¿Qué es el matrimonio? Los católicos consideramos al matrimonio no sólo como contrato sino también como sacramento, observando religiosamente los efectos que por esta razón le corresponden.

8. Para su validación es necesario el consentimiento. Como contrato es necesario para su validación el mutuo y libre consentimiento de varón y hembra”

*Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros, por D. Eugenio de Tapia, abogado de los reales consejos. Tomo primero. Con superior permiso (Valencia: en la imprenta de Ildefonso Mompié, año 1828), p. 15

f/ Zanón Masdeu:

“El matrimonio canónico tiene categoría de Sacramento, Cristo le dio tal rango, siendo un contrato regido, por lo que atañe a la constitución del vínculo, por los principios comunes a la formación de otros contratos. Una vez surgido el vínculo, las partes, no sólo no pueden disolverlo, sino que están sometidas al ejercicio de los derechos y deberes que de él nacen, constituyendo la comunidad conyugal una Institución de Derecho Público”.

Luis Zanón Masdeu, *La separación matrimonial de hecho*. Colección de Iure et Vita (Barcelona: Editorial Hispano-Europea, 1974), pp. 1-2.

## B. DOCTRINA EXTRANJERA

a/ Barbero:

“No hay impedimento alguno en calificar de contrato también al matrimonio, considerando en el momento de su celebración, que consiste en la recíproca 'declaración de los novios de lo que quieren ser respectivamente, marido y mujer”

Domenico Barbero, *Sistema del Derecho privado. II. Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales*. El presente volumen constituye la traducción de la obra italiana *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., revisada y aumentada, en sus parágrafos 328 a 610, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962. Traducción de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1967), pp. 34-39 [Sección II. El matrimonio como contrato personal. Premisa. I. Requisitos

estructurales. 343. Demostración de la ‘contractualidad’ del matrimonio. 344. Definición del matrimonio como ‘contrato’ y su rigurosa ‘tipicidad’ (pp. 34-39)]

b/ Bonnecase:

“El régimen matrimonial es una institución jurídica, que constituye un complemento ineludible del matrimonio. Pero mientras el matrimonio es una institución fija e imperativa en todas sus normas . . . + + +

213. *Definición del contrato de matrimonio.*- Se designa por contrato de matrimonio, el acto jurídico contractual, por virtud del cual . . . . El contrato de matrimonio pertenece a la categoría de los actos jurídicos formales”.

Julien Bonnecase, *Elementos de Derecho civil*. Traducción por el Lic. José M. Cajica Jr. con la colaboración del Lic. Jerónimo González. T. III y último: *Regímenes Matrimoniales y Derecho de las Sucesiones*. Biblioteca jurídico-sociológica. Vol. XV (Puebla, México: Editorial José M. Cajica, Jr., 1946), p. 124 y pp. 206-207 [121. Definición de régimen matrimonial. 213. Definición del contrato de matrimonio. 216. El contrato de matrimonio es un acto jurídico esencialmente formal. 217. El contrato de matrimonio es un acto jurídico sometido a una publicidad especial]

c/ Brunner:

“En el Derecho germánico más antiguo coexisten dos formas de contraer matrimonio: el contrato entre hombre y mujer, constitutivo de la Friedelehe [Friedel guarda relación filológica con Freund, amigo] . . .”

Heinrich Brunner, *Historia del Derecho germánico*. Según la octava edición alemana de Claudius von Schwerin. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales (Barcelona: Labor, 1936), pp. 224-225 [IV. El Derecho de familia. 52. El matrimonio]

d/ Cimbali.

“Contrato ‘sui generis’, personal y social”

Cimbali, *La nueva fase del Derecho civil*, n<sup>os</sup> 72-73 [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

e/ *Código civil general austriaco*:

“Cap. II. Del contrato de matrimonio. Art. 44: ‘Las relaciones de familia se fundan en el contrato de matrimonio. Por éste, dos personas de distinto sexo manifiestan conforme a la ley su voluntad de vivir en una comunidad inseparable, tener hijos, educarlos y procurarse una asistencia mutua”

*Código civil general austriaco*, en *Información jurídica*, n<sup>os</sup> 288-289 (mayo-junio), Madrid: Ministerio de Justicia. Comisión de Legislación extranjera, 1967.

f/ Josserand:

“692. 1º. *El matrimonio es un contrato . . .* debe entenderse, con ese nombre, toda unión de dos o de varias voluntades con ánimo de crear derechos; ahora bien, el matrimonio responde perfectamente a esa amplia definición. Sin duda, crea un régimen durable, regido por un estatuto permanente; pero lo mismo ocurre con otros contratos: sociedad, asociación, mandato, arrendamiento; de que un acto establezca un *modus vivendi*, no ha de deducirse que no sea un contrato, y aun cuando tenga, para la Iglesia, el valor de un sacramento: el legislador civil ha reglamentado el matrimonio haciendo abstracción de toda consideración de orden confesional. Es rigurosamente exacto el decir que se contrae matrimonio; la terminología corriente está de acuerdo con la realidad jurídica a la que recubre y denuncia”.

Louis Josserand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950), pp. 15-16 [El presente volumen constituye la traducción del texto especialmente completado y revisado por el prof. André Brun de la obra francesa de Louis Josserand *Cours de droit civil positif français*, sobre la tercera edición de la misma publicada por Librairie de Recueil Sirey, Société anonyme, 22 rue Soufflot, Paris V<sup>e</sup>, 1938, y comprende la Segunda Parte del tomo I de dicha obra]

g/ Planiol y Ripert:

“Contrato e institución natural y de orden público [Teoría mixta]”

Planiol y Ripert, *Traité pratique*, t. II, n<sup>o</sup> 69, p. 55 y ss. [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

h/ Planitz:

“Por regla general la conclusión del matrimonio se llevaba a cabo mediante contrato entre las dos Sippen a que pertenecían los futuros cónyuges. El matrimonio era, pues, un matrimonio contractual o matrimonio por contrato (Vertragsehe)”

Hans Planitz, *Principios de Derecho privado germánico*. Trad. directa de la 3ª ed. alemana por Carlos Melón Infantes, Dr. en Derecho, colaborador científico del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Prólogo a la versión española por el Dr. D. Alfonso García Gallo (Barcelona: Bosch, 1957), p. 289. Título original: *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*. Dritte um gearbeitete Auflage. Tomo V de la *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft* [Primera parte. Derecho matrimonial. Sección I. Derecho matrimonial personal. ≠ 81. Conclusión del matrimonio. I. Derecho alemán antiguo. 1. El matrimonio por contrato, pp. 289-291]

i/ Rava:

“Negocio jurídico bilateral, especialmente solemne, de Derecho familiar”

[En Castán, *ob. cit.* pp. 105-108]

j/ Rotondi:

“Si por contrato (prescindiendo de la exigencia de contenido matrimonial que existe en la actual definición legislativa) se entiende cualquier negocio bilateral, como tal deberá calificarse al matrimonio”.

Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, trad., y concordancia al Derecho español por F. Villavicencio, catedrático de Derecho civil. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas (Editorial Labor, S.A., 1953), pp. 538-539. Título de la obra original: *Istituzioni di diritto privato*. VI edizione. Editada por Tipografía del Libro, Pavía, 1951.

Y en otro lugar:

“Si el matrimonio es un negocio bilateral, su disciplina puede sistematizarse conforme al esquema contractual, haciendo las observaciones necesarias”

(*ib.*, pp. 538-539)

Y también:

“Para quien admita que el matrimonio es un contrato, por ejemplo, ha de ser también admisible, que las obligaciones que nacen de él puedan resolverse por el mutuo disenso”

(*ib.*, pp. 393-394)

k/ Von Tuhr:

“Negocio de Derecho de familia”

Von Tuhr, *Derecho civil*, trad. de Ravá, t. II, p. 165 [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

## II. POSICIÓN INSTITUCIONALISTA

### A. DOCTRINA ESPAÑOLA

a/ Francisco Bonet:

“Institución originada por un acto jurídico bilateral solemne”.

Francisco Bonet, *Compendio de Derecho civil*, t. IV (Madrid, 1960), p. 58 [en Puig Brutau, *ob. cit.*, pp. 27-28]

b/ De la Cámara Álvarez:

“El Derecho natural, o si se quiere, la naturaleza institucional del matrimonio, postula, desde luego, su carácter permanente y estable. De ahí se sigue que el Derecho positivo no puede tratar el matrimonio como si fuera un contrato civil más, sujeto al principio de la autonomía de la voluntad”.

“Ante la reforma del Derecho de familia”, p. 22.

c/ Giménez Fernández:

“La caracterización jurídica del matrimonio, en cuanto a sus fundamentos filosóficos y teológicos, quedó hecha como institución, donde juegan el *ius cogens* y el *ius dispositivum*, por San Buenaventura, ya en el s. XIII”.

Manuel Giménez Fernández, *La institución matrimonial: Según el Derecho de la Iglesia Católica* (Madrid: CSIC: Instituto Francisco de Vitoria, 1943), pp. 49-55.

d/ Sánchez Román:

“9. Como institución *civil*, el matrimonio tiene un aspecto indudable en lo jurídico de convención jurídica, no de contrato; y de convención jurídica, como medio formal y externo de declarar la existencia de una nueva personalidad mediante el concurso unánime de los dos órganos reveladores de la misma, que son los contrayentes, dando lugar a esta elevada institución social del matrimonio” (pp. 399-400)

Y también:

“El matrimonio, en su consideración civil o secular, si es en el origen una convención jurídica, por razón de la forma consensual de su celebración, constituye sin duda alguna, una vez celebrado, una gran institución social, base de la familia” (p. 402)

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, cit.

## B. DOCTRINA EXTRANJERA.

a/ Carbonnier:

“Es frecuente que se armonicen ambos criterios, [contrato e institución] considerando el matrimonio como una institución basada, ya que no en un contrato, sí por lo menos en un acto jurídico o acuerdo de voluntades”

Jean Carbonnier, *Derecho civil*. Traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por Manuel M<sup>a</sup> Zorrilla Ruiz. T. I. vol. II, *Situaciones familiares y cuasi familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), p. 16 y ss., esp. p. 20. Título de la edición original: *Droit civil*. Tome Prèmier. *Institutions judiciaires et Droit Civil* (Paris: Presses Universitaires de France)

b/ Planiol:

“Los esposos constituyen así un grupo para un cierto fin, que es el carácter propio de la institución”

Planiol, *Traité elementaire*, I, n<sup>o</sup> 757, p. 290 [en Espín Cánovas, *ob. cit.*, en este capítulo de nuestra Tesis]

c/ *Código civil de Puerto Rico*:

“Título III. Del Matrimonio. Cap. Primero. De la naturaleza del matrimonio. Art. 68. Matrimonio, definido.- Validez.- 'El matrimonio es una institución civil que procede de un contrato civil en virtud del cual un hombre y una mujer se obligan mutuamente a ser esposo y esposa, y a cumplir el uno para con el otro los deberes que la ley les impone. Será válido solamente cuando se celebre y solemnice con arreglo a las prescripciones de aquélla, y sólo podrá disolverse antes de la muerte de cualquiera de los dos cónyuges, en los casos expresamente previstos en este Código”

*Código civil de Puerto Rico*. Estudio Preliminar de Félix Ochoteco, Jr., Expresidente del Colegio de Abogados de Puerto Rico. (Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1960). Este cuerpo legal parece que forma parte de *Leyes de Puerto Rico anotadas* (1954)

### III. *LAS OTRAS POSICIONES*.

#### 1. *Acto administrativo* (Ranieri)

Ranieri considera que el matrimonio es un “acto administrativo”

Ranieri, “Il concetto di matrimonio come negozio giuridico di diritto pubblico”, *Rivista diritto pubblico*, 1920, pp. 25 y 488 [En Espín Cánovas, *ob. cit.*]

#### 2. *Acto complejo*

a/ Ruggiero, Arcangelli, Vasalli

[El matrimonio es un] “acto complejo, al que concurren tres voluntades diversas: las de los dos esposos y la del oficial del estado civil (Arcangelli, Vasalli, Ruggiero) [Ruggiero y Maroi, *Istituzioni*, 6<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 256]”.

[En Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

b/ Alberto G. Spota:

“El matrimonio no puede estimarse en nuestro Derecho, como una simple situación o estado de hecho; por el contrario, existe un vínculo o relación jurídica emergente de un acto o negocio jurídico cuya celebración la pronuncia en nombre de la ley el oficial público (art. 39, Ley matrimonio civil) y sobre la base del consentimiento de los contrayentes expresado ante ese funcionario del Estado (art. 14, Ley cit.). En consecuencia, debemos entender por matrimonio aquel acto jurídico complejo que surge por las declaraciones del hombre y de la mujer mediante las cuales expresan ante el oficial público sus voluntades de unirse a fin de constituir una familia legítima, pronunciando dicho oficial público la existencia de ese acto jurídico.

De esa definición surge que el matrimonio civil es un acto jurídico que tiene por fin inmediato establecer una relación jurídica (art. 944)”.

Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol I (11). Matrimonio: concepto. Impedimentos. Celebración. Prueba. Invalidez (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962), pp. 75-107, esp. 75-76 [Cap. I. El matrimonio: Esencia jurídica e impedimentos. I. Definición y elementos constitutivos]

### 3. *Acto – Condición – Acuerdo* (Coste-Floret)

“Nous concluons donc qu’en législation, le mariage est un acte-condition-accord attributif d’une situation juridique objective; situation de droit naturel quant à ses règles fondamentales, situation légale quant à ses règles secondaires”.

Alfred Coste-Floret [Docteur en Droit. Avocat a la Cour d’Apel de Montpellier], *La Nature Juridique du Mariage: Ce qu’elle dans le Code civil; ce qu’elle devrait être* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935), p. 240.

### 4. *Acto, consorcio y Sacramento* (Modesto Falcón)

“El matrimonio forma la familia, uniendo al hombre y a la mujer con vínculo perpetuo e indisoluble. Ha sido instituido por Dios para la perpetuidad de la especie humana; y por su institución el hombre quedó asociado a Dios en la obra grandiosa de la Creación. Inspirado por la naturaleza, ha recibido de la ley civil sus condiciones más importantes, y de la ley religiosa su santificación y sus virtudes. + + + + +

La Ley civil vino en auxilio de la ley natural, no para contrariar los votos de la naturaleza, sino para regularizar sus movimientos y fortalecer el vínculo conyugal, a fin de que la institución respondiese a todos los altos fines para que fue establecida.

Tiene, pues, el matrimonio, aun naturalmente considerado, la condición de permanencia que la ley civil eleva a indisolubilidad, sin la que

la familia sería imposible. Esta ley convierte en consorcio perpetuo el pacto que el hombre y la mujer formaron, atraídos por las secretas afinidades de los sexos . . . . + + + +

El matrimonio ha sido elevado por la Ley de Gracia a la categoría de Sacramento, afirmando, por la intervención de Dios, su indisolubilidad y sus altos fines. El hombre no puede ya disolver lo que el mismo cielo ata: quod Deus conjuxit homo non separet. Representado en la unión del hombre con la mujer, el mismo vínculo que liga a la Iglesia con su fundador, esa unidad hace imposible todo otro vínculo . . . + + + +

Hay, pues, en el matrimonio tres cosas distintas: un acto, un consorcio y un Sacramento. El acto, inspirado por la naturaleza, está regido por la ley natural: el consorcio, prescrito por la sociedad, está regido por la ley civil: el Sacramento, instituido por Jesucristo, se gobierna por la ley de la Iglesia. Cada una de estas tres cosas tiene un fin propio que requiere condiciones propias también. Estos tres fines explican toda la naturaleza del matrimonio, pero reunidos y confundidos en una sola unidad, como el matrimonio canónico [sic] les tiene fundidos, bajo las alas de la religión”.

Modesto Falcón, *El derecho civil español, común y foral: Continuación de la exposición doctrinal del derecho civil español*. Sexta edición, enriquecida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Tomo I (Barcelona, 1901), pp. 144-146 [Sección segunda: Del matrimonio en general: 1. Origen y naturaleza del matrimonio. 2. Definición del mismo. 3. Leyes por las que se rige en España. 4. Clases de matrimonio. 5. Legislación foral].

5. *Acto y convención* (de Diego en *Diccionario de Derecho Privado*)

“Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, y muy especialmente respecto a si éste puede ser considerado como un simple contrato, semejante a los demás. Sin embargo, la posición actual de los tratadistas parece ser contraria a esta asimilación. 'Aun cuando el Código canónico –escribe el Prof. de Casso, refiriéndose a esta interesante cuestión– y antes el Concilio de Trento empleen las palabras contrato referida al matrimonio, no puede prescindirse de la inseparabilidad que el Derecho canónico declara existir entre el Sacramento y el contrato (c. 1.012), y, además, tampoco olvidarse que el matrimonio no podía ser nunca un contrato normal como los demás, sino sui generis, como afirman los mismos que sostienen su carácter contractual (Cimbali), puesto que, de una parte, no hay contratos de efectos personales perpetuos, sino todos ellos rescindibles por mutuo disenso, y de otra, el matrimonio no puede acomodarse a la doctrina general sobre el objeto y la causa; porque nunca la persona humana como tal, puede ser objeto de relaciones jurídicas (sino sus actos), ni el lucro o la liberalidad (causas genuinas contractuales) son la causa del matrimonio'. Y en el mismo sentido se expresan otros autores, como De Diego, según el cual 'el matrimonio no es un contrato en su fondo, aunque sí en su forma, debido a la expresión del consentimiento de los interesados; será, en su aspecto jurídico, un acto y hasta una convención, pero nada más, porque la ley civil no hace otra cosa respecto a él que

reconocer los efectos que de su naturaleza se derivan, y, además, exigir que convenientemente se acredite su celebración ”.

*Diccionario de Derecho Privado*. Directores: Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Tomo II. G-Z. Reimpresión (Barcelona: Labor, 1961), p. 2617. [‘Doctrina general sobre el matrimonio. Su concepto y naturaleza jurídica’, p. 2617. ‘Matrimonial’ (Derecho) (Derecho Canónico), por Manuel Jiménez Fernández, pp. 2614-2616. ‘Matrimonio’, por Plutarco Marsá Vancells, pp. 2616-2625. ‘Matrimonio católico o sacramental’ (D. Cn.), pp. 2625-2626, por M.J.F. ‘Matrimonio civil’ (D. Cn.), por M.J.F., pp. 2626-2627]

6. *Acto Jurídico familiar nominado* (Díaz de Guijarro)

“Díaz de Guijarro lo menciona entre los actos jurídicos nominados [de Derecho familiar]”

Díaz de Guijarro, “El acto jurídico familiar” y “Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar”, en *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, t. VI, pp. 189 y ss. [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

7. *Acto natural, acto moral, acto jurídico, acto religioso* (Emilio Reus)

“El matrimonio no es un sacramento, ni un contrato, sino que según las aficiones, según las circunstancias y según los poderes ante los cuales debe asegurarse su existencia, dicho acto natural va revistiendo la forma más conveniente en el exterior para ser público y notorio como conviene que lo sea siempre, para ser protegido por el Estado, afirmado por la conciencia religiosa y proclamado como un hecho moral cierto en medio de las mudanzas y de las inconstancias de las sociedades” (p. 211)

Y más adelante:

“El matrimonio no es un contrato, ni es un sacramento, como se entiende vulgarmente, sino que es uno de esos pocos actos en que intervienen . . . todas las facultades del hombre, y por esto ante el mundo religioso, ante el mundo político y ante el mundo moral se convierte, mirado por su respectiva fase, en un acto moral, en un acto jurídico, o en un acto religioso”. (pp. 218-219).

Emilio Reus, “El matrimonio civil y el divorcio”: I. El divorcio en la legislación. II. Carácter del matrimonio. III. Los defensores del divorcio [pp. 210-224]. IV. La separación y el divorcio. V. Causas del divorcio, según Naquet. VI. Razones de nulidad de ciertos vínculos [pp. 476-593]. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Publicada por don José Reus y García con la colaboración de distinguidos juristas y publicistas. Año vigésimo-octavo. Tomo LVII (Madrid, 1880)

8. *Acto unilateral del Estado* (Cicu)

“El matrimonio es un acto unilateral del Estado”.

Cicu, *El Derecho de familia*, trad. de Sentís (Buenos Aires, 1974), pp. 308 y ss. [en Castán, *ob. cit.*, pp. 105-108]

9. *Comunidad de vida* (Vázquez Bote)

“La razón de ser de esta dificultad para calificar el matrimonio en su naturaleza parece derivar de una circunstancia muy simple: el matrimonio ofrece unitariamente dos aspectos que no son compaginables: de un lado el aspecto comprensivo de las relaciones personales, con relación al cual se observa un serio retraimiento del ordenamiento jurídico, quien, casi siempre, evade el punto remitiéndose a las costumbres del grupo social para fijar el elemento normativo de las correspondientes conductas; de otro lado, las implicadas relaciones de índole patrimonial. Respecto de éstas, ningún inconveniente serio habría para configurarlas como relaciones contractuales, como supone el mismo CC, cuando en el título III, del libro IV regula el contrato de bienes con ocasión del matrimonio. Pero es el primer aspecto el problemático para el Derecho, aunque se ofrezca sencillo en una perspectiva sociológica. Y, precisamente, respecto de ésta, en el matrimonio sólo cabe reconocer una comunidad de vida”.

Eduardo Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, *RGLJ*, nº 3 (marzo, 1976), pp. 237-284, esp. pp. 239-241.

10. *Vínculo*

a/ Hugo E. Gatti

“El vínculo que genera el matrimonio y las obligaciones y derechos que de él derivan, si bien participan de la naturaleza especial del Derecho de familia, difieren también de éste por sus peculiaridades. El vínculo no es de parentesco ni de afinidad”.

Hugo E. Gatti, “Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges”, *RGLJ*, año CVII, segunda época. Tomo XXXIX (207 de la colección) Madrid, nºs 1-2 (julio-agosto, 1959), pp. 7-140, esp. pp. 7-8 [1. Naturaleza del vínculo]

b/ Lehmann:

“Atracción física y necesidad espiritual son los factores que inducen a los cónyuges a buscarse, y en principio se buscan a sí mismos. *El matrimonio se concluye como vínculo individual destinado a la recíproca satisfacción y complementación.* En la medida en que esta finalidad alcanza y da lugar en cada uno de los cónyuges a sentimientos de comprensión y protección, pasa la unión individual a convertirse en unión social”. (el subrayado es mío)

Lehmann, *Tratado*, trad. española, IV, p. 21 [en Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, cit.]

Considero de excepcional importancia las palabras de Lehmann que tan providencialmente transcribe el profesor Vázquez Bote, en *nota*, para el propósito de su epígrafe sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. La expresión “*el matrimonio se concluye como vínculo individual*” no puede ser ni más feliz ni más honda. Engancha, de un lado, con la mejor comprensión de la institución matrimonial tal y como la entendían los romanos: un consentimiento renovado día a día; consentimiento y voluntad que, naturalmente, nacen con vocación de persistencia indefinida o perpetua, y de los que, en buena lógica, sólo se puede predicar –en su naturaleza de realización en proceso– que *pueden* llegar a ser plenamente, que pueden llegar a concluirse, aunque sea indiferente la constatación de ese estadio o desideratum ideal, de ese llegar a ser o concluirse; puesto que tal noción responde a la más calificada esencia de servir de acicate, de virtualidad; no de situación conseguida ni realizada plenamente.

De otro lado, conecta, creemos que sin ninguna violencia de principios jurídicos, con la posibilidad de resolver los contratos precisamente de tracto continuado o sucesivo (o diferidos, según las terminologías).

Respecto a la cita de Lehmann, de nuevo, creo que su expresión se acerca a mi sentir de que el matrimonio es algo que “acaba por ser”; que en tanto que se *está siendo* en proyectos y en proceso, en esa medida llegará a ser; y del que únicamente debiera hablarse en tiempo perfecto: “he estado matrimoniado, he sido casado”, etc.

#### IV. REFUTACIONES Y REVISIONES RECÍPROCAS DE LAS POSICIONES ENUNCIADAS

Pretendemos exponer en esta Sección las refutaciones, revisiones y puntualizaciones que se han hecho recíprocamente de sus respectivas teorías los autores anteriormente incorporados. El desmantelamiento de posiciones que resulta de este fuego cruzado de todos contra todos (aun de los mismos autores respecto de sus propias teorías, mediante matizaciones o salvedades), nos da pie para ensayar nosotros, en la última sección de este trabajo, una aportación crítica al tan debatido problema de la naturaleza jurídica del matrimonio.

##### A. DE LAS TESIS CONTRACTUALISTAS

###### 1. Albaladejo:

“Muchos lo califican de contrato [al matrimonio]. Lo que sólo es admisible tomando la palabra *contrato* en el sentido de *acuerdo de voluntades* o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia *patrimonial*” . . . . .

“Los contrayentes, prestando su consentimiento, crean por su voluntad la unión entre ellos. Pero a eso es a lo que se reduce la autonomía de tal voluntad, a casarse o no. Mas por lo demás, la regulación del matrimonio la da la ley de forma imperativa; siendo así, pues, que los contrayentes, en principio, no pueden

establecer ningunas reglas que rijan su matrimonio, sino que se limitan a acatar la regulación del mismo predispuesta por la ley”

Manuel Albaladejo, *Instituciones de Derecho civil: II: Derecho de bienes, familia y sucesiones*. 2ª ed. (Barcelona: Bosch, 1975), pp. 383-384 [2. Naturaleza del acto creador del matrimonio]

2. Alemany Gal-Boguñá:

“El matrimonio no es, según nuestra Ley, un auténtico contrato, sino un contrato *sui generis*, o sea, especial, dados sus efectos regulados por la Ley y en el que las partes no son libres de establecer, como en otros, cláusulas y condiciones como, por ejemplo, la de no poderlo disolver jamás por la voluntad de ambos cónyuges”.

*Todo sobre matrimonio y separación*, pp. 7-8

3. De la Cámara Álvarez:

“El Derecho positivo no puede tratar el matrimonio como si fuera un contrato civil más, sujeto al principio de la autonomía de la voluntad. No es admisible un matrimonio condicional ni a término, ni tampoco que, al ser indefinida su duración, las partes ostenten el derecho de denuncia, como si se tratase de una mera sociedad civil. Incluso es rechazable, en mi particular opinión, que baste el consentimiento de los cónyuges para disolver una relación jurídica que, sin embargo, nació gracias a ese consentimiento aunque en sentido inverso”.

“Ante la reforma del Derecho de familia”, p. 22.

4. Castán Tobeñas:

“La opinión actual ha reaccionado contra dicha orientación [contractualista] y niega al matrimonio el carácter de contrato, aduciendo, entre otras, varias razones decisivas: a) Que no basta que se dé en el matrimonio un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato, pues contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, las cuales no pueden disciplinar la relación conyugal de modo contrario al establecido en la Ley. b) Que es ajena también al contrato la materia sobre que recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquél. c) Que todas las normas de los contratos, y entre ellas el principio del mutuo disenso, son inaplicables al matrimonio”.

*Derecho civil español, común y foral*, cit. pp. 105-108

5. Alfonso de Cossío:

“En relación con el matrimonio civil, la escuela de la exégesis admitía sin discusión la idea del matrimonio-contrato, que sigue siendo en la actualidad la más extendida, siquiera se hayan formulado contra la misma serias objeciones,

porque no basta, se afirma, la existencia de un negocio jurídico bilateral entre las partes para poder hablar, sin más, de un contrato. Contra lo que sucede en los demás contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes: éstas no pueden aquí estipular condiciones y términos, ni adicionar cláusulas ni modalidades, ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido por la Ley; la libertad no se da sino cuando se trata de regular intereses patrimoniales, y aun en este caso muy limitadamente. Opuesta a la idea de contrato e inconciliable con ella, se continúa, es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso. Por otra parte, es también ajena al contrato la materia sobre la cual recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención las relaciones personales y familiares.

Es evidente que al contraer matrimonio los dos esposos no fijan el contenido de su estado de gentes casadas, sino que se limitan a aceptar el estatuto predeterminado por la Ley, al que nada pueden añadir o restar, por lo que el alcance del acto matrimonial se limita a la aceptación libre y voluntariamente de ese sistema de derechos y deberes, y sólo en este sentido de pura adhesión a un determinado orden normativo puede decirse que es el matrimonio un contrato, es decir, un negocio jurídico bilateral, sujeto al régimen de las declaraciones de voluntad libres, pero carente de eficacia reguladora o estatutaria, a no ser que prefiera decirse que las partes hacen suyas, por esa aceptación, las normas fijadas por el legislador para la regulación de tal estado”.

*Instituciones de Derecho civil, 2. Derechos reales . . . pp. 730-731*

6. *Diccionario de Derecho Privado:*

“Mucho se ha discutido en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, y muy especialmente respecto a si éste puede ser considerado como un simple contrato, semejante a los demás. Sin embargo, la posición actual de los tratadistas parece ser contraria a esta asimilación. ‘Aun cuando el Código canónico –escribe el profesor De Casso, refiriéndose a esta cuestión– y antes el Concilio de Trento empleen las palabras contrato referida al matrimonio, no puede prescindirse de la inseparabilidad que el Derecho canónico declara existir entre el Sacramento y el contrato (c. 1.012), y, además, tampoco olvidarse que el matrimonio no podía ser nunca un contrato normal o como los demás, sino sui generis, como afirman los mismos que sostienen su carácter contractual (Cimbali), puesto que, de una parte, no hay contratos de efectos personales perpetuos, sino todos ellos rescindibles por mutuo disenso, y de otra, el matrimonio no puede acomodarse a la doctrina general sobre el objeto y la causa; porque nunca la persona humana como tal, puede ser objeto de relaciones jurídicas (sino sus actos), ni el lucro o la liberalidad (causas genuinas contractuales) son la causa del matrimonio’ ”.

*ob. cit., p. 2617*

7. Díez-Picazo:

“Por dos órdenes de razones ha negado algún sector de la doctrina la naturaleza negocial del acto de celebración de un matrimonio. Es el primero la imposibilidad de que los contrayentes determinen de modo autónomo el contenido de la relación jurídica que crean. Los contrayentes no pueden alterar el esquema legal de sus recíprocos derechos y deberes, ni sustituirlo por otro. . . . + + +

El segundo orden de razones se funda en la intervención necesaria de los órganos del Estado para obtener la consecuencia de que el matrimonio es un acto de poder estatal. . + + + +

Otra vigorosa corriente doctrinal ha discutido la admisibilidad del negocio jurídico familiar, con base en el hecho de que los efectos jurídicos de los pretendidos negocios familiares no derivan *ex voluntate*, sino *ex lege*. Según esta dirección, para que exista negocio jurídico es menester que el derecho objetivo admita no sólo la producción de unos efectos jurídicos en virtud de una declaración de voluntad, sino que esta declaración de voluntad los determine y modele. Y los efectos jurídicos de los actos familiares no están determinados por la voluntad, sino por la ley. Podrán existir en el Derecho de familia lo que la doctrina llama ‘actos semejantes a los negocios’, pero no auténticos negocios jurídicos”.

“El negocio jurídico del Derecho de familia”, pp. 778-780

8. Espín Cánovas: [Este autor, como tal vez se haya ya observado, se abstiene de dar su opinión personal de la naturaleza jurídica del matrimonio. Sin embargo, es prolijo en pasar revista a las teorías en existencia. Veamos]:

“Frente a la tesis contractual se alega que no basta el acuerdo de voluntades, para caracterizar al matrimonio de contrato, ya que el contenido de la relación matrimonial está sustraído a la libre voluntad de los contrayentes; y tampoco cabe destruir el vínculo por el mutuo disenso, como acontece en los contratos . . . .

Estas oposiciones se pretenden salvar calificando el matrimonio de contrato *sui generis* (Cimbali), o bien considerando que si no cabe calificarlo de contrato, sería al menos una convención o un negocio jurídico de Derecho familiar . . . . + + + +

. . . . + + pero en definitiva, estas derivaciones de la tesis contractualista adolecen de sus mismos defectos ....

Desde otro punto de vista, se ha negado también el carácter contractual del matrimonio, fijándose en la necesaria intervención de una persona distinta de los contrayentes, que ha de autorizarlo, por lo que parece que la autoridad de éstos sería insuficiente para dar vida al matrimonio, con lo que nos alejamos del concepto del contrato. Dentro de esta dirección la tesis más radical ha sido mantenida por el prof. Cicu, que llega a reducir el valor del consentimiento de los cónyuges a mero presupuesto del matrimonio (civil), que se constituiría por la correspondiente declaración del funcionario encargado de asistir por parte del Estado a su celebración . . . . . Menos radical es la posición de quienes, como Ruggiero, abandonando la tesis contractualista, estiman que el matrimonio es un ‘negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado –agrega– resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un acto puro administrativo o un acto público, lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado’ ”.

Diego Espín Cánovas, *Manual de Derecho civil español*. Vol. IV. *Familia*. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956), pp. 15-19 [3. Naturaleza jurídica del matrimonio] Vid. vol. IV, ed. 1975, “Naturaleza jurídica”, pp. 18-21

9. Giménez Fernández:

“La doctrina escolástica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, demasiado influida por los romanistas medievales, en su deseo de tutelar la libertad personal de los contrayentes, había decidido que cada matrimonio surgía como contrato consensual equiparado a los demás de esta clase, y cuyo efecto obligatorio es el *debitum coniugalis*, cuya realización implica la indisolubilidad del vínculo conyugal. Pero, desgraciadamente, su insuficiente precisión doctrinal acerca del importantísimo papel que en los contratos desempeña la causa, condicionadora de las características esenciales especificadoras del contrato, al ordenarlo convenientemente a su fin, tan transcendental en el matrimonio, les había hecho extremar aquella equiparación”.

Manuel Giménez Fernández, *La institución matrimonial: Según el Derecho de la Iglesia Católica* (Madrid: CSIC: Instituto Francisco de Vitoria, 1943), pp. 49-55.

10. La Cruz Berdejo:

“Dentro del Derecho privado y por su propia naturaleza, el matrimonio es una institución especialísima. Por eso, aunque para subrayar que su esencia radica en el consentimiento y por influencia de la glosa romanista, la doctrina canónica, a partir del s. XI, lo calificó de *contractus*, nunca olvidó sus profundas diferencias con los contratos patrimoniales, *ni la distinción entre el momento consensual de la formación del vínculo, y el régimen sucesivo del status conyugal*”.

(el subrayado es mío)

José Luis Lacruz Berdejo, *Derecho de familia: El matrimonio y su economía. Tratado teórico-práctico de Derecho civil*. Tomo IV, vol. 1º. Con la colaboración en los caps. II a IV, de Francisco de Asís Sancho Rebullida (Barcelona: Bosch, 1963), pp. 37-38.

11. Puig Peña:

“Pero quizá por esas consecuencias desmesuradas que se han querido deducir o, más bien, porque no se dan propiamente en el matrimonio las fundamentales características de los contratos (ya que no surgen de él sustancialmente obligaciones de carácter patrimonial, sino eminentemente morales; falta, además, el objeto, reducido, como se sabe, en los contratos a la prestación de cosas materiales o servicios, pero nunca a la entrega recíproca de dos personas en toda su integridad, y carente, así mismo, la causa, pues que en aquéllos es la liberalidad o el interés, y en el matrimonio no puede admitirse, como dice un autor, en el terreno de los principios otra causa que el amor), la doctrina moderna se empeña en negar al matrimonio su carácter tradicional de contrato”.

Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. *Derecho de familia. Vol. I. Teoría general del matrimonio* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953), pp. 31-34

12. Vázquez Bote:

“En efecto, la teoría contractualista, aparece completamente superada –como es de todos conocido– desde el momento en que, bajo sus esquemas, habríamos de reconocer que el objeto del contrato estaría constituido por los propios cónyuges, y sabido es que los sujetos de la actividad jurídica no pueden ser objetos de la misma. Aparte de ser muy discutible que el contenido de la relación matrimonial pueda configurarse como objeto contractual”.

“Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, cit., pp. 239-241.

13. Barbero:

“Para la mayoría de los juristas modernos, hablar del matrimonio como de un ‘contrato’ les resulta repugnante. La razón la hemos visto ya, en la parte general, al ocuparnos de la clasificación de los ‘negocios jurídicos’ (retro, n. 214), y explicábamos allí el alcance y valor del art. 1.321, que traduciendo al código dicha repugnancia de prejuicios, ha definido el ‘contrato’ con la estrecha referencia al elemento ‘patrimonial’, *concluyendo así, no en una definición del contrato como tal sino en la del contrato patrimonial*. (el subrayado es mío) + + + + +

Ni tiene mayor peso contra su contractualidad el hecho de que en el matrimonio se suprima toda autonomía de querer, a las partes contratantes, que no puedan imponerse condiciones o plazos, que no haya posibilidad de disolución por mutuo consentimiento, en una palabra, que el querer de los novios tenga que estar canalizado por un esquema rigurosamente determinado y típico, que no puede ser más que aceptado *in toto* mediante un simple *sí*, o rechazado *in toto*, mediante un *no* [Es la objeción nuevamente propuesta por Cicu, en *Ius*, (1945), p. 381]. Todo ello (que, sin embargo, es inopugnable), no nos parece proporcionado a la negación de la contractualidad. Es también un prejuicio que el contrato en sí tenga que ser soluble por mutuo consentimiento, porque como tales se presentan los contratos patrimoniales; que deba consentir el tira y afloja de las negociaciones hasta un punto de equilibrio libremente apreciado por las partes, más que categóricamente determinado por la ley; que tenga que ser susceptible de plazo y condiciones. Esto no atañe a la estructura del ‘hecho contractual’ en sí (que se agota en un libre intercambio de consentimientos, cual se encuentra, indudablemente también en el matrimonio), sino a la disciplina de la relación que de ello se sigue, o de algunos particulares tipos de contratos. *La prueba está en que caería la objeción si se admitiese el divorcio*; el cual, sin embargo, reacciona, como es claro, sobre la disciplina de la ‘relación’, y no ya sobre la naturaleza de su hecho constitutivo. (el subrayado es mío)

Finalmente, último y más preciso argumento [Es el mismo Cicu (*ob. cit.*, p. 386) quien cree deber destacar que para su tesis hace más hincapié en las razones de sustancia (de las cuales aquí, en el n. II), que en esta formalidad], la contractualidad del matrimonio es negada por la intervención del Estado en su

celebración. . . esa intervención, que se concreta en la presencia del oficial del estado civil, que, una vez recibido el consentimiento de los novios, los proclama solemnemente unidos en matrimonio, se le atribuye una eficacia *constitutiva* de la unión misma: por algún autor en el sentido de que en ella precisamente consistiría el verdadero ‘hecho constitutivo’, descendiendo el *consentimiento de los novios* a la función de *presupuesto* –así sea indispensable– *para la legitimidad y la eficacia de la declaración del oficial*; por otros, en el sentido de que, uniéndose a la ‘declaración de voluntad’ de los novios, formaría con ella *un solo todo constitutivo (negocio complejo)* [En ese sentido De Ruggiero, *Istituzioni di dir. civ.*, II, p. 64. Por el acto complejo se ha pronunciado también Vassalli (*ob. cit.*, p. 84) pero quien ha hecho notar que la declaración del oficial es de carácter *recognoscitivo*, esto es, no negocial; lo que ha dado modo de destacar una incongruencia con la figura del acto complejo, que resulta de varias declaraciones diversamente influyentes, pero todas ellas de voluntad (Ravá, *Lezioni sul matrimonio*, Padova, 1935, p. 390, quien concluye, por su parte, que se trata, no de contrato ni de acto complejo, sino de *negocio bilateral* acerca de lo cual véase *retro*, n. 214)], que explicaría precisamente la indisolubilidad del matrimonio por voluntad de los novios, supuesto que a constituirlo habría intervenido también la voluntad del Estado”.

Domenico Barbero, *Sistema del Derecho privado*, II. *Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales*. El presente volumen constituye la traducción de la obra italiana *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., revisada y aumentada, en sus párrafos 328 a 610, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962. Traducción de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1967), pp. 34 a 39 [Sección II. El matrimonio como contrato personal. Premisa. I. Requisitos estructurales. 343. Demostración de la ‘contractualidad’ del matrimonio. 344. Definición del matrimonio como ‘contrato’ y su rigurosa ‘tipicidad’ (pp. 34-39)]

14. Carbonnier:

“En todo caso hay que reconocer que el matrimonio no constituye una especialidad contractual más, pues su cometido creador consiste en algo más que en dar nacimiento a simples relaciones obligacionales; en realidad el matrimonio es la fuente de la familia, del estado de los esposos y de la legitimidad de la filiación”.

*Derecho civil*, cit., p. 16 y ss.

15. Rotondi.

“Muchos han negado el carácter contractual [del matrimonio], bien por su contenido netamente extrapatrimonial (reservándose la denominación –como en la terminología legislativa– de contrato de matrimonio a las convenciones patrimoniales que pueden acompañar al matrimonio), bien por su contenido público” . . . . .

Si alguna duda puede presentarse a la dogmática moderna, es, ante todo, la que deriva del hecho de que en la celebración del matrimonio civil

interviene otro sujeto: el funcionario celebrante, lo cual puede inducir –como ha ocurrido a algunos– a pensar que estándose frente a una triple declaración de voluntad, se debe recurrir a la figura del acto complejo”.

*Instituciones de Derecho privado*, cit. pp. 538-539

## B. DE LAS TESIS INSTITUCIONALISTAS

### 1. Carbonnier:

“Parece ser que la tesis del matrimonio-institución es oriunda del historiador Carlos Lefebvre (“Le mariage civil n’est-il qu’un contrat?”, *RHD*, 1902, p. 300) aunque más tarde se haya desenvuelto por autores de procedencias diversas (por ej., Emanuel Levy, *Les fondements du droit*, p. 143, “el matrimonio es un rito que da origen a la familia al consagrar la unión de un hombre y una mujer”) y sobre todo por los escritores católicos (p. ej., Bonnacasse, *Philosophie du C. Nap., appliquée au droit de famille*, 1928, n<sup>os</sup> 92 a 149). Dando acogida a esta tesis, se ha creído posible configurar como indisoluble la unión matrimonial, *aunque quepa preguntarse si no puede ser compatible la idea de institución con la posibilidad del divorcio, puesto que cuando aquélla pierde la aptitud para atender a sus fines naturales viene a convertirse en un cadáver llamado a desaparecer*” (p. 20)

(el subrayado es mío)

*Derecho civil, cit.*

### 2. Jossierand:

“695. 4º. *El matrimonio es una institución de Derecho civil, exclusivamente.*- Este dogma constituye la terminación de una lucha secular entre el poder civil y la Iglesia. Hubo un tiempo en que, bajo el antiguo régimen, el matrimonio era, antes que todo y casi exclusivamente, un sacramento, una institución religiosa, y, más específicamente, católica. Esta posición del problema no debía sorprender, porque la religión católica tenía entonces el valor de religión del Estado; era la autoridad eclesiástica, el derecho canónico quien reglamentaba el matrimonio; eran los tribunales eclesiásticos los que entendían en las *causas matrimoniales*, como era el *sacerdote* quien tenía calidad para proceder a la celebración, y a la imposición del sacramento.

La realeza no podía tolerar indefinidamente esa actuación de la Iglesia en el terreno de una institución vital para la sociedad civil”. (pp. 16-17)

*Derecho civil, cit.* Tomo I, vol. II

### C. DE LAS OTRAS POSICIONES

1. Díez-Picazo (respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del Estado, y del acto complejo).

“La intervención del órgano del Estado es, desde luego, necesaria, hasta el punto de que el matrimonio celebrado sin la intervención del juez municipal o con la intervención de juez incompetente, es nulo, conforme al número cuarto del art. 100; pero de ello no puede de ningún modo deducirse que el matrimonio sea un acto de poder estatal y que sea el juez quien celebra y constituye el matrimonio. El matrimonio celebrado sin la intervención de los testigos que exige el art. 100 es también nulo y no puede pensarse que sean los testigos actores del matrimonio. Se trata en uno y otro caso de requisitos de tipo formal”.

“El negocio jurídico del Derecho de familia”, cit., pp. 778-780 y passim.

2. Lacruz Berdejo (respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del Estado, y del acto complejo)

“El acto constitutivo del vínculo es, ciertamente, un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, y no, como han pretendido ciertos autores, el acto unilateral de una voluntad externa y superior a los cónyuges, o una convención trilateral [Cicu, Vassalli, respectivamente]” . . . . .

“Pero, como observa Jemolo, si la función del oficial es de simple constatación y reconocimiento, sin participar activamente en la constitución del vínculo, la esencia del acto sigue estando en la voluntad de las partes”

*Derecho de familia: El matrimonio y su economía*, cit, pp. 37-38

3. Puig Peña (respecto del acto complejo).

“La tesis del acto complejo no puede aceptarse en aquellas legislaciones que no admiten la intervención del funcionario como constitutivas”

*Tratado de Derecho civil español*, cit., p. 31 y ss

4. Barbero (respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del estado, y del acto complejo).

Permítasenos volver a transcribir, en la expresión exacta de Barbero, lo que este autor refuta a renglón seguido:

“La contractualidad del matrimonio es negada por la intervención del Estado en su celebración. A esa intervención, que se concreta en la presencia del oficial del estado civil, que, una vez recibido el consentimiento de los novios, los proclama solemnemente unidos en matrimonio, se le atribuye una eficacia *constitutiva* de la unión misma: por algún autor en el sentido de que en ella precisamente consistiría el verdadero ‘hecho constitutivo’, descendiendo el

*consentimiento de los novios* a la función de *presupuesto* –así sea indispensable– para la legitimidad y la eficacia de la declaración del oficial; por otros, en el sentido de que, uniéndose a la ‘declaración de voluntad’ de los novios, formaría con ella *un solo todo constitutivo (negocio complejo)* [En este sentido De Ruggiero, *Istituzioni di dir. civ.* II, p. 64. Por el acto complejo se ha pronunciado también Vassalli, pero quien ha hecho notar que la declaración del oficial es de carácter *recognoscitivo*, esto es, no comercial; lo que ha dado modo de destacar una incongruencia con la figura del acto complejo, que resulta de varias declaraciones diversamente influyentes, pero todas ellas de voluntad (Ravá, *Lezioni sul matrimonio*, Padova, 1935, p. 390, quien concluye, por su parte, que se trata, no de contrato ni de acto complejo, sino de *negocio bilateral*: acerca de lo cual véase *retro*, n. 214)], que explicaría precisamente la indisolubilidad del matrimonio por voluntad de los novios, supuesto que a constituirlo habría intervenido también la voluntad del Estado.

Esta concepción –incluso en su segunda formulación, en la que parecería más aceptable– en nuestra opinión, no tiene vigencia, ni aún siquiera a la luz de nuestro Derecho positivo. Y es importante demostrarlo.

Es verdad que el art. 107 prevé la ‘declaración del oficial’ como acto *conclusivo de las formalidades en que hace consistir la ‘celebración’ del matrimonio*; pero el hecho de ser el *último* no autoriza la inferencia de que sea el *más importante*, ni *tan eficiente como el consentimiento de los novios*. La declaración del oficial *cierra la celebración*, o sea, el ‘rito’, pero no cumple ni concluye el ‘matrimonio’, es decir, el negocio. Su contenido mismo lo evidencia. El oficial, en el rito civil, no declara siquiera, como lo hace el celebrante en el rito canónico ‘coniungo vos in matrimonio’ (y sin embargo, aquí, en el derecho canónico, se considera a los novios artífices del contrato y ministros del sacramento) [De este argumento Cicu trata de sacar partido para su tesis (ob. cit., en *Ius*, 1940, p. 392). Pero el argumento se vence en el plano de la eficiencia causativa del hecho en el nuestro como en cualquier otro ordenamiento jurídico. Al hablar en general del ‘hecho jurídico’, hicimos notar ya (*retro*, n. 164: y aquí se prueba la importancia que reviste el planteamiento teórico de los argumentos, a que a menudo los prácticos, –y no solamente los prácticos–, con excesiva ligereza, acusan de vanas ejercitaciones académicas), hicimos notar ya, decimos, que el hecho, incluso en la especie del negocio, no es la causa eficiente de los efectos jurídicos, sino una *conditio sine qua non* de su misma producción por parte del orden jurídico. El orden jurídico es la causa de todo efecto de carácter jurídico (véase, para una más amplia demostración, Barbero, *La rilevanza della volontà del negozio*, varias veces citado).

Ahora bien, cuando Cicu, en apoyo de su tesis, invoca nada menos que la autoridad de Jesucristo en las tan conocidas palabras ‘quod Deus coniunxit homo non separet’, no hace más que sustituir la norma referente a la indisolubilidad del matrimonio por su hecho constitutivo. Sabido es que en el Derecho canónico hay normas de Derecho divino, la remisión a las cuales y la remisión a su autor son totalmente lo mismo. Y si el ministro celebrante dice ‘ego vos coniungo’, ello no quita para que, en el dogma católico, el matrimonio sea un sacramento que tiene por ministros a los contrayentes, no al párroco; el cual no interviene para cumplir el hecho constitutivo, sino para sancionar su efecto en nombre de la norma, según el principio de alcance universal: *uti lingua nuncupassit, it ius esto* (‘tal como la lengua lo determina, así sea el Derecho’)], sino que declara simplemente ‘que ellos están unidos en matrimonio’ (art. 107).

No: 'yo os uno', sino: 'estáis vosotros unidos'. ¿En virtud de qué? De 'vuestro consentimiento', que 'yo he recibido', y que testifico solemnemente'. Por el contenido mismo de esta declaración, se ve, por tanto, que la intervención del oficial no es ad constituendum, sino ad celebrandum, esto es, a hacer solemne el hecho constitutivo cumplido por los novios.

Y en esta su calidad, la declaración del oficial no es 'de voluntad' – negocio jurídico– sino 'de ciencia' –acto jurídico–, y como lo hemos hecho notar, tiene valor reconocitivo. Además, y esto acaso tenga mayor importancia, no es un acto discrecional sino debido y vinculado [véase aquí Carnelutti, *Teoría generale*, p. 289], una formalidad de oficio. El oficial no declara una voluntad discrecional del Estado de unir a los novios en matrimonio, sino que recibe y testifica solemnemente su 'declaración de quererse unir' y los proclama unidos: los proclama unidos, no porque quiere, sino porque debe, quedando, por tanto, enteramente a merced de la voluntad de los novios ritualmente manifestada.

Ahora bien, sería muy extraño –y la incongruencia se alza contra la tesis de la constitutividad de la intervención del Estado– que el Estado perdiese su libertad de movimientos, su poder de iniciativa, precisa y solamente ¡en el momento culminante! La soberanía no es compatible con el vínculo. En consecuencia, el Estado tiene que ganar en dignidad al retirarse a la posición de alto y severo moderador de la formación del 'hecho' y de la disciplina de la 'relación', cediendo a las partes la iniciativa de constituirlo. [Advertimos, no sin complacencia, que, de la admisión de esta tesis de la contractualidad del matrimonio, distintos tribunales (Génova, 29 de mayo de 1946, *Giur. it.*, 1949, I, 2, p. 360; Mondovi, 7 de julio de 1949, *Foro pad.*, 1949, I, p. 995), han tomado argumento para reconocer la posibilidad de simulación del consentimiento (ampliamente admitida por el Derecho canónico) y, por consiguiente, la nulidad del matrimonio. Nos abstenemos, naturalmente, de valorar si la realidad de la simulación ha sido reconocida con razón o sin ella en línea de hecho (sin razón, según Bianco, en el caso decidido por el tribunal de Mondovi), pero nos adherimos toto corde al principio de Derecho, principio, por lo demás, acogido también por otros que reconocen la contractualidad del matrimonio (véase Jemolo, *Il matrimonio*, p. 93; Stolfi, *Teoría generale del neg. giur.*, p. 193); opugnado en cambio, por la doctrina opuesta (a la cabeza Cicu, *Diritto di famiglia*, p. 237)]

IV. Por lo demás, todo ello no quiere decir que la intervención del Estado carezca de relevancia. En la parte general hemos conocido el instituto del 'requisito de eficacia' o 'conditio iuris' del negocio jurídico (*retro*, n. 265). Precisamente a él tenemos que reconducir la declaración atestativa del oficial respecto de la declaración contractual de los novios: conditio iuris de su eficacia. Pues bien, la conditio iuris concurre ciertamente con el negocio a formar una hipótesis compleja como dato suficiente para la producción de los efectos negociales (esto es, de los efectos del negocio como tal), pero no penetra en la estructura interna del negocio, fundiéndose con él en un todo que pueda denominarse negocio complejo: dentro de la hipótesis, queda, sin embargo, fuera del negocio, precisamente como requisito –pero requisito externo– de su eficacia.

Dentro de este orden de ideas se explican la disciplina del contrato de matrimonio [Por la naturaleza contractual del momento constitutivo del vínculo matrimonial, véase también Jemolo, *Il matrimonio*, p. 33; Barassi, *Famiglia legittima*, p. 109; Ferrara, *Diritto delle persone e di famiglia*, p. 205] después de su celebración, las causas de nulidad que gravitan todas ellas sobre el hecho

central de la declaración de los novios, el hecho mismo del anulamiento, que ocurre sin atacar a la declaración del oficial, la cual cae automáticamente con la caída del negocio, del cual debía constituir requisito de eficacia”.

*Sistema del Derecho privado*, cit. pp. 34-39

5. Rotondi (respecto del acto complejo)

“Tampoco esta construcción [teoría del acto complejo] persuade, siendo tan diversa la participación de la voluntad de los contrayentes y la del funcionario celebrante, el cual, en realidad se limita a sancionar con su participación el efecto de la declaración de voluntad de los esposos. Participación que es indispensable, pero que pasa a un segundo plano respecto al consentimiento otorgado por los esposos. Y es interesante poner de relieve que, en la misma doctrina sacramental del matrimonio, los ministros del sacramento son los propios esposos y no el celebrante”.

*Instituciones de Derecho privado*, cit. pp. 538-539

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS AL ESQUEMA DE POSICIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Ya en la misma apertura de este trabajo anticipábamos que, para fortuna nuestra, una buena parte de la refutación que nosotros hubiéramos intentado de muchas de las teorías enunciadas, nos viene dada en reciprocidad por los autores catalogados. La rotundidad y brillantez de los argumentos en algunos casos nos exime con creces de esa tarea crítica: Sólo tenemos que adherirnos y proclamar la postura que adoptamos. Lo que sí nos resta es dar en un haz sintético, una consideración de aporte global a lo que nos ha antecedido. Desglosaremos, a modo de ensayo organizativo, los siguientes apartados:

1. Se observa en los autores una como irritante diligencia, un afán erudito y reiterativo en exponer las opiniones de los demás y en callarse la suya (v. gr., Espín Cánovas)
2. Las expresiones “puede ser” (Castán), “puede decirse” (Cossío), “parece ser”, “será” (*Diccionario de Derecho privado*), “sería” (García Goyena), “puede ser”, “podría suceder” (Puig Brutau), “nos parece” (Puig Peña), “parece derivar” (Vázquez Bote), “parece confirmar” (Carbonnier), referidas a la valoración de la naturaleza jurídica del matrimonio, demuestran el grado de vacilación de los autores que así se expresan. Quede constancia de que estas menciones están hechas por vía de ejemplo: el lector interesado podría completar una relación diez veces mayor de expresiones en claroscuro con sólo un repaso atento de los tratadistas transcritos.
3. Se observa, igualmente, una peligrosa inversión metodológica (existencia, podríamos decir, que a su vez genera esencia), y es que se trabaja, se opera desde fuera hacia dentro. Se parte de aquello a lo que precisamente se quiere llegar. Se parte, decimos, de lo que ha dispuesto el orden público-político

constituido por imperio de la Ley, y se abandona la investigación del *deber ser jurídico*, desde dentro hacia fuera. Veamos, siempre por vía de ejemplo, algo de aquello a lo que me refiero:

- a) “Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes” (Castán), a lo que nosotros replicaríamos que tanto Castán como otros autores dan la impresión de confundir lastimosamente *hecho* y *derecho*, por instalarse previa y gratuitamente en una óptica específica. Con más propiedad habría de decirse, no que el matrimonio está sustraído, sino que el ordenamiento jurídico positivo de un país en cuestión *lo sustrae* (que no es lo mismo) en base a razones de orden público, de previsiones demográficas, de confesionalidad, o de lo que sea en cada caso. Desde una óptica divorcista, se operaría un cambio lógico de expresiones: “El matrimonio no está ni debe estar sustraído por rigor natural –y con las limitaciones previstas en caso de existencia de terceros, etc.– a la libre voluntad de las partes. .”, etc.

A nosotros nos parece poco fundada la conclusión crítica de Castán: eclecticismo amontonado, para, en definitiva, fundamentarse en el Derecho positivo en su manera de configurar la naturaleza jurídica del matrimonio. Todo lo contrario de la buena lógica que se pregunta qué vías de desarrollo se han seguido para desembocar en el precepto positivo actual.

- b) “No basta el acuerdo de voluntades para caracterizar al matrimonio de contrato, ya que el contenido de la relación matrimonial *está sustraído* a la libre voluntad de los contrayentes” (Espín Cánovas), donde de nuevo advertimos que el impasse es cuestión de palabras: si en vez de decir “está sustraído” se dijera “se sustrae” por el ordenamiento jurídico positivo de un país en un momento dado, etc., sabríamos a qué atenernos.

Nosotros seguimos observando un bizantinismo retórico asombroso. Cada autor pretende generar realidad del simple juego de la dialéctica, o de la esgrima más o menos afortunada de los juicios, silogísticas agudezas, o hallazgos terminológicos. Nos gustaría volver a puntualizar que, cualquiera que sea la cantidad de autonomía de la voluntad que se admita en la participación en el matrimonio, por parte de los interesados, es sobre esa misma cantidad de negocio privado sobre la que pueden disponer libremente. De otra forma, siempre se llega a la irreverente paradoja (en el terreno de los hechos reales) de que un vínculo, o institución, o lo que se quiera en cada caso, podrá persistir indefinidamente, una vez generado, mientras que la materialización de la convivencia y sus efectos prácticos cambiará de contexto tantas veces como los ejecutores del negocio o interesados decidan modificar su vida en común. Así, un solo primer acto jurídico, es causa de indefinidas materializaciones privadas posteriores.

- c) “Con arreglo a ella [teoría de la institución] el matrimonio, como estado jurídico, representa una situación especial de vida, presidida y regida por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado, que forman un todo, y al cual las partes no tienen más que adherirse” (Puig Peña). A esto, nosotros comenzamos advirtiendo la ambigüedad semántica de “no tienen más que adherirse”, en el sentido de entender, bien ‘no tienen más remedio

que adherirse’, o bien, ‘sólo tienen que adherirse’. Y continúa el mismo autor: “Una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente, y los efectos de la institución se producen de modo automático”, ante lo cual nosotros advertimos igualmente una quiebra en la coherencia lógica y debida; sin contar la carga hasta jocosa que, bien mirado, conlleva la frase “los efectos de la institución se producen de modo automático”: parece como si los cándidos novios tuvieran todo resuelto desde el mágico momento en que dicen “sí”, y no tuvieran que preocuparse más del hecho de la convivencia.

Y es que –repetiremos hasta el aburrimiento– los autores que así piensan y escriben, lo hacen “de fuera hacia dentro”, es decir, no dejándose conducir por la concatenación inexorable de las realidades que se suceden a partir de esa formulación negocial que los interesados establecen mediante su libre voluntad expresada. El método así, “de tesis” o con rima forzada falsea las exigencias lógicas de un desarrollo crítico riguroso. Ni que decir tiene que casi todos estos tratadistas no han contado para sus cálculos con el instituto jurídico del divorcio. Una vez más hay que delatar el poderoso influjo fáctico de la ley, tal y como está configurada en un momento dado por el poder constituido: se parte de ella, sin más, y el resto de las consecuencias se puede prever sin dificultades.

En definitiva, en la casi totalidad de los autores estudiados la supuesta naturaleza jurídica del matrimonio está hecha depender exclusivamente del poder político –no jurídico– coyuntural. Y esto que decimos confirma la perenne vigencia de las palabras de Julius Hermann von Kirchmann, tan destructoras, tan irónicas, tan pesimistas, pero sobre todo, tan realistas, para la ciencia del Derecho: “Tres palabras de rectificación del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel viejo” [*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, p. 17; que decía que los juristas, como los gusanos, viven de madera podrida”. En Federico de Castro y Bravo *Derecho civil de España. Parte general*. Tomo I. Libro Preliminar. *Introducción al Derecho civil*. 3ª ed. (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1955, p. 65], (Vid. también, para idéntico extremo, Joaquín Garrigues, *Temas de Derecho vivo*. Madrid: Tecnos, 1978, p. 355)

4. En el capítulo de las críticas recíprocas que los distintos autores enarbolan respecto de las doctrinas de los demás, séanos suficiente (siempre por vía de ejemplo de lo que ya nos antecede) la constatación de algunos puntos:
  - a) Espín Cánovas refuta, por artificiosas, creemos, las tesis derivadas de la posición contractualista, surgidas como presunta superación de ésta (“pero en definitiva, estas derivaciones de la tesis contractualista adolecen de sus mismos defectos”)
  - b) Lacruz delata el infecundo nominalismo en que los tratadistas han caído al discutir la naturaleza jurídica del matrimonio (“*En el fondo de esta discusión hay mucho de quaestio nominis*”, porque la calificación del acto generador del vínculo matrimonial como acuerdo de voluntades no implica la disolubilidad de aquél ni impide la formación de un status permanente regido por normas imperativas”)

(el subrayado es mío)

- c) Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, de un lado [*Elementos del Derecho civil de España*], y Benito Gutiérrez Fernández [*Códigos o Estudios fundamentales . .*], de otro, se oponen a la formulación taxativa de la *Enciclopedia jurídica española*, por todos, respecto a que el matrimonio sea, por Derecho natural, de naturaleza indisoluble.
- d) Carbonnier, por su parte, con una encomiable economía expresiva, y una lógica, en nuestra opinión aplastante, se cuestiona sobre la pretendida bondad de la teoría de la institución como soporte de la naturaleza jurídica del matrimonio:

“Dando acogida a esta tesis, se ha creído posible configurar como indisoluble la unión matrimonial, aunque quepa preguntarse si no puede ser compatible la idea de institución con la posibilidad del divorcio, puesto que cuando aquélla pierde la aptitud para atender a sus fines naturales viene a convertirse en un cadáver llamado a desaparecer”. . .

Aprovechamos este momento para insertar dos formulaciones del concepto de institución:

Giménez Fernández la define como “un sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas en orden a una finalidad y públicamente conocidas, al que libérrimamente prestan su adhesión las personas capaces de ello, obligándose a su cumplimiento respecto al copartícipe cuya libre elección les compete” [Lacruz, *Derecho de familia*, cit, pp. 37-38]

Francisco Ferrara escribe:

“Hay además una segunda categoría de figuras sociales que se presentan bajo el ropaje de la personalidad jurídica. Mientras en las asociaciones un fin común provoca en torno a sí la reunión de varios individuos que voluntariamente se reúnen para su consecución, a veces el fin está *predeterminado* por la voluntad de un solo individuo, por la iniciativa de una sola persona –fin que tiene carácter duradero, indefinido–, y como la persona que lo ha determinado no puede, por la duración insuficiente de su vida, atender perpetuamente a su realización, *quiere y ordena* que otras personas, con arreglo a ciertos criterios fijos, vengan después de él a continuar su obra, de modo que por la sucesiva y no interrumpida cadena de aquellos que ponen su actividad al servicio del fin, éste pueda recibir una actuación estable. A estas figuras las llamaremos *instituciones*”

Francisco Ferrara, *Teorías de las personas jurídicas* (Madrid: Editorial Reus, 1929), p. 6

- e) Barbero, al tiempo de pronunciarse por la contractualidad del matrimonio, fulmina las objeciones contra ésta, venidas de la imposición fáctica de la norma estatal, con el sencillo argumento de considerar hipotéticamente admitido el divorcio (“la prueba está en que caería la objeción si admitiese el divorcio”).

En síntesis, Barbero refuta lo siguiente:

- Que el contrato deba ser puramente patrimonial
- Que en el matrimonio se limite la facultad negocial de los contratantes.
- Que el contrato tenga que ser *soluble* por mutuo consentimiento.
- Que la intervención del Estado en la celebración del matrimonio tenga naturaleza *constitutiva*. O sea, las aportaciones más originales al tiempo que sofisticadas de la doctrina italiana, respecto a la supuesta naturaleza jurídica del matrimonio como “acto unilateral del Estado” (Cicu) o como “acto administrativo” (Ranieri); como “acto complejo” (Ruggiero y otros), en base a la intervención constitutiva del oficial del Estado, quedan desmontadas por Barbero con sutil precisión.

A nosotros nos gustaría añadir que la claridad y lucidez de este autor es tonificante y contagiosa. Sanciona en los mejores términos el criterio de sentido común de que a una realidad –sea la que fuere– no se le puede despojar de su carácter de contrato porque la ley positiva lo imponga. Semejante desafuero, a fuer de frívolo, es falso, porque supondría la escisión irreconciliable del mundo del Derecho en un relativismo insostenible, a saber: que allí donde la ley positiva permite el divorcio, la naturaleza jurídica de los contratos o negocios es distinta de la naturaleza jurídica de esos mismos contratos o negocios donde la ley positiva *no* permita el divorcio. La realidad que se alcanza no puede ser más disparatada. Con todo, quizá lo más palmario de la aportación de Barbero sea su oportuna distinción (a efectos de su ulterior comprensión), entre *contrato patrimonial* –en el que se suelen quedar todos los tratadistas– y *contrato en sentido amplio*.

f) Jossierand, a su vez, refuta:

- La concepción estrecha de contrato (similar a la línea de Barbero).
- Que el matrimonio deje de ser contrato porque sea para la Iglesia católica un Sacramento.

Y además, establece la evidencia de que sólo los *sistemas teocráticos* propugnan la noción de matrimonio = institución religiosa, y niegan la categoría de contrato civil al mismo.

g) Por último, Rotondi rebate las objeciones anticontractualistas en términos igualmente diáfanos: “Si de la naturaleza publicística deriva una característica de inderogabilidad de las normas, desde luego desusada en el campo contractual, esto no impide que el vínculo se establezca siempre sobre una doble y recíproca manifestación de voluntad de los contrayentes”.

h) En lo que respecta al Derecho civil, cuya plataforma es la que hemos adoptado para la botadura de este trabajo a nosotros nos parece oportuno basarnos, en principio, en la postura canonista de que *el matrimonio es un*

*contrato*. Sólo que a la realidad de contrato los canonistas superponen la de sacramento, incurriendo en el gracioso contrasentido de inhabilitar las consecuencias que se desprenden de la *primera consideración de contrato*.

Ahora bien, como venimos repitiendo machaconamente, a la incumbencia del Derecho civil no le atañe la sacramentalidad. Y al mismo tiempo, apuntamos el doble efecto de la tesis canonista: que nosotros también consideramos al matrimonio como un contrato (o negocio jurídico); y que, dando un paso más, nos abstenemos, dentro del Derecho civil, de asignarle cualquier calificación que pertenezca a una determinada órbita religiosa.

5. ¿Qué podemos sacar en limpio de todo lo que antecede? Algo enormemente claro, pero al mismo tiempo, muy difícil de asimilar: que una cosa es el Derecho civil, con sus limitaciones y tanteos; y otra es la esfera de la religión. Ya hemos dicho que las actitudes derivadas de una posición religiosa concreta no son incumbencias del Derecho civil. Sobre el matrimonio pesa una involucración inveterada de los dos órdenes de concepciones, que lo han enmarañado hasta impedir un sereno y desapasionado abordaje de sus supuestos.

Después del camino recorrido, y a estas alturas de nuestra investigación, se nos hace mucho más viable comprender que las supuestas aporías en que parece encallar el ordenamiento civil ante la reglamentación del matrimonio, son provocadas, o mejor dicho, ficticias, *pero nunca reales*, si se ejercita la investigación desde dentro, y *desde un prisma exclusivamente jurídico*.

Se nos patentiza igualmente que el retraimiento sistemático que la doctrina española, sobre todo, ha venido adoptando, es consecuencia directa de la concepción teocrática que ha primado tan intensa y sostenidamente en ese campo de la política de nuestro país. Repito: Si al principio de nuestro estudio carecíamos de datos para asumir conclusión tan directa, y al tiempo tan cándida, como la que acabamos de formular, en este punto de nuestras indagaciones y descubrimientos, ya no es así.

En efecto, se podrá constatar a renglón seguido que en los países de fuerte arraigo teocrático, es precisamente donde la doctrina civilista se ha desentendido de la responsabilidad de reglar el matrimonio desde la óptica civil. No es, así, sorpresa que después de España, sea Italia la que, con las excepciones ya señaladas, más haya escamoteado el problema, esquivándolo, eso sí, mediante concepciones tan originales y artificiosas como nos ofrecen sus tratadistas, pero que en cualquier caso ponen de manifiesto el dique teocrático que impide cualquier otro desarrollo desde el prisma civilista.

Los demás países, ya sin violencia, ilustran de pleno nuestra tesis: Francia, de un lado, ejemplo de equilibrio, ha mostrado con igual energía las dos caras de la misma realidad: sus civilistas (Josserand, por todos) ya nos han dado un ejemplo diamantino de lo que es una visión clara del problema cuando se parte de concepciones coherentes y no mediatizadas. Y así con los demás países europeos de tradición reformista más arraigada. Por último, los países socialistas bien evidente es que desde el principio de su surgimiento han propulsado unas leyes civiles respecto del matrimonio, cuya naturaleza negocial se

corresponde con la existencia del mutuo disenso como el supuesto más palmario de resolución del matrimonio.

La dificultad es, pues, un caso de política teocrática y de conveniencias coyunturales prolongadas (en el caso español) tan atípica e irrazonadamente en el tiempo, como para hacer perder al más avezado estudioso la noción recta de *lo real* y de *lo impuesto*. Si el ordenamiento estatal español se ha desentendido de un predio tan sensible para el Derecho como lo es la parcela del Derecho matrimonial, ello es debido a que la Iglesia católica en España *ha sido, viene siendo, y es todavía* Estado, un Estado dentro de otro Estado.

Creemos que ahora las cosas tendrán que evolucionar a paso rápido. Las democracias, no pueden seguir sosteniendo ni patrocinando “Estados” dentro del Estado. Es a éste, con mayúscula privativa, a quien corresponde la regulación de la parcela de Derecho matrimonial. La aporía real no ha existido nunca. El reparto de jurisdicciones, dentro de la misma órbita de poder, ha propiciado que los casos matrimoniales sobre los que la Iglesia ha venido teniendo autoridad –prácticamente todos– hayan hecho pensar en la inexistencia de un campo civil. Una pura situación de hecho que ha amenazado con hacer perder de vista al profesional la esencia jurídica: una simple existencia que ha amenazado con desvirtuar la esencia. Y hora es de aclarar las cosas. La ciencia del Derecho no puede ser sofocada por coyunturas históricas, por muchos y largos siglos que éstas puedan durar.

Desde la óptica del Derecho civil en que este estudio confiesa estar instalado, tenemos que concluir que el matrimonio es un contrato o negocio jurídico *que si, en un principio, simple*, eventualmente (dependiendo de la existencia o no de terceros, hijos) puede incrementar su complejidad. Esta simplicidad inicial y la posible eventual complejidad han de ser reguladas exclusivamente por el Estado, aplicando a cada una de las dos realidades mecanismos adecuados, proporcionados a la naturaleza de cada realidad. Así, a modo de avance, nos atrevemos a adelantar que el mutuo disenso, como instituto típico dentro de la teoría de la resolubilidad de los contratos, no debe repugnar que pueda aplicarse a la primera fase del matrimonio como negocio jurídico meramente bilateral.

Por lo tanto, y a la luz refractada de buena parte de lo ya expuesto, vemos la esencia negocial del matrimonio acoplarse sin violencia en los tres requisitos necesarios que, como reza el art. 1.261 CC, deben concurrir en la figura del contrato:

Art. 1.261 Código civil:

“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1º. Consentimiento de los contratantes.
- 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3º. Causa de la obligación que se establezca”.

En el negocio matrimonial, podemos ver:

1. *Consentimiento.*
2. *Objeto:* la voluntad de convivencia y la convivencia misma; el conjunto inagotable de virtualidades que ello despliega en el mundo de la relación jurídica. Y si, como oportunamente apunta Jossierand, el matrimonio, por ejemplo, no está vedado ni a los enfermos moribundos, ni a los ancianos, resalta aún más la estrechez de la concepción canónica.
3. *Causa:* La atracción física, el amor. Y si se quiere (o se requiere), la inexorable tendencia de la pareja a la complementación psicosomática.

En síntesis última de consecuencia final, entendemos y repetimos que el matrimonio es un negocio jurídico en el que han de distinguirse dos situaciones, cada una con su respectiva naturaleza, si bien originadas y mantenidas por un mismo acto consensual:

1. Negocio jurídico simple o “puro”.
2. Negocio jurídico complejo, desde la aparición de terceros (hijos)\*

[\*Lo que lleva consigo, una vez más, como una de sus consecuencias más lógicas, su resolubilidad por mutuo disenso en el primer caso; y en los términos que la ley prevea respecto de la protección de los correspondientes terceros, en el segundo]

MATRIMONIO Y OTROS CONTRATOS:  
ASPECTOS COMPARATIVOS, EQUIPARABLES  
Y SUBSUMIBLES MUTUAMENTE

S U M A R I O

I. TIPOLOGÍA GENÉRICA.

1. *De ejecución periódica.*
2. *De tracto sucesivo: prestación continuada e ininterrumpida.*
3. *De tracto sucesivo y de dependencia de futuro.*
4. *De suministro periódico, a largo plazo, de tracto sucesivo y de ejecución muy diferida.*
5. *Bilaterales, onerosos, conmutativos, y de ejecución diferida o de ejecución sucesiva que, al mismo tiempo, tengan un fin peculiar.*
6. *De ejecución continuada o periódica y estipulado 'intuitu personae'.*

II. MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y MATRIMONIO POSTERIOR:  
ASPECTOS CONTRASTIVOS.

III. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA: MATRIMONIO Y SOCIEDAD. (SIMILITUDES Y  
DIVERGENCIAS DE DOS TIPOS CONTRACTUALES).

Según el método propuesto, de pasar a predios cada vez más específicos de nuestra caracterización del matrimonio en su esencia negocial, cumple ahora imbricarlo críticamente con una tipología contractual variada. Somos conscientes de que, sobre todo, algunas de las seis rúbricas de tipología genérica del apartado I –rúbricas que, por otra parte, a fuer de objetivos, y con mayor o menor acierto, hemos sacado de los textos literales de los autores citados– admiten un desarrollo en profundidad y extensión que nosotros no hemos acometido, por jugar este trabajo su principal baza en su poder de suscitación global, y más que nada en los aspectos que nos han parecido carentes de tratamiento en conjunto por la doctrina. Sirva lo dicho, si no de justificación, sí de aclaración de buena fe. Añadamos ya, que lo único que falta, aquello de lo que la doctrina casi en bloque se ha retraído, es dar el nombre de contrato preferentemente al matrimonio, y ver reflejadas en él las características de esta tipología que, a efectos de sistema, dividimos en tres apartados:

## I. TIPOLOGÍA GENÉRICA.

### 1. *De ejecución periódica.*

Para Albaladejo,

“según que originen obligaciones transitorias o duraderas, los contratos son: de ejecución instantánea (p. ej., compraventa) que generan obligaciones de tracto único (la de entregar la cosa); duraderos (p. ej., depósito), que generan obligaciones que implican una conducta permanente (la de guardar la cosa depositada); y de ejecución periódica”<sup>1</sup>.

No se extiende nuestro autor sobre lo que entienda por contratos de ejecución periódica, en el sentido al menos de facilitar por vía de ejemplo el prototipo que mejor se adecuara a la denominación. Empero, no nos debe extrañar este vacío (ya más de una vez delatado por nosotros) de constatar el retraimiento de la doctrina en el momento cumbre en que sólo con *nombrar* a ciertas realidades por su nombre se le abrirían a la teoría jurídica un haz de consecuencias lógicas y enriquecedoras.

Es verdad que la ejecución periódica se concibe mayormente mediante un *dar*, un *hacer* o un *no hacer* alguna cosa que tenga lugar o que se lleve a cabo cada cierta cantidad de fechas o cotas temporales perceptibles. En este sentido, y a efectos de acercar el matrimonio integrativamente lo más posible al espíritu de este tipo de contratos que originan obligaciones duraderas, cabría entender que la periodicidad de las prestaciones en el matrimonio está separada por unidades de tiempo mínimas. Así, el concepto de periodicidad no chocaría incompatiblemente con el de durabilidad y continuidad.

### 2. *De tracto sucesivo: prestación continuada e ininterrumpida.*

“Andreoli –cita Álvarez Vigaray– divide los contratos de tracto sucesivo en las siguientes categorías:

c) Negocios cuya ejecución es caracterizada por la continuidad de la prestación misma que se presenta como una prestación continuada e ininterrumpida, cuantitativamente predeterminada en el tiempo”<sup>2</sup>.

Creemos que con los debidos ajustes de estilo y de mentalidad jurisprudencial, no repugnan al matrimonio las características que observa Andreoli para este apartado de contratos de tracto sucesivo. Por contenido de la prestación continuada e ininterrumpida

podría naturalmente entenderse el art. 68 C. c.: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, en sentido amplio. Por [prestación] cuantitativamente predeterminada en el tiempo, podríamos entender asimismo, sensu contrario, pero con idénticos efectos determinativos, lo que establece el art. 85 C. c.: “El matrimonio se disuelve... por la muerte... de uno de los cónyuges...”.

3. *De tracto sucesivo y de dependencia de futuro.*

En el contexto general de la extinción obligatoria, y más exactamente dentro de la teoría de la cláusula ‘rebus sic stantibus’, se refiere Díez-Picazo a

“contratos que tienen tracto sucesivo” y “contratos que tienen una dependencia de futuro”<sup>3</sup>.

Nos interesa, de momento, recabar el dato terminológico y los hallazgos expresivos que se nos vayan apareciendo y que puedan arrojar luz progresivamente sobre la conveniencia de aplicar al matrimonio un juego de denominaciones, privativa hasta ahora de otros contratos.

4. *De suministro periódico, a largo plazo, de tracto sucesivo, y de ejecución muy diferida.*

Igualmente dentro del marco de la doctrina de la llamada cláusula ‘rebus sic stantibus’ respecto de la eventual revisión del contrato, Santos Briz, al exponer los criterios de la jurisprudencia sobre la mencionada cláusula, menciona

“contratos de suministro periódico, contratos a largo plazo, de tracto sucesivo o de ejecución muy diferida”<sup>4</sup>.

Como se observa, la gama de denominaciones es rica, y entre todas se va formando el núcleo conceptual que, salvando el detalle, podría afectarse a la realidad del matrimonio como negocio jurídico. Ya hemos matizado el concepto de *periodicidad* si queremos que nos sirva para una posible aplicación a nuestro propósito; la expresión “largo plazo” podría conmutarse por la de *plazo indefinido*; tracto sucesivo encaja como noción precursora y general en todo contexto; ejecución muy diferida tiene para nosotros el sentido de que el matrimonio es un proceso en marcha, del que no cabría hablar sino bajo una especie de desideratum en cuanto a alcanzar los fines propuestos; ejecución diferida se opone a ejecución instantánea. Por exclusión, sí podemos asegurar que la idea de instantaneidad es lo que de lleno repugna al concepto que nosotros nos venimos forjando del matrimonio. La instantaneidad aceptamos que da origen al acto constitutivo, precisamente lo que nosotros venimos postulando desde siempre en nuestras posiciones como lo menos significativo de la esencia negocial del matrimonio, o mejor, del contenido del matrimonio.

El término “instantaneidad” se conecta con la concepción canónica que hace descansar la visión medular del matrimonio en el supuesto vínculo creado por la expresión momentánea del consentimiento dirigido a originar el acto constitutivo; visión canónica, precisamos nosotros, que se desentiende de la relación fáctica de convivencia que el matrimonio genera. De ahí que la concepción del matrimonio en el Derecho romano se venga proponiendo como el marco más adecuado para encajar dentro de la configuración contractual-negocial del matrimonio los supuestos de resolución que se afectan, mutatis mutandis, a la

teoría general del contrato. De ahí también que, instantaneidad canónica (acto constitutivo del matrimonio), y durabilidad convivencial, constante la  *affectio maritalis* del Derecho romano (como relación o situación de estado ya constituido), son las dos cotas extremas entre las que discurre la mayor parte de la especulación religioso-jurídica sobre el matrimonio.

5. *Bilaterales, onerosos, conmutativos, y de ejecución diferida o de ejecución sucesiva que, al mismo tiempo, tengan un fin peculiar.*

Por su parte, Espert Sanz, al referirse a la frustración del fin del contrato, dice que ésta

“tiene lugar principal, aunque no exclusivamente, en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución diferida o de ejecución sucesiva, que, al mismo tiempo, tengan un fin peculiar”<sup>5</sup>.

Expresiones todas ellas que admiten un sugestivo grado de encaje con las características que nosotros vemos inherentes en el matrimonio. Que el matrimonio es un contrato bilateral, se exime de toda aclaración, y nítidamente se desprende de los conceptos alojados en los arts. 68 y 67 C. c.: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente” (art. 68). La expresión “están obligados” sin duda que conlleva una cierta carga de compulsión, de coercibilidad: las de “guardarse fidelidad” y “socorrerse mutuamente”, si las desmantelamos del flujo emocional de variado signo que, bien seguro, despertará en protagonistas distintos, según les vaya la peripecia –desde el rechazo visceral por algunos de que guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente sean cargas, a aquellos que sostengan a ultranza justamente lo contrario– prescindiendo de flujos emocionales, decimos, tales expresiones encierran una carga, un sentido coercitivo patente; usando un giro coloquial, pero muy plástico, vendríamos a decir que el matrimonio consiste en ‘estar a las maduras y a las duras’.

Y también: “El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente...” (art. 67 C. c.). La expresión *deben ayudarse* entraña una obligación ejecutiva, potencial, virtual, predominantemente de hacer algo en favor de la otra parte y a expensas de aquel que ejerce la protección, en su caso.

Y por último, que el matrimonio tiene un fin peculiar (aun prescindiendo de la acalorada disputa sobre los fines del matrimonio)<sup>6</sup>, también lo consideramos indiscutible, precisa y paradójicamente, por su discutibilidad.

6. *De ejecución continuada o periódica y estipulado ‘intuitu personae’*

El gran clásico en materia contractual, Messineo, al tratar del agotamiento natural del contrato<sup>7</sup>, ensancha el esquema de correspondencias sugeridas entre el matrimonio y otra tipología contractual más genérica: Contrato de ejecución continuada o periódica, y contrato estipulado ‘intuitu personae’. Bástenos adelantar aquí que acaso no haya caracterización que cuadre más al contrato de matrimonio que la de ‘intuitu personae’. Si la eventual consumación de un contrato como, p. ej., la compraventa, depende en muchos casos y en buena medida, de la confianza personal que las partes se otorguen mutuamente, en el matrimonio la identidad de los contrayentes o ‘contratantes’ es obvio que recaba la esencialidad máxima. Asegurar que el matrimonio es un contrato establecido intuitu personae

es, a estas alturas, el aserto que más conformidad lógica encierra dentro de la tesis que proponemos.

## II. MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO Y MATRIMONIO POSTERIOR: ASPECTOS CONTRASTIVOS.

Me ha parecido oportuno resaltar la estructura del matrimonio en Derecho romano, por lo que de contrastivo y sugeridor pueda tener con vistas a una revisión moderna de las posiciones sobre la naturaleza jurídica del mismo, y de las consecuencias tanto de valor especulativo como de intención práctica que se puedan derivar de una u otra concepción. En otro lugar, y con ocasión de sopesar críticamente el fundamento racional esgrimido en favor de la indisolubilidad matrimonial, incorporábamos las brillantes y serenas palabras de dos insignes romanistas: Juan Iglesias Santos y Juan Antonio Arias Bonet<sup>8</sup>. Ambos testimonios que ahora citamos en *nota*, y otros más, con los que proveeremos este apartado, hunden su razón última en una idéntica convicción: la de que el matrimonio en Derecho romano es un proceso en marcha. Por eso lo estamos comentando en la vecindad del tipo de contratos de tracto sucesivo, porque nos parece que quizá no haya dos realidades jurídicas más equiparables y que, a pesar de las diferencias terminológicas e intencionales que el curso de la Historia les ha impuesto, encierran una urdimbre esencial de idéntica naturaleza: la  *affectio maritalis* es al matrimonio romano lo que la voluntad contractual continuada es a los negocios de tracto sucesivo. Cuando una de ambas cosas falta, deja de existir el matrimonio, en el primer caso; se da lugar a incoar el proceso de resolución del contrato, en el segundo.

“El rigorismo de la Iglesia –dice Mariano Alonso Pérez– tiene su raíz en la doctrina de la imposibilidad de separar contrato y sacramento, que se vio como una realidad verificada *uno actu* y no como un *iter* o camino que no hay por qué recorrer ahora mismo”<sup>9</sup>.

Con estas palabras retomamos lo ya también dejado atrás en lugar distinto, y que consideramos primordial para el recto entendimiento de las coordenadas entre las cuales se libra la pugna conceptual sobre la naturaleza jurídica, o mejor, *vivencial*, del matrimonio, a saber: que el matrimonio es un vector vocacional que, como proceso en marcha (*iter*) aspira a un desideratum, sin tener necesariamente que considerarlo o declararlo alcanzado (Derecho romano); y que el matrimonio viene a ser todo lo contrario: la supuesta creación de un vínculo pretendidamente indisoluble, con fundamento en una declaración de voluntad instantánea que sólo afecta al acto constitutivo, y con total despreocupación de la realidad humana a partir de ese momento constitutivo (sistemas que, como el matrimonio canónico, sostienen la indisolubilidad del vínculo, etc.).

“Para el Derecho romano –según Espín Cánovas–, el matrimonio exigía la coexistencia de un doble elemento: uno, de carácter objetivo, consistente en la convivencia de los cónyuges, que se originaba por la entrada de la mujer en casa del marido (*deductio in domum mariti*); y otro, de carácter subjetivo, constituido por la común y recíproca intención de marido y mujer de convivir matrimonialmente (*affectio maritalis*), elemento que debe perdurar, como voluntad reiterada y no sólo inicial, para que subsista el matrimonio. Este elemento subjetivo o intencional que era predominante sobre el material u objetivo, y este predominio ha sido recogido por algunos textos que ponen de manifiesto la mayor importancia del elemento ético sobre el de la unión sexual, como ocurre en los dos aforismos siguientes: *nuptias non*

concubitus, sed consensus facit; non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio”<sup>10</sup>.

Muy exacta y muy hermosa la expresión de Espín Cánovas en todo este pasaje, sin posible desperdicio, y en el que se nos vuelve a contrastar la voluntad reiterada a la voluntad inicial; la coonestación complementaria del elemento subjetivo o intencional de convivir, y del elemento fáctico, material u objetivo de convivir efectivamente. Y estoy de acuerdo: No conozco nada en toda la ciencia jurídica, como el matrimonio romano, que no sólo no haya envejecido, sino que siga manteniendo vigente su valor de paradigma, muy lejos de ser superado por todo lo que en el mismo campo posteriormente se ha ideado<sup>11</sup>. No debe confundirse, empero, la predominancia que apunta Espín Cánovas del elemento subjetivo o intencional en el matrimonio romano, con la praxis funcional, desprovista de remisiones sofisticadas a cualquier otro supuesto especulativo del tipo que fuere, del mismo matrimonio. Aspecto éste reflejado creemos que sagazmente, por Jörs en los siguientes términos:

“Se puede decir que, en tanto el Derecho matrimonial moderno está construido respondiendo a principios de orden ético religioso, el romano no es sino el marco externo, modelado por la vida jurídica práctica, que encierra la institución del matrimonio como un hecho, aunque condicionado por una tradición religiosa y ética”<sup>12</sup>.

El mismo sentido práctico y fáctico, de estado convivencial, como médula indiscutible del matrimonio romano, ha sido recogido por el profesor Lacruz Berdejo:

“El aspecto de contrato o acto, creación de la relación conyugal, tuvo escasa importancia, al parecer, en el Derecho romano clásico...”.

El carácter del matrimonio romano –sigue haciendo resaltar Lacruz– es

“una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, sino que debe prolongarse en el tiempo, renovándose de momento en momento, porque sin ella la convivencia física pierde su valor, y el matrimonio deja de existir”<sup>13</sup>.

Machaconamente, y con toda intención, estamos haciendo converger este manojo de citas selecto hacia la patentización de cómo los negocios de tracto sucesivo (y los de otras variadas denominaciones que, con distingos terminológicos ocasionales, se subsumen en el espíritu de los de tracto sucesivo) suponen la expresión moderna de lo que el Derecho romano, en el campo del Derecho de familia, y en el instituto específico del matrimonio, había trazado ya con genio maestro.

En otra parte de nuestros planteamientos, dedicada a las posiciones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, Vázquez Bote abordaba el problema con especial sagacidad:

“La razón de ser de esta dificultad para calificar el matrimonio en su naturaleza –escribe Vázquez Bote– parece derivar de una circunstancia muy simple: el matrimonio ofrece unitariamente dos aspectos que no son compaginables: de un lado, el aspecto comprensivo de las relaciones personales, con relación al cual se observa un serio retraimiento del

ordenamiento jurídico, quien, casi siempre, evade el punto remitiéndose a las costumbres del grupo social para fijar el elemento normativo de las correspondientes conductas; de otro lado, las implicadas relaciones de índole patrimonial...

Pero es el primer aspecto el problemático para el Derecho, aunque se ofrezca sencillo en una perspectiva sociológica. Y, precisamente, respecto de ésta, en el matrimonio sólo cabe reconocer una comunidad de vida”<sup>14</sup>.

Es, sin duda, original que Vázquez Bote se sirva de una perspectiva sociológica para incidir con claridad y hondura en la raíz jurídica. Es una muestra más, nunca la última, de la inevitable interdependencia, mejor, convergencia de los campos sociológico y jurídico propiamente dicho en el caso del instituto del matrimonio. Vázquez Bote, por medio de este rodeo o quiebro a la realidad que quiere aprehender (obsérvese que el procedimiento es similar a aquel del que se vale la metáfora literaria para su plasmación), llega a ella, la aborda con especial intensidad.

Así pues, cualesquiera que hayan sido las premisas sobre las que hayamos montado nuestro proceso investigador y lógico, “en el matrimonio sólo cabe reconocer una comunidad de vida”. Estamos felizmente de acuerdo. Pero aún hay más. Inmediatamente después de declarar esto, Vázquez Bote apuntala con una oportunísima nota de Lehmann su aserto de que “en el matrimonio sólo cabe reconocer una comunidad de vida”, a saber:

“Atracción física y necesidad espiritual son los factores que inducen a los cónyuges a buscarse, y en principio se buscan a sí mismos. *El matrimonio se concluye como vínculo individual destinado a la recíproca satisfacción y complementación.* En la medida en que esta finalidad alcanza y da lugar en cada uno de los cónyuges a sentimientos de comprensión y protección, pasa la unión individual a convertirse en unión social”<sup>15</sup> (el subrayado es mío).

Considero excepcional esta cita y las expresiones en ella vertidas, por acercarse a nuestro sentir de que, en primer lugar, la naturaleza vivencial-jurídica del matrimonio no ha variado nunca, y que lo que sí ha cambiado es su tratamiento por parte de los regímenes políticos de cada país y de cada tiempo. En segundo lugar, que, según nosotros, el matrimonio carece de naturaleza jurídica concreta, y que si defendemos su contractualidad, o sea, su esencia negocial, no es porque creamos que el matrimonio es un contrato, sino porque entendemos que el consentimiento personal es el único que tiene poder libre para hacer y para deshacer, y en tal sentido el marco de lo contractual es el más adecuado. En tercer lugar, por entender asimismo que *el matrimonio no es nada*, valga la paradoja, sino un proyecto, una vocación de convivencia o, si se quiere, una vocación de comunidad de vida y amor, expresión que hasta el mismísimo Concilio Vaticano II ha encontrado adecuada. Y decimos que el matrimonio no es nada, al menos nada de lo que se pueda hablar en presente, porque en rigor lo captamos como una situación de la que sólo cabe hablar, instalándose en el futuro, refiriéndose al pasado; o sea, decir que alguien *ha estado* casado, matrimoniado. La realidad probada de cada punto de convivencia o comunidad en el pasado ha de establecerse *necesariamente* desde el punto de futuro que corresponda. Este principio se compagina con el hallazgo psicológico de encontrar absurdo pretender traducir la esencia matrimonial en un “te voy a querer mucho”, sino más propiamente en un “te he querido mucho, y por lo tanto te quiero mucho”.

Decididamente, *el matrimonio es algo que acaba por ser*; que en tanto que está siendo en proyecto y se está haciendo en proceso, en esa mismísima medida tendrá virtualidad de llegar a ser lo que sea, en su caso. Nos hemos permitido subrayar la feliz expresión *el matrimonio se concluye como vínculo individual*, etc., y aun dentro de ella, el *se concluye* tiene una especialísima relevancia para ilustrar el criterio de todos aquellos que sostenemos que la esencia negocial del matrimonio se asemeja *mutatis mutandis* a la de un negocio de tracto sucesivo. También, que el Derecho romano ya estableció una de las dos grandes opciones o esquemas (representada la otra por la posición canónica, ya se sabe) alrededor de la cual siguen girando las especulaciones sobre tan supuestamente polémico instituto. Que el Derecho romano, asimismo, al prestar poca o ninguna atención al aspecto contractual o negocial, en lo que a constitución de esa comunidad de vida se refiere, tampoco especuló con supuestos contractuales o negociales para plantearse la resolución del matrimonio. Pero que nosotros, precisamente por la razón contraria, y al subsistir el espíritu de proyecto de convivencia en marcha en ambas concepciones, sí que podemos y debemos afectar al matrimonio los supuestos de resolución y revocación que nuestro Derecho contempla y tutela dentro del marco de la teoría general del contrato.

Otro aspecto de la tan brillante cita de Lehmann, que no se nos ha pasado desapercibido, es la gradación que establece este autor entre la finalidad individual mediante la unión, también individual, de los cónyuges, y la unión social en que aquélla primera se convertirá eventualmente. Entiendo que, explícita o intuitivamente, Lehmann nos está diciendo algo eminentemente acorde con nuestro sentir y consiguiente propuesta al ordenamiento jurídico, a saber: que hasta la aparición de terceros –hijos–, el matrimonio es un negocio jurídico *económico, simple o puro* (no nos es posible justificar en este momento con más rigor la terminología) al cual, y derivándose de tal contextura intrínseca, se le pueden aplicar sin violencia alguna los esquemas previstos de resolución por mutuo disenso dentro de la teoría general del contrato. Y consecuentemente, la unión social sería el resultado de transformarse ese primer negocio jurídico simple en otro más complejo, ante el factor de la aparición de terceros –hijos–, para la libre virtualidad del matrimonio dentro del marco de las implicaciones contractuales. El paso de negocio jurídico simple (resoluble por mutuo disenso en virtud de su propia naturaleza) a negocio jurídico más complejo o menos simple (resoluble igualmente, previa la salvaguarda por el ordenamiento estatal de los intereses de los terceros o hijos) creemos que se corresponde, de interpretar fielmente las palabras de Lehmann, a lo que éste parece querer plasmar en el doble estadio, unión individual y unión social, que considera inserto en el matrimonio.

En la misma línea de oponer contrato instantáneo, supuestamente creador de vínculo, y *affectio maritalis* romana, está Puig Peña:

“La idea del contrato que no tuvo apenas sentido en el matrimonio romano viene a ser una construcción de la doctrina canónica, que hace derivar del concierto de voluntades el vínculo conyugal. Ahora bien, este consentimiento –a diferencia de lo que ocurre en la *affectio maritalis*– es inicial e irrevocable, no continuo ni renovado de momento a momento. De este modo, la antinomia entre la base consensual y el principio de indisolubilidad del matrimonio se resuelve en el Derecho canónico”<sup>16</sup>.

Un testimonio más que, en todo caso, se incorpora al muestrario de expresiones (inicial e irrevocable-continuo y renovado de momento a momento, etc.) para la misma realidad teórica. Lo que ya no vemos tan coherente es la última parte del párrafo transcrito de

Puig Peña. Como viene siendo, de antiguo, nervio de nuestra argumentación, la superposición canónica de la noción de sacramento –o cuando menos, de institución divina– al consentimiento productor del contrato de matrimonio, es algo que debiera serle ajeno al civilista, y que en modo alguno “resuelve” nada, sino todo lo contrario. Hemos entendido siempre y seguimos entendiendo que esa antinomia irresoluble es precisamente lo que hace de los dos ordenamientos, canónico y civil, dos predios extrañados, alienados el uno del otro, respecto del matrimonio. Cualquier principio dogmático canónico quiebra ante lo que pudiéramos llamar dogma del civilista en materia negocial: el consentimiento desata aquello mismo que ata; más claro: si el consentimiento puede atar, con mayor razón puede desatar.

Nos interesa, por último, y dentro de esta breve relación de doctrina sobre el matrimonio en Derecho romano, traer a nuestro catálogo a un canonista, el profesor Víctor Reina, catedrático de Derecho canónico en la Universidad Autónoma de Barcelona. En seguida distinguiremos unas diferencias de matiz en sus escritos respecto de los autores ya reseñados.

“El matrimonio romano clásico –afirma el profesor Reina– no era un contrato sino una pura situación de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas, en el que ocupaba un lugar condicionante y primerísimo la  *affectio maritalis*, entendida ésta como una voluntad continuada. Pese a todo no era autosuficiente el elemento  *consensual* en la noción del matrimonio romano clásico, puesto que también resultaba esencial el requisito de la convivencia, tal como era entendida en Roma.

Todo eso lleva a constatar el progresivo asentamiento del principio consensual cristiano frente a la tradición jurídica romana. Para esta última, es claro que no cabía confundir la  *affectio maritalis* con una voluntad contractual. Es más, el Derecho romano clásico no preveía ninguna forma especial para manifestar la  *affectio maritalis*, cuya existencia podía ser asegurada a través de cualquier medio y se deducía del comportamiento de los cónyuges entre sí. En consecuencia, el matrimonio genuinamente romano no era un contrato ni formal ni no formal (es decir, ni con forma vinculada ni con forma libre)”<sup>17</sup>.

El profesor Reina comienza diciéndonos que el matrimonio romano no era un contrato, extremo sobre el que creo que no se ha dado ni una sola opinión encontrada. Y termina con idéntico aserto. No dejan de parecernos algo reservadas algunas de las expresiones con las que, entre ambos puntos idénticos y límites (i.e., el matrimonio romano clásico no era un contrato) nos ilustra el profesor Reina, como si encontrara motivos de minusvaloración de la realización jurídica del matrimonio entre los romanos, por el hecho de que no necesitara de formalidad contractual inicial alguna para su puesta en marcha. Es lógico suponer, por otra parte, que esa “pura situación de hecho con sus correspondientes consecuencias jurídicas” (y socio-políticas, añadiríamos nosotros) estuviera asentada en el dato esencial de la convivencia, aun cuando en esto el genio del Derecho romano también sabemos que tenía su flexibilidad. Precisamente la lección más asombrosa de espiritualidad, de armonía vivencial, residía en el dato de que la  *affectio maritalis* “no preveía ninguna forma especial para manifestarse”, ni mucho menos el dato más o menos externo de la convivencia, sino que esta misma  *affectio maritalis* “se deducía del comportamiento de los cónyuges entre sí”. Con esta trabazón de principios ético-jurídicos, ¿para qué iban a necesitar de ninguna otra formalidad como motor de arranque, máxime cuando esa pura situación de

hecho –seguimos parafraseando al profesor Reina– implicaba sus correspondientes consecuencias jurídicas?

Adivinamos –y esto ya es una pequeña aventura de juicio personal que exponemos con todo respeto– que el profesor Reina se siente nostálgico del formalismo que la modalidad cristiana canónica impondría al matrimonio, sin que por ello se modificara la esencia de lo que el matrimonio aspira a ser: comunidad de vida y amor, bien en proceso de desarrollo o frustrada. Y es que la ciencia jurídica canónica, en lo que se refiere al matrimonio, ha sacrificado toda vía de enriquecimiento que presta el estudio de las instituciones romanas, por su irrenunciable defensa del tan aleatorio principio de indisolubilidad<sup>18</sup>. Desde el momento en que se incardina la noción de sacramentalidad, es ocioso rastrear fundamento jurídico civil alguno en el matrimonio. Por eso nos hemos referido (y no sólo nosotros, sino otros autores citados en las páginas de nuestra Tesis doctoral: Cirilo Álvarez Martínez, Enrique Fosar Benlloch, etc.) al matrimonio canónico como una ficción jurídica. Ficción jurídica que de verdad deploramos que sirva de piedra de toque de orgullo de la ciencia canónica en la pluma de algún autor<sup>19</sup>.

Si lo que el profesor Reina quiere decirnos es que el asentamiento del principio consensual cristiano fue adueñándose progresivamente de la situación, no creo que esto nos fuera desconocido a nadie. Y sin embargo, sí podemos asegurar nuestra nostalgia de que los principios jurídicos matrimoniales del Derecho romano hayan sido desbancados, sin ventajas evidentes o indiscutibles para la posteridad<sup>20</sup>.

### III. TIPOLOGÍA ESPECÍFICA: MATRIMONIO Y SOCIEDAD (SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DE DOS TIPOS CONTRACTUALES)

Conforme avanzamos, nos va moviendo la ilusión de que nuestro propósito vaya abriéndose camino entre otra serie diversa de nociones de las que nos queremos distinguir, sin que por ello prescindamos de citar, sobre la marcha, sus rasgos, sus peculiaridades y todo aquello que sin formar parte directamente de nuestro tema, pueda hacerle a éste más destacable, más inequívoco desde sus propios argumentos.

A la equiparación comparativa del matrimonio con una tipología genérica de contratos, nos cumple ahora asimismo confrontar la entidad del matrimonio como contrato, con otro contrato típico, de entidad concreta: *el contrato de sociedad*. Con lo cual pretendemos razonar nuestros reparos sobre el hecho de que el matrimonio no esté regulado en un mayor número de sus tipicidades por las instituciones de Derecho civil; y por otro lado, sobre el hecho de que el contrato de sociedad no aperturice más sus supuestos (en esto coincide parte de la doctrina) para ofrecer de esta manera, por vía de equiparabilidad, ciertas líneas referenciales respecto del contrato de matrimonio. Ejemplo: el contrato de sociedad contempla normalmente un supuesto de disolución, aun existiendo terceros, etc. Es a este punto hacia donde se dirigen nuestros argumentos, para lo cual hemos espigado la doctrina de algunos autores cuya nota común estriba en referenciar de algún modo, mutatis mutandis, ciertas virtualidades, ciertas características implícitas, del contrato de sociedad y del contrato de matrimonio. Partamos como más elemental medio de desbroce de la expresión escueta del art. 1.665 C. c.:

“La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

Sin la labor de aproximación, de cierre de cerco que venimos haciendo, la sola transcripción de este artículo de nuestro cuerpo legal no nos hubiera dejado avanzar. La interrelación del matrimonio con el contrato de sociedad no hubiera sido ni siquiera viable de plantear, simplemente porque el Código civil otorga a la sociedad el carácter de contrato indiscutible, y eso es precisamente de lo que nosotros estamos tratando desde los cimientos: de justificar si el matrimonio es o no contrato; de razonar la esencia negocial del matrimonio, dicho de otra manera. Este planteamiento sí es ahora abordable. Un primer testimonio de interacción (si bien, negativo en este caso) entre el matrimonio y el contrato de sociedad lo encontramos en la pluma de De la Cámara Álvarez:

“No es admisible un matrimonio condicional ni a término, ni tampoco que, al ser indefinida su duración, las partes ostenten el derecho de denuncia, *como si se tratase de una mera sociedad civil*”<sup>21</sup> (el subrayado es mío).

Empero, una lectura intencionada y finalista de este párrafo nos viene a decir, sensu contrario, que en todo caso el matrimonio podría tratarse de un tipo de sociedad especial (ya que no de una *mera sociedad*), cuya regulación sería incumbencia del Código civil, etcétera. Estamos plenamente de acuerdo en que el matrimonio no se trata de una “mera sociedad civil”. Pero no deja de ser sintomático que nuestro autor, al negar enfáticamente la identidad de tales realidades jurídicas, viene a hacernos sospechar que otros así lo han debido de creer.

En otro plano, aunque desde luego abundando en idéntico propósito de revelar zonas de contacto entre contrato de sociedad y contrato de matrimonio, es interesante espigar de las opiniones de Castán, en un espectro bastante amplio de cuestiones útiles para nuestro cometido, y que organizamos así:

1. Contrato de sociedad y contrato de tracto sucesivo.

“El contrato de sociedad es por su consumación y por la duración de sus efectos, un contrato sucesivo o de ejecución sucesiva, que no se consuma o agota por el cumplimiento de una o varias prestaciones determinadas, como los contratos llamados instantáneos, sino que está destinado a desplegar efectos reiterados y escalonados durante un período de tiempo más o menos largo”<sup>22</sup>.

2. Contrato de sociedad y principio intuitu personae.

“Según el significado más comúnmente admitido entre los escritores, las sociedades de personas se caracterizan por el intuitu personae; las de capitales, por el intuitu rei. En las primeras se atiende a las cualidades peculiares de los socios, por lo que su composición personal es regularmente variable”. (Castán, *ib.*, p. 541).

3. Contrato de sociedad y matrimonio.

“Los cónyuges... no pueden celebrar entre sí el contrato de sociedad universal, pero, ¿podrán constituir sociedad particular? Aunque el punto ha sido muy debatido, nos inclinamos a la tesis permisiva de los contratos de sociedad particular entre esposos, ya que ningún precepto de nuestro Código los prohíbe, y hay que estar a la norma general según la que toda persona es capaz para contratar

mientras no sea declarado incapaz por la ley. La jurisprudencia de la Dirección de los Registros fue favorable a esta misma tesis en su resolución de 8 de febrero de 1936; parece cambiar de rumbo en la de 9 de marzo de 1943, pero en la de 16 de marzo de 1959 [comentada por Cánovas en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1959, pp. 522 y ss.] afirma la validez de las sociedades entre esposos siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la ley [Véase el trabajo de Ribelles, “¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de sociedades civiles o mercantiles?”, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1943, pp. 600 y ss.].” (Castán, *ib.*, p. 547).

Hemos creído de interés estos pasajes de Castán. En el primero, las líneas de contacto, tanto en expresión como de fondo, entre sociedad y contrato de tracto sucesivo, acarrear una no menos evidente relación entre sociedad y matrimonio, simplemente aplicando el principio de que dos cosas que guardan relación con una tercera, por necesidad deben guardar relación entre sí.

El segundo punto nos viene a ilustrar que el principio contractual *intuitu personae* informa equidistantemente tanto el contrato de sociedad como el contrato de matrimonio, y que a través de aquél estas dos últimas realidades encuentran zonas de franca concomitancia entre sí.

El tercer punto, dentro del área específica del matrimonio, se plantea la posibilidad de lo que nosotros entendemos como una sociedad acotada dentro de otro tipo de sociedad más amplia. La sociedad matrimonial, o marco amplio, sería el género del que la sociedad particular de que nos habla Castán vendría a ser la especie. El mismo Código civil, al decirnos en el art. 1.678: “La sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso, o sus frutos, o *una empresa señalada*, o el ejercicio de una profesión o arte”, en su expresión “tiene por objeto... *una empresa señalada*” (el subrayado es, en ambos casos, nuestro), nos da pie para integrar tal concepto en una zona de clara correspondencia con la realidad que entraña el matrimonio.

No hay violencia, así, de entender que la posibilidad de sociedad particular entre esposos nos está remitiendo implícitamente a una concepción del matrimonio como sociedad ‘sui generis’. Dicho desde otra óptica dialéctica: La contractualidad genérica del matrimonio se corresponde a la contractualidad específica del contrato de sociedad, del mismo modo que la contractualidad genérica de un determinado haz de relaciones, prohibiciones y virtualidades entre cónyuges se corresponde con el instituto específico de la sociedad particular (“empresa señalada”) entre ellos.

En esta misma prospección de aspectos comparativos entre la sociedad y otras manifestaciones dentro de la teoría general del contrato (reconduciendo intencionalmente nuestro propósito hacia el matrimonio y viendo de alumbrar nuevas zonas de supuestos aquí sugeridos), nos dice Díez-Picazo que

“la denuncia o receso de la relación obligatoria es una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial. Nuestro C. c. no contempla este fenómeno con carácter general,

aunque lo admite... respecto de la sociedad donde habla de la disolución de la sociedad por la voluntad o ‘renuncia’ de uno de los socios (arts. 1.700, 4º, y 1.705)”<sup>23</sup>.

Esta vez nos hemos servido de doctrina perteneciente al campo de la extinción de la relación obligatoria, dentro de la teoría general del contrato. Pero al proceder por medio de este rodeo hemos encontrado que el matrimonio equidista en este caso, tanto de ciertos aspectos que se dan dentro de la teoría general del contrato, como dentro del contrato específico de sociedad; lo cual, mediante la aplicación del anterior axioma lógico, nos viene a decir que existe una zona de mutua intersección entre ciertos postulados del matrimonio como contrato civil, y de la sociedad también como contrato civil. Y con temores fundados de que se nos pueda malentender, nos tomamos la libertad de insistir en este estadio inicial, o por lo menos no irreversible de nuestro desarrollo, en que no estamos defendiendo ni siquiera especulando en la subsunción del matrimonio dentro del marco separado de la sociedad; ni que tampoco pensamos ni proponemos que la sociedad, como contrato civil privativo, pueda identificarse en superposición de límites y funciones a una forma de matrimonio.

Pensamos e intentamos decir, nada más pero tampoco nada menos, que las zonas de contacto e interconexión entre ambas realidades jurídicas no parecen haber sido tenidas muy en cuenta por la doctrina, privando acaso al Derecho civil de una vía comparativa para la expansión e iluminación de alguno de sus supuestos. Si volvemos a retomar nuestro hilo anterior llamaremos la atención al estudioso sobre el hecho de que la inveterada oposición de los detractores del divorcio, lo ha sido primordialmente apoyándose en el supuesto perjuicio irreparable cuando existen terceros. Y en lo que nosotros venimos insistiendo es en que precisamente en el contrato de matrimonio el ordenamiento civil se ha retraído injustificadamente, como si careciese de mecanismos coherentes y eficaces para regular una eventualidad de terminación, resolución, o disolución del contrato –por muy ‘sui generis’ que pueda ser– mediando los intereses y la necesidad de tutela de unos terceros. Y confirmamos nuestra tesis de que tal retraimiento del ordenamiento civil en material matrimonial es a todas luces atípico (i.e., que no proviene de ninguna dificultad o aporía de dentro del Derecho privado, sino de razones postizas impuestas desde otra concepción), puesto que el contrato específico de sociedad contempla y regula dentro de sus virtualidades la de disolución de la sociedad aun existiendo intereses de terceros.

Con esta pequeña digresión de apuntalamiento de los asertos que venimos proponiendo como motivos de reflexión, creo que la cita de Díez-Picazo cobra su cabal coherencia. Díez-Picazo menciona por vía de ejemplo el contrato de sociedad, y basándose en la posibilidad de su disolución, admite extensivamente la viabilidad tácita de la rescisión de la relación obligatoria con carácter general. Los preceptos citados son:

Art. 1.700 C. c.:

“La sociedad se extingue...

4º Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 1.705 y 1.707”.

Art. 1705 C. c.:

“La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios”.

Hasta aquí los preceptos. Resaltan en seguida las zonas de relación mutuas entre sociedad, contratos de tracto sucesivo, y matrimonio. La expresión “cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio” podría referirse sin violencia alguna a aspectos medulares de los contratos de tracto sucesivo o al mismo matrimonio. Una vez más se puede diagramar un triángulo pendular de realidades jurídicas en que la mutua relación de las tres da lugar a un motivo común de reflexión y de esclarecimiento.

Esclarecimiento que tanto resulta por vía de equiparabilidad comparativa como de contraposición. Hemos visto que la negación enfática de que la comunidad entre cónyuges pueda asimilarse a una “mera sociedad civil”, al tiempo que nos pone de manifiesto sus elementos irreconciliables, nos provee, sensu contrario, de apoyaturas lógicas para sacar consecuencias muy de otro tenor. Lo cual no debe extrañar: de la misma naturaleza dialéctica de las realidades surgen vectores que, ora parecen contraponerse, ora parecen integrarse; es como si los polos, cuanto más de distinto signo fueran, más cerca estuviesen de atraerse. Tal es la conclusión que podemos sacar de las palabras de un Ferrara cuando sostiene que

“La comunidad entre cónyuges no es una sociedad civil:

1. En la forma. En efecto, es una convención matrimonial que debe ser estipulada antes del matrimonio, y no puede alterarse después (1.382, 1.385), mientras que una sociedad puede contratarse y modificarse de acuerdo las partes en todo tiempo.
2. En la esencia. La sociedad civil es un contrato con el que se tiende a obtener una ganancia (1.697) mientras que en la comunidad entre cónyuges queda excluido este fin de lucro, y se quiere, por un espíritu de afecto y de previsión, que entrambos cónyuges participen a la prosperidad de la familia, así como cooperar a perdurarla.
3. En la administración.
4. En la eficacia. La sociedad tiene una duración temporal, y cuando haya sido contratada sin término, el socio puede siempre, por su voluntad, pedir la disolución; la comunidad entre cónyuges, por el contrario, dura toda la vida, y sólo cesa cuando llega a romperse o aflojarse el vínculo personal...”<sup>24</sup>.

Lo primero que hay que observar en este tipo de planteamientos es que cuando se apresta uno a la defensa de algo es porque, normalmente, ese algo ha sido negado, desvirtuado o simplemente puesto en tela de juicio de alguna manera. No estamos de acuerdo en que, indagando sobre la esencia de la sociedad civil y de la comunidad conyugal, se dé pie para sancionar la absoluta disparidad de ambos institutos. Otra cosa es que el Derecho positivo así lo tenga estipulado hasta ahora. Pero eso es de lo que nos estamos precisamente ocupando, de revelar críticamente la inconsistencia, al menos parcial, de que, debido a la

letra de la ley, no se haya investigado en las zonas de mutua confluencia de ambas realidades jurídicas.

Tampoco estamos totalmente de acuerdo respecto a la separación que sostiene Ferrara entre ambos institutos en base a su eficacia. La zona de relación viene providencialmente destacada por el “sin término” de la sociedad, y por la indiscutible duración indefinida de la comunidad conyugal, la cual, paradójicamente, Ferrara ve cesada “cuando llega a romperse o a aflojarse el vínculo personal...”, sin haber caído en la cuenta (o sin interesarle rematar el haz de consecuencias que ha propiciado) de que esta rotura o aflojamiento del vínculo personal es lo más equiparable a la disolución de la sociedad que, a voluntad propia, y por los motivos que fueren, puede pedir el socio.

Desde otra perspectiva –la canónica, en este caso– asistimos a detectar un nuevo ejemplo de empleo del término *sociedad* alojándose bajo el despliegue de supuestos que se convoca en la realidad matrimonio. Nuestro autor, Monseñor García Faílde, Decano de la Rota de la Nunciatura Española, afirma que

“en el *vínculo* matrimonial es en lo que propiamente consiste la esencia del matrimonio.

Este *vínculo* está formalmente presente, pero conceptualmente y abstractamente no se identifica con él, en el *consentimiento* como *contenido* y *efecto instantáneo* del consentimiento.

En este *vínculo*, a su vez, está también presente, como efecto no instantáneo, *puesto que puede faltar en algunos casos* [el subrayado es ahora mío], la sociedad matrimonial en la que dinámicamente se concreta ordinariamente el vínculo.

No es correcto, pues –nos sigue diciendo Monseñor García Faílde– deducir de la naturaleza o del consentimiento o de la sociedad conyugal la naturaleza del vínculo matrimonial. Lo correcto es, por el contrario, deducir de la naturaleza de este vínculo la naturaleza de aquellas dos realidades jurídicas”<sup>25</sup>.

Bien. No hay por qué alarmarse. Hemos dado marcha atrás momentáneamente instalándonos en la atalaya de la naturaleza jurídica del matrimonio, más bien para, con ocasión de estas polémicas y algo rebuscadas conceptualizaciones, aislar el término *sociedad* en el sentido que nos sirva a nosotros. Confieso que es uno de los textos más escurridizos (a modo de pugilato retórico medieval) con que yo me he enfrentado. Si no hemos leído mal o entendido mal (que me temo fundamentalmente que sí), se nos viene a decir que el vínculo, que yo al menos me quedo sin saber *qué* es, genera la naturaleza de todo lo demás. Al vínculo, por otra parte, se le pretende definir, o tal vez presentar, identificar, con un *está* (ocurrencia de matiz lingüístico que no dejaría de dar que hablar a más de un especialista), pero no se nos dice *lo que es*, ni siquiera en qué se traduce.

Este sutil galimatías pone en evidencia –y ello sí que es ya incumbencia seria de los desvelos nuestros– el abismo insalvable de las dos concepciones, canónica y civil, respecto del matrimonio. Decir que un matrimonio, o más certeramente, un vínculo matrimonial (puesto que es en éste en lo que aquél consiste, según siempre nuestro autor) subsiste impoluto aunque falte todo lo demás (i. e., convivencia, amor, voluntad de ambas cosas, etc.), es en lo que nos venimos basando nosotros para hablar del matrimonio canónico como *ficción vivencial*. Se nos dice que de la naturaleza de este vínculo –que *no sabemos lo que es*,

repetimos— se deduce la naturaleza de la sociedad conyugal. Y nosotros, trayendo una vez más la concepción del matrimonio romano, pensamos todo lo contrario: pensamos que el vínculo (y buena prueba de ello es que no nos dicen lo que es; no sabemos lo que es) no genera nada; nada que no hayan ya generado los protagonistas desde el momento que fuere: una vocación tendencial e indefinida o perpetua en el tiempo (la misma que en cualquier despliegue volitivo de semejante intensidad, de la conciencia humana) de que las realidades que integran la proyectada comunidad de vida y amor se lleven a término y se realicen.

Al jurista, digámoslo por enésima vez, le interesan nociones que puedan caer dentro de la racionalización y homologación humanas; no posiciones dogmáticas e indemostrables, alojadas en una confesión religiosa. En el caso que nos ocupa no es correcto ni incorrecto deducir nada del vínculo matrimonial así entendido porque es irrelevante para el jurista. Y lo contrario, asegurar que vínculo *sin* convivencia bajo la *affectio maritalis*, configura al matrimonio; y que convivencia *con* *affectio maritalis*, pero *sin* vínculo, no lo configura, es, insistimos, el piélago ideológico abismal que separa la concepción canónica de la civil.

Con todo, y zafándonos de las connotaciones que escapan a la finalidad de nuestro asedio concreto ahora, nos interesan del conspicuo canonista sus referencias a la sociedad matrimonial/sociedad conyugal, por entender que están concebidas integrándose en relación de género a especie, como una sociedad particular (convivencia, comunidad de vida y amor) dentro de una más general creada por el vínculo, según esta, para nosotros, pintoresca teoría canónica.

En dos momentos significativos de la obra de Louis Josserand hemos hallado menciones del contrato de sociedad, aprovechables para nuestro contexto. Al defender para el matrimonio la naturaleza jurídica contractual, define Josserand el contrato como

“toda unión de dos o de varias voluntades con ánimo de crear derechos; ahora bien —continúa Josserand— el matrimonio responde perfectamente a esa amplia definición. Sin duda crea un régimen durable, regido por un estatuto permanente; pero lo mismo ocurre con otros contratos: sociedad, asociación, mandato, arrendamiento; de que un acto establezca un *modus vivendi*, no ha de deducirse que no sea un contrato...”<sup>26</sup>.

La cita, aunque extraída de su natural medio de la naturaleza jurídica del matrimonio, nos hemos permitido usarla en este marco, para poner de manifiesto su funcionalidad y su poder sugeridor. En otro lugar de la misma obra, y con la misma envidiable claridad expresiva, nos dice Josserand que “las sociedades de personas están formadas *intuitu personae*, entre personas que se conocen, que se conceden mutua confianza” (*Derecho civil*, tomo II, Vol. II, p. 255), cosa que ya sabíamos, en efecto, pero que dudo que en términos más precisos el principio *intuitu personae* nos hubiera conectado, en equidistancia referencial, las realidades jurídicas de sociedad y matrimonio.

Retomando la intención que ya expusimos al hilo de la cita de Castán, respecto a la posibilidad de que los cónyuges puedan constituir sociedad particular, traemos a nuestra incumbencia la opinión de Karl Larenz, quien afirma:

“No es infrecuente que exista una comunidad jurídica simple en virtud de convenio entre los cónyuges, los cuales, sin haber pactado una comunidad de bienes, adquieren en común bienes aislados, especialmente un inmueble”<sup>27</sup>.

Si bien desde la óptica patrimonial, Larenz añade un argumento más para seguir haciendo el inventario de puntos comunes de contacto entre contrato de sociedad y matrimonio.

En un tono de puntualización crítica, de carácter general, al art. 1.665 C. c., por sus postulados poco amplios, está José María Manresa y Navarro. Nuestro clásico escribe:

“Se ha censurado también el precepto de este art. [1.665], porque dentro de los límites de sus términos, no están comprendidas las asociaciones religiosas, *la sociedad conyugal* y demás sociedades civiles reconocidas y admitidas por la ley. Por eso algunos autores sostienen que el criterio del legislador, al establecer la noción del contrato de sociedad, debiera haber sido mucho más amplio, para que cupieran dentro de las disposiciones del Código, en sus diversas y variadas formas, todas las sociedades que viven y se multiplican en los pueblos dentro del orden puramente civil”<sup>28</sup> (el subrayado es mío).

Los términos de este comentario no pueden ser más clásicos ni pudieran servir mejor al jurista de punto de partida para un desbroce posterior. Nosotros estamos confeccionando esta nómina de urgencia de autores representativos, en orden alfabético, por razones de manejabilidad, pero sin duda arrancaríamos de este texto de Manresa para eventualmente hacer calas cada vez más específicas y más acotadas.

No hay duda, así, que el carácter restrictivo de nuestro artículo 1.665 C. c. ha sido tildado de incongruente. Es éste uno de los campos del Derecho en que parece oportuno abrir las puertas de la analogía, de la extensión inductiva. Y si el legislador no lo ha hecho, nos toca a nosotros colaborar con aquellas voces científicas que así lo propugnan, dejando en claro que nuestro propósito final es mostrar sin temor a rechifla o repulsa de los estudiosos, que cuantos más casos encontremos de supuestos de resolución de los contratos, menos repugnancia o desconfianza encontraremos en aplicar, *jurídicamente* y dentro del ordenamiento civil, esos mismos supuestos al matrimonio. Ya hemos dicho que nuestro traer la sociedad civil a estas páginas se debe a que la sociedad admite, siendo como es contrato, unos supuestos de disolución, aun dándose la existencia de terceros. Y nosotros estamos pretendiendo, una vez hecha la comparación del matrimonio con un tipo genérico de contratos, hacerla con este tipo específico de contrato que es la sociedad civil. Cuanto más consigamos poner de manifiesto ciertos rasgos comunes de las dos realidades jurídicas, mayor limpieza previa de obstáculos habremos realizado.

Dentro de un parecido tenor, debemos a Quintus Mucius Scaevola la recogida de un juicio de Troplong que vertemos en su integridad dentro de su original contexto. Sobre la sociedad en sentido jurídico nos dice, pues, Mucius Scaevola:

Aun encerrada dentro del ámbito del Derecho, la expresión *sociedad* es por demás anfibológica y se ha aplicado a las relaciones e instituciones más diversas. La palabra sociedad –añade en nota de pie de pág. Mucius Scaevola– decía Troplong, ‘no solamente se aplica a las reuniones de hombres que viven en cuerpo de nación, bajo la influencia de las mismas leyes y de una misma civilización, sino que comprende, además, toda comunión de cosas materiales

o intelectuales, toda participación en intereses, afecciones o placeres puestos en común...

La palabra sociedad es, pues, un término genérico que abraza relaciones muy diversas, *desde la indivisión accidental de cosas materiales hasta la unión reflexiva de dos existencias en el vínculo indisoluble y sagrado del matrimonio.* (*Du contrat de société civile et commerciale*, t. I, n. 1, p. 6 y ss.)

En sentido general, sociedad es toda agrupación humana, necesaria o voluntaria, total o especial, de interés público o de utilidad privada, de tendencia moral o de fin lucrativo<sup>29</sup> (el subrayado es mío).

Sin ningún tipo de justificación de fondo me es muy grato considerar altamente recompensante estos autores antiguos. Despójeseles de la ganga retórica decimonónica, y se nos aparecerá el diamante de su pensamiento, tal vez más sincero y menos cargado de turbias sofisticaciones que la doctrina de muchos maestros coyunturales e injustamente indiscutidos. Si quitamos de las palabras de Troplong lo concerniente a la cuestión estricta de la naturaleza jurídica del matrimonio (“vínculo indisoluble y sagrado”) que a estas alturas ya no es materia polemizable, nos damos en seguida cuenta de que en fecha tan antigua ya está en marcha el asalto de críticas al art. 1.665 C. c. por considerarlo estrecho de límites. Y lo que es más significativo para la reflexión que a nosotros nos acicatea, es que una de las vías invariablemente sugeridas, como expansión para el art. 1.665 C. c. es, en la medida que fuere, la realidad jurídica y social del matrimonio. Y viceversa. Nada más. Pero también, nada menos. Y desde luego, perfectamente aprovechable para nuestra aportación de evidencia.

NOTAS

<sup>1</sup> MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*. Vol. Primero: *La obligación y el contrato en general*. 4.<sup>a</sup> ed. (Barcelona, Librería Bosch, 1977), p. 427. A su vez Albaladejo remite a Álvarez Vigaray, “Los contratos aleatorios”, *ADC* (1968), p. 629 y ss., y allí cita de más doctrina.

<sup>2</sup> RAFAEL ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), p. 232.

<sup>3</sup> LUIS DíEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil, II* (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pp. 424-438.

<sup>4</sup> JAIME SANTOS BRIZ, *Derecho civil: Teoría y práctica*. Tomo III. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975), pp. 197-199.

<sup>5</sup> VICENTE ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*. Prólogo de Luis Díez-Picazo (Madrid: Tecnos, 1968), p. 261.

<sup>6</sup> Aunque imposible de incorporar en estas *notas* una exposición del tema in extenso, séanos permitido intentar siquiera una breve reseña.

En un tono finisecular y típico, debemos a Sánchez Román unas consideraciones conmovedoras sobre los fines del matrimonio, que pueden iniciar a modo de ejemplo nuestra indagación:

“Bajo el único y exclusivo supuesto, racional y moralmente fundado, de una verdadera *insubsistencia del matrimonio* –nos dice Sánchez Román al tratar la figura de la nulidad– y precisamente si entonces resultara acabada la prueba de que lo que pasaba por tal no era semejante matrimonio, ni pudo, puede ni podrá en lo sucesivo realizar las funciones esenciales que como órgano social-natural y como institución ética le corresponden, *ni cumplir ninguno de sus fines característicos*, es cuando únicamente cabría reconocer la racionalidad de la excepcional y dolorosa hipótesis, por la cual, en la esfera y ante la triste evidencia de los hechos que origina la humana imperfección, pudieran aparecer alguna vez quebrantados los resultados de aplicación, pero no el esencial criterio de aquellos principios, mediante la declaración de nulidad de un matrimonio por insubsistencia: declaración siempre escatimadísima, así como precedida en todo caso de la atenuación y del medio prudente, previsor y hasta muchas veces impositivo, de la suspensión de la vida común de los cónyuges por si se lograra restablecer aquellas condiciones fundamentales del matrimonio, cuya falta provocara la excepcional declaración ya indicada de su nulidad por insubsistencia” (el segundo subrayado es mío).

(Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*. Tomo quinto (segunda edición), vol. 1.º *Derecho de familia*. Madrid, 1898, pp. 407-408).

He advertido que el tono era conmovedor, y, si no, que el lector juzgue. Testimonios así de jurista tan clásico hacen sonreír en estos momentos a muchos de nosotros. Y si con nosotros igualmente estuviera Sánchez Román no sabemos cómo explicaría lo de “ni cumplir ninguno de sus fines característicos” de numerosos matrimonios cargados de hijos, cuya unión se ha prolongado durante años, y cuyas capacidades de los cónyuges supuestos

jamás se han puesto en tela de juicio, y respecto de los cuales *ha resultado* una sentencia de nulidad. Y lo de *escatimadísima* también podría comprobar nuestro autor que dista mucho de la realidad. Con todo, no es éste el lugar de puntualizaciones críticas sobre algo que ya quedó revisado. Ciñámonos a la exposición de la doctrina que nos interesa sobre los pretendidos fines del matrimonio.

Y es el ilustre Notario, Víctor M. Garrido Palma quien en su formidable trabajo “Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975” [*Boletín de información* (julio-agosto, 1976, suplemento extraordinario), pp. 81-119. Ilustre Colegio Notarial de Granada: Academia granadina del Notariado] y a propósito de una variedad de temas, insiste en la conveniencia de que ciertos pactos entre cónyuges, que “atentan contra el régimen llamado primario y contra los fines del matrimonio” (p. 87) no deben acceder a la escritura capitular.

Comentando el art. 1.316 del C. c.:

“En los contratos a que se refiere el artículo anterior, no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio. Toda estipulación que no se ajuste a lo preceptuado en este artículo se tendrá por nula” (p. 88), señala dos páginas más adelante que “tanto el autor citado [Lacruz] como Fosar Benlloch muestran dudas acerca de cuáles son hoy por hoy los fines matrimoniales” (p. 90). Garrido Palma, de talante conservador, por lo que refleja su escrito, tiene la estimable cortesía de exponer opiniones, de otros autores, que no comparte.

La brecha abierta es sintomática, pues desde Sánchez Román hasta nuestros días ha llovido mucho, ciertamente, y el dato había que consignarlo. No obstante, elegimos como colofón a un autor intermedio en el tiempo: Jossierand. Sus juicios vuelven a admirarnos por la lucidez y economía de expresión. Una vez sentado el principio de que el matrimonio es una institución de Derecho civil exclusivamente, continúa diciendo Jossierand:

“Las características que acabamos de indicar bastan para definir el matrimonio; es necesario guardarse bien de añadir precisiones, determinando de manera estricta la finalidad u objeto de esta institución. No se puede plantear como tal finalidad, en tesis general, y de acuerdo con Portalis, la proposición de que el matrimonio tiene como fin la procreación de hijos, porque es lícito entre ancianos, entre enfermos; porque puede ser contraído incluso por un moribundo *in extremis*. Todo lo que se puede decir es que el matrimonio encuentra su razón de ser *objetiva*, pero no con ocasión de cada caso particular, en la necesidad de perpetuar la especie, de procrear hijos”.

Louis Jossierand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950), pp. 17-18.

Magistral, iluminadora forma de expresarse, que suscribimos al pie de la letra.

<sup>7</sup> Véase FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*. Traducción de R. O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Traducción de la obra italiana *Dottrina Generale del contratto*. Terza edizione, ampliata e in parte rifatta. Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1948. 2 vols. (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952), esp. vol. II, pp. 333-335.

8 Según IGLESIAS SANTOS:

“El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la  *affectio maritalis*. No es necesaria, por lo demás, una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos –honor matrimonii–. Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en la casa de éste – *deductio in domum mariti*– y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio, en modo alguno, si la ausente es la mujer.

Sobre este elemento objetivo de la convivencia prevalece el subjetivo de la intención, de la  *affectio maritalis*.

*A diferencia del matrimonio moderno, el romano no surge por el consentimiento inicial, sino que es preciso el continuo o duradero*” (el subrayado es mío).

Juan Iglesias Santos,  *Derecho romano: Instituciones de Derecho privado*. Sexta edición revisada y aumentada (Barcelona: Ariel, 1972), pp. 547-548.

A su vez, Juan Antonio Arias Bonet acierta brillantemente en la captación y exposición de los principios constitutivos del matrimonio en el Derecho romano:

“En contra, pues, de lo que suponía la teoría posesoria, el matrimonio clásico aparece gravitando exclusivamente sobre la recíproca voluntad de los cónyuges, sobre ese elemento de carácter espiritual que en las fuentes recibe indistintamente los nombres de  *maritalis affectio*,  *consensus*, o  *mens coentium*. Supuesta la capacidad de ambos cónyuges, es decir, gozando del correspondiente  *connubium* y de la necesaria aptitud física, podría decirse que hay matrimonio en cuanto se manifieste la voluntad efectiva y perseverante de establecer una relación conyugal, lo cual implica el propósito de mantener esa unión indefinidamente, pero sin que en rigor se exija una base material de convivencia. Bien entendido que el hecho de que la voluntad tienda a ese fin, ineludiblemente no determina la perdurabilidad del matrimonio. Esa voluntad específica puede llegar a faltar y, en ese caso, el matrimonio no continúa, pues el Derecho no suple artificiosamente la carencia de ese decisivo elemento intencional. Habrá habido matrimonio hasta tanto haya existido el típico  *animus*, y dejará de haberlo en cuanto falte tal soporte.

Esta caracterización tan simple supone, sin embargo, un hallazgo originalísimo y lleno de audacia. No es de extrañar por tanto que haya llegado a suscitar admiraciones apasionadas y que se haya llegado a decir que es ‘quizá la más impresionante realización del genio jurídico romano’. La afirmación no ha brotado de una pluma retórica, sino que se encuentra en uno de los libros más notables de la literatura romanística de los últimos tiempos: Me refiero a la obra de Fritz Schulz,  *Classical Roman Law*”.

Juan Antonio Arias Bonet, “El matrimonio en el Derecho romano”,  *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIII (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1962), pp. 5-23. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 10 de diciembre de 1957.

Ciertamente que no se puede decir más cantidad apasionante de substancia jurídica en términos más sobrios.

<sup>9</sup> MARIANO ALONSO PÉREZ, “Matrimonio civil y divorcio”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vázquez* (Madrid: Edersa, 1978), p. 42.

<sup>10</sup> DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*. Vol. IV. *Familia* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956), pp. 15-19. Hay edición de 1975 de la misma obra.

<sup>11</sup> Véase MANUEL J. GARCÍA GARRIDO, “La convivencia en la concepción romana del matrimonio”, en *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*. Vol. II (Sevilla: Facultad de Derecho, 1967), pp. 637-678.

<sup>12</sup> PAUL JÖRS, *Derecho privado romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel (profesor de la Universidad de Gotinga). Traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro (catedrático de la Universidad de Zaragoza). Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas (Barcelona: Labor, 1937), pp. 385-386.

<sup>13</sup> JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho*. (Barcelona: Bosch, 1979), p. 222.

<sup>14</sup> EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, *RGLJ*, nº 3 (marzo, 1976), pp. 239-241.

<sup>15</sup> LEHMANN, *Tratado*, p. 211 (en Vázquez Bote, *art. cit.*, p. 241).

<sup>16</sup> FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol. I (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953), pp. 31-34.

<sup>17</sup> VÍCTOR REINA, *El consentimiento matrimonial: Sus anomalías y vicios como causas de nulidad*. (Barcelona: Editorial Ariel, 1974), p. 18.

<sup>18</sup> Lo que a muchos nos sorprende es que se pretendan buscar razones sobrenaturales o dogmáticas para justificar la indisolubilidad. Entendemos que, como vocación indefinida o perpetua en el tiempo, la indisolubilidad se incardina en la misma naturaleza del hombre. Y la prueba está en que cuando un hombre está *realmente* enamorado de alguien, también está incapacitado para enamorarse de nadie más. Por supuesto que la confusión entre vocación tendencial, y realidad, es la causa de la mayor parte de los desafueros que se vierten alegremente sobre el tema.

<sup>19</sup> AMADEO DE FUENMAYOR, “La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, I (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), pp. 587-618. En la página 589 de este trabajo, y bajo las rúbricas: I. ‘La separación de los cónyuges y sus problemas jurídicos. 1. La separación como institución jurídica’, se nos dice:

“Un buen conocedor del tema ha podido decir, con palabra autorizada, que ‘la más original de las invenciones canónicas es la separación de cuerpos, que suprime la cohabitación dejando intacto el vínculo’ [Gabriel Le Bras, ‘Prefacio’ a la obra

colectiva *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporaine*, I, París, 1952, pág. IV]”

Juicios así son los que nos dan pie a nosotros para sostener enérgicamente que el matrimonio canónico se asienta en una ficción.

<sup>20</sup> La explicación de todo esto se nos presenta clara, pero no por clara menos digna de tener en cuenta y de mostrar. La concepción jurídica romana carecía de dimensión trascendente o sobrenatural. Sus consecuencias caían, pues, en el contexto telúrico, único que a ellos les incumbía. Ahora bien, llega el cristianismo y establece la concepción de que el hombre es algo más que sus actos, que lo que vemos. Este *algo más*, lo trascendente, lo sobrenatural propiamente dicho, es precisamente lo que ha de ser administrado, regulado, interpretado por la Iglesia. Se monta así todo un código de códigos, de *desiderata*: las virtudes, los sacramentos, por ej. Desde que en tal concepción el matrimonio aparece como un sacramento (unión simbólica de Cristo y de la Iglesia), queda lastrado del mismo contenido de desideratum. Lo cual es hermoso y alentador, siempre que no se lo tome uno al pie de la letra, a efectos humanamente homologables. Esto es lo que nosotros entendemos como confusión entre tendencia vocacional hacia algo, y materialización efectiva de ese algo.

<sup>21</sup> MANUEL DE LA CÁMARA, “Ante la reforma del Derecho de familia”. Conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978 (La Coruña: Ilustre Colegio Notarial, 1978), p. 22.

<sup>22</sup> JOSE CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo cuarto. *Derecho de obligaciones: Las particulares relaciones obligatorias*. Novena edición. Reimpresión. Revisada y ampliada con el concurso de Julio Calvillo y Martínez de Arenaza (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1969), pp. 521-522.

<sup>23</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pp. 424 y ss.

<sup>24</sup> FRANCISCO FERRARA [Profesor de la Real Universidad de Pisa], *Teorías de las personas jurídicas*. Traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury [Profesor de la Universidad Central]. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Vol. CXXXIV. (Madrid: Editorial Reus, 1929), pp. 443-444.

<sup>25</sup> Mons. Dr. JUAN JOSÉ GARCÍA FAÍLDE, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1978), pp. 45-46.

<sup>26</sup> LOUIS JOSSERAND, *Derecho civil*. Tomo I, vol. II, cit. en nota 6, páginas 15-16.

<sup>27</sup> KARL LARENZ [Catedrático emérito de la Universidad de Munich], *Derecho civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, abogado. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978), p. 182. *Copyright*: EDERSA, 1978. De la edición original alemana K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3.<sup>a</sup> ed., 1975.

<sup>28</sup> JOSE MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*. Con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D.

Francisco de Cárdenas. Tomo XI (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1905), p. 246.

<sup>29</sup> QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*. Comentado y concordado extensamente, e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución, y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos.

Continuado por José Castán Tobeñas [catedrático excedente de Derecho civil. Magistrado del Tribunal Supremo] con la colaboración de Manuel Batlle Vázquez [doctor en Derecho, Académico de la Nacional de Jurisprudencia y Legislación], Francisco Bonet Ramón [Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia]. Tomo XXV. I. Del contrato de sociedad. II. Del contrato de mandato. Parte 1.<sup>a</sup> Estudios comparativos.— Introducción doctrinal. Arts. 1.665 al 1.678. Primera Edición (Madrid: Editorial Reus, 1933), p. 287.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO. LETRA DE LA LEY Y  
DEBER SER JURÍDICO

*S U M A R I O*

- I. DISEÑO DEL TEMA Y DESLINDE DE CONCEPTOS.
- II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO: DEFINICIONES Y PLASMACIÓN. ELEMENTOS IRRENUNCIABLES Y LÍMITES.
  1. *Principio de la autonomía de la voluntad.*
  2. *Consentimiento como fundamentación general del nacimiento del contrato.*
  3. *Papel de la voluntad (consentimiento) en la relación (situación) nacida del contrato.*
- III. INTERRELACIÓN: SUJETO DE DERECHO Y VIRTUALIDAD DISPOSITIVA: PROCEDIMIENTOS DE DERECHO MATRIMONIAL.
- IV. DEBER SER JURÍDICO. DULCIFICACIÓN DE LA LETRA DE LA LEY:
  1. Prueba de *no* catolicidad del antiguo art. 42 CC.
  2. Instrucción de la Dirección General de los RR y del Notariado de 26 de diciembre de 1978.
  3. Jurisprudencia laboral.
  4. Circular de 16 de noviembre de 1984 sobre expedientes de fe de vida y estado de la Dirección General de los RR y del Notariado.
- I. DISEÑO DEL TEMA Y DESLINDE DE CONCEPTOS.

No hace mucho tiempo, y en este mismo *Boletín de Información*, leíamos:

En desarrollo de lo previsto en el art. 97 de la Ley del Registro Civil, los arts. 363 y 364 de su Reglamento regulan. . (...)

Consecuencia directa de la disolución del matrimonio por el divorcio (cf. art. 85 del CC), es la existencia del estado civil de divorciado, que no puede ser asimilado al de soltería y que, por el contrario, se asemeja al de viudez, por ser este estado civil igualmente un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio, como son la muerte y la declaración de fallecimiento.<sup>1</sup>

Confieso que el contenido de esta Circular me produjo el correspondiente impacto de concernimiento, comparable al que cabe esperar que le surja al profesional consciente cuando pone su incumbencia en contacto con alguna realidad inquietante. Intuí, dentro de

un inevitable agolpamiento como de imprecisión momentánea –no exenta, sin embargo, de plenitud– que por debajo de los términos sobrios de tal Circular subyacía el magnífico botín de toda una serie de premisas latentes. Me anticipé ávidamente la fruición de bucear en aquellas aguas profundas; de la investigación del deber ser jurídico y de otros extremos para, una vez delimitado el volumen de realidad sumergida, poder dar una más equitativa razón del pequeño promontorio o parte visible de iceberg.

Comencemos, así, por establecer el concepto de los protagonistas o sujetos de Derecho respecto de los cuales la Circular referida se pronuncia; el volumen de flujo jurídico que desplazan sus realidades, y sus propios rasgos distintivos. Y para ello nos vamos a servir de unos cuantos autores cuya bien probada representatividad no dudo que confieran un cabal sentido de paradigma a los testimonios que de ellos nos vamos a permitir usar ahora. Estoy muy de acuerdo con que

el estado civil constituye un concepto de no fácil precisión. Cicu<sup>3</sup> [<sup>3</sup>Cicu, “Il concetto di status”, *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli*, Nápoles, 1917] dice: “La expresión de status desde el Derecho romano en adelante aparece continuamente en la terminología jurídica”. Pero el concepto permanece siempre entre los más vagos, sin que nadie sin embargo, se haya atrevido a negarlo o eliminarlo. Se diría que se siente la necesidad de conservarlo aun sin entenderlo.<sup>2</sup>

Por su parte, Díez del Corral Rivas desarrolla así el interrogante que él mismo plantea:

¿Qué es el estado civil? Desde el Derecho romano. . se ha tenido la intuición fundamental de que las personas, aunque tengan en teoría la misma capacidad jurídica, no están siempre en la misma posición jurídica: su capacidad de obrar, sus derechos efectivos varían según dónde estén situadas dentro de los puestos fundamentales reconocidos por la organización social. . . No es lo mismo, en efecto, ser casado que soltero, viudo o divorciado.<sup>3</sup>

No. En estricta lógica jurídica no deben ser lo mismo para el Derecho ninguna de las cuatro condiciones acabadas de enumerar. Esto, de una parte. De otra, creo de interés observar cómo la expresión *se asemeja* de la Circular de 16 de noviembre 1984 ilustra la apretada dependencia que, tocante a su propia homologación por el ordenamiento, ciertos estados civiles consienten en razón de cuál haya sido la modalidad jurídica que los originara, y cuál, asimismo, la que hizo posible su disolución. El juego de esencia-existencia que se agazapa bajo estos supuestos y/o distingos de axiología y/o sucedánea jurídica, lo considero fascinante y propiciado en una gran medida por el principio perturbador de nulidad matrimonial, como ya hemos patentizado en más de un texto.<sup>4</sup> A todo ello volveré a referirme en una latitud más avanzada de este trabajo. Baste por ahora con constatar el hecho de que la condición de soltero del nunca matrimoniado se equipara, con cierta vacilación doctrinal, al soltero proveniente de una declaración de nulidad de su anterior y *supuesto* matrimonio; y que, asimismo en lo relativo a la identificación de estado civil, la condición de viudo sí que consiente más afinidad con la condición de divorciado, siendo factor común de ambas la constatación de *algo existente* en un principio y que deviene fenecido: el cónyuge, en el primer caso; el vínculo, o presupuesto jurídico matrimonial, en el segundo. Una vez más, la ficción jurídica del canonismo es el núcleo generador de esa desavenencia desasosegante: Suponer que una abstracción de pretendido cuño jurídico (concepto de nulidad matrimonial) tenga más enganche en el contexto de la persona, que la propia

realidad, a modo de irrefragable y vital sustentación de esa misma persona, nos ha parecido desde siempre la carga de profundidad que sigue amenazando con hacer saltar en pedazos la propia institución del matrimonio. A ello igualmente nos referiremos más adelante. Y el caso es que, expresiones como la que tomamos del ilustre maestro de maestros juristas, Federico de Castro y Bravo, nos parece que encierran entre sus cotas máximas una inagotable virtualidad de supuestos:

La consideración civil de las personas es reflejo de la estructura politicosocial; por ello, los estados civiles y su tipificación cambian según épocas y países.<sup>5</sup>

Por “estructura politicosocial” no hay más remedio que entender cualquier proyecto organizativo de supervivencia, a partir siquiera del primer núcleo dual de criaturas habitantes de nuestro planeta; términos a los que, sin violencias especulativas, podemos asignar una vigencia que arranca desde el primer y más irreductible paradigma edénico. ¿Qué hace –nos preguntamos– que “los estados civiles y su tipificación cambien según épocas y países” sino la intención de esencial singularidad que les preste su primera causa generadora? El concepto de viudez, según vemos, puede provenir tanto de fallecimiento (extinción o desaparición) del cónyuge, como de divorcio. La concepción canónica no entendería de este segundo canal causativo, si bien, y en desafortunada compensación, negaría la realidad de matrimonios de una pareja unidos por la argamasa de la *maritalis affectio* durante todo el tiempo que fuere del mundo, para así reconocer el estado de *soltería* a los cónyuges reseñados, mediando una sentencia de nulidad.

Todo este funambulismo de conceptos tan difícil (al menos, en teoría) de digerir para una mente moderna –quiero decir, desde más de cuatro siglos para acá– se lo debemos al poder no negociable que tan monopolísticamente se ha venido arrogando la Iglesia católica desde su propia fundación, como único sistema de interpretar, sancionar y administrar nociones tan poco privativas de su esfera y tan hincadas en la ley natural. Cuán lejos nos suena todo esto de algunas expresiones que se nos antojan aplicables, y acaso existentes, en una edad temprana de la aventura despreocupada del vivir:

Las personas unidas en matrimonio tienen, a la verdad, el estado civil de cónyuges o casados; a lo cual se opondrá, en cuanto al hombre, la condición de célibe, y en cuanto a la mujer, la de núbil.<sup>6</sup>

De nuevo, Barbero nos regala con economía envidiable de términos, no desprovista de elegancia, el más elemental organigrama de categorías de estado civil, bien se considere al hombre encarnando exactamente la mitad del protagonismo dentro de esa dualidad que llamamos pareja; o se le considere en una circunstancia más bien de autonomía y/o soledad.

## II. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO. DEFINICIONES Y PLASMACIÓN. ELEMENTOS IRRENUNCIABLES Y LÍMITES.

1. *Principio de la autonomía de la voluntad.* El art. 1.255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” es el precepto de carácter general que nos sirve para arrancar en el desarrollo de esta rúbrica, por lo que de testimonio modélico contienen sus términos amplios. Estamos de acuerdo con la expresión, digamos, de un

Albaladejo cuando al referirse a la autonomía de la voluntad en la contratación, afirma con trazos áticos que

en el negocio jurídico rige la regla de que el sujeto tiene autonomía de voluntad, es decir, que puede celebrarlo o no, y, celebrándolo, puede regular, mediante él, sus relaciones jurídicas como desee.<sup>7</sup>

El espectro de recensiones que, con los naturales distinguos de talante, propicia la autonomía de la voluntad en diversos autores, sólo hace evidenciar la incuestionabilidad de este primer motor de arranque en el tráfico de la contratación jurídica. El propio Albaladejo, tocante al art. 1.124 CC (ajeno a nuestro propósito en el específico contexto que nos ocupa ahora) dice que

no entra en juego tal como está en la ley, si hay pacto de las partes que regula y condiciona el ejercicio de la facultad resolutoria.

*Derecho de obligaciones, cit., p. 106*

Y aun en otro lugar:

Respecto de tercero, el contrato sólo produce efectos (bien consistentes en atribuirle derechos, bien en imponerle obligaciones) cuando el tercero lo consienta, declarando su voluntad de aceptarlos. La necesidad de aceptación deriva de la regla acogida por nuestro código de que –al menos en materia de contratos– nadie queda obligado sino por su voluntad, y nadie adquiere tampoco derechos sino queriéndolo (*nemo nolenti acquiri potest*). La aceptación la exige explícitamente el Código para adquirir derechos (art. 1.257, 2º) y, con mayor razón, se requiere para adquirir obligaciones.

*Derecho de obligaciones, cit., p. 451*

Asimismo, Álvarez Vigaray, al hablar de la resolución convencional de los contratos bilaterales, y en el ámbito de aplicación contemplado por el art. 1.124 CC., señala:

No alude a ella el art. 1.124 del CC. pero no hay duda de su admisibilidad, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, y por ello, con más o menos claridad, la doctrina científica y la jurisprudencia son partidarias de su reconocimiento.<sup>8</sup>

Y algo más avanzado, y siempre a propósito de la resolución convencional, afirma que ésta

como resultado que es del acuerdo de voluntades de las partes en el sentido de declarar la resolución del contrato ante el incumplimiento de una de ellas, produce en principio sus efectos en el momento en que se llega a tal acuerdo, pero nada impide que, en virtud del principio de

la autonomía de la voluntad, las partes aplacen o condicionen la producción del efecto resolutorio del contrato.

*La resolución...., cit., p. 185*

En la doctrina italiana hemos elegido la claridad expresiva de un Rotondi:

En base al principio de la autonomía de la voluntad, es fácil admitir que así como por efecto del acuerdo surge un vínculo entre las partes, también por acuerdo se puede hacer cesar.<sup>9</sup>

Por su parte, Díez-Picazo, con su peculiar agudeza expresiva, admite, *sensu contrario*, idéntico principio de autonomía de la voluntad, al interpretar el art. 1.125 del CC, en estos términos:

la no resolución es algo excepcional que tiene que venir autorizado por una ‘causa justificada’, causa justificada que tampoco ha cuidado nadie de aclarar en qué consiste.<sup>10</sup>

Y en distinta, obra al estudiar el contrato extintivo de la relación obligatoria, se cuestiona

en qué medida y de qué manera se produce la liquidación de la relación obligatoria preexistente. Para determinarlo habrá que estar en los términos fijados por la autonomía de las partes. Cuando las partes no se hayan referido a este punto, el problema será fundamentalmente un problema de interpretación.<sup>11</sup>

En los autores traídos a estas páginas, para el propósito que nos ocupa, se ha visto, desde ópticas diversas, consagrado el principio de la autonomía de la voluntad. Nosotros iríamos más lejos por vía de comentario interpretativo y crítico: Entendemos que el principio de la autonomía de la voluntad es el supuesto que se aloja en el pináculo de la pirámide cuando de categorías contractuales se hable. El hecho irrefutable de que *el hombre es él y los demás*, sus próximos, pone límites inteligibles desde una simple perspectiva vivencial. La Ley, así, entraría en juego siempre que una de las partes la reclamara; o cuando alguien, ajeno a los contratantes, resultare lesionado o lesivamente repercutido. En todo el ámbito restante de la contratación no hay duda de que la autonomía de la voluntad es, por definición, el principio impulsor y soberano.

2. *Consentimiento como fundamentación general del nacimiento del contrato.* Una vez mencionado el principio de la autonomía de la voluntad, como primer y más irrenunciable supuesto en materia de contratación, nos toca ahora proseguir, a modo de desbroce, con la noción de consentimiento. Partiendo, asimismo, de la disposición general que de los requisitos esenciales para la validez de los contratos establece el art. 1.261 del CC, “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. . .”, etc., procederemos, como en el epígrafe anterior, a tapizar la

sobria expresión de nuestro cuerpo legal con los testimonios, por vía de ejemplo, de algunos tratadistas.

Según Albaladejo:

El consentimiento (de *sentire cum*) consiste en la concordancia de las dos (o más) voluntades (declaradas) de las partes que celebran el contrato. . . . .

La sentencia de catorce de diciembre 1964 dice que ‘de su propia etimología (sentir juntos o al mismo tiempo) se desprende que, en su más general acepción, el consentimiento es la coincidencia de dos o más voluntades, para la producción de un efecto jurídico, y si éste es la constitución de una obligación. . . originará el contrato tan pronto como se ve el concurso de la oferta y de la aceptación’. Y la de 13 de mayo 1963 pone de relieve que en puridad lo único que requiere el contrato es el consentimiento de las partes, ‘puesto que éste, conforme al art. 1.262, implica la conformidad sobre la cosa y sobre la causa que han de constituir el contrato, comprendiéndolas de tal modo que el art. 1.258 puede decir con razón que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento’

*Derecho de obligaciones, cit., pp. 374-375*

Betti nos recuerda que

En el Derecho actual el contrato se crea por el acuerdo de las partes: lo cual excluye de esta noción todos los actos propiamente unilaterales con los que una parte asume frente a otra obligación,<sup>12</sup>

con lo que se nos dice que el consentimiento pone en juego las voluntades de, al menos, dos contratantes o partes interesadas.

A su vez, Giorgi, al tratar del mutuo disenso como modo de extinguir las obligaciones (tema, por cierto, dentro del bastidor matrimonial, del que –así como de otros que estamos mencionando ahora a efectos de maniobrabilidad en estas primicias– nos hemos ocupado en distintos trabajos<sup>13</sup>), nos asegura:

Es natural que por consentimiento se desate lo que por consentimiento se hizo.<sup>14</sup>

### 3. *Papel de la voluntad (consentimiento) en la relación (situación) nacida del contrato.*

Establecido ya que el consentimiento es el principio impulsor y soberano del nacimiento del contrato<sup>15</sup>, nos queda indagar en el papel de ese mismo consentimiento a lo largo de la relación (situación) nacida a su vez del contrato que el consentimiento sanciona. Un ejemplo espero que aclare lo dicho: En la ejecución de las prestaciones, digamos, en el arrendamiento, el que arrienda, además de arrendar en el momento de nacer el contrato, ¿se

supone que debe *seguir patentizando* de alguna manera una voluntad de “mantenimiento” contractual, en el caso que nos ocupa, de seguir arrendando?

Las prospecciones que hemos realizado en el contexto amplio del negocio jurídico, nos han conducido al tratamiento de la declaración tácita de voluntad o consentimiento tácito (De Castro); valor jurídico del silencio y conducta del agente (Gullón Ballesteros); declaración presunta de voluntad (Von Tuhr, en cita de Puig Peña), etc. Anotemos, así, los testimonios de tales autores, además de una Sentencia.

Según De Castro,

la figura de las declaraciones de voluntad tácitas no ha sido dibujada con claridad en la doctrina, ni se encuentra suficiente apoyo para su definición en las leyes. En ellas, la conducta tenida en cuenta no es *por sí misma* significativa de una declaración de voluntad, sino que de tal conducta se infiere que debió haber tal voluntad (‘indicio voluntatis’). Se les ha calificado de *tácitas*, porque resultan no de los dichos, sino de los hechos (‘facta concludentia’); lo que se hará siguiendo el ejemplo de Florentino, en su atrevida construcción del ‘pacto tácito’. Se les considera también como *mediatas*, porque para conocerlas, al no ser expresas, requieren acudir a conjeturas y aplicarles las reglas de las presunciones de hecho (arts. 1.249, 1.253)....

Conviene estar advertidos que las declaraciones tácitas no deben confundirse: 1º. Con aquellos hechos que, por sí mismos, acarrear una responsabilidad negocial; caso en el que no habrá necesidad de acudir a las presunciones. 2º. Con los supuestos en los que la ley ha establecido la presunción, sea con valor *iuris tantum* o *iuris et de iure* (arts. 1.250, 1.251) . . .

*Doctrina del Tribunal Supremo.*- Las sentencias de Tribunal Supremo, apoyándose ocasionalmente en la regla de que ‘nadie puede ir contra sus propios actos’, ha tenido en cuenta repetidamente el consentimiento tácito. Éste, se enseña, se revela por la conducta de quien actúa (S. 15 junio 1963) y, se añade, que cuando la presunción obtenida de aquella conducta sea lógica y normal (comp. S. 12 noviembre 1956), deducida de ‘datos inequívocos’ (S. 5 de diciembre 1964), tiene la misma fuerza que el consentimiento expreso, insistiéndose en que, para ello, los actos en que se funda han de ser lo suficientemente expresivos y concluyentes (S. 13 de noviembre 1958; también S. 23 noviembre 1943, 3 julio 1951, 27 enero 1955, 4 diciembre 1956, 6 diciembre 1957). Lo que se explica diciendo que, si bien la declaración expresa es ‘la forma normal y corriente de expresarse la voluntad, no puede menos de otorgarse eficacia jurídica a la forma tácita de manifestarse cuando la ley no exige concretamente la forma expresa’, y que respecto de esa forma tácita se requiere ‘que dichos actos u omisiones sean de tal naturaleza u ofrezcan tales circunstancias que de ellas se deriven lógica y rigurosamente el consentimiento de la persona que los ha ejecutado’ (S. 30 noviembre 1953)<sup>16</sup>

El ilustre catedrático y admirado profesor nuestro, don Antonio Gullón Ballesteros, refiriéndose a las conductas, y al valor jurídico del silencio, escribe:

Normalmente se considera a la declaración de voluntad aisladamente, es decir, como un acto por el que se manifiesta la voluntad interna.

Sin embargo, para tal finalidad vale también la *conducta* del propio agente, que es valorada por el ordenamiento jurídico como manifestación de voluntad, porque revela una cierta toma de posición respecto a algunos intereses que afectan a la esfera jurídica ajena. . . .

Así, v.gr., el art. 1.566 habla de la ‘tácita reconducción’, por el mero hecho de continuar el arrendatario en el disfrute de la finca con aquiescencia del arrendador; . . . (...) el art. 1.311 admite la confirmación tácita de un contrato anulable, cuando se ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de confirmarlo, es decir de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad.<sup>17</sup>

La sentencia de 27 de febrero 1979, Sala 1ª, Ponente D. Luis Bernárdez, respecto a la interpretación de los “actos u omisiones de las partes en el desarrollo del supuesto contrato” se remite, a su vez, a las SS de 29 de sep. 1951 y 24 de mayo 1975, que se pronuncian afirmativamente por la existencia de contrato

cuando su consentimiento derive de un comportamiento o declaración que implícitamente lo ponga de manifiesto, siendo preciso, en este caso. . . .

2º. Que se deduzca de hechos o acciones (*Rebus et factus*), de carácter concluyente (*Facta concludentia*), que inequívocamente pongan de manifiesto el auténtico deseo de crear, modificar [*mantener*, nos permitiríamos añadir nosotros] o extinguir una determinada relación jurídica. . . . (..) de suerte tal que se manifieste de un modo auténtico, sin posibilidad de dudosas interpretaciones...<sup>18</sup>

Insertemos, por último, dentro de esta breve reseña indicativa, la opinión de Puig Peña, ya mencionado:

Se dice que es tácita la declaración de voluntad cuando se realizan ciertos actos que no se dirigen propiamente a exteriorizar una voluntad, pero ésta se deduce de la conducta o comportamiento de una persona. . . . Es evidente... (.. .) que para que la voluntad se deduzca del comportamiento de los hechos, precisa que éstos sean unívocos; es decir que no ofrezcan la posibilidad de diversas interpretaciones. . . . (.. .)

*Declaración presunta.*- En algunos casos, dice Von Turh, prescribe que una cierta conducta se considere como declaración de voluntad en determinado sentido; por ejemplo, al dejar transcurrir el plazo de repudiación se considera como aceptación de la herencia. Se trata, dice, de una ficción que no puede destruirse probando que esa voluntad no existe en realidad. Y es que la ley, como dice De Diego,

enumera a veces los hechos idóneos para determinar la voluntad, y entonces, fijada la virtud declaratoria de los hechos en vía de presunción, fundada en lo que de ordinario acaece, la voluntad así determinada se llama presunta (hipótesis clara de la tácita reconducción). . .

*Nueva Enciclopedia Jurídica, cit., p. 286*

### III. INTERRELACIÓN: SUJETO DE DERECHO Y VIRTUALIDAD DISPOSITIVA. PROCEDIMIENTOS DE DERECHO MATRIMONIAL.

En los epígrafes precedentes hemos pretendido poner de relieve las dos realidades en que se fundamenta toda posibilidad de protagonismo dentro del teóricamente inagotable espectro de opciones que el tráfico jurídico despliega. De un lado, a la realidad normalmente identificable de persona o sujeto de Derecho, acomodado dentro de la acotación más o menos precisada de estado civil, injertábamos, de otro lado, la autonomía de la voluntad y el consentimiento, libremente ejercido por esa misma persona o sujeto de Derecho, igual que sobre una superficie elegida de material receptor se aplicaría la plancha o patrón a representar. Pero mientras que en tantas otras manifestaciones del tráfico jurídico ha venido siendo suficiente este concurso simbiótico entre *autonomía* (de voluntad y consentimiento) y *facticidad* cosmo-bio-convivencial sobre la cual plasmar dicha autonomía, en el predio del matrimonio, considerado como instituto socio-natural y jurídico, por chocante que parezca, no podemos decir lo mismo. Los inveterados barruntos que se le ponían al contrayente, tanto por exceso como por defecto –no se olvide la tantas veces delatada irresponsable facilidad con que, en virtud del torpemente entendido ‘favor iuris’, se ha permitido acceder al matrimonio prácticamente a cualquiera–, significaban en su más efectiva razón que éste no podía tan alegremente asegurar en qué consistía aquello a lo que precisamente pretendía acceder. Nada más lejos de mi ánimo que verter una exageración por las buenas. En una concentrada bibliografía he dejado constancia de toda esta temática<sup>19</sup> y abundar ahora en ella, excepto para el cometido concretísimo de este trabajo, sería ocioso. Llamo “barruntos” a los muy pintorescos condicionamientos en que, al consentir, incurría el contrayente, perfectamente pertrechado de criterio (aun los más mentalmente débiles, según parecía) para abrazar un haz de realidades fecundas, pero incapaz, al mismo tiempo, de ejercer su disconformidad ulterior respecto de idéntico haz de realidades fecundas, a menos de pedir cartas y de transigir con las fantasmagóricas y vaudevillescas reglas de juego que la norma politizada de turno había impuesto con calzador al pobre súbdito matrimonial-ble/do español, encarnador a ultranza, *malgré lui*, de la reserva espiritual de Occidente. Y esto, obsérvese, aun sin existir incumbencia de terceros directamente implicados. Se contraía, decimos, pero no se sabía si con derecho a descontraer o no, ya que la dispensación de nulidades funcionaba en razón de entrar o no, de pedir cartas o no en la timba procedimental tan surrealísticamente montada. Se podía consentir siempre, pero el desconsentimiento era cuestión reservada “a quien concierne, en su caso”. Puesto que la Iglesia (así, por antonomasia, y sin ningún otro sobrenombre identificativo) era Estado, y el Estado, Iglesia, la amalgama de los dos órdenes, civil y confesional, produjo en la España nacionalcatólica y, técnicamente hablando, anterior a la Ley 30/1981 de 7 de julio, un desajuste tan acusado como para amenazar con convertir nuestra institución matrimonial en una espectral realidad, desprovista de los mínimos ingredientes que *deben* operar en toda disposición que surja impulsada por el teleológico desideratum de servir a la comunidad: Sin justicia y sin equidad, “la ordenación de la razón”, según reza la

formulación tomista, se convierte en puro divertimento frívolo; más, en una carga de profundidad que amaga con hacer saltar de cuajo toda fundamentación de cordura.

Por si fuera poco, y en el paroxismo más histérico de la sinrazón, alguna voz tan señeramente autorizada como la de Navarro Valls escribía cosas así:

La introducción del divorcio inevitablemente cambia el *tipo familiar* en un medio social dado, que de modo estable de convivencia se transmuta en compromiso provisional sobre el plano jurídico, ya que a los cónyuges se les sustrae la facultad de contraer un matrimonio *jurídicamente indisoluble*.<sup>20</sup>

Lo cual, además y dentro de la violentísima distorsión formal que supone, significa justamente lo contrario: que todo matrimonio sin derecho a divorcio, es decir, despojado de ese derecho *irrenunciable* de resolubilidad por exigencia ínsita de su propia naturaleza, no puede *nunca* considerarse verdadero matrimonio. Todo lo más, y apelando a un giro plástico de expresión popular, podría considerarse matrimonio provisionalmente y mientras no se demuestre lo contrario. Ya hemos dejado dicho con voluntad de fijación que tal vez lo más sugestivo y disparatado de la modalidad confesional canónica para el matrimonio sea atentar contra el principio de identidad o cimiento último de la quiddidad; me explico: *pretender que una cosa sea y pueda no estar siendo al mismo tiempo*, lo cual deja atrás todo principio lógico y se adentra resueltamente en un campo de mágicas categorías, impropio de los menesteres del jurista serio. Y es que, a efectos de teleología de *resultado*, tan irrelevante nos ha parecido hablar de proyecto de comunidad de vida y amor, mediando la modalidad de rito y papeleo a lo confesional católico, como no hablar de nada y poner en marcha ese mismísimo proyecto de comunidad de vida y amor. Hemos igualmente dejado dicho que

es un hecho demostrado que los parámetros convivenciales por los que discurre un país laico, al menos oficialmente, son más prometedores y sugestivos. Siempre teniendo presentes aspectos de Derecho matrimonial, en la colectividad española de hoy se disfruta de una flexibilidad equitativa de la que era simplemente quimérico pensar años atrás. La tolerancia reinante, en cuantificaciones comparativas, es sencillamente espectacular. No se olvide, como nos recuerda un autor en múltiple recensión de citas, que:

Desde la vertiente civil se ha llegado a afirmar que “un matrimonio religioso sin acto jurisdiccional estatal exterioriza un concubinato desde el punto de vista de la Ley civil, tal como a la inversa juzga la Iglesia” [Díaz de Guíjarro, “Un concubinato civil con matrimonio religioso”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1958, III, p. 490, cit. por Iribarne, *El matrimonio civil comparado con el canónico*, Buenos Aires, 1965, p. 54]<sup>21</sup>

La no existencia de divorcio en la letra de la ley, transformaba en divorcio de hecho las nulidades, con la consiguiente perturbación de terminología y axiología jurídicas. Lo menos que podía esperarse de la gran masa media de ciudadanos era una cumplida confusión. La pregunta de si alguien estaba o no, había estado o no, casado, simple en su formulación, escondía tal cantidad de distinguos como para hacer inviable, o al menos

poco inteligible, la respuesta. Desde quienes contraían, habiendo hecho funcionar previamente, y en defensa propia, el mecanismo del contradocumento (para esgrimirlo ulteriormente como aval suficiente de nulidad), hasta quienes, tal vez lúcida y espontáneamente, renunciaban a distinguir entre “con papeles / sin papeles” y echaban a andar por la senda penitencial de la convivencia, cabe cualquier posible ejemplo. Otras veces, ciertos requisitos *sine quibus non* del ordenamiento, respecto de la posibilidad de acceder a la improbable modalidad del vergonzosamente llamado matrimonio civil, o respecto de la evitación de procedimientos incompatibles con el fuero de conciencia personal del interesado, constituían un alarde laberíntico de humillaciones, una perfídica ordalía. Tal, la prueba de *no* catolicidad de nuestro truculentamente célebre y antiguo art. 42 CC, en circunstancias en que todo el mundo era considerado católico por decreto. Dicha prueba, al tratarse de *algo negativo* no dudo que haya hecho emplearse a fondo a todo servidor de la ley que, con consciente buena fe, se haya visto técnica y/o vivencialmente involucrado. La capacidad discursiva y hermenéutica de los funcionarios de Justicia ha lidiado aquí la más brava de las reses. Ejemplo:

En la Resolución de 9 de julio de 1964 (*BIMJ* n° 633, p. 41), el Centro Directivo acordó no adoptar ni proponer por ahora medidas especiales para facilitar la prueba de la no disolución o separación de un matrimonio, sin perjuicio de las que puedan adoptarse en el futuro si se hace frecuente la exigencia fundada de tal prueba. Al respecto hacía las siguientes observaciones: 1ª. Que conforme a los principios que rigen la carga de la prueba, al que asevera el estado de casado de una persona, le basta con demostrar sólo el hecho del matrimonio mediante la correspondiente certificación registral.

2ª. Que sólo en los singulares casos en que pudiera imponerse legalmente al interesado la carga de la prueba de hechos negativos...

3ª. En cuanto a la simple separación personal de los cónyuges –situación que nunca excluye, sino que, por el contrario, supone el estado de casado– es igualmente cierto que no corresponde, en principio la carga de tal prueba a quien asevera que tal separación no ha existido.<sup>22</sup>

#### IV. DEBER SER JURÍDICO. DULCIFICACIÓN DE LA LETRA DE LA LEY.

Más o menos advertidamente, más o menos aferrándose a cierto sentido insobornable de solidaridad y cordura, el deber ser jurídico, aun en los estadios más difíciles y de más restringida maniobrabilidad, ha ido abriendo brecha en alguna que otra amencial norma positiva. Esta labor de “suavización”, de acercar la ley y su cumplimiento a un espíritu de equidad, cohonestado con los principios generales indubitables de Derecho, esta labor, decimos, en buena parte ha correspondido a la fecunda iniciativa de la así llamada “jurisprudencia menor” de la Dirección General de los RR. y del Notariado. Sus Circulares, Resoluciones, aclaraciones, Instrucciones y comunicaciones han servido de lazarillo al pobre súbdito administrado en buena cantidad de ocasiones. Veamos:

1. La prueba de *no* catolicidad, verdadero “martillo de herejes”, que imponía el tantas veces mencionado art. 42 CC, de lúgubre memoria, queda dulcificada por la “Resolución del 22 de marzo de 1974. Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil”<sup>23</sup>, en unos momentos en que el canto de cisne del

nacionalcatolicismo español, sustentado mediante autocrático carisma, exacerbaba algunas manifestaciones de sus desacreditados predicamentos en retirada.

2. Menos de dos meses después de ser aprobada la última Constitución española, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1978 (*BOE* del 30, p. 29429),

interpretando los arts. 32.1; 16.2; y 16.3, en relación con el 14, todos ellos de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, llega a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto de la cual el Juez o Cónsul no puede preguntar. Por tanto, se acuerda que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, que fue inmediata a su publicación en el *BOE* de 27 de diciembre de 1978, han de entenderse modificados en el sentido indicado los arts. 42 y 86 del *CC*, lo mismo que los preceptos concordantes que los desarrollan del Reglamento del Registro Civil, y que, por lo tanto, los Jueces y Cónsules encargados de los Registros civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas de los contrayentes.

Este diligente madurar en limar los bordes de una de nuestras más cuadrículadas normas es cordialmente digno de agradecer.<sup>24</sup>

3. Otras veces el deber ser jurídico se ha encarnado en los fallos jurisprudenciales de magistrados humanistas y de ancho gálibo criterial, sobre todo al pronunciarse sobre cuestiones en las que jugaban principios *formales* contra principios *vitales*. El mundo de las prestaciones laborales, en razón de viudedad, mediando o no “papeles” de atestiguación de “matrimonio”, pero siempre que existiera una unidad familiar o comunidad de vida y amor, ha conocido pronunciamientos a favor de los principios de equidad, y declarado conforme a Derecho la obligatoriedad de dichas pensiones al cónyuge supérstite.<sup>25</sup>
4. Por último, y me gustaría pensar que con el camino desbrozado por las razones y datos que nos han precedido, la Circular con la que abre este trabajo cobra su más rigurosa enjundia. Tal vez ahora estemos provistos de la suficiente dosis de perspectiva como para no caer en la fácil tentación de culpar por entero al infeliz administrado. El mundillo atomizado de disposiciones, cuya letra y cuyo espíritu frecuentemente colisionan entre sí, han producido en el ámbito matrimonial una especialísima desazón. Ya vimos que la ecuación *voluntad declarada-consentimiento* en pocas incumbencias tiene mayor contenido equívoco que en cuestiones de Derecho matrimonial. Consentir respecto de la propiedad de algo, predica automáticamente unas capacidades indiscutibles del consentidor. No así en asuntos matrimoniales, al menos hasta ahora. Las puntualizaciones de esta Circular que nos ha servido de motivación para el presente trabajo, podría invitar a la sonrisa de todos aquellos cuyo estado civil pudiera parecer cuestionado. Con todo, los

conceptos de viudedad y soltería, plasmados en la hora actual en nuestros documentos identificativos, son testigos de una larga época de enrarecimiento que ójala quede disipada para siempre.

NOTAS

- <sup>1</sup> *Circulares y consultas*. Ministerio de Justicia. Dirección General de los Registros y del Notariado. Registros civiles, Fe de vida y Estado. Circular de 16 de nov. de 1984, sobre expediente de fe de vida y estado. *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Órgano oficial del Departamento. Año XXXVIII, nº 1367. Madrid: 5 diciembre 1984, pp. 20-21  
  
Puede consultarse, además, Francisco Luces Gil, *Derecho Registral civil. Con modelos y formularios*. Segunda edición actualizada (Barcelona: Bosch, 1980), Vid., esp. “Tema 17. Especialidades en la inscripción y celebración del matrimonio. Asientos marginales”, pp. 190-205.
- <sup>2</sup> Eduardo Pérez Pascual, “La menor edad en el matrimonio”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXXVII, fascículo III (julio-sep. 1984), pp. 749-792, esp. p. 751
- <sup>3</sup> Jesús Díez del Corral Rivas, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil* (Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1983), esp. Lección 1ª. Estado civil y Registro Civil. Fundamento del Registro Civil. Hechos inscribibles. Disposiciones vigentes (p. 11)
- <sup>4</sup> Por todas mis objeciones y razones sobre el tema, véase Tomás Ramos Orea, “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LX, nº 564 (sep.-oct., 1984), pp. 1073-1153, esp. p. 1153
- <sup>5</sup> Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho civil. I. Introducción al Derecho civil. II, 1. Derecho de la persona*. Cuarta edición (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968). Vid. “3. El concepto de estado civil”, pp. 203 y ss. esp. p. 204
- <sup>6</sup> Domenico Barbero, *Sistema de Derecho privado. I. Introducción. Parte Preliminar. Parte General*. Traducción de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1967), p. 212. [El presente volumen constituye la traducción de la obra italiana *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª edición, revisada y aumentada, en sus parágrafos 1 a 327, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962]
- <sup>7</sup> Manuel Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º: *La obligación y el contrato en general*. 4ª ed. (Barcelona: Librería Bosch, 1977), p. 371
- <sup>8</sup> Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), p. 179
- <sup>9</sup> Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavicencio, catedrático de Derecho civil (Editorial Labor, S.A., 1953), p. 393. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas. Título de la obra original: *Instituzioni di diritto privato*. VI Edizione. Editada por Tipografía del libro, Pavía, 1951

- <sup>10</sup> Luis Díez-Picazo, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho civil*, Tomo XXII, fascículo 2, 1969, p. 384
- <sup>11</sup> Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil II*. (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), p. 424
- <sup>12</sup> Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oviedo (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970), p. 9
- <sup>13</sup> Tomás Ramos Orea, “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio” y “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”, trabajos ambos presentados para consideración de publicarse.
- <sup>14</sup> Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* [expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.], traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y precedida de una introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Director de la expresada Revista. Vol. VII: Extinción de las obligaciones. Pago-oferta Real-“Datio insolutum”. Remisión-Novación (Madrid: Hijos de Reus, editores, 1912), p. 396.
- <sup>15</sup> Así, Puig Peña:

“Como es bien sabido, negocio jurídico es la declaración de voluntad dirigida a conseguir determinados efectos en Derecho. Mientras la voluntad no se manifiesta, no opera en el mundo jurídico; los estados internos del alma por sí, no pueden tener ningún valor para el Derecho (cogitationis poenam nemo petitur). La declaración de la voluntad es, pues, la exteriorización del propósito de realizar un negocio jurídico”.

En *Nueva enciclopedia jurídica*. Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas. Con la colaboración de eminentes profesores y juristas. Tomo VI (Barcelona: Francisco Seix, Editor, 1954). Vid. “Declaración de voluntad”, por D. Federico Puig Peña, pp. 283-290, esp. p. 286.

Igualmente, M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso, sin proponerse como reflexión la materia específica que a nosotros nos ocupa, sí nos presta un primer desbroce como punto de partida, sobre el cual, en todo caso, podríamos ensayar aquí la sustitución de algunos conceptos. Lo que nuestra autora llama *consentimiento como productor de obligaciones* se asimilaría, mutatis mutandis, a lo que nosotros proponemos como declaración tácita de voluntad, valor jurídico del silencio, conducta, etc., como productores de obligaciones:

“[Hay que distinguir] entre el consentimiento como elemento del contrato, como momento de formación del mismo y como productor de obligaciones.

El Consentimiento, elemento del contrato, concurre en todos los contratos: puede decirse, en este sentido, que *todos los contratos son consensuales* (p. 238)

“El consentimiento como momento de formación del contrato manifiesta la vinculación de las partes: el contrato deviene irrevocable desde que existe el consentimiento: a esto se refiere el art. 1.258: esto es general a todos.

El consentimiento como productor de obligaciones no es elemento suficiente en todo caso, sino que hay tipos contractuales en los que, además, es necesaria la entrega de la cosa: a esto se le debe aplicar la distinción entre contratos reales-contratos consensuales” (p. 238)

“Se trata de examinar, en relación a esta división contractual, si la concreta naturaleza de la obligación dimanada de esta clase de contratos. . . . puede encontrar su origen o fuente en el elemento del consentimiento; no de que el contrato no exista o no haya vinculación hasta la entrega de la cosa: lo que no existirá será contrato típico, y –en este sentido– la entrega de la cosa se convertirá en índice tipológico necesario” (p. 239)

“El art. 1.258 debería interpretarse de la siguiente manera: en todos los contratos la concurrencia del consentimiento da lugar a la vinculación de las partes; y en la mayoría a partir del mismo tiene lugar el nacimiento de la obligación, que encuentra su origen en éste: vinculación [que] puede coincidir –en relación a determinados tipos contractuales– o no –contratos reales– con suficiencia del consentimiento” (p. 239)

M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera, *Estructura y función del tipo contractual*. Prólogo del Dr. D. Agustín Luna Serrano [Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Barcelona] (Barcelona: Bosch, 1979)

<sup>16</sup> Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico* (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967), pp. 67 y 68.

<sup>17</sup> Antonio Gullón Ballesteros, *Curso de Derecho civil: El negocio jurídico* (Madrid: Editorial Tecnos, 1969), pp. 33-34

<sup>18</sup> En *Revista Jurídica de Cataluña*. “Jurisprudencia” (abril-junio, 1979), pp. 65-66

<sup>19</sup> Tomás Ramos Orea, *La esencia negocial del matrimonio*. Tesis doctoral (inérita), leída en la Universidad de Granada el 8 de febrero 1980, curso 1979-1980. Existe, eso sí, publicado el preceptivo resumen, *La esencia negocial del matrimonio* (Granada: Tesis doctorales de la Universidad de Granada, 1981)

- “Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho Notarial* (Madrid, julio-diciembre, 1981), pp. 239-274

- “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LIX, nº 559 (nov.-dic., 1983), pp. 1435-1450

- “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año LX, nº 564 (sep.-oct., 1984), pp. 1073-1153

- “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Órgano Oficial del Departamento. Año XXXIX, nºs 1.370 y 1.371 (Madrid: 5 y 15 de enero, 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivam .

- “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio” y “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”, ambos sometidos a consideración de publicarse.

<sup>20</sup> Rafael Navarro Valls, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), p. 219.

Vid. mi ya citado “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre derecho matrimonial”, esp. p. 1119, para una consideración dilatada.

<sup>21</sup> Mariano López Alarcón, “Matrimonio civil y matrimonio canónico: Ordenamiento actual en España y legislación comparada”, *Pretor*, nº 98 (oct.-dic., 1977), pp. 5-35, esp. pp. 6-7

<sup>22</sup> José Alfredo Caballero Gea, *Los expedientes del Registro Civil. Síntesis y ordenación de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (Pamplona: Aranzadi, 1980). Vid. “1.5. Vida, Soltería y Viudez”, pp. 42-44, especialmente 1.5.4. En estos expedientes, ¿cabe declarar la persistencia del estado de casado?, p. 43.

<sup>23</sup> Véase en Jesús Díez del Corral, *ob. cit.*, pp. 130-137

<sup>24</sup> Para ilustrar la repulsa acrimónica que, desde un talante reaccionario, recibió la reseñada Instrucción, véase mi “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, especialm. pp. 1089-1091.

<sup>25</sup> Sobre esta exposición de supuestos de convivencia matrimonial de hecho, y sus consecuencias en el mundo laboral, puede verse mi trabajo “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LIX, nº 559 (nov.-dic., 1983), pp. 1435-1450, especialm. pp. 1447-1450.

*EL PRINCIPIO INTUITU PERSONAE COMO CONFIGURADOR DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.*

*SUMARIO*

- I. PROEMIO JUSTIFICATIVO.
  - II. RECENSIÓN, *SENSU LATO*, EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL DEL PRINCIPIO *INTUITU PERSONAE* PARA ALGUNOS CONTRATOS.
  - III. ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1. *En la doctrina española.* 2. *En la doctrina italiana.* 3. *En la doctrina francesa.*
  - IV. ARRANQUE ABSOLUTO EN NUESTRO DERECHO ACTUAL DE LA CONSIDERACIÓN DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL.
  - V. RASTREO EN EL DERECHO ROMANO DEL PRINCIPIO *INTUITU PERSONAE*.
  - VI. CONCLUSIÓN.
- 
- I. PROEMIO JUSTIFICATIVO.

En un trabajo mío de hace algunos años, y al que los estudiosos generosamente han venido prestando magnífica atención, dejaba yo escrito:

El gran clásico en materia contractual, Messineo, al tratar del agotamiento natural del contrato, ensancha el esquema de correspondencias sugeridas entre el matrimonio y otra tipología contractual más genérica: Contrato de ejecución continuada o periódica, y contrato estipulado “*intuitu personae*”. Bástenos adelantar aquí que acaso no haya caracterización que cuadre más al contrato de matrimonio que la de “*intuitu personae*”. Si la eventual consumación de un contrato como, p.ej., la compraventa, depende en muchos casos y en buena medida, de la confianza personal que las partes se otorguen mutuamente, en el matrimonio la identidad de los contrayentes o ‘contratantes’ es obvio que recaba la esencialidad máxima. Asegurar que el matrimonio es un contrato establecido “*intuitu personae*” es, a estas alturas, el aserto que más conformidad lógica encierra dentro de la tesis que proponemos.<sup>1</sup>

Me desvelaba yo entonces por ir trasladando el campo de operaciones a predios cada vez más estricta y privativamente de Derecho civil, y poner el último asedio al instituto jurídico del matrimonio, bajo los focos de la teoría general del contrato, despojándolo, expoliándolo, por así decirlo, primero, de todo aquello que pretendiera presentárnoslo arropado en módulos extraños a la sola competencia del Derecho privado: de no entender esto así, la labor del civilista no tendría sentido, por definición, desde su mismo arranque; y en segundo lugar, desembarazándolo de las ideologías que (por una inversión metodológica y a remolque del dato fáctico que impone el sistema político de una

comunidad en un momento dado) abandonan la investigación de la esencia jurídica y pretenden suplantar tal esencia con la contingencial *existencia* de un sistema coyuntural de cosas dentro del devenir histórico: No otra cosa entendemos por teocracia, o simple preponderancia de la iglesia católica, en su caso; o consorcio de ésta con el Estado en los países, en las épocas y con la intensidad que esto tenga o haya tenido lugar. En tales condiciones de saneamiento, decimos, hacíamos encajar al matrimonio perfectamente dentro de un amplio sistema contractual, del cual los demás supuestos, tanto genéricos como específicos a que nosotros pasábamos revista, son partes del mismo todo.

Ante las concretas exigencias de dicho artículo, me esmeré por poner de manifiesto únicamente el trazado en compendio de la umbela de manifestaciones que propiciaba el tratamiento del instituto jurídico del matrimonio como contrato, y de los supuestos de relación y de concomitancia –tanto en lo concerniente a su formación como a su liquidación– que como tal contrato pudiéranse afectar. El esquemático esbozo de entonces aspira ahora a ampliar uno de sus apartados, cual es el concepto cardinal de “*intuitu personae*”. Con ello me gustaría poder rendir debido y respetuoso homenaje a mi maestro, el profesor Bernardo Moreno Quesada quien, en la latitud primeriza de mi citado trabajo, me acució a intentar una mayor explicitación de la semblanza del matrimonio como contrato estipulado *intuitu personae*. No pretende esto decir, ni mucho menos, que el ensayo que aquí ofrezco cumplimente los deseos y las expectativas, en lucidez y extensión, que el profesor Moreno Quesada hubiera tenido presentes al comunicarme su particular ánimo con respecto al asunto. Sí quiere este trabajo, de alguna manera, testimoniar una voluntad, la mía, de colaboración y merecimiento ante quienes me ayudaron y dedicaron una buena dosis de espíritu para procurar que mi investigación no defraudara sus propias exigencias y las de todos.

## II. RECENSIÓN, *SENSU LATO*, EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL DEL PRINCIPIO *INTUITU PERSONAE* PARA ALGUNOS CONTRATOS.

Dice el art. 1.595 que: “Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona”<sup>2</sup>, y a su vez, el 1.734: “Cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su renovación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber”. Contrato de obra y mandato son, pues, dos supuestos contractuales en que, desde la ya longeva aparición de nuestro primer cuerpo de Derecho privado, se contempla sin lugar a dudas el componente *intuitu personae*.

## III. ESTADO DE LA CUESTION.

1. *En la doctrina española.* Alejado el contrato de matrimonio de la incumbencia directa del Derecho civil (i.e., privado, secular o laico), y constituido en España durante siglos, prácticamente desde todo el tiempo, en baluarte de la competencia eclesiástica, desorientaba y frustraba no verlo encajado en ninguna de las categorías contractuales de paradigmática tradición y fuste. Creemos que una abundosa cantidad de autores lo tienen *in mente* cuando se refieren al estudio del Derecho contractual, pero sólo excepcionalísimamente lo mencionan con frontal intención; y normalmente lo pasan de largo. Y si acabamos de señalar cómo el principio “en consideración a la persona” se ha alojado, siquiera *sensu lato*, en figuras como el contrato de obra, la contrata, el mandato, etc., no debe extrañarnos que la demarcación más cercana que al civilismo español se haya permitido para inferir del matrimonio un contrato en el que

plenamente prime el principio *intuitu personae*<sup>3</sup>, sea la del error: error substancial sobre la cosa a contratar y/o error sobre la persona con quien se contrata, todo ello frecuente y explícitamente coonestado a la realidad del consentimiento. Traigamos a nuestras páginas de ahora un pequeño elenco representativo en cronológica ordenación y en dos únicos apartados:

A. a/ García Goyena:

“*Artículo 989*: Para que el error invalide el consentimiento ha de ser hecho y debe recaer sobre la substancia de la cosa que fuere objeto del contrato, y no sobre la persona con quien se contrata; a no ser que la consideración de ésta hubiere sido la causa principal del contrato. . .”

..... (. . .) .....

*A no ser que la consideración de ésta*. Rogron lo ilustra con el siguiente ejemplo: ‘Yo encargo un cuadro a un pintor mediano, creyéndole un gran pintor que tiene el mismo nombre: el contrato es nulo, porque únicamente me he decidido a él por consideración a la persona. Si pues yo he ofrecido veinte mil francos al artista mediano a quien por error encargué el cuadro, no se los deberé; pero como no debe perjudicarme mi negligencia en tomar informes, habré de pagarle el precio de su cuadro a juicio de peritos’. En todos los casos previstos por el artículo, se supone que las dos partes padecían error”.<sup>4</sup>

El poder intuitivo y suscitador de ciertos autores es tonificante. Cuando a nuestra concepción del matrimonio aplicamos un supuesto de error tal y como lo recrea teórica, especulativamente, García Goyena, nos apercebimos de que en sus comentarios, conscientemente o no, se implícita nada menos que la naturaleza *vivencial* del matrimonio. No otra cosa es la adjudicación compartida de cierta responsabilidad en el error a los protagonistas del ejemplo de Rogron. Lo cual, más revelador todavía, nos conduce a la imposibilidad de determinar *a priori* la cuota de culpa de cada uno de los contrayentes, cuando de su desvinculación se trate. La figura del divorcio por mutuo acuerdo (con o sin asesoramiento voluntario “de peritos”, y garantizados los derechos de terceros-hijos, si los hubiere) creo que está informando, como realidad conclusiva, la reflexión doctrinal de García Goyena y otros autores decimonónicos. Si los dos contrayentes son culpables en proporciones absolutamente imposibles de determinar, lo único sensato es que, mediante su mutuo acuerdo desvinculatorio, restablezcan asimismo la original armonía a la que conjuntamente atentaron mediante su proyecto eventualmente fallido. Porque no olvidemos que del matrimonio sólo nos es lícito hablar de contrato en formación y realización indefinidas, debido a su naturaleza *vivencial*; es decir, que se resiste a su determinación valorativa por medio de instrumentaciones cuantificadoras y mensurables, pues indefinida y teóricamente inacabable es la virtualidad vivencial que despliega el proyecto de “comunidad de vida y amor”. Al no poder hablar del matrimonio, por las razones antedichas, como contrato que se perfecciona nunca del todo, corresponde a los “perpetuos candidatos” [a contratar] la liquidación de esa voluntad primera, motor de todo lo demás. Con ello, de un lado se restablece la armonía social; de otro, y por mutuo acuerdo, se pone de manifiesto lo injustificado de la imputación de mayor o menor culpabilidad en el hecho desvinculatorio.

b/ Gutiérrez Fernández:

“*Error en la persona*. Este error, por regla general, no invalida el contrato, porque el que yo compre un libro a Pedro, librero, creyendo que es Juan, es indiferente; pero puede ser causa de nulidad, cuando la consideración de la persona sea el principal motivo de obligación, que es como resuelve este caso el Código francés y el Proyecto del nuestro. La ley 10, tít. II, Part [ida] IV, aunque limitada a un error personal en caso de matrimonio puede servir de regla en todos los contratos celebrados por consideración a la persona, como sucede en la sociedad, mandato, etc.

La calidad de la persona tiene, según los casos, distinta influencia.<sup>5</sup>

c/ Sánchez Román:

“Cuando el error recae sobre la *persona misma* del contratante, con la cual únicamente se tiene *intención* de contratar. . . se anula el contrato siempre que la consideración a la persona hubiere sido la causa principal del mismo”.<sup>6</sup>

d/ Mucius Scaevola:

“El error sobre la persona *únicamente* invalidará el contrato cuando “la causa principal”, esto es, el motivo o razón de contratar, hubiera sido la consideración a determinada persona.

¿Y cuándo ocurrirá esto? Desde luego puede contestarse afirmativamente respecto a los contratos en que la nota personalísima aparezca con claridad. *El matrimonio es personalísimo*”.<sup>7</sup> (subrayado mío)

e/ Castán Tobeñas:

“Recientemente, el profesor Alonso Pérez ha propugnado una aplicación extensiva del error en la persona, y una interpretación también amplia de la expresión legal ‘consideración a la persona’. A su juicio, prescindiendo de los supuestos en que el contrato se celebra *intuitu personae*, el art. 1.266, apartado 2, proporciona base suficiente para extender la anulabilidad por error a todos aquellos casos en que la persona sea factor esencial en el conflicto de intereses que el contrato pretende satisfacer”.<sup>8</sup>

f/ Santamaría:

“El error sobre la persona con quien se contrata sólo anula el consentimiento cuando el contrato se celebra *intuitu personae*, o sea, en consideración precisa a la persona, o cuando se celebra en consideración a las aptitudes especiales de la persona”.<sup>9</sup>

g/ Alonso Pérez:

En las “Notas de Derecho español. 109” que como traductor incorpora a Pietrobon,<sup>10</sup> se nos dan acertadas puntualizaciones sobre aspectos relevantes del

principio *intuitu personae*, respecto de la validez de algunos negocios, juntamente con la excepcional mención –de otro autor recogida– del matrimonio como negocio jurídico celebrado *intuitu personae*:

“Según el sentido literal de nuestro CC, en su art. 1.266, ap. 2º, el error in persona es irrelevante como regla general, siendo válido el contrato celebrado cuando se conoce defectuosamente a la persona del otro contratante o se yerra en torno a alguna de sus cualidades personales. Sólo excepcionalmente, cuando el negocio se haya celebrado en atención a una persona determinada (*intuitu personae*) hasta el punto de que la misma ha sido la razón principal –o exclusiva– de la declaración de voluntad, el error in persona es relevante, reviste carácter esencial, anulando, en consecuencia, el negocio celebrado (art. 1.266, ap. 2º, en relación con el art. 1.300 del CC). El sentido doctrinal y jurisprudencial es unánime al respecto. . . . ( . . . ) Albaladejo (*El negocio jurídico*, cit., pg. 145; *Derecho civil*, I. *Introducción y Parte General*, p. 492) afirma que el error in persona sólo es esencial en los negocios celebrados *intuitu personae*, así el matrimonio (art. 1.101, 2º) o ciertos contratos como la donación o el arrendamiento de servicios de un sujeto por razón de sus conocimientos”

(*ob. cit.*, pp. 637-638)

B. En este apartado consignamos algunos ejemplos en los que la calificación genérica *intuitu personae* ha sido el objeto directo del tratamiento doctrinal:

a/ *Nueva enciclopedia jurídica*:

“*Los llamados contratos intuitu personae.*- Las personas en la relación contractual pueden desempeñar una posición más o menos destacada, según la especial naturaleza del contrato. En muchos de ellos la figura personal del contratante se desdibuja y es jurídicamente indiferente. En otros, en cambio, la consideración a esta determinada persona fue lo que movió a la otra a contratar, y de ahí se desprende la importancia que desempeña en la relación obligacional. Estos contratos son los llamados *intuitui personae* [sic], en atención al especial relieve que el elemento personal desempeña en los mismos<sup>31</sup> [<sup>31</sup>Es particularmente interesante sobre estos contratos la obra de Vallet, *L' "intuitui personae" dans les contrats*, Paris 1938, y las de Camerlynck, *L' "intuitui personae" dans la société anonyme*, Paris 1929; Jeandel, *L' "intuitui personae" dans les sociétés*, Nancy, 1932, Boucart, *L' "intuitui personae" dans les sociétés*, Paris 1928; Morel, *Du refus de contracteur opposé en raison de considérations personnelles*, Paris 1908]. En este grupo pueden colocarse en líneas generales aquellos tipos que se basan en la afección, los que se apoyan en la confianza y los que en líneas generales se celebran en atención a especiales circunstancias que concurren en uno de los contratantes.<sup>32</sup>[<sup>32</sup> La figura del *intuitui personae* puede ser más o menos fuerte, según la especial naturaleza del contrato]

La mayor o menor consideración del elemento personal se refleja necesariamente en la influencia transcendental que en la vida del mismo ha de tener el error en la persona y en sus cualidades esenciales. . . ( . . . ) Al lado de la figura de los contratos *intuitui personae* aparecen los conocidos con el

nombre *intuitui firmae* o *intuitui domi*, que son aquellos en los que el elemento personal decisivo en la relación no es precisamente la persona física en sí misma considerada, sino la firma comercial, la personalidad comercial, la empresa, etc.”<sup>11</sup>

b/ Puig Peña:

“Contrato. . ( . ) *intuitu personae*; de aquéllos que se derivan derechos no transmisibles, como ocurre con la sociedad, el mandato y, en cierto sentido, el contrato de trabajo”<sup>12</sup> . . . . .

donde nuestro autor, después de tan escueta caracterización como “de aquéllos que se derivan derechos no transmisibles”, menciona algunos tipos de contratos en calidad de ilustradores del principio *intuitu personae*.

2. *En la doctrina italiana.* En línea muy parecida a la española, y como corresponde a una nación de fortísimo arraigo teocrático, sobre todo hasta la bocanada de aire fresco que supuso la Ley Fortuna-Baslini, no debe alarmar que la doctrina italiana haya afectado el espíritu del principio *intuitu personae* primordialmente a los contratos de adjudicación y contrata (*appalto*), arrendamiento, aparcería, sociedad personal, contrato de trabajo, etc., todo ello en cierta relación y a riguroso tenor de la realidad del error en la persona. Tampoco hemos visto mencionado el matrimonio como el más genuino e indiscutible contrato en el que por natural y visceral consecuencia el principio *intuitu personae* primase sobre cualquier otro componente o referenciador. Veamos:

a/ El elemento de fe puesta en el contratista decide aquí:

“Il contratto [di appalto] è fatto *intuitu personae*, per la fiducia che il committente ha nell’abilità tecnica dell’assuntore”.<sup>13</sup>

b/ La plasmación de ciertos rasgos incompatibles y contrastivos cuando se trata de situaciones contractuales referidas al servicio público e *intuitu personae*, de un lado; y la consideración del error en cualidad de la persona, de otro, se encuentran en la obra de Messineo:

Quando sia collegato alla concessione del servizio pubblico in esclusiva, l’obbligo a contrarre si giustifica col fatto che l’utente non può trovare procurarsi *altronde* il servizio, del quale ha necessita.

Resta derogata, in tali casi, l’efficacia dell’antico implicito principio, per cui il soggetto contrae, *se vuole, quando vuole e con chi vuole* (*intuitus personae*).<sup>14</sup>

Taluni contratti si qualificano e formano gruppo a sé, per il fatto che la persona (in concreto) di uno dei due contraenti (e talvolta di entrambi i contraenti) è elemento essenziale (cosiddetto *intuitus* della persona della controparte), nel senso che un qualche interesse ha indotto uno dei contraenti a scegliere, come controparte, una determinata persona, in quanto dotata di particolari qualità o attitudini; o di particolare perizia tecnica ecc. (un accenno

generale, nell'art. 2558 comma 1, in fine cc, dove si qualifica come 'personalé', il contratto *intuitu personae*)... (. . .)

Le conseguenze piu salienti, che derivano dal contratto, stipulato *intuitu personae*, sono: a/ l'essenzialità dell' errore nella persona dell' altro contraente (art. 1429, n. 3, c.c.)

*Ib.*, p. 189

c/ Otras veces, además de una semblanza genérica de la configuración esencial del contrato estipulado *intuitu personae*, se nos precisa asimismo la naturaleza de éste mediante la enumeración de diversas tipificaciones:

Veamos ahora el incumplimiento de las obligaciones que nacen de contratos de ejecución continuada.. (.) Muchos de estos contratos, especialmente el arrendamiento, la aparcería, la sociedad personal, el contrato de trabajo, etc., se estipulan "intuitu personae", esto es, son contratos caracterizados por el hecho de que las partes lo celebran en razón a la confianza que la otra le merece, o sea, que tienen en cuenta las cualidades que reúne, la persona con quien contrata y eventualmente la solidez financiera de la contraparte, como garantía del exacto cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato.

Se trata de una categoría de contratos muy conocida que abarca también los de ejecución instantánea. . ( . ) . . . . parece necesario destacar que por la naturaleza misma de estos contratos, nace a cargo de la parte escogida "intuitu personae", una obligación genérica principal de abstenerse de toda conducta que pueda menoscabar la confianza en ella depositada.<sup>15</sup>

d/ Un esmerado sondeo en el error y en las cualidades de la persona (determinante todo ello de la virtualidad del consentimiento y sustentador, por ende, del principio *intuitu personae*) queda pormenorizadamente recogido en la obra ya citada de Pietrobon, de la que aprovechamos todavía la siguiente cita:

El apartado final del art. 1.110 CC de 1865 estimaba que el error sobre la persona acarrea la anulabilidad y era esencial, como consecuencia, únicamente cuando 'la consideración de la persona con la que se desea contratar hubiera sido la causa fundamental que impulsó a la convención'. Según la doctrina común, el contenido de la disposición quedaba simbolizado en la afirmación conforme a la cual el error era sólo relevante en aquellos contratos donde fuera esencial el *intuitus personae*<sup>152</sup> [<sup>152</sup> V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, cit., IV, n. 56-59, p. 81 y ss. Gabba, *Contributio*, cit., c. 668 y ss; Fubini, *La dottrina dell'error*, cit., p. 186 y ss.]

La doctrina al respecto se mantiene viva en la actualidad, ya en virtud del planteamiento dogmático que la rige, ya porque se sostiene, evidentemente, que la expresión empleada por el código actual –que habla de cualidades de la persona que 'hayan determinado el consentimiento'– es equivalente en esencia a la dicción que utiliza el código derogado<sup>153</sup> [<sup>153</sup> V. Messineo, *Manuale*, cit., I # 42, p. 557; id., *Dottrina generale*, cit., p. 83; Cariota Ferrara, *Il negozio*, cit., p. 577-578; Betti, *Teoria generale*, cit. n. 53, p. 428; de forma menos resuelta, G. Stolfi, *Teoria del negozio*, cit., p. 146 y ss.]

Sin embargo, no es difícil observar cómo ambas expresiones, tanto la actual como la reflejada en la ley anterior, pueden interpretarse, desde un punto de vista estrictamente literal o exegético, de dos maneras distintas.

Al afirmar que la consideración de la persona debía ser la causa principal de la convención, se estaba de acuerdo en dar a la palabra causa dos diversos significados. Se podría pensar que el término indicaba el motivo de la convención, equivalía a 'razón motivante' del contrato, o bien se podía sostener que la ley aludía, más que a la razón motivante del contrato, a una valoración objetiva de la importancia de las cualidades personales respecto al contrato en sí mismo considerado. Al hablar de contratos concluidos *intuitu personae* y llevar la atención no sobre el hecho psicológico, sino sobre la esencia jurídica del contrato concluido, la doctrina ha demostrado hallarse orientada en esta segunda dirección, restringiendo así el concepto de cualidad respecto a la amplitud de fenómenos que abarcaría de acuerdo con el lenguaje común.

*El error en la doctrina del negocio jurídico*, cit. pp. 605-606

e/ La relación entre error en la persona y anulación del contrato de adjudicación es el núcleo fundamental del testimonio de Rubino:

Una delle più importanti applicazioni del problema della rilevanza dell'*intuitus personae* è poi nel campo dell'errore sulla persona. L'art. 1429 cod. civ., unitamente all'art. 1428 stabilisce che l'errore è essenziale e diviene causa dell'annullamento del contratto, fra l'altro, quando cade sul l'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente (quindi, nella specie, dell'appaltatore), sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso.<sup>16</sup>

f/ La imposibilidad de sustituciones en la representación cuando ésta se ha concebido y realizado *intuitu personae*, es lo que resaltamos en el fragmento de Scognamiglio:

*Esercizio della rappresentanza. Sua disciplina.- . . . (. . .) Il rappresentante d'altra parte deve stipulare di persona l'atto; e qualora si fa sostituire da altri (ma questo nemmeno è possibile se il potere è stato attribuito *intuitu personae*) risponde dell'attività del suo sostituto.<sup>17</sup>*

3. *En la doctrina francesa.* En otro lugar dábamos noticia de cómo Francia, madrugadora europea en lo que a clarividencia de división de poderes y funciones dentro de un Estado de Derecho se refiere, había producido las más transparentes manifestaciones por medio de sus civilistas respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio, con todas las consecuencias que de ello arrancaban.<sup>18</sup> No es así de extrañar que la doctrina francesa, entre aquellas a las que nos hemos asomado, haya sido la más explícita en cuestiones de categorías contractuales en las que concurra como componente predominante y decisorio el principio *intuitu personae*. Obsérvese que esto, en el estudio del matrimonio como contrato civil, le otorga una estupenda carga de individualismo en virtud del juego genuino de autonomía de la voluntad que despliegan sus dos protagonistas contrayentes. Autonomía de la voluntad que viene potenciada desde su mismísima

incardinación en el principio *intuitu personae* y que, a su vez, genera una expeditación ejemplar cuando de revocar esa primera voluntad, causa del contrato, se trate. Vamos a escrutinizar, a continuación, algunos criterios y autoridades señalados sobre el tema:

a/ El error sobre la persona ilustra los casos de potencial anulabilidad en un conjunto de contratos, con importantes distinguos y matizaciones, y con específica mención referencial al matrimonio:

*Error sobre la persona.* Sólo funciona como causa de anulabilidad en los contratos celebrados en contemplación a la persona (*intuitu personae*), informando una regla general para los contratos celebrados a título gratuito (especialmente la donación, donde amar equivale a elegir) y excepcional para los concluidos a título oneroso (p. ej., el contrato de sociedad o de obra, convenido con un artista cuyo talento sea único). La hipótesis no sólo atiende a la identidad física, sino también a la identidad civil (p. ej., el contrato de trabajo puede anularse si, en lugar de un matrimonio, lo concluyen en calidad de criados, un hombre y una mujer que vivan en concubinato) e inclusive –la teoría sobre el error en la persona opera con amplitud superior a la de la disciplina matrimonial– a determinadas cualidades personales..<sup>19</sup>

b/ Asimismo, el error sobre una cualidad tanto moral como civil de la persona, y la enorme elasticidad de supuestos de nulidad que ello consiente, es el núcleo más relevante de la cita de Célice:

El error sobre la persona no tiene consecuencias jurídicas sino en los casos previstos en el art. 1.110, párr. 2, que dispone que aquél “no es causa de nulidad cuando no recae más que sobre la persona con quien se tiene intención de contratar, a menos que la consideración de esa persona sea la causa principal de la convención” . . . .

Pero no es necesario, para que ocasione la nulidad, que el error recaiga sobre la identidad física del otro contratante, y basta que verse sobre una cualidad que se le atribuía erróneamente y cuya consideración fue determinante. Esta cualidad puede ser moral o civil. Por eso la Audiencia de Aix anuló la venta de una agencia de negocios, a instancia del comprador que se enteró de que el vendedor era un expresidiario. El tribunal de Nantes decretó también la rescisión de un arrendamiento, efectuado con una mujer galante, a quien el propietario del inmueble había tomado por una muy honesta inquilina. . . . ( . . . )

Estos ejemplos nos muestran también que el art. 1.110 encuentra aplicación fuera de los contratos que se consideran, a priori, como portadores del *intuitus personae*. Mas no debe ocultarse que aquí, más aún que en materia de error substancial, la apreciación soberana de la cualidad que ha sido determinante es extremadamente elástica, y que no es imposible que aquel que invoque la consideración de una cualidad moral, p. ej., halle alguna facilidad en los Tribunales para hacer prosperar su demanda.<sup>20</sup>

c/ En este nuevo apartado, el error en la persona y el error en la substancia de la cosa, además de la mención por vía de ejemplo de una serie de contratos

representativos y contenedores del espíritu *intuitu personae*, constituyen el testimonio de Colin & Capitant:

*Error causa de anulabilidad.*- Se le encuentra en los dos casos siguientes: el error en la persona y el error en la sustancia de la cosa.

*A. Error en la persona.*- Sólo es causa de nulidad, dice el art. 1.110 párrafo 2º, cuando la consideración de la persona ha sido la causa principal de la convención.

Es el juez el que decide, según la naturaleza de la convención, las circunstancias particulares de la causa y la intención de las partes, si esta condición se ha realizado o no, si, en una palabra, existe *intuitus personae*. En los contratos a título gratuito habrá siempre *intuitus personae*. Pero lo mismo ocurrirá en muchos contratos a título oneroso, ya por ambas partes, por ejemplo, en la sociedad, ya por parte de uno solo de los contratantes, p. ej., en el contrato de trabajo celebrado con tal ingeniero, tal empleado; o también en el contrato de empresa celebrado con tal arquitecto, tal pintor, tal escultor, tal médico, etc.

Conviene advertir que para que el error en la persona sea causa de nulidad no es indispensable que recaiga sobre la persona física; basta que haya error acerca de una cualidad de la persona que se haya tenido principalmente en cuenta y que haya sido el motivo determinante de la convención. Así, el error acerca de la profesión del arrendatario o del que asegura su vida puede servir para anular el arrendamiento o el seguro.<sup>21</sup>

d/ Una nueva y específica referencia al matrimonio como contrato preponderantemente encarnador del principio *intuitu personae*, se aloja en los fragmentos recogidos de Josserand, junto con otras sagaces incardinaciones del referido principio en otros contratos:

*Error sobre la persona.- Criterio legal.*- La definición y la delimitación del error sobre la persona, como vicio del consentimiento, las da el concepto mismo del *intuitus personae*; sólo el compromiso que se adquiere en razón de la persona, *intuitu personae*, se vicia por el error que recae sobre la identidad o sobre las cualidades de esta persona. En este sentido ha de entenderse el art. 1.110, que, en su segundo apartado, declara que el error no es una causa de nulidad cuando no recae más que sobre la persona con la cual se tiene intención de contratar, ‘a menos que la consideración de esta persona sea la causa principal de la convención’, a menos, en otros términos, que no haya sido *determinante*.

*Dificultades; aplicación del criterio.*- El Código civil, al adoptar este criterio no ha eliminado todas las dificultades: se ha limitado a soslayarlas y a aplazarlas; pues queda aún por saber, qué contratos se celebran *intuitu personae*, en qué casos un compromiso se asume en razón de la persona, ya del deudor, ya del acreedor.

Hay que colocar fuera de toda discusión los actos relativos al *estado* de las personas, y más generalmente, los que conciernen a los derechos extrapatrimoniales, como el *matrimonio* o la *adopción*; su carácter personal no podría ponerse en duda y el error sobre la persona tiene, por consiguiente, en lo que les concierne, fuerza dirimente.

Las dificultades más serias se han presentado para los actos que interesan al patrimonio, habiéndose pensado en resolverlas por una oposición sistemática entre los actos a título gratuito, que comportarían siempre el *intuitus personae*, y los actos a título oneroso que no se acomodarían al *intuitus personae* sino muy excepcionalmente. . . ( . . . )

Hay que guardarse. . . de dar a la oposición entre el título gratuito y el título oneroso el valor de un principio rígido en nuestra materia. Lo único que puede decirse es que la gran mayoría de las liberalidades comportan el *intuitus personae*, mientras que un número bastante elevado de actos a título oneroso se realiza sin consideración a la persona, impersonalmente; pero a eso debe limitarse el contraste que, en suma, casi se reduce a un matiz, debiendo el juez averiguar en cada caso si la operación realizada ha sido de naturaleza personal o impersonal.<sup>22</sup>

*Sociedades de personas y sociedades de capitales.*- Las sociedades de personas están formadas *intuitu personae*, entre personas que se conocen, que se conceden mutua confianza. . . . ( . . . )

El mandato, en principio, se concluye *intuitu personae*.<sup>23</sup>

e/ Previamente a cualquier otra especulación, se encarece la conveniencia de determinar con esmero los contratos en los que “l’*intuitus personae*” constituye el principio de identificación de la naturaleza de dichos contratos:

L’intention commune de subordonner l’existence du contrat à l’identité de la personne ou à certaines qualités doit être présumée lorsqu’il s’agit d’un contrat comportant l’*intuitus personae*. Il faut alors rechercher les contrats dans lesquels la considération de la personne est déterminante et les qualités qui dans l’usage sont regardées comme essentielles<sup>3</sup> [<sup>3</sup> Comp. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, n<sup>os</sup> 44 et s.; Valleur, *L’intuitus personae dans les contrats*, thèse, Paris, 1938]<sup>24</sup>

#### IV. ARRANQUE ABSOLUTO EN NUESTRO DERECHO ACTUAL DE LA CONSIDERACIÓN DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CIVIL

Los términos de la siguiente sentencia no dejan lugar a dudas:

Jurisprudencia. Civil. Matrimonio / Carácter contractual.- Disolución por mutuo disenso.- Divorcio.- Cese de convivencia por cinco años.- Pensión.- Pacto entre los cónyuges.- Doctrina de los actos propios.

3896 – AT Zaragoza S 10 mayo, 1983.- Ponente: Sr. Mur Linares. Considerando: Que . . . ( . . . ) como el matrimonio es para el derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contrayentes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desistimiento bilateral para destruir ese vínculo al que los contratantes dieron nacimiento, de conformidad con lo establecido por el Código civil sobre obligaciones y contratos.<sup>25</sup>

Sin embargo, al jurista que se proponga la profundidad humanística como horizonte siempre alentador y siempre inalcanzable de su investigación, este refrendo, este apuntalamiento fáctico de lo que acaso, y para halago suyo, haya siempre constituido su más inalterable criterio, no acaba de satisfacerle. El jurista debe asumir la realidad de las

instituciones como proceso: de esa manera podrá asentir más cordial y cabalmente con la plasmación concreta que de ellas propicie el Estado de Derecho imperante en el momento que fuere. No es suficiente que se nos abra de un providencial manotazo el libro de la equidad y de la clarividencia (como señala el caso de la Sentencia mencionada) cuando durante siglos se nos ha escamoteado con plurigenérica artimaña –infinitas variaciones sobre idéntico fondo– la misma cuota de clarividencia y equidad que ahora se nos empieza a dispensar. Al jurista le interesa el crecimiento, el decurso, la dinámica: en una palabra, la vida de las instituciones, y de ahí, sacar conclusiones, y asignar a cada plasmación fáctica que de cada institución se produzca en un específico instante, la magnitud justa de asentimiento y aprecio. No otra cosa debiera justificar la creencia de que la Historia pueda ser maestra de la vida.

El caso del matrimonio ilustra dolorosamente, y siempre de sobra, lo que aquí exponemos. El acaparamiento detentador y monopolístico de sus contenidos privados (civiles) por el fuero religioso, en torpísimo, prepotente y acomodaticio contubernio con el poder secular, hacía del mismo matrimonio la más atípica de nuestras instituciones. Se prestidigitaba con el papel de la voluntad (y por ende, con la indiscutible primacía del principio *intuitu personae* en el acto de constitución o formación del contrato), porque se negaba –siempre desde la óptica canónica, y única en funciones– la competencia de los contrayentes para hacer valer esa misma voluntad en el supuesto de ‘descontraer’. Resaltar, así, la esencialidad del componente *intuitu personae* en el contrato de matrimonio hubiera sido, ciertamente, una exacerbación cruel y, sobre todo, inútil, cuando tal principio era poco menos que ignorado en el supuesto inverso: en el supuesto de querer anular el contrato en cuestión en virtud, precisa y señeramente, de la fallida fundamentación de “consideración a la persona” entre los contratantes. Ante tan agobiante coacción de los poderes fácticos, en consorcio más o menos apretado con la teocracia, no extraña que la doctrina vertiese fórmulas y denominaciones perifrásticas, rebajadas de rigor y de quilates, sólo inteligibles para los iniciados.

Pero como he dejado establecido en extensa monografía, “el periodo que discurre entre el Concilio de Trento y 1975 no se enjuga tan fácilmente”.<sup>25</sup> Quiere esto decir que sólo una voluntariosa e intrépida esgrima de la perspectiva nos puede hacer entender que si en estos momentos hemos, por fin, desviado el curso de un vector que, imperturbado, había venido avanzando en indiscutida dirección, incontestablemente fijada durante y desde cientos de años, será asimismo cuestión de largas y penitenciales etapas para que la conciencia de las gentes españolas se aúpe a la altura de las circunstancias, y que todo ello se refleje en las formulaciones jurídicas, siempre a la zaga, como es sabido, de lo que el alma colectiva ha intuído e instrumentalizado a niveles prácticos, en operativos parámetros.

Para tranquilidad nuestra, pues, y para atestiguar la vocación que despleamos respecto de la salvaguarda del mejor espíritu jurídico, vamos a ensayar un lejano retroceso en el tiempo, escarbando en los cuévanos del Derecho romano y tratando de detectar, dentro de la urdimbre de sus instituciones, aquellas fórmulas que se nos antojen precedentes, antepasados, jurídica prosapia del principio *intuitu personae*. Creo que en la apertura y en el envío cordial (ofertorio) que he hecho de este trabajo he confesado, siquiera veladamente, mi insuficiencia. Ahora, autenticado por el sacrificio del camino ya recorrido, puedo hacer pública, palmaria ostentación de ella, y declarar que la acuñación del brocardo expresivo *intuitu personae*, ha tenido que ocurrir en algún momento histórico cuya precisión escapa a los afanes de la investigación presente mía. Sí, en algún repliegue de doctrina romanística

(que no romana, al parecer) la versión latina *intuitu personae*, correspondiente a nuestro “en consideración a la persona”, ha debido quedar fijada para la posteridad. Tal vez, en más de una de las fuentes indirectas que aquí quedan citadas se dé rigurosa cuenta de este detalle. Soslayarlo, sin más, me pareció poco honrado; como desproporcionado me hubiera parecido asignarle medular relevancia dentro del esquema de intenciones y del espíritu que permea mi investigación. Así, pues, pasemos a exponer el apartado correspondiente a la incumbencia recién acabada de anunciar.

## V. RASTREO EN EL DERECHO ROMANO DEL PRINCIPIO *INTUITU PERSONAE*.

En las fuentes de que nos vamos a servir (una de ellas secundaria y moderna), el principio *intuitu personae* sólo nos es posible inferirlo mediante un despliegue integrativo, de lata analogía, a través de los supuestos del error y del consentimiento. Creo que si en algún momento el jurista debe mirar con perspectiva flexible a las instituciones, éste podría ser de los más indicados. Los ya referidos Colin & Capitant estiman que

en el antiguo Derecho romano, la fórmula del contrato era lo único que importaba. Una vez pronunciada, el contratante no podía invocar el error que hubiese cometido, aunque este error hubiera sido provocado por el dolo de la otra parte.

Pero, contra esta concepción jurídica primitiva y anticuada, se levantó una nueva teoría desde fines de la República, que invocaba *el respecto a la voluntad del contratante*. El que está en el error, se dijo desde entonces más equitativamente, no quiere contratar; *Non vindentur qui errant consentire* (116  $\neq$  2. D. de reg. iuris, L. 17); *Errantis nulla voluntas* (20 D. de aqua pluv., XXXIX, 3).

Sin embargo, el Derecho romano no se libró nunca completamente de su primitiva concepción, y sin entregarse jamás a la investigación psicológica de la voluntad de los contratantes, se atuvo siempre más o menos a la manifestación exterior de su voluntad. Por esta razón no llegó a resultados bastante satisfactorios desde el punto de vista de la equidad. Los casos de error reconocidos por él se reducen a casos de declaraciones ambiguas e irrealizables [Véase: Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guénoux, tomo III, párrafos 235 y ss., p. 267. Apéndice, p. 327]. En efecto, existían para los romanos tres casos de error que excluía el consentimiento: el error 1º, in negotio; 2º, in persona; 3º, in corpore.

*ob. cit.*, pp. 565-566

Pero ha sido mediante una breve, aunque atrevida, zambullida en las fuentes primarias del Derecho justiniano como hemos podido detectar lo que, acaso, pudiera servirnos de genuinos precedentes del principio *intuitu personae*, informador del espíritu de ciertos contratos, si bien a través siempre de las instrumentalizaciones previas y genéricas del consentimiento y del error. Respecto del primero de tales requisitos contractuales,

las obligaciones que se contraen por el solo consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria . . . ( . ) Lo mismo sucede . . . ( . ) en todos los contratos formados por el solo consentimiento.<sup>27</sup>

Y en distinto lugar de la misma obra:

En la manera de disolver las obligaciones se observa absolutamente la misma gradación que en la manera de formarlas. Lo mismo que se contrae se disuelve. . . ( . . ) por el solo disentimiento de las [obligaciones] que el solo consentimiento ha producido.

*Ob. cit.* Tomo III. Parte II, título I: De los derechos, 73, pp. 100-101

Otra edición de las *Instituta*, igualmente decimonónica, se pronuncia en términos casi idénticos, sólo que en orquestación bilingüe:

eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. . ( . . ) Idem est. . ( . ) in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt / / las obligaciones que se contraen por el consentimiento, se disuelven por una voluntad contraria. . ( . ) Lo mismo sucede. . . en todos los contratos que se derivan del consentimiento.<sup>28</sup>

Tocante al error, al consentimiento y a la relevancia que ambos requisitos ejercen en el tipo concreto de contrato de sociedad, el *Digesto* nos dice cosas valiosas:

In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit. . . . ( . . ) nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit / / Al tiempo que se contraen todos los contratos, ya sean de buena fe o no, si intervino algún error. . ( . . ) no es válido el contrato: lo mismo se ha de decir *en quanto al contrato de compañía*; porque si no estuviesen [sic] conformes, creyendo uno una cosa, y otro otra, no vale la compañía, que consiste en el consentimiento.<sup>29</sup> (subrayado mío)

Hay alguna curiosísima peculiaridad tanto en el contenido del texto original latino, ya de por sí elocuente, como en el término *compañía* de que se han servido los traductores para verter *societas*. Porque no es sólo que la sociedad sea el tipo de contrato que más machaconamente venimos aduciendo como ejemplo comparativo, equiparable y subsumible respecto de la realidad del matrimonio, por la indiscutible carga de “consideración personal” que comporta en aquélla la selección de los socios, y con todas las consecuencias en cascada que se derivan de tamaña singularidad para el cabal enjuiciamiento de la teoría general del contrato... Es que, además, parece que por una felicísima intuición, los traductores han empleado el término *compañía*, el más henchido de naturaleza personalista, y que más decidida contigüidad (por no decir solapamiento, superposición, o invasión pacífica) guarda con el matrimonio. El preeminente principio *intuitu personae*, cargado de inmediatez y mensaje inspirador para el devenir de los contratos, y sobre todo de ciertos contratos, es una pura premisa elemental en la disciplina del jurista consciente.

## VI. CONCLUSIÓN.

Partí hacia mi trabajo con clara y dolorida conciencia de mi bisoñez jurídica. Confieso que, aun sólo en el orden de las ideas, me ha espoleado la ambición de cubrir mucho más campo del que aquí ofrezco. Pero tampoco se me ha ocultado que la detección, precisión y

tratamiento *in extenso* de ciertos temas hubieran dado al traste hasta con el empeño de reducido calibre al que ahora me aúpo. En orden a puntualizaciones, a simple curiosidad fáctica de histórico rigor, la laguna que sigue encharcando mi espíritu es ciertamente amplia. Las cotas concretamente alcanzadas en este ensayo no han ido más allá del rastreo en el Derecho romano, de la formación y enganche denominativo de lo que a mi juicio bien pudiera entenderse como núcleo formante de ese principio que, andando el tiempo, ha cobrado carta de naturaleza con la específica apelación de “en consideración a la persona”, con el vastísimo despliegue de matizaciones y distinguos que ello acarrea en el mundo del contrato. Precisar tanto los orígenes como el crecimiento de manifestación tal en la conciencia jurídica sigue ofertando un interés vivo y abierto al estudioso. Desde esos primeros testimonios del Derecho romano, hasta la recensión inequívoca de dicho tipo de contrato estipulado “*intuitu personae*”, cabe asumir que –con la laxitud o rigurosidad que fueren– las concepciones del Derecho privado hayan tenido en cuenta la imperecedera construcción romana; hayan asimismo acogido, asumido y nomenclaturizado el principio *intuitu personae*. Los testimonios aportados por los textos justinianeos acompañan a mis modestas intenciones.

Por consiguiente –y no por mis pocos oficios, no, sino por la vivísima y esencial vibración que el propio tema catapultó– se ha trazado otro coluro más del magnífico, ilimitado y curvo orbe a que aspira ser el Derecho. Si lo que está latente (y aun patente para el jurista sagaz) en el Derecho romano no ha prevalecido a lo largo de este rosario de siglos en nuestro cristianizado Occidente, es por el vaciamiento que de algunas de las exclusivas competencias de los contratantes/contrayentes en el contrato institucional de matrimonio llevó a cabo la Iglesia católica, en favor de una interpretación, administración y sanción a sus expensas e intereses de lo por ella elevado nada menos que al rango de sacramento. Dicho asunto, de cariz canónico y dogmático, dentro de mi cometido y en la latitud que ya deja atrás varios años de fecunda investigación, no puede ser ni más ocioso ni más carente de relevancia. Sólo apuntarlo, eso sí, como imprescindible orquestación académica, como inevitable comparsa. Desde el momento y desde la concepción en que el poder uno y bicéfalo Estado-Iglesia se arroga la sin par facultad de determinar si hubo o no contrato de matrimonio, el principio *intuitu personae* no tiene más remedio que quedar relegado al mínimo, precisa y paradójicamente en el contrato donde dicho principio justifica, a través del componente o requisito del consentimiento, la más central y característica de las esencialidades.

De nuevo, el reencuentro de ciertas instituciones con una realidad estrenada (la de nuestro Derecho matrimonial desde 1981 en adelante), saca a la luz los copiosos, aunque soterrados, hontanares que, si ocultos por las indelicadas torpezas humanas, no han dejado ni un solo instante de irrigar el latido vital de la Historia.

NOTAS

- <sup>1</sup> Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* (julio-diciembre, 1981), pp. 239-274, esp. p. 248
- <sup>2</sup> *Sensu contrario*, el “ius variandi”, respecto del contrato de obra, equidista en equivalencia de la estipulación *intuitu personae*: el primero de los principios permite modificaciones introducidas por la potestad de la Administración; en el segundo es tasativo el deseo de contratar con una específica y determinada persona. Así pues, se percibe que, precisamente tocante al contrato de obra, nuestro CC implica *intuitu personae*. Vid. Luis Díez-Picazo, “Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca y Dept. de Derecho civil, 1984), pp. 147-150.
- <sup>3</sup> Para una enumeración bibliográfica de algunos de mis trabajos que, bajo la denominación temática general de *La esencia negocial del matrimonio*, se afectan asimismo al contenido de este ensayo, vid. Tomás Ramos Orea, “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico”, *Boletín de Información*, año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.401-1.402 (15 y 25 de noviembre, 1985), pp. 14-15.
- <sup>4</sup> Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. 2 vols. (Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852 [Barcelona: Editorial Base, 1973. Vol. I, ejemplar 258; vol. II, ejemplar 213], pp. 18-19 y p. 21, respectivam. del vol. II.
- <sup>5</sup> Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. Tomo cuarto. *Tratado de las obligaciones*, Segunda edición (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), p. 36.
- <sup>6</sup> Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*. Tomo cuarto. Segunda edición reformada, corregida y aumentada. *Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación* (Madrid: Sucesores de Rivadeneira, 1899), p. 194.
- <sup>7</sup> Q. Mucius Scaevola, *Código civil: Comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo XX (Madrid: Sociedad editorial española, 1904), p. 625.
- <sup>8</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo tercero. *Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*. Undécima edición. Revisada, puesta al día por Gabriel García Cantero (Madrid: Reus, 1974), p. 459.
- <sup>9</sup> J. Santamaría [Magistrado], *Comentarios al Código civil*. [Texto vigente, comentarios, concordancias y referencias, recensión de la doctrina de los autores, recensión y tablas cronológicas de jurisprudencia, claves sinópticas, bibliografía e índices]. Con la colaboración de José Luis Santamaría Cristóbal. Vol. II: Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón (Madrid: EDERSA, 1958), p. 281.

- <sup>10</sup> Vittorino Pietrobon, *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por Mariano Alonso Pérez. El original italiano editado por la Casa Editrice Dottor A. Milani, de Padu, lleva por título *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*. (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971).
- <sup>11</sup> Tomo V. Preparado por Buenaventura Pellise Prats (Barcelona: Francisco Seix, 1953), pp. 314-315.
- <sup>12</sup> Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV. *Obligaciones y contratos*. Vol. II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación. 2ª edición. Actualizada en legislación y jurisprudencia (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973), p. 73.
- <sup>13</sup> Bartolomeo Dusi, *Istituzioni di Diritto Civile*. Quinta edizione aggiornata da Alberto Montel. Secondo volume (Torino: G. Giappichelli, 1951[1922]), p. 133.
- <sup>14</sup> Francesco Messineo, *Contratto*. Voci estratte dall' Enciclopedia del Diritto (Milano: Dott. A. Giuffrè-Editore, 1961), p. 17.
- <sup>15</sup> Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1ª edición italiana por la Redacción (Barcelona: Dux, s/a), pp. 126-127.
- <sup>16</sup> Domenico Rubino, *L'Appalto*. Seconda edizione riveduta e corretta (Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1951), p. 63 y *passim*. pp. 62-65.
- <sup>17</sup> Renato Scognamiglio, *Contratti in generale*. Seconda edizione (Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1966 [1961], pp. 72-73.
- <sup>18</sup> Véase Tomás Ramos Orea, "El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica", *Boletín de Información*, nº 1.371 (15 enero, 1985), p. 20.
- <sup>19</sup> Jean Carbonnier, *Derecho civil*. Estudio introductorio y traducción de la 1ª edición francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel Mª Zorrilla Ruiz. Tomo II. Vol. II. *El Derecho de las obligaciones y la situación contractual*. Título de la obra original *Droit civil*. Tome Second. *Les Biens et les Obligations*. Deuxième Partié *Les Obligations* (Barcelona: Bosch, 1971), pp. 201-202.
- <sup>20</sup> Raymond Célice, *El error en los contratos*. Trad. de César Camargo y Marín. Nueva Biblioteca universal. Sección jurídica (Madrid: Góngora, s/a) Véase "Capítulo III. El error sobre la persona", p. 157 y pp. 159-160 respectivam.
- <sup>21</sup> Ambrosio Colin y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*. Obra premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París (Premio Chevallier). Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen. Tomo Tercero. *Teoría general de las obligaciones* [Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Vol. LXXVIII] (Madrid: Editorial Reus, S.A. 1924), pp. 569-570.

- 22 Louis Josserand, *Derecho civil*. Tomo II. Vol. I. *Teoría general de las obligaciones* (Buenos Aires, 1950), pp. 57-58 y p. 59, respectivam.
- 23 idem, *Derecho civil*. Tomo II. Vol. II. *Contratos*, pp. 255 y 353, respectivam.
- 24 Marcel Planiol & Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*. 2<sup>o</sup> edition. Tome VI. *Obligations*. Première Partié, par Paul Esmein (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952), p. 216.
- 25 En *La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año V, nº 856. Madrid, viernes 20 de enero 1984.  
Vid., además, mi trabajo “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 571 (nov.- dic.- 1985), pp. 1581-1592, donde, y para la temática que el expresado título refleja, la referida sentencia es homologada y evaluada.
- 26 Vid. Tomás Ramos Orea, “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 564 (sep.- oct. 1984), p. 1148 y *passim*.
- 27 *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, con el texto, la traducción al frente y las explicaciones debajo de cada párrafo, precedida de la Historia de la legislación romana, desde su origen hasta la legislación moderna, y de una Generalización del Derecho romano, según los textos conocidos antiguamente o más recientemente descubiertos, por M. Ortolan [Prof. de la Facultad de Derecho de Paris]. Cuarta edición revisada y aumentada, traducida por los magistrados D. Francisco Pérez de Anaya y D. Melquiades Pérez Rivas. Tomo I. Libros I y II de la *Instituta* (Madrid: Librería de D. Leocadio López, editor, 1877). Tomo II. Libros III y IV de la *Instituta*. Tomo III. Historia de la legislación romana. Generalización del Derecho (1879). Tomo II. Título XXIX, “Por qué modos se disuelve la obligación”, p. 401.
- 28 *Cuerpo del Derecho civil Romano*. A dobre texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildelfonso L. García del Corral. Primera parte: *Instituta-Digesto* (Barcelona: Jaime Molinas, Editor, 1889). Tomo II. Primera Parte. *Digesto* (1892). Tomo III. Primera Parte. *Digesto* (1897). Tomo I. *Instituta*, libro III, título XXIX (XXX), p. 123.
- 29 *El Digesto del Emperador Justiniano*. Traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, del Colegio de Abogados de esta Corte. Nueva edición. Aumentada con la traducción de los proemios, completada y revisada con arreglo a los textos más autorizados de las ediciones modernas. Tomo III (Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1874). En castellano y latín. Le publican D. Manuel Gómez Marín y D. Pascual Gil y Gómez. Licenciados en Derecho civil y canónico. Abogados del ilustre colegio de Madrid. *Digesto*, libro 44, título 7, 57, p. 454. Tomo I, 1872; Tomo II, 1873.

## EL TERCERO RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

### SUMARIO

- I. REFLEXIONES PRELIMINARES Y PLANTEAMIENTO FINALÍSTICO.
- II. MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO O TÍPICAMENTE SUI GENERIS. ENTRADA EN JUEGO PLENA DEL ELEMENTO DE PUBLIFICACIÓN:
  - 1. *Concepto de tercero.*
  - 2. *Producción de efectos del contrato respecto de terceros.*
  - 3. *Eficacia del contrato respecto de terceros.*
  - 4. *La relatividad de la eficacia del contrato. El contrato no es jamás indiferente a terceros.*
  - 5. *La eficacia inmediata del contrato para terceros.*
  - 6. *Efectos directos, reflejos o indirectos de los contratos en los terceros.*
  - 7. *Efectos de la resolución convencional frente a los terceros.*
  - 8. *Derechos del tercero ante el mutuo disenso.*
- III. CONCLUSIÓN

#### I. REFLEXIONES PRELIMINARES Y PLANTEAMIENTO FINALÍSTICO.

En un estudio anterior mío me desvelé por aclarar que la disputa sobre la naturaleza jurídica del matrimonio había sido en el Derecho español –esperemos con optimismo que sólo hasta 1981– una infecunda y bizantina *questio nominis* (Lacruz) sobre la que gravitara una como maléfica inhibición a la hora de actuar en consecuencia.<sup>1</sup> Era, en efecto, poco coherente hablar del matrimonio como negocio jurídico y excluirle a renglón seguido de la configuración y características, inherentes e irrenunciables, de la tipología negocial. Tanto se le llame al matrimonio contrato a secas o, según el más elaborado y genérico eufemismo, negocio jurídico del Derecho de familia<sup>2</sup>, la verdad es que se le había convertido en una entidad jurídica fetichista y al mismo tiempo tabú, que el Estado –la Ley, con mayúscula– regulaba en unas condiciones y consecuencias que la propia razón estatal había impuesto, despreocupándose de coherenciarlas, no ya con rigor, sino con siquiera una mínima equidad respecto de su fundamento y de su naturaleza jurídica. Y no otra cosa era la quiebra de lógica que, atizada por prácticamente todos los autores patrios, protagonizaba el matrimonio dentro del bastidor de la teoría general del contrato. Traigamos algunos ejemplos.

Al hablar del *mutuo disenso*, y creemos que pensando en el matrimonio, Albaladejo hace unas oportunas salvedades al principio jurídico de la autonomía de la voluntad en materia de contratos:

Excepcionalmente no procedería admitir la extinción del contrato por mutuo disenso cuando (cosa insólita) la ley estableciese la obligatoriedad para ambas partes de la celebración del mismo, o estableciese la libertad de celebración, pero no de disolución.<sup>3</sup>

Tenemos todas las razones para sospechar, efectivamente, que Albaladejo está hablando del matrimonio. Igual que otros autores, y en este caso con referencia específica al mutuo disenso, Albaladejo roza la máxima precisión pero parece, igual que todos, medroso de llamar a las cosas por su nombre. De ahí lo de “cosa insólita”. También, y sospechamos que teniendo presente al contrato de matrimonio, se refería Albaladejo, dentro de la autonomía de la voluntad en la contratación, a los límites excepcionales de esa autonomía:

aunque en algunos sectores –como el Derecho de familia– del Derecho civil, dichos límites son abundantes por demás, hasta reducir en la práctica a un estrecho círculo el alcance del mencionado principio de autonomía.

*Derecho civil*, II, cit., p. 371

Me parece que la cosa está sobremanera clara. La atipicidad, o mejor, la especialidad del matrimonio como contrato ha producido, a su vez, el desentendimiento de los autores respecto del estudio de la naturaleza jurídica del mismo matrimonio; lo cual, engrosado por los condicionamientos de índole política que todos conocemos, provocó siempre que en el estudio de la autonomía de la voluntad y de otros supuestos de extinción de la relación obligatoria en el campo de los contratos, se mencionara la excepción *opere legis* para el matrimonio, sin arriesgar juicio crítico alguno. Veamos:

El consentimiento ciertamente consiste en estar de acuerdo o conformes las partes, pero esta conformidad ha de producir la determinación, por lo menos, de todos aquellos extremos del contrato que no estén ya determinados por el Ordenamiento.

Albaladejo, *Derecho civil*, II, cit., p. 374

Y también:

Los extremos que deben de ser precisados por el consentimiento de los interesados son por lo menos los no regulados (. . .) en las normas pertinentes.

Albaladejo, *ib.*, p. 375

La regulación imperativa y el juego del acople del consentimiento de las partes a lo que la Ley dispone, a menos que desistan de contratar, tiene su plasmación más irrefragable en el caso del matrimonio. Nosotros hemos desde antiguo venido deplorando que, tras una exposición tan concienzuda de los elementos integradores de la quiebra del principio de la autonomía de la voluntad, tanto Albaladejo como otros no hayan mencionado la figura negocio-contractual jurídica del matrimonio, como ejemplo específico de anomalía, impuesta por un orden establecido de cosas. Orden de cosas, en rigor, opuesto a la misma lógica jurídica. Al menos, opinamos que es deber del jurista delatar la atipicidad de la figura en cuestión e indicar las causas de que ello sea así. Asimismo entendemos que no hacerlo es una transgresión de lesa perspectiva.

El finalismo de este trabajo es mostrar cómo la aparición de terceros, directamente, vivencialmente implicados en el negocio jurídico del matrimonio, y la especialísima entidad de tales terceros suponen la incorporación asumida de una distinta naturaleza jurídica por parte del mismo matrimonio<sup>4</sup>; suponen igualmente unas consecuencias dinámicamente ejercidas por éste, y de diverso signo. En nuestra monografía citada en la nota 1 declarábamos al matrimonio como:

Negocio jurídico en el que han de distinguirse dos situaciones, cada una con su respectiva naturaleza, si bien originadas y mantenidas por un mismo acto consensual: 1. Negocio jurídico simple o “puro”. 2. Negocio jurídico complejo, desde la aparición de terceros (hijos). Lo que entraña, una vez más, como una de sus consecuencias más lógicas, su resolubilidad por mutuo disenso en el primer caso; y en los términos que la ley prevea respecto de la protección de los correspondientes terceros, en el segundo.

Tomás Ramos Orea, “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *cit.*, [15 enero 1985] p. 22.

## II. MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO COMPLEJO O TÍPICAMENTE SUI GENERIS. ENTRADA EN JUEGO PLENA DEL ELEMENTO DE PUBLICACIÓN.

La distinción entre negocio jurídico *simple* y *complejo*, aplicado al matrimonio, tiene su intransferible relevancia debido a que los *terceros* que aquí entendemos como tales (hijos), más que reclamar o atribuirse derechos provenientes del negocio núcleo –matrimonio–, lo que coercitivamente compelen es una transmutación de la propia naturaleza de dicho negocio jurídico. La originalidad que reivindicamos para nuestro supuesto es bien manifiesta: un negocio jurídico de hecho y/o de derecho (matrimonio) acarrea irrenunciablemente entre sus virtualidades la del surgimiento de unos terceros (hijos), quienes a su vez despliegan su protagonismo en el ámbito de la relación jurídica, cuya naturaleza deviene mutada. Y no por arrogarse estos virtuales terceros unos derechos mediante la consiguiente declaración de voluntad, en un principio inviable para ellos, sino mediante la modificación de la naturaleza jurídica del negocio que dio origen a la existencia de esos mismos terceros (hijos); esto es, la mutación, en el curso de la dinamicidad de la relación jurídica, de negocio jurídico simple a negocio jurídico complejo. Rasgo de complejidad es, por ejemplo, que debido a la eventual existencia de terceros en el matrimonio, el Ministerio Público debe intervenir como parte de la relación, dotando a ésta de un contenido de naturaleza evidentemente inédita respecto de la anterior situación de simplicidad, pureza o economía. Y lo curioso del caso es que atinadísimas formulaciones respecto de la entidad y del protagonismo del tercero parecen zafarse del supuesto de Derecho matrimonial con que ahora nos enfrentamos.

Entramos así en la recta final de nuestro empeño. Nos cumple ahora aislar el concepto de tercero, sacarlo a la luz, desmontarlo, mostrarlo y probar, en la medida de nuestro acierto, que la existencia de terceros es algo natural para la vida del contrato; que prácticamente el contrato nace contando ya de antemano con unos terceros que le han precedido, y con otros cuyo ámbito seguramente interferirá el nuevo contrato. Que los terceros (igual que la circunstancia o la alteridad son prolongación y margen del humano existir en el dato específico de cada persona, de cada individuo), los terceros, decimos, son el medio con el que el contrato tiene que contar, a menos que entendiéramos un tráfico jurídico contractual desasido de toda realidad humana tangible, hecho de ideas puras o de intenciones no verificables. Si conseguimos presentar al tercero como lo que es, sin minusvaloraciones y también sin servilismos por nuestra parte, habremos colaborado al desenmascaramiento del mito del tercero en el contrato matrimonial, en la esencia negocial del matrimonio.

Instalados así, siempre, en esta atalaya del Derecho civil, comencemos por sentar el principio indubitable de que la justificación más enérgica (y lógica) para dar entrada al elemento de publicación dentro del ámbito del contrato de matrimonio, son los hijos, los terceros en terminología del Derecho de obligaciones. Y decimos justificación *más enérgica*

porque no desconocemos que la realidad del contrato de matrimonio conecta y se interrelaciona con otro mundo de entidades e intereses que asimismo pueblan el ámbito del tráfico jurídico: parientes, herederos, etc. A tales alturas es ocioso insistir en que el tipo de terceros que tienen para nosotros relevancia son los que pudiéramos llamar *terceros directos*, *terceros por antonomasia*, es decir, hijos, por la realidad especialísima que representan a la hora de aplicar alguno de los supuestos de resolución contractual al matrimonio. Pero organicemos ya nuestro escrutinio panorámico bajo los siguientes apartados identificativos:

1. *Concepto de tercero*. Empezaremos por aislar el concepto de *tercero*. Díez-Picazo nos abre el camino:

Por regla general el contrato limita su eficacia al círculo de las partes o personas que lo han realizado y no afecta a la esfera jurídica de los terceros. Esta distinción entre dos ámbitos de actuación del contrato exige tratar de deslindar cada uno de ellos. En primer lugar, como partes del contrato deben ser consideradas aquellas personas que han emitido las declaraciones de voluntad o realizado el comportamiento constitutivo del negocio y que son titulares de los intereses reglamentados por él. La noción de terceros resulta así establecida en forma negativa o por vía de exclusión. Terceros, respecto de un contrato dado, son todos aquellos que no han sido autores del mismo.<sup>5</sup>

Una de las contribuciones más esclarecedoras a la teoría del tercero, dentro de la bibliografía española, se la debemos, en mi particular opinión, a Roca Sastre. Según este autor:

El Derecho civil o general opone el concepto de tercero al de parte. Por esto la noción primaria de la persona del tercero es de tipo negativo: es no ser parte. Como si ser parte y ser tercero fuesen dos posiciones personales incompatibles, por repelerse entre sí, la persona del tercero es la que no es parte.<sup>6</sup>

Y algo más adelante añade:

En general o institucionalmente, y también conforme al Código civil, puede darse este concepto de tercero: el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento. Por oposición, el concepto de parte será el que es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar dentro de ella y haber participado como tal en su formación y desenvolvimiento. Todo consiste, pues, en la distinta posición que los sujetos guarden respecto de la relación jurídica de que se trate.

*Derecho Hipotecario*, I., *cit.*, p. 640 y ss.

Con lo cual completamos una definición clásica e inequívoca del concepto de tercero y de parte. Una vez establecido lo cual, pasaremos a considerar el tema genérico de la eficacia del contrato en los terceros, intentando servirnos de una simple clasificación según la terminología predominante que han empleado diversos autores para sus enunciados.

2. *Producción de efectos del contrato respecto de terceros.*

Respecto de tercero –dice Albaladejo–, el contrato sólo produce efectos (bien consistentes en atribuirle derechos, bien en imponerle obligaciones) cuando el tercero lo consienta, declarando su voluntad de aceptarlos. La necesidad de aceptación deriva de la regla, acogida por nuestro Código, de que –al menos en materia de contratos– nadie queda obligado sino por su voluntad, y nadie adquiere tampoco derechos sino queriéndolo (*nemo nolenti acquiri potest*). La aceptación la exige explícitamente el Código para adquirir derechos (art. 1.527, 2º) y, con mayor razón, se requiere para adquirir obligaciones.

No obstante, por excepción, se podrá quedar obligado a adquirir derechos, cuando, ante cierto contrato, la ley disponga que, sin más, es eficaz frente a terceros.

*Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, vol. 1º p. 451*

3. *Eficacia del contrato respecto de terceros.* Según Díez-Picazo,

hay una ‘eficacia respecto de terceros’, cuando el contrato incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del mismo y que no son tampoco destinatarias de sus declaraciones.<sup>7</sup>

4. *La relatividad de la eficacia del contrato. El contrato no es jamás indiferente a terceros.*

Lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos, que se van realizando, contemplan, se basan en, situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. Si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda que este negocio nuestro depende de la firmeza de un negocio anterior, en el que yo no he sido parte, en virtud del cual mi deudor ha adquirido la propiedad de esta cosa. . . . (. . . .)

Convengamos desde ahora en que el contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros. Existe en nuestro Código civil una pluralidad de preceptos que van quitando a la regla del art. 1.257 = ‘Los contratos sólo producen efecto entre las partes’ = mucha de la fuerza que, a primera vista, parece tener.

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil, II, cit.*, p. 167 y ss.

Magnífico y sagaz testimonio el de Díez-Picazo. A mayor abundamiento, y dentro de la específica incumbencia de este trabajo nuestro, podríamos precisar que no sólo los terceros no se sienten indiferentes respecto del contrato que se instala en el mundo de la realidad

jurídica, sino que, a su vez, esos mismos terceros, solidaria e incardinadamente miembros activos de tal realidad, acarrearán una sustantiva mutación en la naturaleza jurídica del negocio que fuera precisamente causa original de la aparición de los terceros. Tal es el caso del matrimonio.

5. *La eficacia inmediata del contrato para terceros.* El tono elegante al que nos tiene acostumbrados Díez-Picazo, además de que sus palabras, plenas de acierto, conecten con el sentido de nuestro criterio propio, es la razón para que vengámonos apoyando en sus testimonios para varios de nuestros epígrafes.

Junto a la eficacia jurídica directa no tenemos más remedio que admitir una eficacia jurídica indirecta desarrollada a través de las situaciones creadas o modificadas por el contrato. Esta eficacia jurídica indirecta es de dos clases.

*La eficacia refleja del contrato en los terceros.* Puede hablarse de una eficacia refleja cuando un contrato repercute en la esfera ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Obsérvese que ya no hablamos de una ‘incidencia’, sino de una repercusión del contrato, porque repercutir indica esta idea de causar efecto una cosa en otra ulterior. Una conexión entre relaciones jurídicas existe cuando varias relaciones se encuentran respectivamente supra y sub-ordinadas, cuando coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente y cuando una de ellas deriva y descansa en otra que le sirve de base. El contrato celebrado por los sujetos de una cualquiera de estas relaciones jurídicas determina una eficacia jurídica directa en la relación interpartes y una eficacia refleja o de repercusión en la relación derivada, y subordinada o coexistente.

*La eficacia provocada del contrato en los terceros.* Podemos, en cambio, hablar de una eficacia provocada del contrato en relación con los terceros, cuando el contrato es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego.

*Lecciones de Derecho civil, II, cit., pp. 167-169*

6. *Efectos directos, reflejos o indirectos de los contratos en los terceros.*

Normalmente [señala Roca Sastre] los efectos de los negocios jurídicos bilaterales están limitados a las partes. El vínculo o relación creado por el negocio jurídico une a ellas de un modo exclusivo, y por esto a las mismas les compete desenvolver la relación jurídica creada, cumplir el negocio jurídico y, en su caso, confirmarlo, novarlo o sustituirlo, aclarar su contenido, arreglar su conducta en conformidad a él, interpretarlo y en su caso disolverlo o extinguirlo.

Mas nada de esto corresponde o compete a los terceros.

Ello es debido a que, en principio, los negocios jurídicos no producen efectos respecto a terceros, por quedar tales efectos circunscritos o limitados a las partes. Responde a este criterio la conocida regla *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*.

Pero hay numerosas excepciones, perfectamente lógicas, debido a que los contratos o negocios jurídicos, como también muchos hechos o sucesos a los que el Derecho atribuye o concede transcendencia

jurídica, pueden alcanzar o penetrar en un círculo de personas distinto del formado por las partes. Estas personas son los terceros.

Estos terceros pueden quedar afectados por resultados de los contratos o negocios jurídicos de las partes, porque en el mundo del Derecho las actividades o acontecimientos jurídicos no operan en compartimentos estancos o aisladamente los unos de los otros, sino que en determinadas ocasiones o coyunturas influyen respecto a otros intereses o patrimonios. La eficacia jurídica específica del contrato o negocio jurídico entre las partes, no se da en cuanto a terceros, pero sí sus resultados pueden alcanzar relevancia en cuanto a ellos.

Estos efectos a terceros solamente por excepción podrán ser directos, pero en mayor grado pueden ser reflejos (según concepto de Ihering) o indirectos.

El otorgamiento, modificación o extinción de un negocio jurídico puede repercutir favorable o desfavorablemente en los intereses de los terceros que se encuentren en una posición conectada con la de las partes.

La existencia del contrato o negocio jurídico influye por consiguiente, por vía refleja, en los terceros, pero siempre que éstos no puedan rechazarlo o neutralizarlo, principalmente por no constar en documento público o en el modo o forma o con las circunstancias que para su repercusión a terceros requiere la ley, aunque ésta no lo exija con carácter constitutivo.

De lo que queda dicho se desprende que la ley deja, en general, a las partes y dentro de ciertos límites, cierta autonomía para dar vida al negocio jurídico y para determinar su contenido. Pero la ley se preocupa de las repercusiones que el negocio jurídico pueda desplegar en la esfera externa de los terceros, por ser sujetos que no han intervenido o participado en su creación

Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, cit., p. 640 y ss.

#### 7. *Efectos de la resolución convencional frente a los terceros.*

Instalándonos en la figura jurídica de la resolución convencional de las obligaciones, me parece oportuno constatar la opinión del profesor Álvarez Vigaray:

Los efectos de esta resolución convencional son, en principio, idénticos a los que produce la resolución judicial, al menos en lo que respecta a las relaciones entre las partes, ya que en cuanto a los efectos frente a los terceros no es unánime el parecer de la doctrina.<sup>8</sup>

8. *Derechos del tercero ante el mutuo disenso.* En esta secuencia doctrinal de rúbricas, incorporamos, por último, el testimonio de Messineo. Con él, mayormente, por vía inductiva, empática, diríamos ahora, queremos desterrar de algunas mentes escrupulosas el carácter obstrusivo de la noción de terceros cuando su presencia juega el papel que fuere en la eficacia del contrato. Ya dijimos que los terceros son como una necesaria alteridad de los contratantes. Ignorando la existencia de terceros no se infringe el espíritu jurídico en mayor proporción que obstruyendo la tropía vital del contrato por aducir una existencia (indiscutible) de terceros supuestamente perjudicados o lesivamente repercutidos. Los

terceros sufren y se aprovechan de las ejecuciones de los correspondientes contratantes, en idéntica medida que entendemos el contenido de nuestro ser y de nuestro estar como una gestión solidaria, como un proyecto de convivencia y supervivencia en común. En fin, he aquí la cita de Messineo referida al mutuo disenso:

Resulta así mismo que los derechos del tercero subadquirente adquiridos antes quedan inalterados; los efectos ya realizados del contrato entre las partes (y, por lo tanto, el derecho de disposición del causante del tercero) no son afectados por el mutuo disenso.<sup>9</sup>

### III. CONCLUSIÓN.

En el trabajo mío al que se alude en la anterior nota n° 4, incorporaba yo la siguiente cita de Lehmann:

Atracción física y necesidad espiritual son los factores que inducen a los cónyuges a buscarse, y en principio se buscan a sí mismos. El matrimonio se concluye como vínculo individual destinado a la recíproca satisfacción y complementación. En la medida en que esta finalidad alcanza y da lugar en cada uno de los cónyuges a sentimientos de comprensión y protección, pasa la unión individual a convertirse en unión social<sup>10</sup>.

El aspecto importantísimo que aquí aprovechamos de esta cita es la gradación que establece Lehmann entre la finalidad individual mediante la unión, también individual, de los cónyuges, y la unión social en que aquella primera podrá devenir eventualmente. Entiendo que, intuitiva o explícitamente, Lehmann nos está diciendo algo eminentemente acorde con nuestro sentir y consiguiente propuesta al ordenamiento jurídico, a saber: que hasta la aparición de terceros –hijos–, el matrimonio es un negocio jurídico *económico, simple o puro*, al cual, y derivándose de tal contextura intrínseca, se le pueden aplicar sin violencia alguna los esquemas previstos de resolución por mutuo disenso dentro de la teoría general del contrato. Y consecuentemente, la unión social sería el resultado de transformarse ese primer negocio jurídico simple en otro más complejo, ante el factor de la aparición de terceros o hijos. La mutación de negocio jurídico simple, resoluble por mutuo disenso en virtud de su propia naturaleza, a negocio jurídico más complejo o menos simple, resoluble igualmente, previa la salvaguarda por el Estado (ordenamiento) de los intereses de los terceros (hijos), se corresponde, creemos, y de interpretar inspiradamente las palabras de Lehmann, a lo que éste parece querer plasmar en el doble estadio: unión individual y unión social que considera inserto en el matrimonio.

Tal ha sido, en resumen y en síntesis, la pereza secular de la investigación jurídica en nuestro país, que, ante la aparición de unos terceros evidentemente “*sui generis*” en la realidad de un negocio jurídico, se ha desentendido de estudiar las consecuencias que son, ni más ni menos, y como venimos reiterativamente apuntando, la transformación *de simple en complejo* del negocio jurídico en cuestión, por haber, asimismo, asumido su propia naturaleza sustentadora una mutación sustantiva. No creo que pueda darse un caso en todo el orbe jurídico de más estrecha interacción entre agentes originales de un negocio jurídico, y terceros incumbidos y, en cierta manera, configuradores del mismo negocio que a ellos les generó. Esta, y no otra, es la palmaria consecuencia de la naturaleza, más que jurídica, *vivencial* del matrimonio.

NOTAS

<sup>1</sup> Tomás Ramos Orea, “El matrimonio: contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Año XXXIX, n<sup>os</sup>1370-1371. Madrid: Ministerio de Justicia. Órgano Oficial del Departamento (5 y 15 de enero, 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivam.

<sup>2</sup> En realidad, y providencialmente, en estos momentos podemos contar ya con algún excepcional testimonio, por la terminología jurídica empleada en su formulación y por el formidable y bienhechor precedente jurisprudencial que supone:

Jurisprudencia. Civil. Matrimonio/Carácter contractual.- Disolución por mutuo disenso.- Divorcio.- Cese de convivencia por cinco años.- Pensión.- Pacto entre los cónyuges.- Doctrina de los actos propios.

3896 –AT Zaragoza S 10 Mayo, 1983.– Ponente: Sr. Mur Linares. Considerando: Que. . . (. . .) como el matrimonio es para el derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contrayentes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desistimiento bilateral para destruir ese vínculo al que los contratantes dieron nacimiento, de conformidad con lo establecido por el Código civil sobre obligaciones y contratos.

*La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año V., n<sup>o</sup> 856. Madrid, viernes 20 de enero 1984.

Todo lo cual se nos antoja sencillamente impensable y mucho menos expresable antes de 1981.

<sup>3</sup> Manuel Albaladejo, *Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*. Vol. 1<sup>o</sup>: *La obligación y el contrato en general*. 4<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Bosch, 1977), pp. 472-473

<sup>4</sup> Para la fundamentación documental de estos asertos, véase la exposición que hago en otro de mis trabajos, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho Notarial* (Madrid, julio-diciembre, 1981), pp. 239-274, esp. pp. 253-256

<sup>5</sup> Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias* (Madrid: Editorial Tecnos, 1970), p. 262

<sup>6</sup> Ramón María Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*. Sexta edición. Tomo I (Barcelona: Bosch, Casa editorial, 1968), p. 640 y ss.

<sup>7</sup> Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*, II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), p. 167.

<sup>8</sup> Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), p. 180

- <sup>9</sup> Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*. Traducción de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Traducción de la obra italiana *Dottrina generale del contratto*. Terza edizione, ampliata e in parte rifatta. Milano, Dott. A. Giuffré, Editore, 1948. 2 vols (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952), II, pp. 333-335.
- <sup>10</sup> Lehmann, *Tratado*, p. 211 [en Eduardo Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, *RGLJ*, nº 3 (marzo, 1976), pp. 237-284, esp. p. 241.]

LA FORMULACIÓN INDAGATORIA *CUI PRODEST?* Y EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE DERECHO COMO COTAS CONCEPTUALES EN LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

*SUMARIO*

- Planteamiento
- Antecedentes doctrinales y delimitación del asunto
- La esencia indagatoria del principio “Cui prodest?”
- Concordancia del tema con la esfera de aplicación del art. 1.261 del Código civil.
- Los contenidos de privacidad y publicidad deducibles de la naturaleza de los contratos
- Aproximación previa al concepto histórico de *enriquecimiento injusto*
- Asedio interpretativo a los requisitos diferenciados de *objeto* y *causa*
- Ámbito referencial de los cuasicontratos y de la estipulación en favor de tercero
- Las nociones de enriquecimiento injusto y de abuso de derecho: algunos testimonios de la doctrina moderna
- Recapitulación final

## LA FORMULACIÓN INDAGATORIA CUI PRODEST? Y EL PRINCIPIO DEL ABUSO DE DERECHO COMO COTAS CONCEPTUALES EN LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO

*Planteamiento.* En pocos temas jurídicos como en el que nos ocupa tiene mayor relevancia clarificadora la aceptación de una primera premisa. En nuestro caso la afectación sin reservas de *contrato civil* a la figura del matrimonio constituye la plataforma desde la cual se hace posible el abordaje y comprensión de cualesquiera consideraciones sobre el asunto. Contrario a lo que ocurre en numerosos predios de la humana argumentación en que se pretende deslizar de tapadillo un primer aserto, aun a sabiendas de su entidad viciada, con el fin de levantar a partir de ahí una fantasmagoría silogística que tiña de substancia voluntarista y gratuita el resto de la especulación, la primera premisa sobre la naturaleza negocio-contractual del matrimonio, de la que aquí se parte, debe colocarse bien visiblemente en el frontispicio que hemos elegido para este trabajo, cuyo desarrollo nos disponemos a acometer.

### *Antecedentes doctrinales y delimitación del asunto.*

Es el caso que en la historiografía del Derecho de Familia tal vez le haya correspondido a Cicu, dentro de sus indiscutibles y discutidos reconocimientos, acaudillar una de la posiciones más extremas respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio: Sancionarlo como “acto unilateral del Estado”<sup>1</sup> supuso desde 1914 abrir una profunda falla de difícil arreglo conforme a las concepciones jurídicas que ciertos sistemas geopolíticos preconizaban en lo relativo tanto a las fundamentaciones teóricas como a las concordancias doctrinales de los conceptos de Derecho Público y Derecho de Familia.<sup>2</sup> Estoy, asimismo, muy de acuerdo con que

la distinción entre Derecho público y privado constituye una manifestación más de una realidad constatable en otras disciplinas y de alcance prácticamente universal, pues. . . hasta la magia. . . se clasifica en pública o privada. El criterio a seguir en nuestra materia debe ser el subjetivo, caracterizado por la presencia o no de entes revestidos de imperio. Partiendo de esta premisa, se explica la rectificación en 1955 por Cicu de su conocida tesis, enunciada en 1914, de que el Derecho de familia era un derecho público.<sup>3</sup>

La palmaria dificultad de afectar al instituto del matrimonio la normativa al uso se corresponde con el innegable vado criterial que separa las nociones de cantidad/concreción de las de calidad/indeterminación; o lo que nosotros venimos infatigablemente denunciando como la insalvable irreductibilidad entre cuestiones patrimoniales y realidades vivenciales. Es como si a lo largo del camino de la Historia de las instituciones, discurrieran dos ramales paralelos de normativa, condenados a una eterna e infructuosa desavenencia cuando de conformarse a idéntica plasmación existencial se refiere, en nuestro caso el matrimonio. Parece como si los preceptos que tan cuerdamente se han encargado de encapsular los códigos devinieran inoperativos cuando se trata de realidades que se resisten a la aprehensión de lo que de tangible, medible o pesable puedan tener sus componentes. Y por cierto, lo vivencial pertenece a esa categoría.

Arduo parece, por lo tanto, plantarse siquiera a nivel teórico la virtualidad de enriquecimiento injusto y subsiguiente o simultáneo abuso de derecho por parte del Estado a

expensas de los cónyuges protagonistas de la relación matrimonial. Pero, de una parte, si el Estado con su sanción e intervención pública permite que la consecución fáctica de un matrimonio se lleve a término, es razonable la consideración de ese mismo Estado como entidad receptora de tal enriquecimiento injusto y como protagonista ejecutivo de tal abuso de derecho. Dicho de otra manera: en un asunto contractual en que, como gestor sancionador, interviene el Estado, ¿es temerario concebirle participando en un posible y eventual juego de pérdidas y beneficios? Mi respuesta, a menos de caer en un supuesto de *impasse* criterial irresponsable o de *creatio ex nihil*, es negativa. La segunda cuestión sería detectar la posición jurídica y aun la misma realidad de los sujetos que aleguen el daño a ellos infligido. Entendemos, consecuentemente, que, si en una relación, cualquiera de las partes denuncia haber sido objeto de daño, y lo prueba, debe necesariamente colegirse que existe algún tipo de enriquecimiento o compensación injusta a favor del otro término de la relación.

A efectos operativos vamos, pues, a considerar que la pretensión de lograr un provecho (“*Cui prodest?*”, “¿A quién aprovecha?”), juntamente con la posible eventualidad de que, mediando abuso de derecho, se produzca un deslizamiento atípico de ese provecho engrosado, en favor de la parte mediatamente implicada, son las dos realidades genuinamente informadoras tanto de la puesta en marcha de un contrato cual es el de matrimonio, como de la potencial eficacia jurídica ulterior que éste despliegue.

*La esencia indagatoria del principio “Cui prodest?”.*

Sin duda que una de las cotas que configuran la realidad de los pactos viene naturalmente encofrada en la indagación “¿A quién aprovecha?”. Desde que en el decurso del tiempo advino el alba de las instituciones, podemos concebir el concernimiento que las partes contratantes despliegan mediante la indagación interiorizada sobre la incumbencia de su proceder, como una constante nunca quebrada ni interrumpida; como el núcleo sustanciador, categórico e irrenunciable de su voluntad de contratar. Lo mismo que una ínsita presunción cosmogónica permitiría al hombre disponer de un primer corolario asertivo cuando se tratara de hacer de su tendencia a la felicidad la justificación más indiscutible de lo que entendemos por vida, así, las mentes de los especímenes homínidos que, mediante el concurso de sus congéneres próximos hubieran de encontrarse en trance de compulsar su propia alteridad, suponemos que en tal consciencia social balbuciente habrían tenido necesariamente que auscultarse la instancia íntima de provecho a la que su caracterización vital les impulsaba cuando se tratase de pactar, de concertar algo con otra parte, respecto de la cual, y en justo régimen recíproco, se habría producido igualmente esa consciencia de provecho o satisfacción como impulso más hondo de su pactar o concertar. El punto de encuentro de las dos voluntades contratantes habría que entenderlo como el reducto o plataforma sobre los que el principio “*Cui prodest?*” se introspeccionara respecto de las partes y permitiera la culminación del contrato.

Es, por otro lado, sabido que toda realidad social recibe su más eficaz refrendo de su recensión por el lenguaje en una formulación acuñada, en la que quedan garantizados para la posteridad los componentes fácticos que hicieron de tal realidad un elemento de uso para los colectivos de humanos. La expresión latina “*Cui prodest?*” bien seguro que puede haber aparecido en cualesquiera textos de juristas, así romanistas como propiamente romanos. Esta evidencia documental, lamentablemente, me ha sido negada por mi incapacidad de descubrir una sola fuente donde dicha formulación apareciera. Entiendo, por testimonios conversacionales de colega, que el gran jurista Demófilo de Buen se refiere en concreto a dicho principio “*Cui prodest?*” como núcleo conformador de la voluntad de negociar.<sup>4</sup>

*Concordancia del tema con la esfera de aplicación del art. 1.261 del Código civil.*

Esta legítima pretensión de provecho (“Cui prodest?”) que cada contratante esgrime, y a la que hemos otorgado la categoría de núcleo conformador de la voluntad de concertación, podría corresponderse con el componente de privacidad que cada uno de los contrayentes matrimoniales asume por el acto de comprometerse y en el momento de contratar. Consecuentemente, y mediando un ejercicio de abuso de derecho, la eventualidad de un enriquecimiento experimentado por otra de las partes (en nuestro caso, el Estado), ajena a la estricta relación de los dos cónyuges, evidenciaría la carga de publicidad que el contrato de matrimonio comporta, y la vía de reflexión jurídica que dicha circunstancia permite. Bástenos, de momento, la anotación escueta de estas dos cotas máximas para hacer posible desde esta plataforma teórica de despegue el desarrollo de nuestra continuada especulación. Parece adecuado que, sin violencia alguna, nos preocupemos de armonizar el haz de virtualidades que la reflexión jurídica puede arrancar del nódulo conceptual “Cui prodest?” dentro del acomodo congruente que la expresión de nuestra ley positiva permite. El art. 1.261 de nuestro Código civil sanciona: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca”.

Parece obvio que la porción de art. 1.261 C. civil que se corresponde con el componente conceptual “¿A quién aprovecha?” viene determinada por cada uno de los términos *objeto*, *causa*; y lo que es más sugestivo, por la congrua virtualidad generativa de una posible supranoción con sede en el juego de analógicos solapamientos o incontestables distinguos entre dichas nociones de *objeto* y *causa*. Vamos a aplicarnos a trazar el diseño de esta primera cota conformadora en la substancia identificativa del contrato, cual es la noción “Cui prodest?”.

*Los contenidos de privacidad y publicidad deducibles de la naturaleza de los contratos.*

Se nos presenta incuestionable que

la palabra contrato hace referencia al acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen relaciones pertenecientes al Derecho de obligaciones. En este sentido se ha dicho que todo contrato es un negocio jurídico bilateral, pero que no todo negocio jurídico bilateral es un contrato.

El contrato propiamente existe cuando la voluntad de cada una de las partes actúa en consideración a un interés opuesto o distinto del que impulsa a la otra. Los contratantes persiguen intereses opuestos que se armonizan mediante su acuerdo de voluntades.<sup>5</sup>

Creo de interés hacer resaltar el tinte de *discordia concors* o de vivencialidad contencioso cordial que se aloja en los términos tan expresivos de esta semblanza distintiva que con su proverbial finura recoge Puig Brutau. La filosofía jurídica que nosotros hemos venido explicitando a lo largo de varios trabajos se acoge al principio aceptado de considerar al matrimonio como especie contrato incurso en el género negocio jurídico bilateral. El componente o carga “sui generis” que encierra y que, de forma instrumental y orientativa,

nosotros hemos caracterizado como de *vivencialidad*, en plasmación más o menos sociológica, más o menos rigurosamente jurídica, está recensionado por el sentir de las comunidades en el seno sin márgenes de la Historia. Expresiones como la del adagio francés “En matrimonio engaña el que puede”<sup>6</sup> ilustra a la perfección, a mi ver, ese “interés opuesto o distinto” perseguido por cada uno de los contratantes, y por el que consideramos al matrimonio como contrato “propriamente” dicho, con el principio de que

si los sujetos persiguen un interés común y mediante el acuerdo de voluntades colaboran *los unos junto a los otros* a su realización, nos encontramos ante una figura jurídica a la que no debe en puridad denominarse contrato, ni puede aplicársele la mayor parte de las normas específicas dictadas para regular la contratación<sup>7</sup>

La distinción que Puig Brutau establece tanto mediante la exposición de su propio criterio como de la mención del pensamiento jurídico de Ossorio Morales, nos permite a nosotros, de un lado, incidir una vez más sobre el componente “sui generis” de vivencialidad que comporta el contrato de matrimonio, perteneciente, además, y sin violencia alguna de principios, al apartado de los negocios jurídicos bilaterales, concretamente de Derecho de Familia. Pero es que, de otro lado, a efectos de ilustrar la vivencialidad de nuestro instituto y de procurar también un encaje a las nociones “Cui prodest?” y eventual abuso de derecho con simultáneo enriquecimiento injusto, asumidas por el propio contrato de matrimonio, se podría entender que respecto de las características predicadas por Ossorio Morales para la “figura jurídica” en que “los sujetos persiguen un interés común”, la figura jurídica del contrato de matrimonio se acomoda en tal categorización, por lo que de frente común representa ese “acuerdo de voluntades” de los dos cónyuges ante una tercera parte eventual y competitiva (el Estado).

Esa posición referenciada frente al Estado concedería, a mi ver, el contenido de publicidad que se afecta al contrato de matrimonio y que, por otra parte, y en su ámbito privado, entendemos que se adecuaba al hecho de que “los contratantes persiguen intereses opuestos que se armonizan mediante su acuerdo de voluntades”. La coherencia de los testimonios de Puig Brutau y de Ossorio Morales se corresponde, a mi aventurado entender, con el juego concertado de publicación y privacidad, respectivamente, que el negocio jurídico de matrimonio permitiría desde la auscultación de sus más originales supuestos, y sin suponer por ello quiebra alguna en la catalogación de las categorías jurídicas.

Una variedad de realidades ilustrarían el supuesto de “sociedad en concorde discordia” con que hemos identificado al matrimonio, de acuerdo con la caracterización de la existencia de contrato según Puig Brutau. Los intereses y las cosmovisiones tanto de uno como de otro cónyuge pueden tener orígenes y finalismos de difícil conciliación y sin embargo es curioso que para la realización conjunta de tales previsiones, en apariencia no armonizables, el rodaje institucional del hombre haya dado con el instituto del matrimonio, en cuya encapsulación social las filosofías encontradas de uno y otro cónyuge tienen cabida bajo la misma cobertura. Pues, ¿cómo, si no, entender las uniones en que una de las partes busca descendencia, y la otra, protección? ¿O en que una parte celebra movida por una pretensión ulterior de elegibilidad como heredero? ¿O por una necesidad compulsiva de adquisición de nacionalidad? ¿O de legitimar una salida del país del que se es nacional? etc., etc., . . .

Todo esto que podríamos denominar “nomenclátor de variaciones de contrato matrimonial de conveniencias”, aúpan a realidad fáctica a un potencial tercero, el Estado, respecto del cual los contrayentes conforman un todo uniforme y cuyos contenidos de privacidad adquieren relevancia decisiva si enfrentados entre ellos como núcleos cohonestados que son. De ahí que, glosando una vez más a Ossorio Morales, si los sujetos (a los que acabamos de ver acaso enfrentados en su participación contractual *privada*) “persiguen un interés común” –como podría ser contra la pretensión del Estado de gravar sus ingresos acumulativa y no separadamente, por ejemplo– se encuentran con las conocidas dificultades con que la doctrina les importuna cuando de aplicarles parámetros de lógica jurídica se trata.

Así pues, entenderíamos que tanto el juego de nociones de *facultad/potestad* para lo relativo al Derecho privado, y de *soberanía* en lo relativo al Derecho público, como el juego de los principios de *personalidad/comunidad* aplicados al instituto del matrimonio, dentro del campo del Derecho de Familia, ceden en eficacia sancionadora del más dirimente síntoma por el que pudiéramos calibrar la naturaleza jurídico-social del matrimonio, ceden, decimos, a esa tensión contrastiva y bimembre que comporta el núcleo asociativo del matrimonio, por el que se nos despliega una dualidad enfrentada en razón de cada uno de sus componentes, pero al mismo tiempo cohonestada por formar un frente común y acordado respecto de un potencial tercer agente y opositor, el Estado en el caso que nos ocupa. En este pulso dual representado por un primer núcleo contractual al que pueden configurar de hecho los intereses contrapuestos de sus contratantes (privacidad) en contraste con una realidad pública cual es el Estado, y ante el cual esa primera unidad bimembre cierra filas y se comporta como un todo sin fisuras. . . , en este pulso, reiteramos, nos parece que radica la honda originalidad que se aloja en el contrato de matrimonio: En un primer estadio se comporta a modo de pinza (aspecto de Derecho privado), susceptible de devenir estilete o fibula mediante la unimismación de intereses, anteriormente disociados, encontrados o dispersos, frente a un competidor externo, el Estado (segundo aspecto, de Derecho público)

*Aproximación previa al concepto histórico de enriquecimiento injusto.*

Acaso no esté fuera de lugar, a efectos de viabilidad instrumental y con vistas a las inmediatas rondas de reflexiones sobre nuestro tema, encararnos con el concepto de enriquecimiento injusto e intentar aislarlo:

*Enriquecimiento injusto.* ( . . . ) nos queda por señalar, como fuente de obligaciones, o, más exactamente, como fuente extracontractual, el enriquecimiento injusto a expensas de otro. . . ( . . . ) [que] se funda en una tradición constante procedente del Derecho romano y de nuestro antiguo Derecho<sup>8</sup>

Efectivamente, unas páginas adelante el comentarista español, profesor De Buen, hace referencia a dicho antiguo derecho nuestro:

*Enriquecimiento torticero.* En el Código de las Siete Partidas se decía en el título relativo a las reglas de derecho:

‘E aun dixeron que ninguno non deue enriquescer tortizeramente con daño de otro’ (Regla XVII, tít. XXXIV, Part. VII)

Tal principio es una traducción castellana del contenido en el Digesto.

Colin & Capitant, *ob. cit.* Notas al Libro Segundo (Título I. Parte segunda.- Capitulo II). Sección II., pg. 859

*Asedio interpretativo a los requisitos diferenciados de objeto y causa.*

Nos resulta, así, oportuno indicar que los vados conectores a través de los cuales se vertebra la relación del principio contractual “Cui prodest?” con la realidad de unos eventuales abusos de derecho y enriquecimiento injusto son primordialmente los componentes *objeto* y *causa* del art. 1.261 de nuestro Código civil, y a dichos componentes vamos a poner cerco, teniendo en cuenta que siquiera un atisbo de entendimiento diferenciado de una y otra noción acaso significara el recto planteamiento y posterior clarificación del factor “Cui prodest?”, motor teleológico de la voluntad contractual. Es decir, de momento convendría captar que el principio “Cui prodest?” subyace, tanto bajo el requisito de *objeto* como de *causa* del art. 1.261 del Código civil. El deslinde uni-equí/voco en cuanto al contenido de dichos términos no es de las tareas menos arduas con que la doctrina se enfrenta:

Un antiguo civilista, Oudot, señalaba. . . que para diferenciar la “causa” del “objeto” de la obligación bastaba reflexionar que la “causa” responde a la pregunta *cur debetur?* (¿por qué nos obligamos?), en tanto que el “objeto” lo haría a la pregunta *quid debetur?* (¿a qué nos obligamos?)<sup>9</sup>

La indagación “¿a quién aprovecha?”, como substancia última de la realidad de un contrato se sitúa fluctuantemente equidistante del concepto de *causa* (¿por qué?) y del concepto de *finalidad* (¿para qué?); y no sólo en el plano jurídico desde el que pretendemos dar cumplida noticia documental del asunto en este trabajo, sino, asimismo, como relativo al concernimiento de los entresijos del propio lenguaje:

En nuestros días se ha consumado casi totalmente la distinción entre el sentido final de *para* y el causal de *por*. [. . .]

En oraciones como *vienen por ver las fiestas* la lengua actual siente *por* como expresión de causa o motivo, en tanto que en *vienen para ver las fiestas* es bien claro el valor final. En *me sacrifico por ti* significamos *por tu causa*; en *me sacrifico para ti*, queremos decir *en favor tuyo*. La diferencia es perfectamente clara para cualquier persona de nuestro idioma; pero los extranjeros, especialmente los de lengua inglesa, encuentran dificultad en distinguir estas dos preposiciones, porque la motivación interna de un acto y el fin que con él nos proponemos se confunden a menudo psicológicamente. Lo mismo ocurre con las conjunciones *porque* y *para que*.<sup>10</sup>

Creo de interés poner de manifiesto esta primera distinción que se aloja en los repliegues cosmovisivos que nuestro propio lenguaje implica. Claro es que lo jurídico está igualmente alojado en el recinto que forman las categorías entitativas de las que todo lenguaje no es sino su expresiva exteriorización. Es como si desde este primer arranque, de recensión dentro del lenguaje de toda posible categoría perceptible, observáramos el recíproco trasiego de apoyos y justificaciones que celebran la realidad jurídica y la conciencia lingüística de una comunidad. Se produce, de un lado, el consabido consorcio entre un “logos” concreto y la encarnación de su correspondiente realidad por él propiciada;

y de otro lado, una realidad ya afincada en el tráfico social y jurídico de las personas y que remite a la magia formuladora del “logos” prístino. Esta retícula del “Cui prodest?”, cuyos vértices extremos los forman las indagaciones interiores que nuestro lenguaje formula mediante los *por qué* y los *para qué*; mediante los *¿por qué nos obligamos?* y los *¿a qué nos obligamos?*; mediante la distinción, en una palabra, entre *causalidad* y *finalidad*. . . esta retícula del *Cui prodest?*, decimos, ha quedado convenientemente pulsada desde diversas concepciones jurídicas. Sólo como fundamentación de paradigma, nos cabe aquí dar testimonio de algunas posiciones. Nos dice Roca Sastre que

por causa entendemos el *porqué* inmediato, jurídico y objetivo, en virtud del cual una persona emite una declaración jurídica de voluntad. . . (. . .) Pero, como dice Núñez Lagos, más bien que el *porqué* es el *para qué*, pues más que causa eficiente es causa final.<sup>11</sup>

En este sagaz distingo de Núñez Lagos respecto de una declaración jurídica de voluntad, se nos pone de manifiesto la coincidencia, la unimismada superposición de instancia incoativa (causa eficiente o *por qué*) e instancia teleológica o finalística (causa final o *para qué*), como si en el ámbito concreto de la emisión de voluntad contractual se operase cierta inhabilidad de distinguir lo que desde una afectación estrictamente lingüística aparece discernible.

Otras veces, el concepto de *causa* se nos predica extraída de toda encarnación o imbricación contractual concreta:

En Derecho moderno. . . el concepto de *causa* se predica de un concepto abstracto de contrato que precisamente corresponde a los pactos que en Derecho romano estaban desprovistos de acción.

Puig Brutau, *Fundamentos*. . ., p. 32

En orden a ver como substancia primordial o “alma” del negocio la praxis que mueve a las partes

Algunos autores, como De los Mozos, opinan que el objeto del negocio no es más que la realización jurídica del interés práctico o intento práctico de las partes, sin que pueda confundirse el objeto con la cosa motivo del tráfico o con la prestación, pues si así se hiciera el contrato podría tener dos objetos (como en la compraventa) y en otros casos carecería en absoluto de él.

Puig Brutau, *Fundamentos*. . ., p. 114

Este mismo autor citado nos sigue ilustrando con ulteriores matices diferenciales, y siempre en el sentido de echar por tierra cualquier pretendida univocidad del término *causa*:

Tampoco. . . hallamos la manera de reducir a un concepto unitario el fenómeno que se califica con la palabra *causa*. Pero conviene retener esta diferencia que media entre la causa en el sentido de reciprocidad de prestaciones (como en la compraventa la entrega de la cosa y el pago del precio) y los motivos, en el sentido de elementos en principio extrajurídicos,

pero potencialmente relevantes ante el ordenamiento legal, si lo aconsejan razones bastante poderosas para que el contrato sea declarado nulo.

Puig Brutau, *Fundamentos*. . . , p. 124

En el Derecho de base inglesa, al tiempo que se matiza la identificación de *causa* y *finalidad*, se hace distinguir a ambas del móvil inceptivo:

Mason [M.S. Mason, “The Utility of Consideration: A Comparative View”, *Columbia Law Review* (May, 1941), p. 827]. . . . añade que la *causa* de una promesa es la *finalidad* (the purpose) para la que se hace; pero no es el móvil personal e inmediato, sino una finalidad convencional y abstracta que la ley reconoce como propia de la clase o tipo de contrato de que se trate.

Puig Brutau, *Fundamentos*. . . , p. 130

Finalmente, dentro del muestrario de doctrina que nos brinda la espléndida obra de Puig Brutau que venimos citando, cabe insertar aquí el siguiente testimonio jurisprudencial:

Según la sentencia de 6 de diciembre de 1947 (Aranzadi, nº 1.359) “no debe confundirse el concepto de causa, en el sentido legal, considerada elemento esencial del contrato en nuestro Derecho, con los móviles del otorgamiento de la convención jurídica o el fin ulterior que los contratantes se propusieron”

Puig Brutau, *Fundamentos*. . . , p. 142

#### *Ámbito referencial de los cuasicontratos y de la estipulación en favor de tercero.*

Nuestra gratificación no debería considerarse parca si a estas alturas indagatorias del presente estudio hubiéramos conseguido por lo menos interesar al lector por el tema cardinal que nos mueve, a saber: Que respecto del comportamiento referencial que unos terceros eventuales despliegan, la carga de vivencialidad alojada en el contrato de matrimonio distingue decididamente a éste de otros contratos que, diferenciadamente del matrimonio, enriquecen “a sabiendas” a ese tercero. En una compraventa, al producirse ese punto de interés en que comprador y vendedor se encuentran, ambos son de buen grado conscientes de que un tercero, testigo mudo que está ahí en su ineludible ubicuidad, el Estado, debe recibir una compensación, un beneficio. Si el Estado, mediante cualesquiera instancias previas de gestión social y de realización ha colaborado en la existencia fáctica de la “cosa” objeto de compraventa, es razonable inferir que del interés, que tanto comprador como vendedor persiguen, obtenga ese mismo Estado *algo* en concepto compensatorio de impuestos, gravámenes, plusvalías, etc. Creemos que todo ello debe entenderse sin violentar la lógica.

Mas estas características que subyacen en un contrato tan paradigmático y tan convencional como la compraventa, y por las que otorgamos nuestra conformidad al hecho de que el Estado actúe desde un principio como “tercero” o “parte” en lo atinente al percibo de eventuales beneficios, violenta frontalmente el supuesto de contrato de matrimonio. Lo que hemos considerado enriquecimiento esperable o lógico del Estado en el caso de la compraventa, adquiere distinto cariz cuando al contrato de matrimonio se refiere y en lo tocante a considerar al Estado como tercero o parte. Cumple, pues, continuar nuestro asedio mediante la observación por separado de una figura tan particular como es la estipulación en

favor de tercero. Nótese, además, el juego concertado de referencias y equidistancias en función de los conceptos de causa, estipulación a favor de tercero y posible enriquecimiento eventual mediante abuso de derecho. Dichos principios actúan de variables perspectivísticas respecto de nuestra cardinal y primera indagación “Cui prodest?” si afectada al contrato de matrimonio. La secuencia formal que cabría establecer en todo este asunto y dentro de las categorías de conducta ordenada de cada individuo, podría ser la siguiente:

1. Contrato celebrado (i.e. matrimonio)
2. Estipulación cuasi-contractual por la que más o menos velada, más o menos conscientemente, se obligan los contrayentes a favor de un tercero (el Estado)
3. Dicho tercero deviene eventualmente enriquecido.
4. Constatación de un abuso de derecho ejercido con simultaneidad por ese mismo tercero.

Semejante cascada de consecuencias en estrecha trabazón sólo ha podido producirse en virtud de ese señero componente de vivencialidad que anima la esencia negocial del matrimonio. Al final de ese vector de realidades el contrayente (contratante) puede empezar a preguntarse: ¿Es posible que, siquiera de forma eventual, indirecta o lata se pueda estipular en el contrato de matrimonio a favor de algo o alguien que no sean los preceptivos y exclusivos contrayentes?

El art. 1.887 del Código civil declara: “Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero. . .”. Sobre este artículo, y afectándose al ámbito de reflexión que aquí nos concierne, la Jurisprudencia ha señalado:

En el fondo de los llamados cuasi contratos late la necesidad de reparar un enriquecimiento sin causa (S. 5-1-56; R. 653)

La doctrina de la “condictio sine causa” o enriquecimiento torticero, no requiere para su aplicación que exista mala fe ni conducta ilícita por parte del enriquecido sino solamente que éste haya obtenido o experimentado una ganancia sin causa o sin derecho (S. 16-6-52-; R. 1514)

Para el enriquecimiento torticero no se requiere que haya habido dolo ni negligencia ni acción culpable de ningún género (S. 16-6-52; R. 1514)<sup>12</sup>

Pero es que, además,

bastaría cualquier clase de interés por parte del estipulante, aunque sea meramente moral o de afección. En realidad, es imposible imaginar que el estipulante no obre impulsado por alguna clase de interés [id quod interest] aunque no sea más que el interés de afección, que ha podido determinarle a gratificar al beneficiario.

Roca Sastre, *Estudios. . .*, p. 219

Comenzamos a observar que la vivencialidad que se aloja en el contrato de matrimonio –sobre todo, y sirviéndonos de la plástica terminología canónica, en su recta apreciación bimembre de experiencia sincrónica o puntual *in fieri*, y de situación *in facto esse*– consiente que uno de los contrayentes, o bien, que ambos de ellos estipulen de forma

tal que su consentimiento o plasmación de su acuerdo esté, más o menos conscientemente, propiciando una autoría, un protagonismo presente y futuro de ese tercero, el Estado.

Si desde la realidad sociológica nos preguntamos la razón de que esto sea o pueda ser así, nada menos forzado que testimoniar cómo el Estado mediante su participación en casos tales puede propiciar que una o que ambas partes (cónyuges) piensen que el negocio que han realizado queda investido de mayor veracidad, y no sólo por la testimonialidad del ritual, sino por la recensión protocolaria que se opera en el seno del Derecho cuando los particulares, en busca de refrendo y de homologación normativa, se someten a los dictados de la ley estatal. La sin par contundencia de la realidad desestima, desborda, por inservibles, cualesquiera consideraciones jurídicas que pretendan amañarla. Difícilmente se podría soslayar el reconocimiento que, más o menos implícito, más o menos exteriorizado mediante palmario protocolo, dispensan al Estado los contratantes matrimoniales cuando se trata de sancionar sus relaciones afectivas tendentes a la procreación. Con dicho reconocimiento el acto (de naturaleza privada) se transforma, social y públicamente, en realidad aceptada. Sin dicho reconocimiento es ocioso constatar que sólo las conciencias cada vez más progresivas de los sistemas convivenciales modernos, y las normas comprensivas de Derecho natural incorporadas en los Códigos de derecho positivo, han suavizado lo que en épocas pretéritas significase la exposición al público deshonor de la indeleble “letra escarlata” de adulterio. ¿No es ello la más decisiva prueba de que *mutatis mutandis* los contrayentes matrimoniales acogen en su relación privativa (componente original de Derecho privado) a un tercer agente o protagonista, el Estado (componente de Derecho público)?

Esta “cualquier clase de interés. . . aunque sea meramente moral” del estipulante, este “*id quod interest*” es el aspecto cicatero y egoísta de quien, por un lado, se aviene a pactar sobre cuestiones de vivencialidad, por definición no contenibles en código cautorio alguno; y por otro lado, y simultáneamente, se aviene a que, en calidad de presunta garantía, un tercero (el Estado) tome parte en la configuración de dicho negocio jurídico matrimonial. Una vez más y siempre, llamaremos la atención sobre el hecho de que la vivencial urdimbre que conforma al contrato matrimonial se zafa del engaste en norma jurídica concreta a través de la cual los efectos de aquél pudieran homologarse inequívocamente. Otra cosa muy distinta es que la realidad imponga su impronta por medio de un sistema de incontestables evidencias:

Según Colin y Capitant, la estipulación en favor de tercero es un contrato en el cual uno de los contratantes estipula con el otro que este último dará o hará alguna cosa en provecho de un tercero extraño al contrato y que no está representado en él. Podemos también afirmar que es aquella estipulación, contenida en un contrato, en la cual se establece, en nombre propio, que la prestación resultante del mismo queda constituida a favor de un tercero, desviándola de su titularidad normal.

Roca Sastre, *Estudios. . .*, p. 210

Por supuesto que ninguno de los contrayentes matrimoniales “dará o hará alguna cosa en provecho de un tercero extraño al contrato”, al menos –añadimos nosotros– abierta y formalmente. Pero, de acuerdo con el adagio ya citado de que “en matrimonio engaña el que puede”, la realidad es que, tanto mediante la referencia que, en busca de fehacencia y publicidad, los matrimoniantes hacen al Estado, como por la substancia vivencial de la que el propio matrimonio se compone y nutre, es el hecho que este contrato ilustra, que sepamos, al

único negocio jurídico bilateral en el que, *mutatis mutandis*, se da “cancha” a un tercero, a favor del cual se estipula y que, como veremos, deviene enriquecido.

*Las nociones de enriquecimiento injusto y de abuso de derecho: Algunos testimonios de la doctrina moderna.*

Se nos hace, así, cada vez más plausible seguir adelante con los aspectos identificativos de ese enriquecimiento que se produce a favor del Estado y que han propiciado los sujetos de la relación matrimonial. Como ya arrancamos de *Las Partidas*, nos toca rastrear dicho principio en la doctrina moderna.

*El enriquecimiento sin causa (. . .)* La legitimidad de todo desplazamiento de valores siempre descansa en un vínculo de naturaleza obligacional, ya proceda de la ley, de la declaración judicial o de un negocio jurídico.

Roca Sastre, *Estudios. . .*, pgs. 485 y 487

Es cierto que es un negocio jurídico (i.e., matrimonio) el que en nuestro caso propicia el dicho “desplazamiento de valores”. Lo que, asimismo en nuestro supuesto, se pone en tela de juicio es su “legitimidad”. Según Álvarez Caperochipi,

Al hablar del enriquecimiento injusto los autores pueden referirse, pues, a cuatro realidades diversas: en primer lugar, a un principio general de Derecho que informa el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, a la fundamentación y ampliación de la técnica cuasicontractual; en tercer lugar, a una acción subsidiaria fundada en el principio general de derecho; y, por último, a una acción (de enriquecimiento sin causa) que busca equilibrar el valor que de un patrimonio ha pasado a otro sin serle correctamente atribuido por el orden jurídico. . . .)

Así pues, en la dogmática del enriquecimiento sin causa, su estudio puede decirse que pasa por cuatro fases fundamentales. El enriquecimiento como regla moral o principio general de derecho que no es sino la otra cara del omnipresente dar a cada uno lo suyo; el enriquecimiento sin causa como fundamento o ensanchamiento de la dogmática de los cuasicontratos; el enriquecimiento injusto como acción subsidiaria; y, por último, el enriquecimiento sin causa como acción principal destinada a corregir los desequilibrios patrimoniales producidos sin una válida causa de atribución.<sup>13</sup>

Incumbe a nuestro tema el efecto referenciado de estos vectores de doctrina. La dogmática de los cuasicontratos, como vimos en páginas anteriores, conviene a la relación jurídica que se establece entre los contratantes matrimoniales y la intervención del Estado, mientras que el segmento doctrinal de la acción subsidiaria es de un tenor más sutil y ha de ser inferido de la naturaleza vivencial del matrimonio. Estos dos aspectos parecen naturalmente subsumirse en el principio general de que “se presume que cada uno quiere lo que le parece útil. Nadie debe enriquecerse con detrimento de otro”.<sup>14</sup>

En este recorrido de rastreo que estamos efectuando, y partiendo de la indagación contenida en la pregunta “¿A quién aprovecha?”, incurra en la esencia de toda voluntad de contratar, hemos descubierto virtuales intromisiones y derivaciones en la original relación negocial que en un principio tuvimos por única. Este recorte en el provecho o interés perseguido por los contrayentes de la relación matrimonial es lo que, en su caso, reivindicarán eventualmente, bien se trate de la modificación de la norma impositiva a ellos afecta, bien sea su no sometimiento a homologación judicial alguna cuando su voluntad “consienta” en separarse libremente, si fue esa misma voluntad la que hizo de argamasa de su unión, etc., etc. Si

se entiende por derecho de restitución aquél que comprende todas las acciones. . . ( . . . ) que están fundadas en el principio del enriquecimiento injusto,<sup>15</sup>

es esperable que el súbdito contratante vaya progresando en los perfiles de su reivindicación, simultáneamente al hecho de la precisión que de los límites del principio “Cui prodest?” asimismo se trace:

El *id quod interest*, dirán los clásicos, no es sólo [lo] que nos falta o lo que no hemos obtenido, sino lo que nos falta de lo que tuvimos y lo que no hemos conseguido y pudimos conseguir.<sup>16</sup>

El cónyuge contrayente va dolorosamente captando la sutil realidad que, a expensas de su teórica libertad de consentimiento, un tercero, ajeno en principio a su negocio, ha establecido para su provecho mediante un abuso de derecho contiguo a la coacción. Y si, para el supuesto teórico en que nos movemos, “en el enriquecimiento sin causa, el concepto de causa es un problema de *calidad* y no de *cantidad*, de más o de menos”<sup>17</sup>, es igualmente palmario que la gravosa experiencia impulsa a este mismo contrayente a desechar cuestiones teóricas, por sabidas o por irrelevantes para su cometido vivencial y concreto.<sup>18</sup>

En todo este desgranar de instancias que con marchamo de inevitable secuencia se ha ido produciendo en la conciencia del súbdito administrado, que no es otro que el sujeto de la relación matrimonial en nuestro estudio, hay una realidad que termina imponiéndose, y ella es la del abuso de derecho perpetrado por la máquina de poder del Estado:

Con gran perspicacia ha hecho notar Bonnecase que la noción de enriquecimiento sin causa es hermana de la del abuso del Derecho<sup>3</sup> [3 Oû en est le droit civil?, cit. p. 83]<sup>19</sup>

#### *Recapitulación final.*

Las palabras de Bonnecase sobre el abuso de derecho apuntan al contenido del enunciado número 4 que se engarzaba, unas páginas atrás, en la secuencia elemental de nuestra hipótesis de trabajo en desarrollo. Con las palabras reseñadas podemos comenzar a trazar la curva de cierre de nuestra argumentación. Las premisas, que en un principio pudieron parecer desprovistas de encarnadura jurídica, creo que en este estadio de nuestro recorrido contendrán, al menos, la suficiente entraña de credibilidad como para no parecer quimera o infundio a la valoración del estudioso. Con voluntad de hacer de este imperfecto trabajo siquiera sea una modestísima réplica, émula de la concepción de absoluta esfericidad, del todo íntegro que

entendemos por Derecho, arrancamos de la realidad de un contrato, el matrimonial, en el que, para su realización y sanción, y con mayor o menor conciencia de la carga de privacidad o de publicidad con que la norma positiva lo califique en cada caso, los protagonistas incorporan a su ámbito de negociación a un tercero, el Estado, respecto del cual se configura una relación cuasi contractual con los contrayentes originales, según el tenor del art. 1.887 Código civil.

Continuábamos la indagación infiriendo que el negocio jurídico de matrimonio, como instituto que es con implicaciones tanto de Derecho privado como de Derecho público, al contar con el refrendo y la intervención del Estado, y por la contigüidad de incumbencia que comporta el cauce aludido de los cuasi-contratos, prestaba fundamentación crediticia al mismo Estado para que éste pudiera eventualmente constituirse en beneficiario o enriquecido a expensas de los primitivos contratantes. Como si por la vinculación, siquiera refleja, que el contenido de publicidad del matrimonio establece con el Estado, éste les despojara a los protagonistas del negocio jurídico matrimonial, de parte de ese beneficio privativo suyo, y lo fuera pasando paulatinamente a las arcas del propio Estado. Y es sobre esa parcela de vivencialidad privada de los cónyuges sobre la que el Estado, simultánea e injustamente enriquecido, puede hallarse ejerciendo un concreto abuso de derecho.

Aunque con peculiaridades de encaje, el negocio matrimonial propicia la contemplación de un doble supuesto: *contractual* respecto de los contrayentes; y *extra* o *cuasi-contractual* contando con el Estado como parte, y generando sin violencia de principios, de un lado, el posible enriquecimiento injusto; y simultáneamente, de otro lado, el abuso de derecho impuesto por ese Estado que ahora figura como tercero en la relación contractual. El expolio del *id quod interest* que a expensas del negocio jurídico del matrimonio hace el Estado constituye una de las más tercas sutilezas perpetrada a la esencia de los contratos, por la que (y en el marco de un juego más o menos consentido, más o menos impuesto, de cesiones y renunciaciones), mediante una prestidigitación de titularidades, en el ámbito de una publicación convenientemente esgrimida, los portadores de un beneficio contemplan que su disfrute ha quedado mermado de contenido. Desde el mismo comienzo de nuestro trayecto especulativo hemos podido sospechar que en razón de la carga de Derecho público asumida por el contrato de matrimonio en su naturaleza, la respuesta a esa acuciante indagación “Cui prodest?” haya que emitirla desde la plataforma de ese “ogro filantrópico” (Octavio Paz) que entendemos por Estado.

NOTAS

- <sup>1</sup> Véase Tomás Ramos Orea, “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.370 y 1.371 (5 y 15 de enero 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivamente
- <sup>2</sup> Véase Manuel de la Cámara Álvarez, *La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia*. Separata n<sup>o</sup> 9 del *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado* (mayo, 1986). Granada: Ilustre Colegio Notarial, esp. “Introducción”, pp. 7-13
- <sup>3</sup> José Ángel Martínez Sanchiz, “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de Familia” [Ponencia de la Delegación Española para el I Tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1986)], *Revista de Derecho Notarial* CXXXII (abril-junio, 1986), p. 13
- <sup>4</sup> Véase Demófilo de Buen [catedrático de Derecho civil, excedente. Presidente de la Sala del T.S.], *Derecho civil común*, 3<sup>a</sup> ed. enteramente revisada (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1936), obra en dos volúmenes, y cuyo volumen primero, que no me ha sido posible consultar, acaso contenga la solución a nuestra pesquisa.
- <sup>5</sup> José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II, 2<sup>a</sup> ed. ampliada y puesta al día. Vol. I *Doctrina general del contrato* (Barcelona: Bosch, 1978), p. 11. Las sucesivas citas de esta misma obra se consignarán en el texto mediante Puig Brutau, *Fundamentos*. . .
- <sup>6</sup> Véase Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho civil*. Vol II (Madrid: Tecnos, 1974), p. 346
- <sup>7</sup> Juan Ossorio Morales, “Notas para una teoría general del contrato”, *Revista de Derecho Privado* (1965), p. 1074. Citado en Puig Brutau, *Fundamentos*. . ., p. 11
- <sup>8</sup> Ambrosio Colin & H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*. Obra premiada por la Academia de ciencias Morales y Políticas de Paris (Premio Chevallier). Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen [Prof. de Derecho civil en la Universidad de Sevilla]. Tomo tercero. *Teoría general de las obligaciones* (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1924), p. 839
- <sup>9</sup> José Melich Orsini, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXXVII, fasc. I (enero-marzo, 1984), p. 5
- <sup>10</sup> Samuel Gili y Gaya, *Curso superior de Sintaxis española*. Sexta ed. (Barcelona: Publicaciones y ediciones Spes, S.A., 1958), pp. 232-233.
- <sup>11</sup> Ramón M<sup>a</sup> Roca Sastre [con la colaboración de José Puig Brutau], *Estudios de Derecho privado*. I. *Obligaciones y contratos* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948), p. 49. Las sucesivas citas irán en el texto mediante Roca Sastre, *Estudios*. . .

- 12 Aranzadi. Legislación civil. Código civil. Segunda edición (Pamplona, 1975), pp. 1285-1286
- 13 José Antonio Álvarez Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa* (Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979), pp. 13-14 y p. 17
- 14 “[García Goyena], comentando el art. 1.891 en las concordancias (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, p. 242) cita el art. 1 del Código Civil bávaro en el que se dispone que “se presume que cada uno quiere lo que le parece útil. Nadie debe enriquecerse con detrimento de otro”. En Álvarez de Caperochipi, *ob. cit.*, p. 18.
- 15 Ángel Carrasco Perera, “Restitución de provechos” (I), [Modelo anglosajón], *Anuario de Derecho civil*. Tomo XL, fasc. IV (octubre-diciembre, 1987), p. 1062
- 16 Ángel Carrasco Perera, “Restitución de provechos” (y II), *Anuario de Derecho civil*. Tomo XLI, fasc. I (enero-marzo, 1988), p. 6. El mismo autor de esta monografía nos dice: “El trabajo del Prof. Díez-Picazo ‘La doctrina del enriquecimiento sin causa. .’ fue leído como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y publicado en este mismo año 1987” (p. 151). Lamento no haber tenido hasta ahora acceso a dicho trabajo, del que en otro lugar se nos informa:
- Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. Manuel de la Cámara Álvarez, “Contestación”. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987. 212 pgs. [Reseñado por] Luis-Humberto Clavería Gosálbez, *Anuario de Derecho civil* (octubre-diciembre, 1987), pp. 1301-1307
- 17 Quintus Mucius Scaevola, *Código civil*. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos. Redactado por R. Núñez Lagos. Tomo XXX. Arts. 1.887 a 1.901. Volumen Segundo. III. Cobro de lo indebido. IV. *Enriquecimiento sin causa* (Madrid: Instituto editorial Reus, 1961), p. 391
- 18 De sabido o de irrelevante calificaríamos en este estadio de nuestra indagación el principio doctrinal de que “[la] Teoría clásica. . Contrapone firmemente la causa y el motivo. Este no se aprecia por el derecho, no debe ser investigado por el juez. Queda dentro de lo psicológico”
- Quintus Mucius Scaevola, *ob. cit.*, p. 507
- 19 Bonnacase, *Supplément au Traité de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie*, t. I. cap. V, “Où en est le droit civil?” en el vol. *La cité moderne et les transformations du droit*, p. 60
- En Mucius Scaevola, *ob. cit.*, p. 379

*DEONTOLOGÍA Y HERMENÉUTICA: ARGUMENTOS Y ASPECTOS EN LOS ARTÍCULOS 145, 147 Y 216 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.*

*SUMARIO*

- I. PLANTEAMIENTO Y FINALISMO.
- II. ARTÍCULOS DEL R.N. OBJETO DE INDAGACIÓN.
- III. MORAL Y BUENAS COSTUMBRES: ECO-SISTEMA VIVENCIAL Y JURÍDICO:
  - 1. *Posiciones teóricas y aplicabilidad.*
  - 2. *Afectación de los principios antedichos a la praxis concreta del Derecho notarial.*
  - 3. *El supuesto específico y su tratamiento por algunos autores.*
- IV. BÚSQUEDA DEL MÁS GENUINO ESPÍRITU DE LA NORMA.
- V. OTRAS TENTATIVAS DE APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA:
  - 1. Pascuale Fiore
  - 2. Emilio Betti
- VI. CONCLUSIONES.
  - I. PLANTEAMIENTO Y FINALISMO.

La intención del presente trabajo no es otra que la de aperebir al jurista solidario y atento, de la apasionante naturaleza (esmerada y proteica, por definición) que conforma el vehículo expresivo de toda norma. Me estoy refiriendo al lenguaje. En tanto que esta gran familia planetaria que entendemos por raza humana no implemente una más recomendable potencia comunicativa, las palabras seguirán cumpliendo con su menester de intermediarias respecto de nuestras volitivas e intelectivas exteriorizaciones. Lo cual comporta una señalada grandeza y una no menos atribulada servidumbre, porque si el lenguaje sirve para entenderse, tampoco cabe imaginar una realidad más preñada de malentendidos que el mismo lenguaje. Tal reflexión, por conocida y obvia, no pretende determinar en modo alguno la contribución jurídica que oferto en este ensayo. Me propongo, más bien, destacar que el propio carácter elusivo, indeterminado, anfibológico y, hasta si se quiere, decididamente ambiguo de ciertas plasmaciones de la letra de la ley, sin inevitables concesiones con las que el espíritu y la voluntad de esclarecimiento jurídicos tienen que contender en cualesquiera épocas se trate. Y es que el jurista está condenado a entender que una supuesta y absoluta univocidad, una perfección auto-contenida de ciertas normas, no significaría sino la inviabilidad y aun hasta la voladura del colectivo humano en servicio del cual haya sido concebida la tal norma. Con un símil procurado del mundo de la inmediatez, podríamos vislumbrar lo inservible de ciertas

normas inamoviblemente unívocas (y por tanto, incapaces de asumir ningún ulterior desarrollo interpretativo) si comparadas al comportamiento de algún material como, digamos, el cemento puro, el cual, a menos de mezclarse con una cierta cantidad de arena, se resquebraja y tritura la propia y original configuración para la que fuera requerido. La arena, respecto de aquellas mezclas en las que intervienen otros materiales de construcción, es lo que, en el contexto de nuestra reflexión, llamaríamos indeterminación natural u obligada de la letra de la ley.

El Código civil español, cuerpo legal por excelencia de nuestro Derecho privado, creo que refleja estas cotas de servidumbre, este necesario (o al menos, potencial) contenido de impurezas de la norma exteriorizada por medio del lenguaje; es decir, de palabras. Por una parte, en su art. 1.287, “El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. . .”, se nos está diciendo que esas realidades que llamamos contratos, una vez perfeccionados y alzados a la categoría nada menos que de ley entre las partes, albergan en los pliegues de su fundamentación terminológica una posible carga de ambigüedad, respecto de la cual el Código civil arbitra, con salomónica ponderación, una fórmula de interpretación y potenciación integrativa y reconstructiva. . . “supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”. Esto, como decimos, de una parte. Pero es que, además, y conformando la otra cota máxima, el Código civil, al señalar en su art. 3 que “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, sanciona con rango legal a cierto sistema hermenéutico, el más flexible, diríamos nosotros, desde una atalaya humanística. A ello habremos de volver más tarde. A efectos de transvasar al lector, en captación de compendio, la trama de mis preocupadas reflexiones, bástenos con insistir en la servidumbre de impureza que implícitamente se atrinchera en todo lenguaje, a veces con el fin de que la propia norma con él expresada no salte en pedazos, víctima de su misma rigidez.

En el tramo temporal cortísimo de unas cuantas semanas, hemos asistido a la frondosa diatriba desplegada por el enorme (y bizantino, acaso) poder suscitador y controvertible de ciertos términos de nuestra Constitución. Me refiero al cargantemente interpretado art. 15: “*Todos* tienen *derecho* a la *vida* y a la integridad física y moral. . .”, en cuanto a la reiterada y alborotante opción de interrumpir voluntariamente el embarazo. ¿Quiénes son *todos*?, nos hemos venido preguntando hasta el fastidio. Desde aquellos que atribuyen plenaria realidad al óvulo desde el mismísimo instante de su impregnación (fecundación), hasta quienes lo consideran como una protuberancia visceral, más o menos singular, más o menos accesoria, tocante a la cual –por acceder a y depender de la unidad superior del sujeto interesado, aquí la madre– se puede ejercer idéntica disposición a la que se ejercería cual si se tratase de una excrecencia corporal extirpable, las posturas que se acomodan entre tales dos cotas máximas, decimos, pueden considerarse incontables. A efectos de conseguir que una ley *resulte* razonablemente viable, el portavoz del criterio gubernamental sostiene, desde el plano jurídico, que “el feto no es persona titular de derechos”. Pero, ¿qué significa aquí, en el art. 15 de la Constitución, *derecho* “en relación con el contexto”, sino un vector tendencial, una instancia voluntarista que no llega más allá, que no horada más allá de lo que su ínsita contingencialidad de desideratum lo posibilita? Confundir el derecho a ser feliz de toda criatura con la exigencia o situación constatable de serlo, corresponde en igual grado de distorsión pensante a ignorar que todo derecho adquiere su más conjuntada justificación del legítimo juego de concesiones y restricciones provenientes de los demás derechos. Dicho de otra manera: Todo derecho supone irremediabilmente una “relación o contienda de

derechos”, de cuya concordancia o incompatibilidad emerge el derecho enarbolado y aplicado. De aquí que el término *derecho*, tal y como se aloja en las cárcavas del contexto emocional, jurídico e histórico del art. 15 de la Constitución, sea el ejemplo más vigoroso de ambigüedad institucionalizada.

Y por último, bajo el concepto de *vida*, se puede acomodar teóricamente todo. Rubén Darío se refería a “la piedra dura porque ésa ya no siente”, para recordarnos que era cosa sabida en su tiempo que otro tipo de piedras sí que sentían, sí que tenían vida. Y de los mundos vegetal y animal, ¿para qué importunar con lo obvio? Y al manoseado argumento de los unos, de que no es comparable la vida de piedras, árboles y animales a la vida del óvulo fecundado (feto), asienten con plenitud quienes afirman que tal diferencia es equiparable a la establecida entre corpúsculo en gestación (feto) y persona hecha y derecha.

Pero al llegar a estas alturas disquisitivas, me parece de elemental cortesía pedir disculpas al lector por haberme desviado a sabiendas, con el propósito de recabar materia analógica de una parcela sobre la que no pretendo desplegar incumbencia alguna en este artículo. De nuevo, y mediante este aparente quiebro (que no es en el fondo sino reduplicación de evidencias), lo que motiva enérgicamente mi finalismo es resaltar la inesquivable necesidad de que ciertas leyes fundamentales como nuestra Constitución alberguen preceptos generales, por naturaleza imprecisos, multívocos. ¿Por qué? Intenté asomarme antes, siquiera de pasada, a la respuesta: Porque de otra manera los presupuestos discernidores, ordenados al servicio de una comunidad, devendrían, por químicamente puros, inaplicables; volaría en pedazos el organigrama propuesto para regulación de la convivencia, por la irreductibilidad, impracticabilidad y tirantez de tales presupuestos. Ahora se podría comprender mejor que el proyecto de vida en común de todos los españoles, pertenecientes a tan plurales registros de idiosincrasia, está más cuerdamente posibilitado mediante una Constitución con multitud de pasajes indefinidos, anfibológicos, ambiguos. Y todo ello, por praxis consciente del legislador. Y si hemos visto, por lo que respecta al término *derecho*, que la aporía hermenéutica roza fronteras de insuperabilidad, concederemos que la impureza sistemática es la menos letal de las enfermedades de todo cuerpo normativo. De otra forma, los propios términos cerrados de la ley impedirían su proceso de aplicación en desarrollo dinámico.

## II. ARTÍCULOS DEL R.N. OBJETO DE INDAGACIÓN.

El ligero desbroce propedéutico que nos antecede aspira a expeditar la vía de acceso a los artículos del R.N. objeto de atención. Por un lado, el art. 145, respecto de lo que aquí nos interesa, establece que “el Notario no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando, *a su juicio*, . . (. .) el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a *la moral* o a las *buenas costumbres*”. Y el art. 216, igualmente entresacado en el contenido que aquí queremos afectar, señala: “La admisión de depósitos es *voluntaria* por parte del Notario, quien *podrá* imponer condiciones al depositante”. Me he permitido subrayar en uno y otro artículo los términos sobre los que versará nuestro escrutinio crítico. Es muy significativo el hecho de que el componente íntegro de ambos artículos haya escapado a cualquier retoque o modificación alguna en la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio, la más “extensa e importante de cuantas han afectado a nuestro Reglamento desde 1944”.<sup>1</sup> Desde luego, insistimos, es cualificadamente indicativo el que ambos artículos 145 y 216 del R.N. hayan quedado inmunes, lo cual, en mi entender, es inequívoca señal de que los términos que antes subrayé siguen prestando al contexto en que se incrustan, un espíritu de porosidad, de sentido abierto

e inconcluso, sugestivamente indeterminado. Y ello no nos debe extrañar, si catapultamos con gálibo finalístico esta realidad, a efectos de viabilidad operativa y de interpretación.

Si bien reservamos un escudriñamiento más monográfico para más adelante, de los términos bisagra *moral y buenas costumbres*, sírvanos para el cometido de nuestra acompañada dinámica llamar la atención sobre los restantes sintagmas subrayados. *A su juicio* (art. 145 R.N.), recoge con garbo de estilística condensación las cotas teóricamente inabarcables del discernimiento y de la volición humanos. *Voluntaria* (art. 216 R.N.) es un lexema de cuño tan perentoriamente semiótico que se zafa, por legítima renuncia, de glosa alguna. E idéntica naturaleza porosa, consentidora de cualesquiera flexibilidades o indeterminaciones, empapa la expresión *podrá*, también del art. 216 R.N. Es lógico: quien puede hacer algo, puede, con mayor coherencia de principios, abstenerse de hacer ese algo. Se sigue olvidando, aun en las cosmovisiones de granados juristas, que un tercio del total del contenido de las obligaciones consiste precisamente en “no hacer alguna cosa”, según la formulación –una de las más donosas, por su simplicidad– del art. 1.088 de nuestro CC.

El otro art. del R.N. que, tanto por contraste como por contigüidad expansiva con los dos anteriores 145 y 216, nos proporciona conductos de reflexión para el estudio nuestro, es el 147, que en las versiones que a continuación se transcriben de su párrafo 1º, muestra el efecto de la reforma citada de 1984:

Los Notarios redactarán los instrumentos públicos interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándola a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia.

(párrafo 1º, *antiguo*)

El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

(párrafo 1º, *actual*)

La cardinal relevancia de este párrafo, y hasta el total espíritu del artículo, nos viene suministrada por el cuestionamiento de cuál sea la divisoria deontológica que calibre la racionalidad de esa conducta del Notario respecto de la voluntad de los interesados otorgantes. Antonio Rodríguez Adrados escribe:

El Notario no puede limitarse a recibir la voluntad que las partes le traen; tiene que indagar e interpretar esa voluntad, adecuarla al Ordenamiento jurídico, redactar el proyecto de instrumento público e informar a los otorgantes del valor y alcance de su redacción. . . .

Esta necesidad pone de manifiesto que la profesionalidad jurídica del Notario no es un añadido a su función pública de dación de fe, sino una exigencia de la fe pública que, aun siendo única, tiene que prestarse según la diversa naturaleza del objeto a que se refiera. La voluntad de las partes no es, en efecto, una realidad ‘física’, un hecho del mundo exterior que el Notario oye y transcribe; es una realidad ‘jurídica’, y la voluntad que interesa al Derecho no puede ser la voluntad inicial de las partes, tantas veces tosca, desinformada y errónea, sino la voluntad consciente de sus efectos jurídicos y adecuada al Ordenamiento y a las finalidades prácticas perseguidas, que la labor asesora y cautelar del Notario tiene que contribuir a formar; sólo ésta es

la voluntad ‘verdadera’ de las partes, y sólo el documento que la recoja dice la ‘verdad’

(pp. VI-VII)

La imparcialidad del Notario no puede ser. . . una imparcialidad ‘formal’, que ante una situación de desigualdad profunda de las partes podría significar, en el fondo, una verdadera parcialidad; sino una imparcialidad ‘sustancial’, tendente a corregir la inferioridad del llamado contratante débil (débil en medios económicos, en experiencia, en conocimientos y asesores jurídicos) para situarle en condiciones de defender sus propios intereses.

(p. VII)<sup>2</sup>

Nada se nos ocurre apostillar a esta glosa integrativa y, en todo caso, profundamente humanística que nuestro autor hace de esta parte del contenido del art. 147 del R.N. Si acaso, y por vía de mimetismo empático, señalar que tal criterio jurídico se alinea en equiparación de registros con el que aquí proponemos, y que no es otro sino el permitido por la caleidoscópica articulación de factores cosmo-bio-sociales, al jurista de perspectiva. Una vez más, siempre penúltima, se aúpa al primer plano del concernimiento jurídico el inagotable campo interpretativo que ciertas cotas vivenciales de la letra de la ley señalizan y autorizan al buen usuario del Derecho. Sobre ello volveremos, asimismo, más adelante. Séanos suficiente ahora recordarnos a todos nosotros que asesorar *no* es coaccionar:

No olvidemos –dice Francisco de Lucas Fernández– que este profesional [Notario] no es un policía y que su ministerio ha de prestarse dentro de los límites de la buena fe y de la corrección en el trato.<sup>3</sup>

### III. MORAL Y BUENAS COSTUMBRES. ECO-SISTEMA VIVENCIAL Y JURÍDICO.

¿Existe una letra de la ley propiamente dicha cuando de términos como *moral*, *buenas costumbres*, se trata? El hecho de que prácticamente todos los cuerpos legales, incluido nuestro Código civil, sigan empleando tales expresiones, originaria e inamoviblemente acuñadas, parece propiciar la respuesta afirmativa. Una reflexión más concienzuda, y en manera alguna contenciosa respecto de lo anterior, nos apercibe, sin embargo, de que dichas unidades léxicas *moral*, *buenas costumbres*, son formalmente intocables e incapaces de mutabilidad, en virtud de que lo realmente modificable y cambiante es el sentir de cada época, la conformación de cada sistema cosmo-vivencial respecto del contenido y de la aplicación de las citadas fórmulas lexemáticas. Cuanto más poroso sea el nervio de significado de un término, menos virtualidad de modificación entrañará su significante. En este juego ecuacional de forma/función se nos descubre uno de los entramados más finos del cuerpo del Derecho, atareado éste, a fin de cuentas, en que, mediante la manipulación que de él implementemos las criaturas planetarias, los resultados se aproximen lo más posible a los *desiderata* de la equidad y de la justicia. Habida cuenta de que al jurista no le es dable manejar esencias (es decir, logos prístinos y absolutos) sino praxis susceptibles de encarnarse en *resultados* y parámetros aplicables, se entenderá mejor que la más genuina entidad de las nociones *moral*, *buenas costumbres*, radica en la permisividad proteica de interpretaciones que consienten. Tanto por vía inductiva como deductiva, pero siempre empírica, el jurista verá en ellas el mágico comodín, elusivo y permanente, para ordenar la razón en cuanto a los resultados que más convengan a la comunidad. *Moral*, y *buenas costumbres* son, más que nociones esenciales, nociones sugeridoras de esencias; más que ejemplares *per se*,

posibilitadoras, mediante la inspiración que dispensan, de aspirar a interpretaciones y plasmaciones de ejemplaridad.

1. *Posiciones teóricas y aplicabilidad.*

No sería ni piadoso ni correcto soslayar las manifestaciones de la doctrina, respecto de las cuales, y en valoración de compendio, cumple reconocer cierta convergencia en cuanto a postulados de contingencialidad, mimesis y relativismo que se incardinan en los conceptos de *moral*, *moralidad*, *buenas costumbres*, etc. Tiene trabazón y conciliadora coherencia el razonamiento de Ferri al afirmar, por un lado, que

la moral es entendida hoy en sentido subjetivo: está de acuerdo con la moral quien obra con conciencia del deber, con el ánimo dispuesto al bien; la moralidad es voluntad buena, intención dirigida a lo bueno, a lo justo, mientras que las buenas costumbres tienen en la concepción común carácter objetivo y externo. Quien ve la moral en la buenas costumbres adopta una concepción exterior o farisaica de aquélla que no es ciertamente la dominante hoy.

(p. 405)

Pero puede asimismo, según nuestro autor, existir una contienda íntima entre *moralidad* y *buenas costumbres* que debe resolverse a favor del primero de los principios:

No contrariar a las buenas costumbres no se traduce, pues, en la exigencia de una moralidad o bondad de la intención, como se impone a los poderes públicos, sino en una limitación de naturaleza extrínseca fundada sobre una moral exterior o positiva que condena ciertos comportamientos y, sólo como consecuencia de esto, el motivo –incluso intrínsecamente bueno– que tiende a la realización de aquéllos.

Por eso las normas sobre las buenas costumbres son relativas y contingentes y varían de lugar a lugar, de momento a momento, mientras que la intención buena, la voluntad justa, imparcial, constituye un principio que tiene valor absoluto e inmutable, principio desvinculado de cualquier circunstancia de lugar o de tiempo.

(p. 406)<sup>4</sup>

Desde diferente atalaya discursiva, hay quien destaca una diferenciación de horizontes entre el Derecho y la Moral, resaltando la repercusión axiológica que el punto de vista lleva consigo:

[El Derecho] contempla las acciones humanas desde un punto de vista social, es decir, atendiendo a su valor o trascendencia social, mientras que la Moral las contempla desde el punto de vista del sujeto, de su actitud o disposición de ánimo. Insistimos en que se trata de perspectivas o puntos de vista. Por consiguiente, no es que las acciones sociales no interesen a la Moral o la disposición de ánimo no interese al Derecho. Pero interesan desde su respectivo punto de vista.<sup>5</sup>

Y en otra no menos sugestiva cala se nos pone de manifiesto el recíproco transvase de fundamentalismo y contingencia que protagonizan realidad y moralidad al discurrir por el campo regentado por la Ética:

De la íntima relación que existe entre realidad y moralidad se deduce también que la verdadera Ética no intenta imponer principios morales a la realidad, sino que elabora las exigencias del orden esencial del ser a la vista de la realidad de cada momento.<sup>6</sup>

Así, pues, se nos viene a decir que la moralidad puede y debe configurarse conforme a más altos rangos organizativos en virtud y en vista de la realidad de cada momento.

Con todo, bien es sabido que las nociones de *moral* y *buenas costumbres* han solido venir acompañadas de la mucho más pavorosa y coactiva noción de orden público, para formar la tan temida tríada enumerativa por la que ordenamientos de anteriores concepciones políticas se reservaban el poder de castración de algunas libertades fundamentales de los súbditos administrados. La mutua contigüidad formal y emocional de tales conceptualizaciones generaba, como no era menos de esperar, una recíproca galvanización justificativa entre los tres supuestos, en méritos de la cual éstos encontraban su restrictiva razón de ser. El orden público, lúdicamente, se solía aplicar a cuestiones de conciencia (lo menos público que imaginarse pueda), y bajo tal gálibo cosmovisivo, su mención inmediatamente detrás de los enunciados de *moral* o de *buenas costumbres*, etc. (respecto de los cuales presuntamente se vulnerara algún principio), pretendía otorgarle una apoyatura jurídica de la que a todas luces hubiera podido carecer. Hoy arranca de muchos de nosotros una sonrisa el comprobar que en temas de contenido religioso o –como hemos dicho algo más arriba– en aspectos de conciencia el *orden público* tuviera su más acusado baluarte de concernimiento. Estamos y hemos venido estando de completo acuerdo desde tiempo inmemorial con que

la noción clásica de orden público resulta ser actualmente un instrumento jurídico *insuficiente* para la efectiva protección de los supuestos fundamentales de la entera vida social; en consecuencia, es apremiante la necesidad de actualizar la noción.<sup>7</sup>

Pero quizá debamos a la Jurisprudencia del T.S. los términos más exhaustivamente humanísticos que se hayan dedicado al concepto de orden público, dentro de la constelación de categorías jurídicas:

Considerando que tocante a la excepción de orden público. . . . conviene puntualizar: a/ Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición –omnia definitio periculosa est– por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante. b/ Que del orden público podría darse una noción hic et nunc, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia. c/ Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva.<sup>8</sup>

Una vez hecha esta incursión meramente indicativa, en el espacio de praxis jurídica ocupado por los conceptos de *moral*, *buenas costumbres*, *orden público*, nos gustaría encontrarnos ya en disposición receptiva como para incorporar al nomenclátor de valores que desde ahora en adelante manejemos, un perfil definido y concretizado de *moral*. La fuente de

la que nos hemos servido creo que compendia una serie de rasgos objetivos garantizadamente:

*Moral, moralidad.* 2. Concepto: El término hace generalmente referencia a un conjunto de actitudes solidarias respecto del grupo, así como de su organización y objetivos. En tal sentido, E. Durkheim ofreció una definición del término que puede calificarse de clásica o básica de posteriores definiciones: “Moral, podemos decir, es todo lo que es fuente de solidaridad, todo lo que fuerza al individuo a contar con su prójimo, a regular sus movimientos en base a otra cosa que los impulsos de su egoísmo, siendo la moralidad tanto más sólida cuanto más fuertes y numerosos son esos lazos” (*De la división del trabajo social*. Buenos Aires: Schapire, 1967, p. 338)<sup>9</sup>

De esta enaltecida formulación de Durkheim, nos cumple destacar el sintagma *fuerza de solidaridad*, donde se refleja el más armonioso conjunto de praxis social y transcendencia ética en que toda realidad genuina de Derecho debería mirarse.

Ante este muestrario testimonial de doctrina, y conectando con las reflexiones que encabezaban el desarrollo de la presente rúbrica, hemos fortalecido nuestro acopio de criterio en el sentido de no creer que los términos *moral, buenas costumbres* puedan adoptar distinta vestidura formal, o substituirse por conceptualizaciones más operativas en los cuerpos legales que fueren. Su esponjosa indeterminación es conveniente hasta para figurar en el entramado de inspiración general, programática y normativa de una Ley fundamental como es la Constitución. La funcionalidad de dichos términos *moral y buenas costumbres* es tal, que, ni es aconsejable derogarlos, ni tampoco hay dos momentos cualesquiera del menester interpretativo en que los postulados por ellos asumidos desplieguen una absoluta identidad de registros. Ya decíamos que la entitatividad externa de tales nociones permanece inalterada: las razones, condicionamientos y bastidores vivenciales para su aplicación son los que se flexibilizan. Y es que todo precepto de contenido vivencial, de naturaleza elástica, integra respecto de su ámbito de aplicabilidad dos ingredientes a modo de instancias entitativas: una, su propia formulación; otra, la ejecutabilidad virtualmente *aditiva* que en cada uno de sus tramos consiente la realidad cosmo-sociobiológica.

## 2. *Afectación de los principios antedichos a la praxis concreta del Derecho notarial.*

Con sistemática concienciación hemos venido empleando el calificativo *vivencial* en nuestros intentos de configurar una semblanza de ciertas realidades jurídicas. Se ha visto asimismo que las cuestiones, objeto de nuestro análisis, alojadas en los arts. 145 y 216 del R.N., o bien adoptan el estereotipo acuñado de *moral y buenas costumbres*; o bien se enuncian mediante lexemas de aun más difusa naturaleza, tales como “a su juicio”, “voluntaria”, “podrá”, ya subrayados en una latitud anterior de este ensayo. El elenco de interpretaciones que catapultan tales supuestos, aisladamente considerados, es inevitablemente plural, como corresponde al espacio, a las cavidades hermenéuticas que el Ordenamiento tolera entre sus cotas, según la norma se preceptúe *indicativa, dispositiva, o imperativa*. O tal vez (y enarbolando una más rigurosa voluntad de asedio a la razón jurídica), por la necesidad de autorizar la eventual transformación en *aditivas* de cierto tipo de normas laxas; o sea, a complementar en su verificación aplicable o encarnadura respecto de la realidad, por el profesional del Derecho que las esgrima, y en relación al sujeto de Derecho administrado a quien potencialmente se afecten.

De toda la esfericidad globalizadora del Derecho, hemos elegido tan sólo el gajo porciuncular donde se alojan señalados aspectos del Derecho de familia, y más concretamente, del negocio jurídico del matrimonio.<sup>10</sup> Con ello estamos pretendiendo dejar reflejado el carácter irrenunciablemente vivencial de ciertos principios, tanto por lo que toca a su teleología jurídica, como por el manejo práctico que de sus contenidos se pueda llevar a cabo. Y es precisamente una manifestación muy concreta, relativa al Derecho matrimonial, la que nos propicia un nudo de convergencia entre los principios desiderativos encarnados por las nociones de *moral* y *buenas costumbres* (que inspiran mediatamente el título de este trabajo) y las actuaciones notariales contempladas dentro de las cotas permisivas de los citados arts. 145, 147 y 216 del R.N.

Nos referimos al depósito, en sobre cerrado, de contra-documento que se hace al Notario; supuesto al que otorgamos para los efectos de nuestra indagación presente la más indubitada categoría de paradigma. Al mismo tiempo, debe señalarse que, por significar esta entrega o depósito un acto jurídico cuyas consecuencias desplegadas han de repercutir en un futuro indeterminado, el valor que pretenden reivindicar nuestras reflexiones es, sobre todo, retroactivo, aspirando a despejar las nubecillas de escrúpulos, si los hubiere, de notarios que hubieran sido o pudieran seguir siendo parte de alguna circunstancia de las aquí reseñadas para el típico depósito del sobre-cerrado.

La especialidad del supuesto no deja de ser interesante, por entrañar en su funcionamiento algo así como una vigencia retrotraída, a redropelo. Se le entrega al Notario algo consistente en una mera y, simultáneamente, formidable virtualidad que, conforme al devenir de los acontecimientos (eso que hemos denominado ecosistema vivencial y jurídico de cada segmento temporal) podrá ser esgrimido con vistas a la obtención de unos efectos rigurosamente concretos. No creo que haya una maniobra en todas las actuaciones del Derecho que más decididamente se mimetice “a fortiori” con los espacios de espíritu jurídico que la norma rígida ha dejado entre los pliegues de su formulación.

Es de transcendental importancia, por otra parte, resaltar que ciertas soluciones a las que los administrados han recurrido son producto inequívoco de algunas épocas. Si, de un lado, entendemos que las instituciones deben hacerse para los hombres, y no al revés; si entendemos también la profunda sabiduría que se instala, en concentrado acopio de siglos, en el dicho popular “el que hizo la ley hizo la trampa”; y si desarrollando nuestra disposición cordial, continuamos entendiendo que las normas van a remolque de las realidades sociales, se comprenderá igualmente que ciertas prácticas jurídicas, efectivamente no deseables, van asimismo a remolque de una normativa mezquina, poco equitativa y menos justa. Al empezar atribuyendo a nuestra indagación una entidad retroactiva, siquiera sea en la conciencia de señalados profesionales del Derecho (en nuestro caso, los Notarios), implícitamente concedíamos una gradual reducción del número de supuestos en que las prácticas jurídicas aquí sometidas a examen encontraron su razón de ser. Y ello se explica por la merma en la autonomía de la voluntad de innumerables interesados en lo referente a procedimientos específicos relativos al Derecho de familia, naturalmente y sobre todo antes de la legislación de 1981; o por lo menos, antes de que ciertos artículos de la Constitución de 1978 iluminaran con su espíritu programático algunos de los recovecos cavernícolas de nuestra legislación en donde, siempre desde nuestra personalísima óptica, no había entrado la luz desde hacía más de ocho lustros.<sup>11</sup>

3. *El supuesto específico y su tratamiento por algunos autores.*

Es hora ya de arropar en vestiduras de doctrina el supuesto al que nos venimos refiriendo, y ver de obtener de los términos en que se han decantado las posiciones de diversos autores una mejor concienciación crítica de las actuaciones notariales y de su fundamentación jurídica. Díez del Corral Rivas, al referirse a futuros matrimonios, nos decía:

Viene siendo relativamente frecuente en la sociedad actual que estos pseudocontratantes preparen con vistas a la invocación posterior de la nulidad, un ‘contradocumento’ en las fechas inmediatamente anteriores a la ceremonia religiosa, en el que afirman, por ejemplo, que su intención es contraer un matrimonio meramente disoluble o bien pactan una condición contraria a la esencia del vínculo. En algunos casos este ‘contradocumento’ llega a plasmarse en acta notarial, a pesar de que *es muy dudoso* pueda el notario autorizar este tipo de actas, visto que el art. 145 del Reglamento Notarial le obliga a negar la prestación de su función “cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres”.<sup>12</sup>  
(el subrayado es mío)

El ya mencionado Francisco de Lucas Fernández, por su parte, escribe:

Será difícil probar que no se ha querido celebrar un matrimonio cuando la voluntad se ha exteriorizado en la forma prevista. . .

(p. 17)

Ahora bien, para lograr la prueba de esa falta de consentimiento, una práctica que no dudo en calificar de corruptela, ha tratado de utilizar el procedimiento del sobre cerrado entregado al Notario en depósito mediante acta notarial, antes de celebrar el matrimonio.

En el interior del sobre se contiene una declaración de los novios en la que manifiestan: “Que no creen en el matrimonio como institución que origine un vínculo indisoluble entre los contrayentes. Que no creen que el matrimonio tenga por fin primordial la procreación de hijos”

No considero correcta esta postura. Si no se cree en el matrimonio lo que hay que hacer es no celebrarlo.

A mí no me cabe duda que en el ejemplo que ponemos esa pareja evidentemente no quiere celebrar un matrimonio. No me cabe duda que si a pesar de ello lo celebran, tal matrimonio será una auténtica farsa, una trágica burla en el fuero interno de los contrayentes, que poca sensibilidad han de tener si en instantes tan solemnes en que proclaman una entrega total, recíproca y por vida, no se les conmueven sus propias vísceras, al darse cuenta del tremendo engaño que están haciendo a la sociedad y a cuantos les rodean en tal momento. En suma, tal matrimonio es nulo. Pero volvamos al hilo de nuestro tema. ¿Debe el Notario a quien se le presenta un sobre cerrado aceptarlo en depósito?

La contestación es negativa. El único caso en que la prestación de la función no es obligatoria, sino potestativa, es precisamente el del acta de depósito. Según el artículo 216 del Reglamento Notarial: “Los Notarios pueden recibir en depósito los objetos, valores, documentos y cantidades que

por particulares y corporaciones se les confíen, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia.

La admisión de depósitos es voluntaria por parte del Notario, quien podrá imponer condiciones al depositante”.

Naturalmente que cuando el acto es contrario a la Ley, a la moral o al orden público, ya no es potestativa la prestación de funciones. Aquí debe el Notario rechazarla de plano.<sup>13</sup>

(pp. 17-18)

La umbela temática suscitada por este fragmento es, honradamente hablando, frondosa. Tal vez lo más perentoriamente clamoroso fuera la comprobación de cómo algunos textos doctrinales sobre aspectos vivenciales del matrimonio han envejecido inexorable, inserviblemente, en cuestión de poquísimos años. Instalados en la panorámica del momento presente, es decir, 1985, causa pasmo cotejar la potencia porfirizadora, disolvente, de tan sólo unas cuantas sustituciones en la letra de la ley positiva, para retirar a un asilo de ancianidad irrecuperable a toda una avalancha de doctrina jurídica. Si hay un campo al que, por sus contenidos vivenciales, se afecta este corolario con inequívoco resalte, ese campo es el del Derecho matrimonial.<sup>14</sup> Más concretamente, en el art. 32.2. de nuestra Constitución: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y *disolución* y sus efectos”, el tan mesiánico, por esperado, y redentor término *disolución*, subrayado por mí, generó un reajuste en la concepción de buena parte del Derecho matrimonial y actuaciones concordantes. Es como si un súbito puñetazo hubiera dislocado de raíz el nutrido caleidoscopio de normas títeres. Y aquí es donde la praxis del Notario vuelve a consorciarse con la incumbencia del presente estudio.

Retomando la argumentación de Francisco de Lucas Fernández, lo primero que se nos aparece como *corruptela* era la situación de nuestro Derecho positivo matrimonial antes de 1978, año de la Constitución. ¿Contra qué principios de equidad y de justicia se arremete, por parte de los contrayentes del ejemplo, por dar esquinazo a una letra de la ley que desconocía la *disolución* matrimonial? Contra ninguno, contestamos. ¿Qué principios de equidad y de justicia se vulneraban por zafarse de una letra de la ley que denegaba con virulenta miopía lo que poco después, y desde la señera perspectiva de un *deber ser* jurídico imparable, no tendría más remedio que permitir? Ningún principio, seguimos contestando. Es más, conductas como la que comentamos –y aquí mi opinión se hace hiperpersonal– debieran recibir algún tipo de reconocimiento por parte del colectivo social al que, en última instancia, sirven; sin tales conductas, la inercia rutinaria de muchas normas injustas se perpetuaría. La concienciación social empieza a ponerse en marcha debido al espoleo de unos pocos. Y el Derecho (sabido es y repetido hasta la ociosidad) conforma su normativa en virtud de los patrones convivenciales que el colectivo humano en cuestión ha comenzado toscamente a ensayar por su cuenta.

No estamos tampoco en absoluto de acuerdo con que el matrimonio al que teóricamente se refiere nuestro autor sea nulo, porque eso es lo que, precisamente, no podría saberse nunca *a priori*. El absurdo desalentador que sigue minando la concepción de nulidad matrimonial, lo constituye el desgarró axiológico de

*pretender que una cosa sea y pueda no estar siendo al mismo tiempo.*<sup>15</sup> Que sea nulo o no sea nulo el matrimonio del ejemplo reseñado, estará en función de cómo *resulte* la peripecia convivencial iniciada. Sin esgrimir las declaraciones contenidas en el sobre cerrado, no creo que pueda nadie humanamente predicar sobre la nulidad de dicho matrimonio. Esto por una parte.

Respecto a si: “¿Debe el Notario a quien se le presenta un sobre cerrado aceptarlo en depósito?”, la respuesta queda teñida en las mismas razones que se adujeron en su momento para entender la *moral*, las *buenas costumbres*, etc., desde una u otra cosmovisión. Mi veredicto es, naturalmente, afirmativo, y ello por más de un razonamiento. Primero, porque la actuación del Notario se afecta simplemente, y sin ningún carácter de protagonismo, a un supuesto de prestación o no del consentimiento, previsto en la urdimbre de la propia norma. Arrogarse atribuciones ulteriores sería tanto como transcender y/o perturbar el espacio operativo que dicha norma habilita. Segundo, porque el Notario no está facultado para conocer el uso que del contenido del sobre-cerrado haga el depositante. La realidad de cada día confirma que el contenido de otros muchos sobres-cerrados puede dirigirse a finalidades de muy distinto signo a las que, a buen seguro, la concepción jurídico-social del momento no sólo no tendría nada que objetar, sino que hasta felicitaría por su adecuación con el espíritu imperante. ¿Cómo sería posible concebir el gracioso disparate de que una norma, proteica y simultáneamente, potenciara la plasmación de su enunciado de una u otra manera, según la adecuación previsible de las conductas por parte de los distintos súbditos?

El afianzamiento de nuestra postura afirmativa nos lo presta, igualmente, el texto citado del art. 216 del R.N. La glosa de los términos “voluntaria” y “podrá” quedó expeditada para cualquier lector. Y en cuanto a que el acto sea “contrario a la Ley, a la moral o al orden público”, ya hemos visto que al Notario no le es dable potenciar asunciones gratuitas que, o bien, rebasarían los límites del posibilismo jurídico en un momento dado; o bien atentarían a desmembrar, siquiera intencionalmente, el significado de la norma positiva en tantos fragmentos como presuntas y posibles conductas futuras a cargo de los sujetos de Derecho *resultaran* respecto de la norma misma. Pero prosigamos con el escrutinio de otros autores. Los términos de Pedro Ávila Álvarez no pueden estar más expoliados de retórica:

*Quando debe el Notario excusar su intervención.*

El Notario debe denegar la prestación de función a que haya sido requerido por las siguientes causas<sup>12</sup> [<sup>12</sup> Art. 145, párrafos 2 y 3, del R.N. que resumimos en el texto]. . . . ( . . . ) 4. Falta de licitud o moralidad en el acto o contrato que haya de autenticarse.<sup>16</sup>

Encomiable carencia de retórica, decimos, pero que muy poco contribuye al ejercicio hermenéutico. Ávila Álvarez se limita a suscribir la letra del texto legal, permitiéndose una mínima glosa expansiva: “El Notario *debe* denegar. . .”, donde el término *debe* contiene, no una carga imperativa, sino moral, y reconducible, por tanto, a las distintas categorías de nuestra previa indagación; categorías en las que, en cualquier caso (y como nervadura argumental común a todas ellas) se suponen unas instancias dinámicamente revisables a nivel personal.

De mayor amplitud especulativa hace gala Enrique Giménez-Arnau, ensayando, además, unas calas de rigurosa interpretación jurídica en lo tocante a la actuación del Notario. Las esparcidas prospecciones que lleva a cabo en los fundamentos jurídicos de la actuación notarial, no pueden por menos de proporcionarle un botín de conclusiones con generosidad de registros. Veamos:

*Actas de depósito.* Los depósitos hechos ante Notario y en el que el Notario recibe la cosa objeto del depósito, pueden ser de dos clases: con autorización de acta notarial, o sin ella (mediante simple recibo)

En ambos casos. . El Notario es un verdadero contratante, *parte* en el negocio jurídico de custodia, aunque intervenga sin perder nunca su carácter de funcionario. Por eso, se trata de una relación un tanto *sui generis*.<sup>17</sup>

Creo que mediante la calificación de *sui generis* de una relación, queda suficientemente captado su vivencial contenido. Además, desde el momento en que el Notario se constituye como parte en el negocio, la aceptación o rechazo de éste, más que a la adecuación o inadecuación que el propio negocio refleje en el ámbito jurídico, se afecta a los condicionamiento subjetivos, es decir, personales, del Notario. Así, la negativa de un Notario a recibir en depósito un sobre-cerrado no puede prejuzgar sobre la legitimidad o ilegitimidad del finalismo perseguido por el depositante, finalismo respecto del cual el contenido del sobre no es sino mera instrumentación. De nuevo, la norma vuelve a ser sentida en su calidad de *indicación*, nada más lejos de la intransigencia imperativa:

Los depósitos en los que el Notario, además de depositario actúa como autentificador entrañan en realidad dos momentos: el hecho material del depósito de objetos, valores, documentos y cantidades que el Notario puede admitir voluntariamente en custodia o como prenda de los contratos de los interesados, y el acta en que se consigna el depósito realizado.

*Derecho Notarial*, cit. p. 770

Invariablemente, expresiones, cargadas con términos interpretativos, como “puede admitir voluntariamente”, reciclan el trasfondo jurídico aludido a los ámbitos no cuantificables, sin fronteras objetivas, de la Ética. Y ya incidiendo en el núcleo de nuestro específico interés:

*Depósito de documentos privados.* Tanto si el depósito se formaliza en acta, como si el Notario los admite sin más formalidad que la firma del correspondiente recibo, pueden suscitarse problemas deontológicos, relacionados con la licitud del requerimiento. . . Como complemento de lo ya dicho, debemos señalar ahora el peligro o la dificultad de juzgar sobre licitud o ilicitud del depósito, cuando éste se refiere a documentos privados que contienen. . ( . . ) – [o] un contrato destinado a paralizar los efectos de otro autorizado en forma pública (las llamadas *contre-lettres*) y también del negocio disimulado... o expresan las causas que mueven a actuar o contratar a una persona que, sea por su ilicitud, sea por oposición a la buena fe o a la moral, sea por ánimo *cautelar*, pero fraudulento, prepara una futura oposición a la validez de otro negocio jurídico.

Porque es bastante frecuente que se busque el amparo de la fe pública notarial para dar autenticidad de fecha a documentos que se entregan cerrados y lacrados, para que el Notario los conserve y en su día los entregue a los

depositantes o al Juez, o los abra en otra acta notarial en que se transcriba el contenido del documento que pretende en ocasiones dejar constancia *secreta interinamente* de una posible causa de nulidad, que en su día, después de la experiencia matrimonial fracasada, pueda ser fundamento de la nulidad.

Frente a todos estos supuestos es muy difícil dar reglas demasiado precisas y concretas.

*Derecho Notarial*, cit., p. 771

Anticipé líneas arriba que adentrarse humanísticamente por la retícula sutil de estos preceptos sustentados por vocablos de naturaleza porosa, de indeterminada o inconclusa axiología, no podía acarrear otro resultado sino el de sancionar el abundante contenido ético de ciertas normas; de remitir la letra de la ley en su formulación estática y presente a ulteriores instancias interpretativas. ¿Qué, si no, es lo que corrobora el mencionado “peligro o la dificultad de juzgar sobre licitud o ilicitud del depósito cuando éste se refiere a documentos privados que contienen. . . (. . .) un contrato destinado a paralizar los efectos de otro autorizado en forma pública (las llamadas *contre-lettres*)?” ¿De dónde, si no, la dificultad de dar reglas demasiado precisas y concretas? Creo que la aportación de Giménez-Arnau supone un precioso avance en ese peregrinar de algunas normas singulares por los caminos de la interpretación, hacia un encaje cada vez más perfeccionable dentro del espíritu de la comunidad para cuyo servicio fueron generadas. La labor hermenéutica reserva sus respuestas a éstas y otras cuestiones.

#### IV. BÚSQUEDA DEL MÁS GENUINO ESPÍRITU DE LA NORMA.

Con la contribución doctrinal que nos precede, me gustaría considerarme pertrechado de criterio suficiente para afirmar que el estudioso *debe* indagar en el más verdadero e informante espíritu de la ley; en aquél que subyace a veces por debajo de sus términos más aparentemente palmarios. Y si quiere hacerse acreedor al nombre de jurista con propiedad cabal, ese deber, mediante el injerto de una carga deontológica de mayor potencia, se aúpa a un imperativo categórico y jurídico, a un *tiene que*. Otra cosa es que las aristas cuadrículadas de algunas normas positivas consienten a duras penas que ciertas alternativas de interpretación rompan el capuz del puro voluntarismo y se encarnen en medidas prácticas de concreto resultado. La virtual y perpetua oposición que se yergue en el seno del Derecho entre *letra de la ley* y *deber ser jurídico*, es la perenne tensión que mantiene vivo al Derecho mismo; la lucha siempre sin resolver entre la pareja de contrarios que, esgrimiendo la metáfora hegeliana, es causa última de la vocación de supervivencia indefinida del propio Derecho.

En época en que el baluarte monolítico del orden constituido no consentía fácilmente fisura alguna de disenso respecto de la versión oficial interpretativa de ciertas normas, un ejemplo prístino de fecunda insolidaridad nos lo presta Manuel de la Cámara Álvarez. Su monografía “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”<sup>18</sup>, citada con profusión tan sólo comprable al calibre de su significado, la hemos venido considerando como modelo de voluntad hermenéutica clarificadora. De la Cámara taladra el costrón mostrenco de los términos del antiguo art. 56 CC (moderno art. 68) “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”<sup>19</sup> y sanciona una interpretación luminosa, humanística e inédita:

La observación de la realidad pone de relieve que en esta materia el clima moral que se respira en una sociedad, o en una determinada esfera social, es lo realmente decisivo. . .

“La separación de hecho. . .”, p. 10

donde podemos constatar que el concepto omnipresente, permeante, de *moral* reconduce, una vez más y siempre, las categorías jurídicas a las más decisivas instancias de la interpretación. Y continúa nuestro autor en otro lugar:

A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia, no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral.

“La separación de hecho. . .”, p. 21

Y ello, según opinión de Francisco de Lucas Fernández, que ahora sí suscribo, es perfectamente razonable porque De la Cámara

demuestra que estos pactos [de separación de hecho] no son en todo caso contrarios a la Ley, a la moral o las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprobable, pero la inmoralidad, recuerda Cámara, radicará en su caso en ese comportamiento, no en la separación misma.

Francisco de Lucas Fernández, “Actuaciones notariales...”, cit., p. 20

Esta indagación en el más significativo espíritu de la norma parece disipar con ademán conciliador y orientativo la coactiva tenebrosidad del “están obligados a vivir juntos”. Sólo la clarividencia avizorante del jurista profundo puede desalojar de su lugar preferencial a la opción mostrenca dentro de los parámetros hermenéuticos. Y en la misma línea de dirimente finura crítica, si bien en fecha mucho más cercana y dentro de un clima decididamente evolucionado:

Sería una ligereza entender que el divorcio por mutuo consentimiento o el divorcio constatación obedecen a la finalidad de dar facilidades a los cónyuges para que se divorcien. Las verdaderas razones son otras. En primer lugar, y salvo casos extremos, resulta muy difícil saber cuál de los dos cónyuges tiene la culpa de que su matrimonio haya naufragado. Es curioso recordar que Montesquieu, al ocuparse del divorcio por consentimiento mutuo (que Francia permitía antes de promulgarse el Código de Napoleón), decía que si los dos cónyuges estaban de acuerdo en separarse era porque ambos se reconocían recíprocamente culpables.<sup>20</sup>

Nos reiteramos en lo que, permitiéndonos una figura de plástica retórica, dimos en denominar costrón mostrenco de la letra de la ley, sólo superable con el fino taladro del jurista hondo. En cuanto al tema de la separación de hecho, ya en 1969 De la Cámara arriba a la inteligente constatación de que es el concepto de *fidelidad* el que redundaba en el espíritu del art. 68 CC, y que asimismo da sentido determinante a la comunidad conyugal, más que la accesoriadad de una posible convivencia meramente fáctica. De nuevo, la presencia

absorbente de un *significante* “están obligados a vivir juntos” (en que la hermenéutica miope se basaba acomodaticamente para negar todo valor a los pactos de separación de hecho), amenazaba con sofocar la sustantividad soterrada de un magnífico *significado*, cual era la noción de fidelidad, respecto de la cual, y sólo respecto de ella, la pretendida moralidad o inmoralidad de los cónyuges separados debería juzgarse.

En “La Reforma Española del Derecho de Familia. . .”, segundo de sus trabajos aquí comentados, los argumentos que aduce De la Cámara en favor del divorcio por mutuo disenso, perforan con creces la capa de leguleyismo amañado al uso. La culpabilidad *compartida* –e imposible de cuantificar por separado– a cargo de los protagonistas del matrimonio liquidado por mutuo disenso,<sup>21</sup> no puede generar a una tercera entidad fantásticamente abstracta, a modo de secuela, en la que se sucedieran perpetuándose (como en anímica pantalla equidistante de uno y otro cónyuge) las imputaciones recíprocas. Esto, por un lado. Pero es que, además, creemos que mediante la no permisión del divorcio por mutuo disenso, brocados sempiternos tales como “in dubio pro reo”, “sumum ius, summa iniuria”, levantados a pulso, desvelo a desvelo, después de recoger las sugerencias heredadas en milenios de historia, y cristalizados por el romanismo, estos brocados, decimos, patrimonio del espíritu jurídico más totalizantemente ecuménico, se volatilizarían por el capricho de una mezquindad de criterio. No otra cosa entiendo que forzosamente tendría que significar la imposición de *no* poder divorciarse por mutuo disenso cuando la medición de culpabilidades deviene inviable y, por voluntad concorde, los interesados deciden reducir a la inexistencia su anterior negocio jurídico.

Esta es, en síntesis y en opinión muy particular y visceralmente mía, una de las dimensiones iluminativas con que De la Cámara contribuye a la preclara disciplina de la interpretación.

## V. OTRAS TENTATIVAS DE APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA.

Las calas interpretativas de De la Cámara nos han ilustrado un espacio muy monográfico en lo que se refiere a un talante crítico altamente pertrechado de sagacidad y operando sobre aspectos muy pormenorizados del Derecho de Familia. Rebasado ya con holgura el equinoccio de este ensayo, y aprestándonos a recabar las penúltimas evidencias que nos permitan desembocar con meritada coherencia en las conclusiones, nos cumple ahora insacular en nuestro acervo considerativo algunas voces autorizadas que nos hagan posible seleccionar de entre los módulos más madurados de opciones interpretativas, aquellas líneas con las que poder auparnos nosotros mismos, siquiera imaginariamente, a la categoría de profesionales del Derecho, enfrentados al trance concreto, inaplazable, de tener que decidir. Por muy dilatado que pueda estar pareciendo el trazado de este coluro disquisitivo, quiero declarar que su inicio de diseño me vino suscitado por los términos ya sabidos de los artículos en cuestión del R.N. A ellos tendremos que regresar en nuestras reflexiones postreras, pues no es otro el punto de destino final programado por el propósito mío.

Hemos dirigido nuestra atención a la obra de dos tratadistas italianos que a renglón seguido se reseña. La representatividad de sus concepciones nos ha parecido contener en condensación apretada y lúcida el conglomerado de supuestos cosmovisivos en los que probablemente se fundamente lo más auténtico de la facultad esclarecedora; supuestos que, dentro de cada situación social y vivencial concreta, determinan las cotas de voluntarismo y de posibilismo en que le es dable maniobrar al juzgador.

1. Las calas efectuadas en la obra de Pascuale Fiore nos han proporcionado un interesante muestrario de categorías: Legislador y juzgador protagonizan la relación jurídica a que toda norma da lugar:

Toda norma legislativa considerada en relación con las circunstancias de hecho, da lugar a una relación jurídica. Ahora bien: el hacerse cargo y el expresar cada relación jurídica determinada en una *regula iuris*, es obra propia del legislador, y el reconocimiento de la relación entre las circunstancias de hecho y la *regula iuris* es función propia del magistrado.<sup>22</sup>

Se impone la necesidad de interpretar, es decir, de decidir entre las posibles opciones ofrecidas por la letra de la ley:

Únicamente cuando la oscuridad procede de la ambigüedad, o de que las palabras empleadas por el legislador tengan o puedan tener varios sentidos, o de que la relación jurídica regulada sea dudosa, es cuando nace la facultad que incumbe al magistrado de interpretar la ley.

Fiore, p. 568.

De acuerdo con una concepción unánimemente compartida, si bien no siempre refrendada en la ejecución, entiende Fiore las leyes como expresión de las necesidades del pueblo:

Las leyes son y deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas.

Fiore, “De la interpretación ideológica. Elemento histórico”, *ob. cit.*, p. 579

Las circunstancias tanto morales como históricas influyen en la formación de las leyes:

Las reformas legislativas no se deben considerar como hechos arbitrarios, sino como el resultado necesario de las exigencias del pueblo y de las condiciones reales de la sociedad. Y como las circunstancias morales e históricas influyen en la formación de las leyes. . .

Fiore, p. 579

Señala Fiore la superior unidad de sentido que forman los componentes (si bien, formalmente diferenciados) de causalidad y finalidad de la ley:

El motivo de la ley es el conjunto de todas las causas, remotas y próximas, que la han dado origen y han influido en su nacimiento. La intención del legislador consiste en el fin que él mismo se ha propuesto conseguir; esto es, en el efecto que debe producir la ley. De tal manera está ligado el fin de la ley con el motivo de la misma, y de tal suerte están identificados ambos, que hay muchos escritores que no los distinguen.

Fiore, “Motivo de la ley”, *ob. cit.*, pp. 588-589

Páginas más adelante, recoge nuestro autor una curiosísima estimación jurisprudencial:

El Tribunal de Casación de Turín. . . (. . .) establece que cuando la voluntad del legislador no esté suficientemente explícita, debe suponerse que éste ha querido lo que racionalmente no ha podido menos de querer.

Fiore, p. 592

Semejante tautología valorativa (de ropaje expresivo lúdico, pero en ningún caso ligera, como algunos de sagacidad perezosa pudieran imaginar) sanciona resueltamente la prioridad incontestable de todo principio de identidad ya fijado, cuando se trate de superar el *impasse* que, a buen seguro, generaría en el mundo jurídico la inaprehensibilidad absoluta de algunas de sus categorías. Así, los términos de la letra de la ley que todo precepto comporta se beneficiarían de una presunción *iuris tantum* de interpretabilidad, susceptible de originar la decisión concreta que fuere del juzgador; interpretabilidad axiológicamente comparable, en todo caso, a la que virtualmente reside en cualesquiera otras normas, pero preferente respecto de todas ellas por el principio de prioridad aludido.

Por último, Fiore, y siempre al hilo de la función interpretativa, nos señala que

Cuando la ley sea defectuosa a causa de lo indeterminado de las expresiones que emplee, el motivo de la misma puede ser un medio poderoso para interpretarla, en cuyo caso se consiente al Juez que dirija su atención hacia el valor intrínseco del resultado que el legislador se haya propuesto conseguir. . . (. .) En semejante hipótesis, el Juez puede referirse a los principios de la equidad con el propósito de completar, con arreglo a los mismos, la vaguedad de la expresión de la ley. . . (. .) La misma equidad puede influir para restringir o para extender el alcance de las disposiciones legislativas.

Fiore, p. 593

2. El segundo de nuestros autores, asimismo extraído de entre la familia jurídica italiana, es Emilio Betti. La gravidez doctrinal de sus juicios, sin por ello desatender la propiedad expresiva, es encomiable en extremo. El sugestivo arte de la traducción nos ha vertido la energía de su pensamiento en vigorosos acentos castellanos:

La interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuente de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones.<sup>23</sup>

Y a continuación, junto con estas señeras funciones de *reconocer* y *reconstruir*, encomendadas a la labor hermenéutica, Betti recaba el carácter de “concurrente complementariedad” para el mismo proceso interpretativo:

El problema que caracteriza este tipo de interpretación es el problema del entender para obrar, o, si se prefiere, para decidir, o sea, para tomar partido respecto de los preceptos a observar, o en orden a dogmas, valoraciones morales o situaciones psicológicas a tener en cuenta. . . (. .). . . La máxima (cuando no se encuentre por intuición adivinatoria) hay que obtenerla

mediante un proceso interpretativo que aquí tiene carácter no de reconocimiento intransitiva o de sustitución, sino de concurrente complementariedad; hay que recabar normas o preceptos puestos en vigor en vista de una posible acción, dogmas de fe (en el ámbito de una religión), valoraciones morales, situaciones psicológicas, que aunque no se constituyan en vista de una acción posible, deben en todo caso informarla y, por ello, son de tener en cuenta en la conducta. De aquí un círculo de reciprocidad y de continua correlación que intercorre entre el vigor del orden jurídico, moral, etc., de donde se deduce la máxima de la acción y el proceso interpretativo que se hace en sentido integrativo y complementario. Aquí interpretar no es solamente volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino volver a conocerla para integrarla y realizarla en la vida de relación. La interpretación no tiene una función meramente reconocitiva del pensamiento (de un pensamiento cerrado en su histórica peculiaridad); tiene por función desarrollar normas directivas para la acción práctica o para una opción y así asume la tarea de mantener siempre viva, mediante el entender, la exigencia de un orden para el obrar, y fundamentalmente asume la tarea de conservar en perenne eficiencia en la vida social normas, preceptos y valoraciones normativas que son destinadas a regularla o servirla de orientación.

Betti, pp. 96-97

Tanto el esfuerzo de captación humanística de Betti como los hallazgos sémico-expresivos en que arrojan sus juicios, nos parecen del más alto fuste.

## VI. CONCLUSIONES.

Parca es mi pretensión de incorporar en este apartado nada rigurosamente imprescindible que no haya dicho o esbozado en las páginas que nos preceden. En las aperturas y términos de las cinco rúbricas anteriores que constituyen el armazón principal de este ensayo, bien a modo de preámbulos, bien de epílogos, o simplemente como conexión de continuidad entre las partes, creo haber ido sugiriendo con alguna pormenorización tanto la materia que estaba en trance inmediato de quedar cubierta, como la que me disponía ulteriormente a explorar. Lo único que me atrevo a suplicar es benevolencia y crédito para mi voluntad de coherencia. En la Parte I, de desbroce propedéutico, justifico el inevitable componente de indeterminación que se aloja en buena parte de las normas vivenciales. En la Parte II entresaco del cuerpo del Reglamento Notarial algunos aspectos de los arts. 145, 147 y 216, objeto de nuestro interés. En la Parte III especulo con la necesidad de que conceptos como los de *moral*, *buenas costumbres*, etc. posibiliten una nunca acabada y fecunda fuente de interpretación, sobre todo en su concordancia operativa con la realidad social y jurídica. A continuación, intento calibrar la problemática de dichas nociones de *moral*, *buenas costumbres*, al ensamblarse en la praxis concreta del Derecho notarial. En la Parte IV traigo el ejemplo de algún jurista cuyas aportaciones en el menester interpretativo (relativas a extremos concretos y cercanos a nuestra particular dedicación) nos parecen encarnar la búsqueda más decidida del verdadero espíritu de la norma. Ya en la Parte V el testimonio de dos grandes autoridades italianas ilustran un sugestivo corimbo de concepciones y categorías hermenéuticas.

Así, al alcanzar esta Parte VI de Conclusiones, lo más valioso que me queda en las alforjas ya casi vacías después de este pequeño viaje de aventuras, es algún hacecillo más de reflexiones cordiales. Lo que hace falta, sigo siempre pensando, es educar a los

administrados, teniendo muy presente que las leyes se hacen para los hombres, no al revés. Si las leyes no organizan lo que en justicia y equidad la intuición de los súbditos (con toda la tosquedad que se quiera) ha vislumbrado, los tales súbditos, o bien *pasan* de leyes; o lo que es aún más reprobable, las conculcan. Suponer que cuando no existía ley de divorcio los españoles tuviéramos por decreto que sufrir una odiosa convivencia de cáscara vacía, es igual de pueril, igual de absurdo, que suponer que nadie tuviera *de hecho* resuelto su problema al advenir la Ley de Divorcio en 1981. Estamos muy de acuerdo con que

la realidad sentida es la que a la larga prevalece, sin que el legislador haga otra cosa que convertir en fuente normal lo que la conciencia jurídica ya estima vigente, practica y respeta como obligatorio. Por esta razón –y pensemos en la próxima Ley del divorcio– más que presionar al legislador, si acaso *hay que educar a los protagonistas que viven las instituciones jurídicas*, con resortes éticos y sociológicos que ordenen sus actuaciones a nobles ideales siempre estimables y respetables. Si los matrimonios quiebran por falta de cimientos, amor e ideales, las sucesivas uniones que se constituyan ignorando el primer vínculo, continuarán igual, sin o con Ley del divorcio; la única diferencia es que sin tal Ley, se llamarán concubinatos y serán más libres y más libremente extinguiibles o novables.<sup>24</sup>

(subrayado mío)

La antigüedad de este texto no obsta para que siga prestándonos una válida vigencia, cuyo núcleo fundamental expresivo hemos intentado hacer resaltar mediante nuestro subrayado.

En suma, la razón de esta lanza rota a favor de la amplitud y discrecionalidad interpretativas del art. 145, en concordancia con el 147 y el 216, todos del Reglamento Notarial de 1984, no es otra que la de asentir con la probidad decisoria de todos aquellos Notarios que en el momento presente tengan en depósito algún sobre cerrado de contenido *vivencial*, y que todavía pueda esgrimirse en el futuro. Los restos de fetichismo confesional impuesto que aún puedan subsistir, y que puedan aún haber impulsado a contraer matrimonio por la modalidad canónica, no es extraño que propicien maniobras –cada vez menos frecuentes, claro– de guardar las apariencias, encubriendo una voluntad distinta. Ya quedó dicho que el ideal será siempre la ilustración de todos los españoles. Nuestra aceptación en el tan deseado club europeo bien creo que lo merece.

NOTAS

- <sup>1</sup> *Reglamento Notarial*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado (Guadalajara, 1984), p. V.
- <sup>2</sup> Antonio Rodríguez Adrados, “La reforma de 1984 y el instrumento público”, *Reglamento Notarial*, ed. cit., pp. V-XXXV.
- <sup>3</sup> Francisco de Lucas Fernández, “Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio”, *Pretor*, año XXVI, segunda época, nº 101 (julio-sep., 1978), pp. 5-60, esp. p. 33.
- <sup>4</sup> Luigi Ferri, *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho español por Luis Sancho Mendizábal (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969), pp. 405 y 406 respectivam.
- <sup>5</sup> José M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, *Derecho y ética* (Madrid: Tecnos, 1977), p. 39.
- <sup>6</sup> Johannes Messner, *Ética: Social, política y económica: A la luz del Derecho Natural* (Madrid-México-Buenos Aires-Pamplona: Ediciones Rialp, 1967). Título original: *Das Naturrecht*. [© 1967 de la versión española, realizada por José Luis Barrios Sevilla, José M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díez], p. 87.
- <sup>7</sup> Joaquín Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución Española* (Pamplona: EUNSA, 1983), p. 277.  
  
Para una gavilla muy seleccionada de formulaciones sobre la noción de *orden público*, puede verse mi “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Año LIX, nº 559 (nov.-dic., 1983), pp. 1435-1450, esp. pp. 1435-1437.
- <sup>8</sup> Jurisprudencia del T.S. CIVIL. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid, a 24 de octubre de 1979. *Boletín de información*. Año XXXIII, nº 1.185 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 nov., 1979), pp. 20-22.  
  
Para un haz de reflexiones concertadas sobre extremos equiparables, véase mi “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho Matrimonial”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LX, nº 564 (sep.-oct., 1984), pp. 1073-1153, y especialm. pp. 1105-1115
- <sup>9</sup> *Diccionario de Ciencias sociales*. II. Comité editorial: Salustiano del Campo; Juan F. Marsal; José A. Garmendia. Redactado bajo el patrocinio de la UNESCO (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1976), p. 266.
- <sup>10</sup> En un conjunto de trabajos anteriores, vengo acometiendo desde diversas atalayas monográficas, tanto por lo que respecta a su intención crítica como a su fecunda problemática, otros aspectos del Derecho matrimonial. Si bien de incumbencia tangencial con el tema objeto del presente estudio, pueden verse:

- “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* (Madrid: julio-dic., 1981), pp. 239-274
- “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Órgano oficial del Departamento. Año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.370 y 1.371 (Madrid, 5 y 15 de enero, 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivam.
- “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LXI, n<sup>o</sup> 571 (nov.- dic., 1985), pp. 1581-1592.
- “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”, *Revista de Derecho notarial*, n<sup>o</sup> 140 (abril-junio, 1988), pp. 283-311.
- “El principio de *intuitu personae* como configurador del contrato de matrimonio”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XLI, n<sup>o</sup> 1.451 (5 abril, 1987), pp. 3-22.

Quiero significar que en todos estos trabajos, si bien desde ópticas separadas, la concepción *vivencial* del matrimonio prima sobre cualquier otra. De la voluntad de coherencia de las anteriores premisas da buena cuenta la fijación del término *vivencial* que pretendemos instaurar en la definición de matrimonio ensayada por nosotros: “Negocio jurídico que, en virtud de su naturaleza vivencial, respecto de las motivaciones y repercusiones de los protagonistas contratantes, despliega una vocación de vigencia indefinida en el tiempo” (Ramos Orea)

- 11 Para un tratamiento plurigenérico del tema, aunque encaminado en lo esencial a la explanación monográfica de un solo registro de doctrina, véase mi “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.401 y 1.402 (15 y 25 de nov., 1985), pp. 3-19.
- 12 Jesús Díez del Corral Rivas, “El matrimonio civil en España, hoy”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, I*. (Madrid: Tecnos, 1976), pp. 537-565, esp. pp. 545-546.
- 13 Francisco de Lucas Fernández, “Actuaciones notariales. . .”, cit. Véase, especialm. “5. Actas contradictorias del consentimiento matrimonial. El sobre-cerrado”, pp. 16-18.
- 14 Para un cotejo de la coercibilidad inviable que comportan ciertos criterios dogmáticos, si considerados a la luz de la perspectiva que el transcurso de unos cuantos años proporciona, véase, en general, mi trabajo citado “El jurista y la perspectiva. . .”, y en concreto, la recensión crítica que en pp. 1105-1110 hacemos de algunas asunciones y singularidades del trabajo de Díez-Picazo “El negocio jurídico del Derecho de familia” (1962).
- 15 Para la constatación en desarrollo de estos y otros extremos de vecindad temática, véase mi “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley deber ser jurídico”, *Boletín de información*, cit.

- <sup>16</sup> Pedro Ávila Álvarez, *Estudios de Derecho notarial*. Quinta ed. (Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1982), p. 366.
- <sup>17</sup> Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1976), p. 769.
- <sup>18</sup> En *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII, fascículos I-II (enero-marzo, 1969), pp. 3-127.
- <sup>19</sup> Para un análisis de este artículo, referenciado a una tipología contractual genérica, véase mi “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, cit., p. 245.
- <sup>20</sup> Manuel de la Cámara, “La Reforma Española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos” [Conferencia pronunciada en el Instituto Español de Cultura en Viena el 23 de mayo de 1980], *La Notaría*. Boletín informativo nº 1. 1<sup>er</sup> trimestre de 1980 (Barcelona: Colegio Notarial de Barcelona, 1980), pp. 43-68, esp. p. 52.
- <sup>21</sup> Para una ordenación de categorías y distinguos, véase mi trabajo “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LXI, nº 571 (nov.-dic., 1985), pp. 1581-1592.
- <sup>22</sup> Pascuale Fiore, *De la retroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. Traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz. Tercera edición, corregida (Madrid: Editorial Reus, 1927). “Sobre la aplicación e interpretación de las leyes. Ideas generales”, p. 550. [Las subsiguientes citas de esta misma obra se indicarán en el texto mediante Fiore, título del capítulo, y pg.]
- <sup>23</sup> Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos (Madrid: EDERSA, 1975), p. 96. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmática)*, 2<sup>a</sup> ed. redevuta e ampliata a cura de Giuliano Grifó, Milano (Dott. A. Giufré, Editore), 1971.
- <sup>24</sup> ‘Pórtico’: “La reforma del Derecho de familia”, *Revista jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1980), p. 4.

MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO SIMPLE O CONTRATO PURO:  
DISTINTOS SUPUESTOS DE RESOLUCIÓN

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN PERSONAL Y METODOLÓGICA
- II. UN SUPUESTO DE DISOLUCIÓN: EL MUTUO DISENSO
- III. OTROS SUPUESTOS DE RESOLUBILIDAD

- A. *Alteración de las circunstancias básicas*
- B. *El artículo 1.124 del Código Civil. Contexto, doctrina y jurisprudencia.*

- 1. *Imposibilidad sobrevenida de la prestación.*
- 2. *Voluntad rebelde al cumplimiento.*
- 3. *Contratos que comportan obligaciones recíprocas.*
- 4. *Jurisprudencia sobre el art. 1.124 CC.*

- a/ Castán
- b/ Albaladejo
- c/ Santos Briz
- d/ Sentencias del T.S., comentadas
- e/ otras sentencias comentadas que hemos consultado directamente.

- C. *Desaparición de la base del negocio.*
- D. *Cláusula ‘rebus sic stantibus’.*
- E. *Teoría de la imprevisión de circunstancias sobrevenidas.*
- F. *Frustración del fin del contrato.*
- G. *El agotamiento natural del contrato.*
- H. *Posición de la jurisprudencia española sobre las teorías que fundamentan la revisión del contrato en supuestos de alteración de las circunstancias.*

IV. CONCLUSIÓN

I. JUSTIFICACIÓN PERSONAL Y METODOLÓGICA.

La fórmula expresiva que ensayo para título de este trabajo creo que exige de entrada una mínima glosa, no tanto en atención de quienes no se hubieran asomado aún a mis anteriores artículos sobre esta parcela temática del Derecho civil (y a la que mediante una configuración de compendio podríamos identificar por *esencia negocial del matrimonio*), como para todos aquellos, incluido yo mismo, que acaso no encontremos del todo ocioso el seguimiento y mostración esquemática de un programa de investigación, respecto del cual –además de considerar a este trabajo de ahora como el último de una serie– me halagaría pensar que me he impuesto unas auténticas y coherentes exigencias.

Dentro, pues, de dicho esquema de investigación en el que vengo estando comprometido desde hace varios años, y teniendo como última razón sustentadora la de

poner de manifiesto la *esencia negocial del matrimonio*, comencé por trazar un entramado de analogías y divergencias entre el matrimonio y una tipología tanto genérica como específica de contratos, además de rastrear los aspectos contrastivos entre el matrimonio según el Derecho romano y el matrimonio posterior.<sup>1</sup> A continuación, y mediante el escrutinio de un haz de testimonios, de un lado, jurisprudenciales, y de tratadistas autorizados, de otro, llevo a cabo un sondeo en la virtualidad y fundamentación socio-jurídicas tanto de la convivencia como de la separación de hecho, respectivamente, en el matrimonio<sup>2</sup>.

En otra extensa y ulterior monografía instalada bajo la advocación del concepto de perspectiva y del hallazgo intelectual que su implementación supuso para Ortega y Gasset, pongo de manifiesto el linaje multidisciplinar del instituto del matrimonio, y paso revista, estimativa y críticamente, a numerosas posiciones doctrinales, bien en relación con el Derecho civil o con el Derecho canónico, según los grados de conformación o de extravío de tales posiciones respecto de la noción de perspectiva jurídica que propongo<sup>3</sup>.

Dedico más tarde un ensayo de bibliografía descriptiva y contrastada al esclarecimiento de la naturaleza jurídica del matrimonio. Efectivamente, después de exponer, desmenuzando, el estado de la cuestión, trazo mis propias conclusiones, en el sentido de incardinar, armonizándolos, sin violencia alguna de principios ni de contenidos, el componente vivencial del matrimonio y los requisitos literales del art. 1.261 de nuestro Código civil en materia de contratos<sup>4</sup>.

Posteriormente estudio la relevancia de una categoría específica de terceros en el negocio jurídico del matrimonio, y la repercusión que ello comporta respecto de su propia naturaleza<sup>5</sup>.

Es notoria la fortuna de todos aquellos investigadores cuyas especulaciones teóricas se ven refrendadas, en régimen de contemporaneidad, por la norma jurídica positiva. Claro que esto sólo ocurre cuando el estilo (o manera) impuesto por la circunstancia histórica coincide con el criterio del autor en cuestión. Mi caso, sin embargo, ha sido bien distinto. Una buena parte del cuerpo de mi investigación lo fui levantando cuando el Derecho positivo español no podía contener acentos más antipódicos ni más incompatibles con los fundamentos cosmovisivos por los que yo apostaba. Eso sí, el desarrollo orgánico de mi trabajo se fue viendo ulteriormente incidido de forma esencial por la entrada en vigor de la, hasta el momento, última Constitución española y por la plasmación en leyes concretas de algunos de sus más básicos principios informadores: de ahí nuestro nuevo Derecho de familia con sólo ocho años de rodaje. Desde el precepto constitucional del art. 32.2. “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” hasta, por ejemplo, la sentencia que incorporamos en nuestro trabajo consignado en la *nota 5*, y a la que más adelante volveremos, según la cual el constitutivo negocio-contractual del matrimonio despliega toda su eficacia práctica a la hora de su resolución, el recorrido que presenciamos adquiere dimensiones galácticas. La sinrazón artillada de nuestro más inmediato pasado, defendida contumazmente, a ultranza, por un sistema artificioso de carismas personales e ideológicos contubernios mal entendidos, al desmoronarse de pronto ha urgido el apretado programa de reformas legislativas que todos conocemos; programa que, conforme a una buena lógica jurídica y de acuerdo con la perspectiva predominante en la

mayoría de los países que para tantos otros menesteres nos sirven de modelo, debiera haberse ido decantando en España en entregas más espaciadas.

Todo lo cual ha generado un visible agolpamiento, a veces traumatizante, de razones y de conclusiones. A modo de crisálidas fallidas, incapaces de quebrar el capuz de la incomunicación reinante, muchos de los fundamentos jurídicos que ahora justifican su sentido de ser, a la luz de la norma positiva tan enérgicamente enarbolada, hace tan sólo unos cuantos años formaban parte de un cuerpo potencial de reserva, a modo de instrumentaciones de un futurible *deber ser* jurídico en busca de un precepto material en el que encarnarse. En este punto me reencuentro con el magnánimo lector que habrá sabido comprender que las líneas que anteceden pretenden justamente proporcionarme la justificación bastante para haberme retrotraído a una de las primicias de mi investigación de todos estos años. Siempre la advocación última de contribuir al reconocimiento de la *esencia negocial del matrimonio*, me cumple presentarlo bajo la más simple de sus configuraciones, y al tiempo de señalar alguno de sus supuestos de resolución más obvios, poner de manifiesto cómo ciertas realidades de circunstancia y alteridad, que inciden en la médula del contrato, consienten perfectamente una equiparabilidad con la propia trama y urdimbre, con la esencia negocial del matrimonio. Y ello, claro está –aun con el inevitable retraso que me he esforzado por obviar en lo ya expuesto–, con miras a servir de sustentación jurídica a la realidad de la norma positiva vigente.

Así, pues, con el enunciado que intitula a este nuestro trabajo nos proponemos seguir estrechando el cerco, bajo supuestos cada vez más específicos, del último tramo de nuestro tema, no por repetido, menos necesitado de tener presente, a saber: Que instalados en la naturaleza jurídico-negocial del matrimonio, urge probar cómo le pueden ser aplicados a éste sin violencia alguna (y como mejor prueba de su misma naturaleza negocial) los casos de resolución previstos por el ordenamiento civil en el marco de la teoría general del contrato.

Dentro de lo que nos ha sido posible recabar, y dando por descontado el factor omnipresente de la propia limitación personal, no conocemos de ningún intento sistemático alentado por una motivación equiparable a la nuestra. Quiere esto decir (y buen ejemplo de ello es el enunciado de esta monografía) que más de una vez nos hemos encontrado irresolutos a la hora de aplicar tal o cual término. Se trata de una concepción inédita para la que igualmente se requiere una terminología no convencional. Denominar *contrato puro o negocio jurídico simple* al matrimonio cuando su realidad no conlleva terceros, no es ni mejor ni peor que otra terminología cualquiera; se trata escuetamente de decidirse por una variante y prepararse humildemente a las críticas que ello pueda acarrear. Estamos intentando articular una teoría negocio-contratual del matrimonio, y como pioneros que nos consideramos en la medida que no repugne a lo razonable, en esa misma medida estamos preparados a la reconvencción y al cachete del maestro. Con esta salvedad descargada, adelantemos que el cuerpo fundamental de este artículo va a constar de dos apartados claros, cada uno con sus correspondientes divisiones: Primero: El *mutuo disenso* (y bajo esa denominación una serie de manifestaciones equivalentes). Segundo: Otros supuestos de resolución contractual. Comencemos, pues.

## II. UN SUPUESTO DE DISOLUCIÓN: EL MUTUO DISENSO

En principio –siguiendo a Albaladejo– todo contrato se extingue o deshace –las partes se desligan de las obligaciones que el contrato les impuso– por mutuo disenso de los contratantes.

Mutuus dissensus o contrarius consensus es la voluntad concorde de los que celebraron aquél de ponerle fin (en términos vulgares, volverse atrás ambas). El mutuo disenso consiste, pues, en un nuevo contrato (atípico) de efectos contrarios al anterior.

Que esa posibilidad de desligarse, dejada a la voluntad de las partes, es regla en nuestro Derecho, se desprende de que, concediéndoseles, como regla, la posibilidad de ligarse o no (por el contrato), es lógico que tengan la de desligarse, si lo desean. Así se sigue del principio de la autonomía de la voluntad (CC., art. 1.255; compilación aragonesa, art. 3; compilación navarra, Ley 7), y de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (CC., art. 1.256), pero sí a la voluntad conjunta de los dos.

Excepcionalmente no procedería admitir la extinción del contrato por mutuo disenso cuando (cosa insólita) la ley estableciese la obligatoriedad para ambas partes de la celebración del mismo, o estableciese la libertad de celebración, pero no de disolución<sup>6</sup>.

Conectando contrastivamente la figura del mutuo disenso a la resolución convencional, sostiene Álvarez Vigaray que

la resolución por acuerdo de las partes ante el incumplimiento de una de ellas presenta gran similitud con la disolución del contrato por mutuo disenso, pues en ambas existe un acuerdo de las partes dirigido a cancelar los efectos del contrato; pero mientras la disolución por mutuo disenso es aplicable a todos los contratos, incluso a los unilaterales, no tiene por presupuesto el incumplimiento de una de las partes y produce sus efectos ‘ex nunc’, la resolución convencional del contrato sólo es de aplicación a los contratos bilaterales, tiene por presupuesto el incumplimiento de uno de los contratantes, puede dar lugar a una pretensión de indemnización frente a la parte incumplidora y tiene efecto retroactivo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución convencional, se trata desde luego de un supuesto de lo que la doctrina científica germánica e italiana llama negocio de fijación, ya que por ella quedan determinados los derechos de las partes. Más concretamente cabe preguntarse si será un caso de contrato de transacción, ya que como ésta, pone fin a la incertidumbre de las partes respecto a una relación jurídica existente entre ellas. Y aquí, concretamente la resolución convencional pone fin a las dudas que únicamente la sentencia que se dictara en un juicio de resolución contaría en el sentido de decidir si procedía o no declarar la resolución, al absolver totalmente al demandado, o condenarlo a ejecutar, bien inmediatamente o con la concesión de un plazo de equidad.<sup>7</sup>

El mutuo disenso o desistimiento mutuo lo define Díez Picazo como

un acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto la relación obligatoria. En rigor no se trata de una invalidez o de una ineficacia

sobrevenida del negocio constitutivo sino de una extinción de la relación contractual. Cabe cuestionar en qué medida y de qué manera se produce la liquidación de la relación obligatoria preexistente. Para determinarlo habrá que estar en los términos fijados por la autonomía de las partes. Cuando las partes no se hayan referido a este punto, el problema será fundamentalmente un problema de interpretación.<sup>8</sup>

A esta figura del mutuo disenso se refiere implícitamente Espert Sanz al señalar que

perfeccionado y consumado el contrato, las partes pueden desear destruir sus efectos. Entonces no hay más remedio que acudir a un contrato o negocio jurídico de signo inverso que causalice la traslación de las prestaciones a su respectivo origen.<sup>9</sup>

El mutuo disenso, como dicen los comentaristas, o el *contrarius consensus*, como está escrito en las antiguas fuentes textuales, no es más que un contrato [nos asegura Giorgi] que tiene por objeto disolver un contrato anterior. Queda por esto comprendido en la generalísima noción del art. 1.098 en que se define el contrato como un acuerdo entre dos o más personas para constituir, regular o desatar entre ellas un vínculo jurídico. Pero el mutuo disenso es una especie de más vasto género, porque mientras un contrato, dirigido a desatar un vínculo jurídico anterior, se puede concebir sea la que quiera la obligación anterior, bien por contrato, bien por cuasi contrato, bien por hecho ilícito o por ley, el consentimiento contrario no puede concebirse más que en aquellas obligaciones que nacieron por consentimiento, es decir, en las obligaciones contractuales.

Concluyendo, por tanto, el mutuo disenso es una especie de condonación o remisión recíproca, que los dos contratantes hacen de sus obligaciones nacidas de anterior contrato bilateral.

Establecidas estas advertencias, ¿en qué forma debe manifestarse el mutuo disenso?, ¿a qué contratos se aplica?, ¿qué efectos produce? No hay duda de que el consentimiento de las dos partes es indispensable. Los contratos a que se aplica la disolución por mutuo disenso no son nunca los contratos unilaterales.

Todo esto conduce a restringir mucho el número de los contratos a que se aplica la disolución por mutuo disenso.<sup>10</sup>

Para Betti,

siempre es posible a las partes contratantes disolver por mutuo consentimiento el contrato (arts. 1.372; 1.399, p. 3) a fin de que la combinación de intereses prevista no tenga actuación o no se haga irrevocable por otra razón, como por ejemplo, la adhesión del tercero al que era destinado.<sup>11</sup>

Es sintomático el hecho de que Betti podría estarse refiriendo sutilmente al supuesto teórico del matrimonio, toda vez que precisa con claridad los dos momentos: el de contrato puro, en el que no habría problema de aplicar el mutuo disenso para la disolución del contrato; y un segundo momento en que la existencia de terceros haría

“irrevocable” el contrato. Nosotros, y dentro de una pequeña especulación gratuita, matizaríamos que los terceros puedan abstenerse de ser causa determinante, insalvable, de aplicar o de no aplicar la figura del mutuo disenso con vistas a la resolución contractual. No hay que pasar por alto que nada impide, además, que estos terceros entren en el concierto de mutuo disenso que liga a las dos primeras partes. En este caso, tanto las partes originales y creadoras del contrato, como los terceros en existencia, quedarían vinculados por la acción resolutoria del mutuo disenso esgrimida conjuntamente.

Más bien habría que reiterar lo que viene siendo doctrina repetida en nuestra investigación, a saber: Que matrimonio sin terceros por antonomasia (hijos) es un tipo de negocio jurídico simple; y que matrimonio con terceros (hijos) requiere una tutela más cuidadosa de la ley, para que la aplicación del mutuo disenso –en su caso– no lesionara los intereses de estos mismos terceros. Así, se podría concebir, dentro del sentido literal de las palabras de Betti, que un contrato como el de matrimonio pueda destinarse a un tercero (hijo), y que antes de la adhesión [*existencia*, entenderíamos nosotros] de dicho tercero respecto del contrato, éste pueda quedar disuelto mediante mutuo disenso. En lugar de *irrevocable* nosotros diríamos sencillamente *más complejo*.

Para Messineo

la primera hipótesis de resolución es la que se verifica en virtud del llamado mutuo consentimiento, esto es (con expresión más propia) de consentimiento o voluntad concordante (‘mutuo’ consentimiento es o una expresión pleonástica o, de todos modos, imprecisa, porque mutuo consentimiento quiere significar en efecto voluntad recíproca.

El presupuesto de orden práctico que sirve de base al mutuo disenso es la recíproca conveniencia de las partes –debida a razones sobrevinientes– de no dar curso ulterior al contrato; sin tal presupuesto sería inexplicable que un contrato, que es de suponer formado libremente, sea luego resuelto. O bien, si se debiese pensar en la conveniencia de una sola de las partes y, por consiguiente, en una voluntad unilateral de resolución, recobraría vigor el principio ya recordado de la irresolubilidad del contrato.

Jurídicamente el mutuo disenso es, en substancia, un caso de retractación bilateral del contrato que se realiza mediante un nuevo contrato (solutorio y liberatorio) de contenido igual y contrario al del contrato originario y celebrado entre las mismas partes del contrato que ha de disolverse; por lo que debe revestir igual forma.

El mutuo disenso va dirigido a disolver el contrato precedente, en el sentido de que lo neutraliza mediante una nueva manifestación de voluntad contractual, la que tiene presente que existe entre las partes un contrato de contenido contrario al que ahora se estipula.

Como consecuencia indirecta, resulta que también los efectos del contrato originario se detienen.

El mutuo disenso opera sin necesidad de pronunciamiento judicial. La eficacia del mutuo disenso comienza a correr *ex nunc*; por consiguiente, si se trata de un contrato de ejecución continuada o periódica, el mutuo disenso no perjudica lo que ya ha sido materia de ejecución.

Resulta asimismo que los derechos del tercero subadquirente adquiridos antes quedan inalterados; los efectos ya realizados del contrato entre las partes (y, por lo tanto, el derecho de disposición del causante del tercero) no son afectados por el mutuo disenso.<sup>12</sup>

En acertada síntesis de doctrina es ahora a Rotondi a quien corresponde reflejar con envidiable agudeza su posición sobre nada menos que cuatro cuestiones muy caras para nuestro estudio:

En base al principio de la autonomía de la voluntad es fácil admitir que así como por efecto del acuerdo surge un vínculo entre las partes, también por acuerdo se puede hacer cesar. Esta forma de extinción de las obligaciones se conoce con el nombre de mutuo disenso, lo que quiere decir –y se debería decir más exactamente– mutuo consentimiento en hacer cesar los efectos anteriormente queridos por las partes y por la ley.

Este principio se extiende tanto cuanto se extienda la autonomía de los contratantes, salvo los límites excepcionales del orden público. *Para quien admita que el matrimonio es un contrato, por ejemplo, ha de ser también admisible que las obligaciones que nacen de él puedan resolverse por el mutuo disenso.*<sup>13</sup>

(el subrayado es mío)

He aquí la economía de medios envidiable con que Rotondi nos ilustra sobre la autonomía de la voluntad, el mutuo disenso, el orden público, y el matrimonio.

### III. OTROS SUPUESTOS DE RESOLUBILIDAD

Pasamos ya, como el enunciado indica, a un conjunto más variado de supuestos de resolubilidad de la obligación contractual. El corimbo de figuras jurídicas que se despliega ante nuestra atención es, ciertamente, sugeridor. Pero tal vez lo más notable de su entidad sea precisamente el carácter polémico tanto de su naturaleza teórica como de su aplicación práctica. Se trata en la mayoría de los casos de supuestos que están pugnando por convertirse en las plasmaciones encorsetadas que constituyen los preceptos de los Códigos.

Algunos Ordenamientos los han reconocido y los han aupado a la categoría de principios legales; otros Ordenamientos, más conservadores o menos animosos, les han otorgado la resonancia proporcional y correspondiente a las decisiones jurisprudenciales, para que vayan haciendo su rodaje de viabilidad antes de su eventual incorporación a los repertorios normativos. La doctrina, en fin, dedica a estas teorías buenas páginas de sutiles especulaciones. Todo ello, sin duda, tiene un común denominador para el estudioso: el del interés teórico por lo que de reflejo práctico pueda suponer en el tráfico jurídico y en las relaciones humanas.

#### A. *Alteración de las circunstancias básicas.*

La modificación o extinción del contrato por alteración de las circunstancias básicas [señala Albaladejo] es posible, si, para el caso concreto de que se trate, lo establece la Ley o lo estipularon las partes (salvo que la estipulación choque con normas imperativas). . .

Nuestro Código civil, al menos explícitamente, no contiene –a diferencia de otros, como el italiano (arts. 1.467 y ss.)– ninguna disposición general por la que, ante la alteración de circunstancias, se permita la extinción o modificación del contrato.

*Derecho civil, II, cit. Derecho de obligaciones, pp. 460-461*

Una vez más, parece que en la mente de nuestro autor (“salvo que la estipulación choque con normas imperativas”) está presente el caso específico del matrimonio. Es lástima que éste y otros tratadistas no se hayan decidido a obrar en consecuencia y, previa la asignación al matrimonio de su irrenunciable naturaleza contractual, procedido directamente a estudiarlo a la luz de los posibles efectos eventuales de una modificación de las circunstancias. La clave, de nuevo, está en la atribución al matrimonio de una naturaleza jurídica contractual. Y lo que no es en modo alguno consecuente es que, autores que no han repugnado en calificar al matrimonio de contrato, lo hayan excluido, a efectos paradigmáticos, al acometer el estudio de las variadísimas vicisitudes de esos mismos contratos.

*B. El artículo 1.124 del Código civil. Contexto, doctrina y jurisprudencia.*

Comenzamos mediante esta rúbrica la sistematización de algunos principios doctrinales, jurisprudenciales o meramente especulativos a los que el contenido del art. 1.124 CC ha dado lugar. Sistematización, por otra parte, que nos ha parecido conveniente a la medida del propósito específico de este trabajo, desestimando así intenciones exhaustivas:

*1. Imposibilidad sobrevenida de la prestación.* De nuevo es el profesor Albaladejo quien nos proporciona el primer testimonio:

En las obligaciones recíprocas, no se puede decir (pues por ningún sitio lo establece la ley) que la extinción de una por imposibilidad sobrevenida sin responsabilidad del deudor, dé lugar a la extinción de la otra, sino que, no por tal extinción, mas sí en cuanto que el deudor de la extinguida no cumple (porque no puede cumplir) le cabe a la otra parte pedir la resolución, usando del art. 1.124, y liberarse así de su obligación. . . . .

Esta tesis de que en las obligaciones recíprocas no hay extinción de la una por la de la otra, sino posibilidad de resolver la una, si por la razón que sea, no se cumple la otra, es la que encaja exactamente en nuestra Ley, en el art. 1.124, habiendo encontrado eco en nuestra doctrina y siendo aplicada por una abundante jurisprudencia.

En efecto son muchas las sentencias que vienen estableciendo que la resolución del art. 1.124 puede pedirse bien por incumplimiento voluntario, bien cuando un hecho obstativo, de modo definitivo (otros términos que también utiliza dicha jurisprudencia son: de modo absoluto, invencible, irreformable, etc.) impide el cumplimiento. Lo que no es sino decir que también la resolución puede ser pedida, con independencia de que del incumplimiento sea responsable el deudor, o sea, que puede serlo por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable a aquél (y hasta algún fallo ha dicho expresamente que la resolución puede ser pedida lo mismo en el caso de incumplimiento voluntario que en el de forzoso)

*Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, cit.*, pp. 104-105

Idéntica expresión a la de nuestro enunciado detectamos en el profesor Díez-Picazo:

La imposibilidad sobrevenida de la prestación ocasionada por una causa no imputable al deudor determina la liberación de éste.

El problema de la imposibilidad sobrevenida es especialmente complejo cuando se trata de relaciones obligatorias sinalagmáticas, porque entonces la cuestión no queda resuelta simplemente exonerando al deudor de cumplir la obligación, sino que hay que saber si él puede exigir el crédito correlativo a la deuda extinguida por la imposibilidad.

*Lecciones de Derecho civil, II, cit.* pp. 424 y ss.

2. *Voluntad rebelde al cumplimiento.* Contactando con la cita anterior de Albaladejo, completamos:

Contra esta jurisprudencia, de proceder la resolución por incumplimiento lo mismo voluntario que debido a la imposibilidad sobrevenida (jurisprudencia que interpreta fielmente el art. 1.124, que –digo de nuevo– no exige por ningún lado que el incumplimiento sea voluntario), no cabe alegar que otras sentencias hablan de que la resolución sólo es pertinente si hay una voluntad (del deudor) rebelde al cumplimiento (lo que parecería querer decir que ha de tratarse de incumplimiento voluntario), pues es que realmente estas sentencias, que, en efecto, hablan de voluntad rebelde (o utilizan expresiones equivalentes), lo hacen, no porque quieran excluir del 1.124 al incumplimiento por imposibilidad sobrevenida, sino porque están dictadas para excluir la resolución en el caso de que un cumplimiento que aún es posible, no se haya realizado todavía por causas que no son la voluntad rebelde del deudor. O sea, esas sentencias que hablan de incumplimiento por voluntad rebelde, no miran a la bipartición incumplimiento voluntario-incumplimiento por imposibilidad, sino a la bipartición cumplimiento posible que voluntariamente no se realiza-cumplimiento posible que aún no se realizó sin culpa del deudor.

*Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, cit.* pp. 105-106

3. *Contratos que comportan obligaciones recíprocas.* Según Álvarez Vigaray, la consideración de nuestra rúbrica sería, en definitiva, la que primaria determinadamente en todo lo relativo a la aplicación del art. 1.124 del Código civil. Comienza nuestro autor cuestionándose sobre el carácter de la norma inserta en dicho precepto:

Una de las cuestiones más debatidas en torno al régimen de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento es la de si la norma que la establece (art. 1.124 del CC español) es de carácter imperativo o, por el contrario, de tipo meramente dispositivo, que cede ante un acuerdo contrario de las partes, las cuales pueden derogar, modificar o alterar el precepto en cuestión. Aunque poco numerosas, en proporción a las contrarias, las

opiniones de que la resolución por incumplimiento tiene un carácter imperativo, inderogable, han sido mantenidas por algunos autores, si bien, en general con referencia a la resolución por incumplimiento de figuras contractuales concretas y determinadas.

*La resolución de los contratos. . . . cit., p. 83*

Y continúa en otro lugar de la misma obra:

El lugar que ocupa, en la sistemática del CC español, el art. 1.124, situado en el Título I del Libro IV, que trata de los principios generales de las obligaciones indica por sí solo el carácter general de la regla que en él se establece.

Se aplica, en principio, a todos los contratos que comportan obligaciones recíprocas, sin que sea preciso que para cada uno de ellos existan en el Código preceptos especiales que declaren aplicable a cada tipo de contrato con prestaciones recíprocas esa norma general. . (. . .)

La resolución por incumplimiento. . . es aplicable a todos los contratos con obligaciones recíprocas. Estos contratos, que también se denominan contratos bilaterales o sinalagmáticos, son, como es sabido, aquellos contratos en los que las obligaciones que de ellos nacen son recíprocas; cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor, sirviéndose de causa mutuamente las obligaciones asumidas por ambas partes.

*La resolución de los contratos. . . . cit., p. 109*

4. *Jurisprudencia sobre el art. 1.124 CC.* Bajo este epígrafe queremos llamar la atención del estudioso hacia un punto específico, a saber: que a pesar de la copiosa jurisprudencia que, en opinión unánime de los autores, ha recaído sobre el art. 1.124 de nuestro CC., no hemos personalmente encontrado una sola sentencia, descansando en este artículo, referida a la resolución de las obligaciones dimanantes del matrimonio como contrato. El art. 1.124, en su párrafo primero, “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe” parece remitirse exclusivamente a un tipo de obligaciones patrimoniales, o del tipo que fuere, y prescindir por completo del ejemplo del matrimonio como campo igualmente propicio para el juego de la resolución de las obligaciones recíprocas. Ello fue causa de que en un principio pensáramos ni siquiera mencionar el art. 1.124 CC en este trabajo, por considerarlo de nula aplicación a nuestro propósito, toda vez que las especulaciones doctrinales y jurisprudenciales que de él se desprenden son exclusivamente de signo patrimonial, y ya venimos concienciándonos de que la urdimbre del matrimonio como contrato, la esencia negocial del matrimonio, no es típicamente patrimonial, sino *vivencial*.

Empero, y para contrastar con más energía el funcionamiento de este precepto, y su otro posible funcionamiento, si como obligación recíproca se entendiera el contrato de matrimonio, y en el bastidor de un *deber ser* jurídico que catalogamos de razonable, es por lo que, a modo de muestra nos vamos a permitir exponer una pequeña gama de pareceres y de datos sobre tan polémico artículo:

a/ Castán, bajo la rúbrica “C. Resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes. El art. 1.124 del Código civil y su interpretación por la jurisprudencia del T.S.”<sup>14</sup>, nos hace una recopilación ordenada y ecléctica de doctrina y jurisprudencia.

b/ Por su parte, Albaladejo, profundo conocedor del tema, nos dice que

este art. 1.124 es uno de los que han producido más jurisprudencia. Así que conviene exponer fallos que han precisado la doctrina que el mismo contiene.

He aquí puntos que aquéllos han ido delineando: A/ Por supuesto, el art. 1.124 no entra en juego tal como está en la ley si hay pacto de las partes que regula y condiciona el ejercicio de la facultad resolutoria (cfr. la sentencia de 4 mayo, 1972), y no rige (o rige sólo con la salvedad de ellas), si sobre el punto que sea hay otras normas jurídicas especiales.

*Derecho civil, II. Derecho de obligaciones, cit. p. 105*

Por lo que toca directamente a la jurisprudencia sobre el art. 1.124, el profesor Albaladejo, asimismo, en 23 apartados, nos da un completo nomenclátor casuístico, con la fecha correspondiente de cada sentencia (*ob. cit.*, pp. 106-115)

c/ Ahora es Santos Briz el que nos recuerda que

la jurisprudencia recaída en torno a la interpretación del art. 1.124 del CC es muy copiosa. Limitándonos a la más importante de la recaída principalmente en los últimos años, la sistematizamos del modo siguiente:

a/ Legitimación activa

b/ Condiciones necesarias para la aplicación del art. 1.124

c/ Determinación del incumplidor y de los hechos que sirven de soporte a la calificación de voluntad rebelde al incumplimiento [*sic*], incumbe a la Sala de instancia (sent. de 22 de de enero de 1970); pero puede constituir una cuestión iuris cuando la base para determinar el incumplimiento está más que en los actos ejecutados en la transcendencia jurídica de dichos actos, y para que la acción produzca sus efectos resolutorios ha de justificarse que el incumplimiento de la obligación por uno de los contratantes ha de serle imputable (sent. de 30 de abril de 1969). La facultad de estimar si se han cumplido o no las obligaciones recíprocas emanadas de los contratos constituye una cuestión fáctica encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe respetarse mientras no sea combatido a través del núm. 7 del art. 1.692 de la *LEC* (sent. de 7 de noviembre de 1973). . . .

i/ La resolución del contrato extingue esta relación jurídica no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia de reintegrarse cada contratante de sus prestaciones por razón del contrato, cual sucede en los casos de nulidad o de rescisión y con la

condición resolutoria expresa del art. 1.123 del CC (sents. de 10 de marzo de 1950 y 14 de nov. de 1962).<sup>15</sup>

d/ Sentencias del Tribunal Supremo, comentadas. Incluimos aquí algunas sentencias que, por insertar en sus pronunciamientos expresiones características acuñadas, las consideramos de interés para una eventual aplicación a nuestro tema:

5. “Es doctrina reiteradísima del T.S. que el principio de equidad a que responde el art. 1.124 del CC. revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patenten de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable lo impide (Sentencia de cuatro de marzo de 1975; no ha lugar)”

“Interpretación del art. 1.124 del CC”, Sentencia del T.S. (4 de marzo de 1975), *Anuario de Derecho civil* (abril-junio, 1976), p. 582.

6. “El T.S., en sentencia de la que ha sido ponente el magistrado D. Tomás Ogayar Ayllón. . . (. . .)

d/ El art. 1.124 exige una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, no existente en el caso del recurso. . .”

“Obligaciones bilaterales: acción resolutoria: el art. 1.124 exige una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido”, sentencia del T.S. 28 de nov., 1961, *Revista de Derecho privado* (enero, 1962), p. 51 y ss.

7. “La infracción contractual ha de recaer sobre la prestación principal y ser consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde por parte del infractor”

“Obligaciones bilaterales: acción resolutoria”, Sentencia del T.S. de 20 de sep. 1965, *Revista de Derecho privado* (dic. 1965), p. 1129

e/ Otras sentencias comentadas que hemos consultado directamente:

1. “Obligaciones bilaterales: acción resolutoria. Sus requisitos”, Sentencia del T.S. 15 de abril, 1963, *Revista de Derecho privado* (julio-agosto, 1963), p. 685.
2. “Obligaciones bilaterales. Acción resolutoria”. Sentencia del T.S. de 25 octubre 1963, *Revista de Derecho privado* (marzo, 1964), p. 227.

3. “Obligaciones bilaterales: sus efectos”. Sentencia del T.S. de 21 nov. 1963, *Revista de Derecho Privado* (abril, 1964), p. 308.
4. “Obligaciones bilaterales: Derecho de opción concedido al perjudicado. Indemnización de daños y perjuicios”. Sentencia del T.S. de 30 nov. 1963, *Revista de Derecho Privado* (abril, 1964), p. 309.
5. “Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria. Queda al arbitrio del juzgador de instancia la apreciación de las vulneraciones contractuales”, Sentencia del T.S. de 1 de julio, 1964, *Revista de Derecho privado* (octubre, 1964), p. 865 y ss.
6. “Obligaciones bilaterales: acción resolutoria. La determinación del incumplidor es facultad del Tribunal ‘a quo’ ” Sentencia del T.S. de 14 de mayo 1965, *Revista de Derecho privado* (diciembre, 1965), p. 1128 y ss.
7. “Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria: No puede ejercitarla el incumplidor”, Sentencia del T.S. de 26 de abril, 1976, *Revista de Derecho privado* (julio-agosto, 1977), p. 550.
8. “Resolución de obligaciones recíprocas: indemnización de daños y perjuicios: art. 1.124 del CC.”, Sentencia del T.S. de 21 de junio de 1977, *Revista de Derecho privado* (enero, 1978), p. 1127.

### C. *Desaparición de la base del negocio.*

Uno de los problemas que con mayor agudeza ha venido preocupando a la doctrina del Derecho civil de los últimos tiempos [apunta Díez-Picazo] es el de determinar la influencia que ejerce en la vida del contrato una modificación sobrevenida de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o que lo fueron objetivamente.

Y enlazando esta teoría de la base del negocio a la frustración de la finalidad, continúa el mismo profesor:

Por base del negocio subjetiva se entiende una representación mental o una expectativa común a ambos contratantes, sin que sea suficiente la individual de uno cualquiera de ellos, aunque la otra parte la hubiese conocido y no rechazado expresamente.

Por base del negocio objetiva se entiende su conjunto de circunstancias y un estado general de cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar teniendo vida.

Los casos de desaparición de la base objetiva del negocio son dos:

- 1) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, establecida en el contrato, se ha destruido de tal

- manera que ya no puede razonablemente hablarse de contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia)
- 2) Cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible (frustración de la finalidad).

*Lecciones de Derecho civil, II, cit., p. 424 y ss.*

Con más amplitud se extiende Santos Briz sobre el tema:

Esta expresión ‘base del negocio’ puede entenderse en un doble sentido: Como representaciones de las cuales han partido los contratantes en sus estipulaciones y que les han servido de orientación (aspecto subjetivo), o como la finalidad objetivamente perseguida y expresada en el contrato, el sentido de éste, su carácter general y social (base objetiva). De esta última, sentido y finalidad intrínsecos del contrato, ha de partirse para juzgar si ha desaparecido o no la base del negocio. Según esto pueden establecerse en lo substancial dos grupos de casos típicos: a/ unos en que la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación prevista en el contrato queda destruida en tal medida a consecuencia de la alteración de las circunstancias que no se puede hablar ya de una contraprestación razonable (casos de perturbación de la equivalencia). b/ Otro grupo lo forman los casos en que el fin contractual objetivo expresado en el contrato se ha transformado en definitivamente irrealizable, sin que por ello la prestación del deudor haya llegado a ser imposible (casos de frustración del fin del contrato) [Más ampliamente K. Larenz, *Derecho de obligaciones*, p. 314 y ss., y en la monografía de V. Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, 1968. Este fenómeno tiene lugar principal aunque no exclusivo en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución diferida. Las corrientes modernas otorgan un amplio margen de actuación y confianza en esta materia al arbitrio judicial. Sin carácter de urgencia, Espert Sanz propone una reforma del Código civil para dar entrada a estas nuevas corrientes. El CC portugués de 1966 (art. 437) admite la resolución del contrato por alteración de las circunstancias. Se observa que no exige, al menos de forma expresa, que la alteración sea imprevisible sino sólo anormal y que afecte a la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato]

*Derecho civil: Teoría y práctica, cit. p. 197 y ss.*

#### D. Cláusula ‘rebus sic stantibus’.

Con arreglo a esta teoría, muy antigua [nos sigue diciendo Díez-Picazo], se entiende que por voluntad implícita de las partes en todos los contratos que tienen tracto sucesivo se sobreentiende existente una cláusula con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúan así (rebus sic stantibus). . . . ( . . . ) La formulación de la teoría RSS es demasiado vaga e inconcreta, pues se limita a

establecer que en un contrato de tracto sucesivo y en los contratos que tienen una dependencia de futuro las cosas deben continuar estando así (sic stantibus) pero no puntualiza qué cosas son éstas que deben mantenerse inalterables, ni tampoco, cuáles son, en puridad, los efectos de la alteración.

*Lecciones de Derecho civil, II, cit., p. 424 y ss.*

Además, Santos Briz, en acertada expresión considera la

doctrina de la llamada cláusula ‘rebus sic stantibus’, tendente a suavizar el excesivo rigor del principio pacta sunt servanda.

*Derecho civil: Teoría y práctica, cit., p. 197*

#### E. *Teoría de la imprevisión de circunstancias sobrevenidas*

[En] la teoría de la imprevisión se parte de la idea básica de la incondicionada fidelidad al contrato, de la fuerza obligatoria del mismo. No obstante [señala Díez-Picazo], se llega a admitir la liberación del deudor, en aquellos casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias, que hacen la prestación muy difícil y que además son imprevisibles. La imprevisión de estas circunstancias sobrevenidas es la que justifica la libertad del deudor. Su fundamento se encuentra, básicamente, en la idea de equidad, que lleva a pensar que en estos supuestos mantener incondicionalmente el contrato constituye un injusto enriquecimiento de una de las partes, a costa de un empobrecimiento de la otra.

*Lecciones de Derecho civil, II, cit., p. 424 y ss*

#### F. *Frustración del fin del contrato.*

He aquí otro sugestivo epígrafe. Además de haber acuñado dicha expresión mediante nada menos que la titulación de todo un libro, en los fragmentos que aquí reproducimos imbrica Espert Sanz, mediante cita de Larenz<sup>16</sup>, el tema de la desaparición de la base objetiva del negocio, al propiamente dicho de la frustración del fin del contrato. Veamos:

Hay que rechazar, ya inicialmente, la posibilidad de que la frustración del fin del contrato sea un caso de inexistencia o de nulidad del mismo; tanto si consideramos que estas dos palabras obedecen a dos conceptos diferentes, como si creemos que la nulidad comprende también la inexistencia, hemos de admitir sin lugar a dudas que no es éste el calificativo que hay que aplicar ante un supuesto de frustración del contrato. Para que un contrato se frustre se exige, per definitionem, un contrato válidamente celebrado. . . ( . . )

( . . ) en la frustración, el contrato nace perfectamente válido, pero pierde su capacidad de realizar un justo equilibrio de intereses con

total detrimento del valor Justicia a consecuencia de hechos sobrevenidos a su celebración.

Las causas de ineficacia posterior del contrato se presentan como más atractivas y con más posibilidades en relación con el tema que nos ocupa.

En este sentido podemos afirmar que la ineficacia que produce la frustración del fin del contrato es una ineficacia funcional.

*La frustración del fin del contrato, cit., p. 241 y ss.*

Y más adelante, en la misma obra:

La frustración del fin del contrato se puede encuadrar en aquellas ‘anomalías atípicas’ de que habla Puig Brutau [Fundamentos de Derecho civil, t. II, vol. I (Barcelona, 1954), p. 310], en el sentido de que es una causa de ineficacia que no viene expresamente recogida por el CC. Y se observa esta anomalía en la amplia zona, aún no bien estudiada ni recogida por las legislaciones, y menos aún, las de signo individualista como la nuestra, de la ineficacia del contrato producida a consecuencia del advenimiento de circunstancias posteriores a su formación que alteran las previsiones sustanciales que las partes tuvieron presentes al tiempo de celebrar el contrato. De ahí que Larenz, como ya hemos visto, afirme que la desaparición de la base objetiva del negocio puede tener lugar o bien por ruptura del equilibrio de las prestaciones o de la relación de equivalencia, o bien por la frustración del fin del contrato.

La frustración del fin del contrato tiene lugar principal, aunque no exclusivamente, en los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución diferida o de ejecución sucesiva, que, al mismo tiempo, tengan un fin peculiar. (*ib.*, p. 261)

#### G. *El agotamiento natural del contrato.*

Es ésta una de las más provocativas denominaciones que se puedan aplicar al supuesto de resolución de la obligación contractual. Como de costumbre, el contexto en que se inserta la expresión que en nuestro caso destacamos (“agotamiento natural”) no hace referencia específica al punto matrimonial, único que directamente nos interesa. Messineo lo expresa así:

El contrato puede dejar de existir por efecto de su agotamiento. Tal modo se distingue de las que hemos llamado vicisitudes del contrato porque, a diferencia de éstas, aquél constituye un modo completamente normal por el que el contrato termina. En realidad, el fin depende de la ejecución o del término final de duración del contrato (si es de ejecución continuada o periódica) o de la prescripción del derecho nacido del contrato o del hecho de haberse verificado la ejecución forzada (en forma específica o genérica) con éxito enteramente satisfactorio para el acreedor, o de la muerte del deudor (si se trata de un contrato estipulado intuitu personae)

*Doctrina general del contrato, II. p. 449*

El párrafo no tiene desperdicio. Como se puede ver, el matrimonio tolera una contemplación genuinamente contractual, y su eventual disolución por lo que de 'intuitu personae' lleva consigo. Por otra parte, el agotamiento natural de un contrato de ejecución continuada o indefinida, como podríamos considerar al matrimonio, ¿qué mayor lógica y rigor jurídico que hacerlo coincidir con el fin de la  *affectio maritalis*?

H. *Posición de la jurisprudencia española sobre las teorías que fundamentan la revisión del contrato en supuestos de alteración de las circunstancias.*

En acertada síntesis nos resume Santos Briz la cuestión:

El T.S. español, no obstante la falta de regulación legal, se ha mostrado progresivo en la admisión de estas modernas doctrinas, si bien de forma muy cautelosa. No se ha basado para ello en una sola dirección doctrinal sino que menciona, además de las teorías citadas, la doctrina de la equivalencia de las prestaciones, la del riesgo imprevisible, el principio de equidad, la necesidad de evitar enriquecimientos injustos, y sobre todo, las exigencias de la buena fe, reconocidas en el art. 1.258 del CC., en cuya norma a falta de otra más específica cabe a nuestro parecer fundamentar la revisión del contrato por alteración extraordinaria e imprevista de las circunstancias cuando así lo exijan las consecuencias lógicas de lo pactado y de los usos a través del prisma de la buena fe contractual.

*Derecho civil: Teoría y práctica, cit., pp. 197-199*

#### IV. CONCLUSIÓN.

En la estimativa compensatoria, tan sui generis, que presta al estudioso su propio contexto social, confieso que me siento pagado con creces al disponer del excepcional testimonio de una sentencia ya mencionada y que, como se anunció al principio de este trabajo, debido al señero precedente que constituye, me voy a permitir transcribir, de nuevo, en parte:

JURISPRUDENCIA. CIVIL. *Matrimonio/* Carácter contractual.- Disolución por mutuo disenso.- Divorcio.- Cese de convivencia por cinco años.- Pensión.- Pacto entre los cónyuges.- Doctrina de los actos propios.

1.- Estableciéndose en el art. 86.4 CC según la reforma de L 30/1981 de 7 Jul. como causa de separación el cese efectivo de la convivencia conyugal durante 5 años a petición de cualquiera de los cónyuges, y como el matrimonio es para el derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contratantes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desistimiento bilateral para destruir ese vínculo al que los contrayentes dieron nacimiento, de conformidad con lo establecido por el CC en las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos.

2.- Si del examen de los autos sobre divorcio aparece un pacto entre los litigantes que, mediante documento privado reconocido, establece que "ambos (los litigantes) nos

comprometemos a no pasar ninguna renta al otro, es decir, a vivir cada uno por sus propios medios”, es evidente que a tenor del principio del respeto a los propios actos este pacto obliga a los recurrentes.

3896 – AT Zaragoza S 10 May. 1983.- Ponente: Sr. Mur Linares.

*Considerando:* Que si bien ante el Derecho Natural, recogido por S 5 Mar. 1957, la concepción social que ha prevalecido frente al matrimonio contrato ha elevado el matrimonio a “institución” formada por un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas cuyo fin es el de dar a la unión de los sexos una organización social y moral correspondiente a las aspiraciones del momento y la naturaleza permanente de los sujetos que imposibilita la disolución del vínculo matrimonial, conforme a la naturaleza específica del hombre tomada tanto desde el punto de vista de la biología como de la psicología racional; mas es evidente que promulgada la L 7 Jul. 1981, como único derecho positivo español al que necesariamente debe contraerse la sentencia, el matrimonio se disuelve por el divorcio, como dispone el art. 85 de la Ley, estableciéndose en el art. 86-4º como causa de separación el cese efectivo de la convivencia conyugal durante 5 años a petición de cualquiera de los cónyuges; y como el matrimonio es para el derecho actual positivo simplemente un contrato, es evidente que si fue suficiente la voluntad de los contrayentes para el nacimiento del vínculo matrimonial, suficiente debe ser también el desistimiento bilateral para destruir ese vínculo al que los contratantes dieron nacimiento, de conformidad con lo establecido por el Código Civil en las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos.

*La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.* Año V. nº 856. Madrid, viernes 20 de enero 1984.

El círculo se ha cerrado. El crecimiento de la sociedad española y la tropía irrevocable de la conciencia jurídica han propiciado en fecundo maridaje esa pinza o broche de sutura que hace del encuentro de los vectores, otrora dispersos, una magnífica realidad de signo no reversible. Hemos intentado arrojar la mayor cantidad posible de luz sobre la naturaleza jurídica del matrimonio desde unos tiempos en los que todavía se consideraba inviable todo lo que no llevase el marchamo de dogma confesional. Hemos ido adunando pacientemente gavilla tras gavilla de evidencia, en nuestro intento de demostrar las consecuencias que se desprenden de operar con rectitud jurídica sobre la esencia negocial del matrimonio. Y por modesto que algunos puedan ver el resultado de nuestro empeño, nadie podrá quitarnos la voluntad de aventura y de esclarecimiento que nos impulsó desde un principio.

NOTAS

- <sup>1</sup> Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* (Madrid, julio-diciembre, 1981), pp. 239-274
- <sup>2</sup> Tomás Ramos Orea, “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LIX, nº 559 (nov.-dic., 1983), pp. 1435-1450
- <sup>3</sup> Tomás Ramos Orea, “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LX, nº 564 (sep.-oct., 1984) pp. 1073-1153
- <sup>4</sup> Tomás Ramos Orea, “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de información*. Año XXXIX, nº 1370-1371 Madrid: Ministerio de Justicia. Órgano Oficial del Departamento, 5 enero y 15 enero, 1985, pp. 3-21 y 3-22 respectivam.
- <sup>5</sup> Tomás Ramos Orea, “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LXI nº 571 (nov.- dic., 1985) pp. 1581-1592.
- <sup>6</sup> Manuel Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, vol. 1º. *La obligación y el contrato en general*. 4ª ed. (Barcelona: Librería Bosch, 1977), pp. 472-473.
- <sup>7</sup> Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), pp. 179-180
- <sup>8</sup> Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II.* (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), pp. 424 y ss.
- <sup>9</sup> Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*. Prólogo de Luis Díez-Picazo (Madrid: Tecnos, 1968), p. 241 y ss.
- <sup>10</sup> Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* [expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.], traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y precedida de una introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Director de la expresada Revista. Vol. VII: *Extinción de las obligaciones. Pago-oferta Real – “Datio insolutum”*. Remisión-Novación (Madrid: Hijos de Reus, editores, 1912), pp. 396-399.
- <sup>11</sup> Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oviedo (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1970), pp. 332-333

- <sup>12</sup> Francesco Messineo, *Doctrina General del contrato*. Traducción de R.O. Fontanarosa, S. Sentís Melendo, M. Volterra. Traducción de la obra italiana *Dottrina Generale del contratto*. Terza edizione, ampliata e in parte rifatta. Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1948. 2 vols. (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952), II, pp. 333-335.
- <sup>13</sup> Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho Privado*. Prólogo, traducción y concordancias al Derecho español por Francisco F. Villavivencio, catedrático de Derecho Civil (Editorial Labor, S.A., 1953), pp. 393-394. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales. Sección Ciencias Jurídicas. Título de la obra original: *Instituzioni di diritto privato*. VI edizione. Editada por Tipografia del libro, Pavía, 1951.
- <sup>14</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo tercero. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Undécima edición. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero (Madrid: Reus, S.A., 1974), pp. 111-117.
- <sup>15</sup> Jaime Santos Briz, *Derecho civil: Teoría y práctica*. Tomo III. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975), p. 130 y ss.
- <sup>16</sup> Véase Karl Larenz [Catedrático emérito de la Universidad de Munich], *Derecho civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, abogado (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978). *Copyright*: EDERSA, 1978. De la edición original alemana K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 3ª ed., 1975.

## SEPARACIÓN DE HECHO Y CONVIVENCIA DE HECHO EN EL MATRIMONIO

### SUMARIO

I. *La separación de hecho.*

II. *La convivencia de hecho: algunos precedentes:*

1. Concesión de pensión de viudedad: Magistratura de Trabajo, nº 15. Sentencia de 10 de marzo, 1979.
2. Concesión de pensión de viudedad: Jaén, Magistratura de Trabajo, nº 2. Autos nº 661/79. S-365/2.

I. *La separación de hecho.*

Uno de los extremos que con más constancia rutinaria y mimética preconizan a sus clientes los letrados inexpertos y/o poco formados humanísticamente es el de que se abstengan de elaborar pactos privados que se opongan al presunto espíritu de algunas de nuestras, hasta ahora, todavía normas. Efectivamente, se menciona el architipificado artículo 1.255 del Código Civil: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Contrario a las leyes, podríamos conceder que se entienda. Ahora bien, decir en estos momentos ‘contrario a la moral y al orden público’ me temo que no eximiría a nadie de la explicitación oportuna que fuere, con el fin de adecuar tales conceptos al criterio del interlocutor. Para justificación suficiente de este trabajo nuestro, bástenos adelantar aquí que ni moral ni orden público quieren decir lo mismo en dos momentos políticos distintos cualesquiera. Con ajustada y feliz expresión le ha cumplido a mi maestro, profesor Moreno Quesada, poner de manifiesto la naturaleza proteica de este concepto de orden público:

“Esta noción de orden público es de contenido elástico e históricamente variable, es una concepción esencialmente relativa y cuyos integrantes varían con los tiempos, los lugares y las sociedades en que se va a aplicar. . .

. . . . . Además no es inconveniente relacionar las numerosas y variadas formas de intervención estatal en el Derecho privado, con el concepto de orden público, ya que éste en el Derecho actual, no sólo ha extendido extraordinariamente su dominio, sino que ha cambiado de signo: mientras en la concepción individualista tenía un simple sentido negativo, en las concepciones sociales contemporáneas de alcance político legislativo, el orden público aparece bajo el signo positivo marcando imperativamente rumbos y derivaciones a la voluntad individual.

Admitiendo, pues, este concepto del principio de orden público, al cual se opondrán, como ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, los acuerdos y cláusulas ‘en cuanto son incompatibles con el interés general de la comunidad’ [en su Resolución de 3 de marzo de 1952, ratificada en cuanto a este extremo por la de 4 del mismo mes y año], no hay duda que resulta explicada esta evolución del sentido de las instituciones civiles por obra de las doctrinas sociales modernas”.<sup>1</sup>

Lo cierto es que, por fortuna, también ejercen abogados sensatos, de gran experiencia y flexibilidad de cosmovisión, y que, por muy conminatorias que muchos quieran ver las palabras del art. 1.255 del Código Civil español,

“suelen aconsejar el pactar privadamente, y por escrito, en forma de contrato, una separación de hecho. En el encabezamiento del convenio suele figurar la incompatibilidad de caracteres, y muy pocas veces la culpabilidad de uno de los cónyuges para no prejuzgar así el fondo de la separación. . . .

. . . Es práctica bastante extendida suscribir tales contratos de separación ante testigos firmantes, o bien acudiendo a un notario para protocolizar dicho documento, o sea, transcribiéndolo en su archivo y expidiendo testimonio o copia del mismo a favor de los interesados, con lo que se logra revestir el acto de mayor formalidad externa...”<sup>2</sup>

Partiendo de la base de que normalmente la ley no se dispara contra nadie mientras no se la provoque; y de que cualquier acuerdo, contrato o pacto tiene el valor que las partes quieran darle,<sup>3</sup> no sería honrado negar que en todo caso la tendencia más inequívoca de la Jurisprudencia en estos últimos años –y por mucho que los agoreros de turno sermonicen con el art. 1.255 CC– es la de reconocer un cierto valor al contrato privado, con o sin solemnizaciones, respecto a las decisiones que los cónyuges separados de hecho quieran adoptar. Los profesores Díez-Picazo y Gullón Ballesteros explican todo esto así:

“Para interrumpir la obligación de vivir juntos que tienen los cónyuges es necesario una sentencia judicial de separación personal y por las causas marcadas en la ley. . . .

Pero es el hecho, repetido continuamente, de que los cónyuges evitan afrontar un largo y penoso litigio interrumpiendo la convivencia simplemente. . . .

. . . . la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido que reconocer en ocasiones la fuerza de los hechos contra el Derecho, dando valor jurídico a la situación.

Si los cónyuges han regulado su separación mediante convenios, la jurisprudencia los declara nulos e ineficaces, entre otras razones por constituir una vulneración de la obligación legal de vivir juntos que impone el artículo 56 [art. 68 actual], y por estimar que entrañan una transacción sobre cuestiones matrimoniales, prohibida por el art. 1.814.

No obstante, es de detectar un movimiento doctrinal favorable a una regulación legal de tales convenios o, por lo menos, a un reconocimiento judicial de su eficacia”.<sup>4</sup>

Semejante testimonio de tan distinguidos juristas nos es doblemente interesante por datar de fecha anterior a la Ley de 2 de mayo de 1975, por no decir nada de la última reforma de nuestro Derecho de Familia, en vigor. Por otra parte, este mismo criterio quedó sancionado, en fecha bastante anterior a las reformas a que nos referimos, en el XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas 1971:

“Al margen de toda razón religiosa, utilizando consideraciones exclusivamente jurídicas, la ley puede tolerar pactos que justifiquen la falta de convivencia con más o menos extensión”.<sup>5</sup>

Sin ánimo de exhaustividad, pero sí de paradigma, me parece oportuno dejar aquí constancia de varios trabajos significativos sobre el tema de la separación de hecho en el matrimonio, trabajos que –sirva de pauta– están confeccionados desde un talante objetivo y ponderado (Lacruz); o con una tonalidad decididamente irónica (Taullet Rodríguez-Lueso); pasando por una intención rigurosa y amplia (Lucas Fernández); o simplemente concreta (Josserand), etc. Reseñemos a estos y otros autores, sin dejar de reiterar que el principal valor de sus escritos radica en el hecho de haberse anticipado y, en cierta medida, haber servido de espoleta doctrinal a la normativa en vigor desde la última y sustancial modificación de nuestro Derecho de Familia.

De la separación de hecho, nos dice Bernardo Alonso Rodríguez que es la

“establecida unilateral o bilateralmente por los esposos, en la que no tiene intervención la autoridad. De las diversas formas que en la realidad sociológica presenta la separación conyugal de hecho nos fijamos o destacamos aquí en la que se denomina ‘separación amistosa’, ‘convencional’, ‘consensual’, con la que los esposos ponen fin, temporal o definitivo, a la vida en común por mutuo acuerdo, evitando la intervención de los tribunales o como en el Derecho canónico, sin intervención de la autoridad competente en la materia, que sería el Ordinario del lugar o el Juez eclesiástico.

El medio por el que se establece esta forma de separación es el acuerdo verbal o, como sucede con mayor frecuencia, la escritura pública o privada en que se determinan las normas por las que se ha de regir la nueva forma de vida de los esposos.

Esta forma de separación se ha impuesto en la realidad y su vigencia es cada vez mayor, si bien no disponemos de datos estadísticos fiables que permitan conocer con exactitud el número de matrimonios que utilizan la separación consensual o convencional como medio de solución a su conflicto conyugal. La mayor frecuencia de esta solución ha motivado que el tema haya sido estudiado en los últimos años y que abunden las propuestas en el sentido de que es necesario que la norma jurídica reconozca y regule esta forma de separación, lo que se postula no solamente en relación con el Derecho civil sino también en relación con el Derecho canónico”.<sup>6</sup>

Garrido Palma, desde su atalaya de observación notarial, y a propósito de las capitulaciones matrimoniales reconoce que

“es precisamente el supuesto de separación de hecho uno de los más necesitados de atención notarial: el otorgamiento de Capitulaciones Matrimoniales constante el matrimonio, cuando está rota la vida común podrá ser, como ha señalado Fosar Benlloch, traumático, pero evita abandonos de familia, procesos de separación conyugal. . . . . y trae paz a las familias”<sup>7</sup>

En un tono eminentemente práctico, recogiendo, además, el sentir ajeno, Izquierdo Montoro nos dice lo siguiente:

“Añade Faus [Esteve] que, a pesar de la indiferencia y hostilidad con que se la mira, la separación de hecho, tiene prácticamente un interés considerable. Muchas son las parejas que hacen vida común sin haber

contraído matrimonio y numerosos son los matrimonios que viven separados, y dice:

‘A pesar del deber de convivencia y de la prohibición legal de conculcarlo, es evidente que son numerosos los matrimonios que sin haber legitimado su situación viven de hecho separados.

En nuestros despachos profesionales, no podemos entregarnos al puro conocimiento contemplativo y monástico de la ciencia jurídica, sino a la creación y configuración de un derecho activo, apto y útil para las necesidades de la vida; nos hemos de enfrentar frecuentemente con estas situaciones, ya para resolver problemas de capacidad, ya para asesorar sobre la pretendida validez y eficacia de separación entre cónyuges mal avenidos.

La vida es más fuerte que la doctrina y a pesar de su desconocimiento legal, la separación de hecho aflora y rezuma a través de la jurisprudencia, de la práctica profesional y en algunos casos del propio texto de la ley’.

En estas líneas de apretado contenido ideológico, se halla como en esquema todo el plan de este trabajo”.<sup>8</sup>

Josserand, refiriéndose a la separación de hecho, opina precisivamente que

“la ley no tiene poder bastante para hacer abstracción de los hechos; la ficción no podría vencer a la realidad”.<sup>9</sup>

Según Lacruz Berdejo,

“La separación llamada (paradójicamente) ‘amistosa’ suele plasmarse hoy en unos capítulos matrimoniales que, esos sí, son válidos y eficaces en cuanto a los pactos de separación absoluta de bienes. Con tales capítulos se evita el contrasentido de que cada cónyuge separado legalmente tenga parte en las ganancias del otro”.<sup>10</sup> [sic]

Por su parte, Francisco de Lucas Fernández escribe:

“*Los pactos de separación.* El deber de convivencia puede no existir en ciertos casos [Véase también mi ponencia “La evolución del Derecho de familia respecto de las relaciones personales entre cónyuges”, en el XIII Congreso Internacional del Notariado Latino, año 1975, y separata de la Junta de Decanos de los CCNN de España, pp. 450 y ss.]. Si existe o no en los supuestos de pactos de separación, dependerá de la eficacia que a éstos se atribuya.

Por regla general la doctrina y la jurisprudencia se muestran contrarias a la validez de estos pactos, considerándolos nulos de pleno derecho.

No faltan autores que muy razonablemente sostienen cierta eficacia, aunque sea modesta, a los pactos de separación de hecho. Así Cámara, que demuestra que estos pactos no son en todo caso contrarios a la ley, a la moral o a las buenas costumbres. Para ello parte de la base de que el deber de convivir no está tan ligado indisolublemente al estado matrimonial como lo está el de fidelidad, y admite excepciones. Desde el punto de vista moral, la conducta del cónyuge que da lugar a la separación podrá ser reprobable, pero la inmoralidad, recuerda Cámara, radicará en su caso en ese comportamiento, no en la separación misma.

Desde el punto de vista social, dice Carnelutti [“Separazione per accordo tra coniugi”, *Revista di diritto processuale civile*, II (1936), p. 153] que ‘el acuerdo en la separación significa el desacuerdo en la convivencia, y una convivencia en desacuerdo es socialmente peor que una separación concorde’. Y en fin, alega Cámara, que si bien el Código no autoriza tales pactos, tampoco los prohíbe expresamente, y teniendo en cuenta el art. 56 [art. 68 actual] en relación con el 6º del Código Civil, sólo será nulo cuando se pretenda atribuir al pacto la misma eficacia que a una Sentencia judicial que elimine el deber de convivencia imponiendo la separación.

Es decir, plenos efectos jurídicos no tiene la separación convencional sin intervención judicial. . . . Pero de ahí a afirmar su nulidad es otra cosa. También la separación por autoridad propia de un cónyuge en caso de adulterio del otro, permitida por el Derecho canónico, requiere, para que despliegue su plena eficacia jurídica, que intervenga el Tribunal competente. Y, sin embargo, no se puede calificar de ilícita la separación que el cónyuge inocente realice por propia autoridad.

En la práctica, tanto en el matrimonio canónico como en el civil, los pactos de separación se suelen estipular en documento privado quizá por una prudente aversión de los Notarios a intervenir en los mismos. El pacto básico se suele estipular en documento privado. Hasta ahora se complementaba con la concesión de licencia o poderes por el marido y de consentimiento o poderes por la mujer, éstos en escritura pública.

El mismo convenio básico de separación creemos posible se otorgue también en escritura pública.

(pp. 19-22)

Las cláusulas de un convenio o pacto de separación de hecho son muy variadas y dependen, obviamente, de las circunstancias peculiares que concurren en el caso concreto.

Lo usual es que se contengan en documento privado que muchas veces se protocoliza ante Notario. Se complementa el pacto con la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico del matrimonio y estipulando para lo sucesivo un régimen de absoluta separación de bienes. Además en algunos casos se complementa igualmente con poderes o escrituras relativas a algunos aspectos de las relaciones paterno-filiales u otros que permitan una actuación frente a terceros sin necesidad de exhibición del pacto de separación”.<sup>11</sup>

(p. 22)

Antonio Pérez Sanz, Notario de Cuenca, ve en la separación de hecho

“una realidad de la vida, como una manifestación, cada vez más frecuente, de la frustración del matrimonio. . . . .

La separación de hecho se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como una situación que carece de transcendencia jurídica inmediata, prevista por el legislador. El matrimonio en estos casos, sin comunidad de vida, sigue sometido al mismo régimen que el legislador previó para la vida en común. De ahí la indudable importancia que el régimen económico matrimonial tiene en estas situaciones de separación de hecho, al repercutir directamente en la situación jurídico-patrimonial de los cónyuges y, por tanto, en la propia capacidad de obrar de los mismos.

La Ley de 1975 ha supuesto un indudable alivio para los cónyuges separados de hecho, cuando su matrimonio estaba sujeto al régimen legal de gananciales. En efecto. . . . 2º. La posibilidad, que ahora se reconoce a los cónyuges, de adoptar y modificar las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio (arts. 1.315, 1.320 y 1.321 CC) permitirá a los esposos separados de hecho abandonar el régimen de gananciales, a que estaban sometidos, estableciendo para el futuro la absoluta separación de bienes o los pactos que mejor se avengan a sus intereses”.<sup>12</sup>

(p. 64)

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha actualizado aún más el contenido de dichos artículos 1.315, 1.320 y 1.321, así como, en general, de todo el Título III del Libro IV de nuestro cuerpo legal.

El también Notario Enrique Taulet Rodríguez-Lueso se expresa con especial claridad, con lúcido desenfado sobre estas cuestiones. Nuestro aprovechamiento de sus testimonios va a ser algo más amplio que para los anteriores autores:

“El tema de la separación de hecho y el de la capacidad jurídica de la mujer casada guardan estrecha relación con el problema de la crisis de la institución matrimonial, problema que no es de ahora, sino de siempre, como puso de relieve el maestro Castán en su libro *La crisis del matrimonio*, publicado en 1915; lo que sucede es que en la época actual la unión conyugal se ha ido deteriorando, no poco a poco, sino a pasos agigantados, y últimamente con mayor rapidez por muy diversas causas. Lo mismo le sucede a la familia, sometida a un impulso renovador que, a juicio de Savatier, en su conferencia de Deusto de 1969, nace de tres fuerzas conjugadas: la transformación de la economía familiar; la dinámica liberadora del individuo; y el acercamiento científico a la biología humana. . . . .

. . . . . Actualmente, como si muchas gentes hubieran perdido la razón o el sentido común, los problemas surgen a diario, el campo de la conflictividad se ha extendido de manera considerable, y como la cosa está en la agenda de todos los días, es muy necesario hablar de las cuestiones que desfilan ante nosotros en los despachos, relacionadas con las separaciones de hecho, prestándoles la necesaria atención, teniendo muy presente lo que dijo Ihering: Si el Derecho ha de escribirse como se habla, el jurista que sinceramente quiera servir a los demás en lugar de servirse de ellos, ha de esforzarse, ante todo, por entender el lenguaje de las gentes que le rodean y que con él forman parte de la sociedad a que pertenecen. . . . .

. . . . . Es evidente que tales convenios [de separación de hecho] producen varios e importantes efectos. Uno solo bastaría para reconocer y justificar su eficacia; me refiero a la ventaja y beneficio que comporta para ambos contratantes el liberarse del infierno de la presencia de una persona a la que no se puede soportar; me imagino, que una vez lograda la inmensa satisfacción de la soledad, la felicidad tiene que ser completa y absoluta, algo así como haber alcanzado la gloria del paraíso. Por muy nulo que sea el documento, la dicha de no tener que ver en la propia casa al enemigo que se odia, ya tiene un valor fabuloso. . . . .

..... Por más que el legislador se empeñe en ignorar estas situaciones, como la realidad es más fuerte que la ley, no ha tenido más remedio que admitirlas en numerosos casos. ....

..... El II Congreso Catalán celebrado en 1971 formuló, como una de sus conclusiones la siguiente:

‘Hay que reconocer plena validez y fuerza de obligar a los convenios de separación amistosa, sin otro requisito que el de la aprobación y homologación’. .... de acuerdo con esta propuesta discrepo únicamente en cuanto a la exigencia de la aprobación, puesto que a mi juicio basta con la presentación e inscripción.

Mis conclusiones podrían ser las siguientes:

1º. Reconocimiento explícito de las separaciones de hecho, admitidas y aceptadas en numerosos textos legales y reglamentarios, sirviendo de ejemplo elocuente los casos que antes he citado en el ordenamiento laboral.

2º. La concesión de la capacidad completa, sin ninguna cortapisa a los cónyuges separados de hecho, para regir su persona y bienes libremente, con la posibilidad de que tanto el marido como la mujer pueden llevar al patrimonio propio, como privativos, los bienes que adquieran por cualquier título, con facultad de gravarlos y enajenarlos, desapareciendo las actuales prohibiciones y limitaciones de acceso al Registro de la Propiedad.

3º. Reconocimiento de las pensiones de fallecimiento a las viudas separadas de hecho, abandonadas por sus maridos.

4º. Para acreditar la efectividad y fecha de la separación se propone la instauración de un procedimiento sencillo que permita recoger la voluntad de los consortes en acta notarial o mediante comparecencia ante el Juez municipal; en cualquiera de ambos casos, se procederá a la inscripción en el libro correspondiente del Registro Civil.

5º. Reconocer la validez de la liquidación de la sociedad conyugal con motivo de la reforma de las capitulaciones y conversión e instauración de un régimen de separación, pudiendo inscribir a nombre de cada cónyuge, como privativos, los bienes que se les hayan adjudicado con ocasión del convenio de separación amistosa”.<sup>13</sup>

Y un último testimonio, interesantísimo por la operatividad de sus propuestas, de María Telo Núñez:

“Son muchas las voces que ya se levantan pidiendo la separación convencional. Los cónyuges la necesitan; no tienen necesidad, mejor dicho, no hay por qué obligarles a presentarse ante un Tribunal para reglar lo que ellos pueden hacer por sí, sin acusarse mutuamente. Son precisamente las separaciones de hecho las que por regla general no se basaron en el odio, o al menos la razón se supo imponer a él.

Nuestra colega doña Concha Sierra, en el año 1972, resumía así los efectos de la separación convencional:

‘Es un reconocimiento de situaciones de hecho que puede servir de antecedente orientador al juez en caso de que, a pesar de todo, sobrevenga la contienda judicial entre las partes. Lo que ellas libre y voluntariamente han acordado como base de su separación es un valioso antecedente sobre el que el juez puede aplicar posteriormente sus facultades discrecionales en la materia.

Sirve de resguardo a cada uno de los cónyuges, excluyendo el abandono malicioso del hogar o de las obligaciones conyugales.

Es un pacto de honor, y como tal debe cumplirse; su eficacia está en relación directa con el sentido del honor que tengan sus firmantes. Tienden a evitar, y de hecho evitan, litigios entre los cónyuges, tal como exhorta el canon 1.925.

Tienen la ventaja de su rapidez, su economía y la asepsia con que se excluyen normalmente de su redacción las imputaciones de culpabilidad, la determinación de causas subyacentes, a veces gravísimas y vergonzosas. Todo se diluye en fórmulas asépticas, que no ahondan más, irreparablemente, las diferencias entre los cónyuges' ”.

[*La problemática del matrimonio en España*. Coloquios del Círculo de Estudios Jurídicos, Editorial Círculo de Estudios Jurídicos, 1973].<sup>14</sup>

## II. *La convivencia de hecho: algunos precedentes.*

Nos toca ahora, y en justa correspondencia con el anterior epígrafe, traer a nuestras páginas algunos casos, *dos* exactamente, en que *la convivencia de hecho* ha merecido la atención de la Justicia, respecto de la producción de ciertos efectos económicos. Los dos casos pertenecen al mundo laboral, y creemos que a partir del cada vez más decidido afianzamiento y desarrollo de los preceptos constitucionales, al menos en su espíritu, aumentará la frecuencia de fallos como los que en este trabajo nos ocupan. Además, se explican por sí solos. Permitáseme, pues, transcribir sus fragmentos más representativos:

1. Concesión de pensión de viudedad: Magistratura de Trabajo, nº 15. Sentencia de 10 de marzo, 1979.

“Concesión de pensión de viudedad a favor de la reclamante que convivió con el causante desde 1934 hasta el 27-1-77, fecha del fallecimiento, sin que pudieran contraer matrimonio por estar casada la actora y abandonada por su marido; examen de la Ley de Seguridad Social, doctrina del Tribunal Supremo y Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, que permiten fundamentar la condena de la Mutualidad Laboral de Autónomos.

*Magistratura de Trabajo nº 15*. Sent. de 10 de marzo de 1979. RESULTANDO probado y así se declara: 1º. Que la actora convivió maritalmente con don José, adscrito a la demandada Mutualidad Laboral de Autónomos, convivencia que perduró desde el año 1934 hasta la muerte de aquél, acaecida el 27 de enero de 1977. . . . . 2º. Que de dicha unión nació el 18 de abril de 1948 un hijo llamado Manuel. . . . . 3º. Que solicitada pensión de viudedad, en base a la convivencia de casi treinta y cinco años con el causante, del que tuvo un hijo, *formando una auténtica familia*. . . . . 4º. Que la Comisión Provincial de la Mutualidad Laboral de Autónomos en acuerdo de fecha 26 de mayo de 1978, denegó la petición por no acreditarse documentalmente el derecho a la prestación solicitada, por no aportarse certificado de matrimonio expedido por el Registro Civil, e interpuesta reclamación previa, se confirmó el primitivo acuerdo. . . . . especificándose que la reclamante no acredita la condición legal de viuda. . . . .

CONSIDERANDO. . . . . que la Constitución Español de 27 de diciembre de 1978, en su disposición derogatoria tercera, expresamente establece que ella misma deroga ‘cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta

Constitución', y, en cuanto ahora nos afecta, en su art. 14 contiene el principio de igualdad ante la ley declarando que los españoles "son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", y, en concreto, en su art. 39, relativo a la protección social, económica y jurídica a la familia derivada del matrimonio, como se deduce de sus apartados 2º y 3º, preceptuándose en el apartado 2º citado, que 'los poderes públicos aseguran, asimismo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil', ampliándose, claramente, con respecto a la madre, el texto definitivo con relación al Anteproyecto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978, precepto constitucional que, entendemos, obliga, al menos, con respecto a las madres, aun no estando unidas en matrimonio al causante, a *entender derogado el estricto concepto de viuda contenido en la legislación de seguridad social citada en el anterior Considerando, e interpretado inicialmente como cónyuge legítima del causante, y estimarlo ampliado para comprender bajo el mismo a las mujeres que, aun no unidas en matrimonio con el causante, hubiera procreado hijos de éste, o bien, para no desfigurar el concepto jurídico clásico de viuda, debe entenderse ampliada a tal hipótesis* el supuesto de hecho de la norma. . . .

Por todo lo expuesto entendemos que después de aprobada la Constitución, bien se acoja la vía directa, por los dos medios indicados, o la indirecta o analógica, en nuestra legislación de seguridad social, *la mujer unida de hecho al trabajador causante que reúna los requisitos de convivencia en aquélla exigidos tiene derecho a la pensión de viudedad, y concurriendo en la actora los requisitos y circunstancias expuestos procede estimar la demanda*"

(el subrayado es mío)

En *Revista Jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1979), nº 1, año LXXVIII. Jurisprudencia, pp. 205-207.

2. Concesión de pensión de viudedad: Jaén, Magistratura de Trabajo, nº 2. Autos nº 661/79. S-365/2

(ES COPIA)

SENTENCIA

"En la Ciudad de Jaén a cinco de junio de mil novecientos setenta y nueve. El Ilmo. Sr. D. Luis Hernández Ruiz, Magistrado de Trabajo nº dos de esta provincia, ha visto los presentes autos. . . . . seguidos a instancia de. . . . . contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, sobre Pensión de Viudedad y. . . . .

RESULTANDO PROBADO Y ASÍ SE DECLARA: 1º. Que Andrés Castillo Segura, casado civilmente el 12 de julio de 1935, con Dolores Liébanas Marcos, de la que se separó amistosamente antes del año 1939, se unió para hacer vida marital en 1939 con Isabel Ramírez Quesada, de estado civil soltera. . . . . conviviendo con la misma ininterrumpidamente hasta el 17 de enero de 1979, en que falleció Andrés Castillo, por causas naturales, habiendo tenido durante el tiempo de su relación y vida común dos hijos, que desde su nacimiento han vivido

en unión de sus padres. . . . . observando buena conducta moral, pública y privada Isabel Ramírez Quesada. . . . .

2°. Que la actora Isabel Ramírez Quesada, solicitó el 27 de enero de 1979 prestación de viudedad por la muerte de Andrés Castillo Segura a la Mutualidad de Trabajadores Autónomos, la cual le fue denegada. . . . habida cuenta de que la peticionaria no estaba casada con el causante. . . . .

CONSIDERANDO: Que el problema que se plantea y que en esta litis se discute, viene circunscrito a decidir si un concubinato. . . . mantenido durante 40 años, y del que han nacido dos hijos ilegítimos, puede dar lugar a la prestación de viudedad que el art. . . . . y el art. . . . . establecen exclusivamente para la esposa legítima, la cual en el caso de autos no ha tenido relación alguna con el causante desde el año 1939, y sobre la base indiscutible que desde el momento en que tuvo lugar tal irregular maridaje, entre la actora y el difunto, padre, madre e hijos ilegítimos han convivido, constituyendo un hogar cuyas cargas patrimoniales han sido única y exclusivamente levantadas y soportadas por los medios económicos que con su trabajo obtenía Andrés Castillo Segura, que a su fallecimiento ha dejado en el mayor desamparo a la actora, *cuya relación extramatrimonial con el obrero fallecido ha estado configurada con las notas de comunidad de vida, estabilidad, continuidad de la situación de hecho, publicidad de esta situación y fidelidad*, requisitos estos de suma importancia a la hora de definir su situación como concubinato more uxorio . . . . . entendiéndose este Juzgador que. . . . sin discutir el alto valor de la institución matrimonial. . . . es imperiosa la necesidad de protección legal de las uniones extramatrimoniales estables. . . . cuya relación constante, fiel y voluntaria las acercan tanto al verdadero matrimonio que parece absurdo que una legislación tan progresiva como la laboral se desentienda totalmente de ellas.

FALLO: Que estimada la demanda interpuesta por Isabel Ramírez Quesada, contra Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, debo declarar y declaro el derecho de la autora a percibir prestación de viudedad. . . . . con las revalorizaciones legales que procedan, condenando a la demandada a estar y pasar por ello”.

(el subrayado es mío)

NOTAS

- <sup>1</sup> Bernardo Moreno Quesada, “Sentido social en la transformación de las instituciones civiles”. Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Granada el día 6 de febrero de 1958 (Granada: Escuela Social de Granada, 1958. Publicaciones de la Escuela Social de Granada. XXXII), pp. 27-28.

De nuestro fichero de *orden público* destaquemos, por su representatividad asimismo, las siguientes formulaciones:

“Doral [*Noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona, 1967), pp. 136 y ss.] dice que el orden público no se contiene exclusivamente en los preceptos legales, no se reduce a ser el contenido típico de una determinada clase de las leyes y la jurisprudencia; compone el entorno en que se desenvuelven las mismas. Es el núcleo del orden social nunca acabado y perfecto, pues tiende a perfeccionarse en sucesivos logros. Las líneas por las cuales discurre hoy el orden público son, según el citado autor, el respeto a la libertad, la igualdad ante la ley y la representatividad”, en Celestino Cano Tello [Prof. Adjunto de Derecho civil], “El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, nº 533 (julio-agosto, 1979), pp. 787-808, esp. p. 797.

Según Ruiz Vadillo, “lo que nos interesa resaltar. . . es que la noción de orden público como conjunto de principios fundamentales que acepta como tales la sociedad, y sobre los que se asienta el Estado, es cambiante y dinámica como la vida misma y sujeta a distintas y aun contradictorias interpretaciones, según los cambios sociales, como pueden serlo las ideas de escándalo público o buenas costumbres en el Derecho penal y como pueden serlo tantos y tantos conceptos en los más diversos campos del ordenamiento jurídico. Entendemos que el juez habrá de extraer la idea del orden público y sus concretas aplicaciones a través de un proceso de decantación del ordenamiento (leyes, costumbres, principios y realidad social. . . ), (p. 27)

“La excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástica y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por ‘aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada’ (Sentencia T.S. de 5 de abril de 1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico, aparte de que, en todo caso, en el campo internacional, la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente” (p. 30)

“IV. *Conclusiones*. 1ª. El orden público constituye una noción jurídica, según la cual cada ordenamiento jurídico tiene unas fronteras que vienen a ser como los principios básicos invulnerables en cada momento histórico.

2ª. La Ley, como dice Lacruz Berdejo, sólo es fecunda puesta en relación con los hechos a los que se aplica, y que está llamada a ordenar y regular. Del concepto del derecho, sigue diciendo, deriva que una norma encaminada a provocar determinados efectos económicos y sociales, vale en tanto en cuanto en la práctica cumpla la misión para la que fue promulgada. La voluntad del legislador es un punto de partida, pero el resultado último de la aproximación de la norma al problema depende también del entorno social y la circunstancia singular del caso, en relación con los valores superiores de la justicia.

3ª. El Derecho todo, y por supuesto las partes que lo forman, tiene siempre un carácter dinámico y cambiante. El movimiento es a la vida lo que el cambio es al Derecho. También el contenido del orden público es variable en función de las circunstancias históricas. Esto no supone relativizar el Derecho, es sencillamente obtener de su condición de instrumento de convivencia y de cooperación social todas sus consecuencias prácticas [Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Suc. de Rivadeneira. Tres vols. Madrid, 1973]. Lo definitivamente importante es que en todo momento realice el ideal de justicia, que no es absoluto dentro de la seguridad y el bien común” (p. 31)

Enrique Ruiz Vadillo [Letrado del Ministerio de Justicia. Juez Excedente y Fiscal Supernumerario. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación], “La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución” (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado, de 6 de abril de 1979, sobre celebración de matrimonio civil entre española y extranjero divorciado), *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (abril-junio 1979), pp. 23-33

<sup>2</sup> José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona: Editorial De Vecchi, S.A., 1971), pp. 55-56

<sup>3</sup> “Los esposos saben que el valor práctico de sus convenios depende en grandísima medida, dada la hostilidad oficial hacia estos pactos, de su honorabilidad y del mutuo respeto a la palabra empeñada”

Y también:

“A mi juicio, pues, el acuerdo por el cual los cónyuges acuerdan suspender la convivencia no es un acto contrario a la Ley, al interés público ni a la moral”

Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII (enero-marzo, 1969), pp. 3-127, esp. pp. 7-10, y p. 21 respectivamente.

<sup>4</sup> Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho civil*, vol. II (Madrid: Editorial Tecnos, 1974), pp. 417-418

<sup>5</sup> Roberto Blanquer Uberos [Notario] con la colaboración de José Luis Martínez Gil [y] Vicente Luis Simó Santonja [Notarios]. “Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado”. XI Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 1971, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino* (Madrid: Junta de decanos de los colegios notariales, 1975), pp. 717-784, y en especial, p. 784.

<sup>6</sup> Bernardo Alonso Rodríguez [Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España], “Notas sobre las causas de separación conyugal”, *Pretor*, nº 98 (octubre-diciembre, 1977), pp. 37-72, esp. pp. 64-65

- <sup>7</sup> Víctor M. Garrido Palma [Notario de Madrid], “Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código Civil de 2 de mayo de 1975”. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Academia granadina del Notariado, *Boletín de información* (julio-agosto, 1976: Suplemento extraordinario), pp. 81-119, esp. p. 87. Temas desarrollados en las XIV Jornadas Notariales organizadas el presente año por el Ilustre Colegio notarial de Albacete, celebradas del 25 al 30 de junio de 1976.
- <sup>8</sup> Elías Izquierdo Montoro, “El abogado ante la separación de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año CXX, nº 6 (junio, 1971), pp. 781-842, esp. pp. 785-786.

Vid. Ramón Faus Esteve, “La separación de hecho en el matrimonio”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado. Tomo II. Segunda edición (Madrid: Instituto editorial Reus, 1950), pp. 293-365
- <sup>9</sup> Louis Josserand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950), p. 210
- <sup>10</sup> José Luis Lacruz Berdejo, *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979), p. 229
- <sup>11</sup> Francisco de Lucas Fernández [Notario de Madrid], “Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio”, *Pretor*, año XXVI, segunda época, nº 101 (julio-sep. 1978), pp. 5-60
- <sup>12</sup> Antonio Pérez Sanz [Notario de Cuenca], “La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges”, *Boletín de información*. Suplemento extra (julio-agosto, 1976), pp. 3-80. Ilustre Colegio Notarial de Granada (Publicaciones de la Academia granadina del Notariado) esp. p. 64
- <sup>13</sup> Enrique Taulet Rodríguez-Lueso, “La separación de hecho en el matrimonio”. *Boletín de información*. Año XXXII, nº 1.149. Madrid: Ministerio de Justicia: Órgano oficial del Departamento (15 de noviembre 1978), pp. 3-12, y en especial p. 4, p. 7, pp. 9-10, p. 11.
- <sup>14</sup> María Telo Núñez, “Situación jurídica de la mujer. Perspectivas de futuro”. Constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976. *Pretor*, nº 94 (octubre-diciembre, 1976), pp. 133-154, y en esp. p. 143

PROYECTO DOCENTE Y DE INVESTIGACIÓN  
UNIVERSITARIO

DERECHO CIVIL

TOMÁS RAMOS OREA

## PROYECTO

La normativa sobre provisión de plazas universitarias, y la normativa sobre celebración de los concursos correspondientes, en constante proceso de retoque y, acaso, provisionalidad, no hacen aconsejable embarcarse en la exposición de un Proyecto que no incorpore su propia capacidad de auto-desmontarse y sustituirse por otro, tal vez con la pretensión de acomodarse a los requisitos de otro plan de estudios o de una re-modelación del syllabus curricular en la carrera de Derecho. Así, nuestro criterio ha sido dar noticia, siquiera sucintamente, de los componentes que, bajo cualquiera que sea la denominación establecida al uso, creemos que siguen constituyendo la trama y urdimbre de una disciplina concreta, a saber: el concepto; la metodología didáctico-investigadora; las fuentes, en general, junto con la sustanciación bibliográfica, en particular; y, por último, el programa o temario, como natural armazón respecto del que habrían de justificarse las anteriores entidades enumeradas.

En aras de una perseguida funcionalidad, y al amparo de las recomendaciones de concisión que se han venido sugiriendo por distintos órganos colegiados universitarios tocante a la confección de los Proyectos docentes y/o de investigación, hemos decidido, en primer lugar, servirnos de una obra tan representativa como la del jurista De Castro y Bravo<sup>1</sup> para el esbozo y trazado de una parte, la más teórica, de este Proyecto. En segundo lugar, nos ha parecido oportuno alojar bajo la rúbrica *Concepto de Derecho civil*, y sin especiales referencias divisorias, sino más bien deduciéndolos de la misma materia expuesta, los componentes de los *límites*, *contenido* y evolución de dicho contenido; y por último, de los *rasgos distintivos*, cuestiones todas ellas que, repetimos, cualesquiera sean las directrices normativas respecto de estos menesteres, comportan una inexcusable necesidad cuando de justificar la naturaleza de un Proyecto docente y de Investigación se trata.

### *CONCEPTO DE DERECHO CIVIL.*

El Derecho civil ha podido servir de centro al Derecho privado por su carácter más concreto y por su más estrecha unión a la realidad social. El Derecho civil, romano de origen, surge como un logro de la cultura occidental que después recibe, y se hace portador de algunas de las ideas claves de la civilización cristiana, respecto a la persona y familia.

No se puede definir el concepto de Derecho civil con sólo la lógica; sus caracteres se han ido perfilando durante siglos y hoy se conservan con valor de herencia tradicional. Convendría, por ello, considerar su trayectoria a través de los tiempos, para destacar sus notas propias, y más concretas, respecto al Derecho privado.

*Antecedentes históricos.* Nombre y notas características se reciben del Derecho romano. “*Ius civile*” es el propio (“*Ius proprium*”) del romano (“*cives romanus*”); lo que se entiende en dos sentidos: 1., el Derecho que cada pueblo establece por sí y para sí mismo (todo su ordenamiento); 2., el Derecho más propio o típico del pueblo romano, del que se siente orgulloso y que le permite afirmar su independencia cultural frente a Grecia. El primero pierde importancia práctica después de Caracalla (“*Constitutio*” Antoniana); y así será el segundo el que deje su marca en el concepto específico de Derecho civil. De aquí el interés de los intentos romanos para caracterizar este significado estricto. Se enumeran las materias que forman su contenido (estado de las personas, pertenencia de los bienes) y se descubre su fin, mantener la igualdad (“*isonomia*”, “*aequabilitas*”) entre los ciudadanos. Tácita o expresamente se excluyen como especiales las reglas del “*Ius civitatis*” (político,

administrativo) y del Derecho sacro (incluidas en éste las relaciones con otros pueblos). Con lo que el Derecho civil no pierde el carácter de Derecho general, aun después de considerarse sinónimo del Derecho privado.

Durante la Edad Media los caracteres señalados se agudizan y revaloran. El Derecho civil (justiniano) es el “*ius commune*”; es decir, universal (de todo el orbe = cristiandad), y conforme a la razón; junto al que cualesquiera otras normas resultaban excepciones “odiosas”. A la vez, su ámbito se delimita; el estudio del “*ius civile*” se especializa (legistas), y teólogos, canonistas y feudistas (foreros) monopolizan el cultivo del Derecho natural, del eclesiástico y de los estatutos particulares.

En la época moderna, la quiebra de la unidad espiritual de Europa (Cristiandad) acarrea el declinar del Derecho romano y abre camino a la preponderancia de los Derechos nacionales.

El carácter igualador y equitativo del Derecho civil, apuntado en Roma, se mantiene primero y luego se irá acentuando. Emperadores y príncipes, propicios a la difusión del Derecho romano por su absolutismo, lo utilizan para combatir los privilegios feudales, beneficiando así a las ciudades. La organización de éstas se convierte en modelo de la libre convivencia. A lo que contribuye mucho el influjo callado y persistente de la concepción cristiana, favorable siempre al respeto de la persona y de su dignidad. Cuando el *Corpus iuris civilis* pierde su autoridad externa (Imperio) e interna (crítica de los humanistas) y es sustituido por los Derechos nacionales, se buscará para éstos, junto a la justificación externa (soberanía del príncipe), una interna, nueva y más firme. Se encuentra en el Derecho natural, en las “reglas naturales de la equidad” (Domat); las cuales, se piensa, coinciden con el Derecho del estado llano (el del vecino de la ciudad o burgo). Un Código civil se dicta “para que los ciudadanos gocen con toda tranquilidad de sus derechos privados” (E.M. del Código civil austriaco, 1811). Proceso éste que explica la fortísima doble tensión propia de las reglas del Derecho civil moderno: la moral y la popular (nacional).

En los tiempos más recientes, el prurito de especialización ha llevado a reducir el campo del Derecho civil. Primero se separan las reglas penales y procesales, que descuidaran ya los antiguos civilistas. Después, en el momento de la codificación, la extensión enorme de la materia y el precedente en Francia de Ordenanzas Codificadoras del procedimiento civil y del criminal, comercio terrestre y marítimo, aguas y bosques (Colbert, 1667-1681), llevó a la multiplicación de los Códigos (los 36 Códigos franceses); quedando definitivamente fuera del Derecho civil (aparte siempre de las reglas políticas y administrativas) los Derechos penal, procesal y mercantil.

*Definición del Derecho civil.* Desaparecida la primitiva equivalencia con el “*Corpus Iuris*” del Imperio, se le irá sucesivamente considerando: Como Derecho civil de los españoles (siglo XVII); como Derecho civil privado, afirmado en el Derecho natural y separado del Derecho político e internacional (siglo XVIII); como Derecho privado general, del que se han disgregado diversas materias especiales. De momento, habría que diferenciar el Derecho civil, dentro del conjunto normativo total, por la especialidad de la materia: “el hombre como sujeto de derecho y patrimonio y miembro de una familia” (De Diego). En esta dirección conviene seguir, y agregar algunas indicaciones sobre la distinción del Derecho privado respecto al civil, materia propia de éste y sus caracteres básicos y secundarios.

El Derecho civil y el Derecho privado coinciden en cuanto están ambos informados por el principio de personalidad. La diferenciación de sus ámbitos deriva de circunstancias históricas. La consideración que tenía el “Ius civile” de Derecho general ha pasado al Derecho civil, y por ello se entiende que éste comprenda la materia común y la no regulada por otras ramas jurídicas (por ejemplo, fuentes). En cambio, se han separado del Derecho civil algunas materias que, más o menos artificialmente, están informadas por principios especiales (peculiares a cada materia) y que no han dejado el campo del Derecho privado (p.ej., el Derecho mercantil).

La materia del Derecho civil está formada por la persona y la familia. En conexión e interdependencia siempre con el Derecho público, tiene principios propios según su naturaleza. El principio de igualdad (“aequabilitas”) y el de libertad para el desarrollo de la personalidad (autonomía) son manifestaciones del de personalidad. Por no compaginarse con ellos, se han apartado del Derecho civil el Derecho de los comerciantes (privilegio de clase), el Derecho laboral (del trabajo o de los productores) y el Derecho de la economía (“dirigismo”). La referencia a la familia separadamente de la persona no implica la independización del Derecho de familia. Es cierto que la comunidad familiar se ha regido por propios principios, mas la concepción cristiana ha impuesto la armonización entre la jerarquía familiar y el respeto a la persona; la vida personal se regula también teniendo en cuenta la condición de la persona (normal y corriente) de miembro de una familia. No se citan, en cambio, como materias del Derecho civil, el patrimonio y las personas jurídicas. No se les excluye, se les entiende ya incluidos. El patrimonio (y las relaciones de tráfico) forma el ámbito económico de la persona y de la familia; no merece consideración independiente, sino subordinada. Las personas jurídicas privadas carecen también de principios peculiares y son artilugios al servicio de la persona; las comunidades con exigencia social de personalidad están informadas por el principio (especial o general) de comunidad y caen fuera del ámbito estricto del Derecho civil.

Carácter intrínseco del Derecho civil es el de estar en inmediata dependencia del Derecho natural. La estimación de la persona y la organización de la familia son lo más esencial y arraigado en el vivir de un pueblo. De ahí el valor humano y el carácter nacional del Derecho civil. Característica suya es también su general y hondo significado social. La vida de cada hombre, en todo momento, está influida y dirigida por reglas civiles. Las relaciones sociales están impregnadas por las directrices del Derecho civil. De ahí su tendencia a la estabilidad y continuidad. Lo que con cierta exageración expresan los aforismos “el peor Código civil es más constituyente que la Constitución más perfecta”; “el Derecho público desaparece, el Derecho civil permanece”.

De los intentos hechos para definir al Derecho civil se destaca la intuición de su virtud social. Al tiempo de elaborarse el Código civil (1885-1889) se le caracteriza, en este sentido, por su función organizadora de la vida íntima de la nación. Atisbo importante, pero insuficiente para llenar la necesidad práctica de separar concretamente sus reglas. Para este fin, pudiera decirse, en forma más neutra y descriptiva, que el Derecho civil español es el que regula de modo inmediato el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia en la ordenación de la comunidad española y, de modo general o supletorio, cualquier otra materia o cuestión que no haya sido objeto de regulación especial.

*Contenido del Derecho civil.* Puede clasificarse conforme a la enumeración de materias hecha al tratar de su concepto. 1. Ámbito intrínseco y exclusivo del Derecho civil: Es, hoy como ayer, el mismo que formaba el núcleo central del Derecho civil romano. La

persona, su nacimiento, condición y estado, poder sobre la doble esfera personal y patrimonial, responsabilidad que le incumbe. La familia, su organización jerárquica, título para pertenecer a ella, estructuración personal y económica, comprendiendo hasta la herencia legítima y la sucesión abintestato. Artificialmente, por su conexión con la economía y por conveniencia didáctica, se ha distinguido el Derecho patrimonial: poder directo sobre los distintos bienes (ejercicio y disposición de los derechos reales); tráfico sobre los bienes (contratación, relaciones obligatorias). 2. Ámbito variable, residual, que conserva como “*Ius commune*”, abarcando materias y cuestiones separadas o independizadas del antiguo tronco común. Lo cual implica que tradicionalmente se estudie en los tratados de Derecho civil el concepto de Derecho y sus fuentes, y que los Códigos civiles contengan disposiciones: aplicables a todo el ordenamiento, sobre obligatoriedad de las leyes, su eficacia, jerarquía de las fuentes del Derecho, ámbito de aplicación en el tiempo y en el espacio (arts. 1-16); o bien, que pueden tener otro carácter además del civil, por ejemplo, político (arts. 17-28) o procesal (Cap. V. De la prueba de las obligaciones, arts. 1.214-1.253)

Esta distinción del contenido del Derecho civil tiene valor práctico. El contenido intrínseco o mínimo determina el sentido estricto del Derecho civil, y sirve de base para acotar la esfera propia del Derecho privado (estén sus reglas en el Código o resulten de disposiciones de cualquier otra clase u origen) respecto del Derecho público. El contenido amplio del Derecho civil expresa el carácter general y la eficacia supletoria o interpretativa de las disposiciones del Código civil respecto de todas las normas.

*Tendencias disgregadoras y unificadoras del Derecho civil.* El Derecho civil, forma moderna del “*Ius commune*”, simboliza la unidad y la estabilidad de la organización jurídica; por ello, la extensión y la importancia que se le concede es mayor o menor según las concepciones jurídicas. En unos momentos sus dominios parecen ilimitados, y en otros quedan empujados, hasta augurarse su próxima desaparición.

*Formas externas de disgregación.* Se manifiestan en la legislación fragmentaria, especialización científica y en la utilización técnica de las divisiones del Derecho privado. Lo tardío del Código español permitió que antes de 1889 se promulgasen importantes leyes especiales; a las que, por diversas circunstancias, dejó en vigor. Después, se dictan disposiciones con valor de ensayo, para remediar situaciones de urgencia y carácter pasajero, que se piensa que no son regulables de modo normal y estable. Los tiempos modernos, con sus bruscas alternativas políticas y económicas, imponen y amplían las disposiciones de esta naturaleza, que, por eso, no se llevan al texto del Código (por ejemplo, leyes sobre arrendamientos). El hábito de identificar el contenido del Derecho civil con el del Código hace que al dejarse fuera de ese texto toda esa serie de preceptos, ello impresione como disgregación del Derecho civil.

La extensión inmensa del Derecho civil y los hábitos del pensar moderno llevan a la especialización de su estudio científico. Ello no supone peligro grave de disgregación mientras se trata de materias comprendidas en el Código civil (p. ej., respecto al Derecho de familia). Cosa distinta ocurre respecto al estudio de las leyes especiales. En éstas suele haber disposiciones de carácter civil y administrativo; así, por ejemplo, en la legislación sobre campo, trabajo, navegación marítima y aérea, inventos, actividad de notarios y registradores de la propiedad. La autonomía didáctica o la especialización científica no implica por sí misma un ataque a la unidad del Derecho civil o del Derecho privado, con tal que se respete su función de Derecho común. Mas la comodidad de comentar las leyes especiales siguiendo su articulado, y la falta de una previa elaboración científica, conducen a no distinguir los

distintos principios que las rigen. De este modo puede ir cristalizando el prejuicio favorable a la existencia de unos principios peculiares a toda la materia regulada (lo público y lo privado), que entonces serían distintos a los del Derecho privado; lo que significaría afirmar la existencia de Derechos totalmente separados del Derecho civil (agrario, del trabajo, de la navegación, de la propiedad intelectual, notarial, registral, etc.)

Todavía puede hablarse de la especialización en otro sentido: para encontrar la norma aplicable a un supuesto; p. ej., saber si una relación de mandato está regida por el Código civil, el de comercio o por la Ley de contrato de trabajo, requiere averiguar el ámbito particular de los Derechos civil, comercial y laboral. Mas ello no prueba ni favorece la disgregación de las ramas jurídicas; es un procedimiento delimitativo general. Para conocer si una relación concreta está regulada por una u otra disposición del Código civil, habrá por ejemplo, que fijar previamente el ámbito particular del mandato, de la gestión de negocios ajenos y del contrato de sociedad.

*Causas internas de disgregación.* Las formas externas han sido o podido dar ocasión a los movimientos disgregadores. Mas la unidad del Derecho civil está en peligro sólo cuando se desconoce la verdadera naturaleza del Derecho, como en verdad hacen las teorías dualistas y negativas. La “crisis del Derecho civil” es, como estas teorías, una manifestación que refleja de la experimentada por el pensamiento europeo moderno, y por ello se entenderán mejor su causa y significado considerándolos conjuntamente.

La abolición y condena de los privilegios feudales no abrió paso a la concepción cristiana ni a un Derecho basado en el respeto a la persona. Predomina la ideología burguesa individualista de la Revolución francesa y, conforme a ella, se entienden los Códigos civiles: como dictados para servir sólo al interés individual, para proteger el libre juego de las voluntades individuales. Siguiendo este criterio, resultaría lógico excluir del Derecho civil las ramas jurídicas y los artículos del Código civil que sustituyen la libertad contractual por normas imperativas, y las que subordinan los móviles o fines individuales a los deberes o motivos de utilidad general. Se extrañarían así del Derecho civil a los Derechos social, agrario, bursátil, financiero, etc., y hasta buena parte de los preceptos del Código civil. Ello explica también que casi todas las recientes disposiciones se diagnostiquen como síntomas de una “publicación” inexorablemente progresiva del Derecho. Mas estos juicios y predicciones nacen ya tarados, por aceptar un concepto parcial del Derecho privado. Las medidas imperativas para proteger la persona (p. ej., al incapaz o al que contrata forzado), para mantener la unidad y buena organización de la familia, para que en los tratos y contratos no se dañen los intereses de la moral y de la comunidad, no exceden del marco del Derecho civil; antes bien, en cuanto defensores de la persona, son la expresión más fiel y directa del principio rector del Derecho privado.

La revolución industrial repercute energicamente sobre el Derecho. El poder feudal del terrateniente es sustituido por el poder capitalista del financiero; y los viejos privilegios que eximían de cargas fiscales a los señores dejan paso a los nuevos privilegios que liberan de responsabilidad y que facilitan arriesgar las fortunas ajenas en beneficio propio. El Derecho del trabajo y el Derecho de la economía nacen como reacción defensiva del esfuerzo de los obreros que se organizan y del Estado que intenta perdurar. En resumen, la dogmática jurídica hasta ahora dominante procura secar los preceptos legales, privándoles de la savia moral, y los ponen al servicio de la seguridad calculadora de comerciantes y financieros; mientras que, para evitar los resultados más crueles o peligrosos, se amontonan las reglas

anómalas, ocasionales y de excepción. Situación que hace dudar: ¿Conserva todavía alguna importancia práctica el Derecho civil?

Especialistas del Derecho político y del Derecho mercantil coinciden, y responden que las relaciones patrimoniales han dejado de ser materia del Derecho civil y han pasado al Derecho mercantil; por ser éste precisamente el adecuado al espíritu y organización capitalistas. La autonomía del Derecho agrario se afirma principalmente en que los Códigos civiles desconocen las particularidades de lo agrario. El Derecho de la economía regula la intervención del Estado en las relaciones económicas, y se añade que amenaza con eliminar no sólo al Derecho civil, sino también al Derecho mercantil. Y, por semejantes razones de inadecuación del Derecho civil, se justifica la independencia del Derecho social, del Derecho industrial, etc.

Esta pulverización del Derecho y el consiguiente abandono del Derecho civil, en su función central y unificadora, sería irremediable si fuesen ciertos los postulados en que se apoya. No se basan en la naturaleza del Derecho civil ni en la realidad histórica. Se deducen de un concepto del Derecho, propio de la ideología individualista; carente de objetividad, aunque muy influyente en la legislación y en la doctrina. No existe una porción del Derecho separada y puesta al servicio del capitalismo. El Derecho en su totalidad, como la sociedad que organiza, está influido por las ideas políticas y económicas que prevalecen en cada época. El Derecho civil y mercantil contienen reglas que favorecen al capitalismo o que son aprovechadas por él; pero también tienen otras, en número creciente, que ponen coto a sus excesos, o que tienen significado anticapitalista.

La abstracción, el desconocer las realidades concretas y la oposición a los fines del Estado no son tampoco características del Derecho civil. No es inadecuado al mundo moderno. El principio de personalidad puede siempre desplegar su eficacia conjugado debidamente con el de comunidad. Todo el Derecho privado (legislación y labor interpretativa) puede y debiera ser vivificado por las mismas tendencias: restricción de la arbitrariedad en el ejercicio de los derechos y de su autonomía; abandono de abstracciones y atención a las realidades sociales; protección del desarrollo de la personalidad; atender a la condición y a la calidad de los sujetos y de su conducta.

<sup>1</sup> Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*. 5ª ed. revisada y puesta al día (Madrid: 1970), pp. 29 y ss.

## PRINCIPIOS Y/O SUGERENCIAS DE MÉTODO DOCENTE E INVESTIGADOR

Sea el método comunitario conversacional, de interpelación constante entre profesor y alumno (con el que se pretende superar, en parte por lo menos, la tensión producida por la diferencia jerárquica de funciones entre ambos); sea el método conferencial puro que esgrimía, por ejemplo, el maestro Menéndez y Pelayo, de explicar los temas lo mejor posible y no mezclarse en las vidas privadas de los estudiantes ni erigirse en objeto de sus conciencias ni en vigía de sus vocaciones; método respecto de exámenes trimestrales y/o finales; método de supresión de exámenes por completo y valoración del trabajo del curso y calificación final en razón del mismo; criterio de exigir trabajos para casa; de manejar “fuentes”; de preparar ‘papers’; criterio de los libros de texto fijos; de los apuntes, etc., nuestra experiencia ha podido enfrentarse a todas estas situaciones en que una u otra forma de actuación pudiera parecer la indicada, y de todo ello creemos haber sacado consecuencias provechosas. Asimismo, durante nuestros años de magisterio en Universidades U.S.A. y canadienses hemos asistido, como visitante oyente sin compromiso, a cursos sobre variadas materias del área filológica en sentido amplio. En dichos cursos, dictados por profesores norteamericanos, canadienses y británicos, hemos podido compulsar comparativamente la adecuación de los sistemas.

Se propone, en definitiva, huir de un mero eclecticismo y recomendamos un “armonismo” garantizado en último término por la honestidad de nuestro criterio personal. La premisa más interesante para decidirse por tal o cual esquema de actuación sería la de conocer, siquiera sucintamente, el material humano de que se compone una clase. Nosotros hemos hecho toda nuestra carrera en España (Madrid y Granada). En Norteamérica, no obstante, es donde aprendimos a enseñar y a enseñarnos. Nuestros actuales planes de estudio, en general, tratan en España de acoplarse a los de Norteamérica; y nuestros programas y propósitos, así como la duración, envergadura y nomenclatura de muchos títulos y diplomas a otorgarse desde ahora por los Centros del Ministerio de Educación y Ciencia, parecen seguir de cerca en su concepción a los que ya andan implantados de antiguo en Norteamérica. Yo creo estar preparado para ser un expositor y un mediador entre ambas posturas, debido a la bi-frontalidad de mi preparación, hispánica y anglo-sajona.

Opinamos que sólo se puede aprender de verdad algo cuando se trata de exponer y de que le entiendan a uno. Entendemos que un concurso no puede pretender que un candidato evidencie todo lo que sabe, sino más bien que facilite una idea de lo que está capacitado para desarrollar y materializar en la situación adecuada y precisa del curso a impartir, en la coyuntura de *tener que hacerse entender*.

*Principios de método.* De ninguna manera se debe salir de un curso sin poseer la bibliografía básica manejable, además de un buen libro de texto, en vez únicamente de los apuntes monopolizantes y garantizadores de la asistencia a clase del alumno por el lógico temor de éste a la penalización en el examen final. La necesidad o extrema conveniencia de asistir a clase se patentizará por los temas que el profesor proponga como ‘papers’ y asignaciones de trabajo, en general, y por los comentarios o glosas ampliadoras del texto o del tema que fuere. La asistencia a clase, sin ser obligatoria, debe indicar *siempre* al estudiante que, sin ella, el componente humanístico de la materia cobra distinta virtualidad para aquellos estudiantes que sí que asisten, aunque en ambos casos, y cada uno de acuerdo con sus respectivos estilos, los dos tipos de estudiantes puedan obtener las calificaciones máximas en las pruebas finales. Las clases, por tanto, deben ser de tal naturaleza que los

alumnos las consideren libremente como aconsejables –como regla general y a salvo de excepciones– para la más completa preparación del curso.

Por otra parte, el ideal es que las preguntas que constituyen las pruebas objetivas de evaluación (intermedias y final) de un curso, no estén basadas predominantemente, a ser posible, en los apuntes de clase. La división única y esencial que, en nuestra opinión, debería existir entre las categorías de estudiantes es la de aquéllos que asisten a clase y la de los que no asisten, independientemente de su calificación administrativa de ‘oficiales’, ‘libres’, etc. Si partimos del principio, para nosotros evidente, de que todo estudiante del tipo que sea está capacitado para alcanzar, en teoría, la máxima puntuación en la asignatura que fuere, ello nos lleva a desestimar los apuntes como elemento primordial para la preparación de tal o cual asignatura. El tipo de estudiante que, además, trabaje por cuenta ajena, o que asista esporádicamente a clase, limitado por las características sociales, familiares y/o económicas del cariz que fuere, se vería, en principio, en franca desventaja respecto de los que sí que pueden asistir y escuchar las explicaciones del profesor.

Los apuntes han de valorarse por su sentido de complemento y “embellishment” de la materia. A los estudiantes con espíritu amplio los apuntes revelan prontamente su máximo valor presunto, al demostrar tales estudiantes su interés y su vocación hacia algo sobre lo que no se les va necesariamente a examinar, y sobre lo que acaso no puedan hacer valer su suficiencia a la hora de “sacar” notas. El alumno que asiste a clase demuestra su interés, hasta su amor, por la materia “for the sake of it”; y aunque su actitud, en el menos productivo de los casos, no le reporte ventajas de tipo práctico (i.e., obtención de mejores calificaciones), siempre le proporcionará la ventaja de poder hacer lo que hace el estudiante que no asiste a clase (preparar los temas por su cuenta) *más* lo que él adquiera en su contacto con las glosas del profesor, que puede ser algo:

El profesor tiene que despertar deseos, aunque no pueda satisfacerlos. Deseo de saber, sin duda; más aún, deseo de ver, de mirar, de preguntarse, de quedarse perplejo, de moverse en un mundo mágico, que el joven casi siempre desconoce, y que el profesor descubre, entreabriendo una puerta, quizá sin atreverse a franquearla él mismo.

Contagiar el pensamiento, pensando ante los estudiantes y con ellos, es la función primordial del profesor, la única que justifica su existencia. Si no, ¿para qué? Hay libros y ensayos y artículos. . y bancos de datos. Todo está mejor y más completo en ellos. Lo que no está es el entusiasmo, el gusto por las cosas, esa fruición de que antes hablaba. En esos materiales no hay respeto, ni veneración, ni ese sacro estremecimiento que suscita la verdad entrevista o recién descubierta.<sup>1</sup>

El consejo o recomendación del profesor a los alumnos de asistir a clase ha de estar basado en este principio amplio de claridad mental y de establecimiento, a principio de curso, de estas líneas de actuación. Cuando el estudiante haya comprobado suficientemente que los apuntes (aun sin que las preguntas de examen se basen en ellos) son objetivamente importantes para la preparación del curso, entonces podremos estar satisfechos de la fecundidad del plan y del buen resultado de las explicaciones de clase. El estudiante debe *terminar* comprendiendo y aceptando el valor de la asistencia a clase, pero no se le puede obligar a que *empiece* aceptando de buen grado la obligación de asistir a clase. Sabido es que la incumbencia mayor del estudiante es aprobar el curso. Imponer los apuntes como materia “examinable” echa por tierra el principio de que el alumno debe desde el mismo comienzo de la carrera familiarizarse con las fuentes, con los libros. Los apuntes –en el espíritu de las

anteriores palabras de Julián Marías— por muy hábiles, eruditos, magníficos que sean, están sacados de los libros. Dejemos que el estudiante vea los tales libros. Las buenas explicaciones llevarán siempre la impronta personal del profesor. Lo que éste pueda tener de genial, eso mismo podrá vislumbrar el estudiante a través del conocimiento que la lectura directa del libro-fuente le preste.

De esta forma, sin desterrar nosotros los apuntes, y mucho menos, las *notas* que se puedan recoger de los comentarios del profesor, recomendamos enérgicamente un libro de texto o de uso habitual. El profesor no defenderá a ultranza su superioridad científico-erudita ante el alumno mediante el camuflaje o congelación de las fuentes de que él disponga; ni tampoco haciendo ver a los estudiantes el sentido cuasi-divino de las explicaciones que dé. El sistema norteamericano que, como hemos dicho, sentimos todos que se va imponiendo en la educación universitaria en España, en cuanto a concepto de los títulos, valoración, métodos, etc. se refiere, propone una actividad docente-discente en la que el binomio de personajes profesor-alumno dista lo menos posible el uno del otro en sabiduría; o más exactamente expresado, en medios adecuados para conseguirla. Y esto es más que nada hacedero por un espíritu de perfecta y completa disponibilidad del profesor para hacer partícipe y depositario al estudiante, de las fuentes privilegiadas (documentos, libros en cuestión, etc.) con los que aquél haya adquirido su competencia y erudición sobre la materia que sea.

Las bibliotecas en Norteamérica, con ligeras diferencias en lo que a tiempo de retención de los libros se refiere y a algunos pequeños detalles técnicos de procedimiento, proporcionan las mismas facilidades al profesor que al alumno. No hay libros de acceso prohibido, o cuya rareza acarree una dificultad especial en su utilización; dificultad que, en cualquier caso, se traduciría en una restricción del uso del libro, y de la que únicamente el profesor no saldría perjudicado. Todos hemos sufrido en España, hace años, cierta falta de textos y de libros de consulta manejables: Primero, por la escasez real de ellos; segundo, por la imposibilidad de repartir equitativamente el uso de tales libros escasos y raros entre profesores y alumnos.

No hay objeción en considerar la clase y los apuntes tomados y asimilados, como el mejor camino para los alumnos ambiciosos que simplemente quieran saber más. Algún tema de los tratados en clase, y al margen del libro de texto básico, podrá salir en examen con carácter necesariamente opcional; o al menos servirá de cierta base para la comprobación de la marcha de los estudiantes por parte del profesor. En el sistema de clase en el cual predomine la cooperación y reparto de funciones entre profesor y alumnos, se puede proponer la práctica de que una vez por semana o por quincena un estudiante explique durante quince o veinte minutos algún aspecto del tema que fuere, a modo de intervención independiente, como de preparación a un seminario en niveles ulteriores. Así se comienza a impulsar el principio de que *lo sabido* tenga que ser expuesto a los demás para su verdadera sanción y provecho.

Una de las mayores excelencias en lo de exigir “papers” o trabajos, es que ayudan, casi obligan a manejar los libros y las fuentes en general. También es conocido que progresivamente se va tendiendo a un sistema equilibrado en que el estudiante memorice lo mínimamente necesario; y como compensación, sepa, eso sí, cuáles son y dónde están los libros, las fuentes, las cosas. Es decir, que el esfuerzo que el estudiante se niegue a hacer en lo que respecta a la captación permanente, por medios de pura retentiva, de erudición doctrinal, de esa que se lleva consigo como patrimonio inalienable, pueda dedicarlo a la búsqueda y/o preparación de fuentes; pueda aplicarlo a trabajos o “papers” con los cuales, al

menos, pueda demostrar su colaboración en la labor de dejar expeditas y viables las sendas de investigar, detectando las fuentes oportunas y facilitando su manejo.

Al estudiante, en principio, no ha de dársele más bibliografía que aquella que el profesor haya evidenciado en clase como manejable y por él conocida. Es de muy buen sentido llevar a clase los primeros días los libros más esenciales y de primera consulta para que los alumnos los vean directamente. Toda mención bibliográfica hecha por el profesor debe ir, en cualquier caso, acompañada de un esbozo de lo contenido en el libro objeto de la cita. Lo mismo que cada palabra de un idioma nuevo que se está aprendiendo debe practicarse en una frase viable y correcta, así cada cita bibliográfica debe hacerse asequible al estudiante mediante su caracterización o mediante la posibilidad de su consulta. Lo normal ya se sabe lo que suele ser: Que los estudiantes estén hartos de leer las mismas referencias en los libros de texto, como notas de pie de página, y que jamás hayan visto tal libro. Hasta cierto momento nuestro caso personal no fue distinto: Nosotros comenzamos a ver físicamente y a manejar materialmente los libros (objeto anteriormente de mil citas y referencias fantasmas) cuando trabajamos en Norteamérica y tuvimos a nuestra disposición millones, textualmente millones de volúmenes al alcance de la mano. Esa pseudo erudición fantasmagórica, consistente en citar bibliografía que jamás se haya visto, es una de las rémoras más detestables en el sistema educativo universitario. Una de las gestiones no poco importantes para la buena marcha de la clase es la visita que pueda hacer ésta, con el profesor, a la Biblioteca de la Facultad y/o a la del Departamento (si la hubiere); y, en general, la familiarización de los estudiantes con todos los instrumentos de estudio e investigación (libros, revistas, colecciones, ficheros, etc., etc.) que allí existan. Lo primero que hay que hacer es saber con qué se puede contar; dónde están las cosas, y actuar en consecuencia, de forma que los libros que se tienen a mano sean los que primordialmente se usen si vienen al caso.

Hasta donde sea posible, el alumno contará con el programa de la asignatura desde el principio del curso, y con una descripción provisional de las fechas en que cada tema o grupo de temas (lecciones, unidades, etc.) se desarrollará, además de una bibliografía básica de fuentes y de una lista obligatoria de lecturas dentro de una selección ofrecida.

<sup>1</sup> Julián Marías, “El profesor universitario”, *ABC*. Madrid: 7 de diciembre, 1983, página primera de colaboración, columna derecha.

Dado que en nuestro aún vigente Plan de Estudios el Derecho civil, por la extensión de su entidad aplicable, está representado en cuatro de los cinco cursos de la carrera, nos ha parecido, desde un criterio, tanto de prudencia como de honestidad, que la propuesta de programa podría justificarse, de un lado, con los temas que, con cariz de especialización, han venido ocupando la atención nuestra un buen número de años. De otro lado, las cuestiones inherentes al Derecho civil que normalmente se acomodan en los tramos ortodoxamente aceptados de: Parte general (2º curso), obligaciones y contratos (3º curso); Derechos reales (4º curso); familia y sucesiones (5º curso) quedarían reconducidas a obras de carácter general que, juntamente con los cuerpos de Derecho positivo fundamentales (Código civil) y complementarios básicos (L.A.U., Ley y Reglamento Hipotecarios; Ley del Suelo, etc.), cubrirían el tratamiento de todo lo que, siendo como es la mayor parte, no constituye nuestra especialidad. La consignación bibliográfica de tales obras generales incorporan la especificación del/de los volumen/es correspondiente/s sobre nuestra área de preferencia. Se citan, asimismo, las ediciones manejadas hasta ahora directamente por nosotros. Hay edición posterior de diversas obras de carácter general aquí indicadas.

Igualmente, se ha tenido en cuenta la duración fáctica de 30 semanas del curso académico y, en consecuencia y con toda intención, mi programa incluye *treinta temas o unidades* que, obviando posibles ajustes, cubren la materia normal de que podría ser objeto un entero curso académico, a razón de un tema o unidad por semana, sin que ello comporte una imposibilidad de compactar dicho programa en un número más reducido de temas, a efectos de cobertura de los consiguientes cursos monográficos, si ello fuere el caso.

En resumen, pues, en este Proyecto se propone un temario que, creemos, cumplimenta el marco de normativa vigente; y donde al mismo tiempo se declara la versatilidad potencial de impartir cualesquiera temas que pertenezcan al ámbito del Derecho civil, conforme a las necesidades del curriculum.

FUENTES: BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Albaladejo, Manuel. *Derecho civil. I. Introducción y parte general.* (Barcelona: Librería Bosch, 1970)

- - - - - *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. Primero: La obligación y el contrato en general.* 4ª ed (Barcelona: Librería Bosch 1977)

- - - - - *Instituciones de Derecho civil. II. Derecho de bienes, familia y sucesiones.* 2ª ed (Barcelona: Bosch, 1975)

Barassi, Lodovico. *Instituciones de Derecho civil.* Vol. I. Traducción y notas de comparación al Derecho español por Ramón García de Haro de Goytisolo, con la colaboración de Mario Falcón Carreras. Prólogo por el Dr. F. Fernández de Villavicencio Arévalo. 2 vols (Barcelona: Bosch, 1955)

Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho privado. II. Derecho de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales* (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1967)

Beneyto Pérez, Juan. *Instituciones de Derecho histórico español: Ensayos.* Prólogo del Excmo. Sr. Dr. don Rafael Altamira. Vol. I. *Capacidad. Familia. Derechos reales.* Libro II. *Familia* (Barcelona: Bosch, 1930)

Betti, Emilio. *Teoría general de las obligaciones.* Tomo II (Madrid: EDERSA, 1970)

Bonel y Sánchez, León. *Código civil español: Concordado y comentado con el Derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la Jurisprudencia del T.S. de Justicia y con los Códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América.* 4 vols (Barcelona: A. López Robert, impresor, 1890)

Bonnecase, Julien. *Elementos de Derecho civil.* Tomo III y último: *Regímenes matrimoniales y Derecho de las Sucesiones.* Biblioteca jurídica sociológica. Vol. XV (Puebla: Méjico: Editorial José M. Cajica, Jr., 1946)

Carbonnier, Jean. *Derecho civil.* Tomo I. Vol. II. *Situaciones familiares y cuasi familiares* (Barcelona: Bosch, 1961)

Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral.* Tomo tercero. *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general.* Undécima edición. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero (Madrid: Reus, S.A., 1974)

- - - - - Tomo cuarto. *Derecho de obligaciones: Las particulares relaciones obligatorias.* Novena edición. Reimpresión. Revisada y ampliada con el concurso de Julio Calvillo y Martínez de Arenaza (Madrid: Instituto editorial Reus, 1969)

- - - - - Tomo quinto. *Derecho de familia.* Vol. I. *Relaciones conyugales.* 9ª ed. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez (Madrid: Reus, S.A., 1976)

De Castro y Bravo, Federico. *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*. 5ª ed. revisada y puesta al día (Madrid, 1970)

- - - - - *Derecho civil de España. Parte general*. Tomo I. Libro Preliminar. *Introducción al Derecho civil*. 3ª ed. (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1955)

*Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Dirigido por Manuel Albaladejo. Tomo II. Arts. 42 a 107. Comentados por Francisco de Asís Sancho Rebullida y Amadeo de Fuenmayor Champín (Jaén: EDERSA, 1978)

Cossío, Alfonso de. *Instituciones de Derecho civil, 2. Derechos reales. Derecho de familia y sucesiones* (Madrid: Alianza Editorial, 1975)

Coviello, Nicolás. *Doctrina general del Derecho civil*. Traducción al castellano de la 4ª ed. italiana por el prof. Leonardo Coviello, por Felipe de J. Tena. Concordancias con el Derecho Mexicano, por Raúl Berrón Mucel (México: UTEHA, 1949)

Dekkers, René. *El Derecho privado de los pueblos*. Traducción de Francisco Javier Osset (Madrid: EDERSA, 1957)

*Diccionario de Ciencias sociales*. II. Comité editorial: Salustiano del Campo, director del Diccionario; Juan F. Marsal, representante de Clacso; José A. Garmendia, representante del grupo español. Redactado bajo patrocinio de la UNESCO. *Matrimonio*, pp. 162-165, por Esteban Mestre Martínez (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1976)

*Diccionario de Derecho privado*. Directores: Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez Alfaro. Tomo II, G-Z. Reimpresión (Barcelona: Labor, 1961)

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*. Vol II. Quinta parte. *Derecho de familia*. II. *Matrimonio*, pp. 289-329 (Madrid: Tecnos, 1969)

- - - - - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias* (Madrid: Tecnos, 1970)

- - - - - y Gullón Ballesteros, Antonio. *Instituciones de Derecho civil*. Vol. II (Madrid: Tecnos, 1974)

- - - - - y Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. 4 vols. (Madrid: Tecnos)

- - - - - *Lecciones de Derecho civil*. II. (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965)

*Discusión parlamentaria del Código civil*. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889. Coleccionados y publicados por la *Revista de los Tribunales* (Madrid: Centro editorial Góngora, 1891)

*Enciclopedia jurídica española* [con] minuciosos índices cronológicos y alfabéticos por Luis Montón y Ocampo, et al. Publicación autorizada por R.O. de 4 de junio de 1910. Tomo vigésimosegundo (Barcelona: Francisco Seix, editor)

Espín Cánovas, Diego. *Manual de Derecho civil español*. Vol. IV. *Familia* (Madrid: EDERSA, 1956, 1975)

Falcón, Modesto. *El Derecho civil español, común y foral: Continuación de la exposición doctrinal del Derecho civil español*. Sexta ed., enriquecida con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Tomo I (Barcelona, 1901)

Gabba, C.F. *Cuestiones prácticas de Derecho civil moderno*. Vol. I. *Derecho personal y derecho real*. Traducción de Adolfo Posada. Biblioteca de Jurisprudencia, filosofía e historia: La España moderna, s/a [Con un Prefacio fechado por el mismo Gabba en 1898]

García Amigo, Manuel. *Instituciones de Derecho civil*. I. Parte general. (Madrid: EDERSA, 1979)

García Goyena, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Barcelona: Editorial Base, 1973) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Por el Excmo. Señor D. Florencio García Goyena, Senador del Reino, Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, Vice-Presidente de la Comisión General de Códigos, y Presidente de la Sección del Código civil. Tomo I (Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852)

- - - - - y Aguirre, Joaquín. *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente. Tomo I (Madrid: I. Boix, editor, 1841)

Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Manuel. *Elementos del Derecho civil y penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la Legislación española*. Novena ed., nuevamente corregida y aumentada por los autores. Tomo Primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1870)

Gutiérrez Fernández, Benito. *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 3ª ed. Tomo Primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871)

Josserand, Louis. *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950)

- - - - - *Derecho civil*, cit. *Contratos*. Tomo II. Vol. II

Lacruz Berdejo, José Luis; Sancho Rebullida, Francisco de Asís; Luna Serrano, Agustín; Rivero Hernández, Francisco. *Elementos de derecho civil*. IV. *Derecho de familia*. Tercera ed. Fascículo 1º. (Barcelona: Librería Bosch, 1989)

Lacruz Berdejo, José Luis. *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979)

Larenz, Karl. *Derecho civil: Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, abogado (Madrid: EDERSA, 1978)

Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código civil español*. Con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas. Tomo I. Segunda ed. corregida y aumentada (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1903)

----- *op. cit.* Tomo XI (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1905)

Mucius Scaevola, Quintus. *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo II. Libro I. Título IV. Del matrimonio (arts. 42 a 107) Legislación española: Publicaciones jurídicas: Obras de Q. Mucius Scaevola (Madrid: Imprenta Iberia, 1907)

----- *Código civil*. Comentado y concordado extensamente, e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución, y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos.

Continuado por José Castán Tobeñas con la colaboración de Manuel Battlle Vázquez y Francisco Bonet Ramón. Tomo XXV. I. Del contrato de sociedad. II. Del contrato de mandato. Parte 1ª. Estudios comparativos. Introducción doctrinal. Arts. 1.665 al 1.678. Primera ed. (Madrid: Editorial Reus, 1933)

*Novissimo Digesto italiano*. Terza edizione, a cura di Antonio Azara-Ernesto Eula. Volume decimo MA-MU. *Matrimonio*: pp. 330-470, por el Prof. Arnaldo Bertola, Ord. nell'Univ. di torino (Torino: Unione Tipografico-editrice torinese, 1957)

*Nueva Enciclopedia Jurídica*. Publicada bajo la dirección de Carlos E. Mascareñas. Con la colaboración de eminentes profesores y juristas. Tomo VI. "Declaración de voluntad", por D. Federico Puig Peña, pp. 283-290 (Barcelona: Francisco Seix, Editor, 1954)

Planitz, Hans. *Principios de Derecho privado germánico*. Traducción directa de la tercera edición alemana, por Carlos Melón Infante. Prólogo a la versión española por el Dr. D. Alfonso García Gallo (Barcelona: Bosch, 1957)

Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II. Vol. II. *Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil* (Barcelona: Bosch, 1956)

----- *op. cit.* Tomo IV. Vol. I. *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes* (Barcelona: Bosch, 1967)

Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. *Derecho de familia* (Madrid: EDERSA, 1953)

*Gran Enciclopedia Rialp*. Tomo XV (Madrid: Ediciones Rialp, S.A., 1973) *Matrimonio*. I. Antropología y filosofía social (Joseph Höffner). II. Sagrada Escritura (C.M. Fernández Molina / José Luis Larrabe). III. Tradición y magisterio eclesiástico (José Luis Larrabe). IV. Teología sistemática (J.A. García-Prieto Segura). V. Teología moral (J. Ferrer Serrate / F. Gil Hellín). VI. Liturgia y pastoral (J. Gómez Lorenzo). VII. Derecho canónico (Pedro A. Perlado). VIII. *Derecho civil*. 1. Estudio introductorio (A. de Fuenmayor Champín). 2. Matrimonio putativo (J.M. Reyes Monterreal). 3. Matrimonios ilegales (J.A. Sainz Cantero). IX. Historia y sociología (M. Guerra Gómez / J. Maestre Alfonso) pp. [293-339]

Rotondi, Mario. *Instituciones de Derecho privado*. Enciclopedia de Ciencias jurídicas y sociales. Sección Ciencias jurídicas (Editorial Labor, S.A., 1953)

Ruggiero, Roberto de *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de la 4ª edición italiana. Anotada y concordada con la legislación española, por Ramón Serrano Súñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Tomo II. Vol segundo. *Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario* (Madrid: Instituto editorial Reus, s/a)

Ruiz Vadillo, Enrique. *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*. 7ª ed (modificada, ampliada y puesta al día). Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil (Bilbao: Editorial Ochoa, 1973-1974)

Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho civil*. Tomo quinto (segunda edición), vol. 1º. *Derecho de familia* (Madrid, 1898)

Santos Briz, Jaime. *Derecho civil: Teoría y práctica*. Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños (Madrid: EDERSA, 1975)

Spota, Alberto G. *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol. 1 (<sup>11</sup>) Matrimonio: Concepto. Impedimentos. Celebración. Prueba. Invalidez (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962)

- - - - - Tomo II. *Derecho de familia*. Vol 2 (<sup>12</sup>) Matrimonio. Derechos y deberes de los cónyuges. Divorcio (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968)

Tapia, Eugenio de *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*. Refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros, por D. . . Tomo Primero. Con superior permiso (Valencia: en la imprenta de Ildefonso Mompié, año 1828)

Vallet de Goytisolo, Juan. *Panorama del Derecho civil* (Barcelona: Bosch, 1963)

De Buen, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho civil*. Prólogo de Felipe Sánchez Román y Gallifa [Ideas generales. Fuentes históricas del Derecho civil español. Codificación. Normas jurídicas] (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1932)

- - - - [Catedrático de Derecho civil, excedente. Presidente de Sala del T.S.] *Derecho civil común*. 3ª ed. enteramente revisada. 2 vols (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1936)

Colin, Ambrosio y Capitant, H. *Curso elemental de Derecho civil*. Obra premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París (Premio Chevalier). Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen [Profesor de Derecho civil en la Univ. de Sevilla]. Tomo tercero. *Teoría general de las obligaciones*. (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1924)

Kipp, Theodor y Wolff, Martin. *Derecho de familia*. Sexta revisión. Traducción de la 20ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, por Blas Pérez González y José Castán Tobeñas, con la colaboración inicial de José Alguer. Volumen primero. *El matrimonio* (Barcelona: Bosch, 1941)

*Tratado de Derecho civil* por Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolff.  
Cuarto tomo. Derecho de familia. Índice analítico de materias, pp. 513-539

*PROGRAMA*

DERECHO DE FAMILIA. DERECHO MATRIMONIAL. ESTUDIOS SOBRE LA  
ESENCIA NEGOCIAL DEL MATRIMONIO

*TEMA 1.* A modo de justificación general. Exposición de principios.  
Propósito.

*Bibliografía*

Rafael Navarro Valls, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977)

Mons. Dr. Juan José García Faílde, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista jurídica de Cataluña*, año LXXVII, nº 1 (enero-marzo, 1978), pp. 45-64

Juan Vallet de Goytisolo, *Panorama del Derecho civil* (Barcelona: Bosch, 1963). Tema décimo: “El Derecho de familia”, pp. 240-261

Nº 534. Medidas provisionales de separación matrimonial. Medidas relativas a los hijos (Badajoz. Sentencia de 8 de octubre de 1977. Ponente: Don José Torné Dombidau) *Sentencias en apelación de las Audiencias provinciales: En materia civil y penal: 1977: segundo semestre. Recopilación, selección y ordenación realizada por la Secretaría técnica de la Presidencia del T.S.* (Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, 1978), p. 310

Narciso Martínez Morán, “La familia y su protección constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (I. Monográfico, 1978), pp. 115-144

Francisco Soto Nieto [Presidente de la Audiencia Provincial de Gerona. Miembro de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña], “El cambio social y el Derecho”: Discurso de recepción del académico de número Ilmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto, y contestación por el Ilmo. Dr. D. José – J. Pintó Ruiz, leídos en la sesión del día 30 de enero 1979, *Revista jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1979). Año LXXVIII, nº 1, pp. 103-145

Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1949). Primera edición alemana: 1847. Traducción directa por: Werner Goldsmidt

Luis Lamana de Hoyos, “El divorcio y la Constitución”, *ABC*, Madrid, viernes 10 de marzo, 1978.

Marcelino Menéndez y Pelayo: Sesión de la Real Academia Española, 27 octubre, 1907

Tomás Ramos Orea, “Investigación y creación”, *Hispania*, vol. LII, 2, (U.S.A., may, 1969), pp. 276-282

Miguel de Unamuno, “Sobre la erudición y la crítica”, en *Obras completas* III, ed. de Manuel García Blanco (Barcelona, 1958), pp. 906-908

*TEMA 2.* Presupuestos interdisciplinares: Consideraciones para-jurídicas sobre un tema jurídico: Aspectos predominantes en la realidad socio-jurídica de la institución matrimonial en España.

*Bibliografía*

Manuel de la Cámara Álvarez [Notario de Madrid y Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación], “Ante la reforma del Derecho de familia”. Conferencia pronunciada el 30 de junio de 1978 (La Coruña: Ilustre Colegio Notarial, 1978)

Enrique Taulet Rodríguez-Lueso [Decano de honor del Colegio Notarial de Valencia. Notario], “La separación de hecho en el matrimonio”, *Boletín de Información*, año XXXII, nº 1.149 (Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre, 1978), pp. 3-12, esp. p. 4

Gabriel García Cantero, “Divorcio. . . y fantasía”, *ABC*, 28 de marzo 1978. Madrid.

Francisco de Asís Sancho Rebullida, “Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio”. Publicado en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro* (Madrid, 1976), pp. 635-639. En *Estudios de Derecho civil. 2 vols* (Pamplona: EUNSA, 1978), pp. 317-324. Vid. la reseña que hace de este trabajo Félix López en *RCDI*, 530 (enero-febrero, 1979), pp. 294-295

Enrique Fosar Benlloch, “El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El vínculo matrimonial, ¿es indisoluble o disoluble?”, *Revista jurídica de Cataluña*, año LXXVII, 2, (abril-junio, 1978), pp. 65-146

Miguel de Unamuno, *La novela de don Sandalio, jugador de ajedrez*, en *Obras completas*, tomo XVI, ed. de Manuel García Blanco (Barcelona, 1958)

José Ortega y Gasset, *Introducción a una estimativa*. I. “Los valores no son las cosas agradables”, en *Obras completas*, vol. VI (Madrid: Revista de Occidente, 1964)

Mariano Alonso Pérez, “Acerca del matrimonio civil”, *Revista de Derecho privado* (febrero, 1978), pp. 12-35

- - - - - “Matrimonio civil y divorcio”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez* (Madrid: EDERSA, 1978), pp. 39-74

### TEMA 3. El principio de la supuesta indisolubilidad matrimonial y el divorcio.

#### *Bibliografía*

Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII, fasc. I (enero-marzo, 1969), 2, pp. 3-127

José Luis Lacruz Berdejo, *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*. Tomo IV. Vol. 1º. *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*. Con la colaboración en los caps. II a IV de Francisco de Asís Sancho Rebullida (Barcelona: Bosch, 1963), esp. p. 63

Manuel Albaladejo, *Instituciones de Derecho civil*. II. *Derecho de bienes, familia y sucesiones*. 17. “Especial examen de la prueba de no profesar la religión católica”. 2ª ed. (Barcelona: Bosch, 1975), p. 395

Alberto de la Hera, “Matrimonio civil y revisión del Concordato: Cuestiones en torno al art. 42 del Código civil”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXVIII, fasc. III (Julio-septiembre, 1975), pp. 639-682

Mariano Alonso Pérez, “Acerca del matrimonio civil”, cit., esp. “IV. El matrimonio civil en España. La ley de 18 de junio de 1870. La ‘larga marcha’ del art. 42 del Código civil. El paréntesis de la Ley republicana de 28 de junio de 1932. A modo de conclusión final”, *Revista de Derecho privado* (febrero, 1978), pp. 12-35, esp. pp. 27-35

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de diciembre de 1978 (*BOE* del 30, p. 29429)

Manuel García Amigo, *Instituciones de Derecho civil*. I. *Parte general* (Madrid: EDERSA, 1979), esp. p. 456

Salvador Carrión Olmos, “Reflexiones sobre el nuevo sistema matrimonial portugués y el Derecho español”, *RGLJ*, año CXXVI, 5 (Mayo, 1977), pp. 399-434, esp. p. 407 y ss.

----- *Historia y futuro del matrimonio civil en España* (Madrid: EDERSA, 1977)

Benito Gutiérrez Fernández, “De la naturaleza del matrimonio”, en *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 3ª ed. Tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), esp. pp. 361-362

J. B. Bauer, “El canon 7 del Concilio de Trento no es un enunciado teológico dogmático, sino que afecta a la disciplina eclesiástica”, en *Divorcio. Temas candentes para el cristiano* (Barcelona: Herder, 1976), p. 194. En Mariano Alonso Pérez, “Acerca del matrimonio civil”, cit. p. 22

Manuel Peña Bernaldo de Quirós [Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado] “Matrimonio, Iglesia, Estado: Hacia el gran cambio”. Conferencia pronunciada el 6 de mayo de 1977 en la Universidad de Oviedo, *Documentación jurídica*, 13 (enero-marzo,

1977), pp. 169-185, esp. pp. 182-184. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia: Gabinete de Documentación y Publicaciones.

De “interesantísimo” juzga a este trabajo Manuel de la Cámara Álvarez (“Ante la reforma. . .”, p. 31)

*TEMA 4.* Matrimonio civil, libertad de conciencia y Concordato.  
Matrimonio y fraude: Error en la información. Confusión  
entre convivencia y amor

*Bibliografía*

*Boletín Oficial eclesiástico de las diócesis de Almería, Granada, Guadix-Baza, Jaén, Málaga.* Año VII, nº 1 (enero-febrero, 1979), pp. 109-118, esp. p. 111

Marqués de Lozoya, “Elogio a Rusia”, *YA* extraordinario, edición dominical (Madrid, agosto 1977)

Teresa Puente Muñoz, “Una lectura del Código de Familia de Cuba”, *Revista General de Derecho.* Año XXXIV, nº 404 (Valencia, mayo 1978), pp. 434-443. Sección doctrinal

Jean Carbonnier, *Derecho civil.* Traducción de la 1ª ed. francesa con adiciones de conversión al Derecho español, por Manuel Zorrilla Ruiz. Tomo I. Vol. II. *Situaciones familiares y cuasi familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), esp. p. 341. Título de la edición original: *Droit civil.* Tome premier. *Institutions judiciaires et Droit civil* (Paris: Presses Universitaires de France)

José Ortega y Gasset, *Estudios sobre el amor:* “Facciones del amor”, en *Obras completas*, VI (Madrid: Revista de Occidente, 1970), p. 559

Miguel de Unamuno, *Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos.* Cap. VII: “Amor, dolor, compasión y personalidad”, en *Obras completas*, ed. de Manuel García Blanco, tomo XVI (Barcelona, 1958), pp. 260-265; 331-333

**TEMA 5. Planteamiento cosmo-antropológico respecto del supuesto principio de indisolubilidad: El matrimonio y el Derecho romano.**

*Bibliografía*

José Ortega y Gasset, “Renán: Teoría de lo verosímil. III”, de *Personas, obras, cosas* (1916), en *Obras completas*, I, pp. 453-455

Louis Josserand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950). El presente volumen constituye la traducción del texto especialmente completado y revisado por el prof. André Brun de la obra francesa de Louis Josserand *Cours de Droit civil positif Français*, sobre la tercera ed. de la misma publicada por Librairie du Recueil Sirey, Société anonyme, 22 rue Soufflot, Paris V<sup>e</sup>, 1938, y comprende la Segunda Parte del tomo I de dicha obra. Esp. p. 144.

Hortelano, *El amor y la familia en las nuevas perspectivas cristianas* (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1975), pp. 44-45. En Fosar “El matrimonio religioso. . .”, p. 73

Huizing, “Indisolubilidad matrimonial y regulaciones de la Iglesia”, *Revista Concilium*. Ediciones Cristiandad. Tomo III, 1968, p. 208. En Fosar, art. cit. p. 73

López Azpitarte, *Sexualidad y matrimonio hoy* (Santander: Editorial Sal Terrae, 1975), p. 303. En Fosar, art. cit.

Amando de Miguel, *El miedo a la igualdad. Varones y mujeres en una sociedad machista* (Barcelona: Ediciones Grijalbo, S.A., 1975), pp. 226-227. En Fosar, art. cit.

Emilio Reus, “El matrimonio civil y el divorcio”, *RGLJ*. Publicada por don José Reus y García con la colaboración de distinguidos juristas y publicistas. Año XXVIII. Tomo LVII (Madrid, 1880), pp. 210-224.

Juan Iglesias Santos, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*. Sexta edición revisada y aumentada (Barcelona: Ariel, 1972), esp. pp. 547-548

Juan Antonio Arias Bonet, “El matrimonio en el Derecho romano”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XIII (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1962), pp. 5-23. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 10 de diciembre, 1957.

Fritz Schulz, *Classical Roman Law*. En Juan A. Arias Bonet, loc. cit.

TEMA 6. Divorcio y nulidad. Primera recapitulación. 1. Insuficiencia metodológica canonista y realidad. 2. Divorcio y vocación tendencial del hombre como última razón de su existencia. 3. Divorcio y Derecho natural

*Bibliografía*

Coleridge, *Biographia Literaria*. Chapter XIV: "Occasion of the *Lyrical Ballads*, and the objects originally proposed.- Preface to the second edition.- The ensuing controversy, its causes and acrimony – Philosophic definition of a poem and poetry with scholia", en *The Norton Anthology of English Literature*. 2nd. ed. Vol. II (New York: W.W. Norton & Company, 1968), pp. 275-276

José Ortega y Gasset, "Para los niños españoles": Texto escrito por J. Ortega y Gasset para su inclusión en el volumen *Nuestra Raza*, libro de lectura manuscrita escolar. Editorial Hispano Americana (Reus, 1928) en *Obras completas*, tomo IX, pp. 437-438

Francisco de A. Sancho Rebullida, "Consideraciones sobre el fundamento jurídico de la indisolubilidad del matrimonio", en *Estudios de Derecho civil* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1978), pp. 317-324

Louis Josserand, *Derecho civil*. Tomo I. Vol. II, *cit.*, esp. pp. 139; 141-142; 143-144

*TEMA 7.* Tratamiento doctrinal de la problemática en nuestro inmediato pasado. 1 La Constitución española y el matrimonio. 2. Las cosas como estaban desde siempre. 3. Las cosas como siguieron estando, pero delatadas críticamente para propiciar un cambio. 4. Las cosas como no deberían estar ya nunca más

### *Bibliografía*

Oscar Alzaga Villaamil [Catedrático de Derecho político. Abogado. Diputado por Madrid en el Congreso], *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid: Ediciones del Toro, 1978), esp. pp. 284-287

*Declaración Universal de Derechos Humanos.* Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Art. 16., en *Textos internacionales de Derechos Humanos.* Ed. por Javier Hervada y José M. Zumaquero (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1978), esp. pp. 146; 569-570

Angel Mestres Tibau, “A propósito de las II Jornadas de Derecho Matrimonial”, *Revista Jurídica de Cataluña*, año LXXVII, 3, (julio-septiembre, 1978), pp. 241-249

José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación: Guía legal práctica para todos* (Barcelona: De Vecchi, 1971)

*Universidad a Distancia: Derecho canónico.* Unidad didáctica 15. Introducción, preparada por los profesores López Alarcón; Navarro Valls (Derecho matrimonial); Bernárdez Cantón (Relaciones entre la Iglesia y el Estado). Coordinador del equipo docente: Dr. D. Alberto de la Hera. Madrid: UNED, 1974

Mariano López Alarcón, “Matrimonio civil y matrimonio canónico: Ordenamiento actual en España y legislación comparada”, *Pretor*, 98 (octubre-diciembre, 1977), pp. 5-35; esp. pp. 6-7

Díaz de Guijarro, “Un concubinato civil con matrimonio religioso”, en *Jurisprudencia argentina*, III (1958), p. 490. En Mariano López Alarcón, art. cit

Iribarne, *El matrimonio civil comparado con el canónico* (Buenos Aires, 1965), p. 54. En Mariano López Alarcón, art. cit.

Enrique Fosar Benlloch, “Metodología interdisciplinaria para analizar la realidad matrimonial”, *RCDI*, año LII (septiembre-octubre), nº 516

Naquet, *La loi du divorce* (Paris, 1903). En Navarro Valls, *Estudios. . .* p. 215

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil* [Según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del T.S. de justicia], y el *Código*

*civil e Historia general de la legislación española*. Tomo quinto (segunda ed.), vol. 1º. *Derecho de familia* (Madrid, 1898), pp. 407-408

Monseñor León del Amo [Prelado Doméstico de Su Santidad. Defensor del Vínculo del Tribunal de la Rota Española], *Los matrimonios civiles durante la República: Problemas que plantean* (Madrid: EDERSA, 1954), esp. p. 77

Luis Díez-Picazo, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *RGLJ*, año CX. Segunda época. Tomo XLIX (junio, 1962), pp. 771-792

José Ortega y Gasset, *Meditaciones del Quijote*, en *Obras* (Madrid: Espasa Calpe, 1932), p. 12.

**TEMA 8.** Paradojas recientes. La violación sexual en el matrimonio: sensacionalismo y Derecho. Bizantinismo y divorcio. La regulación jurídico-normativa del matrimonio y su negligencia permisiva.

*Bibliografía*

Jesús Díez del Corral Rivas, “El matrimonio civil en España, hoy”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I (Madrid: Tecnos, 1976), pp. 537-565, esp. pp. 545-546

Manuel Villar Ortiz, “El funcionamiento del Tribunal diocesano de Brooklyn”, en *El consentimiento matrimonial hoy*. Obra en colaboración de varios especialistas: Trabajos de la XV Semana de Derecho Canónico (Barcelona: Banchs Editor, 1976), pp. 313-320

José María Serrano Ruiz, “Aspectos jurídico-canónicos del amor conyugal en las causas de nulidad de matrimonio”, *RGLJ*, año CXXV, 1 (julio, 1976), pp. 5-28, esp. p. 25

Inmaculada de la Fuente, “Boda ayer, divorcio mañana”. Suplemento dominical de *El País*, 20 de mayo, 1979 (Madrid), pp. 28-35

Excmo. Sr. D. Cirilo Álvarez Martínez, “Del divorcio”. Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en la recepción pública del Excmo. Sr. D. Cirilo Álvarez Martínez, el domingo 13 de junio de 1875, *RGLJ*. Año XXIII. Tomo XLVII (Madrid, 1875), pp. 5-26, y esp. pp. 10-11

M. Trehillar, “Esposé des motifs du titre VI du Code civil, du divorce, Seance de Conseil de Etát, 19 Ventose, an 11”. En Cirilo Álvarez Martínez, *loc. cit.*

Juan José González Rus, *La violación en el Código penal español*. Tesis doctoral. 2 vols (Granada: Facultad de Derecho, 1978). Vid. en especial “La violación conyugal”, vol. I, pp. 470-482

Manuel de la Cámara Álvarez “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *Anuario de derecho civil*. Tomo XXII, fasc. I (enero-marzo, 1969), 2, pp. 3-127, y esp. pp. 7-10

## TEMA 9. Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio. Algunos precedentes.

### *Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio”, *RCDI*, Año LIX (noviembre-diciembre, 1983), 559, pp. 1.435-1.450

Bernardo Moreno Quesada, “Sentido social en la transformación de las instituciones civiles”. Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Granada el día 6 de febrero de 1958. Granada: Escuela Social de Granada, 1958. Publicaciones de la Escuela Social de Granada, XXXII.

Celestino Cano Tello, “El derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada”, *RCDI*, 533 (julio-agosto, 1979), pp. 787-808, esp. p. 797

J.A. Doral García, *Noción de orden público en el Derecho civil español* (Pamplona, 1967). En Cano Tello, *loc. cit.*

Enrique Ruiz Vadillo, “La excepción de orden público en el matrimonio y la situación político-social y jurídica actual a través de la Constitución” (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de abril de 1979 sobre celebración de matrimonio civil entre española y extranjero divorciado), *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (abril-junio, 1979), pp. 23-33

José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona: Ed. de Vecchi, S.A., 1971), esp. pp. 56-67

Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XXII (enero-marzo, 1969), pp. 3-127; esp. pp. 7-10

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Instituciones de Derecho civil*. Vol. II (Madrid: Tecnos, 1974), pp. 417-418

Roberto Blanquer Uberos (Notario), con la colaboración de José Luis Martínez Gil y Vicente-Luis Simó Santonja (Notarios), “Los efectos del divorcio, de la separación de cuerpos y de la separación de hecho sobre las personas y los patrimonios en Derecho comparado”. XI Congreso Internacional del Notariado Latino, Atenas 1971, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los congresos internacionales del Notariado latino* (Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975), pp. 717-784, y esp. p. 784

Bernardo Alonso Rodríguez [Fiscal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España], “Notas sobre las causas de separación conyugal”, *Pretor*, 98 (octubre-diciembre, 1977), pp. 37-72, esp. pp. 64-65.

Víctor Manuel Garrido Palma [Notario de Madrid], “Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975”. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Academia granadina del Notariado, *Boletín de Información* (julio-agosto, 1976. Suplemento extraordinario), pp. 81-119, esp. p. 87. Temas

desarrollados en las XIV Jornadas Notariales organizadas el presente año por el Ilustre Colegio Notarial de Albacete, celebradas del 25 al 30 de junio de 1976

Elías Izquierdo Montoro, “El abogado ante la separación de hecho”, *RGLJ*. Año CXX, 6, (junio, 1971), pp. 781-842; esp. pp. 785-786

Ramón Faus Esteve, “La separación de hecho en el matrimonio”. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado. Tomo II. 2ª ed (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1950), pp. 293-365

Louis Josserand, *Derecho civil*. Revisado y completado por André Brun. Tomo I. Vol. II. *La familia*. Trad. de Santiago Cunchillos y Manterola (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1950), esp. p. 210

José Luis Lacruz Berdejo, *Manual de Derecho civil. Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979), esp. p. 229

Francisco de Lucas Fernández [Notario de Madrid], “Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio”, *Pretor*. Año XXVI. Segunda época, 101 (julio-septiembre, 1978), pp. 5-60

Antonio Pérez Sanz [Notario de Cuenca], “La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges”, *Boletín de Información*. Suplemento extra (julio-agosto, 1976), pp. 3-80, esp. p. 64. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Publicaciones de la Academia granadina del Notariado.

Enrique Taulet Rodríguez-Lueso, “La separación de hecho en el matrimonio”, *Boletín de Información*. Año XXXII, nº 1.149. Madrid: Ministerio de Justicia: Órgano Oficial del Departamento (15 de noviembre, 1978), pp. 3-12, y esp. pp. 4, 7, 9-10 y 11.

María Telo Núñez, “Situación jurídica de la mujer. Perspectiva de futuro”. Constituye el texto de la ponencia presentada al Congreso-Seminario de la Asociación Internacional de Jóvenes Juristas, celebrado en Madrid durante los días 13 a 19 de diciembre de 1976, *Pretor*, 94, (octubre-diciembre, 1976), pp. 133-154, esp. p. 143

Concesión de pensión de viudedad. Magistratura de Trabajo nº 15. Sentencia del 10 de marzo de 1979, en *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXXVIII, 1 (enero-marzo, 1979), pp. 205-207. Jurisprudencia

Concesión de pensión de viudedad. Jaén. Magistratura de Trabajo nº 2. Autos nºs 661/79, S - 365/2 (Es copia)

Sentencia Tribunal Constitucional. Separación de hecho. *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXXVII, fasc. IV (octubre-diciembre, 1984), pp. 1.183-1.186

Sentencia Audiencia Territorial de Granada, de 11 de diciembre 1979. Separación conyugal.

Xavier Bastida Corral, “A propósito de las llamadas 'separaciones consensuales' ”, *Revista jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1976), pp. 125 y ss.

Eduardo Estrada Alonso, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español* (Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1986)

M<sup>a</sup> Ángeles Félix Ballesta [Profesora Titular de Derecho canónico. Univ. de Barcelona], “Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio”, *Revista jurídica de Cataluña*. Año LXXXIV, 1, (Barcelona, 1985), pp. 187-197

Enrique Fosar Benlloch, *Estudios de Derecho de familia*. Tomo III. *Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España* (Barcelona: Bosch, 1985)

Antonio Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. 3 vols (Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1973). En Enrique Ruiz Vadillo, *loc. cit.* [sobre la noción de orden público]

Jurisprudencia del T.S. Civil. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid a 24 de octubre de 1979. *Boletín de Información*. Año XXXIII, 1.185, pp. 20-22. Madrid: Ministerio de Justicia, 15 de noviembre, 1979 [Sobre la noción de orden público].

Jurisprudencia comentada del T.S. Sentencia de 31 de marzo, 1964. “Matrimonio: prueba de la separación de hecho”. *Revista de Derecho privado* (julio-agosto, 1964), pp. 669 y ss

Jurisprudencia comentada del T.S. Sentencia de 28 febrero 1969. “Separación de hecho mutuamente consentida. La separación de hecho mutuamente consentida y el derecho a percibir alimentos”. *RCDI*, 475 (noviembre-diciembre, 1969), pp. 1.699 y ss.

Aida Kemelmajer de Carlucci, *Separación de hecho entre cónyuges* (Buenos Aires: Astrea, 1978) [Reseñado en] *Revista Notarial*, 843. Año 85 (República Argentina: La Plata, 1979), p. 549

Mariano López Alarcón, “La separación personal de los cónyuges como presupuesto del divorcio”. *La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año II, nº 321. 29 de diciembre, 1981

Real Decreto-Ley 22/1979 de 29 de diciembre, por el que se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación matrimonial. *BOE* 5 de enero, 1980, pp. 260-261

Sentencias en apelación de las Audiencias provinciales: En materia civil y penal: 1977: Segundo semestre. Recopilación, selección y ordenación realizada por la Secretaría técnica de la Presidencia del T.S. (Madrid: Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, 1978)

Medidas provisionales de separación matrimonial, n<sup>os</sup> 533-544, pp. 309-315,

Nº 543: Medidas provisionales de separación matrimonial. Separación convencional, pp. 314-315. Sentencia de 3 de diciembre, 1977, dictada en Valencia y siendo ponente don Julio Gallardo Lamas.

Luis Zanón Masdeu, *La separación matrimonial de hecho*. Colección De Iure et Vita (Barcelona: Editorial Hispano-europea, 1974), esp. pp. 1-2

*TEMA 10.* Impudicia y proceso. Segunda recapitulación: Derecho civil y confesionalidad.

*Bibliografía*

María Telo Núñez, “Situación jurídica de la mujer. . .”, cit., esp. p. 140

Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho. . .”, cit., esp. pp. 7-10

José María Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio. . .*, cit., esp. pp. 136-137

Tomás Ramos Orea, “El jurista y la perspectiva: Reflexiones sobre Derecho matrimonial”, *RCDI*, 564. Año LX (septiembre-octubre, 1984), pp. 1.073-1.153

*TEMA 11. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Posición contractualista. Doctrina española. 1. Contrato / Negocio jurídico*

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “El matrimonio: Contribución al esclarecimiento de su verdadera naturaleza jurídica”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.370 y 1.371 (5 y 15 de enero, 1985), pp. 3-21 y 3-22 respectivam.

Manuel Albaladejo, *Derecho civil I: Introducción y Parte general* (Barcelona: Librería Bosch, 1970), p. 440 26. [Negocios familiares y patrimoniales]

- - - - - *Instituciones de Derecho civil. II. Derecho de bienes, familia y sucesiones*. 2<sup>a</sup> ed. (Barcelona: Bosch, 1975), pp. 383-384 [2. Naturaleza del acto creador del matrimonio]

José M<sup>a</sup> Alemany Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación* (Barcelona: De Vecchi, 1971), pp. 7-8

José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo quinto. *Derecho de familia*. Vol. I. *Relaciones conyugales*. 9<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez (Madrid: Reus, S.A., 1976), pp. 105-108 [Naturaleza jurídica del matrimonio]

Alfonso de Cossío, *Instituciones de Derecho civil. 2. Derechos reales. Derechos de familia y Sucesiones* (Madrid: Alianza Editorial, 1975), pp. 730-731 [Naturaleza jurídica del matrimonio]

Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, *RGLJ*, año CX (junio, 1962). Segunda época. Tomo XLIX (212 de la colección), pp. 771-792, esp. pp. 778-780 y *passim*

Gabriel García Cantero, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 31. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

Florencio García Goyena y Joaquín Aguirre, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos*. Comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, por el ilustrísimo señor don Florencio García Goyena y don Joaquín Aguirre, Doctor y Catedrático de la Universidad de Madrid. Tomo I (Madrid: I. Boix, editor, 1841), p. 29. Parte civil. Libro I. De las personas. Título IV. Del matrimonio.

Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tercera edición. Tomo Primero. (Madrid: Librería de Sánchez, 1871), pp. 361-362 [De la naturaleza del matrimonio]

José Luis Lacruz Berdejo, *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*. Tratado teórico-práctico de Derecho civil. Tomo IV, vol 1<sup>o</sup>. Con la colaboración en los caps. II a IV de Francisco de Asís Sancho Rebullida (Barcelona: Bosch, 1963), pp. 37-38

José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo IV. Vol. I. *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes* (Barcelona: Bosch, 1972) pp. 27-28 [2. El matrimonio como constitución y como contrato]

Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol. I. *Teoría general del matrimonio* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953), pp. 31-34

Royo Martínez, *Derecho de familia*, p. 29. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

Enrique Ruiz Vadillo, *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*. 7ª ed. Modificada, ampliada y puesta al día. Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil (Bilbao: Editorial Ochoa, 1973-1974), p. 566

Tribunal Supremo. Sentencia de 12 de junio de 1969. Civil. Ponente: Excmo. Sr. D. Baltasar Rull Villar. *Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia*, p. 3423

3896 – AT Zaragoza. Sentencia 10 de mayo, 1983. Ponente: Sr. Mur Linares. En *La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año V, nº 856. Madrid, viernes 20 de enero 1984.

Tomás Ramos Orea, “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *RCDI*, 571 (noviembre-diciembre, 1985), pp. 1.581-1.592

José Bonet Correa, “Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de separación matrimonial y divorcio”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXXVI, fasc. III (octubre-diciembre, 1983), pp. 1.181 y ss., esp. p. 1.181

*TEMA 12. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Posición contractualista: Doctrina española. 2. Contrato y/o sacramento*

*Bibliografía*

Miguel Aisa Goñi. “Nuevas perspectivas en las causas de nulidad matrimonial”, *Revista jurídica de Cataluña*. Año LXXV, 2 (abril-junio, 1976), pp. 37-52 [B. La visión contractualista del matrimonio]

*Enciclopedia jurídica española* [con] minuciosos índices cronológicos y alfabéticos por Luis Montón y Ocampo, Lorenzo María Alier y Cassi, Enrique Oliver Rodríguez, y Juan Torres Ballesté, abogados, con la colaboración de eminentes juristas, profesores y publicistas. Publicación autorizada por R.O. de 4 de junio de 1910. Tomo vigésimo segundo (Barcelona: Francisco Seix, editor), pp. 1-17 [De la naturaleza del matrimonio. Art. 1º]

Juan José García Faílde, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXXVII, nº 1 (enero-marzo, 1978), pp. 45-64, esp. 45-46

Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, *Elementos del Derecho civil y penal de España*. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Novena ed. nuevamente corregida y aumentada por los autores. Tomo primero (Madrid: Librería de Sánchez, 1870), p. 365

Eugenio de Tapia, *Febrero novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*. Refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros, por D. Eugenio de Tapia, abogado de los reales consejos. Tomo primero. Con superior permiso (Valencia: en la imprenta de Ildefonso Mompié, año 1828), p. 15

Luis Zanón Masdeu, *La separación matrimonial de hecho*. Colección de Iure et Vita (Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974), pp. 1-2

TEMA 13. *Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Posición contractualista. Doctrina extranjera.*

*Bibliografía*

Domenico Barbero, *Sistema de Derecho privado. II. Derechos de la personalidad. Derecho de familia. Derechos reales*. El presente volumen constituye la traducción de la obra italiana *Sistema del diritto privato italiano*, 6ª ed., revisada y aumentada en sus parágrafos 328 a 610, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962. Trad. de Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1967), pp. 34-39

Julien Bonnecase, *Elementos de Derecho civil*. Trad. por el Lic. José Mª Cajica Jr. con la colaboración del Lic. Jerónimo González. Tomo III y último. *Regímenes matrimoniales y Derecho de las Sucesiones*. Biblioteca jurídico-sociológica. Vol. XV (Puebla, México: Editorial José M. Cajica, Jr., 1946), p. 124 y pp. 206-207

Heinrich Brunner, *Historia del Derecho germánico*. Según la octava edición alemana de Claudius von Schwerin. Traducida y anotada por José Luis Álvarez López. Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales (Barcelona: Labor, 1936), pp. 224-225 [IV. El Derecho de familia. 52. El matrimonio]

Cimbali, *La nueva fase del Derecho civil*, n<sup>os</sup> 72-73. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

*Código civil general austriaco*, en *Información jurídica*, n<sup>os</sup> 288-289 (mayo-junio). Madrid: ministerio de Justicia. Comisión de Legislación Extranjera, 1967

Josserand, *Derecho civil*, Tomo I. Vol. II. *La familia*, cit., pp. 15-16

Planiol y Ripert, *Traité pratique*, t. II., n<sup>o</sup> 69, p. 55 y ss. En Castán, *loc. cit.*, p. 105-108

Hans Planitz, *Principios de Derecho privado germánico*. Traducción directa de la 3ª ed. alemana por Carlos Melón Infante, Dr. en Derecho, colaborador científico del Instituto Nacional de Estudios jurídicos. Prólogo a la versión española por el Dr. D. Alfonso García Gallo (Barcelona: Bosch, 1957), p. 289. Título original: *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*. Dritte um gearbeitete Auflage. Tomo V de la *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*.

Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*. Prólogo, trad. y concordancia al Derecho español por F. Villavicencio, catedrático de Derecho civil. Enciclopedia de Ciencias jurídicas y sociales. Sección Ciencias jurídicas (Editorial Labor, S.A., 1953), pp. 538-539. Título de la obra original: *Istituzioni di diritto privato*. VI edizione (Pavia, 1951)

Von Tuhr, *Derecho civil*. Trad. de Ravá. Tomo II, p. 165. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

*TEMA 14. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Posición institucionalista. Doctrina española. Doctrina extranjera.*

*Bibliografía*

Francisco Bonet, *Compendio de Derecho civil*. Tomo IV (Madrid, 1960), p. 58. En Puig Brutau, *loc. cit.*, pp. 27-28

De la Cámara Álvarez, “Ante la reforma del Derecho de familia”, *cit.*, p. 22

Manuel Giménez Fernández, *La institución matrimonial: Según el Derecho de la Iglesia católica* (Madrid: CSIC. Instituto Francisco de Vitoria, 1943), pp. 49-55

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*. Tomo quinto (segunda edición), vol. 1º *Derecho de familia* (Madrid, 1898), pp. 309-400; y p. 402

Jean Carbonnier, *Derecho civil*. Traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al Derecho español por Manuel María Zorrilla Ruiz. T. I., vol. II. *Situaciones familiares y cuasi familiares* (Barcelona: Bosch, 1961), p. 16 y ss., esp. p. 20. Título de la edición original: *Droit civil*. Tome premier: *Institutions judiciaires et Droit Civil* (Paris: Presses Universitaires de France)

Planiol, *Traité élémentaire*, I, nº 757, p. 290. En Espín Cánovas, *Manual de Derecho civil español*. Vol. IV. *Familia* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1956), pp. 15-19. Vid. vol. IV, ed. 1975, “Naturaleza jurídica”, pp. 18-21

*Código civil de Puerto Rico*. Estudio Preliminar de Félix Ochoteco, Jr., Ex-Presidente del Colegio de Abogados de Puerto Rico (Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1960). Título III. Cap. primero. Art. 68

## TEMA 15. *Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Otras posiciones*

### *Bibliografía*

[Acto administrativo] Ranieri, “Il concetto di matrimonio como negozio giuridico di diritto pubblico”, *Rivista diritto pubblico*, 1920, p. 25 y 488. En Espín Cánovas, *loc. cit*

[Acto complejo] [Arcangelli, Vassalli, Ruggiero] en Ruggiero y Maroi, *Istituzioni*, 6ª ed., vol I, p. 256. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho civil*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol. I (11) (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962), pp. 75-107, esp- 75-76

[Acto-Condición-Acuerdo] Alfred Coste-Floret [Docteur en Droit. Avocat a la Cour d’Apel de Montpellier], *La Nature Juridique du Mariage: Ce qu’elle dans le Code civil; ce qu’elle devrait être* (Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935), p. 240

[Acto, consorcio y Sacramento] Modesto Falcón, *El Derecho civil español, común y foral: Continuación de la exposición doctrinal del Derecho civil español*. Sexta edición. Tomo I (Barcelona, 1901), pp. 144-146

[Acto y convención] [De Diego, en] *Diccionario de Derecho Privado*. Tomo II. G-Z. Reimpresión (Barcelona: Labor, 1961), p. 2617.

[Acto jurídico familiar nominado] Díaz de Guijarro, “El acto jurídico familiar” y “Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, t. VI, p. 189 y ss. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

[Acto natural, acto moral, acto jurídico, acto religioso] Emilio Reus, “El matrimonio civil y el divorcio”, *RGLJ*. Publicada por don José Reus y García con la colaboración de distinguidos juristas y publicistas. Año vigésimo-octavo. Tomo LVII (Madrid, 1880), pp. 211 y pp. 218-219

[Acto unilateral del Estado] Cicu, *El Derecho de familia*. Trad. de Sentís (Buenos Aires, 1974), pp. 308 y ss. En Castán, *loc. cit.*, pp. 105-108

[Comunidad de vida] Eduardo Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, *RGLJ*, 3 (marzo, 1976), pp. 237-284, esp. pp. 239-241

[Vínculo] Hugo E. Gatti, “Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges”, *RGLJ*, año CVII. Segunda época. Tomo XXXIX (207 de la colección), n<sup>os</sup> 1-2 (julio-agosto, 1959), pp. 7-140, esp. 7-8

Lehmann, *Tratado*. Trad. española, IV, p. 21. En Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, *cit.*

[Contrato obligatorio propio] Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Koenigsberg, 1797), p. 107. En M.F.C. de Savigny, *Sistema de Derecho romano actual*.

Vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley [Profesores de Derecho Romano en la Institución Libre de Enseñanza], y precedido de un prólogo de D. Manuel Durán y Bas [Cat. de Derecho en la Univ. de Barcelona], 2ª edición. Tomo segundo [6 tomos la obra completa] Madrid: Centro editorial de Góngora, c/ San Bernardo, 50, s/a, pp. 338-339

*TEMA 16. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Refutaciones y revisiones recíprocas de las posiciones enunciadas. I. De las tesis contractualistas.*

*Bibliografía*

Albaladejo, *Instituciones de Derecho civil. II. Derecho de bienes, familia y sucesiones*. 2ª ed (Barcelona: Bosch, 1975), pp. 383-384

Alemaný Gal-Boguñá, *Todo sobre matrimonio y separación*, cit., pp. 7-8

De la Cámara Álvarez, “Ante la reforma del Derecho de familia”, cit., p. 22

Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, cit. pp. 105-108

Alfonso de Cossío, *Instituciones de Derecho civil. 2. Derechos reales*, cit., pp. 730-731

*Diccionario de Derecho privado*, cit., p. 2.617.

Díez-Picazo, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, cit. pp. 778-780

Espín Cánovas, *Manual de Derecho civil español. IV. Familia*, ed. 1975, pp. 18-21

Giménez Fernández, *La institución matrimonial*, cit., pp. 49-55

Lacruz Berdejo, *Derecho de familia*. Tomo IV., vol. 1º, cit. pp. 37-38

Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español. Tomo II. Derecho de familia*. Vol. I, cit. pp. 31-34

Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, cit. pp. 239-241

Barbero, *Sistema de Derecho privado*. II., cit. pp. 34-39

Carbonnier, *Derecho civil*, cit., p. 16 y ss.

Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*, cit. pp. 538-539

*TEMA 17. Sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. Refutaciones y revisiones recíprocas de las posiciones enunciadas. II. De las tesis institucionalistas. III. De las otras posiciones.*

*Bibliografía*

[*Sobre las tesis institucionalistas*]

Carbonnier, *Derecho civil*, cit., p. 20

Josserand, *Derecho civil*, Tomo I., vol. II, cit., pp. 16-17

[*Sobre las otras posiciones*]

[Respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del Estado, y del acto complejo]

Díez-Picazo, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, cit., pp. 778-780 y *passim*

[Respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del Estado, y del acto complejo]

Lacruz Berdejo, *Derecho de familia: El matrimonio y su economía*, cit. pp. 37-38

[Respecto del acto complejo]

Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*, cit. p. 31 y ss.

[Respecto de las teorías del acto administrativo, del acto unilateral del Estado, y del acto complejo]

Barbero, *Sistema de Derecho privado*, cit., pp. 34-39

[Respecto del acto complejo]

Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*, cit. pp. 538-539

*TEMA 18.* Consideraciones críticas al esquema de posiciones sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

*Bibliografía*

Consúltese la sugerida para los temas anteriores sobre “La naturaleza jurídica del matrimonio”, y además:

Joaquín Garrigues, *Temas de Derecho vivo* (Madrid: Tecnos, 1978), esp. p. 355

Julio Germán von Kirchmann, “El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho”. Título del original alemán “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft”. Primera ed. alemana, 1847; primera edición castellana, 1949. Traducción directa por Werner Goldsmidt. En Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, *La ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1949), pp. 25-286; esp. pp. 267-268.

Francisco Ferrara, *Teorías de las personas jurídicas*. Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros. Vol. CXXXIV (Madrid: Editorial Reus, 1929), p. 6

*TEMA 19. Tratamiento negocial del matrimonio. Teoría general del contrato. Principio de la autonomía de la voluntad. consentimiento como fundamentación general del nacimiento del contrato. Papel de la voluntad (consentimiento) en la relación (situación) nacida del contrato.*

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “Autonomía de la voluntad y consentimiento. Letra de la ley y deber ser jurídico”, *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia. Año XXXIX, n<sup>os</sup> 1.401 y 1.402 (15 y 25 de noviembre, 1985), pp. 3-19

Loevinger, *Una introducción a la lógica jurídica*, en “El Derecho y el órgano supremo de administración de justicia”, *Revista jurídica de Cataluña*, ‘Pórtico’ (enero-marzo, 1978), pp. 3-4

Manuel Albaladejo, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. 1<sup>o</sup>. *La obligación y el contrato en general*. 4<sup>a</sup> ed (Barcelona: Librería Bosch, 1977), esp. pp. 371 y pp. 374-375

Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), esp. p. 179

Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado*, cit., esp. p. 393

Luis Díez-Picazo, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII, fasc. 2 (1969), p. 384. En Antonio Reverte Navarro, *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid: EDERSA, 1975), p. 3

----- *Lecciones de Derecho civil*. II (Universidad de Valencia: Facultad de Derecho, 1965), esp. p. 424

Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1970), esp. p. 9

Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* [expuesto conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.], traducido de la séptima edición italiana y anotado con arreglo a las legislaciones española y americanas por la Redacción de la *RGLJ* y precedido de una introducción del Excmo. Sr. D. Eduardo Dato Iradier, Director de la expresada Revista. Vol. VII (Madrid: Hijos de Reus, editores, 1912), esp. p. 396

Puig Peña, “Declaración de voluntad”, en *Nueva Enciclopedia jurídica*, cit. Tomo VI (Barcelona: Francisco Seix, Editor, 1954), pp. 283-290, esp. p. 286

M<sup>a</sup> del Carmen Gete-Alonso y Calera, *Estructura y función del tipo contractual*. Prólogo del Dr. D. Agustín Luna Serrano (Barcelona: Bosch, 1979), esp. pp. 238-239

Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*. Tomo X (Madrid: Instituto nacional de Estudios jurídicos, 1967), esp. pp. 67-68

Antonio Gullón Ballesteros, *Curso de Derecho civil: El negocio jurídico* (Madrid: Tecnos, 1969), esp. pp. 33-34

*Revista jurídica de Cataluña*. Jurisprudencia (abril-junio, 1979), pp. 65-66. Sentencia de 27 de febrero, 1979. Sala 1<sup>a</sup>. Ponente: D. Luis Bernardez

TEMA 20. *Tratamiento negocial del matrimonio. Teoría general del contrato. Límites y excepciones: Ley, moral y orden público. Su concepto y evolución según presupuestos interdisciplinarios.*

*Bibliografía*

Luis Díez-Picazo, “El negocio jurídico del Derecho de familia”, cit. pp. 778-780

----- *Lecciones de Derecho civil II.*, cit., p. 24

Antonio Pérez Sanz, “La situación jurídica de la mujer casada, derechos y deberes de los cónyuges”, cit.

Albaladejo, *Derecho civil II.*, cit., pp. 371; 374-375; 472-473

Betti, *Teoría general de las obligaciones*, cit., p. 9

Mucius Scaevola, *Código civil comentado y concordado*, t. XIX (Madrid, 1902), p. 673, en Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos.* . cit., p. 185

Rotondi, *Instituciones*, cit., pp. 393-394

TEMA 21. *Tratamiento negocial del matrimonio. Teoría general del contrato. Letra de la ley y deber ser jurídico*

*Bibliografía*

*Circulares y consultas.* Ministerio de Justicia. Dirección General de los Registros y del Notariado. Registros civiles. Fe de vida y estado. Circular de 16 de noviembre de 1984, sobre expediente de fe de vida y estado. *Boletín de Información.* Año XXXVIII, 1.367 (Madrid, 5 de diciembre, 1984), pp. 20-21

Francisco Luces Gil, *Derecho Registral civil. Con modelos y formularios.* 2ª ed. actualizada (Barcelona: Bosch, 1980), esp. pp. 190-205

Eduardo Pérez Pascual, “La menor edad en el matrimonio”, *Anuario de Derecho civil.* Tomo XXXVII, fasc. III (julio-septiembre, 1984), pp. 749-792, esp. p. 751

Jesús Díez del Corral Rivas, *Lecciones prácticas sobre Registro civil* (Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1983), esp. p. 11

Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho civil.* 1. *Introducción al Derecho civil.* II. 1. *Derecho de la persona.* 4ª ed (Madrid: Instituto de Estudios políticos, 1968), esp. p. 204

Rafael Navarro Valls, *Estudios de Derecho matrimonial* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1977), esp. p. 219

José Alfredo Caballero Gea, *Los expedientes del Registro civil. Síntesis y ordenación de las Resoluciones de la Dirección General de los RR y del Notariado* (Pamplona: Aranzadi, 1980), esp. pp. 42-44

TEMA 22. *Tratamiento negocial del matrimonio.*- Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente: A efectos de resolución y a efectos de diferenciación entre acto constitutivo del matrimonio y relación creada como consecuencia de ese acto.- Tipología genérica I.

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* (Madrid, julio-diciembre, 1981), nº 113-114, pp. 239-274

[Contratos de ejecución periódica]

Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º. La obligación y el contrato en general.* 4ª ed (Barcelona: Bosch, 1977), esp. p. 427

Álvarez Vigaray, “Los contratos aleatorios”, *ADC* (1968), p. 629 y ss. En Albaladejo, *loc. cit.*

[Contratos de tracto sucesivo, prestación continuada e ininterrumpida]

Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada, 1972), p. 232

[Contrato de tracto sucesivo y de dependencia de futuro]

Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II, cit.*, pp. 424-438

[Contratos de suministro periódico, a largo plazo, de tracto sucesivo, y de ejecución muy diferida]

Jaime Santos Briz, *Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1975), pp. 197-199

[Contratos bilaterales, onerosos, conmutativos, y de ejecución diferida o de ejecución sucesiva que, al mismo tiempo, tengan un fin peculiar]

Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato.* Prólogo de Luis Díez-Picazo (Madrid: Tecnos, 1968), p. 261

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil. Tomo quinto (2ª ed). Vol. 1º. Derecho de familia* (Madrid, 1898), pp. 407-408

Víctor M. Garrido Palma, “Las capitulaciones y el régimen económico-matrimonial después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975”, *Boletín de información* (julio-agosto, 1976, suplemento extraordinario), pp. 81-119, y esp. pp. 87-88 y 90

Josserand, *Derecho civil*. Tomo I. Vol. II. *La familia*, cit. pp. 17-18

*TEMA 23. Tratamiento negocial del matrimonio.-* Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente: A efectos de resolución y a efectos de diferenciación entre acto constitutivo del matrimonio y relación creada como consecuencia de ese acto.- Tipología genérica II.

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* 113-114 (Madrid, julio-diciembre, 1981), pp. 239-274

[Contratos de ejecución continuada o periódica]

Messineo, *Doctrina general del contrato*. II. (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952), esp. pp. 333-335 y p. 449

[Contratos estipulados ‘intuitu personae’]

Tomás Ramos Orea, “El principio ‘intuitu personae’ como configurador del contrato de matrimonio”, *Boletín de información*. Año XLI, nº 1.451 (5 de abril, 1987), pp. 395-431

Luis Díez-Picazo, “Las variaciones en el contrato de obra y en las obras contratadas”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño* (Salamanca, 1984), esp. pp. 147-150

Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. 2 vols. Madrid, 1852. Vol II, pp. 18-19 y p. 21 esp.

Benito Gutiérrez Fernández, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tomo cuarto. *Tratado de las obligaciones*. 2ª ed. Madrid: Librería de Sánchez, 1871), esp. p. 36.

Felipe Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*. Tomo cuarto. Segunda edición reformada, corregida y aumentada. *Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación* (Madrid: Sucesores de Rivadeneyra, 1899), esp. p. 194

Quintus Mucius Scaevola, *Código civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo XX (Madrid: Sociedad Editorial española, 1904), esp. p. 625

José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo tercero. *Derecho de obligaciones: La obligación y el contrato en general*. Undécima edición. Revisada, puesta al día por Gabriel García Cantero (Madrid: Reus, 1974), esp. p. 459

J. Santamaría [Magistrado], *Comentarios al Código civil*. Con la colaboración de José Luis Santamaría Cristóbal. Vol. II. Art. 1.088 a Disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón (Madrid: EDERSA, 1958), esp. p. 281

Vittorino Pietrobbon, *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por Mariano Alonso Pérez (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1971), esp. pp. 605-606; 637-638

*Nueva Enciclopedia jurídica*. Tomo V. Preparado por Buenaventura Pellisé Prats (Barcelona: Francisco Seix, 1953), pp. 314-315

Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV. *Obligaciones y contratos*. Vol. II. 2ª ed (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1973), esp. p. 73.

Bartolomeo Dusi, *Istituzioni di Diritto Civile*. Quinta Edizione aggiornata da Alberto Montel. Secondo volume (Torino: G. Giappichelli, 1951 [1922]), esp. p. 133

Francesco Messineo, *Contratto*. Voci estratte dall' Enciclopedia del Diritto (Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1961), esp. pp. 17 y 189.

Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Traducción y notas de la 1ª edición italiana por la Redacción (Barcelona: Dux, s/a), esp. pp. 126-127

Domenico Rubino, *L'Appalto*. Seconda edizione riveduta e corretta (Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1951), esp. p. 63, y *passim* pp. 62-65

Renato Scognamiglio, *Contratti in generale*. Seconda edizione (Milano, 1966 [1961]), esp. pp. 72-73

Jean Carbonnier, *Derecho civil*, cit. Tomo II. Vol. II. *El Derecho de las obligaciones y la situación contractual* (Barcelona: Bosch, 1971), esp. pp. 201-202.

Raymon Célice, *El error en los contratos*. Trad. de César Camargo y Marín (Madrid: Góngora, s/a), esp. p. 157 y pp. 159-160

Ambrosio Colin y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo tercero: *Teoría general de las obligaciones* (Madrid, 1924), esp. pp. 569-570

Louis Josserand, *Derecho civil*. Tomo II. Vol. I. *Teoría general de las obligaciones*, cit. esp., pp. 57-58 y p. 59

----- *Derecho civil*. Tomo II. Vol. II. *Contratos*, esp. pp. 255 y 353

Marcel Planiol & Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*. 2<sup>e</sup> edition. Tome VI. *Obligations* (Paris, 1952), esp. p. 216

*Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano* (Madrid: Librería de don Leocadio López, Editor, 1877). Tomo II. Título XXIX, esp. p. 401

*Cuerpo del Derecho civil romano* (Barcelona: Jaime Molinas, editor, 1889). Tomo I. *Instituta*, libro III, título XXIX (XXX), esp. p. 123

*El Digesto del Emperador Justiniano*. Tomo III (Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1874), esp. p. 454

*TEMA 24. Tratamiento negocial del matrimonio.-* Matrimonio en el Derecho romano y matrimonio posterior: Aspectos contrastivos

*Bibliografía*

Juan Iglesias Santos, *Derecho romano: Instituciones de Derecho privado*. Sexta edición revisada y aumentada (Barcelona: Ariel, 1972), pp. 547-548

Juan A. Arias Bonet, “El matrimonio en el Derecho romano”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XIII (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1962), pp. 5-23

Mariano Alonso Pérez, “Matrimonio civil y divorcio”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vázquez* (Madrid: EDERSA, 1978), p. 42

Diego Espín Cánovas, *Manual de Derecho civil*. Vol. IV. *Familia* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1956), pp. 15-19. Hay edición de 1975 de la misma obra

Manuel J. García Garrido, “La convivencia en la concepción romana del matrimonio”, en *Homenaje al Profesor Giménez Fernández*

Paul Jörs, *Derecho privado romano*. Edición totalmente refundida por Wolfgang Kunkel. Trad. de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro (Barcelona: Labor, 1937), esp. pp. 385-386

José Luis Lacruz Berdejo, *Manual de Derecho civil: Precedido de una introducción al Derecho* (Barcelona: Bosch, 1979), esp. p. 222

Eduardo Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, *RGLJ*, 3, (marzo, 1976), pp. 239-241

Lehmann, *Tratado*, p. 211. En Vázquez Bote, *loc. cit.*, p. 241

Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo II. *Derecho de familia*. Vol. I (Madrid, 1953), pp. 31-34

Víctor Reina, *El consentimiento matrimonial: Sus anomalías y vicios como causas de nulidad* (Barcelona: Editorial Ariel, 1974), p. 18

Amadeo de Fuenmayor, “La separación conyugal no contenciosa en el Derecho español”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. I. (Madrid: Editorial Tecnos, 1976), pp. 587-618

Gabriel Le Bras, ‘Prefacio’ a la obra colectiva *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporaine*. I. (Paris, 1952), p. IV. En Amadeo de Fuenmayor, *loc. cit.*, p. 589

Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho Notarial*, 113-114 (julio-diciembre, 1981), pp. 239-274

*TEMA 25. Tratamiento negocial del matrimonio.-* Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente: A efectos de resolución y a efectos de diferenciación entre acto constitutivo del matrimonio y relación creada como consecuencia de ese acto.- Tipología específica: Matrimonio y sociedad (similitudes y divergencias de dos tipos contractuales)

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “Matrimonio y otros contratos: Aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *Revista de Derecho notarial* 113-114 (julio-diciembre, 1981), pp. 239-274

Manuel de la Cámara Álvarez, “Ante la reforma del Derecho de familia”, *cit.*, p. 22

José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. 9ª ed (Madrid, 1969), esp. pp. 521-522; 541 y 547

Ribelles, “¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de sociedades civiles o mercantiles?”, *RCDI* (1943), pp. 600 y ss. En Castán, *loc. cit.*, p. 547

Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II* (Valencia, 1965), *cit.*, pp. 424 y ss.

Francisco Ferrara, *Teorías de las Personas Jurídicas*. Traducida de la segunda edición revisada italiana, por Eduardo Ovejero y Maury (Madrid: Editorial Reus, 1929), pp. 443-444

Mons. Dr. Juan José García Faílde, “Por una acertada concepción del matrimonio”, *Revista jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1978), pp. 45-46

Louis Josserand, *Derecho civil. Tomo I. Vol. II.*, *cit.*, pp. 15-16 [cita en *nota* 6]

----- Tomo II. Vol. II, p. 255

Karl Larenz, *Derecho civil. Parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, abogado (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1978), p. 182. Edición original alemana: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. 3ª ed., 1975

José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español. Tomo XI* (Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1905), p. 246

Quintus Mucius Scaevola, *Código civil. Tomo XXV. Primera edición* (Madrid: Editorial Reus, 1933), p. 287

Troplong, *Du contrat de société civile et commerciale*, t. I., nº 1, p. 6ª y ss. En Quintus Mucius Scaevola, *loc. cit.*, p. 287

*TEMA 26 Tratamiento negocial del matrimonio.- Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro. Distintos supuestos de resolución. I. Mutuo disenso.*

*Bibliografía*

Manuel Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º. La obligación y el contrato en general*. 4ª ed (Barcelona, 1977), pp. 472-473

Rafael Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pp. 179-180

Luis Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II.*, cit., pp. 424 y ss.

Vicente Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*. Prólogo de Luis Díez-Picazo (Madrid: Tecnos, 1968), pp. 241 y ss

Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno* (Madrid: Hijos de Reus, editores, 1912), cit., pp. 396-399

Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*. Tomo II (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1970), cit., pp. 332-333

Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952). II., cit., pp. 333-335

Mario Rotondi, *Instituciones de Derecho privado* (Editorial Labor, S.A., 1953), cit. pp. 393-394

Jurisprudencia. Civil. Matrimonio / Carácter contractual.- Disolución por mutuo disenso – Divorcio – Cese de convivencia por cinco años.- Pensión.- Pacto entre cónyuges.- Doctrina de los actos propios. 3896.- AT Zaragoza S 10 mayo, 1983. Ponente: Sr. Mur Linares. *La Ley*. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año V, nº 856. Madrid, viernes 20 de enero, 1984.

Tomás Ramos Orea, “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución”, *Revista de Derecho Notarial*, 140 (abril-junio, 1988), pp. 283-311

*TEMA 27. Tratamiento negocial del matrimonio.- Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro. II. Otros supuestos de resolubilidad.*

*Bibliografía*

[Alteración de las circunstancias básicas]

Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, cit. pp. 460-461

[Art. 1.124 del Código civil. Contexto, doctrina y jurisprudencia]

*1. Imposibilidad sobrevenida de la prestación*

Albaladejo, *Derecho civil. II.*, cit. pp. 104-105

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II.*, cit., pp. 424 y ss.

*2. Voluntad rebelde al cumplimiento*

Albaladejo, *Derecho civil. II.*, cit. pp. 105-106

*3. Contratos que comportan obligaciones recíprocas*

Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos. . .*, cit., pp. 83 y 109

*4. Jurisprudencia sobre el art. 1.124 del Código civil*

Castán, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo tercero. 11ª ed. (Madrid, 1974), pp. 111-117

Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*. 4ª ed. (Barcelona, 1977), pp. 105 y 106-115

Santos Briz, *Derecho civil: Teoría y práctica*. Tomo III (Madrid, 1975), p. 130 y ss.

Sentencias del T.S., comentadas:

- a) Interpretación del art. 1.124 del Código civil. Sentencia del T.S. 4 de marzo de 1975, *Anuario de Derecho civil* (abril-junio, 1976), p. 582
- b) Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria. Sentencia del T.S. 28 de noviembre, 1961, *Revista de Derecho privado* (enero, 1962), p. 51 y ss.
- c) Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria. Sentencia del T.S. 20 de septiembre, 1965, *Revista de Derecho privado* (diciembre, 1965), p. 1.129

Otras sentencias comentadas que hemos consultado directamente:

- d) Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria. Sus requisitos. Sentencia del T.S. 15 de abril, 1963, *Revista de Derecho privado* (julio-agosto, 1963), p. 685
- e) Obligaciones bilaterales: Acción resolutoria. Sentencia del T.S. de 25 de octubre, 1963, *Revista de Derecho privado* (marzo, 1964), p. 227
- f) Obligaciones bilaterales: Sus efectos. Sentencia del T.S. de 21 de noviembre, 1963 *Revista de Derecho privado* (abril, 1964), p. 308
- g) Obligaciones bilaterales. Derecho de opción concedido al perjudicado. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia del T.S. de 30 de noviembre 1963, *Revista de Derecho privado* (abril, 1964), p. 309
- h) Obligaciones bilaterales. Acción resolutoria. Queda al arbitrio del juzgador de instancia la apreciación de las vulneraciones contractuales. Sentencia del T.S. de 1 de julio 1964, *Revista de Derecho privado* (octubre, 1964), pp. 865 y ss.
- i) Obligaciones bilaterales. Acción resolutoria. La determinación del incumplidor es facultad del Tribunal 'a quo'. Sentencia del T.S. de 14 de mayo 1965, *Revista de Derecho privado* (diciembre, 1965), pp. 1.128 y ss.
- j) Obligaciones bilaterales. Acción resolutoria. No puede ejercitarla el incumplidor. Sentencia del T.S. de 26 abril, 1976, *Revista de Derecho privado* (julio-agosto, 1977), p. 550
- k) Resolución de obligaciones recíprocas. Indemnización de daños y perjuicios. Art. 1.124 del Código civil. Sentencia del T.S. de 21 de junio de 1977. *Revista de Derecho privado* (enero, 1978), p. 1.127

##### 5. *Desaparición de la base del negocio.*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*. II., cit., pp. 424 y ss.

Santos Briz, *Derecho civil: Teoría y práctica*, cit., pp. 197 y ss.

##### 6. *Cláusula 'rebus sic stantibus'*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*. II., cit., pp. 424 y ss.

Santos Briz, *Derecho civil: Teoría y práctica*, cit., p. 197

##### 7. *Teoría de la imprevisión de circunstancias sobrevenidas.*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil*. II, p. 424 y ss.

##### 8. *Frustración del fin del contrato.*

Espert Sanz, *La frustración del fin del contrato*, cit., pp. 241 y ss. y p. 261

Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II., vol. I (Barcelona, 1954), p. 310 [sobre 'anomalías atípicas']

9. *El agotamiento natural del contrato*

Messineo, *Doctrina general del contrato*, cit. II., p. 449

10. *Posición de la jurisprudencia española obre las teorías que fundamentan la revisión del contrato en supuestos de alteración de las circunstancias*

Santos Briz, *Derecho civil: Teoría y práctica*, cit. pp. 197-199

Tomás Ramos Orea, "Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: Distintos supuestos de resolución", *Revista de Derecho Notarial*, 140 (abril-junio, 1988), pp. 283-311

*TEMA 28. Tratamiento negocial del matrimonio.- Matrimonio como negocio jurídico complejo o típicamente sui generis. Entrada en juego plena del elemento de publicación.*

*Bibliografía*

Ramón Duran Rivacoba, *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico (Con arreglo a la reforma del Reglamento del Registro Civil de 29 de agosto de 1986)*. Madrid: Montecorvo, 1988, esp. pp. 338-339

Lehmann, *Tratado*, p. 211. En Eduardo Vázquez Bote, “Notas sobre el matrimonio en Derecho puertorriqueño”, *RGLJ*, 3 (marzo, 1976), esp. p. 241

Tomás Ramos Orea, “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. Año LXI, nº 571 (noviembre-diciembre, 1985), pp. 1.581-1.590, esp. 1.584

*1. Autonomía de la voluntad, consentimiento y mutuo disenso.*

Albaladejo, *derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Volumen 1º. La obligación y el contrato en general*. 4ª ed., cit., esp. pp. 371; 374-375; 472-473

*2. Concepto de tercero*

Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias* (Madrid: Tecnos, 1970), p. 262

Ramón María Roca Sastre, *Derecho hipotecario*. 6ª ed. Tomo I (Barcelona: Bosch, Casa editorial, 1968), pp. 640 y ss.

*3. Producción de efectos del contrato respecto de terceros.*

Albaladejo, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Vol. 1º*, cit. p. 451

*4. Eficacia del contrato respecto de terceros.*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II* (Valencia, 1965), cit. p. 167

*5. La relatividad de la eficacia del contrato. El contrato no es jamás indiferente a terceros*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II*. cit., pp. 167 y ss.

*6. La eficacia inmediata del contrato para terceros*

Díez-Picazo, *Lecciones de Derecho civil. II.*, cit., pp. 167-169

*7. Efectos directos, reflejos o indirectos de los contratos en los terceros*

Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, cit. pp. 640 y ss.

8. *Efectos de la resolución convencional frente a los terceros.*

Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento* (Granada: Universidad de Granada, 1972), p. 180

9. *Derechos del tercero ante el mutuo disenso.*

Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato. II* (Buenos Aires, 1952), pp. 333-335

**TEMA 29.** Interpretación de la norma.- Proceso conducente a la declaración de disolución vincular y/o nulidad del matrimonio.

*Bibliografía*

“La reforma del Derecho de familia”. ‘Pórtico’, en *Revista jurídica de Cataluña* (enero-marzo, 1980), p. 4

Tomás Ramos Orea, “Deontología y hermenéutica: Argumentos y aspectos en los Arts. 145, 147 y 216 del Reglamento Notarial”, *Revista de Derecho Notarial*, 132 (abril-junio, 1986), pp. 395-431

*1. Planteamiento y finalismo*

Antonio Rodríguez Adrados, “La reforma de 1984 y el instrumento público”, en *Reglamento Notarial*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (Guadalajara, 1984), pp. V-XXXV

- - - - - “Cuestiones de técnica notarial en materia de Actas”, *Revista de Derecho notarial*, 136. Año XXXIV (abril-junio, 1987), esp. p. 213

Francisco de Lucas Fernández, “Actuaciones notariales anteriores y posteriores al matrimonio”, *Pretor*, año XXVI, segunda época, 101, (julio-septiembre, 1978), pp. 5-60, esp. 33

*2. Moral y buenas costumbres. Ecosistema vivencial y jurídico.*

Luigi Ferri, *La autonomía privada* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1969), esp. pp. 405-406

José M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, *Derecho y ética* (Madrid: Tecnos, 1972), esp. p. 39

Johannes Messner, *Ética: Social, política y económica: A la luz del Derecho natural* (Madrid: Ediciones Rialp, 1967), esp. p. 87

Joaquín Calvo Álvarez, *Orden público y factor religioso en la Constitución española* (Pamplona: EUNSA, 1983), esp. p. 277

Jurisprudencia del T.S. Civil. Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero. En Madrid, a 24 de octubre de 1979. *Boletín de Información*, año XXXIII, nº 1.185. Ministerio de Justicia. (Madrid, 15 de noviembre de 1979), pp. 20-22

“Moral, moralidad”. *Diccionario de Ciencias sociales*. II. Redactado bajo el patrocinio de la UNESCO (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976), p. 266

Durkheim, *De la división del trabajo social* (Buenos Aires: Schapire, 1967), esp. p. 338. En *Diccionario de Ciencias sociales*, II, cit., p. 266

3. *Afectación de los principios antedichos a la praxis concreta del Derecho notarial. El supuesto específico y su tratamiento por algunos autores*

Jesús Díez del Corral Rivas, “El matrimonio civil en España, hoy”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. I. (Madrid: Tecnos, 1976), pp. 537-565, esp. pp. 545-546

Francisco de Lucas Fernández, *art. cit.*, pp. 16-18; y p. 20

Pedro Ávila Álvarez, *Estudios de Derecho Notarial*. 5ª ed. (Madrid: Editorial Montecorvo, 1982), esp. p. 366

Enrique Giménez-Arnau, *Derecho Notarial* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1976), esp. pp. 769-771

4. *Búsqueda del más genuino espíritu de la norma.*

Manuel de la Cámara Álvarez, “La separación de hecho y la sociedad de gananciales”, *Anuario de Derecho civil*. Tomo XXII, fascs. I-II (enero-marzo, 1969), pp. 3-127, esp. pp. 20 y 21

----- “La Reforma Española del Derecho de familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos”. Conferencia pronunciada en el Instituto Español de Cultura en Viena, el 23 de mayo de 1980. *La Notaría*. Boletín informativo, nº 1, primer trimestre 1980 (Barcelona: Colegio Notarial de Barcelona), pp. 43-68, esp. p. 52

5. *Otras tentativas de aproximación hermenéutica.*

Pascuale Fiore, *De la retroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. 3ª ed. corregida (Madrid: Editorial Reus, 1927), esp. pp. 550;568; 579; 588-589; 592-593

Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción y prólogo por José Luis de los Mozos (Madrid: EDERSA, 1975), esp. pp. 96-97. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoría generale e dogmatica)*. 2ª ed. reveduta e ampliata a cura de Giuliano Grifó (Milano, 1971)

*TEMA 30.* Juego de motivaciones, finalismos y resultados virtuales (intereses, beneficios y/o lesiones) que el contrato matrimonial despliega

*Bibliografía*

Tomás Ramos Orea, “La formulación indagatoria *cui prodest?*, y el principio del abuso de Derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio”, *Revista de Derecho privado* (septiembre, 1989), pp. 743-755

*1. Planteamiento. Antecedentes doctrinales y delimitación del asunto.*

Manuel de la Cámara Álvarez, “La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia”. Separata nº 9 del *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*. Granada: Ilustre Colegio Notarial (mayo, 1986), esp. ‘Introducción’, pp. 7-13

José Ángel Martínez Sanchiz, “Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia”. Ponencia de la Delegación española para el I Tema del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1986), en *Revista de Derecho Notarial*, 132 (abril-junio, 1986), esp. p. 13

*2. La esencia indagatoria del principio cui prodest? Concordancia del tema con la esfera de aplicación del art. 1.266 del Código civil.*

Demófilo de Buen, *Derecho civil común*. 3ª ed. enteramente revisada. 2 vols (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1936)

*3. Los contenidos de privacidad y publicidad deducibles de la naturaleza de los contratos*

José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II. 2ª ed. ampliada y puesta al día. Vol. I. *Doctrina general del contrato* (Barcelona: Bosch, 1978), esp. p. 11

Juan Ossorio Morales, “Notas para una teoría general del contrato”, *Revista de Derecho privado* (1965), p. 1.074. En Puig Brutau, *Fundamentos*. . . , cit., p. 11

*4. Aproximación previa al concepto histórico de enriquecimiento injusto.*

Ambrosio Colin y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*. Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la RGLJ, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo de Buen. Tomo III. *Teoría general de las obligaciones* (Madrid: Editorial Reus, S.A., 1924), esp. p. 839

ibidem [Demófilo de Buen] Notas al Libro Segundo (Título I. Parte segunda. Capítulo II). Sección II, p. 859

*5. Asedio interpretativo a los requisitos diferenciados de objeto y causa*

José Melich Orsini, “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XXXVII, fasc. I (enero-marzo, 1984), esp. p. 5

Samuel Gili y Gaya, *Curso superior de sintaxis española*. 6ª ed. (Barcelona: Publicaciones y ediciones Spes, S.A., 1958), esp. pp. 232-233

Ramón María Roca Sastre [con la colaboración de José Puig Brutau], *Estudios de Derecho privado*. I. *Obligaciones y contratos* (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1948), esp. p. 49

Puig Brutau, *Fundamentos*. . . cit., pp. 32; 114; 124 especialmente

M.S. Mason, “The Utility of Consideration: A Comparative View”, *Columbia Law Review* (may, 1941), p. 827. En Puig Brutau, *Fundamentos*. . . ., cit. p. 130

Sentencia de 6 de diciembre de 1947 (Aranzadi, nº 1.359). En Puig Brutau, *Fundamentos*. . . , cit., p. 142

#### 6. *Ámbito referencia de los cuasicontratos y de la estipulación en favor de tercero*

Aranzadi, *Legislación civil. Código civil*. 2ª ed (Pamplona, 1975), pp. 1.285-1.286

Roca Sastre, *Estudios*. . . cit., pp. 210 y 219

#### 7. *Las nociones de enriquecimiento injusto y de abuso de derecho. Algunos testimonios de la doctrina moderna*

Roca Sastre, *Estudios*. . . , cit., pp. 485 y 487

José Antonio Álvarez Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa* (Santiago de Compostela, 1979), esp. pp. 13-14 y p. 17

[García Goyena, sobre el art. 1891] *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* (Madrid, 1852), p. 242. En Álvarez de Caperochipi, *loc. cit.*, 18

Ángel Carrasco Perea, “Restitución de provechos” (I), *Anuario de Derecho civil*. T. XL, fasc. IV (octubre-diciembre, 1987), p. 1.062

id., “Restitución de provechos” (y II), *Anuario de Derecho civil*, t. XLI, fasc. I (enero-marzo, 1988), p. 6

Luis Díez-Picazo, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. Manuel de la Cámara Álvarez, “Contestación”. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987. 212 pgs. [Reseñado por] Luis Humberto Clavería Gosálvez, *Anuario de Derecho civil* (octubre-diciembre, 1987), pp. 1.301-1.307

Quintus Mucius Scaevola, *Código civil*. Redactado por R. Núñez Lagos, t. XXX, arts. 1.887 a 1.901. Vol. II, III. *Cobro de lo indebido*. IV. *Enriquecimiento sin causa* (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1961), pp. 391 y 507

Bonnecase, *suplément au Traité de Droit Civil de Baudry-Lacantinerie*, t. I, cap. V, “Où en est le droit civil?”, en el vol. *La cité moderne et les transformations du droit*, p. 60. En Mucius Scaevola, *loc. cit.*, p. 379





TOMÁS RAMOS OREA (Alcalá de Henares 1936) es doctor en Filosofía y Letras desde 1961 por la Universidad de Madrid, y doctor en Derecho desde 1980 por la de Granada (filólogo entre juristas y jurista entre filólogos). Y desde siempre, poeta. Pasó los veranos enteros de 1957 y 1958 en Oxford (Inglaterra) trabajando de obrero manual polivalente y versátil, y practicando y aprendiendo más inglés. Dio clases de lengua y literatura españolas en un Instituto de Segunda Enseñanza de Market Harborough (también en Inglaterra) durante el curso escolar completo 1959-1960. Ya con el título de Doctor – y al tiempo que estudiaba con avidez – profesó en Universidades USA y canadienses, 1961-1971. Además de un libro de memorias *Un castellano en Granada* sobre sus menesteres como docente–investigador en el Departamento de Filología inglesa de la Universidad de dicha ciudad en España, y de un volumen de *Prosas cosmopolitas*, el resto fundamental de su producción creativa en prosa, hasta el momento y en

razón de los diez libros ya aparecidos, se acomoda bajo el título general de *Mujeres, lugares, fechas...*, sobre viajes de aventura por más de 70 países y/o parajes de las cinco partes del mundo. Su novela *Amor se dice obitcham en búlgaro* discurre, asimismo, sobre asuntos y peripecias de una excursión por Bulgaria, Turquía y Rumanía.

Sabedor de que sólo en la palabra radica la realidad de las cosas, Tomás Ramos Orea, tras muchos afanes, ha conseguido cerrar las dos mitades – viajes y Literatura – de su círculo vital, al otorgar cobertura literaria a las situaciones cuya geografía emocional constituye el objeto de su obra.

Su entera producción poética se contiene, hasta la fecha, en el volumen *Poesía (Reunida y ordenada, 1954-2007)*, Madrid : 2008.

Tomás Ramos Orea está dejando su impronta en la narrativa de viajes, aventuras y encuentros (Memorias); en la creación poética; en la traducción de textos poéticos ingleses; en la crítica y el ensayo literarios, y en la metodología valorativa en la enseñanza e investigación de la literatura, de un lado; junto con la investigación jurídica, de otro, constituyendo con estos cinco campos de señalada independencia entre sí –y acaso con exclusividad en toda España, que sepamos– uno de los muestrarios más completos de producción académica en nuestro país.

ISBN: 931544