

HACIA LA CONTRACTUALIZACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

*Vladimir Monsalve Caballero**

RESUMEN

Nunca la estructura jurídica del núcleo familiar había sufrido en los últimos años, transformaciones tan permanentes y profundas como las que ha tenido en la actualidad, lo cual ha hecho sin duda que dentro del derecho privado sea esta una de las ramas más dinámicas del ordenamiento jurídico internacional. Dentro de la cultura jurídica latina, es en el Estado español, donde más evidentes y radicales han sido las modificaciones en la legislación civil, proponiendo entre otros la admisibilidad del divorcio unilateral sin justa causa y sin un plazo de reflexión, la autorización para la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo entre otros; cambios éstos sin precedentes jurídicos en Europa, y promulgados dentro de acalorados debates entre grupos conservadores abanderados por la Iglesia católica, los grupos que exigen una reivindicación de unos derechos de igualdad constitucional como lo son los colectivos de homosexuales, asociaciones de mujeres y otros grupos y minorías, situación ésta que sin duda hacen imprescindible una reflexión sobre un debate ya suscitado en el siglo XVIII y principios del siglo XIX sobre el origen y naturaleza del matrimonio, al precisar si es una institución estatal regulada por sus normas, o si por el contrario está supeditada a la voluntad de las partes.

Palabras clave: contrato, derecho canónico, sacramento, matrimonio, elementos esenciales, consentimiento, derecho romano, *affectio*

Fecha de recepción: 22 de septiembre de 2005
Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2005

* Abogado Universidad Santo Tomas- Bucaramanga, especialista en derecho comercial y financiero de la Universidad Católica de Colombia- Bogotá, doctorado en derecho privado de la Universidad de Salamanca.

maritales, consensus codificación, Código Civil francés, derecho germánico, *Bürgerliches Gesetz Buch* —BGB—, negocio jurídico, institución, divorcio, nulidad, principios contractuales, resolución, indemnización de perjuicios, indemnización contractual.

TOWARDS A MATRIMONIAL CONTRACTUAL LINK

ABSTRACT

The juridical structure of family law has never suffered such profound and permanent changes as it has done in present times, making it without a question one of the most dynamic branches of the international legal set of rules. Among the Latin juridical culture, it's in the Spanish State where more radical and evident civil legislation modifications have taken place, suggesting among other figures the acceptance of unilateral divorce with no cause and with no reflection term and same-sex marriages; these changes have no legal precedents in Europe and have been promulgated as the result of heated debates among conservative groups leaded by the Catholic Church, groups demanding a vindication of rights of constitutional equality as those of homosexuals, women associations and other groups and minorities, a situation that makes indispensable a reflection on debates already initiated in the XVIII Century and at the beginning of the XIX Century on the origin and nature of matrimony, in clarifying whether it is a State institution regulated by its rules or if on the contrary is subjected to the parties will.

Key words: *contract, canonical law, sacrament, marriage, essential elements, consent, roman law, affectio maritales, consensus, code, French civil code, Germanic lawt, BGB, juridical business, institution, divorce, nullity, contractual principles, resolution, compensation of damages, contractual compensation.*

SUMARIO

PRESENTACIÓN

1. EL MATRIMONIO Y EL DEBATE CONTRACTUAL
 - 1.1. Influencia del Derecho canónico y su legislación
 - 1.1.1. Características especiales del contrato matrimonial
 - 1.1.2. El consentimiento en el matrimonio canónico
 - 1.1.3. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio
 - 1.2. Del derecho romano a los principios contractualistas
 - 1.3. Los civilistas en el antiguo derecho y el siglo de las codificaciones
 - 1.4. La naturaleza contractual para los franceses
 - 1.4.1. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio
 - 1.5. El derecho germánico y su influencia en el matrimonio
 - 1.5.1. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio
2. HACIA UNA PERSPECTIVA DEL CONTRATO MATRIMONIAL
 - 2.1. El caso colombiano
 - 2.1.1. La validez contractual
 - 2.1.1.1. Requisitos dirimentes o de fondo
 - 2.1.1.2. Frente a la capacidad
 - 2.1.1.3. Frente al consentimiento
 - 2.1.1.4. Frente al objeto lícito y causa lícita
 - 2.1.2. Requisitos dirimentes especiales
 - 2.1.2.1. Requisitos dirimentes positivos
 - 2.1.2.2. Requisitos dirimentes negativos
3. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO
 - 3.1. Del derecho español al derecho criollo
 - 3.2. El matrimonio y la teoría del negocio jurídico
 - 3.2.1. Elementos de los negocios jurídicos y su aplicación al matrimonio
 - 3.2.1.1. Elementos esenciales
 - 3.2.1.2. Los elementos naturales
 - 3.2.1.3. Elementos accidentales
 - 3.3. Negadores de la teoría contractual
 - 3.3.1. Las tesis negadoras
 - 3.4. El matrimonio como institución
 - 3.5. Tesis de ANTONIO CICU
4. IMPORTANCIA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN ¿MATRIMONIO CONTRATO, NEGOCIO JURÍDICO O INSTITUCIÓN?

- 4.1. De la institucionalización a la fragilización del vínculo matrimonial
- 4.2. Del divorcio a la resolución de los contratos
- 4.3. La duración en los contratos sin plazo y su similitud matrimonial
- 4.4. España un caso particular
- 4.5. La indemnización de perjuicios en derecho español y su relación con la indemnización contractual

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

Es más que lamentable que nuestra generación asiste a una crisis de la familia, sin duda, esta institución, base de la sociedad, no fue discutida en su principio; pero existe una propensión a transformarla, y algunos afirman que hasta a evolucionarla; asistimos a una realidad donde los principios que la rigieron durante siglos padecen su debilitamiento, incluso su ocaso. El espíritu crítico y el “espíritu de igualdad extrema y libre albedrío” han realizado su obra, en este terreno como en los demás, y la familia aparece, no ya como la que vivieron y constituyeron nuestros antepasados, la cual gozaba de una admiración y respeto incluso hasta sagrado, que se beneficiaba de un estatuto propio y protegido por el Estado, dando paso a un criterio cada vez más individualista, donde el hombre al parecer se presenta como un ser que no necesita de los otros seres para desarrollarse.

Este panorama un tanto desolador me condujo a retomar el debate que se suscitó a comienzos del siglo pasado, en el cual participaron en debates y controversias jurídicas, padres del derecho civil como PLANIOL, LACRUZ, GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, CASTAN, CICU, por citar algunos; quienes desde esa época se habían planteado la cuestión de considerar si el matrimonio era un contrato al cual le eran aplicable exclusivamente las normas civiles, o si por el contrario al ser una institución de orden estatal, era el Estado quien entraba a regularlo.

Hasta hace unos años considerábamos que el acto esencial por el que el ser humano disponía de su vida era el matrimonio, ya que sin duda alguna al concebir el vínculo matrimonial siempre relacionábamos con una gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes, el amor, la continuidad de la prole y sobre todo su perpetuidad; pero sin duda en menos de 50 años hemos reformulado estos principios, a tal punto que estamos siendo verdaderos espectadores de una fragilización del vínculo matrimonial, hoy sin duda alguna se predica con más fuerza

incluso que en los siglos pasados la *contractualización* del *vínculo matrimonial*, por lo menos en cuanto se de entrada a la afirmación de que lo hecho por la voluntad individual, por la misma voluntad individual puede ser deshecho haciendo que en la actualidad se pueda asimilar al más simple de los negocios jurídicos totalmente resolubles.

Frente a esta realidad, se aborda este trabajo con el fin de establecer como en la actualidad es aplicable en principio la teoría del negocio jurídico al matrimonio, partiendo de las instituciones romanas, hasta las diferentes escuelas (canónica, francesa, italiana y española) que durante el transcurso de la historia han defendido diferentes posiciones en su mayoría adversas entre sí, teniendo como referencia el ordenamiento colombiano, país del cual soy nacional y cuya legislación en la actualidad considera este núcleo social como una institución eminentemente contractual.

El presente análisis jurídico se fundamenta en un precedente histórico y evolutivo del matrimonio, estudiando, en un principio los orígenes de la relación *contractus* con el matrimonio, su posterior evolución a la luz del derecho canónico, y la influencia del siglo de las codificaciones en su cuerpo contractual. Posteriormente se estudia el matrimonio a la luz de la legislación colombiana, haciendo eso sí no sólo en este punto sino en todo el texto del trabajo, referencia y relevancia a la legislación europea más influyente y vinculada al derecho latino, para terminar con el análisis del negocio jurídico dentro del matrimonio y la influencia que tiene en la actualidad la nueva legislación matrimonial española dentro del tema propuesto.

La presente investigación además pretende demostrar como a pesar que en el caso español, se mantiene la tesis de considerar al matrimonio como una institución, a ésta le son aplicables por expresa disposición legal elementos constitutivos de naturaleza contractual como lo son el consentimiento, la voluntad, la teoría de la validez, principios de la teoría general de los contratos, y la responsabilidad civil, entre otras.

Por tanto, considero que el presente trabajo ofrece una acentuada impronta personal, en la medida que en que ello es posible en el campo del derecho civil, con la pretensión de demostrar la dinámica de las instituciones familiares, ya que como todas

“las grandes instituciones sociales de la humanidad son tan intangibles en su esencia, como variables en sus accidentes”¹.

1 AMOROSO LIMA, ALCEU, “Familia y Estado”, en *Rev. de la Universidad Católica Bolivariana*, vol. VII, junio-julio 1941, n° 21, pág. 3.

1. EL MATRIMONIO Y EL DEBATE CONTRACTUAL

El matrimonio es un hecho universal que deriva de la propia naturaleza humana, podría pensarse que el concepto jurídico del mismo ha de ser muy claro y sencillo. Sin embargo no es así. La noción del matrimonio puede aparecer a primera vista tan intuitiva, tan común a todas las épocas históricas y a todos los países, que no necesite definición ni explicaciones; pero no falta sino estudiar a fondo este instituto para advertir, en la evolución histórica, en el derecho comparado y hasta en los vínculos singulares, tal como se presentan durante el imperio de una misma ley, se advierten los más variados elementos.

Existen y han existido sistemas matrimoniales basados en la más estricta monogamia, al lado de otros que autorizan la poligamia. En algunas legislaciones la indisolubilidad es característica esencial del vínculo, en otras, por el contrario, el matrimonio puede quedar disuelto mediante el divorcio. Muchas no dan relevancia al hecho de que los esposos consumen su unión, pero algunas no consideran perfeccionado el matrimonio sino cuando los cónyuges se han unido sexualmente.

En derecho romano el matrimonio era un hecho, una realidad social que producía consecuencias que el derecho regulaba. La convivencia era la base material de la unión, vivificada por la voluntad de los cónyuges de estar unidos en matrimonio.

Pero fueron realmente los glosadores quienes trajeron al debate la institución matrimonial como un contrato, al considerar que en toda prestación de consentimiento existía un contrato, la concepción contractualista entonces penetró en el derecho de las *Decretales*. Dice BONET que,

“la identificación del *consensus* con el *contractus*, que esta concepción presupone, admitida por los franciscanos (san BUENAVENTURA, DUNS SCOTO), se impuso generalmente a partir del siglo XIV, no obstante el rechazo desde la misma Iglesia, es el caso de los grandes escolásticos dominicanos².

Desde entonces durante cerca de cuatro siglos, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: Se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Era tan aceptado el carácter contractual del matrimonio que en los códigos y diferentes legislaciones promulgadas en los siglos XVI al XVIII, siempre se incluyó si no bien en su definición sí en su características, y obligaciones. (Basta con remitirse al Código francés art. 144 y sigs.) para encontrar sus referencias contractuales.

2 ROUAST, ANDREWS, *La grand scolastique*, La rose, Paris, 1980, pág. 345.

Pero desde principios del siglo XX se ha criticado muy severamente esa concepción y muchos autores han reanunciado a ella para sustituirla por otras ideas, la más extendida de las cuales consiste en considerar el matrimonio como una institución, (tema que se abordará más adelante) aunque en Francia, Italia y la mayoría de América Latina se siga manteniendo la tesis contractual del matrimonio, y su fundamento radica en que la mayoría de los códigos civiles americanos³ se basaron y se basan en la actualidad en el código napoleónico.

Comencemos entonces, por estudiar el derecho canónico, ya que como se anotó anteriormente, fue la Iglesia católica, la que en primer lugar, institucionalizó el matrimonio como un negocio jurídico de carácter contractual.

1.1. Influencia del derecho canónico y su legislación

Frente a épocas donde imperaba la barbarie primitiva, la poliandria, la poligamia, la conquista de las mujeres frente al rapto y la guerra, y su posterior esclavitud, en eras donde se aceptaba la compra de las mujeres y su sometimiento a la voluntad omnímoda de su dueño, aparece el cristianismo como el dignificador del matrimonio. Pues al elevar este vínculo a *sacramento*, derivaría consecuencias fundamentales que en la actualidad subsisten. Y es que al darle una naturaleza sagrada, no sólo los unidos en matrimonio sino la sociedad en general debía respetar y proteger recalando que dicha unión era indisoluble.

Sin duda alguna todo el asunto surge con ocasión al derecho canónico. Para la Iglesia católica, el matrimonio es un contrato y un sacramento, y al dignificar a la mujer, elevándola a la condición de compañera y amiga y ordenando a los maridos guardarles fidelidad y amarlas “como CRISTO amó a la Iglesia” encíclica *Casti connubi*, 17, se sentaban principios de igualdad contractual, claro eso sí investidos de una especial protección divina. Y es que esta materia es la más legislada por el derecho canónico privado: la razón es obvia y se deriva de lo antes tratado, elevado a la condición de sacramento, la intervención de la Iglesia en su celebración y en el juicio de su validez o nulidad era lógica consecuencia.

Si bien las fuentes del derecho canónico arrancan desde el *Pentateuco*, son las decisiones de los concilios (en especial el de Letrán IV de 1215 y el de Trento de

3 Códigos que siguen la estructura del código francés entre otros son: el colombiano, el venezolano, el chileno, el brasileño (hasta los años ochenta), el peruano, el panameño, etc.

1545⁴), las interpretaciones pontificias y la jurisprudencia, las que construyeron, hasta 1917 el Código canónico, toda la doctrina católica del matrimonio⁵.

El Código canónico dice en su canon 1012:

“CRISTO Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento”.

Para los canonistas,

“El matrimonio es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos”⁶.

Para el gran canonista WERNZ-VIDAL⁷ es:

“Es el verdadero y propiamente dicho contrato bilateral celebrado entre varón y hembra y su fin no es otro, que mediante el verdadero y legítimo consentimiento, hacerse entrega de sus cuerpos, en orden a los actos propios de la generación y educación de la prole”.

En él entran todos los elementos esenciales sin los cuales ningún contrato puede existir:

- a) las personas que lo realizan,
- b) el objeto sobre el que versa, y
- c) el consentimiento de la voluntad, que le da ser y forma.

Las personas que lo realizan han de ser por necesidad un hombre y una mujer. El objeto del mismo son los cuerpos de los contrayentes, cuyo dominio se entregan

4 El concilio de Trento de 1545 fijó las reglas generales sobre el matrimonio católico, que una cédula del 12 de julio de 1564 ordena cumplir y ejecutar en España. Ellas se referían a las formalidades previas (amonestaciones y licencias) y simultáneas a la celebración (intervención del párroco, consentimiento de las partes, inexistencia de impedimento y presencia de testigos). Aunque la modificación más profunda que introdujo el concilio de Trento en el derecho matrimonial consistió en transformar en contrato solemne al matrimonio que, hasta entonces, había sido tratado como un contrato consensual.

5 ARIAS, JOSÉ, *Derecho de familia*, Editorial Guillermo Kraf limitada, Buenos Aires, 1985, pág. 86.

6 MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, LORENZO y otros, *Comentarios al Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1990, pág. 387 y sigs.

7 WERNZ, VIDAL, *Derecho canónico*, t. I, Universidad Gregoriana Roma, 1938.

éstos recíprocamente para usar de ellos en orden a la propagación de la especie. El consentimiento ha de ser recíproco y manifestado por signos exteriores⁸.

Al decir que es un contrato legítimo, los doctrinantes canónicos dan a entender que ha de reunir las condiciones que la ley determina. Esta ley es, en primer lugar, la natural y la divina; pero no se excluye la ley positiva humana que dimane de la autoridad competente, la cual, respetando aquellas características que por ley natural y divina son peculiares de este contrato y, como tales, inmutables puede dictar normas nuevas acerca de las personas, de consentimiento, de la forma como ha de celebrarse y de los efectos que del mismo proceden. Estas normas pueden afectar a la validez del contrato matrimonial⁹ pues éste, lo mismo que cualquier contrato, es por su naturaleza, susceptible de ser irritado⁹.

1.1.1. Características especiales del contrato matrimonial

Son:

- a) Por razón de su origen, *es un contrato natural*, esto es, impuesto por la misma naturaleza en bien de todo el género humano.
- b) Por razón del consentimiento, en orden a los efectos que de él se derivan, es éste tan esencial que no hay potestad humana que pueda suplirlo ni tiempo de prescripción que pueda legalizar la unión sin consentimiento.
- c) Por razón de *su objeto principal*, de las obligaciones sustanciales y del efecto primario del mismo, está determinado todo por la naturaleza, de tal suerte que ni los contrayentes ni la potestad social pueden alterar en lo más mínimo lo cual es sustancial en ese contrato.
- d) Por razón de *su estabilidad y duración*, no admite rescisión por mutuo acuerdo de las partes, como la admiten de regla general, los demás contratos.
- e) Por razón de su *excelencia*, *es contrato sagrado y religioso* por su naturaleza, y no simplemente civil.

De su naturaleza de verdadero contrato, y contrato bilateral en el sentido más estricto de la palabra, procede la indivisibilidad del mismo, o sea, que no puede

⁸ *Op. cit.*

⁹ *Op. cit.*

haber contrato válido para una de las partes y nulo para la otra, ni puede una de ellas adquirir más derecho u obligaciones sustanciales que los que a la otra competen.

1.1.2. El consentimiento en el matrimonio canónico

Como ya se dijo, para la ciencia jurídica religiosa, 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 siglo 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 estatus conyugal.

Al respecto el profesor LACRUZ afirmaba:

“El acto constitutivo del vínculo es, ciertamente, un acuerdo de voluntades entre los cónyuges: 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 incompatible con la noción del contrato”¹⁰.

Pero, las diferentes doctrinas canónicas justificaban sus teorías en la importancia que tenía el estado matrimonial hablando de las similitudes que podía tener este contrato con los patrimoniales, considerado como efecto del contrato realizado, es una sociedad permanente, y, como tal, tiene que tener su fin, pues el fin es lo que caracteriza y especifica las sociedades en general. Y como el matrimonio es una sociedad natural instituida por el mismo autor de la naturaleza, Él es también el que ha marcado su fin propio, intrínseco, esencial y específico, que es el fin de la institución misma en sí considerada. A este fin —*finis operis*—, y no al fin particular y personal —*finis operantes*—, que al casarse persiguen de una manera inmediata los contrayentes, es al que se refiere el canon 1013¹¹.

Fundamentan su tesis los canonistas tradicionalmente, en el derecho romano y para demostrarlo suelen citar la regla de ULPIANO: “*Nupcias enim non concubitus, se consensus facit*”¹².

10 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1974, pág. 25.

11 LÓPEZ ORTIZ, JOSÉ, *El Código de Derecho Canónico*, Editorial BAC, Madrid, 1975, pág. 350 y sigs.

12 Porque el matrimonio no lo hace la unión carnal, sino el consentimiento. *Digesto XXXV*, I, 15.

El contrato-sacramento que promulga la Iglesia es sin duda alguna un negocio jurídico *suis generis*, ya que no puede disolverse por acuerdo mutuo de sus partes ni es resoluble por incumplimiento. Al reconocérsele ese carácter sacramental las consecuencias eran fundamentales, pues teniendo el vínculo una naturaleza sagrada, escapa a la voluntad de los esposos su indisolubilidad. Pero sentó el principio moralizador de la celebración del matrimonio requiriendo la libre voluntad de los contrayentes¹³.

Para el profesor argentino GUILLERMO BORDA: los canonistas lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y la mujer, superando los resabios de la *coemptio* y el *usus* romanos y para combatir los matrimonios por conveniencia, hechos por los padres sin consultar la voluntad de los hijos; el matrimonio debía, pues, fundarse en el amor y en la libre decisión de los interesados.

1.1.3. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio

Como ya se explicó, el derecho canónico sigue, acerca de la declaración del consentimiento matrimonial, la teoría voluntarista pura; y por tal circunstancia al estudiar los requisitos de validez y existencia, se aplican los mismos que en la teoría del negocio jurídico conocida por los estados civilizados, por tanto consagran los vicios del consentimiento agregando la ignorancia, por un contrayente (can. 1083) y la exclusión, por acto positivo de la voluntad de una parte o de las dos, del matrimonio mismo, o de todo derecho al acto conyugal, o de alguna propiedad esencial del matrimonio (can. 1086).

Frente al error, acepta que es posible que el acto de la voluntad de los contrayentes esté movido por un conocimiento defectuoso concreto, sea sobre la persona elegida como cónyuge, sea sobre la naturaleza, propiedades y bienes de la institución matrimonial. En ambos casos no hay ignorancia, que supone carencia de conocimiento, sino error, conocimiento exacto. El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio canónico (can. 1083).

Conforme a la fuerza y el miedo, el can. 1087, consagra que es también inválido el matrimonio canónico celebrado por fuerza o por miedo grave inferido injustamente por una causa externa, para librarse de la cual se ponga al contrayente en la precisión de elegir el matrimonio.

13 Con lo que se pretendía combatir no sólo las formas bárbaras de la violencia y la compra, sino también las más evolucionadas pero no menos repudiables de los “matrimonios de conveniencias” concertados por los padres a espaldas de los propios interesados.

En lo que tiene que ver con los requisitos formales para su validez, los cánones se apartan sustancialmente de la mayoría de las legislaciones, ya que al constituir una forma específica de su manifestación se puede ésta presentar de diferentes formas, cuando la mayoría de los ordenamientos sólo reconocen que éste se exprese ante el oficial de registro civil.

El matrimonio canónico en general admite la aplicación de la teoría del negocio jurídico respecto a sus requisitos de validez y existencia (considero que no es necesario entrar a profundizar en esta materia, más cuando se va a tratar en el caso contractual colombiano, institución que retoma literalmente diferentes cánones), basando su legislación canónica en la declaración de la voluntad, en la capacidad de los contrayentes, en la ausencia de vicios, y sobre la licitud del vínculo y finalidad.

1.2. Del derecho romano a los principios contractualistas

El problema de la naturaleza jurídica del matrimonio gira en torno a la discusión, muy viva hasta el siglo pasado en la doctrina, sobre si el matrimonio es o no un contrato, pero frente a las actuales tendencias de la legislación matrimonial considero que el debate toma de nuevo relevancia y por el contrario, aún está todo por desarrollar.

La tesis tradicional de origen canónico, como ya se dijo, afirma el carácter contractual que es negado por amplios sectores de la doctrina moderna civilista y también algunos sectores de la canonista. Pero la mejor exposición de esta controversia exige conocer su punto de partida, es decir, el origen de la teoría contractualista por obra de la ciencia canónica, basada en una interpretación de los textos romanos referentes al matrimonio.

Al respecto nos ilustra muy claramente el profesor ESPIN CANOVAS¹⁴: para el derecho romano, 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 era predominante sobre el material y objetivo,

14 ESPIN CANOVAS, DIEGO, *Derecho civil español*, t. IV, “Familia”, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1972, pág. 19.

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 dos aforismos del *Digesto*. Sobre estos textos se apoyaran más tarde los canonistas para resaltar el carácter contractual del matrimonio. Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición con la cúpula, algunos juristas curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creyeron que el *consensus*, que en los pasajes romanos significó *affectio maritalis*, equivale al acuerdo o convención, es decir, a un contrato.

Así surgió en las escuelas jurídicas medievales la caracterización del matrimonio como contrato, que ha sido la tesis tradicional no sólo de la Iglesia sino en la mayoría de los países *latinos* hasta el siglo XIX, situación ésta que aún continúa latente en la mayoría de los países de América Latina.

1.3. Los civilistas en el antiguo derecho y el siglo de las codificaciones

Se denominó antiguo derecho al que se edificó y aplicó antes a la Revolución francesa, y como se dijo anteriormente, fueron estos juristas los que homogeneizaron la tesis canónica del matrimonio-contrato, pues fue la que les permitió argumentar con cierta lógica, el derecho del Estado de inmiscuirse en la materia matrimonial, ya que el vínculo —como contrato— era un acto civil sometido a la jurisdicción del príncipe; con el mismo fundamento alegaban que la Iglesia sólo debía intervenir en el aspecto sacramental del matrimonio.

En la edad media, inundada de misticismo y predispuesta a los progresos del derecho canónico, cuyo afán, propiciatorio de la continencia, por otra parte, debía reflejarse en él de ejercer y mantener jurisdicción sobre la celebración de matrimonios y sobre las cuestiones de exigibilidad de derechos y deberes, el sostenimiento del vínculo entre marido y mujer llegó a juzgarse como una cuestión de dogma. Ya en el período de conmoción como el de la Revolución francesa, la proclamación del principio de la libertad de cultos llevaba consigo la decisión de separar las formas civiles del matrimonio de las formas religiosas.

Por su parte, estos juristas de la Revolución francesa, continuaron hablando del matrimonio-contrato, aunque bien se cuidaban de agregar que se trataba de un contrato estricta y exclusivamente civil, sin aspectos ni repercusiones de orden religioso, ya que la idea era poner al matrimonio bajo la jurisdicción exclusiva del Estado, y es que al darle esta connotación al matrimonio sin duda alguna como cualquier otro contrato debía estar bajo la jurisdicción de la autoridad civil, perdiendo

de esta forma competencia la Iglesia, cuyo poder habían tenido durante largos lustros. Por otra parte, los juristas más liberales de la Revolución francesa vieron en esta idea un apoyo para el divorcio, pues tratándose de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

Al respecto se afirmaba:

“Con las restricciones emergentes del contrato, los hombres de aquí pueden seguir a los hombres de allá o tomar, si lo prefieren, otro camino (el hombre es libre). Las decisiones que adopten, en todo caso, se habrán inspirado en el interés general y se propondrán concurrir a su servicio (el hombre es razonable)”¹⁵.

Pero también se tenían tesis, no tan liberales como lo fueron las famosas palabras del PORTALIS (consejero de Estado) pronunciadas ante la legislatura francesa sobre el proyecto que proponía como ley de matrimonio y que debidamente sancionado fue el Código napoleónico:

“No es posible que este contrato quede abandonado a la licencia de las pasiones. Los animales son conducidos por una especie de fatalidad: los impulsa el instinto; el instinto los detiene. Sus deseos nacen de sus necesidades, y el término de sus necesidades viene a ser, así, el de sus deseos. Otra cosa ocurre con los hombres, en quienes la imaginación habla cuando la naturaleza calla. La razón y la virtud, que fundan y aseguran la dignidad del hombre dejándole el derecho de ser libre y granjeándole el más que débiles barreras a deseos inmoderados y a pasiones desmedidas. Digámoslo sin temor: si en las cosas sobre las cuales nuestros sentidos pueden ejercer un imperio tiránico, el uso de nuestras fuerzas y nuestras facultades no hubiese sido constantemente regido por las leyes, hace mucho tiempo que el género humano hubiese perecido por los mismos medios que le han sido dados para conservarse y reproducirse. Se ve, pues, porque el matrimonio ha merecido siempre la solicitud de los legisladores...”.

La revolución no se limitaría a legislar sobre la jurisdicción civil en materia de celebración de matrimonio o en materia de subsistencia y efectos del vínculo contraído, sino que se lanzaría a discurrir sobre lo esencial del acto mismo en que se establece la relación. “no ha de reconocérsele sino como un contrato” dispuso expresamente en documentos memorables¹⁶ y se esmeró, pues en exhibir al

15 REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. I, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970, pág. 71.

16 La Constitución francesa de 3-14 de septiembre de 1791 proclamaba: “la ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil”; deja a cada uno el cuidado de ponerse en regla con su religión, cualquiera que ésta sea y siempre que lo juzgue conveniente. Esta concepción civil y laica del matrimonio tenía que pasar al Código Civil’ era una adquisición definitiva.

matrimonio como un estado susceptible de ser referido en toda su integridad al originario acuerdo de voluntades de los contrayentes y de ser regido, en consecuencia simplemente, por las normas ordinarias que el derecho común consagra para régimen de los acuerdos de voluntades constitutivos del comercio jurídico en general.

No se puede olvidar que la revolución estaba inspirada por una filosofía que se apoyaba en los términos individuo-Estado y que operaba con ellos para tomar al primero como expresión de una realidad incoercible y al segundo, como una emanación de la voluntad de los comprendidos en el primero, mal dispuesta debía sentirse respecto de toda clase de entidades intermedias.

1.4. La naturaleza contractual para los franceses

Ya POTHIER en su *Traite du contrat de mariage*, se preguntaba sobre la naturaleza contractual del matrimonio, y al comenzar su famoso tratado escribía¹⁷:

“En efecto me he de ocupar del más importante y más antiguo de todos los contratos, del primero de los contratos celebrados por el hombre y celebrado, pues, en los propios días de la creación (parágrafo 1)”.

En seguida emprende la definición del matrimonio para considerarlo como:

“un contrato revestido de las formalidades que las leyes prescriben y en virtud del cual un hombre y una mujer, hábiles para contraerlo, se obligan recíprocamente, el uno con el otro, a vivir durante su vida en la unión que debe haber entre un esposo y una esposa”.

En seguida afirma:

“Hay dos cosas en el matrimonio: el contrato civil entre el hombre y la mujer que lo estipulan, y el sacramento que se agrega al contrato civil, y al cual el contrato civil sirve de razón (*sujet*) y de materia”.

Lo que no podemos olvidar de POTHIER era su fuerte religiosidad y por esto sin duda alguna, el autor citado, se encuentra fuertemente influenciado por doctrina cristiana de su época¹⁸.

17 POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Traite du contrat de mariage*, Paris, p.j langlois: a durand 1844, XVI.

18 GUTIÉRREZ, CONSTANCIO, *Comentarios al Concilio de Trento. Del sacramento matrimonial*, Universidad Pontificia Cornillas, Madrid, 1995, pág. 36.

PORTALIS, en su “discurso preliminar” del proyecto del Código Civil francés, después de caracterizar al matrimonio como un contrato perpetuo por su destino (siguiendo las orientaciones de la recién promulgada Constitución), indicaba que en semejante convención se estipula no solamente, para sí, sino, también para el Estado o sociedad general del género humano¹⁹.

Para la asamblea legislativa, como para el antiguo derecho —dice por su parte PIERRE RENARD²⁰:

“La expresión contrato civil, significaba que el matrimonio es un acto civil y que incumbe al Estado todo cuanto se refiere a su formación y a sus condiciones de validez”.

En definitiva, considerar que el matrimonio era un contrato, es la tesis tradicional que se ha seguido desde que se separó el matrimonio civil del religioso en Francia, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el oficial del registro civil para unirse en matrimonio. Al respecto encontramos en el Código Civil francés normas como la que continuación se transcriben:

“No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial, art. 146”. Frente al papel preponderante que ocupa el funcionario público, el artículo 165 reza:

“El matrimonio se celebrará públicamente ante el oficial del registro civil del municipio en el que tenga su domicilio uno de los contrayentes o su residencia en la fecha de la publicación prevista por el artículo 63 y, en caso de dispensa de publicación, en la fecha de la dispensa prevista en el artículo 169 siguiente”.

Y es que el Código napoleónico, no sólo le dedicó el término contrato al concepto de matrimonio sino que es frecuente encontrar en apartes tan alejados a su cuerpo reglamentario originario de dicha denominación. Para un ejemplo, el artículo 1558; en efecto, al enumerar casos en que un inmueble dotal puede ser vendido en remate, mediante autorización judicial y después de tres publicaciones, reza en el tercero de sus incisos:

19 PORTALIS, JEAN ETIENNE MARIE, *Discurso preliminar del proyecto del Código Civil francés*, Imprenta Edeval, Valparaíso, Chile, 1978, pág. 245.

20 RENARD, PIERRE, *Le mariage civil, est-il un contrat?*, U. Fribourg, 1940, pág. 39.

“Para pagar deudas de la mujer o de quienes hayan constituido la dote, siempre que tales deudas sean de fecha anterior al contrato de matrimonio”.

Si es el caso podríamos traer los artículos 2194 y 2195 de la misma codificación, al establecerse que ciertas inscripciones de hipoteca producirán su efecto desde *el día del contrato de matrimonio*, o desde la fecha del contrato de matrimonio.

1.4.1. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio

Para la doctrina mayoritaria francesa, el matrimonio por ser un contrato le es aplicable en toda la doctrina general y específica, y por tanto los mismos principios que rigen y orientan las demás instituciones contractuales son aplicables y de competencia total al matrimonio.

Para entrar a estudiar la validez o existencia del matrimonio es necesario remitirnos a las normas especiales del Código napoleónico, que hacen referencia al contrato matrimonial, cumpliendo en todo el principio francés:

“Pas de nullité pour le mariage sans un texte qui la prononce expressément”²¹,

las consagra expresamente: catalogándolas como *saneables e insaneables*.

Las saneables pretenden proteger el interés privado, y el individual del contrayente damnificado con la nulidad como en la mayoría de las legislaciones latinas, en este caso la del matrimonio, son: vicios del consentimiento, incapacidad de los contrayentes, incompetencia del juez.

Las nulidades insaneables a diferencia de las mencionadas, se hallan salvaguardadas en la guarda del orden público, del interés de toda la colectividad, y al igual que aquellas que se encuentran taxativamente consagradas en la ley general de las obligaciones. No pueden subsanarse ni por voluntad de las partes ni por el transcurso del tiempo. En cuanto a las causales que las producen coinciden con los llamados requisitos de fondo negativos. Al respecto considero que al no ser este el tema principal de la investigación propuesta me abstengo de profundizar al respecto.

21 No hay nulidades matrimoniales sin que un texto las consagre expresamente.

1.5. El derecho germánico y su influencia en el matrimonio

Hasta ahora como se ha estudiado, existe una contraposición entre la concepción romana y la francesa, la cual será corroborada por la posición contractual germánica, la cual será expuesta en las siguientes líneas, fundamentando su diferencia entre el hábito y el acto, o entre la posesión y el contrato.

Para los antiguos bávaros, la piedra angular del matrimonio, radicaba en el consentimiento inicial, ya que esta institución es considerada como un contrato; atrás queda la tesis romana del hecho esencial físico (*in domum mariti*) y el intencional (*affectio maritales*), por el contrario se basa en un acuerdo de voluntades que, una vez concluido, no puede disolverse. Este acuerdo de voluntades se materializa en un contrato que primitivamente sería de compra de la esposa, y, luego, más espiritualizado, de adquisición del poder o *mundium* sobre ella.

Este contrato se celebra, en el matrimonio legítimo entre el varón y el tutor de la mujer; a su lado surge el *fiedelehe* o matrimonio libre, contrato que tiene lugar directamente entre los esposos. Además, en el matrimonio legítimo (que originariamente sería un negocio de efecto inmediato y unitario) se distinguen desde época temprana dos partes, a modo de la bipartición que en la adquisición de la propiedad opera la teoría del título y modo, un contrato de esponsales en el cual originariamente no se contaba con la voluntad de la mujer, y un acto de entrega formal de la novia al novio, en presencia de los parientes y con ofrecimiento de determinados símbolos. Con el tiempo pasaron los novios al primer plano: es la propia novia la que se entrega al novio, no le es entregada por un tercero; los novios se desposaban ante la (*sippe*), es decir, se entregan mutuamente, y el novio pagaba el precio en previsión de viudez²².

Alemania no fue ajena a los aires del siglo XIX, frente al triunfo de las formas civiles que se dio en casi todos los estados civilizados. Se dio la separación del aspecto civil y el eclesiástico del matrimonio y se construyó un derecho matrimonial civil independiente; se instauró entonces el matrimonio civil obligatorio, como exigencia de los derechos fundamentales (1848), fue introducido en Prusia mediante la ley de 9 de marzo de 1874, y en todo el *Reich* a través de la ley del Estado civil de 6 de febrero de 1975 (*kulturkampf*)²³.

22 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1974, pág. 26.

23 LECHMANN, HEINRICH, *Derecho de familia*, vol. IV, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1946, pág. 60.

Hoy día sólo es válido el matrimonio celebrado ante el funcionario del Estado civil en presencia de dos testigos. El funcionario deberá preguntar, individual y separadamente a cada uno de los contrayentes, si éstos desean concluir el matrimonio entre sí, y recibida de ambos contestación afirmativa, declarara legalmente constituido el matrimonio (art. 1317 BGB).

En este orden de ideas, se aproxima más la concepción cristiana del matrimonio la germánica que a la romana. El matrimonio cristiano queda fundado indisolublemente por la recíproca prestación del consentimiento de cada uno de los esposos. Esta concepción en la actualidad pierde vigencia, salvo en lo que se refiere al acuerdo de voluntades, la evolución ulterior, tiende, de una parte a consolidar la forma matrimonial, dando seguridad a la prestación del consentimiento y cerciorándose de que el de la mujer ha sido libremente expresado.

Hoy el BGB reglamenta el matrimonio como una institución de derecho matrimonial de carácter estatal independiente a cualquier ingerencia religiosa, siendo esta materia exclusiva de conveniencia estatal. Y si lo comparamos con el derecho canónico, hoy día se presenta en contradicción, en particular por lo que se refiere a los presupuestos y a la forma (matrimonio civil obligatorio) y en lo relativo al divorcio; para el BGB, no existe más que un matrimonio: el reglamentado en sus normas.

Dice LEHMANN: el hecho de que el ordenamiento reglamente de modo independiente lo relativo al matrimonio no supone que esa ordenación no esté fuertemente influida objetivamente por el derecho matrimonial eclesiástico, que durante muchos siglos tuvo carácter exclusivo. Derivan de aquí los siguientes principios:

1. El principio de la libre unión de los contrayentes. Como fundamento de la comunidad conyugal se reconoce únicamente la libre unión de los futuros cónyuges, el contrato libre.
2. El principio de la comunidad indivisa. También la finalidad de la ordenación legal del matrimonio radica en la creación de una plena comunidad de vida.
3. El principio del matrimonio monógamo. La mutua entrega es incompatible con la *poliviria* y la poligamia. Es actualmente propio del mundo civilizado.

1.5.1. Principios contractuales para la conclusión del matrimonio

Como para los franceses e italianos, para los alemanes la celebración del matrimonio exige, además de requisitos formales, supuestos de carácter objetivo. Derivan, en primer término, del carácter contractual del matrimonio, que corresponde a las normas contractuales en general. Pero resultan, además de conceptos jurídicos especiales, que corresponden a consideraciones morales, religiosas, sociales, y políticas; no bastan las normas generales sobre los contratos.

De ahí que como en los demás países citados, los supuestos de la conclusión del matrimonio estén especialmente reglamentados, en su mayor parte, de acuerdo con el derecho canónico, y bajo el concepto de la prohibición del matrimonio, del impedimento matrimonial, de la falta de algún requisito. Distingue la doctrina canónica entre impedimentos dirimentes, que se oponen a la conclusión válida del matrimonio, e impedimentos impeditivos, que prohíben la celebración del matrimonio, pero no afectan su validez. Esta doctrina se recoge en la distinción, que establece el BGB entre causas de nulidad y motivos de supresión (art. 1323 y sigs.). Sobre esta materia se profundizara a continuación, ya que considero más oportuno, estudiarla desde la perspectiva del derecho colombiano, que en la práctica tiene mucha similitud al ordenamiento español. Además es conveniente recordar que el Código Civil colombiano, elaborado con base principalmente en legislación francesa, y española.

2. HACIA UNA PERSPECTIVA DEL CONTRATO MATRIMONIAL

El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglamentados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual, los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna. El matrimonio confiere al Estado de la legitimidad a los hijos que nazcan y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan: da nacimiento a las relaciones de consanguinidad y afinidad, en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil²⁴.

En principio considero que el profesor ARIAS, tiene razón, aunque ésta se presenta con algunos matices, ya que en la actualidad los cónyuges pueden reglamentar y

24 ARIAS, JOSÉ, *Derecho de familia*, Editorial Guillermo Kraf limitada, Buenos Aires, 1985.

pactar las condiciones, régimen, y otras circunstancias, lo cual hace que a este contrato pueda aplicársele la teoría del negocio jurídico alemán, tema que será desarrollado más adelante²⁵.

Para LOUIS JOSSE RAND²⁶ es más sencillo y exacto definir el matrimonio: la unión del hombre y de la mujer contraída solemnemente y de conformidad con la ley civil, deduciendo de lo anterior que el matrimonio es un contrato, que dicho contrato es solemne, que se manifiesta en una asociación de personas, y que cae bajo la jurisdicción de la ley civil.

Especialmente se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Asimismo se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no este viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistente respectivamente en la capacidad ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto, motivo y fin del acto.

2.1. El caso colombiano

El artículo 113 del Código Civil, define el matrimonio como:

“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Nuestro ordenamiento concibe esta institución como un contrato, que implica necesariamente un acuerdo libre de las partes expresado con ciertas ritualidades (contrato solemne), proveniente de personas de sexo opuesto, (un hombre y una mujer). Esto por obvias razones que tienen que ver no solamente con la *copula carnalis* sino y sobre todo, con la procreación. Aquí se consagra la monogamia como principio fundamental de la familia moderna y ante todo la que proviene de una fuerte influencia canónica como es la colombiana. El matrimonio comprende, además, una comunidad de vida que se proyecta no sólo a los cónyuges como tales, sino también a los hijos que sean procreados dentro de esa unión.

25 No se puede olvidar igualmente la Ley 15 de 8 de julio de 2005 por medio de la cual se modifica sustancialmente el derecho matrimonial español, sin duda la legislación en mención, corrobora lo anterior y consagra la terminación unilateral del vínculo institución eminentemente contractual. Al respecto se profundizará más adelante bajo el título: “España un caso particular”.

26 JOSSE RAND, LOUIS, *Derecho civil*, t. I, vol. II, “La familia”, Ediciones jurídicas Europa-América Bosh y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 15.

Ciertamente el matrimonio obliga a los desposados a vivir juntos; el artículo 178 del Código Civil colombiano dispone: “Cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.

Esta vida en común como su simple enunciado lo indica, comporta comunidad o participación de los casados en todos los campos del existir. El matrimonio en Colombia, implica la conformación de la solidaridad conyugal que obliga a los matrimoniadados a socorrerse, a ayudarse y a guardarse fe. También se señala como característica del matrimonio, la estabilidad. En efecto el matrimonio se celebra para permanecer, así no lo diga expresamente la ley colombiana como sí lo hizo el Código Civil chileno (código base del nuestro, pues se le confió a don ANDRÉS BELLO, ilustre jurista la elaboración del Código Civil colombiano, quien a su vez se basó en el código chileno, español, francés y alemán).

Los contrayentes celebran matrimonio con la intención de que permanezca, sin que esta característica pueda equipararse con la indisolubilidad. La estabilidad o permanencia se estructura aun en legislaciones que, como la colombiana, aceptan el divorcio *quoad vinculum*.

Por otra parte está tan arraigada la naturaleza contractual del matrimonio en Colombia, que no es extraño encontrar en diferentes jurisprudencias, doctrinantes y hasta en debates legislativos, su referencia contractual. Al respecto, antes de aprobar la ley de libertad de cultos colombiana, se hablaba en el Congreso:

“Cásese de acuerdo con los dictados de su conciencia, si es católico busque un sacerdote, si es judío busque un rabino, si es protestante busque un pastor. Pero venga a cumplir este mandato de la ley; venga a hacer constar ante el Estado el hecho de su matrimonio; venga a llenar esta fórmula esencial y *constitutiva de todo contrato*. Lo mismo sucede en la compraventa de una propiedad porque el Estado necesita saber de quién es la tierra para reglar y garantizar todos los derechos que de tal acto emanan”.

2.1.1 La validez contractual

2.1.1.1. Requisitos dirimentes o de fondo

El legislador colombiano, exige una serie de requisitos para la celebración del matrimonio y son:

Todos aquellos que inciden directamente en la eficacia del acuerdo de voluntades matrimonial, de tal manera que su pretermisión conlleva, para el matrimonio la nulidad o la inexistencia. Como ya se dijo anteriormente, como nuestra legislación aborda el matrimonio como un contrato, por esto nos remite directamente al artículo 1502 del Código Civil colombiano norma aplicable a los contratos en general, el cual reza:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”,

es necesario:

- que sea legalmente capaz,
- que consienta en dicho acto o declaración y
- su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito tenga causa lícita.

2.1.1.2. Frente a la capacidad

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra, noción ésta ampliamente reconocida por la mayoría de los países occidentales.

Para contraer matrimonio en lo que a la edad respecta, por obra del decreto 2820 de 1974 se halla hoy en igualdad a la de los otros contratos. Así:

“las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente”.

Esta capacidad plena aparece exceptuada en el artículo 117 del CC. En efecto, el legislador permite que menores de 18 años puedan contraer nupcias siempre y cuando sean mayores de 14 años si son varones o de 12 años si se trata de mujeres. En este caso pueden contraer matrimonio con el permiso expreso y por escrito de sus padres o de otros ascendientes, a falta de éstos con el consentimiento de un curador general, artículo 120 CC²⁷.

27 Al respecto es importante tener en cuenta que lo consagrado por la legislación colombiana referente a la validez del contrato matrimonial, es piedra angular de las diferentes instituciones matrimoniales en occidente, para citar algunos ejemplos, vasta con estudiar la legislación civil española, propiamente los arts. 46, 73, 74, 75, 76 y sigs., 1261, 1262 y sigs., 1300 y sigs.

2.1.1.3. Frente al consentimiento

Como ya se había hecho alusión anteriormente muchas de nuestras instituciones provienen del derecho canónico, por esto, que frente a este requisito se citan por ejemplo a los canonistas quienes manifiestan que el consentimiento requerido debe ser:

“deliberado, es decir, puesto con plena advertencia de la mente y con perfecto asentimiento de la voluntad, por cuanto el contrato matrimonial impone graves obligaciones: ahora bien, no puede creerse que alguien asuma de buen agrado una obligación grave si no es consciente y plena”.

2.1.1.4. Frente al objeto lícito y causa lícita

Una de las fuentes de las obligaciones es la ley justamente y para el caso que nos ocupa es el Código Civil el cual no sólo regula lo anterior sino el concurso real de las voluntades de dos o más personas como lo son los contratos, que es otra de las obligaciones ampliamente reconocidas (art. 1494 CC). Como ya se dijo anteriormente la causa que lleva a los cónyuges a unirse con el mismo fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente tal como lo puntualiza el artículo 113 del CC.

2.1.2. Requisitos dirimentes especiales

Se clasifican como positivos y negativos (clasificación doctrinal²⁸) estas exigencias miran a ciertas circunstancias que deben existir para la válida celebración del matrimonio, *son los positivos*:

2.1.2.1. Requisitos dirimentes positivos

- La diferencia de sexos, la pubertad, el funcionario competente y los testigos hábiles. Según lo anterior los matrimonios homosexuales están afectados de

28 CALIENTO SOLARI, UBALDINO, *Modernas tendencias del derecho de familia*, Editorial Lex, Bogotá, 2002.

inexistencia en el derecho colombiano, ya que existe una prohibición expresa y absoluta, lo que impide el nacimiento del matrimonio a la vida jurídica²⁹.

El legislador colombiano, en materia de pubertad, hizo prevalecer el aspecto biológico cuando ha debido concederle relevancia a la voluntad totalmente discrecional, ya que no deja de llamar la atención a la doctrina en general el hecho de que un acto de consecuencias tan exorbitantes como el matrimonio, se halle puesto al alcance de personas sin mayor desarrollo de la voluntad.

A la luz del artículo 126 del Código Civil, la celebración del matrimonio debe efectuarse ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles. Asimismo el artículo 115 del CC dispone que para que el contrato de matrimonio se constituya y perfeccione, se requiere que los contrayentes manifiesten su consentimiento ante el funcionario competente³⁰. Lo anterior debe aplicarse también para los matrimonios celebrados ante notarios, ya que el decreto 2668 de 1988 les dio competencia para celebrar este negocio jurídico pero no para disolverlo y disponer de él, salvo en lo que corresponde con la liquidación de la sociedad conyugal (régimen patrimonial). La legislación colombiana reconoce como testigos hábiles a todos aquellos que tengan más de 18 años, y que no haya sido declarados por vía judicial lo contrario, artículo 127 del CC.

2.1.2.2. Requisitos dirimentes negativos

A diferencia de los positivos, tratan de ciertas circunstancias que no deben existir para la válida celebración del matrimonio, son:

- La no complicidad en el conyugicidio, artículo 140 ordinal 8. Se sostiene hoy día por parte de la doctrina que éste es sólo aplicable tan sólo al cónyuge que de común acuerdo con otra persona, mata a su marido o mujer, esto es, el cónyuge homicida no pudo casarse con su cómplice.

29 Sólo en algunos países escandinavos como Noruega, en Finlandia, Holanda y España en la actualidad, no es aplicable lo anterior, ya que es considerado como válido el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo.

30 La norma del artículo 115, no es otra que una fiel copia del Código napoleónico, artículo 75 y sigs., norma que se encuentra transcrita en la mayoría de los países latinos, y que en la actualidad tiene total vigencia y validez.

- No existencia de un vínculo de parentesco, artículo 140 ordinal 9. Como ya se dijo anteriormente, este impedimento se fundamenta en creencias eminentemente religiosas, al respecto basta citar el libro *Levítico XVIII*, 6, se lee:

“ninguno de vosotros se acercará a una consanguínea suya para descubrir su desnudez”.

Al respecto dice FERNANDO VÉLEZ: motivos de decencia y honestidad, más bien que otra cosa: quiere la ley impedir que la esperanza de un matrimonio pudiese despertar deseos criminales entre personas destinadas a vivir bajo un mismo techo.

- No existencia de un matrimonio anterior, artículo 140 ordinal 10. Esta nulidad matrimonial que se presenta cuando respecto de uno o ambos contrayentes estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior, propende por la monogamia como característica y elemento esencial que ostenta hoy la familia moderna. El segundo matrimonio será nulo con nulidad insubsanable, además de que carecerá de toda virtualidad para hacer surgir sociedad conyugal.

En lo que se refiere a las nulidades matrimoniales, es aplicable en todo lo que se mencionó en ese acápite, cuando se estudio el derecho francés, ya que nuestro Código Civil, al transcribe literalmente estas normas napoleónicas, y como se fundamentaba anteriormente estas disposiciones no solamente están consagradas en el ordenamiento civil colombiano, por el contrario, el Código Civil chileno, venezolano, uruguayo, argentino por citar algunos, al tratar del matrimonio se refieren como un negocio jurídico evidentemente contractual.

3. HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN CONTRACTUAL DEL MATRIMONIO

Considero que negar la naturaleza contractual del matrimonio sería ponerse en contradicción con las declaraciones más formales de los creadores del matrimonio civil, durante la revolución y de los autores del mismo Código Civil francés. Sería además, colocarse en la imposibilidad de darse cuenta de una serie de disposiciones de la legislación y no sólo colombiana sino española y francesa. ¿Cómo explicar, si el matrimonio no es un contrato, el papel preponderante atribuido al consentimiento y que establece el Código Civil español en su artículo 45: “No hay matrimonio cuando no hay consentimiento”. ¿Cómo explicar que por lo menos una parte de la teoría de los vicios del consentimiento (institución contractual) se halla introducida en la materia matrimonial? ¿Cómo explicar, que, en una institución de orden público, no sean todas las nulidades absolutas? ¿Cómo explicar la teoría de la primacía de la

voluntad matrimonial de las partes frente a las nulidades absolutas? ¿Cómo explicar que la voluntad de las partes pueda alterar el régimen patrimonial que nace con la celebración del vínculo?, ¿cómo explicar que se pueda renunciar o modificar estas circunstancias, acaso no son estas instituciones contractuales? ¿Por qué proceden instituciones de naturaleza jurídica como la indemnización de perjuicios en los casos, de daños surgidos con ocasión a una nulidad matrimonial?

Podríamos seguir formulándonos toda una cantidad de problemas jurídicos que surgen con ocasión al matrimonio y en las cuales en todas vamos a denotar su naturaleza contractual o sus semejanzas casi analógicas con las instituciones contractuales regidas por el derecho privado; pero bueno, continuemos en materia, y ya será en últimas el lector el que debe llegar a sus propias conclusiones.

Razón tenía POTHIER³¹ al afirmar:

“Desde el punto de vista de las posiciones a que recíprocamente se trasladan, por la celebración, ambos cónyuges, el matrimonio es “estado”.

Del punto de vista de las relaciones que establece, o sea del de los derechos y deberes de los contrayentes, el matrimonio es “vínculo”. Del punto de vista de las circunstancias que han de reunirse para que se le considere celebrado, el matrimonio sin duda alguna es “acto”. Acto como los actos jurídicos comunes en cuanto se requiere, para su formación, una voluntad libre y esclarecida; pero diferente a esos mismos actos en cuanto a la actitud de los otorgantes y en cuanto a la posibilidad de admitir caracteres que en materia de matrimonio la ley —la ley solamente— se ha reservado potestad para trazar.

Durante años han ocurrido múltiples disidencias de la concepción un tanto estrecha que diferentes autores se han hecho del contrato matrimonial (teorías que más adelante se estudiaran), pero desde este mismo momento adelante que 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 que en otrora fue permanente, en ningún momento se opone a otros contratos que puede perdurar o no dependiendo de la voluntad de las partes como es el caso de las sociedades, arrendamientos, etc.; ahora considero que un acto establezca un *modus vivendi*, no quiere decir que no sea un contrato, y aun cuando tenga para la Iglesia el valor de sacramento como ya se vio. Hoy día es más común encontrar en las

31 POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Traite du contrat de mariage*, Paris, p.j langlois: a durand 1844. XVI.

diferentes legislaciones de los estados, abstracciones de toda consideración de orden confesional. Además como lo dice el profesor JOSSEAND³² es rigurosamente exacto el decir que se *contrae* matrimonio; la terminología corriente sin duda está de acuerdo con la realidad jurídica a la que se recubre y denuncia.

3.1. Del derecho español al derecho criollo

Cuando llegaron los conquistadores a las tierras americanas, investidos del derecho que les otorgaba el soberano, los indios fueron considerados como sujetos que debían ser atraídos al servicio de Dios.

En la época de la conquista de América, España era el campeón de la Iglesia católica en su lucha contra los infieles, herejes y sobre todo en la evangelización de los “indios y pueblos de ultramar”. Como toda lucha, ésta también condujo a intransigencias y exageraciones. La única unión legítima era la aceptada por la Iglesia, bajo pena de nulidad estaban prohibidos los casamientos heterodoxos³³.

Conforme al espíritu y a los hechos determinantes de la acción de los Reyes Católicos, órdenes fueron impartidas, pues para que fueran respetados los usos y costumbres de los conquistadores en tierras conquistadas, y este fue el panorama que reinó en las Américas, durante más de tres siglos, en los cuales, rigió el derecho español y sus instituciones, *los fueros reales, las leyes del estilo, la nueva recopilación y las Partidas*, gobernaron entre otros el paisaje legislativo de estos pueblos.

En la medida en que en Europa se iba incorporando legislación eminentemente religiosa y que además gobernaba y regía instituciones básicas como las matrimoniales³⁴, los reyes y sus delegados tenían especial cuidado que dichos marcos legales se aplicaran y rigieran en todo en sus nuevos territorios conquistados.

Básicamente a esto se reduce la legislación patria sobre la materia, hasta la sanción del Código Civil. El régimen canónico del matrimonio mantuvo, pues, todo su imperio. En realidad, las costumbres, el espíritu religioso del pueblo, se oponían a cualquier otro régimen. Pero la generación liberal que entró a gobernar el país

32 JOSSEAND, LOUIS, *Derecho civil*, t. I, vol. II, “La familia”, Ediciones jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 16.

33 Partida IV, título 2, Ley 15.

34 El Concilio de Trento de 1545, las partidas, las leyes de toro, los fueros reales, las leyes del Estilo, etc.

después de los españoles comenzó a propugnar por erradicar la legislación española y edificar y construir una legislación propia.

Con las ideas de igualdad y de fraternidad se esbozaban, entre tanto, posiciones favorables a la significación del hombre y a la protección de los más desfavorecidos, pero eso sí, lo que realmente se demandaba era la llamada reivindicación de “la soberanía”. Pero en la práctica la emancipación latinoamericana, conllevó una verdadera transformación de las instituciones políticas pero en el ámbito de las privadas continuó su permanencia.

La institución familiar sin duda alguna estaba erigida por un ambiente tradicionalmente peninsular, permaneció prácticamente inamovible en las Américas, los aires de las doctrinas filosóficas triunfantes tomaban posiciones. La revolución se adelantaba a ocuparlas y, al propagarse, las esparcía. Pero la familia ibérica en América permaneció estática³⁵.

Pronto los nuevos gobernantes criollos se percataron que el derecho escrito que habían recibido de la conquista española, se encontraba en numerosos y envejecidos instrumentos cuya aplicación provocaba inacabables controversias; tan graves algunas de ellas como la relativa al orden de prelación de los diversos cuerpos de leyes, cuerpos de leyes que eran también en su mayor parte verdaderos códigos y cuya coordinación en el mejor de los casos tenía que resultar ardua, además que no se puede olvidar ese aire reivindicatorio de soberanía. Por tanto, los nuevos gobernantes encargaron a diferentes comisiones la elaboración de normativas civiles que trataran de poner orden a tan magno inconveniente en una nación convulsionada y eso sí, muy dividida.

Y fue como la Ley 153 de 1887 aprobó nuestro primer y único Código Civil, existiendo desde entonces, un nuevo estatuto de familia, nuevo estatuto cuyo espíritu conservador reflejó el factor determinante del nuevo Estado. Su redacción, que en general afrontaba ante todo una cuestión de *método* porque era emprendida con el fin, de no cambiar instituciones, sino de remplazar en primer término, una legislación caótica y de conducir, en segundo término, a un pronunciamiento soberano.

Este código, elaborado por encargo a don ANDRÉS BELLO ilustre jurista chileno, formado en la escuela dogmática francesa, sin duda alguna presentó una fusión entre el código alemán, el Código napoleónico, algunas normas chilenas y las instituciones españolas, creando así, una verdadera amalgama de instituciones que

35 REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. I, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970, pág. 107.

habían adoptado el derecho romano, inyectado con las nuevas vertientes de igualdad, fraternidad y ante todo, una marcada inamovilidad de las instituciones regidas por los cánones católicos.

Como la mayoría de las instituciones privadas, el matrimonio se mantuvo sin cambios significativos. No los hubo, ni en cuanto a lo esencial de los requisitos, ni a lo esencial de las limitaciones, ni a lo esencial de la perdurabilidad —táctica, esta última, en la remisión al derecho canónico, por la ley— ni los hubo en materia de jurisdicción.

Era tal el poder del clero, que con frecuencia se encontraba en los códigos civiles latinoamericanos³⁶ apartes que enunciaban:

“Se conserva a la autoridad eclesiástica el derecho de decisión sobre la validez del matrimonio y se reconocen como impedimentos para contraerlo los que han sido declarados tales por la Iglesia católica”.

El Código Civil colombiano, no ha sido ajeno a la constante evolución que han sufrido las materias que regula (fenómeno este homogéneo en casi todo los países del mundo), pero tal vez, las reformas más importantes que en ese campo ha experimentado, ha sido, en efecto a través de leyes y decretos reglamentarios que van desde épocas de cambios políticos y sociales (guerras de partidos entre los años veinte y cincuenta), hasta tiempos del equiparamiento de los derechos de igualdad jurídica entre marido y mujer 1974, claro sin olvidar la marcada influencia que en su momento tuvo la Iglesia católica con la firma del concordato que le dio efectos civiles al matrimonio canónico en nuestro país, así como la inclusión de instituciones si bien conocidas por el derecho romano, nunca desarrolladas por nuestra legislación, sino hasta comienzos de la década de los años setenta cual fue el caso de la adopción (Ley 5 de 1975), en los años ochenta con el auge de los grandes tratados y convenios de orden internacional se incorpora en nuestro país legislación sobre la protección del menor (decreto 2737/89).

La llegada de los años noventa fueron sin duda una época con verdadero dinamismo jurídico ya, que allí se incorpora a nuestra legislación el reconocimiento legal de las uniones de hecho o denominadas como las uniones maritales de hecho con su respectivo régimen patrimonial entre los compañeros permanentes (Ley 54 de 1990), se le otorga a la mujer la facultad de contraer matrimonio civil mediante apoderado judicial (Ley 57/90), se desarrollan de igual forma instituciones

36 Código Civil chileno, argentino, colombiano, uruguayo, etc.

que ya conocíamos pero que no estaban íntegramente desarrolladas como el divorcio y la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso (Ley 25/92), así como la legislación que protegió especialmente a las mujeres cabeza de familia (aquellas madres solteras o que por circunstancias de la vida tienen que sacar adelante su familia sin la ayuda de la figura masculina) Ley 82 de 1993, y leyes sobre violencia intrafamiliar Ley 294 de 1996 entre otras.

Pero si se estudian estas reformas, nos percatamos hoy día que el matrimonio tanto en su institución, concepto, requisitos de validez, y sus elementos esenciales, prácticamente permanecen inamovibles por más de 100 años, situación ésta que denota su rigor jurídico y porqué no, su estancamiento frente al dinamismo que ha tenido el mencionado núcleo en el ámbito mundial.

3.2. El matrimonio y la teoría del negocio jurídico

Considero de vital importancia para seguir fundamentando mi tesis estudiar la estructura del matrimonio —estructura, entiéndase, de un acto que da nacimiento a determinado vínculo; estructura de un vínculo que se traduce en estado; estructura de un estado que es inseparable del vínculo y del acto—. Era entonces necesario que buscáramos y encontráramos la perspectiva que resulta de las doctrinas y antecedentes eslabonados en los párrafos anteriores, pues esto encontraría su razón precisamente en el orden de ideas aquí seguido: el negocio jurídico se refiere, en efecto, a lo que es la manifestación típica del derecho privado.

El profesor CÍCU³⁷ afirma:

“El negocio jurídico del derecho de familia sería, ante todo el matrimonio”.

Y es que el concepto común de negocio jurídico sostiene que no basta para constituirlo una manifestación cualquiera de voluntad, sino que sea necesario que ésta se encuentre dirigida a un propósito al que precisamente la ley presta su tutela, es este propósito el que constituye la materia del negocio y con base al mismo deberá decidirse de la aplicación de éstas o aquellas normas jurídicas.

Nótese que no sólo el profesor CÍCU, sino muchos doctrinantes y no sólo hablando de este tema, reelaboran sus conceptos y hablan de negocio jurídico, pero basta

37 CÍCU, ANTONIO, *El derecho de familia*, traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1947, pág. 304.

revisar nuestras legislaciones para percatarnos que el concepto de negocio jurídico no se encuentra en nuestras leyes y se desconoce enteramente la práctica: en las leyes se habla de contrato, de declaraciones de voluntad, y algunas veces, de actos en general, pero nunca de la noción de acto y negocio jurídico. Sólo la doctrina alemana, teniendo en cuenta los caracteres comunes que presentan varios actos jurídicos voluntarios, ha elaborado este concepto para estudiar así cuáles son las reglas comunes a tales actos y construir una teoría al respecto.

Conforme a una opinión dominante, el negocio jurídico sería³⁸:

“la manifestación de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas, esto es, a hacer que nazca, se modifique o se extinga una relación jurídica teniendo siempre un fin jurídico”.

Precisa el profesor COCIELLO:

“Así se distinguiría de modo preciso no sólo de los hechos jurídicos materiales en los que falta el elemento de la voluntad, sino también de los hechos voluntarios: de los ilícitos, en que éstos no se dirigen a producir consecuencias jurídicas, ya que éstas nacen en fuerza de la ley contra la voluntad del agente, y de los hechos ilícitos que engendran consecuencias ilícitas, pero sin que la voluntad se enderece a tal fin”.

“Así, el negocio jurídico, es antes que nada, *una manifestación de voluntad*: decimos manifestación y no declaración, para comprender también los casos en que la expresión de la voluntad no debe darse a conocer a otra persona (como el reconocimiento de un hijo natural, el testamento) y aquéllos en que la voluntad se manifiesta por un hecho material, más bien que por una declaración propia y verdadera, y decimos también *de una o varias personas*, para abarcar tanto los casos en que de una sola voluntad manifestada dependen consecuencias jurídicas, y aquéllos en que es necesario tener varias voluntades como es el caso del contrato. Por tanto, la voluntad debe tener por objeto *un fin práctico*, el cual, sin embargo, no es necesario que sea de orden patrimonial o económico, pues basta que esté protegido por el derecho; por consiguiente, son negocios jurídicos aun aquellas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación de familia como lo es el matrimonio, el reconocimiento, la adopción. Y las consecuencias que el derecho vincula a ellas no siempre son conforme a la voluntad subjetiva del autor del negocio jurídico; antes pueden estar en desacuerdo con ésta y aun serle del todo contrarias, pero siempre corresponden a la intención práctica, según las miras generales del derecho y por eso puede decirse que son conformes a la voluntad normal de los individuos”.

38 COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina general del derecho civil*, traducción al castellano de la 4ª edición por FELIPE DE J. TENA, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1950, pág. 351.

Los negocios jurídicos, en consideración a los elementos de hecho que les dan vida, se distinguen *en negocios unilaterales y negocios bilaterales*. Son *unilaterales* aquellos en que la voluntad de una sola parte es suficiente para que surjan consecuencias jurídicas; *bilaterales*, los que exigen el acuerdo de las voluntades de dos partes. Decimos partes y no personas, ya que una parte puede estar representada por una o más personas: parte es la persona o el conjunto de personas que obran por el mismo interés propio; por lo que es única si el interés es único, y dos, si los intereses son dos. En consecuencia, es acto unilateral aun la manifestación de voluntad de varias personas, si tienen un solo interés como por ejemplo, la renuncia de varios copropietarios de la cosa común; es acto bilateral la manifestación de la voluntad de dos o más personas, cuando son dos los intereses diversos. Los negocios jurídicos bilaterales en esencia son los contratos. El contrato es una forma general del negocio jurídico que puede tener varias aplicaciones. Estos negocios con relación al fin, son de derecho familiar (matrimonio, adopción, reconocimiento), o de derecho patrimonial (contratos y testamentos).

3.2.1. Elementos de los negocios jurídicos y su aplicación al matrimonio

Los elementos de los negocios jurídicos, abstractamente considerados, son de tres especies: *elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales*.

3.2.1.1. Elementos esenciales

Son todos los que concurren a constituir un negocio jurídico en general, y los necesarios para tener un determinado tipo de negocio, de tal forma que la falta de uno de ellos implica la falta del negocio jurídico mismo.

Este elemento lo podemos ubicar en el matrimonio en la mayoría de los estados del mundo al establecerse en la definición del mismo que es un requisito *sine qua non* la presencia de un hombre y una mujer con la intención de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

3.2.1.2. Los elementos naturales

Son las consecuencias que derivan de la misma naturaleza jurídica de un negocio determinado, de modo que las partes no tienen necesidad de hacer de ellas objeto

especial de declaraciones de voluntad, ya que las establece la ley, la voluntad de las partes únicamente es necesaria para excluirlas.

En el caso del matrimonio es aplicable lo anterior, ya que así no lo pacten los contrayentes, los entrará a regir, las normas civiles, y en especial las alimentarias, las que regulan la patria potestad en el caso de los hijos, etc.

3.2.1.3. Elementos accidentales

Son todos aquellos que no son necesarios para la existencia de un terminado negocio, ni se entienden implícitamente contenidos en él, sino que están agregados por la voluntad de las partes, tales son, por ejemplo, las condiciones, el término, el modo, y todas las cláusulas especiales que las partes introducen en los negocios jurídicos. Para el matrimonio sería el caso de cuando los cónyuges optan por el régimen patrimonial de gananciales o por el de separación de bienes, retomando esta situación del derecho español.

Como ya se dijo en su momento en el caso colombiano, es totalmente aplicable esta teoría, pues en nuestra legislación por expresa disposición legal, el matrimonio es un contrato, y además se encuentra en diferentes apartes, la inclusión de los elementos de los negocios jurídicos, lo anterior está reunido en la norma enunciada en el artículo 1501, el cual reza:

“Art. 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

3.3. Negadores de la teoría contractual

En contra de la tesis de que el matrimonio es un contrato tenemos las opiniones de BONNECASE³⁹ él se expresa así:

39 BONNECASE, JULIEN, *Le pensée juridique française de 1804 a l'heure présente*, Imp. Delmas, Burdeaux, 1933, page, 290.

“Naturaleza jurídica del matrimonio ¿cuáles son, propiamente, el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio según nuestro derecho? La concepción contractualista introducida y profesada durante mucho tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los más se apresuran a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características, pero siempre es la idea del contrato la dominante, porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo ya que como en los demás contratos, el acuerdo se produce para regular una relación jurídica; las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionario público y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contrayentes o prohíben el establecimiento de términos y condiciones o que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general prohíben una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen, sin embargo, la esencia contractual de la misma”.

“Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las normas que no sólo limitan sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecimiento en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista”.

3.3.1. Las tesis negadoras

Los principales negadores a la teoría contractual fundan su oposición en según ellos en la gran diferencia que separaba el contrato matrimonial y los contratos de contenido económico o patrimonial. Por ello se ha negado, más modernamente el carácter de contrato del matrimonio por varias razones, como las que señala CASTAN⁴⁰:

- a) Que a pesar de necesitar el matrimonio un acuerdo de voluntades, su contenido no está al alcance de la voluntad de los contrayentes, que han de admitirlo de la manera que establece la ley,

40 CASTAN, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8ª edición, Madrid, 1961.

- b) no pueden ser objeto de contrato las relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia del matrimonio; c) muchas de las reglas de los contratos, como la del mutuo disenso, son inaplicables al matrimonio.

Por lo anterior se dice con frecuencia en la doctrina española moderna, que predomina el criterio de que el matrimonio no es un contrato sino una institución. El matrimonio, se dice en este sentido, consiste en un conjunto de reglas impuestas por el Estado (o por el orden jurídico divino, natural y positivo) que forman un todo, al que las partes no tienen más que adherirse, una vez dada su adhesión, su voluntad es ya impotente y los efectos de la institución se producen automáticamente⁴¹.

La mayoría de los opositores fundan su tesis en los tres literales anteriormente enunciados, por esto entraré en un estudio de cada uno de ellos.

- A pesar que se necesita en el matrimonio un acuerdo de voluntades, su contenido no está al alcance de la voluntad de los contrayentes, que han de admitirlo de la manera que establece la ley.

Para LÓPEZ HERRERA, defensor de esta doctrina, el principio de la autonomía de la voluntad, que constituye la médula de los contratos, no se concibe ni puede admitirse en relación con el matrimonio. La convención, por otra parte, es un ente jurídico-social de carácter económico; el matrimonio, en cambio, es una figura del derecho familiar cuyo aspecto patrimonial es de orden totalmente secundario. El consentimiento de los contratantes no sólo es capaz de crear el vínculo obligacional, sino que además puede perfectamente extinguirlo por mutuo disenso; el matrimonio no puede nacer sin el consentimiento de las partes, pero una vez que ha surgido, dicho consentimiento es impotente para destruirlo. Por lo demás, la formación del matrimonio está sujeta a un extenso conjunto de requisitos que no se exigen ni tienen sentido en materia de contratos⁴².

Algunos autores, por creer que el término *contractus* tiene un sabor excesivamente patrimonial, hablan de negocio jurídico familiar. Otros impugnan *ad imis fundamentis* la tesis contractualista, por la noción de contrato. Para CICU⁴³ el

41 PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, t. IV, vol. I, "El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes", Bosch, Barcelona, 1967.

42 LÓPEZ HERRERA, FEDERICO, *Anotaciones sobre derecho de familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1990, pág. 160.

43 CICU, ANTONIO, *El derecho de familia*, Ediar Soc. Anon Editores. Buenos Aires, Argentina, 1947, pág. 305 y sigs.

matrimonio ante todo es un negocio jurídico del derecho de familia, y la utilización de la palabra contrato, es una tendencia, a la que se puede imputar defecto de elaboración científica pero no intuición equivocada, cuando la expresión “contrato” sustituye para el matrimonio la de “alta institución social”, afirma, la doctrina más refinada tiende todavía hoy a mantener firme el concepto de contrato, porque del contrato encuentra la forma, y porque las diferencias que no puede negar entre éste y los contratos patrimoniales, no las considera suficientes para excluir el concepto: solamente que introduce, para evitar equívocos, una nota diferencial, empleando la expresión “contrato de derecho familiar”.

Si el matrimonio, no se fundamenta en la teoría de la voluntad, ¿cómo explicarse el hecho de que hay libertad de unirse o no en matrimonio?, y que sin la concorde voluntad de los esposos el matrimonio no es concebible: ¿siendo aquí incluso el consentimiento es más simple, más vinculante? No es cierto afirmar que el contrato limita la libertad de un contratante frente al otro, y muchos menos es viable afirmar que el matrimonio no limita sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior que es el caso del Estado.

Considero que esta oposición tendría en la antigüedad algo de validez, pero a la luz de las actuales posiciones jurídicas mundiales, tiene muy poco asidero, ya que en la mayoría de los estados occidentales, dentro de los ordenamientos legales, ya existen normas que permiten la disolución del vínculo una vez entra en crisis esta institución⁴⁴.

A juicio del profesor PUIG BRUTAU, no es difícil de resolver la cuestión, ya que habitualmente se suele distinguir entre el acto de celebración del matrimonio y el estado familiar constituido por el mismo acto. En el primer sentido,

“El hecho de que las consecuencias del convenio 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. Que se trate de un contrato, o si se quiere, de un negocio jurídico bilateral de tipo especial, no significa que por esta sola razón deba hablarse exclusivamente del matrimonio como una institución”.

La idea moderna del contrato implica una sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias, que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada,

44 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho civil mexicano*, t. II, vol. I, “Derecho de familia”, Antigua librería robredo, México, 1970, pág. 337 y sigs.

y en muchas ocasiones la declaración de la voluntad es ya sólo necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley. De aceptar el fundamento que esgrimen los opositores, en ese orden de ideas según la tesis de los negadores, por el solo hecho de limitarse la voluntad, no serían contratos los contratos de adhesión, por citar algunos, los contratos bancarios, los contratos de arrendamiento, los contratos laborales, etc.

Además como ya se ha mantenido anteriormente el concepto tradicional del contrato ha sufrido una metamorfosis y una crisis derivada del intensivo desarrollo de la civilización material, de la revolución laboral e industrial, intercambiando gradual y explosivo del comercio, el contrato hoy día se decanta más en su concepto y su reglamentación.

- No pueden ser objeto de contrato las relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia del matrimonio.

Al respecto afirman quienes defienden esta tesis: el contrato no trasciende del acto o negocio jurídico implícito en el mismo. En el matrimonio, por el contrario, existe algo adicional; una situación permanente, un conjunto de relación de derecho constantemente renovadas, tanto de tipo personal como patrimonial. En una palabra un estado de familia. Y esa es precisamente la característica y consecuencia principal del matrimonio: producir un estado; una situación que no tiene equivalente en el campo de los contratos⁴⁵.

Para REBORA⁴⁶ esta objeción se puede salvar calificando el matrimonio de contrato *sui generis* o bien considerando que si no cabe calificarlo de contrato, sería al menos una convención o negocio jurídico de derecho familiar.

No se puede olvidar que la forma interna del matrimonio está constituida por la voluntad, el consentimiento. Por sólo entonces el libre y reflexivo consentimiento del hombre de unirse en el *consortium ovnis vitale*, que constituye el contrato civil de matrimonio, no es sino la parte externa de la relación moral y jurídica en que los esposos se unen. Y que el matrimonio suponga consentimiento no quiere decir que sea contrato, si por contrato se entiende la figura jurídica que da origen a obligaciones patrimoniales, los contratos no son sólo eso, son el acto de crear, mediante el

45 LÓPEZ HERRERA, FEDERICO, *Anotaciones sobre derecho de familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1990, pág. 161.

46 REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. I, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970, pág. 22.

consentimiento una relación jurídica⁴⁷. Del concepto del ilustre catedrático español, podemos concluir que sin duda alguna a lo que se refería era a la doctrina del negocio jurídico alemán; doctrina que ya fue estudiada anteriormente y que sin duda alguna no sólo avala lo anterior, sino que está en total concordancia con el antes citado profesor REBORA, el matrimonio es un negocio jurídico de derecho familiar que se encuentra tipificado en la ley civil y que debido a su importancia es el Estado quien crea los deberes conyugales, eso sí dotando a los cónyuges del derecho al libre albedrío, no sólo en lo que se refiere al régimen patrimonial aplicable, sino a su misma disolución entre otras posibilidades que se consagran.

Al respecto afirma LACRUZ que,

“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”⁴⁸.

Para GARCÍA⁴⁹,

“es un contrato, no patrimonial, sino personal y social, en resumen un contrato *sui generis* de naturaleza eminentemente compleja”.

No se puede olvidar que hoy día no tiene vigencia esa concepción de que todos los contratos son esencialmente patrimoniales, hoy por el contrario de contratos especiales, en el sentido de que todos tienen además de la naturaleza genérica, una naturaleza específica y reglas distintas.

Evidentemente, no puede compararse un matrimonio con la mayoría de los contratos los cuales tienen características eminentemente patrimoniales, aquéllos celebrados durante el imperio de la oferta y la demanda y con finalidad meramente económica, o incluso, en ciertos, casos especulativa. No obstante existen contratos cuyos contenidos son eminentemente comerciales o patrimoniales, sino que tienen finalidades más personales, que pueden consistir en la satisfacción de necesidades personales o incluso afectivas. Piénsese, por ejemplo, en un contrato por el que una persona se encarga de cuidar a otra o de procurar su sostenimiento, incluso de forma gratuita u onerosa (contrato de vitalicio o de acogimiento, muy de boga en Cataluña).

47 CASTAN COBENAS, JOSÉ, *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)*, Madrid hijos de reus, editores, Cañizares 3 dupdo., 1914, pág. 80.

48 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1974, pág. 38.

49 GARCÍA, ESTEBAN, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Madrid, 1893, pág. 62.

Además fueron los alemanes quienes superaron este debate en el siglo XIX, ya en esa época IHERING⁵⁰, afirmaba:

“Es inconcebible que en el actual derecho moderno se sostenga que toda obligación debe tener un valor patrimonial. Es esta una teoría errónea pues no se tratan las fuentes como si fuesen el objeto de una aplicación práctica, y sí sólo sabias investigaciones arqueológicas, poniendo a un lado sin más, como errores científicos, las reglas del derecho aplicadas durante siglos. ¿Cómo ocultar realidades como los contratos, matrimoniales, como los actos de filiación?”.

Como ya se ha fundamentado, es un contrato totalmente distinto a todas las demás figuras contractuales que encuadran en esta clasificación. Es tan cierto lo anterior, en que el matrimonio a diferencia de los demás negocios jurídicos tiene sus reglas especiales y propias, y aun capítulos que no tienen otras figuras jurídicas, como en particular el de la nulidad del matrimonio, o como el de las formas previstas y concurrentes en su celebración, reglas especiales sobre el consentimiento y validez.

- Muchas de las reglas de los contratos, como la del mutuo disenso, son inaplicables al matrimonio.

Considero que esta oposición tendría en la antigüedad algo de validez, ya que en muchos de los ordenamientos legales se consagró la tesis canónica al caracterizar el matrimonio *como un acto a perpetuidad*, pero a la luz de las actuales posiciones jurídicas mundiales, tiene muy poco asidero, ya que en la mayoría de los estados occidentales, dentro de los ordenamientos legales, ya existen normas que permiten la disolución del vínculo una vez entra en crisis esta institución.

Como se ha dicho en líneas anteriores el matrimonio está basado en el consentimiento y en la libertad porque como queda establecido si no es un contrato por lo menos sí es un negocio jurídico. Ahora bien; en el derecho moderno todos los contratos son temporales y limitados, y todas las instituciones sociales y jurídicas están inspiradas en la idea de la libertad. El matrimonio no puede ni debe ser una excepción: no hay razón para sustraerlo a este ambiente moderno.

Ahora, si estudiamos la reforma que fue votada y aprobada por el Congreso español, definitivamente, podemos afirmar que en España, en materia matrimonial es aún más que aplicable la teoría de los contratos en lo referente al matrimonio, al consagrarse en sus apartados la simple voluntad de uno de los cónyuges para dar

50 IHERING, RUDOLF VON, 3 *estudios jurídicos. Del interés en los contratos*, traducción de ADOLFO GONZÁLEZ POSADA, Buenos Aires, 1947, pág. 9.

por terminado el vínculo marital; sin duda alguna a los estudiosos del derecho se nos viene a la mente la institución contractual de la terminación unilateral de los contratos, no olvidando igualmente la actual doctrina y jurisprudencia española, así como en el mismo proyecto en mención se consagra la procedencia de la indemnización de perjuicios frente al proceder unilateral de uno de los cónyuges. Al respecto se profundizará más adelante en el título denominado “España un caso particular”.

3.4. El matrimonio como institución

El matrimonio se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos, es un elemento vital de la sociedad, es en fin, *una institución*⁵¹.

El matrimonio confiere el estado de legitimidad a los hijos que nazcan, y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento a las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil. No teniendo semejanza con los contratos puede celebrarse a una edad en que no es permitida la más indiferente estipulación, y entre tanto, en las naciones civilizadas no puede ser disuelto por mutuo consentimiento y subsisten en toda su fuerza aunque una de las partes venga a ser incapaz de llenar las obligaciones que de él emanan, como es el caso de la demencia incurable que no le permita cumplir la parte que le corresponde en esa institución. No es extraño pues, que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante institución no se dejen a la voluntad de los contratantes, sino que sean regidos por las leyes de cada país⁵².

Para CHÁVEZ ASENCIO la teoría de la institución no se refiere sólo al matrimonio; la aplicación a él es sólo un capítulo dentro de una visión mucho más amplia de la vida social y del derecho. Se habla de institución, en primer término, desde el punto de derecho público. El desarrollo de esta teoría está íntimamente ligado y vinculado al pensamiento de HAOUROU quien indicaba que tiene como significado

51 RENARD, PIERRE, *Le mariage civil, est-il un contrat?*, U. Fribourg, 1940, pág. 44.

52 REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. II, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970, págs. 20-21.

“todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados⁵³”.

Para el ilustre jurista argentino JUAN CARLOS REBORA, el matrimonio es:

“una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces, las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones tan diferentes a las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución”.

De las objeciones formuladas contra el matrimonio, como contrato, han dado lugar a su caracterización como institución. Así, PLANIOL⁵⁴, estima que el matrimonio es una institución, ya que,

“los esposos deciden llevar una vida común, constituir un hogar, crear una familia. Constituyen así un grupo para un cierto fin, que es el carácter propio de la institución. Resulta así que las voluntades individuales deben ceder ante el interés general de la familia que ha sido creada”.

Para RENARD existen unas notas diferenciales entre contrato e institución:

- a) El contrato es una especulación vendedor, procuro el precio más alto, comprador, procuro el más bajo. La institución es un *consortium* en el que todos los intereses son coincidentes.
- b) La igualdad es la ley del contrato, por el contrario, quien dice *consortium* dice organización y disciplina; la jerarquía es pues, la ley de la institución.
- c) El contrato es una mera relación y en consecuencia sólo produce efectos entre las partes; la institución es una entidad y por tanto, se impone tanto a las partes como a terceros.
- d) El contrato es una relación exterior a los contratantes, un lazo de obligación, *vinculum juris*; la relación institucional es una interiorización.
- e) El contrato no es más que una tregua en la batalla de los derechos individuales, la institución es un cuerpo cuyo destino es ser compartido por sus miembros,

53 CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, Editorial Porrúa. S.A., México, 1985, pág. 48.

54 PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. II, “La familia, matrimonio, divorcio, filiación”, París, 1948, pág. 290.

en otras palabras, el contrato es un producto de la concurrencia, la institución es un producto de la comunión.

- f) El contrato es precario, se desata como se ha formado y toda obligación está destinada a extinguirse con el pago; la institución está hecha para durar, para perpetuarse, desafía la muerte.
- g) El contrato es rígido, estático; la institución se adapta.
- h) El contrato es una relación subjetiva de persona a persona; las relaciones institucionales son objetivas y estatutarias.

Nótese cómo la mayoría de doctrinantes coinciden en rechazar la tesis de contractual haciendo especial referencia, en la institucionalidad del matrimonio por reunir elementos como su irrevocabilidad, comunidad, prevalecía estatal y jerarquía, adaptabilidad, flexibilidad en circunstancias de tiempo y lugar y continuidad. Elementos que si bien es cierto en otrora tuvieron su aplicación y plena validez frente a las actuales tendencias del derecho de familia y más frente al tratamiento legislativo, desaparecen o desdibujan dando paso a una verdadera contractualización del vínculo, más adelante se profundizará al respecto pero adelanto, que la realidad jurídica de matrimonio en la actualidad es otra muy diferente a la planteada por BONNECASE, por IHERING, HAURIOU, y PLANIOL entre otros.

A pesar que como ya se dijo, para la doctrina española el matrimonio es considerado como una institución, el Tribunal Supremo en múltiples sentencias no ha negado la naturaleza contractual del vínculo, incluso lo ha llamado como un contrato personalísimo. La sentencia del 26 de noviembre de 1985 se refirió a “un contrato tan peculiar como el matrimonio” y la sentencia del 1º de julio de 1994 declaró que para esa jurisdicción, el matrimonio es un contrato. El matrimonio es un contrato personalísimo, porque contiene una serie de prestaciones que son indelegables y, en algunos supuestos incoercibles. Un cónyuge no puede encargar a otra persona para que le sustituya en la convivencia, por ejemplo. Además en esa misma sentencia decía el tribunal fundamentando su tesis que a pesar de ser un contrato personalísimo no proceden el ejercicio de una acción de cumplimiento específico o *in natura* por apartarse de las obligaciones contenidas ya fuera lo que la ley manda o el acuerdo conyugal establezca remata su posición: ni siquiera cabe, salvo en algunas manifestaciones de los deberes de ayuda y socorro, el recurso a la acción de cumplimiento por equivalente pecuniario.

Pero es que lo anterior no significa que el matrimonio deje de ser un contrato o un negocio jurídico como se mencionó anteriormente. La especialidad del objeto lleva a la inviabilidad de unas acciones que tienen todo su sentido cuando los contratos

tienen un contenido netamente patrimonial. Pero eso no significa en modo alguno que el incumplimiento de las obligaciones conyugales quede sin sanción, porque el cónyuge puede reaccionar jurídicamente solicitando la separación o el divorcio, reclamando incluso hasta daños y perjuicios que se produzcan por ese incumplimiento, como se verá más adelante.

3.5. Tesis de ANTONIO CICU

Le dedicaré unas líneas a un autor en especial y es ANTONIO CICU, quien propone una tesis totalmente diferente a las dos doctrinas que se han desarrollado en la historia (contractualismo vs. institucionalización), y frente a su novedad y seguro de sus valiosos comentarios, me apartaré del desarrollo metodológico que he venido ejecutando. Para este ilustre jurista italiano *el matrimonio no es un contrato, sino un acto de poder estatal*.

“El matrimonio no es fundamentalmente un contrato. Pero de una manera mucho más radical nosotros creemos poder atacar la concepción contractual del matrimonio, negando también la forma del contrato”.

Es indudable que en nuestro derecho no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del Estado civil. Indudable es también que tal intervención no tiene exclusivamente finalidad de declaración pública de la constitución de la relación. Se podría después de eso considerar que la misma constituye una mera formalidad, que, por ejemplo, a falta de la celebración, el matrimonio sea nulo como nula es la donación no hecha por acto público, de la cual no puede dudarse que sea la voluntad de las partes la constitutiva de la relación. Sin embargo, se podría siempre apreciar diferencias de efectos entre los casos de nulidad por defecto de forma y el caso nuestro: en tanto es significativo el hecho de que para el matrimonio no se haya sentido la necesidad de una norma expresa que declare la nulidad, lo cual implica que la nulidad (mejor inexistencia), ¿no se contraponen aquí a un principio de libertad de contratación? Además, en ningún caso puede el matrimonio no celebrado producir efectos, mientras éstos son posibles en cuanto a los negocios patrimoniales, aun cuando sean nulos en modo absoluto; todavía más, no podrá verdaderamente aceptarse para el matrimonio, como por el contrario se admite para el derecho patrimonial, que, no exceptuada en juicio la falta de formalidad exigida *ad substantiam*, el juez no pueda ponerla de relieve de oficio por lo cual se hace posible discutir si la sentencia pueda sustituir el acto que falta.

Pero aparte de todo esto, la evolución histórica no deja duda sobre el valor que ha de atribuirse a aquella intervención: la misma es hoy en día intervención activa y

no meramente certificativa. Puesto que el oficial ha de examinar si nada obsta a la celebración del matrimonio, su pronunciamiento vale como consentimiento para el matrimonio. El matrimonio es un acto de poder estatal.

Nótese que si bien es cierto es una tesis bastante innovadora frente a las doctrinas defendidas históricamente, lo que sí no se puede negar es que con lo anterior no queda excluido el concepto de contrato. Se puede pensar, en efecto, que la intervención del oficial sea elemento esencial, desde luego, pero que viene a agregarse a lo que verdaderamente es constitutivo del matrimonio; y es natural aproximar el caso que menciona el ilustre profesor de la universidad de Bologna a aquellos casos en los que un contrato debe ser sometido a autorización, o aprobación de una autoridad pública; incluso podríamos asimilar el caso, del padre que contrata a nombre de su hijo menor de edad, es contrato aquél, aun cuando necesite autorización judicial.

4. IMPORTANCIA DE LA CONCEPTUALIZACIÓN ¿MATRIMONIO CONTRATO, NEGOCIO JURÍDICO O INSTITUCIÓN?

Para el profesor ROJINA VILLEGAS (ilustre catedrático mexicano) el matrimonio es un acto jurídico mixto, fundamenta su tesis así:

“Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el oficial del registro civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio éste no existirá desde el punto de vista jurídico⁵⁵”.

Complementa su tesis el ilustre catedrático afirmando:

“El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado, el oficial del estado civil no se conforma con autenticar

55 ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho civil mexicano*, t. II, vol. I, “Derecho de familia”, Antigua librería robredo, México, 1970, pág. 334.

el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne⁵⁶”

Según lo anteriormente expuesto no sólo por el ilustre catedrático mexicano, sino en todas las tesis expuestas en el presente estudio, no tiene sentido exacto contraponer las ideas de contrato y de institución para discutir si corresponde al matrimonio la una o la otra. Puede ser un contrato (o negocio jurídico bilateral del tipo familiar) y al mismo tiempo una institución, como estimo que es, en su aspecto de estado conyugal, pero también podría suceder que no fuese una de ambas cosas sin necesidad, por ello, de ser la otra. Ambas pues, califican realidades diferentes. El negocio jurídico bilateral califica el acto constitutivo del matrimonio y la institución se manifiesta en la realidad del matrimonio ya constituido.

CASTAN⁵⁷ afirma que,

“En derecho civil español, bien puede ser considerado como una convención, dada la reglamentación de la forma del matrimonio que establece el artículo 100 del Código Civil, 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 que no excluye la idea de institución, pues dicha convención, como apunta VALVERDE, es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva”.

Por su parte afirma BONET⁵⁸ que,

“El matrimonio es una institución originada por un acto jurídico bilateral solemne”.

Esta nueva doctrina tiene la ventaja de arrojar una luz viva sobre las condiciones, los efectos y las causas de nulidad del matrimonio. Pero no hay que exagerar la parte de verdad, que contenga, ya que si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, y no hay que olvidar que tiene también naturaleza contractual.

Si bien es cierto le he dedicado bastantes líneas de la presente investigación a afirmar y establecer que el matrimonio es un negocio jurídico, no puedo apartarme de la importancia que tiene éste para el Estado y la sociedad, y si bien es cierto en principio le son aplicables las reglas generales de las obligaciones no puede negar que al mismo tiempo es una institución.

56 *Op. cit.*, pág. 336.

57 CASTAN, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8ª edición, Madrid, 1961.

58 BONET, FRANCISCO, *Compendio de derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960, pág. 52.

Si la doctrina de los siglos XIX y XX no ha puesto suficientemente en claro su carácter de institución, no hay que caer en una reacción exagerada, olvidando su carácter contractual. Hay algo, en el nacimiento del matrimonio, de lo que es general a los actos jurídicos en general, desde que su establecimiento ha debido ser *consentido*, de lo que es general a todos los negocios jurídicos como ya se había afirmado anteriormente. Pero lo que considero realmente importante, es el cuerpo del hecho, en verdad, se integra con elementos que no son comunes al comercio jurídico ordinario; dicho negocio jurídico versa sobre una relación que absorbe recíprocamente a las personas en medida que no puede ser igualada por situación alguna; y las consecuencias, expresivas de todo un estatus, se proyectan sobre motivos fundamentales de la vida individual y social.

De manera que podemos considerar la naturaleza jurídica del matrimonio civil desde dos ángulos o puntos de vista diferentes: en el momento de su celebración, es un negocio jurídico, pero *sui generis*, peculiar, radicalmente distinto de los demás actos reconocidos por la ley, y como fuente de un estado familiar específico, el matrimonio es una institución jurídica, es decir, un organismo vivo, gobernado por reglas propias y diferentes de las aplicables a otras entidades o institutos del derecho.

En el fondo, las tendencias jurídicas contemporáneas en torno al matrimonio, no hacen otra cosa que armonizar en lo posible el sistema matrimonial romano (matrimonio-institución jurídica) con el sistema matrimonial canónico (matrimonio-negocio jurídico)⁵⁹.

Ya en su tiempo afirmaba PLANIOL y RIPERT⁶⁰:

“La única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta: El matrimonio es un acto complejo, a la vez contrato e institución del mismo modo que, en nuestro antiguo derecho, era considerado por nuestros antiguos autores un contrato y un sacramento a la vez”.

RUGGIERO⁶¹, abandonando la tesis pura contractualista, estima que el matrimonio es un

59 LÓPEZ HERRERA, FEDERICO, *Anotaciones sobre derecho de familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1990, pág. 161.

60 PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. II, “La familia, matrimonio, divorcio, filiación”, París, 1948, págs. 290. 57 y 58.

61 RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Madrid, 1931, pág. 724.

“negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado, éste resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto 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”.

Si consideramos en general el orden de la evolución actual de la familia en los diferentes sistemas legislativos, podemos dejar sentada la afirmación de que la familia-comunidad pierde su importancia, para dejar paso a la familia-sociedad, fenómeno que se manifiesta, entre otras, en las siguientes tendencias⁶²:

No obstante lo anterior, asistimos a un fenómeno que he denominado la contractualización del vínculo matrimonial, teoría que desarrollaré a continuación, la cual denota la peligrosidad del debilitamiento del vínculo, al tratar el matrimonio como una institución eminentemente contractual que me lleva a recordar las palabras del profesor CASTAN⁶³:

“La historia siempre nos ha enseñado que los pueblos más fuertes y desarrollados han sido siempre aquéllos en que la familia está más fuertemente constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseña el relajamiento de los lazos familiares a los períodos de decadencia: ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y más poderoso del Estado”.

4.1. De la institucionalización a la fragilización del vínculo matrimonial

Uno de los aspectos más curiosos de la dinámica del derecho privado en el ámbito mundial, es el de las posiciones que sucesivamente han ido ocupando los sostenedores de una u otra doctrina. El esfuerzo por establecer la jurisdicción civil tomaba como argumento el del contrato, mientras el que se desplegaba para mantener la jurisdicción eclesiástica hacía pie en la noción de sacramento como ya se estudió. Pero ha transcurrido más de dos siglos, la vida ha proseguido su obra y la Iglesia, no sin dispendios, por lo menos mientras se analizaba la cuestión, ha aumentado la importancia de la noción de contrato, hasta reconocer, pues, en el matrimonio, un contrato elevado a la dignidad de sacramento, pero bueno eso ya lo afirmamos igualmente en líneas pasadas, lo que realmente ha llamado mi atención es sin duda

62 DE COSSIO, ALFONSO, *Instituciones de derecho civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975, pág. 717.

63 CASTAN, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8ª edición, Madrid, 1961.

alguna frente a sociedades tan convulsionadas como las actuales, y frente a la entrada de las doctrinas liberales que imperan en los estados modernos (donde existe a mi juicio un culto excesivo al libre desarrollo de la personalidad), estamos siendo verdaderos espectadores de una fragilización del vínculo matrimonial, hoy sin duda alguna se predica con más fuerza incluso que en los siglos pasados la contractualización del vínculo matrimonial, por lo menos en cuanto se dé entrada a la afirmación de que lo hecho por la voluntad individual, por la misma voluntad individual puede ser deshecho, se establecen firmemente en una posición que parecería corresponder a la que la Iglesia abandonó y que actualmente mantienen, sosteniéndose pues, que el matrimonio hoy día se asimila al más simple de los negocios jurídicos totalmente resolubles.

Parece que atrás queda la idea de considerar al matrimonio como una “gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes, el amor, la continuidad de la prole y sobre todo su perpetuidad”.

Asistimos a verdaderas contiendas contractuales con ocasión a los futuros esposos, no sólo se mira el matrimonio como un contrato sino que se realizan contratos anteriores a su vínculo como se conocen en América como *los contratos prenupciales, o convenciones prenupciales o convenciones prematrimoniales* donde los futuros cónyuges organizan y proveen futuras resoluciones contractuales y las consecuencias que de ellas se derivan. Acordando de antemano, propiedad y posesión sobre los bienes patrimoniales, incluso preacordando regímenes de visitas a la prole y su consecuente derecho alimentario. Donde se acuerdan incluso cuantías indemnizatorias frente a rupturas inminentes, por citar algunas de sus características, lo cual sin duda alguna me lleva a afirmar que en la actualidad y de una forma extrema se ha contractualizado el matrimonio a punto de considerársele como “una convención o contrato más”. Hoy día más que nunca toma total vigencia la doctrina del negocio jurídico frente al matrimonio, ya que como queda visto al matrimonio existe una libertad de estipulaciones y posibilidad de disolverse por mutuo disenso, situaciones éstas que normalmente acompañan a los demás contratos.

Además no se puede dejar a un lado la generalizada y admitida validez de los pactos que realizan las parejas no casadas para organizar su convivencia (los cuales cada día son mayores en la actualidad) y los efectos que de ésta se deriven, es porque sin duda se considera que tales acuerdos tienen la fuerza de contratos. Teniendo el matrimonio una finalidad semejante en la actualidad (no idéntica) a la de tales pactos, también debería adoptarse la calificación como contrato para la unión conyugal.

4.2. Del divorcio a la resolución de los contratos

Como es de público conocimiento el divorcio es la ruptura del matrimonio, en vida de los esposos, bien por su común voluntad, o en el caso de los estados casualistas, por estar inmersa una de las conductas de los cónyuges en una de las causales que prevé la legislación para su procedencia o bien por la voluntad de uno de los cónyuges (caso español).

El protestantismo fue quien abrió este proceso declarando falsa la doctrina de la indisolubilidad absoluta del vínculo conyugal. Verdad es que los protestantes limitaron primitivamente la tolerancia del divorcio al caso del adulterio; pero al tener que hacer aplicación de la doctrina del libre examen y dejar, según ella, abandonada esta materia a la interpretación de los jurisconsultos se comenzó a abrir una brecha que en la actualidad no se termina de cerrar.

De comenzar con una política limitante frente a su aplicación la evolución no podía terminar aquí; el divorcio limitado o legal tenía que conducir al divorcio libre y convencional, y sin duda los aires revolucionarios de libertad y libre albedrío francés influyeron de tal forma que a partir del siglo XVIII, la mayoría de los *codex* civiles consagraron el divorcio.

Hoy día se presenta el divorcio como una institución prácticamente necesaria, cuando desaparecen los intereses o fines que llevaron a los cónyuges a celebrar el acto, haciendo la vida común intolerante, y por tanto la mayoría de la legislación occidental permite desujetar el vínculo que en otrora unió a dos seres dándoles, total libertad para rehacer sus vidas.

Como se ha dicho en líneas anteriores el matrimonio está basado en el consentimiento y en la libertad porque como queda establecido si no es un contrato por lo menos sí es un negocio jurídico. Ahora bien; en el derecho moderno todos los contratos son temporales y limitados, y todas las instituciones sociales y jurídicas están inspiradas en la idea de la libertad. El matrimonio no puede ni debe ser una excepción: no hay razón para sustraerlo a este ambiente moderno. Pero como ya se ha dicho el matrimonio si bien en principio se puede aplicar los principios contractuales, no es un simple contrato que podemos andar resolviendo por el simple albedrío de las partes. Lo que se pretende dejar aquí demostrado es la tendencia actual, situación ésta que no comparto por la importancia que tiene el mismo frente al Estado y la sociedad.

El aforismo romano “todos los contratos traen inmersa su condición resolutiva”, frente a las circunstancias actuales del matrimonio, lastimosamente tiene una total validez, de igual forma el matrimonio no es otra cosa que la materialización del

aforismo romano “*quod solo consensu perficitur contrario consensu dirimitur*”, ya que teniendo el matrimonio su origen en el consentimiento, puede éste disolverse como cualquier otro contrato, ahora la labor de los estados radica no en limitar esta intención de las partes, sino en fortalecer y garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones legales creadas con el vínculo, y más cuando existen cónyuges en condiciones de precariedad económica; pero a quienes hay que prestar especial atención sobre todo son los hijos menores de edad, quienes en últimas son los que realmente padecen toda la problemática familiar.

Ahora lo que no se puede negar es la importancia que representa la estabilidad matrimonial tanto para el Estado como para la sociedad, si es socialmente bueno que los matrimonios duren, no es indiferente, sino malo, que se rompan. Y que la sociedad, y el derecho, faciliten la ruptura, tampoco es indiferente. Estas no son afirmaciones meramente teóricas, fruto de prejuicios ideológicos o religiosos. Son ya numerosos, y suficientemente conocidos para quienes de verdad quieren conocerlos, los estudios realizados en los últimos años que demuestran los efectos perjudiciales del divorcio, para los hijos, para los cónyuges, y para la sociedad entera. Buena parte de tales estudios proceden de sociedades que llevan más trecho caminado en esta senda del divorcio, y que, además, se han preocupado más de estudiar las consecuencias personales y sociales del divorcio.

El matrimonio no es contrato cualquiera, y por tanto no sólo son aplicables únicamente los principios y la doctrina privada, por el contrario, el Estado lo regula y lo controla y es ahí donde realmente está la importancia de un derecho debidamente direccionado y desarrollado.

4.3. La duración en los contratos y su similitud matrimonial

Ni el derecho canónico ni el derecho civil se plantaron como posibles, los supuestos de un matrimonio sometido a un término o condición resolutoria. La razón era evidente y clara, tanto para el derecho canónico como para el derecho civil el matrimonio era indisoluble y sus efectos no sometibles a pacto por parte de los contrayentes⁶⁴.

Por ello, conviene preguntarse si una vez desaparecida la indisolubilidad del régimen del matrimonio y admitida la separación y divorcio por mutuo acuerdo, tiene algún tipo de viabilidad este tipo de condición o término.

64 Se habla de la época de las codificaciones, del siglo XVIII, época en la cual la mayoría de las legislaciones civiles estaban fuertemente influenciadas por las doctrinas clásicas del derecho canónico.

Las estipulaciones sobre la duración de los contratos pueden ser de dos tipos. Aquellos que admiten condición o plazo, o aquellos que no fijan un término o condición.

Una cosa es que el matrimonio, ahora pueda tener una duración calculada previamente o sometida a un suceso, y otra que esas previsiones tengan relevancia jurídica. Porque, si efectivamente las partes ponen un plazo a su matrimonio o someten su duración a una condición, la separación o la disolución del vínculo, no se producen como efecto del término de la condición, por muy coincidentes que sean sus previsiones personales con la obtención de los mencionados efectos. Quiere decir lo anterior, que la sola decisión de los cónyuges no deja sin efecto el vínculo, por el contrario al tenor del artículo 89 del Código Civil la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare.

En lo que tiene que ver con el término suspensivo, ya al respecto se han pronunciado doctrinantes de la talla de Díez PíCAZO, tesis que comparto en todo y la cual me permito transcribir:

“En los negocios puros de derecho de familia, precisamente por afectar fundamentalmente al estado civil, es inadmisibles la oposición de cualquier género de término. Una voluntad a término en ellos debe considerarse que hace nulo el negocio⁶⁵”.

En algunos contratos no se establece plazo de duración, facultando a las dos partes o a uno solo como el concedente como es el caso del contrato de distribución, la facultad de preceder por su sola voluntad, cancelando unilateralmente el encargo o la exclusividad conferida.

En otros contratos se establece un plazo determinado. Al vencer el plazo, las partes pueden simplemente dar por terminadas sus relaciones jurídicas o pueden acordar una prórroga o prórrogas sucesivas. Algunos contratos incluyen una cláusula con la prórroga tácita del plazo.

La doctrina se ha pronunciado diversamente respecto a las cláusulas que permiten el desistimiento unilateral en los contratos sin plazo. Los pactos de esta naturaleza constituyen una excepción a los principios generales en materia de contratos. Es de esencia de los contratos que ellos vinculen a las partes guardando siempre los intereses que llevaron a sujetos contractuales a celebrar el contrato. Nótese cómo todo lo dicho analógicamente puede ser aplicado en la institución objeto del presente estudio.

65 Díez PíCAZO-GUILÓN. P.A., *Sistemas de derecho civil*, vol. 1, 3ª edición, Madrid, 1980, pág. 1654.

Todos los contratos en que se ha previsto el recesso unilateral tienen, como rasgo común, que son de ejecución continuada (siendo el matrimonio si duda alguna un negocio jurídico de tracto sucesivo ya que demanda derogaciones periódicas). En esta clase de contratos siempre se ha consagrado por parte del legislador normas que resarzan los perjuicios causados y frente a esta situación el legislador español ha seguido la tendencia y,

“trata de proteger el desequilibrio que se presenta frente a la situación de injusticia, asegurando el bienestar por lo menos económicamente del núcleo familiar afectado por la decisión de uno de los cónyuges, hablando propiamente del matrimonio”.

Aunque no podemos olvidar que cierta doctrina ha entendido que la rescisión de estos contratos sólo puede lograrse por el consentimiento mutuo o cuando se dé una causa legítima que justifique su rescisión a pedido de una de las partes.

Otros autores sostienen que el contrato no puede ser rescindido unilateralmente en virtud de la norma incluida en el Código Civil que establece que,

“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes”.

Admitir que una de las partes resuelva por sí sola poner fin a la relación contractual creada, sería admitir el arbitrio en su ejecución, contrariamente a lo dispuesto por la norma citada del derecho común.

Lo cierto es que el matrimonio tiene todos los elementos que se exigen en los contratos. Para contraer matrimonio se exige un mutuo y libre consentimiento; la institución matrimonial origina un conjunto de derechos y de deberes de carácter jurídico civil; y la extinción y ruptura del vínculo matrimonial guarda una gran semejanza con el modo de extinguirse y de resolverse que tienen los contratos personalísimos. Son tantas las analogías existentes entre el matrimonio y el contrato que hemos de admitir que el primero es una especie dentro del amplio ámbito del segundo⁶⁶.

4.4. España un caso particular

La familia, como todas

66 RAGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001, pág. 49.

“las grandes instituciones sociales de la humanidad son tan intangibles en su esencia, como variables en su accidentes⁶⁷”.

Por tal circunstancia hacen que dentro del derecho privado, sea esta una de las ramas más dinámicas. Esta transformación que se viene dando en la mayoría de los países de occidente, no ha sido ajena a España.

En la mayoría de las normativas de los códigos civiles latinos en orden a la separación responden a un sistema basado en la culpa, lo que supone que el legislador configura los efectos de la separación como un medio para sancionar al culpable, obligando a éste a tener que soportar la mayoría de las obligaciones pecuniarias y personales que conllevaban la ruptura, como era el caso del pago de las cuotas alimentarias, pensiones compensatorias y pérdida de la custodia de los menores, entre otras. Este sistema fue el que imperó en España sin embargo, tras la reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981, la culpabilidad ya no es un factor esencial a tener en cuenta, existiendo junto a un sistema de separación no culpable o separación remedio.

Este sistema mixto que admitía la separación consensual (mutuo acuerdo) y la disensual, incluyendo en este último supuesto tanto causas objetivas como subjetivas, de forma que,

“la resolución judicial de separación no es una reacción sancionadora frente a un comportamiento culpable, sino una forma de tratar jurídicamente las crisis matrimoniales, dándoles una salida respetuosa con los diferentes intereses personales y familiares, y por ello se prevé que pueda decretarse, judicialmente la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (separación consensual) o por cualquiera de ellos cuando haya transcurrido un determinado período de cese efectivo de convivencia (art. 82.6º)”.

De todo lo expuesto se deduce que el Código Civil seguía un sistema de separación objetiva, de forma que las causas, aun cuando sean imputables a uno de los cónyuges, únicamente atienden a uno de sus resultados, no a su origen. Revelan situaciones de crisis matrimonial, suficientes para justificar la separación pero sin que el que haya sido autor de alguna de esas causas pueda ser declarado culpable.

Hasta antes de julio de 2005, para poder presentar una demanda de divorcio en España era imperante al tenor del artículo 86 del Código Civil, un cese efectivo de

67 AMOROSO LIMA, ALCEU, “Familia y Estado”, en *Rev. de la Universidad Católica Bolivariana*, vol. VII, junio-julio 1941, n° 21, pág. 3.

la convivencia conyugal en tiempo nunca inferior a un año, salvo en los casos de violencia o riesgo personal de los cónyuges situación ésta reglamentada por la mayoría de estados de occidente.

Pero lo que realmente sorprende, y a lo que le vamos a dedicar un especial análisis es el cambio tan abrupto que sufrió la legislación civil con la nueva ley civil la 15 de 8 de julio de 2005, la cual elimina la separación como trámite previo al divorcio, suprime las causas justificativas de divorcio e introduce la posibilidad de que el divorcio sea solicitado por uno de los cónyuges sin que el otro pueda oponerse. Esto significa que cualquier cónyuge que no desee continuar la convivencia por cualquier motivo, podrá pedir el divorcio a los tres meses de la boda (único requisito que se pide junto con la solicitud y propuesta de las medidas provisionales que han de regir durante el proceso).

Todo fundamentado en un indebido mal llamado derecho a la separación matrimonial por la unilateral decisión de uno de los esposos, criterio éste que fue aclarado por el Tribunal Constitucional en su momento y que, sin embargo, no tuvo en cuenta el legislador español y le dio “vida a un derecho” inexistente. En su momento el tribunal se pronunció así:

“el mismo «no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que la norma fundamental establece en su artículo 32 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y remite a la ley la regulación, entre otros aspectos, de los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” (auto de 3 de octubre de 1983).

Justifica el legislador español su yerro en un principio de libertad y libre albedrío el cual se defiende casi a ultranza y da pasos a fines eminentemente personales, relegando la importancia estatal que tiene el matrimonio como núcleo social; esta sumisión a los intereses individuales y porque no desprovistos de todo sentido ético y social dan paso a teorías tan singulares como la que consagra la ley en comento:

“La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad”.

Remata el legislador:

“En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con

ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

Lo consagrado en la ley en estudio prácticamente deja sin fundamento el sostenimiento de las demás causales consagradas en la norma civil, ya que es prácticamente ineficaz entrar a demostrar causales o incumplimientos por parte de los cónyuges. Por todo ello, el CGPJ considera que,

“el mantenimiento de estas causas jurídicas legitimadoras de la separación —y consecuentemente del divorcio— es enteramente imprescindible, con el fin de que el juez pueda cumplir una normativa tan clara e inatacable como la prioridad del interés de los hijos (...) así como la inexcusable protección al cónyuge que sea víctima de dichos comportamientos”.

Además, alega razones de otra índole:

“En materia jurídica no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (...), así también lo es un divorcio sin causas justificativas: no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral que es el matrimonio”.

Por otra parte, el divorcio unilateral —a diferencia del consensual— perjudica a la parte más débil pues el consentimiento de esta última deja de tener valor. En la mayoría de occidente son las mujeres quienes en casi la totalidad las que demandan de los tribunales el cumplimiento de una cuota alimentaria para sus hijos. No cabe duda entonces que la parte más débil de la relación es la mujer y los hijos y serán ellos los directamente afectados por el divorcio unilateral.

Ya en su momento manifestó el Consejo General del poder judicial español:

“No es inimaginable que en la tramitación y debate de este proyecto de ley alguien, como ya se ha escuchado en algunas voces, propusiera, respecto al divorcio unilateralmente exigido por uno solo de los cónyuges contra la voluntad del otro, suprimir el requisito del plazo sin incluir la exigencia de causa justificativa”.

Si así sucediera nos encontraríamos:

- a) con una regulación sin parangón en el derecho europeo, y
- b) con una figura que sólo se encuentra en la tradición musulmana. Se llama repudio.

Quizá se argumentará de contrario que el repudio, tal y como hasta ahora es conocido en el ámbito cultural citado le está sólo permitido al marido mientras que el divorcio por voluntad unilateral sin causa ni plazo, que podría ser solicitado por marido y mujer. En un sistema de divorcio unilateral, dice, la supresión de dicho plazo equivaldría a introducir el repudio. Además,

“se estaría consagrando una concepción del matrimonio y de su disolución totalmente ajena al ámbito sociocultural de nuestro entorno, y sólo admitido en la cultura musulmana”⁶⁸.

Posición ésta no escuchada por el legislador, y que se convirtió en la ley en estudio. Atrás quedo el llamado período de reflexión que fueron defendidos casi a ultranza en el año de 1981, dando paso a la desaparición o reducción de (3 meses) los cuales en teoría permitirán a los cónyuges reflexionar acerca de su decisión y, en su caso, intentar la reconciliación.

En consecuencia el divorcio unilateral implica retroceder el camino que la legislación de familia había emprendido en defensa de los derechos de la mujer. En la práctica, la incorporación de este tipo de divorcio tendrá como consecuencia que la parte más débil se proteja desde el primer momento del abandono del otro cónyuge y, por ejemplo, evite quedarse en la casa al cuidado de los niños. Además, en estas circunstancias, el comportamiento del que abandona será amparado por la ley pues después de algunos años tendrá el derecho para terminar definitivamente el matrimonio sin otro compromiso que una aparente compensación económica de difícil exigencia.

Ahora si estudiamos la reforma del Código Civil en lo referente a las personas que pueden vincularse en matrimonio, se puede decir que el matrimonio entre homosexuales no es más, que una equiparación que hace el legislador a las demás materias contractuales, ya que atrás queda la concepción de ese vínculo especial y solemne destinado exclusivamente a un hombre y una mujer debido a los fines

68 Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio*, Madrid, 27 de octubre de 2004.

mismo del matrimonio, dando paso al tratamiento de un negocio jurídico más, donde no importa el sexo de los contrayentes sino simplemente su voluntad, (principio de la autonomía contractual).

Erróneamente el legislador español deja de un lado la exégesis y orígenes de la institución matrimonial, éste nace en relación con la sexualidad y sólo en este orden tiene posibilidad de existencia. Por tanto, el sujeto del matrimonio no es la persona humana en sí, es decir como persona, sino está contemplada en el plano de la distinción sexual, esto es, en cuanto que es hombre y mujer, porque su fundamento se recibe del carácter complementario de sexos. Todo queda atrás para dar paso, al libre desarrollo de la personalidad y al principio de la igualdad jurídica, principios que en la actualidad distan de lo que defendieron los revolucionarios y liberales franceses.

4.5.La indemnización de perjuicios en derecho español y su relación con la indemnización contractual

Se ha escrito generosamente al respecto sobre la naturaleza jurídica de la indemnización del artículo 98 del CC y al respecto ya los doctrinantes tienen generalizado su criterio y no dudan en afirmar tal y como lo hace ANTONIO J. PÉREZ MARTÍN, en el texto *Nulidad matrimonial civil y eclesiástica*⁶⁹:

“Esta indemnización no tiene carácter alimenticio, ni de pensión compensatoria, sino sólo y exclusivamente se trata de una indemnización de daños y perjuicios. Su finalidad debe ser la de reparar unos daños que se han producido desde la celebración del matrimonio hasta que se declara la nulidad”.

Frente a lo anterior me pregunto: ¿no es acaso la misma reparación de perjuicios que procede frente a la nulidad contractual?

Transcribiré la norma del artículo 98 para estudiarla más a fondo:

“El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

69 PÉREZ MARTÍN. J. PÉREZ, *Nulidad matrimonial civil y eclesiástica*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 88.

Y transcribiré de igual forma la norma del artículo 1101, la cual es aplicable según la doctrina española a la responsabilidad contractual:

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

Acaso no tiene una íntima relación, estas dos normas citadas, nótese, que lo que busca la norma del artículo 98 es la protección indemnizatoria de aquel cónyuge que le ha sido quebrantada su buena fe, y por tanto la legislación pretende proteger. Ya al respecto existe una sentencia del tribunal supremo cuyo ponente fue el Excmo. Sr. don ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL, y en la cual se precisa con meridiana claridad la naturaleza jurídica de esta indemnización⁷⁰:

“Se trata de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no han ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición, por la conducta dolosa de uno de los cónyuges”.

No es esta misma conducta dolosa, a la que hace relación el artículo 1101, de la codificación civil española, nótese que a juicio propio, la normativa de la responsabilidad civil contractual en principio es aplicable al matrimonio, ahora lo que hizo el legislador español fue crear una norma precisa, para quizá no tener que romper con años de tradición jurídica.

En los derroteros del derecho, siempre se nos ha enseñado que existen dos clases de responsabilidad civil, la contractual que es aquella que se origina de un acuerdo de voluntades y la extracontractual, aquella que procede justamente, cuando no existe un acuerdo y se causa perjuicios a un tercero, que no está en la obligación de soportar dicho daño. Entonces entremos a mirar la norma del 1092, que es aquella que trata la responsabilidad la extracontractual, para hacer su respectivo análisis.

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

Teniendo en cuenta la naturaleza del acuerdo de voluntades (que para el caso hemos dicho que es la del negocio jurídico), en principio, será muy difícil concretar

70 Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de marzo de 1992, ponente ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.

por un lado, si ha intervenido culpa o negligencia y por otro, la realidad del daño causado. A pesar que la sentencia del tribunal supremo antes referenciada, deja muy claro que queda abierta la vía del artículo en mención, en la práctica es totalmente impráctica, y más cuando el artículo 98 no nos habla justamente de esta responsabilidad por culpa, sino por el contrario, nos habla de la responsabilidad, por una conducta atentatoria a la buena fe del otro cónyuge.

Sin duda alguna al estudiar la norma del artículo 98 estamos frente a una indemnización *sui generis*, distinta a la de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que tiene como objeto reducir distancias económico-sociales entre dos personas que un día estuvieron unidas en matrimonio y que por el actuar doloso de uno de los cónyuges se da la reparación; es de anotar además que el artículo 98 desarrolla o tiene sus orígenes en la norma del 1101, aplicable según los doctrinantes exclusivamente a la responsabilidad contractual.

Esta indemnización aproxima las consecuencias de su nulidad a las que tienen lugar en los restantes contratos, tratando de paliar de esta forma los inconvenientes de todo tipo que la celebración del matrimonio haya ocasionado al cónyuge de buena fe los que no llegan al artículo 79, y con la idea de situarlo, de la única manera posible, en una posición igual o similar a la que tenía antes de celebrar el acto nulo. Su finalidad debe ser la de reparar unos daños que se han producido desde la celebración del matrimonio hasta que se declara la nulidad.

Después de estudiar la legislación vigente, no queda otro que concluir que el legislador español terminó de contractualizar la institución matrimonial, y dejó a la simple voluntad de las partes la resolución del matrimonio, eso sí garantizando que aquellas víctimas reciban la debida indemnización de perjuicios, ya sea por el caso de la vía de los artículos 97, 98 del CC, o por la vía del 1902 del mismo texto. Nótese que todo lo anterior no es otra cosa que la legitimación del derecho privado en una institución que por naturaleza también debía ser regida por el Estado.

Las actuales tendencias legislativas, sin duda están lejos de la desarrollo legal, que en otrora se mantuvo en los diferentes siglos y en los diferentes países, cuyo interés radicaba vivamente por la suerte de la familia; se preocuparon, no de regularla arbitrariamente —en esta materia, las costumbres son frecuentemente más fuertes que las leyes— sino de protegerla, de condicionarla, de sacar de ella el mayor rendimiento social posible.

Parece que lo hecho por el legislador español, no es otra cosa, que darle un trato contractual a la *institución matrimonial española*; considero tan cierto mi afirmación que incluso tal y como está el panorama judicial ibérico, hoy día lo podríamos asimilar a un contrato de sociedad, el cual puede ser conformado por personas sin importar

su sexo, se le pueden aplicar en general las reglas de la responsabilidad civil, se debe resolver como los contratos de esta especie pueden rescindirse, no solamente por consentimiento mutuo, sino hasta por la simple voluntad de uno solo de los consocios.

Pero el régimen matrimonial que rige en España, es tan particular, que se han pasado casi un siglo defendiendo la tesis del matrimonio como una institución, que aun teniendo el panorama antes descrito y aun reconociendo la legislación que los elementos constitutivos del acto jurídico matrimonial son el consentimiento, la voluntad, exigiendo igualmente la ausencia de los vicios del consentimiento y una serie de formas y solemnidades especialmente previstas para el matrimonio, es decir, requiriendo los elementos esenciales y de validez de los actos jurídicos, se sigue afirmando su carácter institucional; comunidad ésta conformada por personas del mismo sexo, donde es procedente la terminación unilateral de la misma, y donde es aplicable ante un quebranto injustificado del ordenamiento jurídico la indemnización de perjuicios.

Pero como ya se dijo anteriormente, este no es el verdadero debate y el fin de la presente investigación, lo que es realmente importante es la crisis matrimonial que se vive en la actualidad, estamos asistiendo al ocaso de la institución familiar, influenciada por la cultura del consumismo, y por la relaciones despersonalizadas, propia de una sociedad de masas, urbanas e industriales; atrás queda una historia social, que presentaba la familia con solidez y fortaleza, para dar paso a debates totalmente contractualistas desprovistos de dialécticas morales o constructivistas.

La verdad de la familia no es disponible por parte del legislador. Ella debe presidir toda su política familiar. Es un corolario necesario de la dignidad de la persona humana. Pero tal consideración es insuficiente. Las sociedades complejas en las que vivimos requieren una reflexión específica sobre los medios más oportunos para traducir esa verdad en la vida concreta de las personas y de las comunidades políticas de todo el orbe⁷¹.

Pero lo que considero aun más grave es que la tendencia desarrollada por el Estado español, es una doctrina que muy probablemente en el resto de los países de occidente, se comience a instaurar poco a poco, y el efecto dominó, impere, ya que lastimosamente en la mayoría de los estados democráticos hondean aires de libertad, de igualdad y de protección al interés particular, siendo éstos los propulsores de la reducción a fórmulas jurídicas personalísimas de los principios antológicos y teleológicos que en otros tiempos protegieron a la familia y a la sociedad.

71 PERIS CANCIO, J.A, *La familia granita de la dignidad humana*, Ediciones internacionales universitarias, Madrid, 2002, pág. 201.

El derecho debe formar, educar; necesita llevar delante la antorcha; no arrastrarse detrás, a la retaguardia de la evolución cultural⁷².

CONCLUSIONES

Fueron los glosadores quienes trajeron al debate la institución matrimonial como un contrato, al considerar que en toda prestación de consentimiento existía un negocio de esta naturaleza, y más cuando al elevar a la mujer en la condición de compañera y amiga, cual debía ser amada y protegida, se sentaban principios de igualdad contractual; en épocas donde imperaba, la conquista de las mujeres frente al rapto y la guerra, y su posterior esclavitud, en eras donde se aceptaba la compra de éstas y su sometimiento a la voluntad omnímoda de su dueño, aparece el cristianismo sin duda, como el dignificador contractual del matrimonio.

El contrato-sacramento que promulga la Iglesia es sin duda alguna un negocio jurídico *suis generis*, ya que no puede disolverse por acuerdo mutuo de sus partes ni es resoluble por incumplimiento. Al reconocérsele ese carácter sacramental las consecuencias eran fundamentales, pues teniendo el vínculo una naturaleza sagrada, esta misma escapa a la voluntad de los esposos su indisolubilidad. Pero sentó el principio moralizador de la celebración del matrimonio requiriendo la libre voluntad de los contrayentes, con lo cual se evitó en principio una práctica muy común hasta el siglo XI, cual eran los matrimonios por conveniencia.

La Constitución francesa de 1791, consagró dentro de sus normas la naturaleza contractual del matrimonio, al cual no había de reconocérsele sino como un contrato, referido en toda su integridad al originario acuerdo de voluntades de los contrayentes bajo jurisdicción exclusiva del Estado. Iguaes orientaciones ideológicas dirigieron el Código napoleónico; normativa que no sólo le dedicó el término contrato al concepto de matrimonio sino que en diferentes apartes se hace alusión a esta institución de carácter eminentemente contractual, normas que en la actualidad siguen teniendo plena validez jurídica.

Para la validez y existencia del matrimonio, en la totalidad de los países de occidente, se requiere que exista un acto o declaración de voluntad, el cual no puede estar viciado, dicho acto generador de obligaciones debe recaer sobre una capacidad necesaria en los contrayentes, y expresado ante una autoridad de orden estatal, es decir, en principio se aplican al matrimonio todas las reglas relativas y

72 CASTAN, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8ª edición, Madrid, 1961.

condiciones generales que deben observarse en los contratos. Tan fuerte es la tendencia contractual que en la mayoría de países de América Latina, el matrimonio se concibe como un negocio jurídico de carácter contractual.

Hoy día los contratos no sólo se entienden como la figura jurídica que da origen a obligaciones patrimoniales los contratos no son sólo eso, son el acto de crear, mediante el consentimiento una relación jurídica. En efecto, si aún somos renuentes a las nuevas teorías contractualistas y no abandonamos la concepción clásica de la transmisión de derechos patrimoniales, lo que sí no podemos negar desde esta óptica es que el matrimonio en todo se ajusta a los negocios jurídicos, doctrina alemana, reconocida y de amplia y total aplicación en occidente. Siendo entonces, un negocio jurídico de derecho familiar que se encuentra tipificado en la ley civil y que debido a su importancia es el Estado quien crea los deberes conyugales, eso sí dotando a los cónyuges del derecho al libre albedrío, no sólo en lo que se refiere al régimen patrimonial aplicable, sino a su misma disolución entre otras posibilidades que se consagran.

Frente a las actuales tendencias de la legislación europea, atrás queda la idea de gran institución social fundada en el consentimiento de los contrayentes, el amor, la continuidad de la prole y sobre todo su perpetuidad: en los estados modernos estamos siendo verdaderos espectadores de una fragilización del vínculo matrimonial; cada día desaparecen con más frecuencia los elementos *sine qua non* que en algún momento caracterizaron esta institución, para dar paso a un culto excesivo de igualdad jurídica y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Las doctrinas del legislador español están lejos del desarrollo legal, que en otrora se mantuvo en los diferentes siglos y en los diferentes países, cuyo interés radicaba vivamente por la suerte de la familia; se preocuparon, no de regularla arbitrariamente, sino de protegerla, de condicionarla, de sacar de ella el mayor rendimiento social posible. Este trato contractual a la *institución matrimonial española*; hoy día se ajusta a la teoría de la autonomía contractual, la cual puede ser conformada por personas sin importar su sexo, basta su consentimiento y su capacidad para expresarlo, se le pueden aplicar en general las reglas de la responsabilidad civil, y se puede resolver como los demás contratos, no sólo por consentimiento mutuo, sino hasta por la simple voluntad de uno solo de los cónyuges, traspasando con lo anterior incluso los límites contractualistas.

Las directrices desarrolladas por el Estado español, son unas doctrinas que muy probablemente en el resto de los países de occidente, se comiencen a instaurar poco a poco, y el efecto dominó, impere, ya que lastimosamente en la mayoría de los estados democráticos hondean aires desproporcionados de libertad, de igualdad y de protección al interés particular, siendo éstos los propulsores de la reducción a

fórmulas jurídicas personalísimas de los principios ontológicos y teleológicos que en otros tiempos protegieron a la familia y a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOROSO LIMA, ALCEU, "Familia y Estado", en *Rev. de la Universidad Católica Bolivariana*, vol. VII, junio-julio 1941, n° 21, Caracas, Venezuela.
- ARIAS, JOSÉ, *Derecho de familia*, Editorial Guillermo Kraf Ltda., Buenos Aires, 1985.
- BONET, FRANCISCO, *Compendio de derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960.
- BONNECASE, JULIEN, *Le pensée juridique française de 1804 a l'heure presente*, Imp. Delmas, Burdeaux, 1933.
- CALIENTO SOLARI, UBALDINO, *Modernas tendencias del derecho de familia*, Editorial lex, Bogotá, 2002.
- CASTÁN, JOSÉ, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. I, 8ª edición, Madrid, 1961.
- CASTÁN COBENAS, JOSÉ, *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)*, hijos de Reus, editores, Cañizares 3 dupdo., Madrid, 1914.
- CICU, ANTONIO, *El derecho de familia*, traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediar Soc. Anon. Editores, Buenos Aries, Argentina, 1947.
- Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio*, Madrid, 27 de octubre de 2004.
- COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina general del derecho civil*, traducción al castellano de la 4ª edición por FELIPE DE J. TENA, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, 1950.
- DÍEZ PICAZO-GUILÓN, P.A., *Sistemas de derecho civil*, vol. 1, 3ª edición, Madrid, 1980.
- DE COSSIO, ALFONSO, *Instituciones de derecho civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975.
- ESPIN CANOVAS, DIEGO, *Derecho civil español*, t. IV, Familia, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1972.
- GARCÍA, ESTEBAN, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Madrid, 1893.
- GUTIÉRREZ, CONSTANCIO, *Comentarios al Concilio de Trento. Del sacramento matrimonial*, Universidad Pontificia Cornillas, Madrid, 1995.
- IHERING, RUDOLF VON, *3 estudios jurídicos. Del interés en los contratos*, traducción de ADOLFO GONZÁLEZ POSADA, Buenos Aires, 1947.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho civil*, t. I, vol. II, "La familia", Ediciones jurídicas Europa-América Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de familia*, Librería Bosch, Barcelona, 1974.
- LACRUZ, JOSÉ LUIS, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Librería Bosch, Barcelona, 1970.
- LÓPEZ HERRERA, FEDERICO, *Anotaciones sobre derecho de familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1990.

- LÓPEZ ORTIZ, JOSÉ, *El Código de Derecho Canónico*, Editorial BAC, Madrid, 1975.
- LECHMANN, HEINRICH, *Derecho de familia*, vol IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, LORENZO y otros, *Comentarios al Código de Derecho Canónico y legislación complementaria*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.
- PERIS CANCIO, J.A., *La familia granita de la dignidad humana*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002.
- PÉREZ MARTÍN, J., *Nulidad matrimonial civil y eclesiástica*, Editorial Lex Nova, Valladolid.
- PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. I, “La familia, matrimonio, divorcio, filiación”, París, 1946.
- PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. II, “La familia, matrimonio, divorcio, filiación”, Univ. 1948.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, t. IV, vol. I, “El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes”, Bosch, Barcelona, 1967.
- PORTALIS JEAN ETIENNE MARIE, *Discurso preliminar del proyecto del Código Civil francés*, Imprenta Edeval, Valparaíso, Chile, 1978.
- CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, Editorial Porrúa. S.A., México, 1985.
- POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Traite du contrat de mariage*, Paris, p.j langlois: a durand 1844, XVI.
- RANGEL SÁNCHEZ, LUIS FELIPE, *Estudio legislativo y jurisprudencial de derecho civil: familia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2001.
- REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. I, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970.
- REBORA, JUAN CARLOS, *Instituciones de la familia*, t. II, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, Argentina, 1970.
- RENARD, PIERRE, *Le mariage civil, est-il un contrat?*, U. Fribuorg, 1940.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho civil mexicano*, t. II, vol. I, “Derecho de familia”, Antigua librería Robredo, México 1970.
- ROUAST ANDREWS, *La grand scolastique*, La rose, Paris, 1980.
- RUGGIERO, CARLS, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Madrid, 1931.
- WERNZ VIDAL, *Derecho canónico*, t. I, Universidad Gregoriana, Roma, 1938.