

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

FACULTAD DE DERECHO

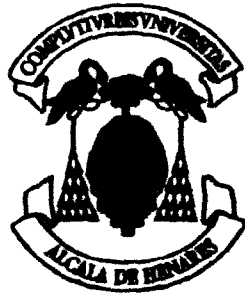


LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

TESIS DOCTORAL

Jairo José Guzmán García

Alcalá de Henares, 2002

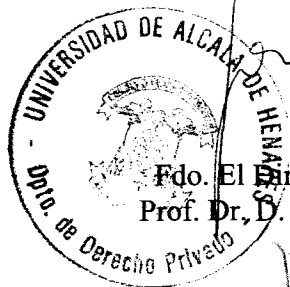


DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

D. José María de Solas Rafecas, director del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, y D. José Enrique Bustos Pueche, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alcalá, en su calidad de director de la Tesis doctoral de D. Jairo José Guzmán García con título "La naturaleza jurídica del matrimonio", mediante el presente escrito hacen constar:

- I. Que la tesis reúne todos los requisitos exigibles para poder llevar a cabo su defensa pública, habiendo sido la materia contenida en ella objeto de un tratamiento riguroso y documentado.
- II. Que en base a lo anterior, la Tesis reúne todos los requisitos necesarios para su aprobación.

Por todo ello, autorizamos la admisión de la presente Tesis doctoral con arreglo a lo previsto en la normativa vigente y a los efectos que sean oportunos.



Fdo. El Director del Departamento
Prof. Dr. D. José M^a de Solas Rafecas

Fdo. El Director de la Tesis doctoral
Prof. Dr. D. José Enrique Bustos Pueche

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ACFS	Anales de la cátedra Francisco Suárez.
AC	Actualidad Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADEE	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado.
ADPC	Atlante di Diritto Privato comparato.
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho.
ARAJL	Anales de la Real academia de jurisprudencia y Legislación.
AGFILS	Archivio Giuridico Filippo Serafini.
BICAM	Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
BIMJ	Boletín de información del ministerio de Justicia.
CFDUPM	Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca.
IC	Ius Canonicum.
art, arts.	artículo, artículos.
Cap.	Capítulo.
CC	Código Civil.
cfr.	Confróntese.
CEN.CC	Centenario del Código Civil.
Com.CC	Comentario al Código Civil.
coord.	Coordinador, coordinado por
dir.	director, dirigido por

DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
ed.	edición.
edic.	edición.
Edit.	editado.
EDir	Enciclopedia del Diritto
edit., edits.	editor, editores.
ediz.	Edizione (edición)
EDCH	Estudios de Derecho Civil en homenaje.
EJO	Enciclopedia jurídica Omeba.
ENG	Enciclopedia giuridica.
EMATR	Enciclopedia del matrimonio.
ej., ejs.	Ejemplo, ejemplos.
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica.
Et al.	Et alii.
LH	Libro homenaje.
n.	nota.
NDI	Novissimo Digesto Italiano.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
Nº	número.
Op.cit	opera citate.
§	parágrafo.
p.ej.	por ejemplo.
pub.	publicado, publicación.
RCRITDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD PUBL	Revista de Derecho público.
REDCAN	Revista Española de Derecho Canónico.
RIVDCOM	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazione.
RIFD	Rivista internazionale di filosofia del Diritto.
RDN	Revista de Derecho notarial.
RDPRIV	Revista de Derecho Privado.

RFDUM	Revista de la facultad de Derecho de Madrid.
RGD	Revista General de Derecho.
RGLJ	Revissta General de Legislación y Jurisprudencia.
RDICIV	Rivista di Diritto Civile.
RJCAT	Revista Jurídica de Cataluña.
S /ss	siguiente, siguientes.
tamb.	también.
t.T.	tomo.
Tít.	título.
trad.	traducción, traducido, traductor.
Trat.	Tratado.
Vid/V	véase.
Vol/ V.	volumen.
V.g	Verbi gratia

INTRODUCCIÓN

1 OBJETIVOS

El título de esta tesis alude a un tema que por la complejidad que representa, ha sido en estos últimos tiempos descuidado en su estudio por la doctrina civilista. Prueba de ello es la inexistencia de monografías o trabajos extensos o menos extensos que le tengan por objeto de estudio, al menos durante los últimos veinte años.

En tal sentido, el desarrollo dado al tema ha consistido en fragmentarias elucubraciones que intentan de alguna manera defender la posición ideológica del autor que las postula, careciendo por ello, de un tratamiento sistemático, ordenado y científico. Así, constituyen una excepción las incursiones al tema, con ánimo de clarificar y de dar una respuesta certera al asunto.

Por ello nos proponemos como objetivo primordial en este trabajo de investigación, conducir la discusión sobre la naturaleza jurídica del matrimonio a través de un sistema que, partiendo del concepto general de lo que es “naturaleza jurídica”, permita, al aplicarlo al fenómeno matrimonial, realizar una exposición ordenada y coherente de las tesis que han pretendido explicar la propia del matrimonio, y a través de ello presentar una propuesta justificada, hasta en sus más últimas consecuencias doctrinales, de las razones que permiten explicar al matrimonio en su verdadera naturaleza jurídica.

2 UNA CUESTIÓN PRELIMINAR

La naturaleza jurídica del matrimonio ha constituido a lo largo de la historia del pensamiento jurídico-civil un punto de difícil clarificación. Sometido en un primer momento a la autoridad eclesiástica que lo consideró como un sacramento; convertido luego por la acción del poder estatal en un simple contrato y cuestionado posteriormente como tal, terminó por ser ubicado dentro de los esquemas que se proponían como alternativa al individualismo contractualista. En fin la explicación de la naturaleza jurídica de dicha institución no ha encontrado pacífica respuesta dentro de la doctrina, empeñada casi siempre en hacer de esto un tema con el que defender de mejor manera su tendencia ideológica propia.

Las múltiples y tan dispares opiniones que el tema de la naturaleza jurídica del matrimonio ha generado dentro de la doctrina, han constituido óbice para una reflexión profunda y defendida con argumentos sólidos y coherentes, y en consecuencia, los trabajos con cierta extensión habidos a propósito del tema son escasos, y dan cuenta de imprecisiones terminológicas, porque introducen como elementos argumentales del análisis, aspectos relativos a la vida matrimonial en el campo afectivo o personal o sentimental, lo cual torna dicho análisis inviable para la jurídica comprensión del matrimonio dentro de una dimensión propiamente de Derecho.

El primer inconveniente que se nos ha planteado al iniciar el trabajo que ahora presentamos es el ya mencionado desconocimiento sobre lo que constituye “naturaleza jurídica”. Elemento que creemos esencial para la correcta ubicación, estructuración y desarrollo del tema.

En efecto, sólo partiendo de lo que ello significa esencialmente, se puede llevar a buen término el análisis en cuestión, porque para

llegar a la determinación exacta del tema que nos ocupa, ha de someterse la categoría matrimonial a un procedimiento riguroso de análisis jurídico respecto de su naturaleza jurídica, lo cual pasa necesariamente por iniciar la investigación sabiendo qué es lo que en verdad se busca descubrir cuando se habla de la “naturaleza jurídica” de una institución. En consecuencia el hilo argumental ha de partir de un criterio lógico y avanzar por una ubicación del matrimonio, como figura estudiada, dentro de algún esquema conceptual, para terminar dejando claramente establecida la pertenencia de dicha institución a una concreta categoría. Pero lo más importante es que tal labor debe realizarse demostrando cuáles son las razones que sustentan dicha conclusión y respectivamente desechando, con argumentación jurídica, por que no pertenece el matrimonio a las demás categorías, según planteamientos varios devenidos históricamente.

En tal sentido realizamos, en esta introducción a la tesis que presentamos, una incursión a lo que constituye la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas, como necesidad primordial en aras de realizar una exposición lo más clara, concisa y precisa posible del tema en cuestión.

3 LO QUE ES NATURALEZA JURÍDICA

Dentro de la ciencia jurídica, se hace necesaria, al máximo grado, una precisión y concreción terminológica que permita subsumir la realidad social o convivencia humana dentro de sus conceptos, lo cual constituye objeto de estudio propio de esta ciencia, y reducirla a esquemas formales y conceptuales adecuados para su entendimiento dentro del sistema que conforman todos los conceptos

jurídicos y las normas¹. Por ello, creemos que al tema principal de esta tesis doctoral debe ubicárselo dentro de un marco adecuado, a fin de que el análisis a realizar se circunscriba a los extremos más propicios a la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio. Labor que permitirá, por un lado, que la deducción o conclusiones a que se lleguen no sean ajenas al campo jurídico y por otro que siendo propias del campo jurídico, se explique o justifique claramente que el matrimonio cumple las condiciones necesarias para poseer la asignada naturaleza jurídica.

3.1 ANTECEDENTES Y APLICACIONES DEL TÉRMINO

Como referencia histórica, conviene saber que la expresión “naturaleza jurídica” se usa por primera vez, constanding en forma escrita, en el siglo XVII, por Giambattista de Luca en su obra “*Il dottor Volgare*”, fechada en Roma el año de 1672². Por la época, puede afirmarse, que esta costumbre de aludir a la naturaleza jurídica de las instituciones se origina dentro del llamado *mos italicus*³, desde el cual ha de trasladarse al *mos gallicum iura docendi*⁴, a partir de cuyo desarrollo en el derecho continental -esta costumbre- llegó a

¹ El sistema jurídico en palabras de BARCELLONA, Pietro; *Diritto Privato e società moderna*. (con la collaborazione di Carmelita Comardi); Casa editrice Jovene; Napoli; 1996; pág. 36, es “sistema ideal de conceptos conexos orgánicamente por un mismo principio”.

² Obra que abordaba aspectos relativos a la letra de cambio. cfr. LE PERA, Sergio; *La Naturaleza Jurídica*; ediciones Panedille; Buenos Aires; 1971; pág. 37.

³ Para mayor abundamiento sobre el tema véase: CLAVERO, Bartolomé; *Historia del Derecho: Derecho común*; ediciones Universidad de Salamanca; Salamanca; 1994. pág. 73 ss. Tamb. Breve referencia a propósito del consentimiento y el contrato en la doctrina de los humanistas y romanistas, en: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; *Estructura y función del tipo contractual*; Bosch casa editorial; Barcelona; 1979.

⁴ CLAVERO, *Historia del Derecho*, 1994, 87 ss.

imponerse en la elaboración doctrinal del derecho hasta nuestros días.

Constituye una forma de estudiar y de comprender el derecho como conjunto de instituciones, cuyos inicios no se distinguen con total claridad, no obstante, llega a su más alto grado de desarrollo con la escuela histórica del derecho y la pandectística alemana, cuando Ihering con su doctrina influye y anticipa los desarrollos del pensamiento jurídico continental⁵.

Así, la labor de desentrañar la naturaleza jurídica de las instituciones con las que trabaja la ciencia jurídica, constituirá un ejercicio de alto valor en el ámbito de la teoría científica. En tal sentido puede notarse que casi todos los manuales de Derecho Civil dedican, alguna de sus partes a la exposición de la naturaleza jurídica del instituto estudiado y que los autores se empeñan en prestarle alguna atención.

No obstante lo anterior, pocos tratadistas se han preocupado por saber para qué y por qué debe llevarse a cabo esta determinación cada vez que se estudia una institución⁶, lo cual es reflejo de la falta de preocupación doctrinal por saber lo que en verdad sea “naturaleza jurídica”⁷. Hablar o escribir sobre la correspondiente naturaleza de un instituto es, y ha sido, una cuestión obligada y de tradición, sin embargo dicha actividad en su realización parece haber carecido de una certera justificación.

⁵ LE PERA, La Naturaleza, 1971, 12.

⁶ ESTÉVEZ, José Lois; “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, AFD, T. IV, 1956; pág. 159 s.

⁷ Y como dice LE PERA, La Naturaleza, 1971,70: muy a menudo los juristas, en su hurgar por naturalezas no parecen ni pretenden realizar tareas relativamente racionales, sino místicos esfuerzos de intuiciones esenciales.

De la lectura de tesis, manuales, tratados, etc. se infieren varias formas de aprehender lo que es naturaleza jurídica. A veces se la confunde con la esencia de las cosas, cuestión de suyo derivada de concepciones filosóficas; otras veces se la encuadra como una estructura; por último, se la identifica con una categoría o género⁸; o bien como encuadramiento sistemático de una figura⁹. Diversidad de criterios que no es más que el reflejo de la despreocupación que la doctrina ha mostrado respecto de este fenómeno.

3.2 NOCIÓN Y CONCEPTO

La noción de “naturaleza jurídica” tiene estrecha relación con la idea de orden dentro de la ciencia del Derecho. Específicamente con la idea de sistema o de ordenamiento jurídico.

En tal sentido Strömholm, decano de la facultad de jurisprudencia de Uppsala, en su muy interesante y completo artículo “*Lo Sviluppo storico dell’idea di sistema*”, concibe el sistema jurídico como un conjunto ordenado de elementos, que partiendo de los principios fundamentales se estructura a través de elementos menos generales hasta llegar a las disposiciones particulares. Es decir que para este autor el sistema que integra dentro de sí a lo jurídico está constituido por una estratificación de principios que en su conjunto vienen a integrar el todo de lo que es el Derecho¹⁰.

⁸ Véase a mayor abundamiento de la idea ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 161-165 ss.

⁹ MUÑIZ ESPADA, Esther; RCRITDI, septiembre-octubre 1999; pág. 1991, al referirse al tratamiento dado por la doctrina a la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar expone: “ciertamente que en la doctrina ha habido numerosos y contrastantes **tentativas de encuadramiento sistemático de la figura**”.

¹⁰ STRÖMHOLM, Stig; “Lo sviluppo storico dell’idea di sistema” en RIFD, 1975; pág. 469 s. En este sentido BARCELLONA, Diritto privato e società, 1996, 37, para quien, el sistema

En ese sentido la noción y el concepto de lo que constituye “naturaleza jurídica” se empieza a perfilar cuando observamos con detenimiento la forma en que externamente se armoniza la ciencia del derecho y, más precisamente, las normas a ella pertenecientes¹¹ y los conceptos que no son propiamente normas, porque como ha sido manifestado por algún sector de la doctrina, el ordenamiento jurídico en su sistematización no sólo se ve integrado por normas sino también por principios y enunciados, como por ejemplo la definición legal del artículo 142 del Código civil español, que da la pauta conceptual de lo que es para el Derecho civil, “alimentos”¹², o piénsese también en el concepto de contrato¹³, o el de buena fe o el principio referido al buen padre de familia o al de diligencia o negligencia etc, sin los cuales algunas instituciones serían incomprensibles e inadaptables al sistema jurídico mismo.

en su formación, se caracteriza por, ir de los conceptos inferiores a los superiores, hasta los conceptos fundamentales, el sistema jurídico abarca un conjunto de razones que constituyen otros tantos puntos de vista a partir de los que la realidad de las relaciones individuales concretas pueden ser puestas en orden y disciplinadas”

¹¹ A esto parece hacer referencia, DE LUCAS, Javier/AÑÓN, M^a José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Francisco/MARTÍNEZ Blanca/RUIZ, Mario/VIDAL, Ernesto; *Introducción a la teoría del Derecho*, 2ª edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 163, cuando dice: “es necesario integrar la teoría de la norma jurídica en una teoría del ordenamiento jurídico cuya base la constituye el concepto de sistema normativo”.

¹² DWORKIN, Ronald; *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.; Universidad Nacional Autónoma de México; 1977, especialmente V. pág. 25 ss, 53 s.; ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*; 1ª reimposición; editorial Astrea; Buenos Aires; 1987; pág. 23, 96; ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; *Sobre la existencia de las normas jurídicas*; distribuciones Fontamara; México D.F; 1997; pág. 62: “Pero un sistema no deja de ser normativo por el hecho de que haya en él enunciados no normativos, por ejemplo, definiciones o enunciados fácticos”.

¹³ Que contenido en el artículo 1321 del Código civil italiano, en opinión de ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 256; no es vinculante para el intérprete, puesto que como todas las definiciones contenidas en el código civil, ha de ser tomada como orientativa. Con lo cual se reafirma que aun cuando no constituye norma sí que es parte del sistema.

El contenido de este sistema está conformado como un solo bloque; en él las normas se articulan o superponen unas a otras para dar sentido al sistema. En cada individualidad normativa hay una realidad tributaria del conjunto, dándose en consecuencia una relación de coordinación *inter omnes*; una relación de coordinación y complementación entre todas y cada una de ellas. A la sombra de esto, se presentan al análisis, construcciones basadas en la conjunción de grupos de proposiciones normativo-jurídicas o conceptuales que se cohesionan entre sí a través de un centro identificativo, constituyendo así lo que da en llamarse instituciones jurídicas, que se pueden conceptuar como, “plexo normativo, que tipifica y disciplina una clase de relaciones interhumanas reconocible,...cada especie de relaciones humanas tipificadas *sub nomine iuris* se conceptúa, por lo general, como una institución jurídica”, siendo ejemplo de tales, la ocupación, el matrimonio, la posesión, el embargo etc.¹⁴.

Cada una de las instituciones se integra por una realidad humana juridizada, realidades *sub nomine iuris* que llegan a conformar cuerpos unitarios conceptuales. No existiendo entre ellas igualdad de función están llamadas a tener propia función y finalidad, manifiestan una significación, un sentido cabal, son unidades significativas nítidamente deslindadas y plenamente inteligibles dentro del sistema entero, “verdaderas partículas límite de la fenomenología jurídica”¹⁵. Poseen una cohesión tal, que sólo se les

¹⁴ ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 170, En el mismo sentido la referencia que hace LE PERA, La Naturaleza, 1971, 90; cuando expresa que es estableciendo relaciones como se unen y conectan los distintos preceptos contenidos en los Códigos para constituir la norma total...El orden jurídico aparece así como conjuntos de preceptos superpuestos en función de ámbitos de aplicación sucesivamente especializados.

¹⁵ ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 170; Idem.173; basa en la irreductibilidad el criterio discriminador entre instituciones autónomas y las que no lo son, de tal suerte que si se intentara subsumir dentro de una X institución a otra Y, y esto se lograra, es decir que X asimilara a Y, entonces quedaría en total evidencia la falta de autonomía jurídica de Y respecto de X, faltándole a Y toda necesidad de una regulación jurídica independiente. X sería entonces, una institución además de autónoma, principal y capaz de comunicar reglas y

puede apreciar como un todo, sin posibilidad de escisión de una de sus partes a menos que se afecte en sus “más íntimas calidades valiosas”¹⁶.

No obstante lo dicho, estamos conscientes de que todavía no queda claro lo que constituye la razón de ser y la utilidad práctica de la naturaleza jurídica para la ciencia jurídica; por ello se propone la siguiente argumentación.

Supongamos que nos encontramos en la imperatividad de resolver un caso en orden al cual no es posible dar una respuesta precisa a partir de la ley o de otra fuente dotada de autoridad; entonces el jurista, como es lógico, deberá realizar ya sea consciente o inconscientemente un cierto número de operaciones intelectuales. En primer lugar, como ocurre en todos los casos, se ocupará de calificar jurídicamente el asunto planteado, es decir, enmarcar, acotar, los supuestos de hecho que la realidad fáctica le proporciona en una norma jurídica que le dé al mismo una solución legal. Para ello habrá de realizar multiplicidad de interpretaciones e integraciones proposicionales jurídicas, deslindará las instituciones aplicables a través de la asociación al supuesto real que plantea el caso de los conceptos que informan a aquellas hasta conseguir aislar las más idóneas. Si pese a haber descubierto el enlace normativo buscado, aún persiste un aspecto del supuesto planteado sin resolver, eso significa que existe un vacío legal en la normación circunstancial del mismo y será necesario encontrar otras normas aplicables que completen la solución. En tal sentido nos vemos en la necesidad de tener “que estirar y hacer dar de sí otras normas

caracteres a las susceptibles de subsunción, como Y, sería un centro del cual partiría la explicación real de las instituciones asociadas, configurando así una estructura ordenadora del entramado normativo interno del sistema jurídico.

¹⁶ Ibidem.

distintas”¹⁷ a las inicialmente pensadas. Este proceso se infiere lógicamente en su desarrollo, pero el quid del asunto es ¿qué regla sirve para alcanzar dicha meta? ¿qué criterio se sigue para determinarla? ¿cuál es el criterio de validez que marcará cuál es la más adecuada? Y aunque a primera vista se pueda contestar que hay que tomar las normas más próximas o afines, se infiere que debe existir entre ellas una cierta afinidad, misma que viene determinada por “alguna unidad invariable que sirva para graduar con fijeza”¹⁸ la proximidad entre dichas normas¹⁹.

Así pues, la naturaleza jurídica en su determinación, salta como impostergable en el momento en que procuramos, en pos de una inteligibilidad del sistema jurídico con relación a un caso oscuro²⁰, suplir los vacíos introduciendo algún concepto dentro de las

¹⁷ ESTÉVEZ, AFD IV, 1956, 172.

¹⁸ Idem. También en este sentido se puede interpretar lo que expresa ALCHOURRON/BULYGIN, Sobre la existencia de las normas, 1997, 62: “un sistema dinámico de normas no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos: en cada momento temporal el conjunto de las normas que pertenecen al sistema es distinto...lo que permanece invariable y permite hablar del mismo sistema son los criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema en cada momento”.

¹⁹ Un ejemplo de similar categoría puede verse en la exposición con que introduce el tema STRÖMHOLM, RIFD, 1975, 469. Este autor ibidem, y pág. s.; expone que de la actividad del jurista desarrollada con relación al caso, se puede deducir que normalmente se concibe el ordenamiento jurídico como algo que debe dar solución a todas las circunstancias que se puedan plantear, además, que parece quedar clara la concepción de que el sistema jurídico se estructura de tal manera que los principios generales están en la base del mismo y que dichos principios se ven modificados o precisados en su contenido por las partes o sectores del sistema y por casos particulares y, por último, que si bien todo jurista ante un caso como el planteado pone a prueba su conocimiento de la “cartografía” del sistema respecto de ese caso, mas cuando de lo que se trata es de lo más esencial del sistema, ese conocimiento de la estructuración y ubicación del sistema, es poseída de igual manera por todos los juristas.

²⁰ De la anotación de los autores Le Pera y ESTEVEZ, se destaca, por un lado, que para ellos el sistema jurídico no tiene otro contenido que las normas jurídicas, dejando de lado la importancia que dentro de la articulación de éste tienen elementos tales como los conceptos y los principios, que complementan la significación y el contenido, en su entendimiento, de las normas jurídicas. Por otra parte, dichos autores si bien es cierto para ilustrar mejor la idea de “naturaleza jurídica” parten del aspecto pragmático –resolución de un caso oscuro–, lo cual debe reconocerse como mera ilustración de la manera en que se hace necesaria la determinación del elemento “naturaleza” en cada institución, no explicitan su opinión respecto de si también esa determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones

categorías básicas del Derecho²¹, cuando nos vemos en la necesidad de “encasillar la realidad viva en casilleros dogmáticos” o lo que es lo mismo, subsumir la realidad -de la práctica- en conceptos abstractos -en la teoría-²².

De todo lo dicho podemos decir que la determinación de una naturaleza jurídica, la de cada una o cualquier institución, no es otra cosa que enmarcarla dentro de un concepto de los que informan la ciencia jurídica a través de un criterio de pertenencia de la misma respecto de las demás estructuras del sistema. Es una actividad de reducción y ordenación de todos los elementos que integran el sistema jurídico como objeto de estudio del Derecho, cuya fenomenología se desarrolla de la siguiente manera.

1. En el mundo de lo social, que constituye la fuente de la indagación principal del Derecho, se producen infinitas relaciones que por su caótica y dispersa realidad, se hace necesario a los efectos de su consideración y estudio por la ciencia jurídica, explicarlos bajo la apariencia de conceptos que en definitiva no son más que abstracciones de dicha realidad.

jurídicas sirve para que quienes operan el sistema jurídico, tengan una comprensión mayor de su contenido. En este segundo punto creemos que la determinación de la naturaleza de las instituciones jurídicas contribuye en gran medida a que la doctrina pueda explicarlas en sus más íntimas realidades, logrando así que la enseñanza del Derecho sea también sistemática. Todo lo antes dicho podría llegar a confundirse con la analogía legis, como herramienta útil para el análisis de las lagunas jurídicas del sistema, mas ello sería errado. Sobre este último tema V. COCA PAYERAS, M; “Analogía” en EJB, Vol. I; pág. 451ss.; MAIORCA, Carlo; “Analogía (teoria generale)” en ENG, Vol. VII; pág. 1-25.

²¹ Cfr. LE PERA, La Naturaleza, 1971, 81. A lo que nosotros llamaríamos “subsunción institucional”

²² OLIVENCIA RUÍZ, Manuel; “La naturaleza jurídica y la causa de las operaciones a plazo” en, El mercado a plazo en las bolsas españolas, seminario celebrado el 29 de noviembre de 1976; Facultad de Ciencias económicas y empresariales Universidad de Bilbao; 1977; pág. 67 s.

2. Dentro del grupo de elementos descritos, se destacan algunos que son fundamentales y que por ello podrían llamarse superiores o categorías principales, en atención a que denotan una realidad que se repite de maneras distintas en la dinámica social, así por ejemplo la categoría del negocio jurídico, concepto que encuentra por su contenido descriptivo, aplicaciones muy diversas dentro del esquema que describe el devenir de las relaciones sociales. Mas esas realidades básicas que se repiten dentro de la dinámica social como distintas, como diferentes aplicaciones de una misma realidad tienen respecto de las primeras, por tanto, la necesidad de complementación de su descripción, de su explicación y por ello se ubican como categorías conceptuales de menor categoría o rango.

3. Las categorías superiores e inferiores de conceptos jurídicos antes descritos pueden estar consagrados en una norma o no, es decir que la realidad social explicada en términos particulares por parte del Derecho, tal y como se dijo líneas atrás, puede ser tomada por éste, bien bajo el aspecto de norma o bien bajo la forma de concepto útil para completar la realidad descriptivo-normativa o bien por principios devenidos de la práctica o de la tradición; elementos que aun cuando no constituyan normas jurídicas contribuyen a la clara asimilación o apreciación de la tan mencionada multiforme realidad social, completan o complementan su significación y su entendimiento dentro del Derecho.

4. Todas estas abstracciones de la realidad, sean normativas, sean conceptuales o de principios, necesitan ordenarse, y lo hacen a través del sistema jurídico. Ordenación necesaria e impostergable a los efectos de cumplir el cometido propio de la inteligibilidad jurídica de la realidad social. No obstante, esa ordenación requiere de una herramienta o medio que le dote de sentido, ordenación que no puede hacerse de manera arbitraria. Ese elemento de ordenación no es más que el criterio de proximidad de los conceptos jurídicos normativizados o no, lo que los vincula, lo que los identifica entre sí

como pertenecientes o superiores o inferiores o explicadores o dependientes o independientes. La agrupación de dichos conceptos es el resultado de la ordenación, puesto que los que no necesitan explicación mayor siendo autónomos en la explicación de su realidad, que no son otros que las categorías que llamamos fundamentales, otorgan explicación a través de sus esquemas, de sus principios, a los que hemos nominado inferiores, que sí urgen una complementación significativa, tal y como sucede entre el contrato en general y el contrato de permuta. El primero es la categoría fundamental, descripción de una realidad social primaria, el segundo, una aplicación modificada pero perteneciente a éste.

Llegados a este punto estamos en forma para decir que, determinar la naturaleza jurídica de una institución consiste en determinar la ratio essendi que identifica y relaciona dos o más instituciones jurídicas dentro del sistema jurídico; ratio que constituye su patrón individualizador de proximidad y pertenencia, estableciendo jerárquicamente la atracción de una de ellas por la otra que es autónoma y, en consecuencia, susceptible de comunicarle una explicación esencial y una significación completa a partir de su función en el sistema jurídico²³.

²³ En este sentido, LE PERA, *La Naturaleza*, 1971,78, 74, 90: “Establecer la naturaleza jurídica de un concepto es pues, establecer un tipo de relación entre el conjunto de preceptos en que este concepto consiste, y otro concepto (conjunto de conceptos) considerado “superior o genérico...estas conexiones o enganches entre “conceptos” de distinto nivel es lo que se conoce como determinar su “naturaleza jurídica”. Estos conceptos se vincularían entre sí, entre otras, por relaciones de “género” a “especie”: lo que se busca como “naturaleza jurídica” es determinar de cuál género es un cierto “concepto” especie.

4 LOS DOS ASPECTOS DEL MATRIMONIO

Una vez establecido el concepto rector de este trabajo que pretende ser una tesis doctoral, debemos dejar en claro sobre el aspecto del matrimonio sobre el que vamos a desplegar nuestra indagación.

Desde antiguo, el Derecho canónico, antecedente inmediato del derecho matrimonial actual, distinguió en el matrimonio dos realidades. Una por la cual se describe el momento en que se celebra el acto jurídico que da nacimiento al vínculo matrimonial. Otro, a través del cual se hace alusión al matrimonio en su aspecto de relación constituida a partir del anterior, esto es, la vida matrimonial en sí, la relación conyugal. En tal sentido, llamó a la primera *in fieri*, por referirse a la constitución e *in facto esse* al matrimonio ya constituido.

Traemos a estas páginas esta distinción que dentro del estudio del Derecho matrimonial civil también resulta ser de trascendental importancia por la distinción que impone entre el mero acto y las consecuencias jurídicas que el acto genera, porque se nos hace necesario dejar sentado, que el estudio que emprendemos ya, está consagrado por entero a la elucidación de la naturaleza jurídica del matrimonio *in fieri*, es decir, nuestro objetivo primordial es presentar la naturaleza jurídica del matrimonio visto desde el aspecto de su constitución, del acto jurídico por el cual toma vida el vínculo conyugal.

5 ESTRUCTURACIÓN DEL TRABAJO

Esta tesis que presentamos, está vertebrada por cuatro capítulos expuestos desde una perspectiva cronológica respecto de la aparición de las ideas inspiradoras de las posiciones que en ellas se defiende, así, en el capítulo primero se presenta una introducción histórica de la regulación del instituto matrimonial, con el objeto de mostrar la manera en que se produjo la toma de conciencia de que el matrimonio debía constituir materia regulada por el Derecho, la manera en que esto se realizó y la pertenencia de la jurisdicción matrimonial a una institución que a través de algunos de sus más egregios pensadores dotó al matrimonio de la configuración con que actualmente se la conoce. Todo ello habiendo de previo, presentado las que hemos llamado cuestiones generales, como son la etimología, el concepto y un esbozo de la situación legislativa actual sobre el matrimonio.

El segundo capítulo corresponde a la descripción del matrimonio concebido como contrato, que se articula perfectamente con el primero puesto que este se desarrolla precisamente hasta el momento histórico en que el pensamiento jurídico se vio dominado por el contractualismo iusnaturalista. En este capítulo se inicia también la aplicación de lo que previamente hemos descrito como lo que es la naturaleza jurídica, y en tal sentido, proponemos una explicación de la institución contractual para luego contrastarla con la realidad del instituto matrimonial, deduciendo de dicho contraste las pertinentes conclusiones.

El tercero de los capítulos se consagra a la exposición cuidadosa de la que creemos nosotros constituye la categoría que otorga significación y explicación plena al matrimonio, el negocio jurídico. Procediendo como en el antes descrito apartado, presentamos los rasgos definitorios del negocio jurídico para ubicar

en sus esquemas al negocio jurídico familiar, y sobre dicho esquema plasmar al matrimonio como figura que perfectamente encaja dentro de dichos conceptos, de tal manera que encuentra en ella su naturaleza jurídica.

El último capítulo se dedica a la tesis institucional respecto del matrimonio, realizando de previo una exposición de lo que constituye la doctrina institucional, así como también de los autores que de ella han teorizado, para proceder luego, como corresponde según los objetivos de esta tesis, a contrastar su realidad con la realidad matrimonial, descartando en consecuencia el encaje que algunos autores han pretendido realizar de esta última figura en los esquemas planteados por aquella. Además, se presenta en este capítulo, con el ánimo de agotar el tema hasta en los más mínimos aspectos, otras tesis que nosotros hemos llamado minoritarias, tanto por el número de sus seguidores como por la incidencia que han tenido dentro del ámbito doctrinal. En cada caso se ha procedido según el método que hemos utilizado en cada uno de los apartados antes descritos.

Una última sección que integra esta tesis es la constituida por las conclusiones a que hemos llegado luego del análisis de cada uno de los puntos propuestos en el corpus del texto.

CAPÍTULO I

CUESTIONES GENERALES

1 ETIMOLOGÍA

La ετυμολογία u origen significativo, lingüístico y estructural del vocablo “matrimonio” ha sido explicada por la ciencia jurídico-civil a partir de la voz latina *matrimonium*¹, que a su vez se conforma de las palabras *matris* y *monium*. Si bien es cierto que la doctrina es unánime en cuanto a la significación de *matris*: madre, la inteligibilidad de la palabra *monium* presenta algunas contradicciones entre la doctrina; por tal razón y procurando desentrañar alguna

¹ CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho Civil español, Común y Foral; T. V, Derecho de Familia, Vol. 1º, relaciones conyugales, 10ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José Mª Castán Vázquez; Reus S.A; madrid, 1983; pág. 110. V. tamb.: GARCÍA GÁRATE, Alfredo; El matrimonio religioso en el Derecho Civil; Alfredo García Gárate, 1995; pág. 22 s; CHELODI, Juan; El derecho matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico, traducción de José A. Fernández Arruty; Bosch, Casa editorial; Barcelona; 1959; pág. 13; DE ARQUER Y FERRER, Miguel /DE SEMIR Y DE ARQUER, Santiago; Derecho Matrimonial, el matrimonio como institución natural como sacramento; Editorial Políglota; Barcelona, 1949; pág. 3; RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo; Derecho de Familia, el matrimonio, la filiación y la tutela;edic. del autor; Madrid; 1980; pág. 36, n. 1; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto; Tratado de Derecho Civil español, T. IV, Parte especial, derecho de familia, 3ª edic; Talleres tipográficos “cuesta”; Valladolid; 1926; pág. 50; ARIAS, José; Derecho de Familia, 2ª edic., Editorial Guillermo Kraft limitada; Buenos Aires 1952; pág. 76; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; Derecho de Familia; Imprenta Suárez; Sevilla; 1949; pág. 21; MONTERO DUHALT, Sara; Derecho de Familia, 3ª edición; Editorial Porrúa S.A; México D. F; 1987; pág. 95; SUÁREZ FRANCO, Roberto; Derecho de Familia, T. I, el régimen de las personas; 4ª edición; editorial TEMIS librería; Bogotá; 1984; pág. 45; BORDA, Guillermo A.; Manual de Derecho de Familia, 10ª edic; editorial Perrot; Buenos Aires; 1988; pág. 35; LAGOMARSINO, Carlos A. R.; “Matrimonio” en Enciclopedia jurídica Omeba; T. XIX Mand-Muse; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires; 1964; Pág. 147; BOSSERT, Gustavo A. / ZANNONI, Eduardo; Manual de derecho de familia, 1ª reimpression, corregida; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1988; pág. 53; FLORES BELLONI, Alfonso; El matrimonio como un acto estatal y la institución del matrimonio de hecho (tesis doctoral inédita), Madrid, 1952; pág. 63. MANS PUIGARNAU, Jaime M; Derecho matrimonial canónico, V. I, principios fundamentales, preparación del matrimonio, impedimentos, consentimiento; Barcelona; Bosch; 1959; pág.1 ss.

conclusión certera, se ha recurrido a las autorizadas opiniones de ilustres personajes de la historia del pensamiento que de alguna manera, en sus obras, hacen alusión a dicho asunto. En primer orden habría que destacar la opinión que se expresa en las Decretales de Gregorio IX²: el significado de la palabra *munium* es carga; significando en consecuencia la palabra matrimonio, el oficio de la madre, carga que representa el deber propio de la madre en el matrimonio.

Para Santo Tomás³, la palabra en cuestión tiene cinco formas y, por ende, el vocablo “matrimonio” se traduce a través de cinco conceptos distintos. La segunda palabra de que se ha formado “matrimonio”, podría ser *Munium*, haciendo alusión a la idea del oficio propio de la madre dentro del matrimonio porque es a la madre a quien corresponde la educación de los hijos; o *muniens* remitiendo a la idea de que la mujer casada tiene quien la defiende y proteja; o *Monens*, queriendo significarse así un aviso o advertencia a la esposa para que no abandone a su esposo; o bien *Monos*, significando que en

² Decretales Gregorii Noni Pont. Max. Cum glossis ordinariis, argumentis, casibus litteralibus, & adnotationibus tam veterum quam recentium Iurifconsultorum illustratae; Venetiis, MDLXXII, cap. 2, X de conv. Inf. III, 23: para la madre, el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, mas bien que patrimonio Opinión que luego pasaría a las Partidas, en cuyo texto se explica esta significación del término “matrimonio” En el ámbito hispano representa un ejemplo de esto la Ley II del Título II de la cuarta partida de Alfonso X, El Sabio, que trata de dónde tomó el nombre la institución matrimonial: “*Matris & munium, son palabras de latin, de que tomo nome matrimonio, que quier dezir tanto en romance, como officio de madre. E la razo por que llaman matrimonio al casamiento, e no patrimonio, es esta. Por que la madre fufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre fufre muy grand embargo, con ellos, demientra que los trae, e fufre muy grandes dolores quando ha de nacer, e despues q son nascidos, ha muy grad trabajo en criar a ellos mifmos por fi. E de mas desto, por q los fijos mietra son pequeños, mayor menester ha de la ayuda de la madre que del padre. E por todas estas razoas fobre dichas, q caben a la madre de fazer, e no al padre: porende es llamado matrimonio, e non patrimonio*” Las siete Partidas, glosadas por el Licenciado Gregorio López, III-IV; Andrea Deporto Nariis; Salamanca; 1555 (reimpresión B.O.E).

³ Suma Teológica, T. XV, Tratado del Orden y del matrimonio; supl. Q. 44 “de la definición del matrimonio”, art. 2 “si está debidamente denominado el matrimonio”; Versión e introducción del P. Fr. Sabino Alonso Moran O.P.; BAC; Madrid; 1956; pág. 221s.

el matrimonio se produce una unión que genera una sola materia⁴; por último podría ser *Nato* ya que por el matrimonio la mujer se constituye madre de los hijos.

No obstante la opinión de tan ilustre doctor, preferimos plegarnos a la opinión de Gregorio IX, por parecer más adecuada a la realidad que importa el matrimonio como fuente de la familia, haciendo referencia a la actividad que casi siempre, por obvias razones, resulta ser inherente a la actividad de la mujer que contrae matrimonio: la maternidad⁵.

2 CONCEPTO

Aceptando como cierta la conocida aserción de los romanos, más precisamente de Javoleno -D, 50, 17, 202- respecto de las definiciones en la ciencia jurídica, la doctrina plantea en su lugar, el concepto de las instituciones que estudia.

Así pues, respecto de la institución matrimonial, se ha generado gran cantidad de conceptos que procuran de conformidad

⁴ Con base en esta última opinión expresada por Santo Tomás, RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino; “Filosofía de la familia”, RGLJ, T. XL, marzo de 1960; pág. 371, es del criterio de que *unius* es la segunda palabra que integra el antecedente latino de nuestra palabra castellana “matrimonio”, y que la primera no es madre sino materia, significando en consecuencia, unión, pues en él es que se realiza la unión del varón y la mujer.

⁵ Prescindiendo de una interpretación literal de las palabras que explican el origen de la palabra “matrimonio” en las Decretales citadas, puede llegarse a comprender que en ellas se describe para la mujer la ineludible realidad que en la vida matrimonial implica la maternidad, que de manera general, es uno de los objetivos de dicho estado por obvias razones naturales y humanas, y en razón de ello consideramos digno que la institución estudiada reciba su nombre a partir de quien es generatriz de la sociedad: la mujer. En contra, CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil V, 1º, 1983, 110, a quien parece repugnar que el matrimonio sea asimilado a una carga para la mujer.

con la ideología propia de cada autor, brindar una explicación sobre lo que constituye dicho instituto.

Básicamente, podemos agrupar los conceptos vertidos respecto del matrimonio a partir de dos criterios. El primero de ellos, es propio de quienes describen el matrimonio a través de realidades extrajurídicas, algunas veces abarcando criterios biológicos⁶, y otras, sociológicos⁷.

⁶ Vgr: GANGI, Calogero; Derecho Matrimonial, traducción del italiano por Miguel Moreno Hernández; Aguilar; Madrid; 1960; pág. 5: “unión del hombre y la mujer para formar una familia legítima. Es una unión estable, duradera por toda la vida de los cónyuges... para la satisfacción de sus necesidades sexuales...”; GARCÍA GOYENA, Florencio; Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, T. I; Madrid; 1852; pág. 57: “sociedad indivisible de varón y hembra para haber hijos...”; DEGNI, Francesco; Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano; Casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1943; pág. 5: “la unión íntima y perfecta, voluntariamente constituida entre el hombre y la mujer que, en la mutua posesión de la cualidad sexual y de la facultad del espíritu, miran a la procreación...”.

⁷ V.gr.: VILADRICH, Pedro-Juan; El Pacto conyugal; documentos del Instituto de Ciencias para la Familia; ediciones RIALP; 1990; pág. 48: “es el acto de la voluntad por el que el varón y la mujer se dan y aceptan plena, perpetua y exclusivamente como tales, en todo cuanto concierne a esa unión de vida orientada al bien de los esposos...”; LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; Elementos de Derecho Civil T. IV, Derecho de Familia, 4ª edición; José M^a. Bosch editor; Barcelona; 1997; pág. 63: “unión estable de un hombre y una mujer ordenada a una plena comunidad de vida”; CHELODI, El derecho matrimonial, 1959, 14: “Contrato legítimo entre un varón y una mujer, que produce una comunidad indisoluble de vida”; VALVERDE, Tratado IV, 1926, 49: “la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho...”; ARIAS, Derecho de Familia, 1952, 77: “es la unión permanente, exclusiva y lícita del hombre y la mujer”; MONTERO, Derecho de Familia, 1987, 97: “forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente...”; ABELLA, Joaquín; Manual del matrimonio Civil y Canónico; Enrique de la Riva, impresor; Madrid; 1889; pág.4: “unión legítima del hombre y la mujer para vivir juntos, auxiliarse mutuamente, fundar, sostener y educar una familia y cumplir los fines todos de la vida”; AULETTA, Tommaso, Il diritto di famiglia; G. Giappichelli editore; Torino; 1992; pág. 17: “ el acto mediante el cual el hombre y la mujer se comprometen a realizar una comunión de vida y de afecto, es decir, una estable convivencia fundada sobre la asistencia y el respeto recíproco y sobre la búsqueda de una unidad de intención”; WESTERMARCK, Edward; Historia del matrimonio, traducción de Isabel de Palencia; Editorial España; Madrid; 1932; pág. 7: “relación de uno o más hombre para con una o más mujeres, reconocida por la costumbre o por la ley, y de la que se desprenden determinados hechos y deberes por parte de las personas que la contraen...”; AHRENS, H; Curso completo de Derecho Natural, 5ª edic., traduc. De Manuel María Flamant; 2ª edic española; Boix; Madrid; 1864; pág. 414: “unión formada entre dos personas de sexo diferente, a fin de

El segundo, en cambio, intenta poner en la descripción del matrimonio la nota puramente jurídica, realizando con ello una aproximación iuscientífica a la figura estudiada⁸.

producir una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia...”; JORDANO BAREA, Juan B; “Matrimonio y unión libre”, AC 1999-1, 182: “unión estable, celebrada en forma, de un hombre y una mujer, dirigida y ordenada al establecimiento de una plena comunidad de vida y amor”; KIPP, Theodor/WOLFF, Martín, Derecho de familia, Vol.1º El matrimonio, en Eneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martín, Tratado de Derecho Civil T. IV, Derecho de familia, Vol.1, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1979; pág. 10: “constituye la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida”; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; Principios de Derecho Civil, T. VI, Derecho de familia; Trivium; Madrid; 1997; pág. 45: “es la unión estable entre hombre y mujer que tiene por objeto compartir la vida y sus avatares”; DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis / GULLÓN, Antonio; Instituciones de Derecho Civil; Vol. II, Derechos reales, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones; Tecnos; Madrid; 1995; pág. 43: “unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia”; ALBALADEJO, Manuel; Curso de Derecho Civil, T.IV, Derecho de Familia; 8ª edición; José María Bosch editor S.L, Barcelona 1997; pág. 31: “unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia”; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil V, 1º, 1983, 114: “unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia...”; ROCA I TRÍAS, Encarna; Lección 3ª Familia y matrimonio, en A.M López y López / Mª. Valpuesta Fernández, F. Blasco Gascó / L.Montes Penadés / L. Prats albertosa / M. Clemente Meoro; Derecho de Familia; Tirant Lo Blanch; Valencia; 1991; pág. 40: “la unidad de vida de un hombre y una mujer con tendencia a la permanencia”; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe; Estudios de Derecho Civil, T. V, V. I, Derecho de familia, 2ª edic., Estudio Tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”; Madrid; 1912; pág. 23: “es una esencia natural, una relación moral, una institución ética y un orden superior de la vida, que toma del Derecho tan sólo las formas y condiciones que en lo jurídico positivo son necesarias para su existencia y garantía...”; LEHMANN, Heinrich; Derecho de Familia, Vol. IV, Traducción de la 2ª edición alemana por José Mª Navas; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1953; pág. 43: “unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera”; POTHIER, Robert; Tratado del contrato de matrimonio; traducción de Mariano Noguera y Francisco Carles; Barcelona; Imprenta y litografía de J. Roger, editor; Barcelona; 1846; pág. 7: “Contrato revestido de las formalidades que la ley prescribe, por el cual un hombre y una mujer hábiles para contraerlo se obligan recíprocamente el uno para con el otro a vivir toda su vida de consuno con la unión que debe haber entre un esposo y una esposa”; BARBERO, Domenico; Sistema del Derecho Privado, T. II, Derecho de la personalidad, derecho de Familia, Derechos reales; traducido por Sentis Melendo Santiago; ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1967; pág. 39: “declaración voluntaria de un hombre y una mujer de quererse tomar recíprocamente como marido y mujer”.

⁸ En este sentido: PUIG BRUTAU, José; Fundamentos de Derecho Civil, T. IV, 2ª edición, Familia, Matrimonio, Divorcio, filiación, patria potestad, tutela; Bosch, casa editorial, S.A; Barcelona; 1985; pág. 13: “El matrimonio es el acto solemne, fundado en el consentimiento de los contratantes, pero ajustado a la forma prescrita por la ley, por el que un hombre y una mujer se unen, con igualdad de derechos y deberes, para vivir juntos, guardarse fidelidad,

Nosotros valoramos como más acertado a los efectos de nuestra investigación plegarnos al segundo grupo y por tal razón diremos que el matrimonio es el negocio jurídico bilateral de derecho de familia por medio del cual las partes que en él intervienen adquieren el

ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel; Derecho de Familia; Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones; Madrid; 1989; pág. 31: “Es el negocio jurídico bilateral constitutivo de la relación jurídica matrimonial”; BERNARDEZ CANTÓN, A; Curso de Derecho Matrimonial Canónico, 3ª edic.; Editorial Tecnos; Madrid, 1978; pág. 33: “Es el acto o negocio jurídico por el cual queda constituido el régimen inseparable de vida entre hombre y mujer”; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ; La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia católica, 2ª edic. CSIC; Madrid; 1947; pág. 115: “sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas en orden a una finalidad y públicamente conocidas, al que libremente prestan su adhesión las personas capaces de ello, obligándose a su cumplimiento respecto al copartícipe cuya libre elección les compete”; PLANIOL, Marcel / RIPERT, Jorge; Tratado Práctico de Derecho Civil francés, T. II, la familia, matrimonio, divorcio, filiación, traducción española de Mario Díaz Cruz; cultural S.A; La Habana; 1939; pág.; 59: “acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad”; VÁZQUEZ BOTE, RGLJ, LXXII, 1976, 237: “acto jurídico que origina la relación familiar”; IBÁN, C. Iván; “Sistemas matrimoniales”, IC Vol. XVII, número 34, julio – diciembre 1977; pág. 216: “la unión surgida del consentimiento de varón y mujer que sea reconocido como matrimonio por un ordenamiento jurídico primario...es lo que el ordenamiento estatal o canónico consideren que es tal”; COLIN, Ambrosio/CAPITANT Henry; Curso elemental de Derecho Civil, T. I, Introducción, Estado civil, domicilio y ausencia; traducción de la 2ª edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas del derecho civil español por Demofilo de Buen, José Castán Tobeñas y José Mª. Castán Vázquez, 4ª edic. revisada y puesta al día por Pascual Marín; editorial Reus S.A; Madrid, 1975; pág. 319: “El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar”; CUPIS, Adriano de; Il diritto de famiglia; Cedam; Padova; 1988; pág. 19: “El matrimonio es un negocio jurídico familiar llamado a constituirse entre sujetos de distinto sexo, dirigido a crear una familia legítima mediante la constitución de un estable vínculo conyugal”; ANELLI, Franco; Il matrimonio Lezioni; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1998: “Es un negocio jurídico solemne tipificado en cuanto a presupuesto, forma y observancia de determinados deberes”; GARCÍA CANTERO, Gabriel; El vínculo de matrimonio civil en Derecho español; Roma-Madrid; Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de investigaciones científicas delegación de Roma; 1959; pág. 30: “negocio jurídico formal y solemne del Derecho de familia...”; O’CALLAGHAN, Xavier; Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho; Consejo General del Poder Judicial; Madrid; 1998; pág. 18: “negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable...”; PEREDA GÁMEZ, Javier/VEGA SALA, Francisco; Derecho de Familia; Editorial praxis S.A; Barcelona; 1994; pág. 10: “negocio jurídico entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir un consorcio...de vida”.

estado civil⁹ de casados, con todas las repercusiones que ello conlleva.

Destacamos, a través del concepto arriba propuesto, que en el matrimonio interviene un elemento individual volitivo fundamental en concurrencia con una circunstancia legal de atribución de status dentro de la sociedad misma, características que particularizan a dicha institución haciendo de ella una categoría fundamental para la estabilidad del Estado y de la sociedad.

3 RESEÑA HISTÓRICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO

3.1 EL MATRIMONIO EN ROMA

3.1.1 CONCEPTO DE MATRIMONIO PARA LOS ROMANOS

Afirmación común de la moderna doctrina romanista es que el matrimonio en Roma no pasó nunca de ser un hecho social¹⁰, en

⁹ “El estado de las personas es el conjunto de las cualidades constitutivas que distinguen al individuo en la ciudad y en la familia”: COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 317.

¹⁰ Así lo acepta buena parte de la doctrina, V.gr.: REINA, Víctor / MARTINELL, Josep María; Curso de Derecho Matrimonial; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid; 1995; pág.100 y en REINA, RDPRIV LIII, 1969, 837; DAZA MARTÍNEZ, Jesús / RODRÍGUEZ ENNES, Luis; Instituciones de Derecho Privado Romano, 2ª edición; Madrid, 1997; págs.393 s.,396; GARCÍA GÁRATE, Alfredo; El matrimonio religioso en el Derecho Civil; Alfredo García Gárate; 1995; pág. 36; KASER, Max; Derecho Romano Privado; versión directa de la 5ª edic. alemana por José Santa cruz Teijeiro; Reus S.A; Madrid; 1968; pág. 256; MIQUEL, Joan; Derecho privado romano; Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992; pág. 358; D'ORS, Alvaro; Derecho Privado romano; 8ª edición revisada; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1991; pág. 285; TORRENT, Armando; Manual de Derecho privado romano; Librería Central S.A; Zaragoza; 1987; págs. 525, 526,

cuanto para los romanos el matrimonio fue algo perteneciente al campo ético y religioso, y en consecuencia, el Derecho no contempló con carácter de importancia, ninguna regulación obligatoria de las formas, requisitos o condiciones necesarias para su constitución, y tan sólo se limitó a la asignación de algunas consecuencias jurídicas a partir de ciertas circunstancias originadas por el mismo.

No obstante, para llegar a semejante conclusión hubo de transcurrir mucho tiempo, pues durante siglos, desde la recepción del derecho romano hasta la decimonovena centuria después de Jesucristo, se sostuvo firmemente la tesis de que para los romanos el instituto matrimonial constituyó un contrato de carácter consensual¹¹, tal opinión se debió en gran medida a la interpretación, que sobre el rol del consentimiento en los textos romanos, hiciera la

531, tamb. RDN CXLI- CXLII, 1988, 291; SCHILLEBEECKX, Edward; El matrimonio realidad terrena y misterio de salvación, 2ª edic., Ediciones Sígueme; Salamanca; 1970; pág. 211; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; El matrimonio en general, en: Lacruz José Luis, Albaladejo Manuel, Tratado Teórico práctico de Derecho Civil, T.IV, Vol.1º, Derecho de familia, el Matrimonio y su economía; librería Bosch; Barcelona; 1963; pág.39; MONTERO DUHALT, Sara; Derecho de Familia, 3ª edición; Editorial Porrúa S.A; México D.F; 1987; pág.106; GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, pág. 99; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; RCRITDI, T. VIII, 1932; pág. 351; REINA, Víctor; “Matrimonio Canónico y Civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales”, RDPRIV, T. LIII, enero- diciembre 1969; pág.837; IGLESIA FERREIROS, Aquilino; “Uniones matrimoniales y afines en el derecho histórico español”, RDN; números LXXXV- LXXXVI, julio- diciembre de 1974; pág.75; SOUTO PAZ, José Antonio; Derecho matrimonial; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid, Barcelona; 2000; pág.39; RAVÁ, Adolfo; Lezioni di diritto civile sul Matrimonio, 3ª ediz ; Cedam; Padova; 1935; pág. 44; MARTINI, Remo; Appunti di “istituzioni di Diritto romano”; librería Ticci; Siena; 1993; pág. 18. En contra Véase: ALONSO PÉREZ, Mariano; “La familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del derecho Civil”, AC 1998-1; pág. 7: “el matrimonio es un negocio jurídico consensual apoyado en la *affectio maritalis* continuada, de modo que si ésta desaparece -intención de ser marido y mujer o de amarse como tales-, el vínculo se disuelve”; ALONSO PÉREZ, Mariano, “Acerca del matrimonio civil”, RDPRIV, T. LXII, febrero 1978; pág.17. “En el período clásico, el matrimonio era un contrato consensual dependiente de la voluntad de los esposos”: FOSAR BENLLOCH, Enrique; “El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El Vínculo matrimonial ¿es disoluble?”, RCRITDI, T. LII, septiembre-octubre 1976; pág. 1099.

¹¹ ORESTANO, Riccardo; La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto classico al Diritto Giustiniano; A. Giuffrè; Milano; 1951; pág. 19-60; TORRENT, Manual, 1987, 530; ROBLEDA, Olís S.J; El matrimonio en derecho romano, esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad; Librería editrice Università Gregoriana; Roma; 1970; pág.72; GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 85; FLORES, El matrimonio, 1952, 47.

doctrina eclesiástica, tomándolo como elemento del cual nace el vínculo matrimonial¹².

Por ello el origen de esta incorrecta afirmación debe buscarse, en primer lugar, en la elaboración de la doctrina clásica del matrimonio, por parte del Derecho canónico, que incorporó elementos puramente romanos, tal como el consentimiento necesario para la existencia del matrimonio, adoptándolo como la causa eficiente del mismo y confundiendo la *affectio maritalis* con una voluntad contractual.

Básicamente puede destacarse, como de trascendental importancia para la formación del criterio contractual en el Derecho romano, las palabras que integran los no muy numerosos testimonios de tratamiento jurídico del matrimonio en Roma, que hacen alusión preeminente al consentimiento como elemento de carácter esencial dentro del vínculo matrimonial.

Debemos destacar que esos testimonios no numerosos que aparecen en el *Corpus Iuris*, tan sólo hacen referencia a la mera relación matrimonial, mas no al acto por el cual se genera la misma, por lo cual tan sólo se perfila una visión general de lo que en Roma constituía¹³ el matrimonio.

¹² GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 92, refiere que “a Manenti le cabe la gloria de haber terminado con la vigencia de la doctrina contractualista”; Cfr. Tamb. DAZA MARTÍNEZ, Jesús/ RODRÍGUEZ ENNES Luis; Instituciones de Derecho Privado Romano, 2ª edición; Madrid, 1997; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; Derecho de Familia; Imprenta Suárez; Sevilla; 1949; pág.23; LLANO CIFUENTES, Rafael; “A natureza Juridica do matrimonio a luz do novo código de direito canonico”, IC Vol. XXVII, numero 54, julio-diciembre 1987, pág. 565.

¹³ Lo que dicen los autores romanos está referido a la mera relación matrimonial, no al acto constitutivo mismo: entre otros, ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 61; FORNÉS, Juan; Derecho matrimonial canónico, 3ª edic. Tecnos; Madrid; 1997; 16.

Las citas que a lo largo de la historia han gozado de gran aceptación y uso, por su descriptivo contenido son sin duda los conceptos brindados por Modestino¹⁴ y Ulpiano¹⁵: *“nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”* *“nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens”*. Pese a que algunos autores¹⁶, señalan que la primera frase constituye una reproducción de la segunda¹⁷, lo únicamente cierto es que ambas nos brindan una muestra latente de lo que para esa “madre”de culturas - como lo fue Roma- constituía la estudiada institución¹⁸.

Variada ha sido la interpretación que los romanistas atribuyen a las frases que componen los conceptos antes expuestos, nosotros optamos por aceptar lo que al respecto expone ROBLEDA¹⁹. Este autor ha explicado²⁰ que a partir de la conceptualización elaborada por Modestino se puede decir que el matrimonio era para los romanos

¹⁴ Digesto, Libro XXIII, Título II, en Cuerpo del Derecho Civil Romano, trad. al español del texto latino de KRIEDEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, por Ildefonso L. García del Corral; 1ª parte, Digesto T.II; Jaime Molinas editor, Barcelona, 1892, (reimpresión a cargo de la editorial Lex Nova; Valladolid; 1988) pág. 112.

¹⁵ Inst.I, IX, 1; Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, Institutas, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág.12.

¹⁶ ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 60; GANGI, Derecho, 1960, 7.

¹⁷ FORNÉS, Derecho matrimonial, 1997, 16, expresa que más bien, la conceptualización de Modestino era usada en función hermenéutica con el fin de completar la significación de la de Justiniano (Ulpiano).

¹⁸ Gaudemet, Jean; el matrimonio en occidente, trad. María Barberán y Florentino Trapero; Taurus humanidades; Madrid; 1993; pág. 34, expresa, no obstante, que pese a las consideraciones de ser el matrimonio una cuestión de hecho, a los efectos jurídicos importaba por ser una fuente de producción de consecuencias legales.

¹⁹ ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 65-70.

²⁰ V. tamb. algunas explicaciones sobre el significado de las aludidas conceptualizaciones de Modestino y Ulpiano, en: GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 25 ss.

una institución destinada a la procreación, éste era su fin específico, además constituía una relación no sometida a condición ni a término, aunque no propiamente de carácter indisoluble²¹.

Para el pensamiento de D'ORS²², el matrimonio de los romanos se producía, “*cuando un hombre y una mujer que han alcanzado la pubertad, y reúnen las demás condiciones legales, conviven con apariencia conyugal honorable*”. Inferimos de estos datos que para los romanos el matrimonio comportaba una importancia funcional, puesto que su relevancia consistía solamente en constituir la base para la reproducción de la familia, quizá esta circunstancia explicaría la razón del escaso tratamiento que en los textos se da a la institución matrimonial, especialmente en su aspecto primero que es el acto de su constitución.

3.1.2 LOS CARACTERES DEL MATRIMONIO EN ROMA

Como un elemento más dentro de la cultura romana, el matrimonio, institución social y ética por la cual se generaba la familia y algunas situaciones de parentesco, experimentó alteraciones en el decurso de la historia de este excepcional pueblo, alteraciones que en general no lograron cambiar su peculiar caracterización, a pesar de los siglos y de las nuevas filosofías imperantes en cada estadio histórico. En función de estos retoques a que fue sometida la

²¹ VOLTERRA, Instituciones, 1986, 640; SANCHO, Trat. IV.1º, 1963, 35, n.2, dice: “omnis no significa para toda la duración de la vida, porque el concepto de indisolubilidad no estuvo plenamente admitido por los romanos, sino que incluye la totalidad de aspectos de la vida a que se extiende la comunidad de los cónyuges...”. Con una orientación similar: NÚÑEZ PAZ; María Isabel; Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma; ediciones Universidad de Salamanca; Salamanca; 1988, pág. 27.

²² D'ORS, Alvaro; Derecho Privado romano; 8ª edición revisada; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1991; pág. 285.

institución matrimonial podemos proponer el repaso a su historia en el pueblo romano a partir de dos etapas, una que abarque el período preclásico y clásico, el otro apartado estará dedicado a la época postclásica²³.

3.1.2.1 EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA PRECLÁSICA Y CLÁSICA

3.1.2.1.1 DERECHO ANTIGUO

Durante la vigencia del antiguo derecho, la figura matrimonial no se encuentra regulada por el derecho quiritarario pues constituía un instituto sobre el cual ejercía su jurisdicción la sociedad, la ética y la religión²⁴. Esto constituye la razón de que se considere como una institución social que podía constituirse entre sujetos que contaran con las especificidades socialmente requeridas para la estimación de su existencia; entre esos requerimientos se pueden señalar, el estar en posesión del *connubium*²⁵ o derecho a contraer matrimonio y la no

²³ SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970,204-212, prefiere estudiar la historia matrimonial romana a partir de su división en tres épocas. La primera, una etapa en la que el Derecho romano conoce una ceremonia del matrimonio como un rito sagrado, en clara confusión con lo que más adelante se verá, constituían maneras rituales de la asimilación de la mujer en el seno de la familia agnaticia del hombre; un segundo período lo ubica hacia los siglos VII-V a. C, en el que se produjo una secularización de las costumbres romanas y las instituciones sociales se separan de su base religiosa original; el último lo ubica en los primeros siglos del imperio, en cuyo tiempo no existiría ya ninguna “forma jurídica prevista”, siendo tan solo necesaria la existencia del consentimiento.

²⁴ Cfr. NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 19. En este último aspecto (religioso), señala ASTOLFI, Riccardo; Il matrimonio nel diritto romano preclassico; Cedam; Padova; 2000; pág. 1; señala que “durante la monarquía el matrimonio de la *civitas* arcaica constituye un instituto de *ius sacrum*...el *ius sacrum* disciplina los presupuestos, los efectos y su disolución”.

²⁵ Es el derecho a contraer un matrimonio de carácter legítimo y sólo están en posesión suya los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados: D’ORS, Derecho, 1991, 286.

pertenencia a clases sociales distintas^{26 27}; algún autor²⁸ añade lo relativo a la capacidad física o natural. En tal período histórico, en ocasiones, era difícil afirmar con rotundidad que en tal fecha habían contraído matrimonio determinadas personas, porque la publicidad de la constitución del vínculo no era exigida por ningún tipo de norma como requisito para el nacimiento y subsistencia del mismo.

Pese a la relevancia que el consentimiento tenía en el matrimonio romano, no por ello debía ser manifestado públicamente ni por medio de ceremonias o rituales preestablecidos; sino que, teniendo por objeto la voluntad de establecer un matrimonio en consonancia con las exigencias del derecho *-iustum matrimonium-* podía, ser emitido y manifestado válidamente a través de cualquier manera²⁹.

No obstante lo dicho, existía la posibilidad de que el inicio de la relación matrimonial se viese marcado por algún acto de carácter social que permitiese deducir que entre los cónyuges existía la voluntad de conformar un matrimonio; son manifestaciones de esto el *honor matrimonii*³⁰ y la *deductio in domum mariti* de la mujer, es decir la entrada de la mujer en la casa de su marido. En resumen, la sociedad consideraba que entre un hombre y una mujer existía un

²⁶ TORRENT, Manual, 1987, 532: En este período se consideraba *Iustum matrimonium* únicamente el tenido entre sujetos que pertenecían a una misma clase social. Esta situación cambió hasta la entrada en vigencia del plebiscito Canuleyo de 445 a.C.

²⁷ WESTERMARCK, Historia, 1932, 148 s., añade a estos requerimientos el consentimiento del paterfamilias, como indispensable para que hijos o hijas pudiesen entrar en matrimonio.

²⁸ NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 29.

²⁹ Cfr. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 41.

³⁰ “El honor matrimonii, es un concepto que implica una conducta, una actitud, que en el plano social traduce inmediatamente la existencia del matrimonio”: ARIAS BONET, Juan Antonio; “El matrimonio en el derecho romano”, AAMN T. XIII 1962, pág. 15; “consiste en la consideración social del mismo –matrimonio-”: D’ORS, Derecho, 1991, 286.

vínculo de naturaleza matrimonial cuando estos tuviesen comportamientos adecuados a tal condición³¹.

3.1.2.1.1.1 MATRIMONIO *CUM MANU* Y *SINE MANU*

De conformidad con la antigua doctrina romanista se ha dicho que durante este período existieron dos tipos de formalidades que acompañaban la constitución del vínculo conyugal, uno tenido por de mayor antigüedad, *cum manu* y otro de más reciente aparición, *sine manu*³².

La *manus* constituye una circunstancia jurídica a través de la cual la mujer se ve sujeta al poder del jefe de una familia, situación que lleva aparejado el cambio en sus vinculaciones parentales civiles; es decir que en virtud de dicha institución la mujer se separaba de manera absoluta de su familia agnaticia original³³.

Por ello, el matrimonio *cum manu* atribuía a la mujer un parentesco agnaticio distinto al que poseía³⁴ por razón de nacimiento

³¹ TORRENT, Manual, 1987, 527 ss.

³² V. DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 394; ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 1; entre otros.

³³ ASTOLFI, Il matrimonio nel diritto romano, 2000, 8; ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 2.

³⁴ Siendo similar a la patria potestad, la mujer *in manu* se constituía como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos, si su marido era *alieni iuris* quedaba bajo la potestad de su suegro en calidad de nieta. La ubicación de la mujer bajo la potestad de su marido, que es lo que constituye la *conventio in manum*, es un hecho que genera efectos de carácter análogo a los de la adopción.: D'ORS, Derecho, 1991, 283 s.

y era obligada, en consecuencia, a someterse a la potestad del marido si este era *sui iuris* o a la del *pater* de éste si no lo era³⁵.

El matrimonio *cum manu*, según la doctrina expuesta, tenía tres formas de manifestarse: *confarreatio*, *coemptio* y *usus*. Elegimos a ROBLEDA³⁶, para que con la claridad que caracteriza su doctrina, nos brinde la explicación acerca de cada uno de estos “tipos de matrimonio”.

La *confarreatio* era una especie de rito con carácter sagrado³⁷ en el cual intervenía el *flamens dialis* -especie de sacerdote de *Iuppiter*- y el *Pontifex maximus*, además de los cónyuges. Consistía tal ceremonia en ofrecer a *Iuppiter*, con palabras solemnes en presencia de diez testigos, una hogaza de pan fárreo³⁸, con lo cual se solemnizaba el inicio de la convivencia matrimonial.

En cuanto a la *coemptio*, dice el mismo autor, no era otra cosa que el negocio de carácter formal y general de la *mancipatio*³⁹, es

³⁵ ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 8; KASER, *Derecho*, 1968, 258, por su parte, abunda más en la idea expuesta y dice que una característica muy marcada en la familia romana es ser una rígida asociación de personas, que en los albores del esplendor cultural y político de Roma, exigía que la mujer, cuando por alguna razón se vinculara a la persona de uno de sus miembros, se integrase en ella de una manera más o menos plena. La función que le correspondía como madre de sus hijos y rectora de la casa, exigía de ella su sumisión al poder del *paterfamilias* y su participación en el culto doméstico. Ese poder marital a que se halla sometida la mujer es llamado desde antiguo con una denominación especial, *manus*.

³⁶ROBLEDA, *El matrimonio*, 1970, 6,10,18; tamb. en: ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 179-293; TORRENT, *Manual*, 1987, 528; DAZA/RODRÍGUEZ, *Instituciones*, 1997, 395.

³⁷ “reservado exclusivamente a los patricios”: FOSAR, *RCRITDI*, LII, 1976, 1099.

³⁸ Que se cocía durante la ceremonia: MIQUEL, *Derecho*, 1992, 359.

³⁹ “La *mancipatio* es el acto a través del cual se manifiesta la voluntad de dar viada a la relación de *mancipium*. Se se tiene como *matrimonii causa*, es porque conlleva también la voluntad de dar vida, al mismo tiempo, a una relación matrimonial. La relación matrimonial encontraría así su razón de ser en la voluntad de los sujetos de iniciarlo y constituirlo. También la *coemptio*, a la par de la *mancipatio matrimonii causa*, es un *gestum pera aes et*

decir, una venta imaginaria, en la que “con una cláusula adecuada provoca el traspaso de la potestad que el paterfamilias tiene sobre la mujer a la *manus* del marido”⁴⁰. Sin embargo, ASTOLFI⁴¹ señala a este respecto, que dentro del análisis del matrimonio de las personas *in mancipio* debe destacarse que las consecuencias de éste, son diversas según se vea antes o después de la ley de las XII tablas. Así, después de la mencionada ley, el hombre y la mujer *in mancipio* pueden contraer válido matrimonio y si ya lo han contraído, el acto que los pone *in mancipio*, es decir la *mancipatio*, no los desvincula, de tal manera que si un padre vende a su hijo ubicándolo *in mancipio*, bien con la finalidad de emanciparlo o de darlo en adopción, en ambos casos debe antes liberar a dicho hijo de su potestad. En el caso de la mujer, por la *mancipio*, se opera la *capitis deminutio minima*, y se rompe la relación agnaticia con la familia que la ha puesto a la venta. Antes de las doce tablas, en el caso de la hija, el *pater* que ha vendido a la hija no pierde la *patria potestas* sobre ella, lo cual también sucedía en el caso del hijo⁴².

En último término, el *usus* tenía su realización a través de la convivencia entre un hombre y una mujer con intención matrimonial durante un año ininterrumpido⁴³, pues antes de llegar el año, se consideraba tal relación como *unio facti*.

libram, y así es también una *mancipatio*: ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 166.

⁴⁰ Se muestra contrario a esta afirmación, VOLTERRA, *Instituciones*, 1986, 636. expresando que debe ser rechazada la opinión según la cual la *coemptio* fuese para los romanos una especie de compra de la mujer, porque podía tener lugar incluso sin necesidad de matrimonio. La única manifestación patrimonial que puede ligarse al matrimonio está constituido por la dote, por cuyo medio se proveía por la familia de la esposa o de terceros a los gastos de la nueva sociedad matrimonial, institución que de ninguna manera puede asociarse a la idea de compra de la mujer.

⁴¹ *Il matrimonio nel diritto romano*, 2000, 155 ss.

⁴² *Idem*, 165 “Sostengo que antes de las XII tablas el ascendiente que vendía una sola vez al descendiente, perdía su potestad sobre él”.

⁴³ Dice TORRENT, *Manual*, 1987, 529, que al constituir el *usus* una manera de que el marido adquiriese la *manus* sobre la mujer, con el tiempo, se popularizó entre las mujeres el

Por lo que respecta a la mencionada segunda forma de iniciar el matrimonio, *sine manu*, basta decir que sus consecuencias son totalmente opuestas al matrimonio *cum manu*, puesto que el marido no adquiere la potestad que otorga la *manus* sobre la mujer y en tal razón, ésta continúa participando de su parentesco original.

3.1.2.1.1.1.1 CONTROVERSIA MATRIMONIO *CUM MANU*, *SINE MANU* VERSUS *CONVENTIO*

Contra esta consideración de dos especies de matrimonio –*cum manu* / *sine manu*- se yergue la opinión de VOLTERRA⁴⁴, pues del estudio de las fuentes deduce que no hubo para los romanos, en esta etapa histórica, varias especies de matrimonio, sino uno solo, basado en la concorde y continuada voluntad de los dos sujetos de la relación, voluntad que como ya se dijo, no requería forma alguna de exteriorización, pudiendo manifestarse por cualquier medio.

Los aludidos tipos de matrimonio *cum manu*, *confarreatio*, *coemptio* y *usus* -expresa el citado autor⁴⁵- no son otra cosa que meras formas de *conventio in manum*. En razón de ello, semejante distinción entre un matrimonio *cum manu* y otro *sine manu*,

practicar la *usurpatio trinoctii* -ausencia de la mujer durante tres noches consecutivas del domicilio conyugal, que interrumpe la consecutividad de la convivencia-, con el objeto de no caer bajo la *conventio in manum*. Al practicar tal actividad anualmente, evitaba tener que verse privada de la pertenencia a su antigua familia y además, conservaba la parte que le correspondía en la sucesión de su padre.

⁴⁴ Instituciones, 1986, 637 ss. Se plegan a este razonamiento: TORRENT, Manual, 1987, 528; DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 394; ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 27ss; MIQUEL, Derecho, 1992, 358; D'ORS, Derecho, 1991, 284 En contra V.: SOHM, Rodolfo; Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema, traducción de Wenceslao Roces; editora Nacional; México D.F; 1975; pág. 283 ss; NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 24 s, 44; NAVARRO VALLS, Matrimonio, 1994, 16.

⁴⁵ Ibidem

constituye más bien una confusión entre matrimonio y *conventio in manum*, existiendo como diferencia entre ambas la distinta función que desempeñaron, pues el matrimonio crea el vínculo matrimonial y en cambio, la *conventio in manum* procura la entrada de la mujer, sea por matrimonio o por cualquier otra razón⁴⁶, en una familia agnaticia, ubicándola así, bajo la *patria potestas* de quien ostente la jefatura de la misma.

Debe decirse, entonces, que al matrimonio durante el período preclásico podía acompañarse de actos que tendían a introducir a la mujer como un miembro de la familia civil de su esposo, mas no que por esos actos se constituyera el matrimonio mismo, puesto que dicho instituto se caracterizaba por carecer de una forma establecida para la manifestación del inicio de la relación conyugal, que sólo se podía deducir de la vida y de los comportamientos mismos de los cónyuges.

3.1.2.1.2 DERECHO CLÁSICO

Ya en las postrimerías de la república tiene lugar un lento y progresivo cambio en las costumbres y tradiciones romanas, por influencia de la asimilación de otras, provenientes de sus nuevas posesiones. Dentro de esas transformaciones está el desuso en el que caen algunas instituciones de antigua data, tal es el caso de la incorporación de la mujer en la familia de su cónyuge, es decir, del

⁴⁶ Por eso dice D'ORS, Derecho, 1991, 284, que: "la *manus* no se identifica con el matrimonio y por eso puede adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial, pero destinadas a aquel matrimonio y retenerse sobre la divorciada; la potestad del suegro se mantiene sobre las nueras viudas, o divorciadas sin extinción de la *manus*. Cabe también una *manus* sin intención matrimonial (*coemptio fiduciaria*)..."

matrimonio celebrado *cum manu*⁴⁷, y como lógica consecuencia, el matrimonio *sine manu* viene a ser el más usual⁴⁸, teniendo presente que no había dos tipos de matrimonio puede decirse entonces, que en este período no se practicaba la incorporación de la mujer a la familia agnaticia de su marido, sino que el matrimonio se había apartado, por costumbre social, del antiguo ritualismo.

De los textos de los jurisconsultos clásicos, puede inferirse, dice VOLTERRA⁴⁹, la importancia que otorgaron a la concepción social del matrimonio, haciendo de ello una relación jurídica. En consecuencia, consideran al matrimonio existente cuando dos personas libres que disponen del *connubium* y la edad adecuada, establecen entre ellos una relación marital con el propósito de continuar unidos bajo dicho vínculo de una manera estable. Se establece pues entre los cónyuges una relación que no necesita para su constitución ningún agregado ceremonial de tipo estatal ni religioso, es la *affectio maritalis* vivida bajo un mismo techo con ánimo de haber hijos y de mostrarse como un matrimonio ante la sociedad, lo que representa el elemento fundamental para que socialmente se considere la existencia del matrimonio entre la pareja⁵⁰.

En tan alta estima se tenía a la *affectio maritalis* en este período que respecto a ella Ulpiano⁵¹ acuñó una frase llamada a hacer

⁴⁷ Cfr. DAZA/RODRÍGUEZ, *Instituciones*, 1997, 395.

⁴⁸ REINA/MARTINELL, *Las uniones*, 1996, 31.

⁴⁹ *Instituciones*, 1986, 639.

⁵⁰ TORRENT, *Manual*, 1987, 531; ARIAS BONET, *AAMN XIII*, 1962, 13.

⁵¹ Dig. L, XXIV, tít. I, 32,13 en: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. II, *Digesto*; Jaime molinas editor; Barcelona 1892 (edic. facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág.173 s.

fortuna en la historia matrimonial de occidente: “*non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*”. Con lo que se reafirma todo lo dicho sobre la función que la voluntad desempeñaba en el matrimonio romano.

Tal y como se dijo antes, la voluntad de unirse una pareja con el ánimo de constituir un matrimonio nunca contó en Roma con una forma especial de manifestación; sin embargo, en esta época, aparte de los actos sociales ya señalados, a partir de los cuales podía inferirse la existencia del matrimonio, aparece otro: la *testatio*, que era una especie de juramento del marido, realizado en presencia del magistrado en el que se afirmaba la convivencia con una mujer *liberorum quaerendorum causa*. VOLTERRA⁵², respecto de esta afirmación pone la nota crítica y aclara que ni la *testatio* ni la *deductio in domum mariti*, ni el *honor matrimonii* resultan ser verdaderas formas de expresión de la voluntad por parte de los cónyuges, así como tampoco son elementos jurídicos necesarios para la existencia de dicho instituto, sino que tan solo llegan a ser meros hechos que pretenden demostrar la voluntad conforme y continuada de los cónyuges de permanecer unidos en matrimonio; son tan solo actividades que no pretenden ser un acto de iniciación del vínculo.

Finalmente, la doctrina romanista ha concluido que en la Roma clásica el matrimonio no constituyó un entramado de relaciones de índole jurídica sino más bien una actitud, prolongada en el tiempo, de querer erigirse las partes como marido y mujer -*affectio*-, y en cuanto esa actitud voluntaria cesara dejaba automáticamente de existir el vínculo matrimonial. Era pues el matrimonio un mero hecho social, una cuestión de hecho que generaba algunos efectos jurídicos⁵³.

⁵² Instituciones, 1986, 641.

⁵³ TORRENT, Manual, 1987, 530 s.

Junto a la *affectio maritalis*, como elemento primordial para la subsistencia del matrimonio romano⁵⁴, se pueden ubicar algunas características de secundaria importancia, pero que al fin contribuyen a perfilar el matrimonio en este período histórico, tales son, la capacidad de unirse sexualmente; que el otro sujeto de la relación no perteneciese a la misma familia; que la relación fuese exclusivamente con una única persona, es decir que fuese una unión monogámica⁵⁵, por último, debía contarse con el *connubium*. Un matrimonio *iustum*, es decir, revestido de las mencionadas características era fuente de algunos efectos jurídicos, de manera directa, la legitimidad y la atribución de ciudadanía romana de los hijos con independencia del status o condición de la madre, siempre que estuviera en posesión del *connubium*. En lo que a las personas mismas de los cónyuges respecta, el matrimonio generaba de manera recíproca derechos sucesorios, derechos sobre la dote y sanciones por adulterio⁵⁶.

⁵⁴ ROBLEDA, El matrimonio, 1970, 82 ss., atribuye a VOLTERRA ser uno de los autores que iniciaron una opinión contraria a la que se había sostenido sobre este punto, según la cual además de la *affectio* era necesaria la convivencia entre los cónyuges; pese a tal aserción el mismo VOLTERRA en Instituciones, 1986, 640, opina que es de la persistencia del *connubium* y de la voluntad recíproca de los cónyuges de lo que depende el matrimonio a los efectos de su existencia jurídica. También contradice esta posición de un único elemento esencial, DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 395, al indicar que entre posesión y matrimonio existe alguna similitud, puesto que en ambos se distinguen como elementos uno material y otro de tipo espiritual, en el matrimonio la *affectio* y la convivencia, en la posesión, el *corpus* y el *animus* -cuestión sostenida incluso en muy recientes obras atinentes al matrimonio, como por ejemplo: SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 39 s., amparándose en el hecho de que a ninguna de las dos figuras es posible aplicar el *postliminium* (facultad de recobrar los derechos de que gozaba un sujeto luego de que lograrse volver después de ser capturado y retenido en guerra). En general, sobre esta discusión, véase el apartado correspondiente de ROBLEDA, en la obra citada, páginas, 72-90; tamb. KASER, Derecho, 1968, 256 s; NÚÑEZ PAZ, Consentimiento matrimonial, 1988, 55-77.

⁵⁵ Repulsaba a la sociedad romana la poligamia, por lo cual resulta explicable la aversión mostrada también por los jurisconsultos en sus escritos, por ello también un segundo matrimonio implicaba de hecho la disolución del primero: Cfr. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 34.

⁵⁶ TORRENT, Manual, 1987, 533.

3.1.2.3 EL MATRIMONIO EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA

Ya en este período histórico, y más propiamente a partir del siglo IV, la influencia de las enseñanzas cristianas se refleja de alguna manera en las estipulaciones legales emanadas del poder imperial. Formalmente el matrimonio continua teniendo como elemento constitutivo esencial a la *affectio*, no obstante, el carácter con el que se describe ese *consensus* en esta época, es distinto al de la época anteriormente descrita, pues ya desde el siglo V no significa una voluntad continuada, sino una voluntad inicial; una vez que ha iniciado la relación matrimonial no será la voluntad de ya no seguir siendo marido y mujer, tal y como había venido sucediendo en siglos anteriores, lo que pondrá fin al matrimonio, este vínculo se tendrá como roto tan sólo a través del divorcio. La conclusión antes relacionada, no propiamente se encuentra plasmada en los textos de las fuentes, no obstante, se puede deducir del espíritu de disposiciones dictadas en tal sentido⁵⁷.

Este esfuerzo por hacer aparecer el vínculo conyugal como surgido de un consentimiento inicial, además de reflejar un tipo de *conventio*, a la que el Derecho mismo atribuye una serie de consecuencias, configura a esa *conventio* como una especie de origen o fuente de dicho vínculo conyugal.

Pese a que incluso en tiempos de Justiniano no se había establecido ningún acto formal en el que tuviese lugar la externación

⁵⁷ DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 398, enuncia entre tales acontecimientos normativos, el establecimiento del delito de bigamia, que en el estadio anterior no se conoció y agrega VOLTERRA, Instituciones, 1986, 648, la transformación de las consideraciones sobre la *accusatio publica* contra los adúlteros, en el sentido de que sólo los maridos o sus familiares eran hábiles para ejercitarla, el encierro en un convento de las mujeres adúlteras o de cualquiera de los dos cuando el divorcio no se hubiese basado en una *iustae causae* – de conformidad con la novela 134, del año 556- siendo, en consecuencia, imposible casarse de nuevo, entre otras. V. también en este sentido a: TORRENT, Manual, 1987, 535 ss.

de la voluntad de entrar en estado de casados, se irá acentuando cada vez con más fuerza en el Derecho Bizantino de época tardía un cierto encauzamiento hacia la regulación de formas de emisión del consentimiento inicial, lo cual, andando en el tiempo, conducirá a configurar a la institución matrimonial como un negocio de carácter formal y a identificarlo con el contrato⁵⁸.

En cuanto a los que podrían llamarse requisitos del matrimonio postclásico pueden citarse, la capacidad natural -de reproducción- y el consentimiento inicial de los cónyuges o el consentimiento del *paterfamilias* si los nupturientes son *alieni iuris*⁵⁹.

3.1.2.2 SÍNTESIS

De lo visto en esta sucinta revista al devenir histórico del estudiado instituto matrimonial en Roma, podemos afirmar que existen elementos de constante presencia en los períodos presentados, entre los cuales podríamos destacar:

- De manera diferente a lo que consideraban otros antiguos pueblos, que veían en la mujer un objeto de intercambio y venta, a través del matrimonio, para los romanos, el elemento que constituía el matrimonio era la voluntad cierta y permanente de ambos cónyuges de vivir en las condiciones propias de esposos: *affectio maritalis*⁶⁰.

⁵⁸ ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 22, hace referencia a la formalidad de la escritura en la constitución matrimonial a través de las *tabulae matrimonii*, manifestación que llegó a contar con una “extraordinaria profusión” en tiempos del bajo imperio.

⁵⁹ VOLTERRA, Instituciones, 1986, 647ss.

⁶⁰ V. VOLTERRA, Instituciones, 1986, 636; DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 393s; ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 8.

-El matrimonio era presupuesto de la atribución de la patria potestad sobre los hijos⁶¹ y de la ciudadanía romana de los mismos.

- La constitución del vínculo matrimonial no se vio sometida a formalidad alguna⁶².

-La unión conyugal siempre tuvo como presupuesto ser una unión de carácter monogámico⁶³.

-Siendo un hecho social, el matrimonio se podía disolver a voluntad de los cónyuges⁶⁴.

- El matrimonio por su propia singularidad, por lo general, no fue objeto de fiscalización por parte del Estado⁶⁵.

Podemos finalmente decir con GARCÍA GÁRATE⁶⁶, que en lo que a Roma respecta, no se puede afirmar que existiera un derecho matrimonial propiamente dicho, así como tampoco que dicha institución fuese un vínculo jurídico, y mucho menos que llegase a ser tenido como un contrato, sino que, por el contrario, a la situación fáctica de carácter continuado que entrañaba la unión entre hombre y mujer con ánimo de ser marido y mujer, el Derecho se limitó siempre, tan solo, a deducir de él los connaturales efectos jurídicos.

⁶¹ TORRENT, Manual, 1987; 526.

⁶² GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 37 s.

⁶³ KASER, Derecho, 1968, 257; ARIAS BONET, AAMN XIII, 1962, 8.

⁶⁴ D'ORS, Derecho, 1991, 288; KASER, Derecho, 1968, 257.

⁶⁵ GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 37 s.

⁶⁶ Idem, 36. Las fuentes patrísticas y conciliares así lo confirman: REINA, RDPRIV LIII, 1969, 845.

3.1.3 EL BAJO IMPERIO ROMANO COMO PUNTO DE PARTIDA HACIA LA ACUMULACIÓN EN MANOS DE LA IGLESIA DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA EN MATERIA MATRIMONIAL

La Iglesia, nacida en tiempos del imperio romano, desde sus primeras andaduras se mostró tolerante con las costumbres que en materia de matrimonio caracterizaban cada uno de los pueblos o regiones en las que tuvo aceptación su doctrina⁶⁷. Esa inercia en la creación y establecimiento de formalidades o de preceptos reguladores en el campo matrimonial significó una peculiar característica identificativa que acompañará al poder eclesiástico al menos durante los primeros tres siglos⁶⁸.

En este período, las personas que se adherían a la nueva fe en su mayoría habían ya establecido relaciones conyugales, circunstancia ésta que no propicia ni suscita contraposición alguna, en sus diversos aspectos, con la moral cristiana⁶⁹. En lo tocante a la unión matrimonial de los nuevos bautizados, tampoco se produce inquietud sobre las características que reviste la misma, teniéndose como algo normal la observancia de las prácticas y costumbres sociales propias de la comunidad⁷⁰. Ejemplo de lo dicho lo constituye el canon 54 del sínodo de Elvira, del año 306, disposición que da por hecho que el

⁶⁷ SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 40.

⁶⁸ Opina GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 64; que el Derecho canónico, Derecho que posteriormente será el que señale la regulación matrimonial, apareció con los escritos llamados pseudoapostólicos (siglo II) en cuyos textos se describía ritos y prescripciones de orden moral que sugieren algunos principios de carácter matrimonial.

⁶⁹ Cfr. CHELODI, El derecho matrimonial, 1959, 241.

⁷⁰ REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 100 s., opina que las primeras intervenciones de la Iglesia en cuestiones matrimoniales, de las cuales se tiene noticias, están constituidas por circunstancias que tienden a resaltar el carácter monogámico de la unión conyugal o a exhortar la no realización de matrimonios entre cristianos y no cristianos, citando como la primera de estas intervenciones respecto de uniones mixtas la decisión del obispo de Roma, Calixto (217-222 d.C.).

matrimonio de los cristianos bautizados reviste las mismas características que el de los paganos. En ese tiempo para los primeros cristianos el matrimonio constituía una *“realidad terrestre que había que vivir en el Señor”*⁷¹.

De la actividad eclesiástica en orden al matrimonio durante el transcurso de estas tres primeras centurias de vida de la Iglesia REINA/MARTINEL⁷², deducen que se puede interpretar únicamente como un intento de evitar que el derecho romano pudiese inducir a los fieles a realizar comportamientos contrapuestos a la moral cristiana, por lo cual se puede calificar como una actividad de carácter interno y excepcional, siendo el derecho del imperio el vigente y generalmente observado. No pretendía con ello la Iglesia edificar un Derecho matrimonial, tan solo se limitaba a dictar, para cuando fuese necesario, algunas normas a las que debían prestar atención los cristianos al poner en práctica la legislación romana.

3.2 EL MATRIMONIO EN EL MEDIOEVO

La ya mencionada conformación de la Iglesia a las tradiciones que en materia nupcial poseía cada pueblo en el que se asentaba, resulta ser el motivo principal de que, durante muchos siglos, no se preocupe de dictar normas o en fin de regular jurídicamente aquello que tiene relación con el matrimonio de sus fieles. No obstante, con el decurso del tiempo, la propia evolución de las estructuras y situaciones

⁷¹ SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 204,215s., Por su parte, GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 64, menciona que es a partir del siglo IV, cuando la celebración de Concilios se dio con más profusión en oriente que en occidente, que aparecen ya prescripciones relativas al matrimonio.

⁷² Curso, 1995, 102.

sociales, y la elaboración intelectual de la doctrina cristiana irán perfilando una definitiva concreción de lo que es y en lo que consiste el matrimonio de los cristianos, proceso que tendrá su culminación a través de la filosofía escolástica y el derecho canónico clásico.

Este prolongado período que constituye la edad medioeval se traduce, para la institución matrimonial como la más fecunda y proficua de toda su historia, pues en él acontecieron los hechos que contribuyeron a concretar la sistematización de una doctrina y una legislación propias de tal materia, hecho que se debe principalmente a la acumulación de la potestad absoluta, sobre todo lo atinente a dicha figura en manos de la Iglesia, en cuyo campo ya habían sido puestas las semillas por la tradición y la doctrina de los Padres y que, al cuidado de la canonística, la filosofía y la teología crecerá y dará su fruto. El fruto es de todos conocido, pues en lo fundamental, el matrimonio moderno es vivo reflejo suyo.

En el repaso a la historia matrimonial del medioevo destaca el florecimiento de la reflexión sobre el matrimonio desde una doble perspectiva, una, teológica y filosófica, por la que la Iglesia reivindica para sí, a través de un lento proceso, la total preponderancia de su autoridad sobre el vínculo matrimonial de los cristianos. Otra, la jurídica, en su versión canónica, que a partir de la concepción romanista y teológica y habiéndose desarrollado paralelamente a ésta última, representa la cristalización efectiva de la potestad eclesiástica sobre la estudiada institución.

Por ello, con este apartado, pretendemos aproximarnos de manera coherente a la configuración de la tesis más clásica sobre la naturaleza jurídica del matrimonio -a los efectos de un estudio de perspectiva civilista-, exponiendo primero la historia del instituto matrimonial como un elemento de reflexión y elaboración por parte de la Iglesia, para después explicar a la luz de la historia la defensa de la potestad eclesiástica, a través de una doctrina que siglos

después significará la base del planteamiento por el que se despojará a la potestad eclesiástica de tal competencia, para que, al pasar a manos del Estado, sea éste quien regule lo atinente a dicha institución, a través de los aspectos fundamentales desarrollados por la legislación canónica desvestida de su ropaje religioso.

3.2.1 DEL SIGLO V AL XI

Este período histórico significa el camino temporal por el que la Iglesia anduvo para obtener la exclusiva y legítima capacidad de regular todo aquello que tuviese relación con el matrimonio en general. La evolución de este proceso de adquisición inicia su andadura en el bajo imperio romano de occidente y culminará cuando, a causa de la debilidad del poder imperial, la facultad legislativa y de juzgamiento sean reconocidas como legítimas actividades de la Iglesia.

3.2.1.1 ASPECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA POTESTAD EXCLUSIVA

Como consecuencia de la devastación causada por la invasión bárbara, que implicó la destrucción del imperio romano de occidente, el caos político y social fue algo común en muchos de los territorios conquistados por los bárbaros; todo vestigio de poder político y militar había prácticamente desaparecido; entonces, sólo la Iglesia se mantuvo como baluarte de la antigua cultura y, en este sentido, su

autoridad se dejó sentir frente a los nuevos gobernantes⁷³. El prestigio de sus obispos se reforzó cuando el poder secular se vio en la necesidad de recurrir a su ayuda para reorganizar los territorios recién conquistados⁷⁴.

Este nuevo esquema de colaboración Iglesia-Estado permitirá que el campo reservado en tiempos de los emperadores romanos a la intervención eclesiástica en asuntos matrimoniales, se vea incrementado. Si durante el reinado de los príncipes romanos la Iglesia había dirigido su atención tan sólo a procurar y a hacer observar una moral y ética matrimonial que estuviese en consonancia con su doctrina, y su incidencia tanto en la elaboración de normas como en el juzgamiento de las causas surgidas en ocasión del matrimonio⁷⁵ era prácticamente nula⁷⁶; a partir del siglo VII, a causa de su mayor influencia sobre el poder regio⁷⁷, obtiene de forma paulatina el reconocimiento secular de la legitimidad que reviste algún tipo de participación suya en lo relativo a la legislación del instituto matrimonial, así pues, cuando el poder civil proclama normas jurídicas cuyos postulados resultan contradictorios de la ley divina, la Iglesia reacciona reclamando la prevalencia de éstas sobre las humanas⁷⁸.

⁷³ REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 102 s.

⁷⁴ Cfr. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 223.

⁷⁵ ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 223.

⁷⁶ No obstante, afirma GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 64 s., que fue a partir de Constantino que las decisiones tomadas por los obispos se consideraron como emitida por un tribunal secular, actividad esta que inició como una mera cuestión arbitral particular que el obispo ejercía por causa del conocimiento y sometimiento que de los asuntos hacían algunos fieles ante él.

⁷⁷ Idem, 131 destaca como un ejemplo de ello, la vinculación tan estrecha que los carolingios tuvieron con la iglesia, a partir de la caída de los merovingios.

⁷⁸ ACUÑA, IC XIII, 1973, 151.

No obstante que el Estado posee todavía en este tiempo (s. VII), el poder legislativo y de jurisdicción sobre el estudiado instituto, el acrecentamiento de la incidencia de los obispos, en cuanto a arbitraje matrimonial, es una realidad, pues dirimen las controversias que los cónyuges someten a su conocimiento; mas esto representa para el Estado una valiosa colaboración en tiempos en que se ve incapaz de asegurar el orden y la justicia, por ello no distingue -el poder secular- que en tal actividad haya alguna ilegítima ingerencia⁷⁹. Estos acontecimientos se pueden traducir como un verdadero inicio de la adquisición por parte de la Iglesia, de una futura autoridad de carácter exclusivo sobre todo asunto relativo al matrimonio de los cristianos.

El siglo VIII se presenta como un tiempo de estrecha vinculación colaboracionista entre la Iglesia y el naciente imperio carolingio -nacido sobre la cabeza de Pipino II-. Esta circunstancia se traduce, en la historia del matrimonio como un paso más del poder eclesiástico hacia el predominio de sus decisiones y su legislación en sede matrimonial. Siendo Pipino el Breve, hijo de Carlos Martel, y su hijo Carlomagno, los personajes de este período mayormente vinculados a la Iglesia, su reinado se ve marcado por la incidencia de las opiniones y criterios eclesiásticos en los asuntos propios del Estado. Este apogeo vinculativo indudablemente resulta propicio para el acrecentamiento del prestigio y la buena imagen de los dirigentes de la Iglesia, incluso en los temas relativos al matrimonio. De los hechos más destacados en este campo de colaboración Iglesia-imperio, puede mencionarse el notable impulso dado a la disciplina eclesiástica, y la aceptación de la concurrencia de la jurisdicción eclesiástica a la par de la civil, en la imposición de las sanciones con causa en la vulneración de las normas eclesiásticas⁸⁰.

⁷⁹ Cfr. ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973. 223; ACUÑA, *IC XIII*, 1973, 152.

⁸⁰ SCHILLEBEECKX, *El matrimonio*, 1970, 234s; Cfr. con lo que dice GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, supra n. 76.

Las antes mencionadas actividades, dan lugar en el siglo IX, al ejercicio de algún tipo de jurisdicción por parte de la Iglesia, que poco a poco va dejando de un lado las disposiciones seculares en el ámbito sancionatorio de las uniones ilegales⁸¹.

En este estado de cosas, ya en la segunda mitad del siglo noveno, en Francia, Italia y Alemania, la Iglesia, aunque con algunas limitaciones, había obtenido la jurisdicción exclusiva sobre los casos matrimoniales, y el poder secular había reconocido su obligación de hacer cumplir las sentencias pronunciadas por el tribunal del obispo⁸².

Esta circunstancia trajo como consecuencia para el estudiado instituto, la adecuación de las leyes seculares a la doctrina eclesiástica y la elaboración por parte de la Iglesia de gran cantidad de cánones con alusión al matrimonio a través de un buen número de concilios y así mismo, de la reflexión de algunos importantes precursores de una doctrina matrimonial de raíz cristiana. También destacan como acontecimientos trascendentales en el itinerario de la Iglesia hacia la competencia exclusiva sobre el matrimonio: la redacción y publicación de compilaciones de colecciones canónicas, como *Dionisio Adriana*, entregada por el Papa Adriano a Carlomagno hacia 774; los falsos Isidorianos, datados en la primera mitad del siglo IX⁸³, etc.

Anotamos algunas cuestiones contenidas en el Pseudo Isidoro por la repercusión que ha tenido en la conformación de la doctrina

⁸¹ Hasta el siglo IX la competencia jurisdiccional en materia matrimonial todavía pertenece a la autoridad secular: AZNAR GIL, Federico, *La institución matrimonial en la hispania cristiana bajo medieval (1215-1563)*; Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca; Salamanca; 1989; pág. 13.

⁸² LANZA- Pietro PALAZZINI, Antonio; *Principios de teología moral*; edic. RIALP S.A.; Madrid; 1958; T. III; 477-481.

⁸³ GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 132 s.

matrimonial pues en él se presenta la tendencia a hacer del matrimonio una cuestión de índole absolutamente eclesiástica.

El Pseudo Isidoro es una colección de Decretales que siendo de carácter apócrifo, apareció en Francia hacia el año 845 y fue tenida como auténtica hasta el siglo XV. Su contenido dispositivo estaba atribuido a antiguos pontífices o bien a declaraciones de algunas dietas galas. El objeto general perseguido por dicha obra es llamar la atención sobre la indisolubilidad que debe revestir el matrimonio entre cristianos, dirigir un reproche contra la práctica cada vez más común del raptó y a la vez exhortar al cumplimiento de las obligaciones civiles propias del matrimonio. Introduce una idea que resulta fundamental en la elaboración de la teoría matrimonial de la Iglesia, es la declaración de que el matrimonio es legítimo cuando además de otras ceremonias⁸⁴, se ha recibido la bendición sacerdotal. La incidencia del pseudo Isidoro se deja sentir en la obra de Graciano, así pues, a través de los escritos suyos se dispone como obligatoria la bendición nupcial por parte del sacerdote, con lo cual lo que se logra no es otra cosa que incorporar dentro de las disposiciones de la Iglesia unas formalidades jurídicas de carácter civil⁸⁵.

En las postrimerías del siglo octavo, la ostentación de la competencia jurisdiccional por parte de la autoridad eclesiástica ya era tenida por legítima en materia de impedimentos por causa de parentesco y de adulterio, ello no obstante que la ejecución de las mismas requería el auxilio del brazo secular. Esta competencia eclesiástica se incrementó durante el transcurso de la segunda mitad del siglo IX, sin todavía llegar a ser total y exclusiva. Lo que se refleja a través de los escritos de autores canonistas de dicho tiempo, que

⁸⁴ Para mayor abundamiento, SCHILLEBEECKX, *El matrimonio*, 1970, 234-238.

⁸⁵ Cfr. FOSAR, *RCRITDI*, LII, 1976, 1113.

seguían admitiendo la jurisdicción estatal. En este sentido puede verse la respuesta que Hincmaro de Reims dio en ocasión de la consulta a él formulada en el caso matrimonial de Lotario y Teutberga (860), en el que se nota que a pesar de que Hincmaro⁸⁶ era favorable a la competencia eclesiástica, reconocía además al Estado competencia sobre tales asuntos, así pues, dejaba a las partes la libertad de elegir entre someterse a la jurisdicción del juez secular o del eclesiástico. Destacada es también, en esta materia, la opinión del Papa Nicolás I, en el ya mencionado documento *RESPONSORUM AD BULGARORUM*, en el cual reconoce la potestad del Estado para la sanción penal del adulterio y del incesto. En ese tiempo, el obispo con ocasión de sus visitas pastorales, veía las causas matrimoniales e imponía soluciones a las mismas⁸⁷.

El giro definitivo hacia el exclusivo conocimiento de todo asunto surgido en ocasión de la regulación y solución de las controversias matrimoniales se produce en el décimo siglo de nuestra era⁸⁸, exclusividad que se asentará definitivamente en la siguiente centuria. Dicho fenómeno resulta ser consecuencia de una nueva decadencia del poder regio, y de que sea la Iglesia quien sustituya con su autoridad el vacío de poder; en esta circunstancia encuentra su razón la asunción eclesiástica de la potestad exclusiva sobre el matrimonio^{89 90}; esto, sumado a la cada vez mayor atención prestada

⁸⁶ Un estudio sobre su tesis desde el punto de vista doctrinal en: RINCÓN, Tomás; El matrimonio, Misterio y signo, siglos IX al XIII; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1971; pág. 67-81.

⁸⁷ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 133 ss.

⁸⁸ REINA, RDPRIV LIII, 1969, 856; ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 224; CARRIÓN OLMOS, Salvador; Historia y futuro del matrimonio civil en España; editorial Revista de Derecho Privado; 1977; pág. 4; COMPORTI, Marco (et al); Istituzioni di Diritto privato, a cura di Mario Bessone; G. Giappichelli editore; Torino; 1998; pág. 175.

⁸⁹ Cfr. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 224. En igual sentido: SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 240; COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 321 ss.; MAGALLÓN, El Matrimonio, 1965, 10; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 164 s.

al tema por la doctrina de los teólogos y canonistas, constituye el preludeo del nacimiento de las grandes recopilaciones canónicas y los albores del esplendor escolástico.

Ya por este tiempo, la legitimidad y la obligatoriedad de las disposiciones eclesiásticas en cuanto al juzgamiento de los asuntos nacidos con ocasión del matrimonio -cuestiones relativas al parentesco de los casados, a los esponsales o solicitudes de separación- era totalmente reconocida por el Estado. Incluso se llegó a someter a conocimiento eclesiástico asuntos relacionados con el aspecto patrimonial conyugal, alrededor de todo lo cual hasta se articuló un proceso con todas las características judiciales⁹¹.

Desde que en el siglo XI, la potestad de la Iglesia sobre la institución matrimonial se concretó y asentó, de manera exclusiva será ella la que regule todo lo atinente a dicha materia hasta que contra su autoridad se levante el protestantismo, y, al amparo de sus enseñanzas en materia matrimonial, se acuñe una teoría que practicada por el poder secular arrebatará a la Iglesia su competencia exclusiva matrimonial.

⁹⁰ Algún sector de la doctrina canónica, señala como posibles motivos de la acumulación total de la regulación matrimonial en manos de la Iglesia, en primer lugar la casi total profesión del cristianismo dentro de la sociedad, circunstancia que permite la práctica inexistencia de disenso u opinión en contrario respecto de las decisiones y autoridad eclesiástica. El segundo está constituido por las razones políticas que contribuyeron a que el Estado depositara en la Iglesia una cuota grande del poder en el transcurso de la alta edad media. En tercer y último lugar, el proceso unificador del derecho continental que tuvo su realización en los siglos precedentes al *ius commune*: V. ACUÑA, IC XIII, 1973, 152; tamb. GARCÍA GÁRATE, El matrimonio, 1995, 40s.

⁹¹ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 166 ss.

3.2.1.2 LA NORMATIVA COMO ELEMENTO DE AFIANZAMIENTO DE LA POTESTAD EXCLUSIVA

Cuando la Iglesia tuvo en sus manos la facultad absoluta de regular el matrimonio de los cristianos, surgió la necesidad de perfilar la manera de llevar a cabo la normación del instituto en cuestión, y esa tarea la realizó en un primer momento a través de cánones conciliares, decretales pontificias y estatutos de sínodos diocesanos. Ejemplo de todo esto son las colecciones canónicas de los siglos XI y XII, el decreto de Graciano y las colecciones de Decretales de los siglos XII y XIII. Este conjunto de disposiciones que con carácter de normas se iba creando en el seno de la Iglesia, en algunos aspectos alteró la herencia doctrinal y conceptual del primer milenio⁹².

Dentro de las obras más destacadas podemos citar por su contenido, fruto de una reflexión paciente y concienzuda, sobre la formación de la doctrina matrimonial de la Iglesia⁹³:

- El decreto del obispo Burchardo de Worms⁹⁴, que data de los primeros años del siglo XI (1008-1012), dentro de su contenido destaca el libro IX “de las vírgenes y las viudas, de sus raptos y de las penas que han de infligírseles, del matrimonio y del concubinato”, así como también el libro VII, que trata del incesto y el XVII de la fornicación.

- El *Liber de vita cristiana*, de Bonizo de Sutri, cuyo libro VIII está dedicado al matrimonio. En esta obra el autor alude, de manera general, a la respuesta que debe darse a la pregunta ¿qué es un

⁹² Idem, 167 s.

⁹³ Sobre las siguientes citas de obras, Idem, 169-171.

⁹⁴ ACUÑA, IC XIII, 1973, 153.

legale coniugium y cómo debe celebrarse? La respuesta dada a la primera interrogante puede resumirse diciendo que un matrimonio es legal cuando no infringe ninguna prescripción legal. Por lo que toca a la segunda, explica el matrimonio como algo eminentemente consensual que comprende una entrega de la mujer por parte de sus padres al sacerdote, quien a su vez la confía a su esposo. Pese a que defendía acérrimamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial, no lo asimila a los sacramentos.

- En el transcurso de los últimos diez años del siglo en cuestión, Ivo de Chartres, redactó su Decreto, dedicándole al matrimonio trescientos treinta y cuatro capítulos, comprendiendo la casi totalidad de los temas relativos al mismo; desde su formación, pasando por la indisolubilidad hasta el rapto y el concubinato. En el apartado IX se pronuncia respecto de las uniones incestuosas.

- Un clásico de la literatura canónica de este tiempo lo es sin duda, el Decreto del maestro Graciano, obra que recoge lo más esencial del derecho antiguo. A partir del comentario de este decreto, los canonistas desarrollaron a mediados del siglo XII, las bases de lo que sería una inmensa y rica obra doctrinal que caracteriza la época del esplendor del derecho canónico clásico.

A toda esta intensa actividad creadora, en sede legislativa, se agrega la recopilación de textos. En este período son importante las compilaciones, que son los instrumentos de difusión unitaria de los textos recopilados. De esta manera se conservó y difundió las colecciones de Decretales a las que se agregaban cánones con origen en concilios. Así por ejemplo, Bernardo de Pavía, en *Compilatio Ia*, alude al tema del matrimonio en su libro IV. Las Decretales de Gregorio IX dan cuenta de la profusión legislativa en el siglo XII, su libro IV subdividido en veintiún títulos, es expresión de ello. A partir

de la segunda mitad del decimotercer siglo, esta actividad legislativa decayó⁹⁵.

Si la canonística crea y afianza las reglas del matrimonio para los cristianos, la teología procurará explicar la sustentación y la razón de éstas. En tal sentido, la impronta teológica de la Iglesia también será notoria en el ámbito matrimonial, cuestión a la cual nos dedicaremos a continuación.

3.2.1.3 LOS POSTULADOS BÁSICOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LA TEORÍA CLÁSICA DEL MATRIMONIO

La vertiente doctrinal del torrente creador de la Iglesia se ocupa de lleno en la explicación de la realidad matrimonial desde su propia perspectiva. Inició la labor a través de la indagación teológica que parte de la toma de conciencia de que en el matrimonio no sólo existe una mera unión de dos personas que, siendo de distinto sexo, procuran tener una vida en común a partir de la cual satisfacer necesidades de muy humana enjundia y procuran prolongar su existencia a través de la prole, sino que ve en ello una realidad trascendente a través de la cual el hombre se ve inmerso en la participación en el misterio que figura la unión de Cristo con la Iglesia. Esta noción ha sido fruto del análisis de los textos sagrados, pero a partir de ella se llegará a dos conclusiones fundamentales. Una, es que el matrimonio es un sacramento, constituido por virtud de la expresión de una libre voluntad de las partes que en él intervienen, sacramento que reviste al vínculo matrimonial de su carácter indisoluble. Y la segunda, que pese a ser el matrimonio un sacramento la Iglesia tiene potestad para legislar y juzgar sobre el

⁹⁵ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 171.

mismo en razón de que dentro de ese sacramento laten dos aspectos distintos, el divino y el contractual, que en concurrencia lo conforman.

De manera general analizamos a continuación el desarrollo lógico de la teoría clásica del matrimonio partiendo de tres parámetros: la sacramentalidad, el consentimiento y la asimilación al contrato. Puntos que en su conjunto contribuyen a comprender mejor la evolución histórica del momento cúlmine de la teoría matrimonial.

3.2.1.3.1 EL SACRAMENTO EN EL MATRIMONIO

Si como ya mencionamos, la Iglesia durante sus primeros tiempos no se ocupó más que de hacer observar un comportamiento adecuado en cuanto a su doctrina respecto del matrimonio, pronto, por obra de los santos Padres, se inaugura el tratamiento doctrinal del matrimonio. La especulación al respecto tiene su origen en la epístola de San Pablo a los de Éfeso, en su capítulo 5, versículo 33⁹⁶, en el cual se hace alusión al matrimonio como *magnum sacramentum*⁹⁷. Precisamente, fue san Agustín el más destacado

⁹⁶ “Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia”: Cfr. Sagrada Biblia, Versión directa de las lenguas originales por Eloíno Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto O.P.; quincuagésima tercera edición (reimpresión); BAC; Madrid; 1998; pág. 1477.

⁹⁷ Respecto de la significación del vocablo “*sacramentum*”, SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 249 s., expresa que en latín clásico dicha palabra hace alusión a las obligaciones que son de carácter indisoluble y en consecuencia, el hecho de que san Agustín la utilice con referencia a lo sagrado no obsta para que siga conservando ese carácter que le ha impreso la lengua de los romanos. Señala además que en el latín vulgar y en orden de significación, la voz “*sacramentum*” equivale a un compromiso en el sentido religioso; juramento y también, lazo jurídico y sagrado nacido de las obligaciones nacidas del juramento. (sobre los últimos dos significados V. Diccionario Latín- español español- latín, ediciones S.M; Madrid; 2000; pág.610).

estudioso del asunto y quien aplicó el termino *sacramentum*⁹⁸ al matrimonio de los cristianos. Sin ahondar en la reflexión patristica, por no convenir a los objetivos de este estudio, diremos que de manera general la idea que late en la doctrina de los Padres es que el matrimonio es indisoluble por simbolizar la unión de Cristo y la Iglesia⁹⁹.

A partir del pensamiento agustiniano, se plantea el germen de la reflexión sobre el elemento sacramental del matrimonio a lo largo de varios siglos hasta su total elaboración en el periodo que ha dado en llamarse del “derecho canónico clásico”, mismo que tiene lugar entre los siglos XI y XIII¹⁰⁰.

Así pues, hacia el inicio del siglo XII, siglo en que la especulación filosófica y teológica inicia su época de esplendor en el seno de la Iglesia, la idea más difundida sobre el matrimonio estaba tomada de la Palabra Revelada: en el matrimonio se hacía presente la figuración de la unión de Cristo con la Iglesia, por razón de que en lo profundo del vínculo matrimonial latía un cierto *sacramentum*. Con estas pautas se inició la especulación sobre lo que significaba y sobre la manera en que repercutía en el matrimonio ese *sacramentum*. De esto surgió la necesidad de dar solución a dos planteamientos que en su esencia se interrelacionan íntimamente, nos referimos al

⁹⁸ Según opinión de SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 247, San Agustín concibe la palabra *sacramentum* desde una doble significación, como atadura indisoluble de las obligaciones sagradas y así puede vérselo como un signo sagrado que complementado con la segunda idea: realizar, de alguna manera, el misterio de la unión de Cristo con la Iglesia. V. para mayor abundamiento en la idea de la patristica sobre la sacramentalidad en el matrimonio, la obra del mismo autor en sus páginas 245-251; tamb. TEJERO, Eloy; “La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano”, IC vol. XIV, número 27, enero - junio 1974; pág.11-31; GERPE, La potestad, 1970, 4-22; OGGINI, Giulio; “La dottrina del matrimonio dai Padri alla scolastica” y COLOMBO, Carlo, “Il matrimonio sacramento della nuova legge”, (ambos) en, Enciclopedia del Matrimonio, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968; págs. 237 ss, 347 ss.

⁹⁹ Cfr. SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 249.

¹⁰⁰ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 220 ss.

sacramentum y al consentimiento que lo genera; así como también, cuándo hay un auténtico sacramento y qué es lo que constituye el matrimonio¹⁰¹, temas estos que desarrollamos a continuación.

3.2.1.3.1.1 EXPOSICIÓN DOCTRINAL¹⁰²

La especulación sobre la sacramentalidad del matrimonio fue abordada desde varios puntos de vista¹⁰³.

Hugo de San Víctor (+1141), propone la distinción entre el matrimonio de los cristianos y el de los gentiles, llamando al primero “sacramento”, puesto que cuando dicho vínculo se contrae entre cristianos resulta ser una cosa santa y santificante por contraposición al matrimonio de los infieles.

Hacia 1230, sale a luz la opinión de que el matrimonio, pese a no producir la gracia, tiene relación con ella, pudiendo en consecuencia denominarse “sacramento conservativo” de la gracia. A Guillermo de Auvergne, se le atribuye esta idea.

San Buenaventura¹⁰⁴ (+1274), ve en el matrimonio algo que no sólo conserva la gracia, sino que da también cierta gracia, al menos de orden puramente medicinal, por ello el matrimonio es un remedio

¹⁰¹ COLOMBO, EMATR, 1968, 349s.; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 252.

¹⁰² Respecto de la sacramentalidad del matrimonio desde la patristica hasta la incipiente escolástica V. TEJERO, Eloy; “La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano II. De la patristica a la escolástica incipiente”, IC Vol. XX, número 39, enero – junio 1980; pág. 285-327.

¹⁰³ Sobre las opiniones de los autores expuestos V. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 112ss.

¹⁰⁴ IV SENT, D.26 A.2, Q.2, Concl

contra el triple desorden de la concupiscencia, es decir, contra la infidelidad, la lujuria y la inestabilidad, a través de los opuestos bienes que otorga el matrimonio: fides, proles y sacramentum.

Pero el matrimonio no sólo sirve de remedio, es decir no sólo da una gracia que palie los desordenes carnales, sino que otorga gracia que impulsa a hacer el bien, esta es posición tomada por San Alberto (+1280).

El punto final de esta discusión la pone Santo Tomás¹⁰⁵, quien con su enorme autoridad contribuirá a la definitiva aceptación de que a través del matrimonio se realiza un sacramento que al igual que todos los demás, otorga la gracia.

En el aspecto conciliar se puede destacar la opinión de que el matrimonio cristiano constituye un sacramento a partir del siglo XII, y como tal es incluido en la lista de los sacramentos. En el Concilio de Verona de 1184, es la primera vez que la Iglesia se pronuncia en este sentido, en su texto el Papa Lucio III alude al matrimonio como un sacramento, más precisamente en la constitución *Ad abolendam* dirigida contra varias herejías. También puede apreciarse dicha afirmación en la profesión de fe de Inocencio III en 1210; el concilio de Lyon en 1274 y el decreto de unión con los armenios de 22 de noviembre de 1439, del concilio de Florencia (siendo Sumo Pontífice Eugenio IV). Finalmente, de manera solemne e irrefragable se estipula la sacramentalidad del matrimonio en el Concilio de Trento¹⁰⁶.

¹⁰⁵ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 220; no obstante en el ámbito escolástico, ya el Aquinate, en la III parte de la Suma Teológica, T XIII “Tratado de los sacramentos en general”, Cuestión 65 “del número de los sacramentos”, artículo 1”si los sacramentos han de ser siete” y artículo 2 “Si la precedente ordenación de los sacramentos está bien hecha”, Versión e introducción del P. Fr. Cándido Aniz O.P. Biblioteca de autores cristianos; Madrid; 1957; pág. 141-149, deja claramente expresado que el matrimonio está en la lista de los sacramentos y que ocupa el último lugar de entre ellos.

¹⁰⁶ ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 112-117; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 221.

No obstante los esfuerzos realizados en pos de lograr una determinación sobre la sacramentalidad del matrimonio, aún en el siglo XIII, la idea canónica relativa al *sacramentum coniugii* resultaba ser un tanto indefinida¹⁰⁷.

Todavía en los siglos XII y XIII no se ha perfilado con nitidez lo que de sacramento hay en el matrimonio cristiano, sin embargo, a partir de las obras de los grandes maestros escolásticos, Duns Escoto integra definitivamente la conciencia sacramental respecto al matrimonio. Para Escoto, el matrimonio es la expresión de un consentimiento a través de palabras por las que los nupciales, de manera recíproca, se conceden poder sobre el cuerpo del otro con la finalidad de haber hijos, constituyendo un sacramento¹⁰⁸ que como signo de la institución divina otorga la gracia que provee a los celebrantes, que son las partes, de la gracia santificante, igual que los otros seis sacramentos de la lista¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Alguna dificultad presenta para algunos autores apreciar dentro del matrimonio la existencia de un sacramento; así, en los inicios de la escolástica el matrimonio se considera como un signo de gracia, una figuración de la unión de Cristo y la Iglesia que por sí mismo no resulta causante de la dicha gracia, este es la opinión mostrada por Abelardo (+ 1143) y también por Pedro Lombardo en sus Sentencias que datan entre 1150 y 1152, respectivamente: ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 112 s.

¹⁰⁸ “Decir que el matrimonio es un sacramento equivale a decir que es un signo sensible que produce la gracia en quienes lo reciben con las debidas disposiciones, esto es, en quienes lo contraen... es un signo sensible y eficaz de la gracia”: FORNÉS, *Derecho matrimonial*, 1997, 20.

¹⁰⁹ GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 220-222.

3.2.1.3.1.2 LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO Y ESENCIAL DEL SACRAMENTO MATRIMONIAL

Si el sacramento que emula la unión de Jesucristo con su Iglesia es el matrimonio, ello es así porque el sacramento se realiza a través del consentimiento¹¹⁰ de los cónyuges -que es su esencia- expresado de manera libre, tal y como lo expresara Hugo de San Víctor al enunciar las características del consentimiento matrimonial.

Desde tiempos de prevalencia del Derecho romano, e imbuida de sus principios informadores en esta materia -la matrimonial-, la Iglesia defendió la libertad de las personas para escoger, no sólo con quién contraer matrimonio, sino también la libertad de elegir el momento cuándo realizarlo. En ello está la raíz de la llamada doctrina consensualista.

No obstante, este asunto del consentimiento entra en íntima relación con otro, no menos importante dentro de la teoría matrimonial en formación; se trata de la elucidación de la causa eficiente del matrimonio, el *substratum* a través del cual se debe tener como constituido y válido el matrimonio a los efectos de su indisolubilidad por razón de su sacramentalidad¹¹¹, lo cual se plantea como una interrogante a resolver: ¿cuándo se verifica definitivamente el matrimonio y surge el *sacramentum* que lo hace indisoluble?

En razón de tales interrogantes, la reflexión de la Iglesia sobre el matrimonio en este punto tiene como origen la distinción entre lo que

¹¹⁰ Un desarrollo sobre la actual doctrina canónica sobre el consentimiento matrimonial, en CASTAÑO, J. F.; “El canon 1057, centro de la legislación matrimonial de la Iglesia”, REDCAN vol. 47, julio – diciembre, 1990; pág. 563-575.

¹¹¹ REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 105.

es el matrimonio propiamente dicho y los esponsales. Siendo que en ambas actividades interviene una cierta aceptación u otorgamiento de voluntades, ambas constituyen dos situaciones o momentos distintos dentro de los que interviene un cierto consentimiento; mas en los siglos anteriores a la doctrina clásica del derecho canónico, respecto del papel que juega el consentimiento en la institución matrimonial, aún no se sabe con exactitud el alcance de uno u otro tipo de consentimiento en la conformación del vínculo sacramental.

Para dar respuesta al anterior planteamiento se propuso por la doctrina dos soluciones que en su esencia eran contrapuestas, una con clara influencia romanista, para la cual el matrimonio se inicia y perfecciona -y por ende es un sacramento- a partir del otorgamiento del consentimiento. En cambio, para la segunda tesis, de inspiración en las ideas hebraicas que luego retomó San Agustín, el matrimonio, para causar el sacramento, no sólo requiere la voluntad sino también la consumación de la unión de los cuerpos¹¹².

3.2.1.3.1.3 EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

Podemos iniciar esta exposición con la opinión de Papa Nicolás I (858-867)¹¹³ quien en el siglo IX, con ocasión de su famoso documento "*responsa ad consulta Bulgarorum*"¹¹⁴, da por hecho que

¹¹² SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 253ss.

¹¹³ De quien dice RINCÓN, El matrimonio, 1971, 65, Es el gran Papa de la doctrina sobre el consentimiento.

¹¹⁴ De 13 de Noviembre de 866, el cual expresa que "frente a las ceremonias exigidas por los griegos para la validez del matrimonio, en la Iglesia latina "*ac per hoc sufficiat secundum leges solus eorum consensus, de quorum coniunctionibus agitur. Qui consensus si solus in nuptiis forte defuerit, cetera omnia etiam cum ipso coitu celebrata frustrantur, Iohanne Crisóstomo magno doctore testante, qui ait: matrimonium non facit coitus, sed voluntas*". (cita en p.14 de AZNAR GIL, La institución, 1989)

el matrimonio se perfecciona solamente a través del consentimiento, que es el consentimiento lo que basta para que el matrimonio se tenga por iniciado. Hacia el mismo tiempo Hincmaro de Reims (845-882), afirma una tesis adversa, es la unión sexual lo que constituye el matrimonio¹¹⁵, opinión que fue defendida posteriormente por Reginon Abad de Prüm (915) y Algerio de Lieja (1130). La doctrina que en asuntos matrimoniales puede brindar el obispo de Reims, es fruto de su experiencia en la solución de algunos casos a él planteados¹¹⁶; nos referimos precisamente a casos matrimoniales muy famosos en su tiempo, por las personas que en ellos se vieron involucrados, entre estos puede citarse el matrimonio de Lotario II y Teutberga. Sea como fuere, este autor quizá influido por las enseñanzas de los Santos Padres y con mucha antelación a la postulación principal de la escuela de Bolonia, expone con orden lógico la distinción entre lo que constituye la celebración o inicio del matrimonio y la consumación del mismo, decantándose por la consumación como el elemento que dota a la unión conyugal de un carácter definitivo. Aboga por la indisolubilidad en los casos en que se han seguido, para la constitución del matrimonio, las vigentes formalidades de carácter jurídico a la usanza, así el matrimonio digno de tenerse por válido es el conjunto de la boda¹¹⁷.

Durante este período tiene lugar el renacimiento del antiguo Derecho romano encarnado en la monumental obra justiniana y a partir de los conceptos brindados sobre el matrimonio en los textos del Corpus, crece de manera considerable la estimación del consentimiento como elemento constitutivo del vínculo matrimonial -

¹¹⁵ ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 100; GAUDEMÉT, Jean; *El matrimonio*, 1993, 152; BERNARDEZ CANTÓN, *Curso*, 1978, 35s.

¹¹⁶ Más detalles sobre los casos que se le sometieron en consulta a Hincmaro, en, GAUDEMÉT, Jean; *El matrimonio*, 1993, 149-153.

¹¹⁷ *Idem*, 237 s.

*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*¹¹⁸-, concepción que en lo rudimentario había sido tenida como postulado básico de la doctrina de la Iglesia, sobre el matrimonio, desde sus orígenes¹¹⁹.

A partir de la recepción¹²⁰, la tesis que aboga por la absolutez del consentimiento en la constitución y consolidación del vínculo matrimonial¹²¹, no sólo constituirá una imposición romanizante, sino que los teólogos lombardos, germánicos y francos iban a analizar dicha posición con mayor detenimiento. Puede decirse que, de tal manera, el matrimonio se empieza a perfilar como una relación de compromiso personal¹²².

¹¹⁸ Digesto, L, XVII, 30, en: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. III, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1897 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág. 947.

¹¹⁹ V.GARCÍA GÁRATE, *Aportaciones*, 1979, 85.

¹²⁰ V. respecto de la recepción: *Le droit romain et sa reception en Europe*, edités par Henryk Kupiszewski et Witold Wolodkiewicz, Université de Varsovie, 1978, (les actes du colloque organisé par la faculté de Droit et d'administration, de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'accademia nazionale dei Linceille 8-10 octobre 1973); ROSAS BENÍTEZ, Alberto; *Proyección histórica del Derecho*, Vol. IV, *Regreso medieval del Derecho romano*; Guadalajara, México; editorial hexágono; 1996; págs. 41-51; PESET, Mariano/MORA, Adela/FERRERO, Remedios/CORREA, Jorge/ GARCÍA, Pilar/PALAO, Javier; *Historia del Derecho*; Artes gráficas Soler S.A; Valencia; 1989; pág. 129; PARICIO, Javier/FERNÁNDEZ BARREIRO, A; *Historia del Derecho Romano y su recepción*; Centro de Estudios Ramón Areces S.A; Madrid; 1995; pág. 211; COING, Helmut; *Derecho Privado Europeo I*, trad. Antonio Pérez Martín; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1996; pág. 33; CLAVERO, Bartolomé; *Curso general de historia del Derecho I*, *Institución histórica del Derecho*; Marcial Pons ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992; pág.35.

¹²¹ En la conformación de la idea contractualizante que impera, en los ambientes intelectuales, en este tiempo, seguramente tiene gran incidencia un texto del Digesto que destaca por hacer de la voluntad un elemento de infinita capacidad para crear vínculos jurídicos: "*et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*" (D. II, XIV,1,2, en, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, *Institutas*, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág. 275.

¹²² SCHILLEBEECKX, *El matrimonio*, 1970, 252 s.

Con estos elementos dados, ya en el siglo XI, Yvo de Chartres (en su Decreto datado de entre 1093-1094) introduce una solución que posteriormente tendrá eco en la postulación final de la tesis matrimonial canónica clásica; como constituyente del vínculo matrimonial ubica al consentimiento y circunscribe su indisolubilidad al acto de la unión sexual. Pese a que de manera general este autor era defensor del consensualismo, otorgaba importancia al hecho de la consumación matrimonial¹²³.

Radicaliza esta idea Anselmo de Laon (+1117), para quien debía hacerse una distinción entre *sacramentum* y *res sacramenti*; el *sacramentum* representa la unión de Cristo y su Iglesia, en virtud de lo cual la vinculación de dos personas por medio del matrimonio genera el *sacramentum*, no obstante, sólo los buenos obtienen la llamada *res sacramenti*, por lo que son asumidos como miembros de Cristo. Esta solución implica que el matrimonio adquiere su perfeccionamiento a partir del momento de su consumación, puesto que sólo ello es lo que le otorga la calidad de indisoluble¹²⁴.

Siguen esta misma línea argumental las Sentencias de Guillermo de Champeaux (+1122), en cuyos textos se da un mayor desarrollo argumental de la distinción planteada por Laon entre *fides pactionis* y *fides coniugii* (o *fides consensus* o *contractus*¹²⁵), acuñando en bruto lo que más tarde se conocerá como la discusión sobre el matrimonio de presente y de futuro. La *fides pactionis* está constituida por una promesa de tomar a la mujer en calidad de esposa en un futuro acto; por ello constituye una promesa que mira a lo futuro. En cambio, la *fides consensus*, es la propia aceptación de la mujer por esposa. Así

¹²³ ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 101 s; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 170.

¹²⁴ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 173.

¹²⁵ Sobre el uso indistinto de estos términos V. SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 254, n. 24.

pues, si entre la pareja no había tenido lugar más que una *fides pactionis* estaba facultado cualquiera de ellos a establecer un vínculo matrimonial con un tercero; contraria era la consecuencia si entre los sujetos matrimoniales había una relación que implicase la existencia de una *fides consensus*, pues la adquisición de un vínculo matrimonial con tercera persona resultaba entonces imposible¹²⁶.

La primera gran exposición de doctrina matrimonial en el campo teológico fue obra de Hugo de Saint Victor¹²⁷ (+1141), a través de su obra *De sacramentis*. Su opinión sobre el tratado asunto es que el matrimonio adquiere su realidad a través del intercambio de las voluntades de los nupturientes, expresadas de presente; es el consentimiento lo que constituye la causa eficiente del matrimonio. Respecto de la cópula, se inclina por hacer notar que si bien es cierto constituye una realidad que va unida por propia naturaleza al matrimonio, no constituye un requisito indispensable para tener por realizado el *sacramentum*^{128 129}.

Estas dos corrientes de pensamiento encontrarán cabida en las obras de dos grandes maestros medievales, enfrentando así la opinión de las escuelas de Bolonia y París, la primera teológica y la

¹²⁶ Idem, 173, 195.

¹²⁷ Este autor fue quien por vez primera enunció los puntos característicos de un justo matrimonio: libre, actual y legítimo.

¹²⁸ ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 102; en palabras de BELTRÁN FUSTERO, Luis; “Un estimulante del matrimonio: El artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, ADC Octubre- Diciembre 1956; pág. 1316, ante la afirmación de que el matrimonio tiene por causa eficiente al consentimiento expresa que, si el consentimiento resulta indispensable en cualquier contrato, con mayor razón lo es cuando da origen a una situación llamada a ser indisoluble como lo es el matrimonio.

¹²⁹ Lo que en palabras de Rufino sería (cita en GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 221): El convenio de la *desponsatio* significaba el sacramento del alma a Dios. La *sponsa* se aliaba a su *sponsus* mediante la *desponsatio*, igual que el alma se une a su Dios mediante el amor. En la unión de los cuerpos se oculta el sacramento de Cristo con la Iglesia. Porque igual que el hombre y la mujer ya no forman más que una sola carne, Cristo y su Iglesia no son más que una carne y una sola persona.

segunda jurídica, hasta la consecución de una solución final del asunto debatido por obra de la autoridad pontificia.

La tesis de Pedro Lombardo, maestro de la Universidad de París, sostiene que el matrimonio única y exclusivamente necesita, para su válido nacimiento y consolidación, el acto volitivo de los contrayentes, es el consentimiento lo único necesario para que surja el sacramento que simboliza la unión de Cristo y la Iglesia. En su tesis, distingue los *sponsalia per verba de futuro* o promesa de un futuro matrimonio de los *sponsalia per verba de praesenti* que es el mutuo consentimiento emitido por los cónyuges. Es a partir de la emisión de este consentimiento de presente cuando nace y se perfecciona el matrimonio, dando nacimiento así al sacramento¹³⁰. Pedro Lombardo es quien acuña los vocablos con que la doctrina llamará definitivamente a ambas situaciones -esponsales y matrimonio-, así pues llamará a la primera *verba de futuro*, que siendo una promesa, tan solo permitía que se hablase de *sponsi* o prometidos y a la segunda, *verba de praesenti*, en virtud de lo cual se constituye el verdadero vínculo matrimonial, dando así lugar a los esposos *coniuges*¹³¹,

Por lo que hace a la segunda teoría, Graciano, afirma que para que el matrimonio adquiriera plenitud debe ir acompañado de la *copula carnalis*, distinguiendo en consecuencia dos momentos, el *matrimonium initiatum*, resultado del mutuo consentimiento y el *matrimonium perfetum* que se obtiene a partir de la unión sexual. Así el *matrimonium initiatum* puede disolverse, en cambio el segundo no¹³².

¹³⁰ ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 103; REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 107.

¹³¹ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 195.

¹³² ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 103; REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 106 s.

Es este el tiempo del esplendor de la doctrina canonística, a partir de los comentarios al Decreto de Graciano, se realizó por los canonistas un trabajo de sistematización lógica de la materia matrimonial. Así, los postrimeros años del siglo XII y durante el XIII, se produce abundante trabajo reflexivo sobre el matrimonio. Los decretalistas iniciaron su labor acrisolando la distinción entre esponsales y el propio matrimonio.

De esta época pueden citarse nombres ilustres como los de Bernardo de Pavía (+1213), Juan Alemán (+1246), Inocencio IV (+1254), Enrique de Susa -el Ostiense- (+1271). Este proceso creador de conceptos y fórmulas ya no es tal en el siglo XIV; en efecto, pese a que se sigue escribiendo sobre el tema matrimonial, el resultado son obras de contenido reiterativo y repetitivo; nos encontramos con una situación totalmente distinta, el período de esplendor creativo e innovador ha decaído y, en consecuencia, aparecen obras de gran extensión pero sin contenido nuevo¹³³; ya la doctrina del matrimonio está elaborada y poco hay ya que agregar.

3.2.1.3.1.4 LA SOLUCIÓN DEFINITIVA: TEORÍA CANÓNICA CLÁSICA SOBRE EL MATRIMONIO

Como se puede apreciar, en este tiempo, la profusión de dos tesis contrapuestas era el síntoma más patente de una falta de criterio para juzgar la realidad matrimonial desde una perspectiva unitaria y coherente con los principios informadores del cristianismo. Quizá dicha carencia, de punto de encuentro y conciliación entre ambas tesis sea el producto directo del hecho de que éstas partían de

¹³³ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 175.

materias que por su distinto modo de apreciar las realidades, como son la teología y el Derecho, resultaban totalmente dispares.

Ante este estado de cosas y para lograr una solución definitiva, intervino la autoridad pontificia, que prestando atención a los elementos fundamentales que informan a una y otra teoría logró incorporarlos dentro de una nueva tesis que pretendió ser el punto final de tan elevada discusión. A partir de estas premisas integradoras se creó la tesis matrimonial clásica de la Iglesia, misma que hasta hoy, con más o menos alteración, rige en el mundo occidental¹³⁴.

En efecto, el sistema propuesto por el Papa Alejandro III (1110-1181), plasmado en varias Decretales elaboradas en las postrimerías de su pontificado, presenta una síntesis de las doctrinas atinentes a la formación del vínculo matrimonial, tanto legales como teológicas, anteriores y coetáneas a su tiempo. Sintetiza pues, todos los elementos dados a través de una solución que de manera general es la que todavía inspira la legislación de la Iglesia. La solución planteada por este Pontífice pasa por aceptar la noción distintiva del concepto de consentimiento de presente y de futuro como un elemento fundamental para la comprensión del momento en que se inicia el matrimonio, incorporándole la noción dada por la escuela de Bolonia, que el matrimonio se perfecciona y hace indisoluble sólo por la cópula carnal¹³⁵. En el campo teológico, cuya doctrina fue desarrollada a partir del comentario a las sentencias de Pedro Lombardo también se asumía la misma solución¹³⁶.

¹³⁴ Como dice IGLESIA, RDN; LXXXV- LXXXVI, 1974, “en el campo del matrimonio el Derecho actual es hijo y heredero del Derecho canónico”.

¹³⁵ AZNAR GIL, *La institución*, 1989, 16; REINA/MARTINELL, *Curso*, 1995, 108s.

¹³⁶ GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 207.

En esta síntesis doctrinal, el Papa Alejandro, discrimina entre un matrimonio *initiatum*, en el que no habiendo más que un mero pacto entre los cónyuges, sin consumación a través de la unión sexual, existe ya un verdadero matrimonio, válidamente celebrado pero aún no revestido de la calidad de indisoluble, carácter que sólo lo otorga el representar la unión de Cristo y la Iglesia, es decir el sacramento. Ese matrimonio, pese a generar el vínculo entre las partes, no reviste aún un carácter tal que implique la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio o de separarse, pues es un matrimonio *ratum*. No es que el vínculo de tal naturaleza pueda disolverse por sí mismo, pues esa disolución sólo puede tener lugar a través de un indispensable acto de jurisdicción de la Iglesia, siendo éste el único título por medio del cual podría disolverse el matrimonio contraído¹³⁷.

Distinta consecuencia se obtiene cuando a ese acuerdo consensual sigue la unión sexual, puesto que entonces, el matrimonio ha recibido su asentamiento estable, es entonces un matrimonio *consumatum* y representa plenamente la unión de Cristo con su Iglesia, realizando en consecuencia el sacramento, circunstancia que en exclusiva, hace imposible no sólo la disolución matrimonial sino también cualquier intervención eclesiástica al respecto¹³⁸.

El hecho que cierra definitivamente este tema es la postulación de la tesis del Papa Inocencio III. Propone una solución, en lo esencial

¹³⁷ “Sin cópula, es un matrimonio *ratum*, unión perfecta que sin embargo puede disolverse de tres maneras, por la entrada en religión de uno de los cónyuges, aun contra el consentimiento del otro, por *affinitas superviviens* pública y notoria y por dispensa de la sede romana. La cópula fundamenta una unión matrimonial e indisoluble si existe un previo consentimiento matrimonial válido bien prestado de presente o de futuro”: ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A; Curso de derecho de familia, T.I, Matrimonio y régimen económico; editorial Civitas S.A; Madrid; 1987; pág., 42; V. tamb. SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 156.

¹³⁸ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 206; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 258 ss; ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, Curso I, 1987, 41s; AZNAR GIL, La institución, 1989, 16 s.

contenida en la antes expuesta teoría. Entre ambas posiciones la diferencia es que si para Alejandro III era el consentimiento de futuro mismo más la cópula carnal lo que daba nacimiento al vínculo conyugal, sin requerir para ello una actualización del consentimiento, para Inocencio III, en el mismo tipo de casos, sólo el consentimiento de presente es el que servía para originar el vínculo matrimonial¹³⁹.

3.2.2.2 ALGUNOS EFECTOS DE LA ASIMILACIÓN DE LA DOCTRINA CONSENSUALISTA

La adopción definitiva de la tesis consensualista repercutió de alguna manera en las relaciones de la Iglesia con la sociedad, así por ejemplo, suscitó controversias la escasa incidencia que se otorgó a la voluntad paterna en el matrimonio de los hijos, lo cual en algunas regiones chocaba frontalmente con las costumbres de la época¹⁴⁰.

Pero si esta repercusión del consensualismo incidía de forma negativa en el control familiar de las nupcias de sus miembros, otro problema incidía en el control de la realización y publicidad de los matrimonios celebrados. Si el matrimonio se contrae por el solo consentimiento de la pareja, siendo ellos mismos los ministros del sacramento y ante la inexistencia de requisitos formales *ad validitatem* que permitiesen saber que entre dichos sujetos existe un vínculo de índole matrimonial, entonces los matrimonios celebrados de manera clandestina tienen igual validez y dignidad que los

¹³⁹ REINA/MARTINELL, *Las uniones*, 1996, 109; SOUTO PAZ, *Derecho*, 2000, 43ss; No obstante la opinión de estos autores, AZNAR GIL, *La institución*, 1989, 16, resta trascendencia a las aportaciones que Inocencio III y otros Pontífices realizaron a la teoría matrimonial, calificándolas como modestas adiciones.

¹⁴⁰ Cfr. GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 208 s; Opina contrariamente AZNAR GIL, *La institución*, 1989, 17.

celebrados de manera pública ante el párroco. Este punto será un arma eficaz de los promotores de la reforma y de los partidarios de la jurisdicción estatal para atacar la potestad eclesiástica, tal y como lo apreciaremos más adelante. Lo cierto es que los matrimonios contraídos de forma clandestina eran válidos, aunque ilegítimos y seguirán muy presentes en el seno de la sociedad hasta que por obra del Concilio Tridentino, se convierta en un requisito *ad validitatem* la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*¹⁴¹.

¹⁴¹ En lo que atañe a la forma, la Iglesia en el siglo IX todavía no había estipulado con carácter obligatorio ningún tipo ceremonia especial para celebrar el inicio de la convivencia conyugal. Esto indica que en este tiempo se seguía considerando como adecuado el mantener las costumbres que cada pueblo tuviese en dicha materia; su ideal de tolerancia, hacia aquello que no propiamente atentaba contra la moral y ética cristianas, fue compatible con la ausencia de formalidades propias, siendo esto quizá una herencia del período romano (Cfr. ACUÑA, IC XIII, 1973, 143, agrega además (ibidem), que la forma se resume a una ceremonia meramente litúrgica que la Iglesia añadía a la unión entre un hombre y una mujer bajo las prescripciones y tradición del Derecho romano o germánico, sin un carácter *ad validitatem*).

En esta época, la Iglesia, aún acepta sin ninguna oposición importante las formalidades propias de cada región siempre que no representasen oposición a los principios cristianos, esto se manifiesta de manera patente en el célebre “*responsa ad consulta Bulgarorum* (AZNAR GIL, La institución, 1989, 14), hasta tal punto se tenía por aceptada esta afirmación que Anselmo Laón describe el matrimonio como un “*consensus secundum morem patriae*”.

Las primeras noticias que se tienen de ritos o ceremonias cristianas con ocasión del matrimonio datan del siglo IV (SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 229, da cuenta de que la más remota noticia que se tiene sobre una bendición nupcial con carácter litúrgico está fechada hacia 366-384, bajo el pontificado de Dámaso) específicamente en la Iglesia de Roma, consistiendo en oraciones o bendiciones pronunciadas por el sacerdote, que no revestían ninguna intencionalidad de carácter jurídico (No obstante, hubo intentos de juridizar algunas actividades relacionadas con el matrimonio, así por ejemplo, la imposición del Papa Bonifacio, en el siglo VIII, de que quienes tuvieran la intención de casarse realizaran advertencia al sacerdote y sus parientes a los efectos de verificar la inexistencia del parentesco entre los cónyuges: SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 234), así, puede afirmarse que ni siquiera se concebía un tal matrimonio religioso. Al igual que para los romanos, el matrimonio se iniciaba sin recurrir, a los efectos de su validez o legitimidad, a ninguna clase de rituales. Casarse en el Señor significaba en idéntico sentido que para el apóstol de los gentiles, unirse en matrimonio con otro individuo que profesase la religión cristiana (V. ALONSO PÉREZ, RDPRIV, LXII, febrero 1978, 18 s; FOSAR, RCRITDI, LII, 1976, 1112; SCHILLEBEECKX, El matrimonio, 1970, 219 ss.). La verdadera juridización de una formalidad que fuese *ad validitatem* se logrará imponer hasta el Concilio de Trento en el decreto *Ne temere*.

Dentro del ámbito de las consecuencias que la solución alejandrina, además de las antes enunciadas contradicciones e inconvenientes de tipo práctico, se presenta una de índole dogmática, pues, aunque doctrinal y teológicamente representa la respuesta a lo que constituye el origen de la indisolubilidad y la sacramentalidad matrimoniales: tiene su fundamento en el consentimiento y no en la bendición nupcial; la dicha solución no contempla la explicación del porqué la Iglesia despliega una actividad legislativa y jurisdiccional sobre algo que constituye un sacramento, ya que si el matrimonio se conceptúa como un verdadero sacramento, ella no puede legislar en cuanto a sus elementos esenciales, por cuya causa tampoco podría constituir impedimentos ni dispensar de los que por voluntad divina existan.

Estos inconvenientes encuentran solución a través de una fórmula acuñada por la escolástica, misma que a su vez representó la base de la posterior reclamación de la jurisdicción matrimonial por parte del Estado, y que enseguida exponemos.

3.2.2.2.1 LA ESCISIÓN DEL MATRIMONIO

No debemos olvidar que estamos describiendo acontecimientos que tuvieron lugar durante el esplendor escolástico, por ello, notaremos que es a los autores de esta escuela a quienes corresponderá procurar una meditación y respuesta de las

V. una exposición sobre la forma del acto jurídico matrimonial y la forma de la declaración consensual en LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; Estudios de Derecho matrimonial; ediciones Rialp S.A; Madrid; 1962, pág. 232 ss.

interrogantes planteadas con ocasión de los temas más importantes de su tiempo, y por ende sobre el tema de este trabajo.

En este sentido, San Buenaventura¹⁴², Santo Tomás y San Alberto Magno, presentan una tesis a través de la cual se presenta el matrimonio como un todo único que sin embargo se integra por dos elementos distintos, elementos de índole diversa que devienen de una realidad natural (*officium naturae*) y a la vez de una sacramental (*sacramentum*): un contrato y un sacramento ¹⁴³.

El sacramento matrimonial se produce a consecuencia de la libre voluntad, por el consentimiento válidamente expresado, pero

¹⁴² Expresa que el matrimonio es la unión legítima del hombre y la mujer, llevando ante todo deber de inseparable régimen de vida y que significa la unión de Cristo con la Iglesia y de sus dos naturalezas en una única persona, constituyéndose de manera esencial por el consentimiento libremente expresado por las partes a través de una externa manera, teniendo su consumación en la cópula carnal: Cfr. Breviloquio, parte VI, capítulo XIII “de la integridad del matrimonio”, en, Obras de San Buenaventura, V. I, T.I, Breviloquio; Itinerario del alma a Dios; Reducción de las ciencias a la teología; Cristo, maestro único de todos; excelencia del magisterio de Cristo. 3ª edic. bilingüe revisada, edición dirigida, anotada y con introducciones por los P: Fr. León Amoros O.F. M; Fr. Bernardo Apeñabiz O.F.M; Fr. Miguel Oromi O.F.M; BAC; Madrid; 1968; pág. 416.

¹⁴³ Sto. Tomás de Aquino; Suma Teológica, T. XV, “tratado del orden y del matrimonio”, Versión e introducciones del P. Fr. Sabino Alonso Morán O.P; BAC; Madrid; 1956; pág. 240-244, supl. Q. 45, art. 1 “si el consentimiento es causa eficiente del matrimonio” y art. 2 “si el consentimiento debe manifestarse oralmente”: “Así, pues, como en el matrimonio hay cierta unión espiritual, por lo que tiene de sacramento, y también alguna unión material, en cuanto es un acto natural y de vida civil, conviene que mediante el elemento natural se produzca el efecto espiritual por la virtud divina. Síguese de ahí que, como las asociaciones que provienen de los contratos materiales se verifican por mutuo consentimiento, es preciso que de igual modo se efectúe la unión matrimonial” “...en el matrimonio se celebra un contrato entre el varón y la mujer; y en todo contrato deben proferirse palabras mediante las cuales se obliguen los hombres mutuamente...resulta claro que la unión matrimonial se verifica en forma semejante a como se produce la obligación en los contratos materiales. Y, como quiera que éstos no llegan a realizarse mientras los contratantes no se manifiesten el uno al otro su voluntad por medio de palabras, asimismo hace falta expresar verbalmente el consentimiento que es causa del matrimonio...”. La misma opinión refiere en la Suma contra gentiles, capítulo LXXVIII “del sacramento de matrimonio”: “Ahora bien, la generación humana está ordenada a muchas cosas: a perpetuar la especie, algún bien político...según esto convendrá que dicha generación sea dirigida por diversos agentes...Si es ordenada al bien político, entonces está sometida a la ordenación de la ley civil”.(edic. bilingüe en dos tomos, T. II, libro 3º y 4º Dios, fin último y gobernador supremo, Misterios divinos y postrimerías. Trad. Dir. y revisada por Fr. Jesús M. Pla Castellano O.P; BAC; Madrid; 1953; pág. 883)

esta afirmación trae anexa la incorporación ideal del matrimonio a la figura contractual, y es que como ya expusimos arriba, la recepción del Derecho romano propició una asimilación de todo cuanto tuviese al consentimiento como base, a la categoría jurídica de los contratos. Se determinó que ese consentimiento en el sacramento del matrimonio constituye un contrato a través del cual toma realidad el sacramento, contrato que se asimila a los contratos humanos.

Como es de notar, en este tiempo ya la teología ha adoptado el vocablo contrato para referirse a la constitución del matrimonio, tema éste que desarrollaremos posteriormente. Se procura designar con tal término al elemento tanto humano como natural que interviene en el matrimonio, como algo totalmente distinto del carácter sacramental que a dicha institución, también, le es propio. La presencia de estos dos tipos de elementos dentro de esta nueva concepción respecto del vínculo conyugal constituye un principio desarticulador de una única realidad: el matrimonio. El contrato y el sacramento se presentan en concurrencia constituyendo el matrimonio¹⁴⁴, mas son dos realidades de índole diversa que interviniendo en concurrencia constituyen a un único elemento.

Con base en la anterior distinción, se diseña, pues, la tesis con la que se pretende dar respuesta a la interrogante que atañe a la justificación de la potestad legislativa y jurisdiccional de la Iglesia sobre el matrimonio: la Iglesia tiene la potestad de legislar sobre los asuntos atinentes al matrimonio, y puede además, constituir impedimentos matrimoniales y dispensar de ellos, no en virtud del matrimonio siendo un sacramento, si no por causa de que además éste constituye un contrato. Así pues, lo que la Iglesia legisla y regla no atañe al elemento divino o sacramento, sino exclusivamente al

¹⁴⁴ GERPE, La potestad, 1970, 18 s.

elemento natural y humano que es el contrato matrimonial, que a su vez constituye el fundamento del sacramento¹⁴⁵.

A partir de esta distinción tendrá lugar una objeción que no cesará de ser repetida hasta lograr su propio cometido. Si la Iglesia legisla y juzga respecto del matrimonio de los cristianos en cuanto es un contrato -y no sobre la realidad sacramental que éste reviste- y si el matrimonio, como se dice, bajo su aspecto de contrato no está solamente en orden del bien de la Iglesia, sino además del Estado, siendo el matrimonio el fundamento sobre el que se asienta la sociedad, entonces, el Estado puede legislar y juzgar sobre el matrimonio en razón de su contractualidad, como lo hace con los otros negocios que se realizan por los contratos. Además de que no porque entre los cristianos el matrimonio es un sacramento con base en un contrato, deja de ser el matrimonio mismo un elemento caracterizado por su esencia natural¹⁴⁶. Es esa planteada distinción, que dentro del mismo matrimonio se hace entre el contrato y el sacramento¹⁴⁷, lo que da pie a preguntarse y reflexionar hasta qué punto tiene competencia la autoridad civil sobre el aspecto contractual de una institución a través de la cual se procura establecer la base de la sociedad en general.

¹⁴⁵ *Ibidem*; en el mismo sentido opina ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 129: “ Desde el siglo XII (época en que se fija la teoría de la formación del matrimonio) hasta el siglo XVI, la opinión casi unánime de teólogos y canonistas es que el contrato y sacramento del matrimonio se identifican de manera adecuada; sólo hay entre ellos distinción de razón, es decir, aspectos diversos. El sacramento es el contrato mismo elevado a la dignidad de rito eficaz de la gracia”.

¹⁴⁶ GERPE, *La potestad*, 1970, 23s.

¹⁴⁷ Sobre el tema de la separabilidad entre contrato y sacramento respecto del matrimonio, puede verse a, HERVADA XIBERTA, Javier; *La inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio*; en *Cuestiones fundamentales sobre Matrimonio y familia*, II simposio internacional de Teología de la Universidad de Navarra; ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1980.

Si con los principales escolásticos se planteó el asunto de manera discreta, en el siglo XIV, Duns Escoto, haciendo gala de gran sutileza, expone claramente la tesis del matrimonio contrato-sacramento a través de tres aspectos. Uno es la distinción que resulta entre el contrato y el sacramento y que permite deslindar el uno del otro de manera muy clara, hasta tener certeza de afirmar que el sacramento se nota como algo agregado al contrato. Otro argumento es que el matrimonio no requiere, por ninguna razón, para ser legítimo, la concurrencia del contrato y el sacramento; por último, se expresa abiertamente opuesto a sus predecesores escolásticos en el sentido de que no acepta que sea el consentimiento matrimonial de las partes, bajo la institución divina, el medio único por el cual Dios permita a los cónyuges que recíprocamente se concedan derechos sobre su propio cuerpo y sea esto la causa eficiente del matrimonio. Para dicho autor, el matrimonio participa sin duda alguna de la ley natural claramente ratificada por ley positiva divina. Por esto, lo que realmente da vida al contrato matrimonial es sólo el consentimiento de ambos cónyuges expresado ya sea por ellos, ya por sus representantes¹⁴⁸.

3.2.3 LA ASIMILACIÓN DEL MATRIMONIO AL CONTRATO

Como algo de indispensable tratamiento en nuestro itinerario investigativo a los efectos de nuestros objetivos, se presenta la necesidad de mostrar de la mejor manera posible el desarrollo de la idea de que el matrimonio constituye un contrato, pues es en esta época histórica de la que ahora tratamos, y al filo de la formación de la doctrina clásica del matrimonio canónico, cuando esta tesis adquiere vida y carta de naturaleza.

¹⁴⁸ GERPE, La potestad, 1970, 28ss.

Dentro de la discusión sobre la causa eficiente del matrimonio, la posición consensualista logró tener más éxito que la de la cópula, mas ello se debe sobre todo, como ya dejamos esbozado líneas atrás, a que en este tiempo se verificó el renacimiento del Derecho romano, el cual, como vimos en la sección correspondiente, tenía un sistema de matrimonio en el que tan sólo el consentimiento bastaba para tener por constituido el vínculo.

Pues bien, la influencia romanista no se hizo esperar en los ámbitos intelectuales, ante semejante descubrimiento que representó el Corpus Iuris, iniciado en el siglo X y prolongado hasta el XII por obra de los glosadores. Así es que la posición que defendía el consentimiento sobre la cópula tuvo un eco distinto en los ámbitos universitarios donde se estudiaban las posibles soluciones a todos estos asuntos. En el fragor de la disputa entre ambas tesis, salió a relucir lo que constituyó uno de los argumentos de mayor peso para los defensores de la teoría consensual, se trata de la famosa frase de Ulpiano "*nuptias non concubitus sed consensus facit*"¹⁴⁹, la cual será todo un refuerzo para los defensores de la tesis consensualista y un duro golpe para los partidarios de la cópula.

Antes de pasar a más, debemos dejar sentado que en lo relativo a la recepción del Derecho romano hay una doble perspectiva. Por un lado, la inserción de la tradición jurídica romana en el ámbito cultural de los nuevos reinos formados a partir de la invasión bárbara, elemento que informará en buena medida el desarrollo legislativo de esos tiempos y sociedades¹⁵⁰. Por otro lado, el auge que la legislación romana tiene a partir de los finales del siglo IX y comienzos del X, como consecuencia del descubrimiento de las fuentes justinianeas, que descollará entre los estudios de aquel

¹⁴⁹ Cuerpo del Derecho Civil Romano, 1, III, 1897, 947.

¹⁵⁰ GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 168.

tiempo e influirá poderosamente en la elaboración del Derecho canónico clásico.

Ni los textos del *Ius Civile*, ni los escritos de los Padres, hacen alusión del matrimonio considerado como un contrato. Los vocablos semánticamente más cercanos a contrato que se usa en los escritos de los Padres son *foedus* o *pactum*. Ciertamente, el uso de la palabra contrato para referirse al matrimonio es fruto de la influencia ejercida por la escuela romanista sobre los canonistas^{151 152}.

Dentro de la evolución de la idea contractual en el matrimonio pueden citarse algunos acontecimientos de ámbito intelectual que revisten alguna importancia.

Así, dejando de lado la antigüedad más remota¹⁵³, en las postrimerías del siglo XI aparecen en Francia algunos textos que presentan el matrimonio y la venta como ejemplos de contratos. La *Summa codicis Trescensis* elaborada sobre el código Justiniano y fechada hacia los primeros decenios del siglo XII, hace referencia al matrimonio asignándole la calidad de ser una sociedad¹⁵⁴. Para

¹⁵¹ Ejemplo de ello es el concepto que tomado de Modestino, dá, con ciertos retoques Graciano en sus Decretales, Can. 3, causa XXVII, q. 2 “consensus ergo cohabitandi et individuum vitae consuetudinem retinendi interveniens, eos coniuges fecit. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso” (Cit. en GLÜCK, Federico; Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d’Italia, sotto la direzione di Filippo Serafini, Direttori Pietro Cogliolo e Carlo Fadda, Libro XXIII, tradotto anotado dal prof. Raffaello D’ancona; Società editrice Libreria; Milano; 1898; PÁG., 140.).

¹⁵² Fue la doctrina del contrato un vehículo de carácter técnico-jurídico a través del cual se impuso el principio consensual, pues la figura del contrato cuadraba de manera perfecta con el espíritu de aquél tiempo: CARRERAS, Las bodas, 1998, 70.

¹⁵³ LLANO, IC XXVII, 1987, 566, n. 19 expone que la denominación de contrato en relación con el matrimonio aparece probablemente en el siglo VII y se hace común en el siglo XIII.

¹⁵⁴ Una exposición sobre la controversia de atribución de la autoría de esta *Summa* a Iñerico u otros autores en ORESTANO, Riccardo; La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto clásico al Diritto Giustiniano; A. Giuffrè; Milano; 1951, pág. 30 s. Sin embargo nos interesa destacar de Iñerico su opinión contractual sobre el matrimonio en, *Summa Codicis*

GAUDEMET¹⁵⁵, esta actitud de catalogación del matrimonio dentro de los negocios contractuales, es el reflejo de un afán de clasificación y sistematización de las figuras jurídicas, justificado quizá por el uso de la terminología clásica, dentro de cuyas expresiones está por ejemplo “contraer matrimonio”, aunado ello a la idea que se genera cuando se advierte la presencia del apartado dedicado al matrimonio en el Digesto, a continuación de los contratos, orden mismo que siguieron los escritos canónicos.

Hacia 1160, en el Codicis escrito por Rogerio, se postula la noción distintiva entre contratos personales y contratos reales, incluyendo como ejemplo de los personales al matrimonio y entre los reales a la sociedad. Este hecho tendría su especial repercusión en el desarrollo de la idea expuesta. Estas distinciones pasaron a la Suma Codicis de Placentino, en su libro V, a la Suma de matrimonio de Vacario y a la Suma Aurea de Azón, siendo este último quien procurando acercar la noción de matrimonio a la sociedad, usó por vez primera la expresión “*societas coniugalis*”¹⁵⁶.

En la obra de Graciano se pueden apreciar algunos acercamientos a la idea contractual del matrimonio. Utiliza la palabra “*pactio*” para referirse al matrimonio; en lo relativo a los asuntos que plantean los vicios del consentimiento matrimonial utiliza las soluciones dadas por los textos de Justiniano, en su apartado relativo a la venta. Pero si el uso del vocablo contrato aún era poco frecuente en este siglo -XII-, en el siguiente logra ser incorporado definitivamente en el lenguaje matrimonial eclesiástico. En consecuencia, la calificación del matrimonio como un contrato aparece en las concepciones expuestas, por el Ostiense para quien

de IRNERIUS, mit einer einleitung herausgegeben von Hermann Fitting; J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung; Berlín; 1894; Liber V.

¹⁵⁵ El matrimonio, 1993, 224; en el mismo sentido, CARRERAS, Las bodas, 1998, 70.

¹⁵⁶ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 224.

era un contrato consensual; por Inocencio III y Gregorio IX. Por lo que respecta a los grandes maestros teólogos y filósofos del siglo XIII, la aceptación de la concepción contractualista del matrimonio es un hecho patente en sus obras¹⁵⁷.

Nuevamente es Duns Escoto quien pone mayor claridad en el asunto. A partir de la doctrina anterior elabora su posición. Para este autor el matrimonio es un contrato. Determina que el objeto de ese contrato viene dado por el *ius ad corpus*, el derecho de cada uno de los cónyuges al cuerpo del otro en razón de la naturaleza y de los fines de la institución familiar, que son la procreación y la educación de los hijos habidos¹⁵⁸.

Con esta discusión superada, se cierra el círculo de la tesis clásica del matrimonio que rigió en su integridad por mucho tiempo en occidente. De esta forma se diseñó una tesis que constituye una reflexión desde la teología, a través de la cual se inserta la realidad matrimonial en una figura jurídico canónica, ubicándola en un terreno eminentemente jurídico¹⁵⁹.

3.2.4 SÍNTESIS

Conjugando las ideas expuestas, podemos decir que la asociación de la idea del matrimonio a los contratos no es un simple acoplamiento de una estructura conceptual en otra, sino que es el resultado de toda una asimilación razonada, llevada a cabo por el

¹⁵⁷ *Idem*, 223 ss.

¹⁵⁸ SCHILLEBEECKX, *El matrimonio*, 1970, 265.

¹⁵⁹ *Idem* 264 s.

Derecho de la Iglesia, de los conceptos básicos en materia de consentimiento aportados por el Derecho romano. La misma teología participa del ideal propuesto, lo que se demuestra en las palabras de Santo Tomás, a través de las cuales describe al matrimonio como una obligación, como un contrato a través del cual se manifiesta la unión de Cristo y la Iglesia. A esto aunamos la significación de la palabra sacramentum en el latín clásico y vulgar, que según lo expuesto por SCHILLEBEECKX¹⁶⁰, se refiere a las obligaciones que son de carácter indisoluble, y en latín vulgar, denota un compromiso de sentido religioso; juramento y lazo jurídico y sagrado nacido de las obligaciones generadas por el juramento. Así tendremos todo un entramado de ideas que conducen a formarse la idea de que en el matrimonio existe una realidad contractual por razón de su elemento constitutivo, de su contenido y de su resultado: el matrimonio es así, un compromiso que se adquiere a través de la expresión de una voluntad libre que lo genera al igual que todos los demás contratos, sobre cuya base se asienta el sacramento que simboliza la unión de Cristo y la Iglesia.

¹⁶⁰ El matrimonio, 1970, 249 s.

3.3 LA EDAD MODERNA Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN LA HISTORIA DEL MATRIMONIO

La dualidad contrato-sacramento actuando en el seno de la institución matrimonial, como explicación de la potestad de la Iglesia sobre todo lo atinente al matrimonio, resulta una discusión que no ha dado un fruto bueno para los intereses eclesiásticos¹⁶¹.

Ya desde muy temprana época, el poder estatal tuvo algunos visos de querer despojar a la Iglesia su jurisdicción sobre los asuntos relativos al matrimonio, entre otros puede citarse como ejemplo, la controversia suscitada por el emperador Luis el Bávvaro quien invocando el poder secular sobre el matrimonio declara disuelto el matrimonio entre Margarita de Tirol con Juan de Bohemia en el año de 1341. En esta ocasión dicha posición tuvo el respaldo de dos ilustres personajes, Guillermo de Ockam y Marsilio de Padua, el primero en su *Tractatus de iurisdictione imperatoris in causis matrimonialibus*, el segundo en una *consultatio*. En dichos escritos, los susodichos autores, reivindicaron para el poder secular la potestad de juzgar en cuestiones matrimoniales. No obstante que la actitud antes señalada, que se traduce en un desafío al enorme poder de la Iglesia, provocase revuelo social, su contenido propiamente dicho no tuvo eco en las doctrinas ni canónicas ni teológicas del tiempo. Así pues, la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio resulta en estos finales de la edad media, un hecho incontrovertido e incuestionable¹⁶².

¹⁶¹ Por esto dice CARRERAS, *Las bodas*, 1998, 76, que el matrimonio contrato es un espejismo, una doctrina parasitaria del principio consensual y de la dimensión interpersonal de la familia.

¹⁶² Cfr. GERPE, *La potestad*, 1970, 31 s; CONTRERAS, Pedro Pablo de; *Constitución democrática y pluralismo matrimonial (el nuevo sistema matrimonial español)*; ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona, 1985; CARRERAS, *Las bodas*, 1998, 92 (n.99).

No será sino hasta que en el siglo XVI se verifica el cisma de la Iglesia de occidente cuando la imprudente tesis del matrimonio-contrato, acuñada en el seno de la doctrina eclesiástica, constituirá un eficaz fundamento útil para los reformadores a los efectos de atacar el derecho que en manera absoluta la Iglesia había conquistado a golpe de legislar y juzgar en dicha materia.

3.3.1 LOS REFORMISTAS

Pese a que los dirigentes de la reforma protestante afirmaban tener en alta estima al matrimonio y el estado que el mismo genera, mostrándose totalmente en desacuerdo contra los que, en su opinión, lo denigraban al poner la virginidad y la continencia por encima de él, no por ello dejan de atacar su carácter sacramental; es la negación de esta realidad su más recurrente argumento. Por ello, y apoyándose en la autoridad de los maestros escolásticos que enseñaron que en el matrimonio hay un contrato civil, reclaman para el poder civil la jurisdicción que sobre el matrimonio está aún en manos de la Iglesia¹⁶³.

Los principales incitadores de la reforma protestante adoptaron una posición abiertamente contraria a considerar el matrimonio como un sacramento. Tanto Lutero¹⁶⁴ como Calvino lo asimilaban a un

¹⁶³ ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 118 ss. BELLINI, Alberto; "El matrimonio nel protestantesimo" en, *Enciclopedia del Matrimonio*, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968; págs. 415-445.

¹⁶⁴ Para mayor abundamiento sobre la doctrina de este autor V. GARCÍA-VILLOSLADA; Ricardo; *Martín Lutero*, Vol. I, *El fraile hambriento de Dios*; BAC; Madrid; 1973; HATTENHAUER, Hans; *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, traducción de Gonzalo Hernández; Editorial Ariel S.A; Barcelona; 1987; pág. 135 s; TEJERO, Eloy; *El matrimonio Misterio y signo siglos XIV-XVI*; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1971; pág. 223-227.

elemento tan ordinario como el comer, la vivienda o la propiedad¹⁶⁵. Por esto, se puede decir que la consideración del movimiento protestante sobre el matrimonio, constituye el primer paso hacia su secularización en el mundo occidental¹⁶⁶.

La raíz de estas conclusiones puede encontrarse en enseñanzas postuladas por las herejías valdenses y husitas. Los primeros negaron a la Iglesia la potestad para constituir impedimentos dirimentes, los segundos se mostraron hostiles al sacramento del matrimonio o cuando menos a la bendición del sacerdote¹⁶⁷. No obstante, el origen inmediato de la doctrina matrimonial de la reforma se encuentra en la teoría luterana del pecado y la concupiscencia. Para Lutero las dos cosas se identifican de tal manera que terminan siendo lo mismo. Si en el matrimonio el placer sexual adquiere un sentido natural y permitido por la ley de Dios, según la versión de la Iglesia, entonces hay una evidente contradicción y, en consecuencia, no puede ser permitido el pecado a partir de un sacramento. Bajo esta perspectiva de análisis el sacramento del matrimonio no merece más la consideración de tal, y no sólo deja de ser un sacramento, sino que se le desviste de todo ropaje sagrado para convertirse, según la tesis expuesta, en un simple y normal contrato¹⁶⁸.

La controversia religiosa en este apartado correspondiente al matrimonio por parte de la Iglesia, se cierra con la afirmación sacramental del matrimonio a través de la definición que del

¹⁶⁵ GOODY, Jack; *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*; Herder; Barcelona; 1986, pág. 228s.

¹⁶⁶ NAVARRETE, Urbano, S.I.; "Matrimonio y culturas: hacia el matrimonio occidental moderno"; REDCAN Vol. 51, julio -diciembre 1994; pág. 470.

¹⁶⁷ Una exposición detallada de las doctrinas de estas herejías, en: GOODY, *La evolución de la familia*, 1986, 215-221.

¹⁶⁸ GERPE, *La potestad*, 1970, 65-69; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso I*, 1987, 50 ss.

matrimonio da el Concilio de Trento, en su sesión VII de 3 de marzo de 1547, consagrada a los sacramentos de la nueva ley, en un documento de doce puntos, destacándolo como uno de los siete sacramentos¹⁶⁹ y ciñéndole una forma *ad validitatem*, en la sesión XXIV, a través del Decreto *Tametsi*¹⁷⁰, por cuya virtud dejó de ser un contrato consensual para convertirse en uno formal¹⁷¹.

3.3.2 LOS REGALISTAS

Cuando se proclamó públicamente la oposición religiosa a la sacramentalidad del matrimonio por parte de los protestantes, haciendo eco de tales enseñanzas, la doctrina de algunos teólogos y canonistas pretendió hacer notar una supuesta ilegitimidad del goce efectivo por parte de la Iglesia de una potestad absoluta sobre la institución matrimonial, mostrándose en favor de que dicha potestad pasase al poder estatal. De manera general, su postulado principal constituye una “*fórmula de compromiso*” entre las disposiciones conciliares de Trento y las tesis protestantes¹⁷².

¹⁶⁹ ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 124.

¹⁷⁰ CHELODI, *El derecho matrimonial*, 1959, 242.

¹⁷¹ FORNÉS, *Derecho matrimonial*, 1997, 97.

¹⁷² NAVARRO VALLS, Rafael (et al); “El matrimonio religioso ante el Derecho español”; en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª edic.; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1983; pág. 407.

3.3.3.1 ORÍGENES DE LA TESIS REGALISTA

El origen de esta enseñanza ha de buscarse en la tan mencionada escisión conceptual que los autores escolásticos, los del siglo XIV en especial, realizaron del matrimonio entre contrato y sacramento. Porque cuando esta distinción se hubo afianzado, se podría decir que, se produjo un repliegue del elemento religioso del matrimonio hacia el sacramento, de tal manera que el contrato, como segundo componente del mismo se vio desplazado de la participación sacra; así pues, el contrato de matrimonio dejó de ser tenido como continente de consideración religiosa y se le tuvo en cuenta sólo en cuanto parte integrante del sacramento.

Melchor Cano¹⁷³, autor que puede citarse como uno de los prohombres de esta tesis, expone dos ideas que influyen en la acuñación de la misma¹⁷⁴:

-Lo que constituye la forma del sacramento matrimonial son las palabras que conforme a la liturgia pronuncia el sacerdote, siendo en consecuencia éste el auténtico ministro de dicho sacramento.

-Si del contrato matrimonial se escinde la participación activa del sacerdote, ministro del sacramento, entonces ese matrimonio sólo es un contrato de orden civil puro y simple.

Resulta muy significativa la influencia que estas afirmaciones tienen para la conformación del regalismo, pues si se aprecia con detenimiento las dos afirmaciones fundamentales antes reseñadas,

¹⁷³ V. a mayor abundamiento: ADNÉS, *El Matrimonio*, 1973, 130; JEMOLO, Arturo Carlo; *Il matrimonio nel diritto canonico, dal concilio di trento al Codice del 1917*; Società editrice il mulino; 1993; pág. 69 ss.

¹⁷⁴ Sobre la siguientes ideas V. GERPE, *La potestad*, 1970, 73.

encontraremos en ellas las nociones básicas de dicho sistema. Al expresar que la forma del sacramento de matrimonio está en la actuación del ministro sacerdote que en dicha ceremonia interviene para bendecir la unión, excluye de la sacramentalidad a los matrimonios clandestinos, es decir que buena parte de los matrimonios existentes en aquellos días no se debían considerar como sacramentos. Su unión pervive por virtud de un contrato que se ha pactado entre los cónyuges, siendo cosa puramente secular: en ello va la separación de ese contrato, título por el que viven como un matrimonio, y el sacramento, que no se ha realizado por faltar la forma. En cuanto a la segunda tesis, si en el sacramento la forma juega un papel esencial, entonces, los matrimonios en los que no ha intervenido el sacerdote, ministro del mismo, son uniones ajenas al sacramento, son sólo contratos, pues la bendición sacerdotal es lo que legitima el matrimonio para ser un sacramento. El contrato solamente aporta la materia sobre la que se erige el sacramento.

Desde otra perspectiva, ya en 1516 Erasmo¹⁷⁵ en sus *Annotationes Novi Testamenti*, lanzó un ataque contra el matrimonio concebido como sacramento, mas esta tendencia continuaría desarrollándose en su obra “de la institución del matrimonio cristiano”, escrita diez años más tarde,¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Su crítica contra la consideración sacramental del matrimonio se aprecia a partir de tres aspectos. El primero de carácter histórico, puesto que la consideración del matrimonio como sacramento no fue conocida por la patristica, constituyendo algo de reciente aparición. El segundo elemento crítico reside en la interpretación de la Palabra Revelada, precisamente a partir del texto paulino de Ef. 5,33; en el que no se alude a la idea del matrimonio sino más bien a la unión de Cristo y la Iglesia. La tercera objeción de Erasmo se centra en el aspecto sistemático dado al matrimonio, en el cual pese al rigor que implica la indisolubilidad, se presenta junto a ello, una cierta permisividad; anulando de paso la autoridad paterna en materia matrimonial: ALVAREZ CAPEROCHIPI, Curso I, 1987, 47 ss.

¹⁷⁶ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 315 s, 353.

Con tales ideas, nos encontramos en terreno no lejano de la afirmación rotunda del regalismo: al matrimonio en cuanto contrato le corresponde ser normado y regido por la autoridad civil.

Pero además de estas ideas también contribuyó a la aparición de semejante doctrina la enseñanza matrimonial anti sacramental que acuñaron los reformistas, propugnando que la potestad sobre el matrimonio debería estar bajo regulación estatal.

Ya en el plano político, también se puede señalar como idea conformadora del sistema en cuestión, el esfuerzo del poder secular por despojar a la Iglesia del poder adquirido en la Edad Media, objetivo con el que pretendió centralizar bajo su dominio la totalidad de facultades reguladoras para así acrecentar su poder¹⁷⁷.

3.3.2.2 DESARROLLO DE LA DOCTRINA

3.3.2.2.1 DOCTRINA PRO ESTATALISTA

En la península itálica, hacia los primeros decenios del siglo XVI¹⁷⁸, se propone un sistema sobre la potestad que debe regir el matrimonio, que en su esencia pretende ser un híbrido entre la doctrina enseñada por los protestantes y los postulados tridentinos, siempre haciendo recaer una importancia mayúscula sobre la

¹⁷⁷ GERPE, La potestad, 1970, 69-76.

¹⁷⁸ V. para mayor abundamiento en las tesis de los autores de los siglos XVI y XVII: MOSTAZA RODRÍGUEZ, A; La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio en los autores de los siglos XVI-XVII; separata de Estudios, 1: Lex Ecclesiae, Salamanca, 1972.

distinción contrato y sacramento. Esta tesis sostiene que el matrimonio es un sacramento a la vez que un contrato de carácter natural y político; en consecuencia, la Iglesia tiene jurisdicción sobre el sacramento y al Estado corresponde su regulación en razón de ser un contrato civil. Se dice además que el contrato y el sacramento son realidades que perfectamente se pueden deslindar la una de la otra.

Finalmente, separa las actividades que siendo propias del matrimonio corresponden tanto al Estado como a la potestad eclesiástica, asignándole a esta última tan sólo la ordenación de las ceremonias litúrgicas de que se reviste la iniciación del vínculo y al Estado la regulación total de lo que es ínsito al contrato nupcial, ello abarca lo relativo a los impedimentos matrimoniales y su dispensa, la forma de contracción y el enjuiciamiento de las causas surgidas en ocasión del vínculo mismo.

Este sistema es presentado de una forma sistemática por Marco A. de Dominis¹⁷⁹. Expone este autor en su obra *De republica christiana contra primatum Papae*, publicada entre 1617 y 1622, que a pesar de constituir el matrimonio un sacramento, la regulación de lo que es atinente al contrato civil es actividad propiamente legítima del príncipe, porque es un contrato natural, humano y civil que no tiene nada de espiritual ni de sobrenatural¹⁸⁰.

Este tipo de ideas satisfizo enormemente a los galicanos de Francia, quienes se encargaron de hacer encajar en la realidad de algún caso dichas tesis, así por ejemplo, cuando Luis XIII declaró nulo el matrimonio que había contraído su hermano Gastón de

¹⁷⁹ Sujeto que según GERPE, *La potestad*, 1970, 69, tuvo una vida caracterizada por la contradicción y la inestabilidad, siendo jesuita, arzobispo de Spalato, Primado de la región de Dalmacia, apóstata anglicano, reconvertido bajo el pontificado de Gregorio XV, falleciendo encarcelado en el castillo de San Angelo acusado de nueva connivencia con los protestantes.

¹⁸⁰ RAVÁ, Adolfo, *Lezioni di diritto civile*, 1935, 62.

Orleáns con Margarita de Lorena, la incidencia de las tesis regalistas llevaron a la asamblea del clero, de 1635, a legitimar y justificar la decisión real de invalidar el vínculo contraído entre los mencionados sujetos¹⁸¹.

Otro autor de esta corriente es Jean Launoy. Su exposición parte de la idea de que el contrato y el sacramento en el matrimonio son cuestiones absolutamente separables. Establece que en la bendición del sacerdote reside la esencia del sacramento que a su vez presupone ya al contrato; no obstante, el contrato puede realizarse sin la concurrencia del sacramento porque es un contrato igual a cualquiera otro contrato que puede verificar una persona. Por tal razón corresponde al Estado, de manera exclusiva, la regulación de los impedimentos dirimentes y su dispensa¹⁸². Cercano seguidor de este autor es el belga Van Espen¹⁸³, quien desarrolla con mayor profundidad dicha tesis. En su obra *Ius ecclesiasticum universum* se expone que en el matrimonio, el contrato, que sirve de base al sacramento en su regulación, era competencia exclusiva del poder secular y que dicho aspecto contractual prevalecía sobre el sacramental¹⁸⁴.

Tal y como puede apreciarse, es una constante en los defensores de la potestad exclusiva del Estado sobre el matrimonio, el recurrir a la antigua distinción de contrato- sacramento.

¹⁸¹ GERPE, La potestad, 1970, 70.

¹⁸² GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 370.

¹⁸³ Una detallada exposición de su doctrina en CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 21-29.

¹⁸⁴ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 366-370; tamb. GONZÁLEZ DEL VALLE, José M; "El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma", ADC Enero- Marzo 1978; pág. 75ss.

A partir de estos ideales se conforman derivaciones que, tendiendo siempre a hacer partícipe al Estado en la regulación y juzgamiento de las causas matrimoniales, exponemos enseguida.

3.3.2.2.2 DOCTRINA DE LA DOBLE POTESTAD ECLESIAÍSTICA Y CIVIL EN EL CONTRATO MATRIMONIAL (CUMULATIVA)

Si en la antes expuesta teoría ni tan siquiera se admitía la existencia del sacramento del matrimonio, y se remitía la incidencia de la Iglesia sobre el matrimonio sólo al aspecto sacramental, los defensores de esta idea proclaman que, con relación al contrato por el que se contrae el vínculo conyugal, tanto la jurisdicción eclesiástica como la civil tienen cabida; en consecuencia ambos poderes están en la capacidad legítima de establecer impedimentos.

Asiéntase dicho postulado en la idea de que tanto el matrimonio de los bautizados como el de los infieles posee de suyo un carácter civil y, consecuentemente, al Estado le corresponde su regulación y el enjuiciamiento de las causas nacidas en ocasión suya; pero ese matrimonio, cuando se eleva a la dignidad de sacramento, entonces, por esa precisa razón, a la potestad eclesiástica también le corresponde la determinación de las normas propias y el juzgamiento de las controversias que en él se generan. Autores como Pedro de Soto y Vitoria, son artífices de estas ideas¹⁸⁵.

Así la obra de Pierre de Marca, arzobispo de notoria raíz galicana de Toulouse, en su *de concordia sacerdotii et imperii*, que escribió en 1641, antes de recibir las órdenes sagradas. Intento éste, similar al que llevara a cabo Gerbais en *Traité pacifique du pouvoir de*

¹⁸⁵ GERPE, La potestad, 1970, 79 ss. V. tamb. ADNÉS, El Matrimonio, 1973, 226.

l'église et des princes sur les empêchements de mariage (1690). Según esta obra la Iglesia legislaba por razón del contrato. Si una de esas leyes dejaba de observarse, la nulidad repercutiría tanto en el contrato como en el sacramento. Lo que implicaba reconocer a favor del Estado un poder sobre el sacramento y a la Iglesia un poder sobre el contrato¹⁸⁶. Se dice que esta tesis tiene su razón de ser en la necesidad del Estado de justificar, con el apoyo eclesiástico, su abierta rebeldía contra la potestad única de la Iglesia¹⁸⁷.

Las ideas expuestas por Launoy fueron aceptadas vigorosamente en el decenio que abarca los años 1750-1760 por Le Ridant en su *Examen de deux questions importantes sur le mariage concernant la puissance civile* (1753), y por Lorry, catedrático de Derecho en París, en sus *Recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement* (1760). Para Lorry entre el contrato y el sacramento existía un nexo indisoluble. El contrato es anterior. Existía entre los infieles. El contrato tiene su origen en la voluntad de los contrayentes; su consenso es la materia del contrato. A partir de estas premisas se deduce que los cónyuges por el otorgamiento de sus voluntades daban nacimiento al vínculo matrimonial, siendo pues, ministros de dicho sacramento; por su parte, al sacerdote se le asignaba la misión de custodiar la forma y la sustancia del sacramento, es así, el sacerdote una especie de ministro del dicho sacramento¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 31 s.

¹⁸⁸ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 372.

3.3.2.2.3 ASPECTOS LEGISLATIVOS DE LA EVOLUCIÓN DEL REGALISMO

La afirmación central de la tesis protestante sobre el matrimonio constituye un pretexto de índole religiosa para que el Estado reclame para sí el ejercicio jurisdiccional exclusivo sobre el establecimiento del vínculo conyugal de sus súbditos. Este impulso se nota en la evolución histórica legislativa de los acontecimientos relativos a la materia estudiada, protagonizada especialmente en los países en los que la reforma no tuvo eco, pues en los que los ideales protestantes triunfaron, los dirigentes de dicho movimiento religioso habiendo ocupado el lugar de la Iglesia desplazada por ellos, entregaron a manos del poder secular la totalidad de la jurisdicción matrimonial.

En los mencionados países de raíz católica, de una forma paulatina el poder estatal fue arrogándose facultades y derechos sobre la potestad de legislar y juzgar sobre el matrimonio. No obstante, esta circunstancia no representó, en un primer momento, injerencia estatal en materia del vínculo mismo.

Ejemplo de tal situación lo constituye Francia¹⁸⁹ y su legislación durante el *ancien régime*, que, a través de una serie de disposiciones emanadas del poder regio, las cuales poseían una naturaleza represiva, sin llegar a afectar la validez del vínculo, desembocó en la integración de una legislación de carácter mixto, en el que la legislación principal es la canónica, complementada por las disposiciones reales.

¹⁸⁹ Según la doctrina mayoritaria, en este país se inició el proceso secularizador: CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 9 s.

Así, en febrero de 1556, Enrique II emitió un edicto afectando a los matrimonios celebrados de forma clandestina, exigiendo la prestación del consentimiento paterno para la realización del matrimonio de los hijos varones hasta los treinta años y para las mujeres hasta los veinticinco. Prescribía además, la prevalencia de la voluntad del padre cuando surgiese una situación de desacuerdo y, una vez superada la edad prescrita para los hijos, exhortaba a los padres a incidir de manera respetuosa en la toma de decisión sobre el matrimonio¹⁹⁰.

La ordenanza de Blois, de 1579, constituye un complejo extenso de regulaciones en materia matrimonial. Afectaba las cuestiones relativas a las amonestaciones previas a la boda, siendo más rigurosas que las estipulaciones tridentinas, obligaba a la realización de tres amonestaciones, las cuales a su vez eran tenidas como condición de validez del matrimonio, aunque como ya se dijo, no determinaba como consecuencia la nulidad del matrimonio; exigía además que fuese celebrado el matrimonio por el párroco con la concurrencia de cuatro testigos; consideraba como rapto el matrimonio de los hijos menores de edad, para cuya realización, no hubiesen contado con el consentimiento de los padres¹⁹¹.

Un edicto de diciembre de 1606, pese a que consideraba legítimo el ejercicio jurisdiccional a los tribunales eclesiásticos, les obligaba a aplicar con severidad todo lo dispuesto por la ordenanza de Blois, de esta manera los jueces eclesiásticos pasaban a integrar las filas de los funcionarios Estatales vigilantes del cumplimiento de la legislación seglar¹⁹².

¹⁹⁰ POTHIER, Tratado, 1846, 157 s; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 355.

¹⁹¹ GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 356; POTHIER, Tratado, 1846, 157 s; COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 332.

¹⁹² POTHIER, Tratado, 1846, 157 s; GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 358.

Se obligó, a partir del texto de una ordenanza de enero de 1629, a que la celebración del matrimonio fuese celebrado ante el párroco de la misma localidad de los nupciales, bajo la amenaza de incurrir en multa el sacerdote que contraviniese dicha disposición. Además, la inobservancia de esta estipulación hacía devenir al matrimonio inválidamente contraído. Esto último despertó sospechas del clero en cuanto a la consideración de que sólo la Iglesia podía declarar inválido el vínculo, ante lo cual, a través del “estudio del caso” llevado a cabo por una comisión nombrada por el Rey, se determinó que la invalidez a que se aludía en el texto de la ordenanza, era relativa al contrato civil, por la facultad que en tales asuntos compete al Estado. Esta ordenanza no se aplicó nunca¹⁹³.

Pero las cosas fueron a más, el Estado buscó la manera de hacer una sutil incursión en el manejo de los instrumentos por los cuales poder declarar inválidos los matrimonios. Este fue el caso que se presentó en 1630; se trata del debate suscitado con ocasión de la boda secreta de Gastón de Orleáns, quien era hermano de Luis XIII, con Margarita de Lorena, hija del duque de Lorena; dicha boda fue anulada por petición del Rey al parlamento. Lógicamente que semejante acontecimiento provocó la protesta del Papa Urbano VIII, el Rey solicitó el consejo de la asamblea del clero, la cual, reunida cinco años más tarde, plegándose a los intereses estatales, y con el apoyo de teólogos de reconocido prestigio, dio la razón a la actuación parlamentaria aduciendo como principal argumento la distinción que en el matrimonio hay entre el contrato y el sacramento¹⁹⁴.

A causa de las continuas protestas del Papa, el estratega Richelieu adujo que no es lo mismo anular que declarar la no validez del matrimonio. En su razonamiento expresaba que si los tribunales

¹⁹³ GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 358.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

de la Iglesia tenían la potestad de declarar la disolución por nulidad, afectando con ello al sacramento, en cambio, el parlamento sólo declara que un matrimonio no ha sido válidamente contraído en relación con el contrato¹⁹⁵.

3.3.2.2.4 EL ASPECTO DOCTRINAL JURÍDICO¹⁹⁶

En lo relativo al desarrollo del fenómeno por el que el Estado arrebató a la Iglesia la exclusiva potestad sobre el matrimonio, hay un apartado dedicado a la aportación que al dicho fenómeno realizó la doctrina jurídica. Dentro de ese ámbito merecen ser destacadas las ideas propuestas por Pothier en su "*Tratado del contrato de matrimonio*" cuya publicación data de 1771.

En dicha obra, el autor expone la idea de que el matrimonio se constituye en sacramento sólo a partir del contrato que le sirve de base, por ello el Estado tiene por derecho propio la capacidad y la legitimidad de su regulación¹⁹⁷; defiende además tan acérrimamente

¹⁹⁵ *Idem*, 366.

¹⁹⁶ Se caracteriza especialmente por la incidencia de los ideales ilustrados sobre el iusnaturalismo jurídico. Así pues, la idea del contrato como categoría general del Derecho privado influyó incluso al Derecho público, como una "afirmación y defensa de los derechos naturales del hombre y del ciudadano frente al Estado", ubicando al principio "*pacta sunt servanda*" como base del nuevo derecho de gentes. Además, tales teorías inspiraron en gran manera la creación jurídica de los siglos XVII y XVIII: BALDASSARI, A; "Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente" en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000; pág. 34.

¹⁹⁷ V. a este respecto, CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, p. 32. Quien destaca a Pothier como el más brillante de los juristas galicanos, opinión que secundamos con las mismas palabras de dicho autor: "hay dos cosas en el matrimonio, el contrato civil entre el hombre y la mujer que lo celebran y el sacramento **añadido** a este contrato, y del cual es materia y base el contrato civil... el matrimonio en cuanto a sacramento es una cosa espiritual no sujeta por lo mismo a la autoridad civil..." (POTHIER, Tratado, 1846, 13) V. tamb. GAUDEMET, Jean; El matrimonio, 1993, 375ss. En esta cita de Pothier resulta notoria la influencia de la

la potestad civil que pese a reconocer que el matrimonio constituye un sacramento, después que dedica el capítulo II, artículo I de su obra, a mostrar la existencia de “*diferentes especies de matrimonios que podían contraer los ciudadanos romanos*”, en el artículo II esgrime con rotundidad que los impedimentos establecidos en la ley eclesiástica “*por sí solos y por sí mismos no podrán afectar más que al sacramento, y de ninguna manera al contrato civil*”¹⁹⁸.

Al igual que en casi todas las instituciones civiles, la aportación de la escuela del Derecho natural en el campo matrimonial es digna de ser destacada a los efectos de su planteamiento como contrato. Los autores de estas doctrinas entendieron el matrimonio a partir de las explicaciones de los romanistas, canonistas y teólogos, es decir lo tuvieron siempre como un contrato. Ejemplo de ello son las obras de Grocio¹⁹⁹, Thomasius²⁰⁰, Wolf, Heinecio²⁰¹ y Pufendorf²⁰² quienes así lo reflejan en sus escritos.

doctrina del contrato social propugnada por Rousseau sobre la familia, que se expresa claramente en el capítulo II de El contrato social (pág. 26 s. De El contrato social, edicomunicación S.A.; Barcelona 1998), con cuyo hecho se refuerza la idea de estrecha vinculación entre la doctrina matrimonial de los filósofos ilustrados y los juristas del Derecho Natural, en este sentido V. BONNECASE, Julien; La filosofía del código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia, traducción de José M. Cajica Jr., editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945; pág. 168s. También se destaca la influencia de la filosofía de Hobbes, lo cual se deduce de las ideas que informan la cita de Pothier: si el Estado, para él, constituye un producto de la voluntad de los miembros de la sociedad y ésta es la que le transfiere al soberano la facultad de ejercitar el poder superior, entonces ya la autoridad real no era otorgada por Dios, por lo cual ese mismo principio debe ser aplicado también en materia matrimonial y consecuentemente el poder civil tiene por derecho propio la facultad legislativa y jurisdiccional. (en este sentido V. HATTENHAUER, Conceptos, 1987, 137).

¹⁹⁸ POTHIER, Tratado, 1846, 8-17.

¹⁹⁹ “El derecho sobre las personas que procede del consentimiento, o viene de la asociación o de la sujeción. La máxima asociación natural está en el matrimonio”: Del Derecho de la guerra y de la paz, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, T. II, capítulos IV-XVI del libro segundo; Reus; Madrid; 1925; cap. V, VIII, 1,2; pág. 30 s.

²⁰⁰ V. Institutiones Jurisprudentiae divinae; Scientia Verlag Aalen; 1963, Liber III “fundamenta Juris naturalis”; Caput II “De officio hominis intuitu societatis conjugalis”

²⁰¹ “El matrimonio es una sociedad lícita, y la más sencilla de todas”: Elementos de Derecho Natural y de gentes de Heinecio, corregidos y aumentados por Mariano Lucas Garrido a los que añadió los de filosofía moral del mismo autor y traducidos al castellano por el bachiller

En el seno de la ciencia romanista se presentó, a partir del siglo XVIII, una resistencia a seguir concibiendo el matrimonio como un contrato y que se dijera que el matrimonio era un contrato en razón de la tradición devenida de Roma, expresada en los textos del Corpus. Así pues, se levantaron voces contrarias a la tesis contractual del matrimonio entre los que sobresalieron en este caso Heinecio y Glück²⁰³. Este último recordaba que los juristas romanos nunca habían considerado el matrimonio como contrato, que ello fue una inclusión que realizó la doctrina medieval. Y que si bien esta opinión era generalmente aceptada, la misma no resistía un análisis riguroso. En Roma, el matrimonio no creaba una obligación, a diferencia de los contratos. Y, en fin, los deberes morales que engendraba dicha institución, no podían ser reducidos a obligaciones jurídicas de derecho contractual²⁰⁴.

en leyes D. J.A. Ojea, T II; Imprenta de Verges; Madrid; 1837; capítulo II: “de los deberes que se deben observar en la sociedad conyugal” § XXV; p. 23; V. tamb. Título X “de las nupcias” en Recitaciones de Derecho civil de Juan Heinecio, traducción al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por D. Luis de Collantes y Bustamante, 3ª edic. T I. Impresora de Cabrerizo; Valencia; 1841; pág. 183: “En cuanto a la definición de las nupcias, de distinta manera la definen los doctores del Derecho natural, del canónico, del civil y del protestante. Derecho natural, unión de varón y de hembra dirigida a procrear hijos. Por derecho canónico las nupcias son un sacramento propio de los legos, por el cual el varón y la mujer se unen según los preceptos de la Iglesia; llaman a las nupcias sacramento, pues sabido es que los católicos establecen siete sacramentos entre los cuales cuentan al matrimonio... Por Derecho civil son las nupcias unión del varón y la hembra, consorcio de toda la vida y comunicación del Derecho divino y humano...”

²⁰² V. cap. I, libro VI, § XX “Nec minus acriter difceptatur haec quaestio, an iure naturali matrimonium fit societas solubilis, adeoque an eodem iure divortia fiant licita?”; cap I, § IIX “Quosque Circa matrimonium lex civilis difponere possit” in, PUFENDORF, Samuel L.B.A.; “De iure naturae et gentium” libri octo, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io. Nic. Hertii, Atque Io. Barbeyraci, T II, liber sextus; Ex officina Knochio-eslegeriana; Francofurti et Lipsiae; MDCCLIX; pag. 37, 15 et posterus.

²⁰³ Cfr. ORESTANO, La struttura giuridica, 1951, 45 ss.

²⁰⁴ GLÜCK, Commentario, XXIII, 1898, 143.

3.3.3 HACIA UN MATRIMONIO DE CARÁCTER MERAMENTE CIVIL

En los últimos decenios del siglo decimoctavo después de Jesucristo, seriamente cuestionada la tesis sacramental del matrimonio y siendo el poder estatal el principal promotor de un cambio de concepción sobre la legitimad que asistía a la Iglesia, respecto de la jurisdicción y la legislación matrimonial; es decir, pretendiendo medrar en cuanto a poder, a costa del despojo de dichas facultades eclesiásticas, se procuraba presentar al matrimonio como si fuese un simple contrato. Concepción que ha sido el fruto del lento y largo proceso que hemos descrito páginas atrás, cuyo triunfo definitivo constituyó uno de los productos mejor logrados del desorden provocado con ocasión de la revolución francesa, como se verá inmediatamente.

No obstante, la opinión contraria al poder eclesiástico en materia matrimonial hacía ya tiempo que había conseguido sus primeras victorias en los países en que triunfó el sectarismo protestante. Precisamente en Holanda y Frisia occidental, cuando a partir del 1 de abril de 1580 se impuso como obligatorio para todos los ciudadanos el matrimonio civil; ejemplo que en 1637 Cromwel quiso imponer en el Reino Unido²⁰⁵.

Siempre en Francia, el despojo sufrido por la Iglesia de sus facultades sobre el matrimonio de los cristianos no solamente constituyó una reacción más que manifestaba la adversa consideración hacia el poder eclesiástico, sino que fue además la cristalización de unos ideales que latían en la mente de los detentadores del poder secular, de los galicanos y teólogos regalistas

²⁰⁵ CARRIÓN OLMOS, Historia, 1977, 7; DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de; El matrimonio como contrato civil; separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Febrero de 1976; REUS S.A; 1976. Tamb. RGLJ, T. LXXII, 1976.

que desde hacía ya tiempo buscaban la manera de dar el golpe mortal a la jurisdicción eclesiástica a favor del poder estatal.

En tal contexto, el 12 de agosto de 1789, la constituyente creó un comité eclesiástico para que estableciese una normativa sobre el estado de las personas y, el 20 del mismo mes y año, se integró, con la participación de quince personas nombradas al efecto, una comisión, la cual previamente había propugnado por que se dejase en manos del Estado lo relativo al matrimonio. La Iglesia a través de los miembros del clero declinaron su participación en las discusiones de dicha comisión²⁰⁶.

En las discusiones sobre el tema aparecieron muy vivas y creíbles las tesis sostenidas por los autores galicanos, las cuales definitivamente inspiraron la solución final acordada y votada en la elaboración de la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791, en la cual se consideró que el matrimonio sólo es un contrato civil²⁰⁷.

Como un contrato más, asimilado a la venta y al arrendamiento²⁰⁸, aparecerá en los textos constitucionales franceses²⁰⁹, así será proclamado por el Código de Napoleón²¹⁰ trece

²⁰⁶ GAUDEMET, Jean; *El matrimonio*, 1993, 434 s.

²⁰⁷ DE FUENMAYOR, IC III, 1963, 276 ss; PLANIOL/RIPERT, *Tratado II*, 1939, 58 (n.1); ARIAS, *Derecho de Familia*, 1952, 78

²⁰⁸ “los redactores del código expresaron que el matrimonio difiere de los otros contratos, pero lo consideraron como un contrato”: BONNECASE, *La filosofía*, 1945, 168 s.

²⁰⁹ Tit.II, art.7: “La ley no considera el matrimonio más que como un contrato civil. El poder legislativo establecerá para todos los habitantes, sin distinción, los modos de hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones, y designará los funcionarios públicos que hayan de autorizar y conservar las actas”: COLIN, Ambrosio/CAPITANT Henry; *Curso elemental de Derecho Civil, T.I, Introducción, Estado civil, domicilio y ausencia*; traducción de la 2ª edición francesa por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con notas del derecho civil español por Demófilo de Buen, José Castán Tobeñas y José Mª. Castán Vázquez, 4ª edic. revisada y puesta al día por Pascual Marín; editorial Reus S.A; Madrid, 1975; pág.326.

²¹⁰ ESPÍN, *ADC julio- septiembre*, 1963, 784.

años después, y bajo esa identidad²¹¹ pasará a la mayoría de los códigos inspirados en éste²¹². Lo que no debe dejarse de mencionar es que realmente el llamado matrimonio civil constituye, en su regulación, una transcripción de la normativa canónica al texto de las leyes y códigos²¹³.

3.3.4 EL MATRIMONIO CIVIL

Ciertamente, se puede afirmar que el matrimonio civil²¹⁴ encuentra su fuente en la tesis regalista sobre el matrimonio contrato-sacramento de la cual puede bien considerarse como su cristalización. Es la amalgama resultante de la conjunción de las tesis adversas a la jurisdicción eclesiástica sobre la institución matrimonial y las corrientes teológicas, filosóficas y jurídicas que se alimentaron del ansia de traspasar al Estado la jurisdicción matrimonial a partir de la distinción entre contrato y sacramento²¹⁵
216.

²¹¹ ALONSO PÉREZ, AC 1998-1, 11, opina que a través del Código, Napoleón desembaraza a la institución familiar y por tanto matrimonial de los excesos jacobinos, preservando modelos del ancien régime en concurrencia con el nuevo modelo burgués.

²¹² Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M/ LEÓN ALONSO José; Lecciones de Derecho Civil, El Matrimonio; Facultad de derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, 20.

²¹³ GARCÍA CANTERO, AC 1993-3, 536; ROYO, Derecho, 1949, 26; PLANIOL/RIPERT, Tratado II, 1939, 53. Pero sólo dos elementos le separan del modelo propiamente canónico, la admisión del divorcio vincular y la irrelevancia de la consumación: NAVARRETE, REDCAN 51, 1994, 470; Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis; Familia, Matrimonio y divorcio; Astrea; Buenos Aires; 1998; pág.157

²¹⁴ Que nunca había sido conocido en occidente, según lo demuestra la historia: PERRONE; Del matrimonio civil, Opúsculo formado por la Librería religiosa, con base en la obra del autor Del Matrimonio Cristiano; Librería religiosa; Barcelona; 1859; 124-136.

²¹⁵ GERPE, La potestad, 1970, 131 s; NAVARRO VALLS, Rafael; El matrimonio, en: GONZÁLEZ DEL VALLE, José M/ LOMBARDÍA, Pedro/LÓPEZ ALARCÓN, Mariano/ NAVARRO VALLS, Rafael/VILADRICH, Pedro-Juan; Derecho Eclesiástico del Estado

No obstante, en la conformación del matrimonio meramente civil influye otro aspecto que se deriva de la concepción contractualista. Nos referimos a la excesiva importancia que al negocio contractual se otorgó dentro de las doctrinas jurídicas por la incidencia de la filosofía espiritualista, que finalmente inspiró el código napoleónico²¹⁷, por obra de Pothier, quien como vimos antes, además de reflejar en sus escritos la incidencia de la doctrina del contrato social de Rousseau, también deja entrever el pensamiento voluntarista de Main de Biran. Cuya idea filosófica básica la constituye la voluntad, idea que le lleva a parodiar a Descartes, cuando expresa que “*quiero luego existo*”. Esta premisa es la que motiva que conciba que el Derecho sólo tiene una función de protección del desarrollo de esa libertad que es ínsita del hombre, asegurando de tal manera la paz social²¹⁸. Este tipo de exabruptos son los que conducirán a afirmaciones como la de Foullé: “*quien dice contractual, dice justo*”²¹⁹.

español, 2ª edic. 1ª reimpresión; Ediciones Universidad de Navarra S.A.; Pamplona; 1983, pág. 407, En el mismo sentido GERPE GERPE, Manuel; La potestad del Estado en el matrimonio de Cristianos y la noción Contrato- Sacramento; Instituto “San Raimundo de Peñafort”, Consejo Superior de investigaciones científicas; Salamanca; 1970, pág.13; ALONSO PÉREZ, RDPRIV, LXII, febrero 1978, 14; KIPP/WOLFF, Tratado IV, 1, 1979, 13 ss.

²¹⁶ Irónicamente expone LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Estudios 1962, 255 y en IC II, 1962: “La institución del matrimonio civil es producto de la unión de dos fuerzas que en su indigencia se atraen recíprocamente desde su misma génesis histórica: la tendencia absolutista del estado moderno y el fenómeno social de división religiosa provocado por la reforma protestante”

²¹⁷ Por ello se ha dicho que la codificación napoleónica, hunde sus raíces en el “humus” del campo del iluminismo del setecientos, siendo así, manifestación de un iusnaturalismo meditado sobre bases diversas: TODSCAN, Franco; Le radici Teologiche del giusnaturalismo laico II; Giuffrè; Milano; 1987; pág. 9.

²¹⁸ Ante semejante concepción ha dicho LEGAZ Y LACAMBRA, Filosofía del Derecho, 1979, 750, que, “el error del individualismo consiste en considerar todas las instituciones jurídicas y la comunidad internacional, exclusivamente *sub specie societatis* y, por tanto, bajo la figura jurídica del contrato”.

²¹⁹ BONNECASE, La filosofía, 1945, 190-195.

4 REFERENCIA LEGISLATIVA ACTUAL SOBRE EL MATRIMONIO

Con los antecedentes arriba presentados, mostramos que el matrimonio a partir de la codificación francesa ha sido ubicado dentro de los textos legales como un contrato. Y en razón de ello, los códigos que en el mismo se inspiran con mayor o menor claridad, remiten al intérprete a la idea contractual como subyacente en dicha institución. No obstante, dicha caracterización podría tener otra lectura si el análisis de los mismos se realiza con rigor científico a la luz de la moderna doctrina civilista.

En tal sentido, exponemos las ideas generales y comunes que se pueden extraer de la lectura de las normas relativas al matrimonio y que se encuentran en los corpus de los códigos Civiles español, francés, italiano, portugués, como representantes del entorno latino europeo y el código civil de Nicaragua, como muestra del alcance transfronterizo, o quizá transcontinental, de la idea primera sobre la naturaleza jurídica del matrimonio.

Advertimos que esta referencia legislativa, quizá la única que contiene esta tesis, no pretende tener un carácter exhaustivo, sino más bien quiere ser una referencia que completa este capítulo de generalidades y a la vez, proporciona pautas sobre la posible apreciación del matrimonio como un negocio jurídico del Derecho de familia, por lo cual no encuentra cabida lógica dentro de los esquemas contractuales.

4.1 IDEAS GENERALES

La función esencial de la voluntad de los cónyuges, en la constitución del vínculo matrimonial, resulta ser la columna que sostiene todo el entramado legislativo del matrimonio. Así, la voluntad resulta ser el elemento a través del cual los sujetos de la relación conyugal dan vida a dicha relación jurídica, lo cual resulta lógico, puesto que teniendo todo el Derecho matrimonial como antecedente histórico a la correspondiente doctrina canónica, se comprende bien que dicho elemento goce de tal rango dentro de la estructura de los conceptos pertenecientes al matrimonio como realidad juridizada²²⁰.

De la lectura de los textos codificados se infiere, además, que el matrimonio se funda sobre la voluntad o consentimiento prestado por cada uno de los cónyuges en el acto por el cual dan nacimiento al vínculo matrimonial, pero que esa voluntad resulta tan importante, como en todo negocio jurídico, hasta el grado de especificar una casuística en torno a las posibles circunstancias que podrían afectar la libertad personal expresada en la emisión del dicho consentimiento. En tal sentido, se cuida en primer lugar la edad de los sujetos²²¹, que al igual que en los negocios jurídicos de carácter

²²⁰ Cfr. Los códigos Civiles, español, francés, italiano, portugués y nicaragüense, en este orden las citas son: “*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*” (arto. 45); “*No hay matrimonio cuando no hay un consentimiento*” (arto. 146); “*el matrimonio puede ser impugnado por el cónyuge que aun cuando no declarado judicialmente, pruebe haber sido incapaz de entender o de querer, por cualquier causa, igualmente transitoria, al momento de la celebración del matrimonio*” (arto.120); “*Matrimonio es el contrato celebrado entre dos personas de sexo diferente...*” (arto. 1577), “*La voluntad de los cónyuges sólo es relevante cuando es manifestada en el propio acto de celebración del matrimonio*”(arto. 1617); “*Al principiarse el acto y a presencia de dos testigos, el juez preguntará a los contrayentes si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; y asintiendo, les dirá enseguida: quedáis unidos en matrimonio*” (arto. 127).

²²¹ V. artículos: 46. 1, Código Civil español (“*No pueden contraer matrimonio:1º Los menores de edad no emancipados*”); 144 del Código Civil francés (“*El hombre antes de los dieciocho años cumplidos, la mujer antes de quince años cumplidos, no pueden contraer*

patrimonial han de tener una edad que les permita el discernimiento de la trascendencia de sus actos, además de la capacidad para cumplir uno de los más importantes cometidos del matrimonio como lo es la procreación. En segundo término se pueden citar las disposiciones tendentes a evitar el atentado contra el estado civil²²² y por último se puede apreciar una preocupación por sancionar la celebración del matrimonio usando engaño, coacción o violencia, es decir los típicos y ya conocidos vicios del querer²²³.

matrimonio"); 84 del Código Civil italiano ("los menores de edad no pueden contraer matrimonio"); 1601 del Código Civil portugués ("Son impedimentos dirimentes...a) La edad inferior a dieciséis años"); 101 del Código Civil nicaragüense ("Son hábiles para contraer matrimonio el varón que ha cumplido quince años y la mujer que ha cumplido catorce").

²²² V. artículos: 46.2, Código Civil español ("No pueden contraer matrimonio: 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial"); 147 del Código Civil francés ("No se puede contraer un segundo matrimonio antes de la disolución del primero"); 86 del Código Civil italiano ("No pueden contraer matrimonio quienes estén vinculados por un matrimonio anterior"); 1601, c del Código Civil portugués ("Son impedimentos dirimentes, obstando el matrimonio de la persona a quien conciernen con cualquier otra:...c) El matrimonio anterior no disuelto, católico o civil, aunque el respectivo asiento no haya sido realizado en el registro del estado civil"); 110 del Código Civil nicaragüense ("Son impedimentos absolutos: 1º El de la persona que está ligada por un matrimonio anterior").

²²³ V. artículos: 73, 1º, 4º, 5º; ("Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 4º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento. 5º El contraído por coacción o miedo grave. o pueden contraer matrimonio: 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial") Y 76 Código Civil español, ("En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio"); 180 del Código Civil francés ("El matrimonio que haya sido contraído sin el consentimiento libre de los esposos, o de uno de ellos, no podrá ser impugnado por los cónyuges, o por el que de ellos no hubiere emitido su consentimiento libremente. Si existe error en la persona, o en sus cualidades esenciales, el otro cónyuge puede demandar la nulidad del matrimonio"); 122 del Código Civil italiano ("El matrimonio puede ser impugnado por el cónyuge cuyo consentimiento haya sido arrancado con violencia o determinado por un temor de excepcional gravedad derivada de una causa externa al mismo. El matrimonio puede ser impugnado por el cónyuge cuyo consentimiento es otorgado por efecto de error sobre la identidad de la persona o error esencial sobre cualidades personales del otro cónyuge.."); 1631, 1634 y 1635, del Código Civil portugués ("Es anulable el matrimonio: b. Celebrado por parte de uno o de ambos cónyuges, con falta de voluntad o con una voluntad viciada por error o coacción"), ("La declaración de voluntad, en el acto de celebración, constituye presunción no sólo de que los cónyuges desean contraer matrimonio, sino de que su voluntad no está viciada por error o coacción."), ("El matrimonio es anulable por falta de voluntad: b. Cuando el cónyuge estuviese en error acerca de la identidad física del otro contrayente. c. Cuando la declaración de voluntad haya sido arrancada por coacción física. d. Cuando haya sido simulado"); 195 del Código Civil nicaragüense ("La nulidad de los matrimonios por la existencia de cualquiera de los impedimentos relativos enumerados en

Otro hecho que creemos pertinente destacar, de esta lectura de códigos, es la idea que late en todos ellos de que el Estado es quien tiene la facultad de otorgar el status propio de los sujetos que han celebrado un acto matrimonial. Es decir, que el Estado es, en atención al orden público que implica el estado civil, quien regula el otorgamiento legal del estado civil de casados a los sujetos de dicha relación, a efectos de cuya prueba y legitimación jurídica, en todos estos códigos, se hace alusión directa a la inscripción del acta matrimonial elaborada por el representante del Estado ante quien se celebra el acto jurídico, en el correspondiente registro²²⁴.

Por último podemos clasificar los códigos mencionados entre los que consideran al matrimonio como un contrato y aquellos que no llegan a realizar ninguna afirmación sobre su pertenencia a ninguna categoría general, pero que de su articulado y las expresiones en ellos utilizados se deduce que el legislador tiene al matrimonio como un contrato. Lógica consecuencia en razón de que, como ya hemos dicho, las leyes citadas tienen evidentemente influencia francesa.

Dentro del primer grupo puede citarse los Códigos portugueses²²⁵ y el nicaragüense²²⁶. Dentro del segundo, los Códigos español²²⁷, francés²²⁸ e italiano²²⁹.

el artículo 111 –arto.111: Son impedimentos relativos: 1º El de error en la persona, violencia o miedo grave- puede demandarse en el caso primero, por el contrayente víctima del error, violencia o miedo grave”).

²²⁴ V. en este sentido, arts. 61-65, Código Civil español; art. 165 del Código Civil francés; art. 130 Código Civil italiano; arts. 1618, 1, 1628 del Código Civil portugués; arts. 95, 116, 127 del Código Civil nicaragüense.

²²⁵ *“Matrimonio es el contrato celebrado entre dos personas de sexo diferente que pretenden constituir una familia mediante una plena comunión de vida, en los términos dispuestos por este código” (arto. 1577).*

²²⁶ *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida, y tiene por objeto la procreación y el mutuo auxilio” (arto.94).*

²²⁷ *“La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración” (arto. 42); “El hombre y la mujer*

tienen derecho a **contraer** matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”(arto. 44), entre otros.

²²⁸ “*El hombre antes de los dieciocho años cumplidos, la mujer antes de quince años cumplidos, no pueden contraer matrimonio*” (arto. 144); “*El matrimonio **contraído** en país extranjero entre franceses y entre francés y extranjero será...*” (arto. 170), entre otros.

²²⁹ “*La promesa de matrimonio no obliga a **contraerlo** ni a realizar lo que se hubiese dispuesto para el caso de su incumplimiento*” (arto. 79); “*El matrimonio **contraído** en contravención al artículo 84...*”, entre otros.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

1 INTRODUCCIÓN

Como se pudo apreciar en el capítulo anterior, la concepción de la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato obedece a poderosas razones históricas y doctrinales que en su conjunto pueden apreciarse desde una doble vertiente.

En primer término, la construcción dogmática que del instituto matrimonial realizó la Iglesia, quien le dio el tratamiento a través del cual se constituyó lo que en nuestro tiempo conocemos como tal figura¹. A dicha construcción dogmática se llega a través de la síntesis de la tradición que la Iglesia había conservado desde los tiempos del imperio romano de occidente con la afirmación hecha por los romanistas –cuya ciencia empezó su andadura a partir del período llamado de recepción del Derecho romano²- de que en Roma

¹ Se sostiene la total libertad de las personas a los efectos de contraer matrimonio, lo que provoca una reafirmación del consensualismo y por ende el origen dogmático del matrimonio como contrato. Esto en aras de lograr una equiparación entre hombre y mujer: MIZRAHI, Mauricio Luis; *Familia, Matrimonio y divorcio*; Astrea; Buenos Aires; 1998; pág. 155. En el mismo sentido: RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino; “Filosofía de la familia”, RGLJ, T. XL, marzo de 1960; 367 s.

² V. respecto de la recepción: ROSAS BENÍTEZ, Alberto; *Proyección histórica del Derecho*, Vol. IV, *Regreso medieval del Derecho romano*; Guadalajara, México; editorial hexágono; 1996; págs.41-51; PESET, Mariano/MORA, Adela/FERRERO, Remedios/CORREA, Jorge/GARCÍA, Pilar/PALAO, Javier; *Historia del Derecho*; Artes gráficas Soler S.A.; Valencia; 1989; pág. 129; PARICIO, Javier/FERNÁNDEZ BARREIRO, A; *Historia del Derecho Romano y su recepción*; Centro de Estudios Ramón Areces S.A; Madrid; 1995; pág. 211; COING, Helmut; *Derecho Privado Europeo I*, trad. Antonio Pérez Martín; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1996; pág. 33; CLAVERO, Bartolomé; *Curso general de historia del Derecho I*, Institución histórica del Derecho; Marcial Pons ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992; pág. 35.

el matrimonio constituyó un contrato consensual³, síntesis que en su realización abarca varias centurias, más concretamente del siglo IX al XIII⁴ ⁵.

La consideración del matrimonio romano como contrato consensual, como se dijo en el capítulo anterior, fue aceptada sin reproche alguno durante varios siglos por la doctrina⁶, hasta que tras un más atento y profundo análisis de los textos, y a merced de la evolución de las concepciones dentro del campo del Derecho romano, se cuestionó seriamente dicha posición –siglo XIX⁷–, determinándose en consecuencia que el matrimonio no constituyó un contrato, puesto que para el Derecho de Roma no fue elemento de especial atención en razón de la fuerte influencia que en dicha institución tuvo el elemento libertad; sino, más bien fue considerado como un hecho social⁸.

La otra gran aportación a la construcción de la concepción del matrimonio como contrato se encuentra, como no podía ser de otra

³ NÚÑEZ PAZ; María Isabel; Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma; ediciones Universidad de Salamanca; Salamanca; 1988; pág. 55.

⁴ GARCÍA GÁRATE, Alfredo; Aportaciones de la doctrina canónica al principio consensual del matrimonio romano; (tesis doctoral inédita); 1979; pág. 81; AZNAR GIL, Federico, La institución matrimonial en la hispania cristiana bajo medieval (1215-1563); Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca; Salamanca; 1989; pág. 11.

⁵ LE PERA, Sergio; La Naturaleza Jurídica; ediciones Panedille; Buenos Aires; 1971; pág. 34, nos da cuenta de la fecha de la recepción del derecho romano (s.XII) y una de las obras que de manera eficaz contribuyó a su difusión del mismo, la Vulgata del Digesto de Justiniano (1070-1100), por Iherio. Además nos enseña que a esta parte de la historia corresponde el inicio de lo que se denomina “mos italicum”.

⁶ TORRENT, Armando; Manual de Derecho privado romano; Librería Central S.A; Zaragoza; 1987; pág. 530; ROBLEDA, Olís S.J; El matrimonio en derecho romano, esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad; Librería editrice Universita Gregoriana; Roma; 1970; pág.72.

⁷ GARCÍA GÁRATE, Aportaciones, 1979, 85.

⁸ En el cual la *affectio maritalis* o voluntad de ser marido y mujer juega un papel fundamental para el matrimonio, pues como dice DAZA/RODRÍGUEZ, Instituciones, 1997, 393, “la sociedad conyugal se ha configurado sobre la base de una convivencia continuada fundada en la voluntad recíproca del marido y de la mujer”.

manera, en la filosofía racionalista⁹ que encumbrando a la voluntad humana, le atribuye el carácter de ser causa de la realidad social, incluido el Derecho y, por ende, también del matrimonio¹⁰.

El último acontecimiento traído a estas páginas, sobre esta contractualización del matrimonio, era la positivización de dicha concepción por obra de la codificación napoleónica y su extensión, a través de los códigos en él inspirados.

Consecuencia lógica de tal consagración legislativa, es el hecho de que la doctrina civilista que se desarrolla en el período post-código, cuando se refiere a la ubicación del matrimonio dentro del sistema del Derecho civil, lo ubica dentro de la categoría contractual, atribuyéndole así, los mismos caracteres que reviste éste¹¹. Este es el criterio que sigue, incluso hasta muy recientes fechas, alguna parte de la doctrina, a pesar de los avances en la delimitación conceptual experimentada por la doctrina del contrato.

2 NATURALEZA JURÍDICA, MATRIMONIO Y CONTRATO

Según señalamos en la introducción de esta tesis, la elucidación de lo que constituye la naturaleza jurídica del

⁹ Cuyo más antiguo antecedente se encuentra en el pensamiento pitagórico, a principios del s. VI a.C. Su desarrollo en la época moderna tiene lugar a partir del s. XVI d.C., reforzada de manera decisiva por las tesis que Descartes sostiene en su obra "El discurso del método": cfr. Enciclopedia Hispánica, Vol. XII; Encyclopaedia británica publishers inc; Kentucky; 1990; pág. 210 s.

¹⁰ FOSAR BENLLOCH, Enrique; "El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El Vínculo matrimonial ¿es disoluble?", RCRITDI, T. LII, septiembre-octubre 1976, 1097.

¹¹ RAMÍREZ MAC GREGOR, Carlos; El matrimonio, estudio histórico y de Derecho comparado, 1ª edición; Editorial REUS S.A; Madrid; 1930, 77.

matrimonio, como objeto principal de este trabajo investigativo, pasa necesariamente por aplicar al análisis que implica tal determinación, el concepto de lo que es la naturaleza jurídica.

En consecuencia, a partir de este momento, haremos el desarrollo de tales ideas, en el sentido de que ante la opinión tradicional de que la naturaleza jurídica del matrimonio está dada por el contrato, conviene examinar dicha opinión presentando primero lo que es un contrato, es decir, exponiendo la teoría que lo explica, para luego confrontar dicha doctrina con los rasgos definidores del matrimonio, de tal manera que a partir de dicha comparación pueda deducirse el encaje del matrimonio en los esquemas contractuales, que necesariamente debe resultar, para que se pruebe que el matrimonio es un contrato, o bien demostrar que el matrimonio, al no poder ser explicado a partir de la realidad contractual, no le corresponde esta ubicación, y por ende que no es esta su naturaleza jurídica.

Reiteramos pues, que afirmar que la naturaleza jurídica del matrimonio está dada por la figura contractual equivale a sostener que el matrimonio participa perfectamente de todas las características de esa figura abarcante, que la subsume dentro de sí perfectamente, que le comunica sus propias reglas y que la explica con claridad meridiana a través de sus propias especificidades técnicas. En suma, significa decir que el matrimonio es un contrato¹², tal y como lo afirmó la canonística medieval y por conveniencia política aceptara la codificación napoleónica.

¹² PUIG BRUTAU, José; Fundamentos de Derecho Civil, T. IV, 2ª edición, Familia, Matrimonio, Divorcio, filiación, patria potestad, tutela; Bosch casa editorial, S.A; Barcelona; 1985; pág. 13, 15: “fundado en el consentimiento de los contratantes” “es un contrato formal que debe ser concluido en la forma prescrita por la ley”; LEHMANN, Heinrich; Derecho de Familia, Vol. IV, Traducción de la 2ª edición alemana por José Mª Navas; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1953; pág. 43: “El matrimonio es una unión contractual entre marido y mujer...”; COLIN, Ambrosio/ CAPITANT Henry; Curso elemental de Derecho Civil, T.I, Introducción, Estado civil, domicilio y ausencia; traducción de la 2ª edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas

3 LA TEORÍA CONTRACTUAL

3.1 NOCIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO

Converge la doctrina civilista en que el contrato es el instrumento más “*eficaz y fecundo del tráfico jurídico*”¹³ patrimonial,

del derecho civil español por Demofilo de Buen, José Castán Tobeñas y José M^a. Castán Vázquez, 4ª edic. revisada y puesta al día por Pascual Marín; editorial Reus S.A; Madrid, 1975; pág. 319 s: “El matrimonio es el contrato civil y solemne...” “Decimos que el matrimonio es un contrato...”; POTHIER, Tratado, 1846, 7: “El matrimonio es un contrato revestido de las formalidades que la ley prescribe...; DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso; Instituciones de Derecho Civil T.II, Derechos reales y Derecho hipotecario, Derecho de familia y Derecho de sucesiones, revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y José León Alonso; editorial Civitas S.A; Madrid; 1988; pág. 386: si lo consideramos en un sentido más amplio, como sinónimo de negocio bilateral, no existe duda de que el matrimonio es un contrato”; GANGI, Calogero; Derecho Matrimonial, trad. del italiano por Miguel Moreno Hernández; Aguilar; Madrid; 1960; pág. 35: “es un contrato formal o solemne...”; RAMOS OREA, Tomás; La esencia negocial del matrimonio, tesis doctoral inédita, 1979, pág. 177: “el matrimonio es un contrato o negocio jurídico ...”; LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; Elementos de Derecho Civil T.IV, Derecho de Familia, 4ª edición; José M^a. Bosch editor; Barcelona; 1997; pág.64: “ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen establecidas de modo inderogable ...no le priva de naturaleza contractual...”; MARTÍNEZ BLANCO, Antonio; Dimensión Jurídica del matrimonio con especial referencia a la Constitución española, en Derecho y proceso, estudios jurídicos en honor del profesor A. Martínez Bernal; Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones; 1980; pág. 435: “el matrimonio se presenta para los juristas como un verdadero contrato”; DUALDE GÓMEZ, Joaquín; “Los imperativos contractuales”; ADC Enero- Marzo, 1949; pág. 527 s. Del mismo autor., Concepto de la causa de los contratos (la causa es la causa); Bosch casa editorial; Barcelona; 1949; pág. 128: “el matrimonio sólo tiene la cáscara de contrato voluntario y realmente es un contrato imperativo”; CIMBALI, Enrico; La nuova fase del diritto civile dei rapporti economici e sociali, 4ª edic. Unione tipografico editrice torinese; Torino; 1907; págs. 89 s: “matrimonio contrato personal y social al mismo tiempo”; BARBERO, Domenico; Sistema del Derecho Privado, T. II, Derecho de la personalidad, derecho de Familia, Derechos reales; traducido por Sentis Melendo Santiago; ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1967; pág.39: “ el contrato personal de matrimonio, reducido a sus términos esenciales, se puede definir así: declaración voluntaria de un hombre y una mujer de quererse tomar recíprocamente como marido y mujer”.

¹³ OSSORIO MORALES, Juan; “Notas para una teoría general del contrato”, RDPRIV, diciembre 1965; pág. 1072, en este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, en, BETTI, Emilio; Teoría General del Negocio Jurídico; traducción de A. Martín Pérez, con estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez; Comares; Granada; 2001; pág. XXV; PELLICANÒ, Aldo; Causa del contratto e circolazione dei beni; Dott. A. Giuffrè; Milano; 1981; pág. 66 ss.

la principal forma de regulación de intereses entre particulares y capital fuente de las obligaciones¹⁴.

El contrato constituye una figura tributaria del negocio jurídico, y precisamente del negocio jurídico bilateral¹⁵, del cual resulta ser una especie¹⁶; delimitar sus contornos implica realizar

¹⁴ DORAL GARCÍA, José A; El contrato como fuente de obligaciones; Eunate; Pamplona; 1993; pág. 17; en este sentido, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; Filosofía del Derecho, 5ª edic. revisada y aumentada; Bosch; Barcelona; 1979; pág. 747, opina que “el contrato, como fundamento y forma de la obligación, constituye acaso la categoría fundamental de la libertad jurídica”.

¹⁵ “El negocio jurídico bilateral se llama con un término más usual contrato”: WINDSCHEID, Bernardo; Diritto delle pandette; traduz. Carlo Fadda e Paolo E. Bensa; Vol. 1º; Unione Tipografico-editrice torinese; Torino; 1930.

¹⁶ V. LACRUZ BERDEJO José Luis/SANCHO REBULLIDA Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; Elementos de Derecho Civil I, Parte general, vol. III, Derecho subjetivo. Negocio jurídico; Dykinson; Madrid; 1999; pág. 233: “el contrato, por haber dos partes, es siempre bilateral” PUIG I FERRIOL, Lluís/GETE-ALONSO Y CALERA, Mª. del Carmen/GIL RODRÍGUEZ, Jacinto/HUALDE SÁNCHEZ José Javier; Manual de Derecho Civil II; Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato, 2ª edic. Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales; Madrid- Barcelona; 1998; pág.530 s: “Negocio jurídico bilateral: es el que está formado por dos partes y que contiene más de una declaración de voluntad. Su esencia se encuentra en el acuerdo de voluntades de las partes intervinientes. La figura más representativa es el contrato, pero también lo es el matrimonio”; DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis /GULLÓN, Antonio; Instituciones de Derecho Civil; Vol. I-2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones: Contratos en especial, Cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extra contractual; Tecnos; Madrid; 1998; pág. 23: “el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral”; ALBALADEJO, Manuel; Compendio de Derecho Civil; Bosch; Barcelona; 1997; pág. 113: “Proceden de varias partes, p. Ej; todos los contratos...”; SCOGNAMIGLIO, Renato; Teoría general del contrato, 2ª reimpresión, trad. de Fernando Hinestrosa; Universidad Externado de Colombia; Bogotá; 1996; pág. 13: “la del contrato, que representa sólo una especie del género negocio: el acto bilateral... de contenido patrimonial; DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN; Luis; Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial; T. I, Introducción, Teoría del Contrato, 5ª edic; Civitas; Madrid; 1996; pág.122, 201: “Se puede aplicar la idea de contrato para designar a todos los negocios jurídicos bilaterales” “Por contrato se entiende el negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial”; GARCÍA AMIGO, Manuel; Teoría general de las obligaciones y contratos; Lecciones de Derecho Civil II; Mc. Graw Hill; Madrid; 1995; pág. 119: “el contrato es, en todo caso, un negocio jurídico, al menos bilateral”; RUÍZ, Mario; “El negocio jurídico”, cap.VII de: DE LUCAS, Javier/AÑÓN, Mª José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Fancisco/MARTÍNEZ Blanca/RUÍZ, Mario/VIDAL, Ernesto; Introducción a la teoría del Derecho, 2ª edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 229 s: “Los negocios jurídicos pueden ser, por lo tanto, simples o formados por una sola declaración de voluntad, como sucede con un testamento, o complejos, es decir, compuestos por dos o más declaraciones de

voluntad diferentes, cuyo ejemplo paradigmático son los contratos”; PÉREZ FERNÁNDEZ, Bernardo; *Contratos Civiles*, 2ª edición; Porrúa; México D.F.; 1994; pág.5 s: “Entre los negocios jurídicos, los hay... o bilaterales como el contrato...”; DORAL GARCÍA, El contrato, 1993, nota 2, pág. 18, alude a esta misma idea; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, T.II, los contratos; edita el autor; Madrid; 1992; n.l: “Al lado del contrato como negocio jurídico bilateral existen otros negocios bilaterales...”; LETE DEL RÍO, José M; *Derecho de obligaciones*, Vol. II, el contrato en general. Cuasicontratos, enriquecimiento sin causa, Responsabilidad extracontractual; Tecnos; Madrid; 1989; pág. 19: “en un sentido amplio, la noción de contrato se identifica con la de negocio jurídico bilateral”; PUIG BRUTAU, José; *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, *Doctrina general del contrato*, 3ª edición; Bosch; Barcelona; 1988, pág. 10: “todo contrato es un negocio jurídico bilateral”; MESSINEO, Francesco; *Doctrina general del contrato*, traducción de R. O fontanarrosa/S. Sentís Melendo/M. Volterra; T. I; Ediciones Jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1986, pág. 40: “el contrato constituye la figura más importante y más frecuente de negocio jurídico bilateral”; OSSORIO MORALES, Juan; *Lecciones de Derecho Civil, obligaciones y contratos*, parte general, 2ª edición puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano; Comares; Madrid, 1986; pág.175: “El contrato, en cuanto constituye un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, es un negocio jurídico bilateral”; BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, vol. III, *il contratto*; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 2000; pág. 2: “El contrato se ubica dentro de la más amplia categoría del acto de autonomía privada o negocio jurídico”; DORAL, José Antonio/DEL ARCO, Miguel Angel; *El negocio jurídico*; Trivium; Madrid; 1982; pág. 65.: “Son negocios bilaterales los contratos...”; TENORIO MACÍAS, Pedro; “Negocio jurídico”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, dirigida por Buenaventura Pellicé Prats; T. XVII; Editorial Francisco Seix; Barcelona; 1982; pág. 249: “Esto se constata en la doctrina cuando define como una clase distinta al negocio bilateral, que claramente incluye el amplio repertorio de los negocios contractuales”; GARCÍA PADRÓN, Manuel; *La causa de los contratos en el Código Civil español (tendencias actuales)*; publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife; Santa Cruz de Tenerife; 1979; pág.12: “referiremos la causa en manera exclusiva a los contratos...si bien ellos sean una clase, y muy importante, de los negocios jurídicos plurilaterales y de contenido patrimonial”; LARENZ, Karl; *Derecho Civil*, parte general; trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea; Edersa; Madrid; 1978; pág. 429: “Los contratos son negocios jurídicos en cuya celebración participan necesariamente varias personas dos de ellas por lo general”; ARECHEDERA ARANZADI, Luis Ignacio; *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*; editorial Montecorvo; Madrid; 1978: “negocio jurídico bilateral que es el contrato”; GALGANO, Francesco; “Negozio giuridico (dottrine generali)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, T. XXVI, *Morale- Negozio*; Giuffrè Editore; Padova; 1977; pág.934; BETTI, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico*; traducción de A. Martín Pérez; Madrid; Editorial revista de Derecho Privado; s/f., pág.225: “El negocio (bilateral...)con intereses contrapuestos es el contrato”; STOLFI, Giuseppe; *Teoría del negocio jurídico*, trad. Jaime Santos Briz; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1959; pág. 52: “negocios bilaterales... son los que se fundan en el cambio de consentimientos de dos o más partes, es decir las convenciones...tanto si son de ... como si tienen carácter patrimonial como, según el art. 1321 i. f, los contratos”; ALBALADEJO, Manuel; *El negocio jurídico*; Librería Bosch; Barcelona; 1958; pág. 76: “ proceden de varias partes, por ejemplo, todos los contratos”; OSTI, Giuseppe; “Contratto” en: *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, dirección de Antonio Azara e Ernesto Eula; Unione Tipografico-Editrice Torinese; Torino; 1957; pág. 470: “ El contrato es un negocio bilateral”; Por su parte, CARIOTA FERRARA, Luigi; *El negocio jurídico*; traducc. Prólogo y notas de Manuel Albaladejo García, Aguilar, Madrid;1954, 134, matiza la anterior idea agregándole el contenido patrimonial como elemento de distinción: “Entre los negocios bilaterales se llaman “contratos”, sin más aditamento o calificación, precisamente aquellos negocios

una revisión en torno a dos patrones fundamentales a saber, uno formal, que alude a la indagación de la posición efectiva en la cual se encuentran las voluntades que generan el contrato, en atención a los intereses que a partir de ella pretenden ser satisfechos para las partes. Otro, su contenido, que atiende precisamente a la función económica y social que el contrato desempeña en el tráfico y a los efectos inmediatos que a través del mismo pueden obtenerse. También es conveniente tener muy presente, para poder afirmar que un acto jurídico constituye contrato, que este debe estar basado en un acuerdo de voluntades, pero no en cualquier acuerdo de voluntades, sino, en el que reviste intereses contrapuestos inter partes¹⁷.

En este sentido, puede afirmarse que el contrato tiene una función sociológico-jurídica consistente en la armonización de dos intereses contrarios en su esencia: el contrato requiere la presencia de una “disparidad de intereses”¹⁸; además de tal característica en

bilaterales que tienen contenido patrimonial”, tamb. pág. 103; en igual sentido, SANTORO-PASSARELLI; *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano; editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1964; pág.255: “todos los negocios bilaterales o plurilaterales en materia patrimonial, incluso los constituidos para la consecución de un fin común, se llaman precisamente contratos”; VIRGA, Pietro; “Contratto, Diritto Privato-Teoría Generale”; en: *Enciclopedia del Diritto*, T. IX; dir. y coord. Francesco Calasso; Dott A Giuffrè editore; Varese; 1961; pág. 786, 817: “la figura del negocio jurídico, en la cual el contrato se inserta, como figura lógicamente subordinada, es decir como negocio de dos o más partes”, “El contrato es una subespecie del negocio: precisamente es negocio bilateral”; LAREZ, Karl; *Derecho Civil, parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picabea; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1978; pág. 429: “Los contratos son negocios jurídicos en cuya celebración participan necesariamente varias personas, dos de ellas por lo general”. Otro matiz a la generalizada idea del contrato como negocio jurídico bilateral es la opinión de LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, *Elementos I, III*, 1999, 233: expresa que el contrato también puede ser un negocio unilateral, en los casos en que la obligación, en su cumplimiento, recaiga sobre una sola de las partes, poniendo por ej. La donación pura, en la cual si bien es cierto, intervienen dos partes, sólo una de ellas es la obligada a cumplir.

¹⁷ Dentro de la antigua doctrina española V. en contra de esta idea a GIMENO LINARES, Amalio, “Del concepto del contrato”, en *RGLJ*, Octubre 1930, pág. 261 s.

¹⁸ OSSORIO, *RDPRIV*, 1965, 1074 s. Excluye a través de este criterio decantador, de la consideración de contrato a los negocios jurídicos bilaterales ordenados a una común satisfacción de intereses, poniendo como ejemplo de ello a los de derecho de familia como el

cuanto a la voluntad de las partes, debe constituir un negocio jurídico con contenido patrimonial¹⁹, carácter que de conformidad

matrimonio, del cual expresa que ni siquiera es posible suponer le sean aplicables los principios de la materia contractual. En el mismo sentido GALINDO, Teoría general, 1996, 81; BETTI, Teoría General, s/f, 225; DORAL/DEL ARCO, El negocio jurídico, 1982, 66; MESSINEO, Doctrina general, I, 1986, 34; SCOGNAMIGLIO, Teoría, 1996, 25; PUIG BRUTAU, José; Compendio de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones, contratos y cuasi contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos, 3ª edición; Bosch; Barcelona; 1998; pág. 173; OSTI, NDI IV, 1957, 472 (n. 2); MARÍN PÉREZ, Pascual; Derecho Civil, V. II; Tecnos; Madrid; 1983; pág. 167.

¹⁹ GIORGI, Jorge; Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, Vol. III Fuentes de las Obligaciones.- Contratos; trad. de la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Reus; Madrid, 1978; pág. 22 ss.: “sólo hay contrato cuando el convenio tiene por objeto constituir una obligación... Este es el significado propio de la palabra contrato en la ciencia del derecho privado... Si el contrato es figura jurídica encaminada a crear una obligación (y ya sabemos que la obligación tiene naturaleza de derecho patrimonial)...”, en idéntico sentido PUIG BRUTAU, Fundamentos II, I, 1988, 30: “toda convención libremente celebrada para crear obligaciones”; ALBALADEJO, Compendio, 1997, 195: “ En el segundo sentido, o sentido estricto, el término “contrato” se reduce al campo del D. De obligaciones”; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; Principios de Derecho Civil, T. III, Contratos, 3ª edic., Trivium; Madrid; 1995; pág. 6: “Todo contrato debe tener por objeto prestaciones susceptibles de valoración económica”; DÍEZ PICAZO /GULLÓN, Instituciones I-2, 1998, 23: “la doctrina más reciente aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales”, esta misma idea se repite en DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 123; VIDAL, Ernesto; “El contrato”, cap. VIII, en: DE LUCAS, Javier/AÑÓN, M^a José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Francisco/MARTÍNEZ Blanca/RUÍZ, Mario/VIDAL, Ernesto; Introducción a la teoría del Derecho, 2ª edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 235: “ a través de él se realiza la función de intercambio y distribución de los bienes y de los servicios”; MESSINEO, Doctrina general, I, 1986, 34: “Tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios... realiza las más variadas finalidades de la vida económica...”; GETE-ALONSO, M^a del Carmen; “El contrato”, cap. XXII de PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 534, luego de incluir el contrato dentro de los negocios jurídicos bilaterales, establece que “el contrato se ciñe, exclusivamente, al ámbito del Derecho patrimonial” y por ende, “El contrato es aquel acuerdo de voluntades dirigido a la producción, modificación o extinción de relaciones obligatorias”; OSTI, NDI IV, 1957, 477: “el contrato se presenta como típico instrumento técnico jurídico de la colaboración económica entre los sujetos”; PUIG BRUTAU, Compendio, II, 1998, 173: “toda convención o acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial”; LETE, Derecho, 1989, 19: “ desde la concreta perspectiva del Derecho de obligaciones, el término “contrato” se refiere a todo acuerdo de voluntades entre dos o más personas encaminado a crear (modificar o extinguir) una relación obligatoria de carácter patrimonial; RUÍZ, Derecho Civil, II, 1992, 11: “contrato es el acuerdo de voluntades por el que se crean (modifican o extinguen) relaciones obligatorias de carácter patrimonial”; GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 12: “referiremos la causa en manera exclusiva a los contratos...si bien ellos sean una clase, y muy importante, de los negocios jurídicos plurilaterales y de contenido patrimonial”; MARÍN PÉREZ, Derecho Civil II, 1983, 166: “El contrato cumple eminentemente una función económica”; SCOGNAMIGLIO, Teoría, 1996, 27: “la

con la doctrina civilista moderna, le resulta ser de ínsita e irrefragable connaturalidad.

Vistas estas pautas generales delineadoras de la noción de contrato podemos decir, que el contrato resulta ser el negocio jurídico bilateral cuya finalidad radica en el intercambio de prestaciones de carácter patrimonial entre dos o más sujetos de derecho que ponen de común sus contrapuestos intereses.

3.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

De acuerdo con la moderna doctrina civilista, los elementos que integran el contrato, sin los cuales, no puede considerarse existente esta institución, son tres a saber: consentimiento, objeto y causa. Esta estructura del acto contractual, por influencia del Código francés, se presenta uniforme en la legislación civil continental²⁰.

calificación del contrato desde el punto de vista de la materia regulada, como negocio patrimonial, encuentra plena justificación en la peculiar importancia que el fenómeno adquiere en la reglamentación de relaciones de ese orden entre particulares, con respecto de la exigencia fundamental de la circulación de los bienes". Cfr. Tamb. CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956 y SANTORO-PASSARELLI (*supra.n. 16*).

²⁰ V.gr. artículos 1325 CC. italiano, 1261 del CC. español y además en algunos códigos iberoamericanos.

3.2.1 EL CONSENTIMIENTO EN LA DOCTRINA DEL CONTRATO

El consentimiento debe asociarse a la idea de autonomía de la voluntad o mejor dicho a la de autonomía privada²¹ ²². Constituye el contrato la manifestación más patente de la vigencia de la autonomía privada en el ordenamiento jurídico²³, en tanto en cuanto, dicha autonomía es el área de decisión que la ley permite a los sujetos de derecho, a los efectos de que estos regulen entre sí de manera particular y dentro de las pautas que la misma impone²⁴, la singular

²¹ V. su concepto en: DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Vol. I, Introducción, Autonomía privada, persona jurídica, 8ª edic. tecnos; Madrid; 1994, pág. 371; además en DÍEZ PICAZO, “La autonomía privada y el Derecho necesario en la ley de Arrendamientos urbanos” ADC octubre- diciembre 1956,1151; DUGUIT, León; Las transformaciones del Derecho público y privado, trad. de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén; Editorial Heliasta; Buenos Aires; 1975; pág. 193; CASTRILLO SANTOS, “Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos”, ADC abril- junio 1949, 566 ss; PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 522 s.

²² Una completa introducción al tema, pasando desde su etimología e historia a su incidencia en algunas instituciones jurídicas en: ROCAMORA, Libertad y voluntad, 1947 y, El dogma, 1943. Cfr. Tamb. REZZONICO, Juan Carlos; Principios fundamentales de los contratos; Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires; 1999; pág. 189 ss.

²³ Y el requisito considerado como el elemento esencial del contrato. Cfr. JORDANO FRAGA, Francisco; Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1988; pág. 23; quien agrega que: “la interconexión existente entre la libertad la autonomía privada y el contrato es lo que da pie a afirmar que la voluntad es la esencia del contrato; y además como dice GETE, Estructura, 1979, 232: “el consentimiento pasa a un primer plano en la elaboración de la materia contractual porque, a partir de él, se forma la noción de contrato, y porque es el elemento integrativo en cada estructura contractual típica”. En este mismo sentido: PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 537; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 360; SANTOS BRIZ, Jaime; Los nuevos contratos civiles. Nuevas perspectivas; Comares; Granada; 1992; Pág. 99.

²⁴ LASARTE ÁLVAREZ, Principios, III, 1995, 7: la autonomía no puede pretenderse fuera de la órbita del ordenamiento jurídico “como si fuera una salvaje libertad del particular que permitiese incluso atentar contra el propio ordenamiento jurídico y, en concreto, contra las normas de carácter imperativo dimanantes del orden público. En idéntico sentido, V: PUIG BRUTAU, Compendio, II, 1998,171 y PUIG BRUTAU, Fundamentos II I, 1988, 6; PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 524; GALINDO, Teoría general, 1996, 4; ALBALADEJO, Compendio, 1997, 110;

regulación sobre sus intercambios de prestaciones obligacionales o bien de autorregulación de sus intereses y necesidades de índole personal.

Se ha dicho que el contrato constituye un negocio jurídico, a cuya formación asisten al menos dos partes con intereses patrimoniales, contrapuestos entre sí. Estas partes, para poder realizar el intercambio de prestaciones y obtener así lo que a cada una interesa, han de llegar a una concertación respecto de las circunstancias que, por separado, desean que rodeen el dicho intercambio -fijación de condiciones-.

Previo a la constitución plena del contrato, al menos -en primer lugar- en una de las partes se generará una idea respecto del negocio a realizar, una noción ideal²⁵ primera de lo que representa a su interés la transacción y luego expresará esa idea a otra u otras partes, a los efectos de conseguir que esta o estas, tomando conciencia de lo que ella propone y las condiciones en que lo hace, pueda o puedan aceptarla²⁶ en todo o en parte, o bien realice o realicen una nueva proposición^{27 28} o en fin que esta sea rechazada.

Una vez realizada la manifestación de las voluntades de las partes tendrá, o no, lugar una transformación de las mismas, a partir

SPOTA, Alberto G; Instituciones de Derecho civil, Contratos, V. I, 2ª reimpresión; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1978; Pág. 20.

²⁵ En el sentido de que tal movimiento se realiza dentro del fuero interno o psicológico del individuo.

²⁶ La doctrina llama a la primera manifestación oferta y a la segunda aceptación. V. por todos, ALBALADEJO, Compendio, 1997, 197.

²⁷ Cfr. OSTI, NDI IV, 1957, 501; GIORGI, Teoría, III, 1978, 120 ss, 146 s.

²⁸ “Si el aceptante introduce alguna modificación, no se considera aceptación sino contraoferta”. Sobre coincidencia entre oferta y aceptación, véase: DURANY PICH, Salvador; “Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto” ADC julio- septiembre 1992; pág. 1011 ss.

de las mutuas concesiones que dichas partes realicen en atención a la autonomía privada de que son titulares, hasta lograr una complementación tal que dé como resultado una consciente “congruencia”²⁹ o voluntad contractual -consenso- que teniendo como partida un punto de intermedio entendimiento y equilibrio de los intereses y expectativas patrimoniales en juego, permita a través de su materialización efectiva, la obtención del bien o la prestación querida o deseada.

Visto lo anterior, puede decirse que el consentimiento, a los efectos de la formación perfecta del negocio contractual, es el acuerdo que se obtiene a partir de la armonización complementaria³⁰ de dos o más declaraciones (oferta y aceptación), debidamente exteriorizadas - en cuya génesis no ha incidido ninguna circunstancia que las haga irrelevantes para su jurídico reconocimiento y tutela- respecto del objeto y de la causa del contrato³¹.

²⁹ Cfr. BETTI; Teoría General; s/f., 57 s. Para quien la doctrina tradicional que habla de un “encuentro de voluntades” de la cual surge misteriosamente la voluntad contractual, no es exacta pues confunde la voluntad como categoría perteneciente al mundo psíquico con la voluntad como precepto de la autonomía privada.

³⁰ Respecto de esta característica: Cfr. MESSINEO, Doctrina general, I, 1986; 100.

³¹ Cfr. PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 537; RUÍZ, Derecho Civil, II, 1992, 51; VALPUESTA FENÁNDEZ, M^a R/BLASCO GASCÓ, F/CAPILLA RONCERO, A/LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M/MONTÉS PENADÉS, V.L/ORDUÑA MORENO, J/ROCA I TRIAS, E; Derecho Civil, obligaciones y contratos, 3^a edic. Tirant lo blanch; Valencia; 1998; Pág. 358; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 360 ss; PUIG BRUTAU, Compendio, II, 1998, 180; RUÍZ, Derecho Civil, II, 1992, 51; LETE, Derecho, 1989, 32; PÉREZ FERNÁNDEZ, Contratos, 1994, 22; SANTOS BRIZ, Los nuevos contratos, 1992, 100. En definitiva, el contrato como cauce del tráfico jurídico de bienes y servicios, tiene como fundamental tarea la realización voluntaria de ese tráfico, con lo cual se expresa también que el consentimiento, tan necesario para su formación, no puede recaer más que, en primer lugar, sobre lo que es la materia del contrato, aquello que constituye el objeto del interés de intercambio y las razones que conllevan a necesitarlo y querer obtenerlo, y por otra parte, el comportarse de forma jurídicamente adecuada para llegar a apropiarse de él. Vemos en ello una forma normal de llevar a efecto, en aras de una armonía entre los agentes económicos (sujetos), el trasiego económico de lo que es útil y necesario. Esto resulta de tal certeza que como dice GETE, Estructura, 1979, 232: el consentimiento ocupa un lugar destacado en la génesis del contrato en razón de que constituye la base para la formación del mismo; es el elemento integrativo en cada estructura contractual, requisito del

De lo dicho atrás, sobre que el consentimiento contractual representa un querer común de las partes que intervienen en el contrato, podría deducirse una contradicción, con lo ya también expresado en el sentido de que ambos queres deben ser contrapuestos: esto es que en la conjunción de las voluntades intervinientes se produce una equiparación de los intereses pretendidos satisfacer por cada una de las partes, y en consecuencia la contraposición primitiva de los mismos desaparece para correr, transformados en una común voluntad, como por un mismo cauce. A este respecto, atinadamente observa MESSINEO³² que a lo que alude esta idea es que las partes quieren y pretenden obtener un resultado de manera conjunta, al cual, el contrato en juego lleva por su propia naturaleza, ya que resultaría un contrasentido afirmar que en el contrato puede existir identidad de contenido de las voluntades de las dos partes, sin que por tal razón pueda seguir siendo considerado como tal.

Se distinguen en consecuencia, como elementos integrantes del consentimiento contractual, una pluralidad de sujetos, la capacidad legal de los mismos para la realización del acto, la existencia de voluntad -contractual³³- y la declaración de dicha voluntad³⁴ de una forma legalmente relevante.

contrato, elemento necesario para la vinculación de las partes y medio técnico de incorporación del objeto y de la causa.

³² Doctrina general, I, 1986, 98 s.

³³ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 147, expresa que dentro del estudio del consentimiento de las partes han de tenerse presentes y por separado, varios tópicos: lo atinente a la voluntad individual de cada uno de los contratantes, la declaración que por separado emite cada una de las partes y la coincidencia de dichas voluntades o “voluntad común”. Esto vendría a representar las fases de la formación del consentimiento contractual. Asuntos que pese a la destacada función que realizan en el estudio de esta materia, por razón de nuestros objetivos no resulta de necesidad abordar.

³⁴ V. requisitos del consentimiento en LETE, Derecho, 1989, 32.

Por razón de que el contrato, normalmente, constituye un negocio bilateral, es evidente la necesidad de la concurrencia en su gestación, de dos o más personas que se tengan como partes en dicho negocio.

La capacidad de dichos sujetos está determinada por la norma civil, siguiendo, por lo general, el criterio de la edad y la capacidad de razonamiento respecto de sus actos.

La voluntad contractual está dada, como ya se adelantó, por la intención y disposición cierta –voluntad seria- de querer llevar a cabo la actividad correspondiente según la ubicación jurídica en la que le corresponda estar al sujeto, dentro de la relación contractual³⁵.

En cuanto a la declaración de la voluntad se puede decir que constituye un presupuesto de fundamental importancia dentro del proceso de formación del contrato³⁶. Es el elemento que permite el conocimiento de que tal voluntad existe en la persona contratante y por tanto, la única vía por la cual puede llegar al conocimiento de la otra parte - Es el conocimiento de la declaración (oferta y aceptación) en sí, lo que permite que las voluntades individuales concurrendo³⁷ de forma complementaria en el tiempo, sobre el objeto y la causa del contrato, den origen al mismo-. Si tal manifestación no se produce tampoco llegaría a ser susceptible de valoración por parte del

³⁵ Esta “declaración debe ser normalmente expresión de una voluntad negocial” dice JORDANO FRAGA, Falta, 1988, 35.

³⁶ Esto constituye afirmación común de la doctrina. V. por todos: LETE, Derecho, 1989, 32s.

³⁷ MESSINEO, Doctrina general, I, 1986, 101ss, llama la atención a no considerar que el consentimiento se forma con base al solo encuentro de las declaraciones, sino que se debe recordar que en el fondo, lo más importante es el encuentro de las voluntades, expresadas en la declaración. Aun cuando se haya producido la conjunción complementaria de las voluntades hace falta que las partes tengan una conciencia de que el consentimiento se ha formado, porque al no existir el tal, estaríamos en presencia del disenso aparente. “un consentimiento cualificado: en obligarse”, lo llama: GETE, Estructura, 1979, 234; En el mismo sentido: JORDANO FRAGA, Falta, 1988, 27, 32.

Derecho y en consecuencia sería imposible la tutela y protección de las consecuencias que la misma pueda generar.

Esta exteriorización de la voluntad puede ser realizada a través de actos expresos o tácitos³⁸. Son expresas las formas en que la voluntad contractual es transmitida a la contraparte, de tal manera que resulta innegable su expresión, apreciable sensorialmente; en cambio, es tácita, cuando la voluntad resulta presumida de comportamientos o actitudes o actividades³⁹ de la persona que las realiza.

3.2.2 EL OBJETO EN LA DOCTRINA DEL CONTRATO

Se puede afirmar que, respecto a la determinación conceptual de este tema se ha generado alguna confusión en el seno de la doctrina civilista. Al objeto del contrato se lo ha identificado con el objeto de la obligación –la prestación o comportamiento-; con el fin; con las cosas o servicios, con la materia del negocio y con la obligación que por el contrato se constituye⁴⁰. A los intereses de nuestro trabajo haremos un breve repaso de las más importantes posiciones.

³⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 148.

³⁹ OSTI, NDI IV, 1957, 501; acepta que la voluntad contractual puede deducirse fácilmente del comportamiento de las partes en relación a los elementos de hecho que son atinentes al contrato, es decir, de un unívoco comportamiento del sujeto.

⁴⁰ V. SAN JULIÁN PUIG, El objeto, 1996, 27- 32.

3.2.2.1 EL OBJETO COMO COSAS O SERVICIOS⁴¹

En la ciencia jurídica parece necesario hacer uso de la precisión terminológica -en la medida en que sea posible- a los efectos de la claridad en la explicación racional de los fenómenos que a ella atañen. Si estamos de acuerdo en la anterior aseveración, entonces, debe aceptarse que el hablar de cosas o servicios como objeto del contrato no constituye la forma más precisa de explicar la realidad del objeto de algunos tipos contractuales, en los cuales no interviene como objeto ninguna realidad que consista en una cosa o en un servicio. A este respecto se ha pronunciado, entre otros, DÍEZ PICAZO⁴², haciendo notar que no es igual decir que un derecho subjetivo resulta ser objeto de un negocio jurídico, que decir que este mismo derecho subjetivo constituye una cosa, que es una realidad del mundo exterior. Porque no siempre en los contratos se nos presenta un bien material o un comportamiento o servicio como elementos productores de alguna utilidad para las partes, sino que a veces la utilidad querida se traduce en un derecho inmaterial -pero que a su vez tiene carácter patrimonial- es por tal razón que esta tesis se hace inadecuada para ser tenida como correcta.

⁴¹ V. RIERA AISA, Luis; "Contrato" en Nueva Enciclopedia Jurídica, T.V dirigido por Carlos E. Mascareñas; Editorial Francisco Seix; Barcelona; 1985; 323; LETE, Derecho, 1989, 41; GARCÍA AMIGO, Teoría general, 1995, 295; VIDE, Rogel; Derecho de obligaciones y contratos; J. M. Bosch editor; Barcelona; 1997; pág. 109; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil III, 1986, 530; PUIG BRUTAU: Compendio, II, 1998, 199, y, Fundamentos II, I, 1988, 109; LASARTE ÁLVAREZ, Principios, III, 1995, 35; MESSINEO, Doctrina general, I, 1986, 148 s, si bien es cierto que remite la idea de objeto a las cosas o bienes económicos, no obstante es de la opinión que la legislación italiana, comete el equívoco de señalar como objeto del contrato lo que en verdad constituye el contenido de la obligación, que es precisamente la prestación.

⁴² Fundamentos I, 1996, 198 s.

3.2.2.2 EL OBJETO COMO OBLIGACIÓN

La afirmación de que el objeto del contrato está constituido por la obligación de la cual el mismo es fuente, es una idea que parece devenir de la antigua doctrina italiana⁴³ inspirada en el antiguo Codice (1865).

Decir que la obligación es el objeto del contrato implica confundir lo que es el objeto del contrato y lo que es su efecto; además de ello, contra tal opinión se puede alegar que existen relaciones contractuales que no propiamente crean obligaciones, en cuya circunstancia, habría que afirmar que dichos contratos carecen de objeto y desde un punto de vista legalista y doctrinal desmerecerían el nombre de contratos⁴⁴.

3.2.2.3 EL OBJETO COMO PRESTACIÓN

En la actual doctrina italiana, inspirada seguramente en el nuevo código civil⁴⁵ (de 1942), se adopta la conclusión de que el

⁴³ Cfr. GIORGI, Teoría, III, 1978, 298 ss.: el cual además de identificar a la obligación misma como el objeto del contrato, al entrar al análisis más detenido de la cuestión determina que de objeto puede hablarse en dos sentidos, uno estricto, en el cual ubica la antes citada opinión sobre el objeto contractual; y otro, amplio, en el cual estaría, según su opinión, el mero contenido del contrato, opinión, esta última -sobre que el objeto está constituido por el contenido del contrato- que asimilará SCOGNAMIGLIO, Teoría, 1996, 135. En este sentido dentro de la doctrina francesa V. CARBONNIER, Jean; Derecho Civil T. II V.II, el derecho de las obligaciones y la situación contractual, trad. Manuel M^a Zorrilla Ruíz; Bosch casa editorial; Barcelona; 1971; pág. 223.

⁴⁴ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 201.

⁴⁵ V. OSTI, NDI IV, 1957, 503 ss; CRISCUOLI, Giovanni; Il contratto. Itinerari normativi e ricostri giurisprudenziali; Cedam; Padova; 1992; pág. 213. Sobre este respecto, en la doctrina

objeto del contrato está dado por la prestación⁴⁶ -que es el objeto de la obligación-, aseveración que incurre en alguno de los vicios señalados a la anterior tesis, en el sentido de que no siempre el contrato llegará a constituir una relación obligatoria, por lo cual al no haber obligación, tampoco habrá prestación que es el objeto de la misma y, por ello, el contrato así celebrado carecerá de objeto; y es que además, esta tesis confunde lo que es el objeto de la obligación con lo que sería el objeto del contrato⁴⁷, confusión que por su parte acepta la misma doctrina italiana⁴⁸. Existiría así, un solo objeto -una realidad- para dos fenómenos jurídicos diferentes -dos realidades distintas radicalmente-, lo cual desde todo punto de vista constituye un imposible.

3.2.2.4 TESIS ECLÉCTICAS

Hemos identificado manifestaciones un tanto eclécticas en el ámbito doctrinal latinoamericano -influidas seguramente por las doctrinas europeas-. Algunos autores hispanoamericanos identifican el objeto del contrato tanto en las cosas y servicios como también en la transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones⁴⁹

argentina V. SPOTA, Alberto G; Instituciones de Derecho civil, Contratos, V. III, 2ª reimpresión; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1980; pág. 8.

⁴⁶ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 201, observa que constituye prestación el comportamiento de una de las partes -de ambas diríamos nosotros- que reviste algún valor económico y que además ofrece algún interés.

⁴⁷ Idem. 200.

⁴⁸ V. por todos: MESSINEO, Doctrina general I, 1986, 149: “no hay ninguna dificultad en admitir que el objeto de la obligación y el objeto del contrato puedan a veces ser una sola y misma entidad”

⁴⁹ Sostienen que el objeto puede presentarse de manera directa e indirecta, constituyendo el objeto directo la transmisión, creación de derechos y obligaciones, y el indirecto, que es el objeto directo de la obligación esto es la prestación, en tanto que el objeto material está

⁵⁰. Esta doctrina parece desconocer los alcances de la teoría del negocio jurídico, dentro de la cual se contempla básicamente el fenómeno de la constitución, modificación y extinción de derechos y obligaciones, a partir de la autonomía privada que el ordenamiento otorga a los individuos, denotando con tal posición una mantenida concepción de contractualismo decimonónico. También, como las anteriores, deja de lado la consideración de los contratos que no propiamente generan una obligación y por ende una prestación como objeto de la misma, lo cual impide su aceptación.

3.2.2.5 LA TESIS DE LA MODERNA DOCTRINA ESPAÑOLA

Más afortunada resulta ser la posición seguida en la doctrina española a partir de DE CASTRO⁵¹; ésta circunscribe al objeto del contrato dentro de una expresión de amplísimo espectro: “materia social sobre la que recaerá el vínculo creado”. Al utilizar esta expresión se abarca la casi totalidad de lo que puede pensarse como objeto del contrato, a partir de la concepción de que este está constituido por las cosas o los servicios⁵².

circunscrito a la cosa o los servicios. V. sobre estos planteamientos: ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel; *Contratos Civiles*, 6ª edic.; Porrúa; México D.F; 1997, pág. 30, aunque incurre en confusión cuando señala que la prestación no es susceptible de abarcar a la abstención en que podría consistir el objeto, cuando en verdad, como señala DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I*, 1996, 200, la prestación constituye un comportamiento de una de las partes que reviste algún valor económico y resulta de interés a la contraparte, dentro del cual puede bien incluirse a las abstenciones; PÉREZ FERNÁNDEZ, *Contratos*, 1994, 24 ss. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; *Teoría de los Contratos, parte general*; Víctor P. De Zavalía; Buenos Aires; 1971; pág. 136;

⁵⁰ Curiosamente esta idea se repite en la doctrina española en al menos uno de sus autores. V. RUÍZ, *Derecho Civil, II*, 1992, 60.

⁵¹ CASTRO Y BRAVO, Federico; *El negocio Jurídico*; Civitas; Madrid; 1985; pág. 192.

⁵²V. SAN JULIÁN PUIG, *El objeto*, 1996, 29; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, *Elementos I, III*, 1999, 419 s;

En esta línea de amplio alcance, y creemos que con mucho peso jurídico, DÍEZ PICAZO⁵³ refiere el objeto del contrato a cualquier realidad susceptible de utilidad a los efectos del tráfico jurídico a que sirve el contrato; no obstante, considerando que resulta un tanto impropio dejar planteado que tal multiplicidad de realidades pueda ser objeto del contrato, resume diciendo que, es objeto todo "**bien**"⁵⁴ susceptible de tener una utilidad o interés para las partes. Con lo cual, a nuestro juicio, se distingue lo que es el objeto del contrato, sin confundirlo con el objeto de la obligación –prestación- en las situaciones en que no se produce propiamente una relación obligatoria a partir del contrato mismo, así como tampoco plantea confusión con la obligación misma. En definitiva, esta orientación doctrinal supera las debilidades señaladas a las otras tesis y, a la vez, las abarca dándoles otro matiz más conveniente a los efectos de la determinación de lo que es el objeto del contrato. Por tal razón nos adherimos a esta conceptualización sobre lo que es el objeto del contrato.

VALPUESTA/BLASCO/CAPILLA/LÓPEZ/MONTÉS/ORDUÑA/ROCA, Derecho Civil, 1998, 362; GETE, Estructura, 1979, 274 s;

⁵³ Fundamentos I, 1996, 201.

⁵⁴ V.tamb. DÍEZ PICAZO /GULLÓN, Instituciones I-2, 1998, 34 s.

⁵⁵ En la doctrina italiana puede encontrarse idéntica afirmación; V. FERRI, Giovanni B; Il negozio giuridico; Cedam; Padova; 2001; pág. 152 ss: " El objeto del Derecho es el bien, (nota 100: "Evidentemente el concepto de bien no se debe entender en la limitada acepción de cosa material como se deriva de la definición del artículo 810 cc; sino en el sentido más amplio que comprende todos aquellos otros valores económicos, actividades, cosas incorporales y los mismos derechos, que pueden constituir el punto de referencia objetivo de un interés); es decir el punto de referencia objetivo del interés que la situación subjetiva tutela; el objeto del contrato es aquel bien que constituye el punto de referencia objetivo de la específica situación subjetiva-la propiedad, como ejemplo, en la venta-, de la cual, a través del contrato se pretende disponer". En la misma línea argumental, BIANCA, Diritto Civile, III, 2000, 321 s.

3.2.2.6 NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA EXISTENCIA DEL OBJETO

Como notas características del objeto del contrato, casi en todos los ordenamientos de raíz latina, se establece que debe contar, para su existencia y validez, con algunos requisitos, los cuales de manera general son: posibilidad, licitud y determinabilidad⁵⁶. En su conjunto estos requisitos contribuyen a que el tráfico jurídico se realice sin alterar en ninguna forma la paz social.

3.2.2.6.1 POSIBILIDAD

La posibilidad del bien⁵⁷ está referida, precisamente, a que lo que es susceptible de valoración económica e interés para las partes contratantes, sólo puede estar constituido por aquello que es intercambiable dentro de la realidad que envuelve a dichas partes. De ello se deduce que no puede ser objeto del contrato lo que no les es dado o posible -a las partes-, por la realidad poner en el tráfico -v.g. los bienes que ya no existen, la actividad que por razón del conocimiento profesional no es realizable, los derechos que ya no

⁵⁶ V.g. Arts. 1271-1273 CC español; 1346 CC italiano; 2473-2475 CC nicaragüense; art. 1825 CC mexicano.

⁵⁷ OSTI, NDI IV, 1957, 504, expresa que: La posibilidad debe ser considerada tanto desde el punto de vista natural como desde el jurídico. La imposibilidad natural se da cuando la prestación tiene por objeto cosas inexistentes in natura o bien actividades que no sean susceptibles de ser cumplidas. Por su parte la imposibilidad jurídica se da cuando la prestación tiene un objeto que no resulta idóneo para ser contemplado en el negocio jurídico patrimonial, como por ejemplo las cosas que están fuera del comercio y las actividades no susceptibles, en modo absoluto, de valuación económica.

están dentro de la órbita personal, etc.-⁵⁸ es decir, lo que físicamente les resulta imposible traficar, tanto temporal como espacialmente.

3.2.2.6.2 LICITUD

Otra de las notas características del objeto del contrato está constituida por la licitud⁵⁹ que deber revestir el mismo. No obstante, de entrada debemos señalar, de acuerdo con una acertada doctrina, que más que a la licitud o ilicitud del objeto o bien, a lo que se refiere esta nota es a la traficabilidad⁶⁰ o apropiabilidad⁶¹ del mismo conforme a los cánones de cada ordenamiento -e incluso de la moral imperante-⁶²; es decir que cada ordenamiento y los principios que socialmente inspiran la moralidad aceptada en el ámbito espacial que corresponda, como límites de la autonomía de la voluntad⁶³, califican

⁵⁸ Cfr. DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 202 s; PUIG BRUTAU, Compendio, II, 1998, 200; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 420.

⁵⁹ “Mas la licitud es una cualidad que excede del objeto para propagarse al contrato entero”: LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 421.

⁶⁰ Cfr. MESSINEO, Doctrina general, I, 1986, 148; DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 208. Este último opina que cuando la licitud esté referida a cosas, en verdad de lo que se habla es de su comerciabilidad o no, y que referido a los servicios, la idea de licitud se concreta en la idea de conformidad, o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes;

⁶¹ PUIG PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 541.

⁶² Cfr. PUIG BRUTAU, Compendio, II, 1998, 200; PUIG PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 541.

⁶³ Sobre orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad: ESPÍN CÁNOVAS, Diego; “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, ADC Julio- Septiembre 1963; pág. 784 ss.

lo que puede o no servir como bien, objeto del contrato⁶⁴. Lógicamente que al no acomodarse el objeto negociado, a través del contrato, a dichos preceptos⁶⁵, ello constituirá motivo de rechazo y de indignidad para ser protegido legalmente y en consecuencia, dicho acto merecerá el desconocimiento de su existencia o bien su anulación.

3.2.2.6.3 DETERMINABILIDAD

En último término, el objeto del contrato debe ser algo que existiendo, siendo posible y siendo lícita su comerciabilidad o tráfico, pueda ser identificable, distinguible, discernible, señalable, claramente determinable entre los demás bienes, tanto del contratante como de los otros sujetos de la sociedad. Consiste, pues, esta última nota característica del objeto del contrato, en una individuación del bien respecto de otros bienes de calidad, cualidad o condición similar, que permita tener la certeza de cuál o cuáles de ellos van a constituir el llamado objeto del contrato⁶⁶.

Reunidos estos tres requisitos estaríamos en presencia de un contrato cuyo objeto sería idóneo, perfecto, reconocible y tutelable por el ordenamiento jurídico que corresponda y, lógicamente, idóneo a los efectos de que el ordenamiento, cuando fuese necesaria su calificación, le otorgase valor como tal parte del contrato.

⁶⁴ Piénsese por ejemplo en la imposibilidad legal y moral que constituiría el realizar contratos cuyo objeto estuviere constituido por los bienes de la personalidad o el estado civil etc.

⁶⁵ Contra la ley y los principios del orden público señala OSTI, NDI IV, 1957, 504.

⁶⁶ Cfr. PUIG I FERRIOL/GETE-ALONSO/GIL RODRÍGUEZ/HUALDE SÁNCHEZ; Manual, 1998, 541; DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 210; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 421.

3.2.3 LA CAUSA DENTRO DE LA DOCTRINA DEL CONTRATO

Dentro de la doctrina iusprivatista, históricamente, la causa como objeto de estudio, ha constituido un tema que rehuye una concreción clara y precisa, tanto en la determinación de su utilidad como en su conceptualización⁶⁷, por ello hasta se ha llegado a afirmar que constituye -en su concepto- “el más polémico de todo el Derecho civil”⁶⁸.

3.2.3.1 BREVE EXCURSUS A LA NOCIÓN DE CAUSA

Por la trascendencia que este tema tiene dentro de la doctrina del contrato y por la antes aludida dificultad conceptual que reviste, creemos necesario empezar su tratamiento haciendo una breve incursión a los orígenes de su tratamiento dentro de la doctrina, a fin de hacer más asequible su inteligibilidad.

⁶⁷ Cfr. DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 215; SCOGNAMIGLIO, Teoría, 1996, 128;

⁶⁸ NÚÑEZ-LAGOS, R; “Causa de la traditio y causa de la obligatio”, RCRITDI T. XXXVI, mayo-junio 1961; pág. 573; en tal sentido, opina LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; “Sobre la causa en los contratos”, La Ley, 1988 (4); pág. 1016, que la dificultad del tema viene dado, entre otros motivos, por su confusa “evolución histórica y a la intrincada trama de influencias dogmáticas en que se debate su estudio”

3.2.3.1.1 LA CAUSA EN DOMAT Y POTHIER (CAUSALISMO CLÁSICO)

Prescindiendo -por los fines perseguidos en este trabajo- de la alusión al tratamiento que dicho concepto ha tenido desde el derecho romano⁶⁹, podemos situar según afirmación común de la doctrina⁷⁰, su agregación dentro de la teoría general del contrato en el siglo XVII, a través de las tesis elaboradas por Domat con base en el estudio e interpretación de textos romanos⁷¹ y canónicos⁷² relativos a la teoría

⁶⁹ Un resumen conciso sobre la evolución, en la historia, de este concepto puede verse en: GIORGIANI, Michele; “Causa” (dir. privato); en Enciclopedia del Diritto T. VI; Giuffrè editore; Varese; 1960; pág. 532-546; ZUMALACARREGUI MARTÍN-CORDOVA, Tomás; Causa y abstracción causal en el derecho civil español; Centro de estudios hipotecarios; Madrid; 1977; págs. 35-54; GALINDO, Teoría general, 1996, 151ss; sobre la evolución del concepto en el contrato obligacional: GORLA, Gino; El Contrato, problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico T. I, exposición general; trad. José Ferrandis Vilella; Bosch casa editorial; Barcelona; 1959; Pág.29-53; GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 17 ss; FERRI, Giovanni B; Le anamorfosi del diritto civile attuale, saggi; Cedam; Padova; 1994; 293 ss. Una exposición histórica más amplia sobre el origen romano de la noción de causa en relación con el negocio jurídico en: CALASSO, Francesco; Il negozio giuridico, lezioni di storia del Diritto italiano, 2ª ediz. Ristampa; dott. A. Giuffrè; Milano; 1967; págs. 53-66. No obstante, el concepto de causa es atribuido a la escuela de los glosadores: “*Aquello que caracteriza principalmente el pensamiento de los glosadores es ciertamente la elaboración del concepto de causa*”: BALDASSARI, A; “Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente” en, Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000; pág.32.

⁷⁰ Por todos: OSTI, NDI IV, 1957, 506: “La inserción de la causa dentro de los elementos del contrato fue realizada por DOMAT”.

⁷¹ Señala DABIN, J; La teoría de la causa; estudio histórico y jurisprudencial, trad. Francisco de Pelsmaeker y adaptada al derecho español por Francisco Bonet Ramón, 2ª edic.; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1955; pág. 33 ss; que dichos textos romanos son: a- Digesto, 50.16,19 b- Digesto, 12.1 c- Digesto 19.5,5; 2.14; 7.4 d- 12.7.1; y que inferir de ellos una teoría que tuviese por centro una tal “causa”, resulta un error, porque “estos textos aparecen tan extraños los unos a los otros, como cada uno de ellos lo es a la teoría de la causa, por lo que se siente inclinado el ánimo a deducir que Domat, al añadir al error la contradicción, hizo inexplicable para siempre la génesis de la teoría”.

⁷² A partir de algunos textos del Digesto, se conoce que los pactos que no están provistos de una causa no son susceptibles de generar una obligación. Los glosadores, a partir de tales afirmaciones, señalan que hay pactos que son “jurídicamente fecundos”, por contraposición a los que no tienen tal carácter; siendo fecundos los pactos que cuentan con una causa, que están vestidos de una causa, esa causa resuelve algunas cuestiones planteadas a partir de la

de las condiciones, con el objeto de moralizar las transacciones de carácter patrimonial^{73 74}, a través de la función que dicha figura cumple dentro del contrato.

En su obra *“Les loix civiles dans leur ordre naturel”*⁷⁵, Domat ubica a la causa como un requisito necesario para la existencia de las obligaciones⁷⁶; no obstante, en algunos pasajes de su obra pareciera también considerarlo como elemento del contrato⁷⁷, hecho mismo al que se atribuye, por alguna parte de la doctrina, el origen de la confusión que imperó durante mucho tiempo en torno a si la causa lo es de la obligación o del contrato^{78 79}.

aplicación a la materia jurídica de las categorías causales escolásticas (causa eficiente, aquello por lo que algo se ha hecho, justificante de la interdependencia de prestaciones en las obligaciones recíprocas; causa final, aquello para lo que se hace algo, es decir representa el propósito querido obtener por las partes; la causa formal, aquello por cuya razón algo es lo que es; por último causa material, aquello de lo que está hecho algo y que se encuentra determinando la variedad de objetos del contrato). En el derecho canónico, la influencia moral sobre este aspecto jurídico de la causa produjo alteraciones respecto de la doctrina romana, así, toda promesa obliga y es valedera en consecuencia para generar una relación obligatoria, sin necesidad de vestir tal promesa a través del juramento. Esta conciencia canonista de que toda promesa sirve para constituir una obligación pasa sin dificultad al derecho natural, lo cual no necesariamente implica la recepción plena de tal concepción. Así por ejemplo, Grocio distingue los contratos que son benéficos de los permutatorios, atribuyendo a estos últimos la característica que en ellos impera la igualdad, también Pufendorf, además de aceptar que la promesa genera obligación, justifica la exigencia de una causa a la manera de como lo entendían los romanos: DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 169-171.

⁷³ GARCÍA AMIGO, *Teoría general*, 1995, 299.

⁷⁴ Por ello puede decirse que esta manera de concebir la causa -como causa habilitante-camina de la mano con la historia de la causa natural, de la causa lícita y la causa final: NÚÑEZ-LAGOS, *RCRITDI XXXVI*, 1961, 607.

⁷⁵ DOMAT, Jean; *Lex Loix Civiles dans leur ordre naturel*; nouvelle édition; tome premier; (A) Paris; MDCCLXXI.

⁷⁶ Cfr. DABIN, *La teoría de la causa*, 1955.

⁷⁷ V. *Lex Loix Civiles dans leur ordre naturel*; Titre I “Des conventions en general”; Section I; “De la nature des conventions & des manieres dant elles fe forment”; Livre premier; IV.

⁷⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I*, 1996, 221s; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*; Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla; Sevilla; 1999; pág. 103; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, *Elementos I, III*, 1999, 423.

Domat concibe la causa como algo que no resulta ser uniforme en todos los contratos, en tal sentido afirma que:

a. En los contratos en que las partes se dan respectivamente una cosa por otra cosa, o intercambian mutuamente algún servicio, la obligación que a cada parte corresponde constituye la causa de la obligación de la otra.

b. En los contratos en los que es una de las partes la que aparenta estar obligada, tal el caso del préstamo, la obligación restitutoria del prestatario tiene su causa en la previa entrega que a él realizó el prestamista.

c. Para los contratos en que una y solamente una de las partes es la que entrega o realiza -contratos gratuitos- sin contraprestación alguna, la causa se puede ver desde una doble perspectiva, para quien da, la causa de su *dare* está constituido por “cualquier motivo razonable y justo”, y este mismo motivo constituye la causa del acto de aceptación del sujeto que recibe sin dar nada a cambio^{80 81}.

Con criterio fundamentalmente análogo se refiere a la teoría de la causa Pothier, en su obra *Traité des obligations*; allí expresa que

⁷⁹ “La confusión, que todavía se mantiene – en sede de causa-, es la misma confusión fundamental que aparece en los célebres fragmentos de Domat y Pothier”: GORLA, *El Contrato*, I, 1959, 343. El entre guiones es nuestro.

⁸⁰ Respecto de estas notas características de la tesis causalista de Domat V.: DABIN, *La teoría de la causa*, 1955, 18ss; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I*, 1996, 221 s. MELICH ORSINI, José; “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *ADC* enero-marzo 1984; pág. 27; GORLA, *El Contrato*, I, 1959, 77 ss; ZUMALACARREGUI, *Causa*, 1977, 47 s; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; *La causa del contrato*; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1998, Pág. 35-38; OSTI, *NDI IV*, 1957, 506; NÚÑEZ-LAGOS, *RCRITDI XXXVI*, 1961, 616 s;

⁸¹ Sobre las críticas doctrinales a esta teoría V. entre otros: DABIN, *La teoría de la causa*, 1955, 17-48; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I*, 1996, 222

una causa –honesta-⁸² constituye elemento esencial para la existencia de la obligación, a la par del consentimiento y del objeto⁸³.

Por su parte, Pothier⁸⁴ dirá que la causa en los contratos onerosos está constituida por la mutua dación o, por el compromiso a dar o bien por el riesgo que se asume; por contra, los contratos a título gratuito tienen su causa en la liberalidad que voluntariamente realiza una de las partes en favor de la otra^{85 86}.

Como es de notar, aparentemente la correspondencia entre ambas doctrinas resulta sólo ligeramente alterada por la alusión a la “liberalidad” como causa de los negocios gratuitos. No obstante, a Pothier también debemos reconocerle el mérito de procurar deslindar la indeterminación heredada de Domat en cuanto a si la causa de la obligación constituía una realidad idéntica a la causa del contrato; en

⁸² JORDANO BAREA, Juan B; “La causa en el sistema del Código civil español” en, Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo, V. I; José María Bosch editor; Barcelona; 1992; pág. 461; GORLA, El Contrato, I, 1959, 82.

⁸³ Cfr. DABIN, La teoría de la causa, 1955, 49 ss; MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 27 s; NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 617.

⁸⁴ “se limita a repetir las teorías de su predecesor casi al pie de la letra”: DE LOS MOZOS, José Luis; “la causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto” RDN 1961, 304.

⁸⁵ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 223; DABIN, La teoría de la causa, 1955, 49; JORDANO, EDCH- LACRUZ I, 461; MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 27 s; NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 617; GORLA, El Contrato, I, 1959, 82; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 423; CLAVERÍA, La causa, 1998, 42 ss.

⁸⁶ En el interesante tratamiento que CLAVERÍA, La causa, 1998, 43, da a la tesis de Pothier, realiza una defensa de la misma, expresando que en su opinión, de los textos de dicho autor que sirven de base a los críticos para atacar la posición del ilustre jurista francés del siglo XVIII, no puede extraerse las conclusiones a las que estos llegan, por ejemplo, desestima que pueda achacarse a Pothier el error de aplicar la causa a los contratos, toda vez que en esos textos no llega a leerse expresamente una referencia a los contratos, puesto que la palabra más cercana a esto último (engagement), no necesariamente se traduce por tal. Así pues, a lo que se refiere Pothier es al vínculo que contrae cada una de las partes, es decir a la obligación. Al vínculo es que refiere la causa, a lo que hace referencia el autor galo es a la causa de la obligación en los diferentes tipos de contratos.

tal sentido, establece lo que entiende como causa de las obligaciones: las fuentes de estas; es decir que la causa de las obligaciones está constituida por el contrato, el cuasi contrato, el delito y el cuasidelito, en su caso⁸⁷.

El hecho de que la concepción de causa, tanto en Pothier como en Domat, explique que todo contrato, además de consentimiento y objeto, tenga un “fin” que determina a las partes a asumir una o varias obligaciones, indica que estos autores identificaron la causa con causa final, es decir, la causa que en la tradición del derecho intermedio se dio en llamar “*causa finalis*”, determinante del acto de voluntad y por tanto origen de su tipificación; de ella emana la obligación, en oposición a la causa impulsiva o causa remota⁸⁸ o motivos personalísimos, los que para el derecho carecen de relevancia. La causa así entendida desempeña una función de tipificación del negocio⁸⁹.

No resulta extraño que, siendo estos eminentes juristas inspiradores del Code, haya sido trasladada la teoría por ellos acuñada sobre la causa, con todas sus implicaciones, a estipulaciones legales integrantes de este corpus normativo⁹⁰ y consecuentemente traspuesta luego en los Códigos que en él se inspiraron⁹¹.

Lo expresado acerca de la causa por Domat y Pothier fue seguido y defendido por los comentaristas del Code, y, coincidiendo

⁸⁷ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 223; JORDANO, EDCH- LACRUZ I, 461.

⁸⁸ NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 618.

⁸⁹ MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 5 s.

⁹⁰ V. art. 1108 y 1132 del Code Civil.

⁹¹ Cfr. GORLA, El Contrato, I, 1959, 318, n. 9; GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 20; MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 28.

en los siguientes postulados, otorgaron su contribución a la llamada escuela causalista clásica⁹²:

- La causa constituye un elemento de indispensable presencia dentro de los contratos.
- Se entiende como causa la “finalidad perseguida” por quien se obliga, causa es, la “*causa finalis*”, fin inmediato, próximo, con exclusión de la causa impulsiva o móviles internos que han incidido en la voluntad de las partes, los cuales carecen de relevancia jurídica.
- Partiendo de esta tesis, resulta que la causa constituye un elemento objetivo, precisamente porque a lo que da explicación es a la utilidad que puede obtenerse por las partes según el determinado tipo de contrato de que se trate, formando, en consecuencia, parte del tipo contractual.
- La causa de los contratos bilaterales está dada por la obligación recíproca de las partes.
- En los contratos unilaterales en los cuales se da una cosa esperando su efectiva restitución (comodato, prenda, mutuo), la causa está dada por la previa entrega que ha realizado el sujeto activo de la relación. En cambio, en aquellos contratos unilaterales en los que no se espera ninguna devolución de lo dado, por ejemplo la donación, la causa es el mero “*animus donandi*”⁹³.

⁹² NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 617.

⁹³ Sobre todas estas características: MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 28s.

3.2.3.1.2 TEORÍAS ANTICAUSALISTAS

Constituye el bloque más reducido de autores que han abordado en sus obras el tema de la causa⁹⁴. Básicamente atacan la utilidad práctica de la teoría de la causa, y su inclusión dentro de los elementos autónomos del contrato⁹⁵, intentando encasillarla dentro de uno de los otros dos elementos del contrato⁹⁶.

Tomemos, para la caracterización de esta tesis adversa a la causa, como referente la tan citada obra del profesor DABIN, “La teoría de la causa” -en la cual, dicho sea de paso, se contienen varias de las fundamentales críticas a la tesis causalista-; en ella se aplica el autor, con especial atención, a exponer las tesis de los padres de la teoría e inmediatamente después, destaca los desaciertos de los que -según su opinión- estas adolecen.

De manera especial el capítulo IV⁹⁷ -conclusiones- de dicha obra, refiere la “*inanidad*” de la tesis causalista, calificando a la teoría de Domat de “confusión” y a la de Pothier de “tejido de artificios”. Previamente, en el apartado dedicado a cada uno de estos autores ha

⁹⁴ Dentro de los autores anticausalistas GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 27: destaca como el primero a Ernst, en Bélgica (en 1826 publicó la obra en que se contiene la crítica a la tesis causalista, dice NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 621). Incluye además a Laurent, Planiol y Dabin por parte de la doctrina francesa; a Giorgi y Melucci por la Italiana. No obstante, debemos aclarar respecto a GIORGI, que este autor a pesar de que rechaza aceptar la causa como un elemento de los contratos (págs. 50 y 468 ss), parece aceptarla respecto de las obligaciones: GIORGI, Teoría, III, 1978, 462 s: “Claro está, con esto, que los Códigos modernos, al hablar aparentemente de la causa del contrato (*causa contractus, cur contraxit*), aluden verdaderamente a la causa de la obligación contractual (*causa debendi, cur se obligavit*)” “Esto sentado, la Causa, considerada como cuarto requisito de los contratos, puede definirse como: el motivo jurídico por el que uno se obliga al contratar”.

⁹⁵ ARJONA, La causa, 1999, 101, n.1; NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 621.

⁹⁶ DUALDE, Concepto de la causa, 1949, 111.

⁹⁷ Pág. 66-87.

desestimado la tesis de la causa básicamente por los motivos, que resumiendo son:

a. La teoría de la causa resulta inaplicable a las obligaciones ex quasi contractus, ex delicto y ex quasi delictus. Únicamente es capaz de explicar su aplicabilidad a las obligaciones ex contractus⁹⁸.

b. Los textos romanos del Digesto en los que Domat se inspiró para formular su teoría de la causa están referidos a cuestiones diversas a las que parece entendió dicho autor, luego, al haberlos interpretado erróneamente y extraído de ellos la teoría de la causa, para ser aplicada a las obligaciones, incurrió en evidente error⁹⁹.

c. El argumento con el cual Domat pretende establecer la causa de los llamados contratos a título gratuito –y que matizadamente sigue Pothier-, resulta ser falso porque desde la perspectiva de la tesis por él expuesta, en verdad, este tipo de contratos está caracterizado por carecer de causa respecto de la obligación del donante: si dicha causa está referida –según el mismo Domat expresa- a los motivos que tengan carácter de razonables y justos, y los motivos carecen de relevancia, pues lo que importa es la finalidad inmediata, entonces la noción de causa aplicada a este tipo negocios resulta innecesaria. Si la causa de los contratos sinalagmáticos se descubre en las obligaciones recíprocas de las partes, entonces, en los contratos gratuitos la obligación del que da sin recibir nada a cambio, carecerá de causa¹⁰⁰ pues no existe una obligación recíproca.

d. Pareciera que en los contratos sinalagmáticos es en los que la causa pudiera tener cabida, mas sin embargo, ni en estos encuentra

⁹⁸ DABIN, La teoría de la causa, 1955, 21s.

⁹⁹ Idem. 39 s, 83. V. supra. n. 112.

¹⁰⁰ Idem 45s, 67.

valor, porque no es más que una imposición derivada de argumentos falaces. Si dicha tesis ha tenido cierta aplicación en esta materia, se debe a que Domat confundió los contratos sinalagmáticos modernos con los innominados del derecho romano. Para afirmar que la validez de las obligaciones sinalagmáticas requiere la presencia de una causa, sería necesario acudir a la idea de un sistema en el que la obligación tuviese una existencia independiente de la obligación correlativa y, en consecuencia, surgiera la necesidad de establecer un enlace entre ambas obligaciones, pero es que en los contratos con obligaciones de este tipo, la interdependencia es nota característica, y entonces la causa sobra^{101 102}.

¹⁰¹ Idem. 70.

¹⁰² Además de estas críticas vertidas contra el causalismo y que son exclusivas de la obra de Dabin, de la lectura de otros autores pueden citarse, sintéticamente, otras:

-Se confunde la causa con el consentimiento, tanto en los contratos gratuitos como en los a título lucrativo, y con el objeto en los contratos onerosos: GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 27; ALBALADEJO, Manuel; "La causa", RDPRIV, T. XXXII, abril 1958; pág. 319; GARCÍA AMIGO, Teoría general, 1995, 301; NÚÑEZ-LAGOS, RCRITDI XXXVI, 1961, 621 ss (V. Ibidem tamb. Una refutación a la crítica de Dabin); ZUMALACARREGUI, Causa, 1977, 68.

-Afirmar que la obligación de una parte es la causa de la obligación de la otra en los contratos llamados sinalagmáticos, resulta ser incomprensible, porque ¿cómo puede cada obligación ser a un tiempo causa de la otra y efecto suyo? cuando lo normal resultaría ser que la causa preceda al efecto.: DABIN, La teoría de la causa, 1955, 32; MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 31s; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 425.

-En los contratos reales, la inutilidad de la causa se manifiesta en que si decimos que la causa de dicho acto, para el deudor, reside en la entrega que de previo a él ha sido realizada por el otro sujeto, entonces al mismo tiempo se estaría afirmando que a eso que se llama causa no es otra cosa que el hecho que ha generado la obligación: GALINDO, Teoría general, 1996, 156.

- Los efectos que, con carácter de fundamentales, se pretenden alcanzar mediante la causa (anulación de obligaciones por ausencia de causa y anulación de contratos por causa ilícita), pueden obtenerse sin recurrir a tal concepto.: MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 31 s. LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 425; GARCÍA AMIGO, Teoría general, 1995, 301.

Pese a estas posiciones doctrinales, lo cierto es que en buena parte de los códigos latinos se estipula la necesidad de que el contrato cuente con una causa para ser tenido por perfectamente formado, y por su parte, la doctrina dominante sigue la idea de la causa como elemento útil dentro de la ciencia jurídica.

3.2.3.1.3 TESIS NEOCAUSALISTAS

Animado en la intención de rebatir las críticas que el anticausalismo dirigió al estudiado elemento contractual, se irguió en el seno de la doctrina iuscivilista un bloque de autores en cuyas obras se llevó a cabo una revisión e intento de superación de los defectos atribuidos a la noción clásica de la causa.

Dichas teorías no se caracterizan precisamente por su homogeneidad -lo único que puede señalárseles como rasgo identificador entre ellas es la aceptación de la necesidad de la causa como un requisito de la figura contractual-, de tal forma que, abordan el tema desde perspectivas de distinta implicación. Pueden citarse las siguientes:

3.2.3.1.3.1 CONCEPCIÓN SUBJETIVISTA

Básicamente, los partidarios de esta corriente relacionan la causa de la obligación con el propósito específico o motivo determinante que ha llevado a un individuo a otorgar su voluntad a

los efectos de asumir una obligación¹⁰³. La causa no debe entenderse como el fin abstracto propio de cada contrato, sino, como el fin inmediato que pretenden las partes al celebrarlo¹⁰⁴, o sea el cumplimiento del mismo, puesto que cada una de las partes pretende quedar obligada a cumplir la prestación prometida, en tanto la otra cumpla o ejecute efectivamente lo que le incumbe¹⁰⁵. Así pues, la causa -de la obligación- resulta ser el fin jurídico que mueve al sujeto al celebrar el contrato^{106 107}.

Uno de los más conspicuos autores de esta tesis es CAPITANT¹⁰⁸ -con él “se consagra formalmente”¹⁰⁹ dicha corriente-. Además de defender algunos postulados de la doctrina tradicional de la causa, tal como la distinción entre causa y motivos, dicho autor acepta que la doctrina tradicional debe sufrir alguna revisión, sin renunciar a la idea de unidad de la noción de causa¹¹⁰, haciendo

¹⁰³ Cfr. SCOGNAMIGLIO, Teoría, 1996, 128; DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 179, 227.

¹⁰⁴ LACRUZ/SANCHO/LUNA/RIVERO/RAMS, Elementos IV, 1997, 426.

¹⁰⁵ GALINDO, Teoría general, 1996, 158.

¹⁰⁶ GALINDO, Teoría general, 1996, 158; CLAVERÍA, La causa, 1998, 70; ARJONA, La causa, 1999, 208s; GUZMÁN PÉREZ, Cristina; Simulación del consentimiento matrimonial, aportaciones de los canonistas españoles 1917-1982; Colex; Madrid; 1999; pág. 68.

¹⁰⁷ “Todo el que consiente en obligarse hacia otro, lo hace por la consideración de un fin que se propone alcanzar por medio de esta obligación” “una obligación no es válida sino cuando el fin previsto es susceptible de ser alcanzado y lícito”: CAPITANT, Henri; De la causa de las obligaciones, trad. Eugenio Tarragato y Contreras; Góngora; Madrid; S/F; pág. 2 y 28.

¹⁰⁸ En su obra citada en la nota precedente.

¹⁰⁹ ALONSO PÉREZ, Mariano; “El error sobre la causa”; en Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas; T. III; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969; pág. 57.

¹¹⁰ El afirmar que resulta ser invariable el fin perseguido y por tanto la causa de cada tipo de obligaciones (De la causa, S/F, 31), trae como consecuencia que alguna parte de la doctrina señale a esta tesis como confusa, en el sentido de que, haciendo tal aserción, tiende a objetivizar la causa. No resulta coherente decir primero que, para determinar la noción de causa se debe prestar atención primordial a la intención concreta de los sujetos y luego, que una sola es la causa de cada tipo de obligaciones.: DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996,

posible que el concepto de causa resultante sea susceptible de explicar su utilidad, referida tanto al perfeccionamiento del contrato como al influjo que el mismo tiene sobre la vida de la obligación¹¹¹, a cuya figura, en exclusiva, atribuye la causa¹¹².

En tal sentido, opina que debe mantenerse siempre presente, a los efectos de entender correctamente la causa de las obligaciones, la distinción entre causa y motivos¹¹³. La diferencia entre uno y otro concepto estaría en que el motivo psicológico no es otra cosa que la “razón contingente subjetiva”, por lo cual puede haber motivos tantos como individuos hay, y aunque este motivo, en cada una de las partes del contrato, es lo que las impulsa a otorgar su voluntad, el derecho no lo tiene en cuenta si no constituye parte del concierto de voluntades realizado por los sujetos de la relación obligatoria. Normalmente, el acreedor conocería siempre la causa de la obligación de su deudor, porque esta causa se “desprende de la naturaleza misma del contrato”¹¹⁴.

Esta interrelación entre causa y naturaleza del contrato es el fundamento de que se haya dicho, por algún sector doctrinal, que la causa, determinada de tal modo, constituye un elemento de carácter

229. Este reproche se ve reafirmado aún más si se tiene en cuenta textos como éste: “El consentimiento y la causa pertenecen al mismo orden psicológico; pero la causa establece relación entre la voluntad y un hecho exterior, extraño a ella, que el deudor tiene en perspectiva, y por eso no es puramente subjetiva; participa de un carácter objetivo”: CAPITANT, De la causa, s/f, 27.

¹¹¹ V. idem. 27-31; el comentario en: MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 35; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 426.

¹¹² CAPITANT, De la causa, S/F, 26: “es un error hablar como lo hacen ciertos autores de la causa del contrato. Hay una evidente equivocación. La causa de un contrato, por sí sola no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes”

¹¹³ Idem. 23 ss.

¹¹⁴ Idem. 24.

objetivo¹¹⁵, es decir, un fenómeno que resulta ser totalmente independiente de la voluntad de cada contratante. Este reproche no resulta, sin embargo, tan trascendental porque la causa, aunque no constituye el mero propósito generador del asentimiento de cada una de las partes, sin embargo, se ve perfilada y acotada por el acuerdo de las voluntades¹¹⁶.

Siempre dentro del campo de la crítica, se destaca¹¹⁷ el hecho de que, centrando toda su atención en la voluntad de los sujetos intervinientes, deja de lado la importancia que reviste la “función valorativa del Derecho”, con relación a cada propósito negocial, y así, también descuida la importancia que reviste la clasificación de las causas por razón de la eficacia de los títulos de los derechos.

3.2.3.1.3.2 TEORÍA OBJETIVA

Esta tesis se desarrolló fundamentalmente en la doctrina italiana^{118 119}, nacida como respuesta a los excesos en que incurría la tesis anteriormente expuesta¹²⁰.

¹¹⁵ V. supra n. 109.

¹¹⁶ MELICH ORSINI, ADC enero-marzo 1984, 36.

¹¹⁷ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 180.

¹¹⁸ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 228; DUALDE, Concepto de la causa, 1949, 103; GORLA, El Contrato, I, 1959, 245.

¹¹⁹ CRISCUOLI, Il contratto, 1992, 303: Para el legislador italiano la necesidad de la causa se encuentra en la exigencia, con base en muchos aspectos de tipo dogmático e ideológico, de valorar en bloque la naturaleza de la operación contractual, discriminando entre la promesa que el ordenamiento jurídico no puede reconocer y tutelar, y los contratos –que sí merecen tal reconocimiento y tutela- dirigidos a realizar operaciones no solo económica, sino también, socialmente apreciables.

Para los defensores de esta línea de pensamiento respecto de la causa del contrato¹²¹, dicho elemento está constituido por el fin común inmediato, por la función económico-social¹²² que el contrato está llamado a desempeñar. Es la utilidad social que el contrato desempeña dentro del tráfico jurídico, el elemento que lo hace merecedor de reconocimiento y tutela por el ordenamiento jurídico¹²³. En suma, esta corriente doctrinal centra la naturaleza de la causa en el encaje del negocio jurídico en una figura típica del ordenamiento¹²⁴.

Este fin al que se hace alusión, resulta esencialmente distinto de la voluntad y de los meros fines subjetivos últimos que las partes pueden tener en mente^{125 126}, así, a cada contrato o tipo de contrato

¹²⁰ OSTI, NDI IV, 1957, 506s.: Esta teoría fue la reacción en contra de la tesis que centra la atención mayor en la voluntad como creadora de los efectos jurídicos del negocio – subjetiva-. No es posible que se tutele la voluntad en sí y por sí, con independencia de una valoración según los criterios de utilidad social, del fin concreto al que se dirige. Constituye la tesis que de la causa es más comúnmente aceptada por la doctrina italiana.

¹²¹ Al hablar de causa debe hacerse referencia sólo al contrato mas no a la obligación que en él tiene su origen, pues constituye elemento necesario del contrato para justificar los desplazamientos de valores patrimoniales. No obstante, la obligación también posee una causa que resulta, lógicamente, distinta de la que corresponde al contrato. La causa de la obligación es la razón de ser o el fundamento jurídico del deber de cumplimiento: MESSINEO, *Doctrina general*, I, 1986, 112, 116ss.

¹²² Por la doctrina española puede verse: GETE, *Estructura*, 1979, 527; GARCÍA AMIGO, *Teoría general*, 1995, 303ss.

¹²³ GORLA, *El Contrato*, I, 1959, 249.

¹²⁴ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 179. Procura esta tesis conocer las causas determinadas por el Derecho como válidas y eficaces para cada especie de negocio, en el entendido de que cada uno de los negocios de carácter típico tienen una causa interna que le es propia, limitándose las partes a sólo adherirse a dicho esquema: GUZMÁN PÉREZ, *Simulación del consentimiento*, 1999, 68.

¹²⁵ MESSINEO, *Manual III*, 1954, 111.

¹²⁶ ZUMALACARREGUI, *Causa*, 1977, 75 s, se muestra de acuerdo con la distinción entre lo que es la causa y los meros motivos, expresa así que, para el derecho debe, necesariamente resultar irrelevante las peculiares razones particulares del comprador y el vendedor, en cambio, lo que sí debe considerarse es que el negocio haya contribuido a la realización plena de la utilidad que las partes esperaban a partir de él.

corresponde una causa o tipo de causa¹²⁷ -la cual es constante e invariable¹²⁸ -; por este carácter esencialmente objetivo que esta concepción atribuye a la causa, la misma se esfuerza por dejar por separado los llamados motivos individuales¹²⁹ que pueden inducir a los contrayentes a estipular un contrato.

De conformidad con este criterio, los motivos son particularmente, la consideración psíquica de un hecho o de una situación que incide en el ámbito de la conciencia, sobre la voluntad del sujeto como estímulo o móvil o impulso, induciéndolo a contratar. Esos motivos, operando en lo interno de la esfera psíquica del sujeto y constituyendo en él una actividad interior, no tienen ni deben tener, por regla general, relevancia jurídica¹³⁰.

Imbuido en esta línea de pensamiento OSTI, afirma que la causa es: La adecuación del contenido total del contrato a una función económica social apreciable, con base en los principios en los cuales se inspira el ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, el contenido integral del contrato – comprensivo del objeto como determinado por el acuerdo de las partes, y de cualquier otro elemento también accidental o accesorio que integra parte del acuerdo mismo- considerado en su adecuación a una tal función

¹²⁷ GARCÍA AMIGO, Teoría general, 1995, 302.

¹²⁸ MESSINEO, Doctrina general, I, 1986 110.

¹²⁹ MESSINEO, Manual III, 1954, 119ss. No obstante, DE CASTRO, al realizar un análisis crítico de la forma en que se trata el tema de los motivos, tanto en la tesis subjetiva como objetiva, llega al convencimiento de que ninguna de ellas acierta plenamente al planteamiento que supone dicho tema, ninguna de las dos otorga el valor debido a los motivos. Por ello prefiere considerar a la tesis de la “causa concreta” como una manera a través de la cual se incorpora el motivo dentro de la consideración sobre la causa. Por su medio los asuntos atinentes a la controversia sobre los motivos se sintetizan en una solución, que representa la “delimitación de la causa en su aspecto subjetivo”, separando así de lo que constituye el supuesto de hecho del negocio jurídico todo lo que no presente relevancia a los efectos de su caracterización jurídica.

¹³⁰ CRISCUOLI, Il contratto, 1992, 304.

económico social¹³¹ ¹³². La causa, de esta manera entendida, se yergue como un elemento necesario para ejercer dentro de las relaciones jurídico-patrimoniales un control de los límites de la autonomía de la voluntad¹³³.

El valor de la función económico- social -y la utilidad social que va ligada a ella, misma que sirve de justificación para otorgar la tutela jurídica al contrato en sí- debe ser estimado en relación con el complejo contenido de éste, que es un todo orgánico formado a partir de la concurrencia de la totalidad de sus elementos, y que, debido a la amplitud del reconocimiento de la autonomía contractual, podrían presentarse en una variada multiplicidad, tantos como pueden ser los intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico, y que el contrato puede ser destinado a realizar¹³⁴.

Suavizando un tanto la radical visión económica de que reviste a la causa esta tesis, Osti, procura explicarla introduciendo alguna nota. En tal sentido dirá que, resulta bastante dudoso que se pueda hablar de “tipicidad de la causa” como una rígida tipicidad legislativa, y resultaría más correcto referirse a una “tipicidad social” en el sentido que ella corresponda a la “valoración económica o ética de la conciencia social”, y que esto presuponga necesariamente una configuración por tipos, una tipificación antecedente lógicamente a la

¹³¹ OSTI, NDI IV, 1957, 506 s.

¹³² DUALDE, Concepto de la causa, 1949, 104, da su propia interpretación de lo que en resumen significa la tesis objetivista de la causa: “A mi ver, la causa objetiva es el ambiente social y jurídico que hace posible el desenvolvimiento con éxito de las iniciativas lícitas individuales”.

¹³³ GIORGIANI, Michele; “Causa” (dir. privato); en Enciclopedia del Diritto T. VI; Giuffrè editore; Varese; 1960; pág. 563; tamb. CRISCUOLI, Il contratto, 1992, 303: cuanto más depende el contenido del contrato de la libre voluntad de las partes, tanto más es necesario que sea controlado en su función.; JORDANO, EDCH- LACRUZ I, 460; ARJONA, La causa, 1999, 210ss.

¹³⁴ OSTI, NDI IV, 1957, 507.

conclusión del negocio. Aunque se quiera entender con mucha amplitud tal tipicidad, tanto como para hacerla coincidir con los esquemas tradicionales de la actividad económica –cambio, crédito, prestación de servicios, etc.–, lo cierto es que a ella escapan con mucha frecuencia nuevas formas de colaboración entre los sujetos, nuevos intereses del desarrollo rápido de la técnica y de la economía que surgen con celeridad y frecuentemente necesitan de nuevos tipos de contratos para obtener la tutela, no siempre posible dentro de aquél esquema tradicional. No hay razón para pensar que fuera de tales esquemas se deban encontrar deducidos en un contrato solamente “intereses meramente individuales, contingentes, variables, contradictorios, socialmente imponderables”: a la posible variedad de la causa del contrato la ley pone únicamente límites negativos no otorgando tutela a la voluntad de las partes cuando esta sea ilícita o tienda a traducirse en actos o intentos de fraude a la misma ley¹³⁵.

Además de lo antes dicho, constituye postulado principal de esta noción de lo que es la causa, una noción unitaria de la causa, no sólo para los contratos, sino también para todos los negocios jurídicos^{136 137}.

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ GIORGIANI, EDir. VI; 562; OSTI, NDI IV, 1957, 507.

¹³⁷ Nosotros, ante esta aseveración que realiza GIORGIANI, y que tiene eco en la obra de OSTI, podríamos alegar que si la causa del contrato es la “función económico social” que el mismo desempeña en el mundo negocial, entonces, esta pretensión de extender la causa a todos los demás negocios jurídicos, tornará a la causa en elemento inútil, porque, no todos los negocios jurídicos implican el elemento económico patrimonial al que parece remitir la idea de función económica, piénsese por ejemplo en cuál sería la causa de la adopción, negocio en el cual no interviene un elemento patrimonial determinante de la realización del mismo, aunque dicho negocio sí que tiene una función social importante y si se quiere, tipificada. En este sentido se ha manifestado MESSINEO, *Doctrina general*, I, 1986, en cuya opinión no es posible predicar esta noción de causa para los negocios que carezcan de un contenido no patrimonial. Más razonable pareciera la afirmación de que la causa está en la función social del negocio, tal como afirma ZUMALACARREGUI, *Causa*, 1977, 113ss; mas sin embargo, cabría oponerle lo expresado por LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, *Elementos* II, I, 1999, 427: resulta un equívoco referirse a la causa como función social del negocio, por cuanto, éste tiene un

Alguna parte de la crítica que se ha dirigido contra esta doctrina, le viene de un autor de su misma nacionalidad: GORLA¹³⁸, que de manera general considera que esta tesis se ha formado a partir de supuestos erróneos¹³⁹, por ello, “es el producto más refinado

desarrollo como un acto volitivo individual, en él se contiene una manifestación de aspiraciones de uno o varios sujetos de derecho que no necesariamente tienen que coincidir con un interés del “procomún”, siendo únicamente necesario, para alcanzar la tutela jurídica, el que ello no sea contradictorio de la moral social.

¹³⁸GORLA, El Contrato, I, 1959, 243 ss.

¹³⁹ El Contrato, I, 1959, 249-254: La ambigüedad que entraña la expresión función social, ha propiciado una confusión entre la función social, como utilidad social de un contrato y como función típica de un contrato en la sociedad. Dicha confusión radica en que este último aspecto mencionado –función típica de un contrato en la sociedad-, está en relación con la función que sirve para determinar el tipo o los caracteres típicos de un determinado contrato, por lo que resulta útil para dar solución a problemas de índole distinta a la simple determinación de la utilidad social del mismo -primer aspecto- (estos problemas podrían verse desde tres perspectivas: A. Problemas relativos a la ubicación de algún caso concreto entre los que resultan ser tipos comunes con el propósito de hacer factible el determinar cuáles son las normas que le sean aplicables directa o analógicamente, o bien con el fin de crear a través de la jurisprudencia, normas que resulten aptas para reglar este caso y similares; o en fin para llevar a cabo la llamada interpretación integradora de la voluntad de los contratantes. B. Las controversias surgidas con ocasión del desacuerdo entre los contratantes sobre el contenido típico “(función o causa)” del contrato. C. Problemas con raíz en la realización o posibilidad de realizar el fin de las partes, presentados bajo el aspecto objetivo que lo haga digno de jurídico reconocimiento), ninguno de dichos problemas tiene relación alguna con la necesidad de la existencia de una utilidad social del contrato o de una función social del mismo que sea típica, como requisito para que tal contrato pueda merecer el reconocimiento jurídico.

- Se deja sentir en esta tesis objetivista cierta aversión a los contratos atípicos en cuanto carentes de una función o utilidad social, es decir en cuanto “socialmente fútiles o improductivos”.

- El tercer error en que incurre, en su formación, la tesis objetivista está en relación con el requisito del interés del acreedor en la prestación, porque considera necesario, para obtener la sanción jurídica de la promesa, que el promisorio tenga un interés merecedor de tutela desde la perspectiva social, en esta proposición se encuentra la esencia de esta teoría -porque esta concepción de la función social del contrato, como título para obtener la tutela jurídica, no considera la causa por la cual el promitente se ha obligado, sino, el interés que el promisorio hace valer cuando pide en juicio la sanción de dicha promesa-. Al sancionar el contrato, el Derecho realiza o tutela la voluntad o el interés del acreedor y no la voluntad ni el interés del deudor. Por ello, el requisito de la función social merecedora de tutela jurídica se resuelve en el de un interés del acreedor que merezca dicha tutela.

- Otro error contribuyente a la formación de esta teoría, es la consideración sobre el concepto de autonomía privada como potestad del promitente para obligarse. Entendida de tal manera la autonomía privada y no queriendo admitir un poder ilimitado de la voluntad para crear efectos jurídicos, se ha entendido que este poder no debe reconocerse para fines de

de cierto método (insensible a la historia y al derecho comparado) de abstracciones nebulosas y de generalizaciones erróneas, cruz y delicia de una parte importante de nuestros doctos del Derecho”¹⁴⁰.

Pero dejando las críticas generales, puede citarse otras¹⁴¹ que ha recibido esta tesis; por ejemplo, dentro de la doctrina española, DUALDE¹⁴², quien ataca el planteamiento en cuestión expresando que, no porque exista la disposición de la conciencia social a favor de una función nace la función; que no surgen los contratos de compraventa o de arrendamiento, por ejemplo, porque resulten necesarios dichos contratos; por ello, la consecuencia resulta clara. Esto sólo no constituye la causa, porque ésta no son los arquetipos contractuales. Y más recientemente CLAVERÍA¹⁴³, expresa que esta tesis da lugar a que se afirme que los contratos típicos serían insusceptibles de ser declarados nulos por causa ilícita, porque su causa, en todo caso siempre sería lícita¹⁴⁴, obligando consecuentemente a los órganos jurisdiccionales a recurrir a la figura del fraude de ley para lograr su anulación, cuando fuere necesario,

poco aprecio o importancia. Con lo cual, en lugar de considerar la posición o interés del promisorio, lo que se hace es considerar la del promitente. Estas limitaciones al mencionado poder de la voluntad son establecidos no en razón de una función social del contrato, sino más bien en interés del promitente.

- La tesis analizada resulta un buen ejemplo de la tendencia a la generalización y a la abstracción en la doctrina italiana y se nota en ella la influencia del concepto general de negocio jurídico. Por ello mide con el mismo rasero tanto a los negocios contractuales obligatorios como a todos los demás negocios, lo cual resulta indebido pues unos y otros no poseen una total identidad que permita aplicarles, en rigor, los mismos principios.

¹⁴⁰ GORLA, El Contrato, I, 1959, 247.

¹⁴¹ V. DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 228 s; LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 427.

¹⁴² Concepto de la causa, 1949, 107 s.

¹⁴³ CLAVERÍA, La causa, 1998, 77.

¹⁴⁴ En el mismo sentido: LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos II, I, 1999, 427; DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 228.

incurriendo con ello en una acusada inutilidad del concepto de causa.

Una fortísima razón acompaña a la crítica expuesta por DE CASTRO¹⁴⁵, en el sentido de que esta concepción vacía de contenido al concepto de causa en su utilidad, porque, cuando se afirma que la función económico social es lo que las partes buscan, se llega de nuevo a la criticada tesis subjetiva; si se asocia la idea de la causa con la función práctica o económico social se le confunde con el contenido del negocio y por último, si se afirma que causa es síntesis de la función jurídica, no se distingue la causa del negocio en su totalidad.

3.2.3.1.4 TESIS ECLÉCTICA

La noción que tienen las expuestas teorías respecto de la causa reflejan inconsistencias e imprecisiones en la concepción del estudiado concepto, sólo apuntan a aspectos parciales de la misma y es esto, precisamente, lo que las vuelve incapaces de explicar el fenómeno de la causa con claridad y en toda su dimensión. Por ello resulta como algo sumamente necesario, e impostergable, el superarlas a través de un criterio que abarque lo que de acertado puedan tener una y otra¹⁴⁶.

¹⁴⁵ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 182.

¹⁴⁶ Esta idea se repite en alguna parte de la doctrina española, cuyos textos dejan muy a menudo un sabor de reproche a las posiciones que se mueven antagónicamente dentro de un acusado objetivismo o subjetivismo. Por ello podemos decir con García Padrón, que esta corriente ecléctica es la más aceptada en el seno de la dogmática iuscivilista hispánica. V. este sentido: DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 235s; CLAVERÍA, La causa, 1998, 110-114; JORDANO, EDCH- LACRUZ I, 468ss; LASARTE ÁLVAREZ, Principios, III, 1995, 39; ARJONA, La causa, 1999, 214; GARCÍA PADRÓN, La causa, 1979, 35, 47ss.

Así pues, debe tenerse como correcto el afirmar que, dentro de una noción de causa exenta de errores, junto al fin abstracto que el negocio persigue, debe ubicarse también el propósito inductor que conllevó al sujeto a acordar el contrato¹⁴⁷.

La causa para esta posición doctrinal puede apreciarse en primer lugar como una exigencia normativa y elemento constitutivo del contrato, a la par del consentimiento y el objeto, y en segundo término, como la finalidad de las partes al contratar¹⁴⁸, es decir que en ella se distinguen caracteres de tipo objetivo y subjetivo a la vez.

Como elemento normativo la causa tiene como utilidad la tipificación del contrato a los efectos de determinar si cae o no dentro de la órbita de los negocios tutelables por el ordenamiento jurídico, además de permitir su calificación de oneroso o gratuito, o bien de típico o atípico. Ahora bien, en su segundo aspecto –de finalidad– la causa reviste una actividad de tipo axiológica o valorativa de la contratación, misma que se puede presentar en un doble aspecto, ya sea como moralizadora, ya como socializadora. Como consecuencia de lo dicho, se afirma que la causa posee –para esta tesis– una triple función: caracterizadora, moralizadora y socializadora¹⁴⁹. Se colige del conjunto de lo expresado que, la causa –al igual que en la precedentemente expuesta tesis– alcanza el rango de elemento que contribuye a la realización de un control social de la autonomía privada a partir de la norma jurídica¹⁵⁰. Y en tal sentido, concluimos este punto haciendo nuestra la opinión del profesor ALPA¹⁵¹: “El rol

¹⁴⁷ ALBALADEJO, RDPRIV, XXXII, abril 1958, 316.

¹⁴⁸ GARCÍA PADRÓN, *La causa*, 1979, 35

¹⁴⁹ *Idem.* 47ss.

¹⁵⁰ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos I*, 1996, 235.

¹⁵¹ ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 281.

más importante de la causa es ahora uno de carácter disdacálico-sistemático; la causa, en cuanto razón justificativa de la operación económica, es un elemento lógico-estructural de la “veste” jurídica en la cual dicha operación está inserta”.

3.2.3.2 DETERMINACIÓN DE LA FIGURA A LA QUE PERTENECE LA CAUSA

Una vez realizada una breve incursión al problema de la existencia de la causa y, aceptando por nuestra parte que la causa del contrato en su ser se proyecta sin ambages ni oscuridades a través de la tesis sostenida por la reciente doctrina española, expuesta en el antecedente apartado, todavía queda pendiente la elucidación del instituto jurídico al que se debe aplicar la susodicha noción de causa del contrato. No obstante, la brevedad que nuestro objetivo fundamental en este trabajo nos impone, nos fuerza a ir sin más a lo que creemos apropiado y correcto en este aspecto, por ello hemos de expresar que nos adherimos a la autorizada opinión que el profesor DÍEZ PICAZO expone sobre el tema¹⁵².

El citado autor tiene por acertado referir la noción de causa a tres figuras jurídicas, a saber:

¹⁵² Esta concepción de atribuir la noción de causa a varios institutos jurídicos es una característica de la doctrina civilista española, nos parece, alentada en la trascendental obra que sobre el negocio jurídico realizara en su día el profesor De Castro. Como ilustración de esta idea puede verse: ZUMALACARREGUI, Causa, 1977, 113; ARJONA, La causa, 1999, 214ss.

3.2.3.2.1 CAUSA DE LA ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL¹⁵³

Como introducción a este apartado debemos aclarar a qué en concreto es a lo que llama la doctrina “*atribución patrimonial*”. El uso del vocablo se debe a la doctrina alemana, en la cual, designa el aumento patrimonial de una persona a costa de la disminución del patrimonio de otra^{154 155}.

Con dicha expresión se quiere indicar un determinado tipo de resultado de una actividad jurídica, normalmente negocial; es precisamente aquél resultado, susceptible de múltiple cualificación jurídica, que consiste en producir, a favor de un sujeto, una ventaja, un enriquecimiento, un incremento de su esfera patrimonial¹⁵⁶.

Dicho lo cual, puede afirmarse que el derecho, que, nacido de la ley o de un negocio jurídico –permitido por la ley–, asiste al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial, es lo que constituye la causa de dicha atribución¹⁵⁷.

¹⁵³ Se muestra partidario de asignar la figura de la causa la atribución patrimonial: ALBALADEJO, Compendio, 1997, 122.

¹⁵⁴ ARJONA, La causa, 1999, 109.

¹⁵⁵ Desde el punto de vista del accipiens, constituye cualquier beneficio valuable que se recibe a costa de otro: LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 429.

¹⁵⁶ NICOLÓ, Rosario; “Atribuzione Patrimoniale” en Enciclopedia del Diritto, T. IV; Dott A. Giuffrè editore; Varese; 1959; pág. 283.

¹⁵⁷ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 232 s.

3.2.3.2.2 CAUSA DE LAS OBLIGACIONES

El origen de esta teoría está en las tesis de Domat y de Pothier¹⁵⁸, las cuales introduciendo, en un primer momento la causa como un elemento de las obligaciones, predicaron, posteriormente, dicho concepto también como necesario respecto del contrato.

Uno de los autores más renombrados de esta postura, como ya se dijo páginas atrás, es CAPITANT, para quien las personas se obligan voluntariamente a los efectos de conseguir un fin de orden económico pecuniario, siendo la obligación el medio idóneo para lograr el dicho fin¹⁵⁹, motivo por el que resulta erróneo referir la causa a los contratos, ya que lo propio es hablar de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes.

Para el profesor DÍEZ PICAZO¹⁶⁰, la causa puede aplicarse a la obligación, y en tal circunstancia resulta ser lo mismo que en su día predicó la doctrina clásica de la causa: que la causa de la obligación está constituida por sus fuentes. Así pues, la causa en las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos - y nos atrevemos a agregar la ley-.

¹⁵⁸ V. lo dicho a este respecto supra. pags. 25-31.

¹⁵⁹ CAPITANT, De la causa, S/F, 19.

¹⁶⁰ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 234.

3.2.3.2.3 CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO

El planteamiento de la causa respecto del negocio jurídico –dice DÍEZ PICAZO¹⁶¹- puede verse desde una doble perspectiva, por un lado estaría lo relativo a la causa determinante o eficiente del negocio y por el otro estaría lo relativo a la justificación de la tutela efectiva que el ordenamiento ejerce sobre dicho negocio.

No obstante, al analizar el porqué de la tutela al negocio – expresa el citado autor-, se descubre que ello sólo hace referencia a lo que la doctrina ha llamado función social del negocio y esto no es propiamente la causa del negocio, sino su función. En cambio, lo relativo a la causa determinante o eficiente, es lo que verdaderamente interroga por la causa del negocio. La respuesta a esta interrogante resulta ser diversa, porque, a veces, hay negocios que pueden tener su causa en otros negocios, como los hay que pueden tenerla en sí mismos. En los negocios que tienen antecedente en otro negocio, la alusión a la causa remite necesariamente a las circunstancias que sirviéndole de justificación, constituyen su antecedente, en el sentido de su adecuación a lo ordenado por la norma jurídica correspondiente; también, debe tenerse en cuenta “el sentido y el alcance” que se quiere imprimir al nuevo negocio.

De lo dicho hasta aquí, se infiere que el concepto de causa también se aplica a todos los negocios jurídicos, con independencia de que sean patrimoniales o no, y que su causa está dada en algunos casos por el negocio mismo y por negocios antecedentes en otros tipos.

¹⁶¹ Idem.234 ss.

3.2.3.3 COROLARIO

Como hemos podido apreciar, una nube de oscuras dudas se ha cernido históricamente sobre el hoy tercer elemento de los contratos. No obstante, a través del estudio concienzudo que la doctrina ha realizado sobre él, puede decirse que se ha logrado despejar un tanto las dudas que sobre el mismo concepto se cernían, iniciando desde su propia determinación hasta llegar a la tan discutida utilidad de dicho concepto referido a una u otra figura jurídica.

Creemos que la causa no sólo es un elemento del contrato por que sea así mandado por el ordenamiento jurídico, sino que la causa justifica su importancia para el mundo del derecho civil, a través de su función de “control social de la autonomía privada”¹⁶², calificando como digna de tutela, cuando tal valoración sea necesaria, toda manifestación de voluntad y, en consecuencia, dotando de sentido y justificación, de manera general, a todo negocio jurídico.

¹⁶² DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 235, y agrega, 236: que las partes al obligarse o vincularse jurídicamente a través de un negocio jurídico, lo hacen encauzando su voluntad dentro de los parámetros que el ordenamiento jurídico considera como justos, a los efectos de obtener un resultado que también debe tener esta categoría.

4 SÍNTESIS DE LAS FIGURAS MATRIMONIO Y CONTRATO

Siguiendo con nuestro propósito, ahora que ya hemos descrito lo más relevante y esencial del contrato, estamos en tiempo y forma para cumplir el cometido de esta investigación. Contrastamos pues las instituciones jurídicas, matrimonio y contrato, para de ello deducir las conclusiones pertinentes respecto de la naturaleza jurídica que corresponde al primero.

De antemano dejamos sentado que, pese a la profusión dentro de la doctrina civil de la idea de que la naturaleza jurídica del matrimonio está constituida por el contrato, los autores que tal tesis adoptan como suya, con algunas excepciones, no determinan claramente la manera en que el matrimonio participa de los elementos contractuales, es decir, no desarrollan explicaciones de la manera en que encajan la figura del matrimonio en los elementos contractuales, limitándose a expresar su adhesión a la dicha corriente¹⁶³, por ello, en sus textos sólo queda planteado el asunto de manera general. Esta circunstancia, creemos, es el reflejo de que estos autores conciben tan firmemente que el matrimonio es un contrato, que no ven necesaria la explicación de la manera en que ello se materializa, puesto que ello significaría explicar la teoría contractual; por lo que optan hacer referencia al tema de manera superficial, limitándose a decir que el matrimonio es un contrato.

¹⁶³ V. como ejemplo VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Régimen Jurídico, 1981, 17; quien expresa que el matrimonio posee todos los elementos propios de un contrato y por ende todo lo que puede predicarse de un contrato es susceptible también de decirse del matrimonio: acuerdo de voluntades, capacidad para contratar, prueba, efectos y demás. No entra en el análisis de cómo se dan en el matrimonio estos mencionados elementos -que por otra parte, resultan de innegable presencia en el instituto matrimonial- y guarda silencio en cuanto a los otros elementos que se predicán del contrato, como el objeto y la causa.

4.1 NOTAS FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO

Para tener por irrefutable la tesis que asigna al matrimonio una naturaleza jurídica contractual es necesario determinar que en el matrimonio se da con toda exactitud una configuración idéntica a la que se produce en el contrato. De ello se deriva, entonces, la necesidad de que el consentimiento, el objeto y la causa como elementos integrantes del contrato, deban estar presentes en idéntica forma también en el matrimonio.

4.1.1 EL CONSENTIMIENTO

A la doctrina que entiende que el matrimonio encuentra su naturaleza jurídica en la figura del contrato se la puede caracterizar por las siguientes notas, que de manera expresa se relacionan con el elemento volitivo del vínculo matrimonial:

- a. El matrimonio se constituye de manera fundamental a partir del otorgamiento de las voluntades de los cónyuges, el consentimiento, pues, resulta ser su elemento constitutivo por excelencia.
- b. Es el matrimonio un contrato bilateral y formal, porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.
- c. La estructura contractual del matrimonio no se ve afectada por la afirmación de que en la confección de dicho instituto el contenido de éste ya está estipulado por la ley.
- d. El matrimonio posee una estructura idéntica a la del contrato, por cuanto en el mismo tienen presencia el elemento consentimiento, además del objeto y la causa.

e. La imposibilidad de que el mutuo disenso tenga cabida dentro del contrato de matrimonio no impide su calificación como tal.

El matrimonio, realidad natural y social juridizada, a través de la cual se instaura las bases del núcleo principal de la convivencia primaria dentro de una sociedad –la familia–, constituye en el momento de su erección un acto en el cual la voluntad de cada uno de los cónyuges es lo que permite la actuación del Estado, a través del ordenamiento jurídico, en pos de otorgar el estado civil pretendido.

En él pues, la manifestación de la voluntad concorde de los sujetos intervinientes juega una capital importancia. Esta rotunda afirmación ha sido aceptada de forma incuestionable por la doctrina¹⁶⁴ civilista en general. Y en al ámbito de los ordenamientos a este aspecto se ha otorgado una atención tan especial que en algunos de ellos se llega incluso a estipular que sin consentimiento válido emitido en el acto de celebración no puede existir¹⁶⁵.

Tal y como quedó demostrado en el capítulo I de este trabajo, esta evidente realidad constituyó el argumento determinante para que, históricamente, al acto jurídico a través del cual se instituye la relación matrimonial, se le hubiese identificado plenamente con la figura jurídica que en un determinado momento histórico constituyó la única forma de concebir el otorgamiento de voluntades: el contrato. Consideración que fue llevada a extremos insospechados, de tal manera que en toda manifestación de consentimiento de dos

¹⁶⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Iñigo; “La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial. Estudio del artículo 45 del Código civil”, LA LEY 1996-5; pág 1508.

¹⁶⁵ V. por ejemplo el artículo 45 CC. Español, y en general lo señalado al respecto en la introducción de esta tesis.

personas sobre cuestión relativa a algún asunto juridizado, había subyaciendo un verdadero contrato¹⁶⁶.

Pero dejando de lado estas remembranzas, la afirmación de que el matrimonio se constituye a través del consentimiento libre y válido de los cónyuges, constituye pues -y así lo aceptamos-, una verdad irrefragable puesto que no sólo dota de validez a dicho negocio, sino que, además, le dota de sentido.

Si contrastamos en este punto -el consentimiento- la realidad matrimonial con la contractual, necesariamente llegamos a la conclusión de que su presencia inexorable en ambas figuras las identifica y hace parecer como si el uno participa de la esencia del otro¹⁶⁷. Consecuentemente, es el consentimiento un elemento del contrato que se puede predicar también del matrimonio con igual

¹⁶⁶ PEIDRO PASTOR, Ismael; Proyección de la doctrina institucional sobre la naturaleza jurídica del matrimonio; Tesis doctoral inédita; 194? Pág. 98s; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo; "Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño", RGLJ, T. LXXII, 1976; pág. 240.

¹⁶⁷ VILADRICH, Pedro-Juan; El Pacto conyugal; documentos del Instituto de Ciencias para la Familia; ediciones RIALP; 1990; pág. 49; COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 320; BERNARDEZ CANTÓN, A; Curso de Derecho Matrimonial Canónico, 3ª edic.; Editorial Tecnos; Madrid, 1978; pág. 34; LACRUZ/SANCHO/LUNA/RIVERO/RAMS, Elementos IV, 1997, 64; MARTINEZ BLANCO, LH-Martínez, 1980, 435; FLORES BELLONI, Alfonso; El matrimonio como un acto estatal y la institución del matrimonio de hecho (tesis doctoral inédita), Madrid, 1952; pág.66. TIRAPU, Daniel/MANTECÓN, Joaquín/POLAINO, Aquilino; Once lecciones de Derecho Matrimonial; Riquelme y Vargas Ediciones S.L; Jaén; 1992;pág. 26; PERRONE (presbítero); Del matrimonio civil, Opúsculo formado por la Librería religiosa, con base en su obra Del Matrimonio Cristiano; Librería religiosa; Barcelona; 1889; pág. 14; RAMÍREZ, El matrimonio, 1930, 75; ROSSEL SAAVEDRA, Enrique; Manual del Derecho de la familia; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1958; pág. 20; BORDA, Guillermo A; Manual de Derecho de Familia, 10ª edic; editorial Perrot; Buenos Aires; 1988; pág. 39; CASSI LORENZO, Alier; Doctrina canónica relativa al mutuo consentimiento conyugal, causa eficiente del matrimonio (tesis doctoral inédita), Septiembre 1912; pág. 3; CARRERAS, Joan; Las bodas: sexo, fiesta y derecho, 2ª edic.; ediciones Rialp; Pamplona; 1998; pág. 69; DEGNI, Francesco; Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano; Casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1943; pág. 5; ROYO, RCRITDI VIII, 1932, 350; LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M/ LEÓN ALONSO José; Lecciones de Derecho Civil, El Matrimonio; Facultad de derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982; pág. 21; BELTRÁN FUSTERO, Luis; " Un estimulante del matrimonio: El artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", ADC Octubre- Diciembre 1956; pág. 1316; GANGI, Derecho,1960, 25.

rango de importancia, con lo cual, al parecer, queda establecido un punto de referencia identificativo¹⁶⁸.

No obstante lo dicho, cuando se realiza un examen profundo y atento de ambas realidades jurídicas en que el elemento consensual interviene, se descubre que existen divergencias entre ambas realidades, tal y como demostraremos en las siguientes páginas.

4.1.1.1 OBJECIONES

La coincidencia entre el consentimiento contractual y el consentimiento matrimonial, como argumento de que el matrimonio encuentra en el negocio contractual su naturaleza jurídica, sólo resulta ser una mera apariencia, un espejismo, porque si el fenómeno en cuestión se analiza con profundidad y rigor, la susodicha coincidencia se desvanece, no resiste en pie, porque se descubre que no es real tal identificación plena entre uno y otro tipo de consentimiento, como se demuestra a continuación.

Los puntos de inconsistencia de la afirmación en examen son susceptibles de reducirse a los siguientes¹⁶⁹:

- Si el matrimonio es un contrato por participar del elemento esencial común, que es la voluntad de las partes debidamente

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ DE CORDOVA, LA LEY 1996-5, 1507: “El matrimonio es, sí, un acto privado, porque, de un lado, el consentimiento, que es su esencia, es obra exclusiva de los contrayentes”; en el mismo sentido: VILLA ROBLEDO, María José; El matrimonio condicional; Edersa; Madrid; 1984; pág. 227; MONGE BALMASEDA, Oscar; “El matrimonio” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/HERRÁN ORTIZ, Ana/MONGE BALMASEDA, Oscar/GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Aihoa; Compendio de Derecho Civil. Familia; Dikinson; Madrid; 2000; pág. 28.

¹⁶⁹ V. todos estos señalamientos planteados en: PEIDRO, Proyección, 194?, 293-299.

manifestada, entonces cómo se explica que en dicho instituto jurídico no pueda tener lugar el mutuo disenso, cuestión que de suyo constituye nota característica del contrato.

- Por qué, siendo un contrato el matrimonio, no resulta factible el que las partes mismas sean quienes estipulen el contenido de las cláusulas que integren el dicho contrato.

- En la válida constitución de los contratos, las partes, además de estipular las cláusulas a partir de las cuales se integra el mismo, no precisan -salvo excepciones- de la intervención de ningún representante del Estado que reciba las declaraciones de voluntad tendentes a la constitución del acto, por el contrario, el matrimonio requiere siempre la presencia de un sujeto -tercero- que recepcione la conformidad de las partes de adquirir el estado de casados.

- Por último, si el matrimonio es un contrato por qué razón el consentimiento emitido por las partes que en él intervienen resulta discurrir por un mismo cauce y en un mismo sentido, contrariando así la nota de contraposición de intereses y expectativas que entre las partes contratantes resulta típica.

4.1.1.2 SÍNTESIS

La respuesta a los cuestionamientos antes planteados resulta ser sencilla. Pese a que el consentimiento juega un papel determinante y fundamental en la confección del instituto matrimonial, su correspondencia con el consentimiento contractual no resulta ser idéntico; analicemos el por qué.

La primera objeción anotada, que versa sobre la imposibilidad de aplicar el mutuo disenso como medio de poner fin a la realidad matrimonial, nos remite a la idea de la incidencia que tiene la autonomía de la voluntad en la constitución de dicho instituto.

Se dice a este respecto, que la autonomía de la voluntad en sede matrimonial resulta reducida tan sólo a la posibilidad de elegir la forma de celebración¹⁷⁰, en otras palabras, la constitución de la relación matrimonial se ve, por imperativo de los ordenamientos jurídicos, sustraída a la libertad negocial; la voluntad de los cónyuges es soberana únicamente para poner en existencia un matrimonio concreto¹⁷¹, mas no para ponerle fin desde el momento que así sea deseado y acordado por las partes, si no es con la intervención del poder público.

Creemos que la razón de esta restricción de la autonomía privada se debe a la relevancia social que reviste la institución básica de la más sólida unidad de convivencia¹⁷² social, es decir que la importancia que el Estado ha otorgado a la familia que se forma a partir del matrimonio, le ha obligado a limitar hasta estos extremos la

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DE CORDOVA, LA LEY 1996-5, 1507.

¹⁷¹ GARCÍA FAÁLDE, RJCAT, 1978, 47.

¹⁷² Cfr. FERNÁNDEZ DE CORDOVA, LA LEY 1996-5,1507; Expresa en este sentido ARECHEDERA ARANZADI, Luis; artículo 45; en Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil, coordinado por José Luis Lacruz Berdejo; editorial Civitas S.A; Madrid; 1982; pág. 78 s: "El ius nubendi, se presenta como una proyección de la persona. Entre otras cosas supone el modo común de resolver la propia intimidad...su catalogación y protección como fundamental no desvirtúa, como es lógico, la estricta componente personalísima de dicho derecho a contraer que responde a un interés, por íntimo, privado. Pero es igualmente claro que el querer ser como marido y mujer es, naturalmente, inescindible del querer presentarse socialmente como marido y mujer. Se aspira a que la relación ya constituida tenga trascendencia social y que los demás se comporten teniendo en cuenta dicha relación. Contraer matrimonio comporta un cambio de estado civil por un lado, y en un orden secundario, pero de no pequeña repercusión económica, unas relaciones patrimoniales mediatizadas, en alguna medida y según la fórmula concreta adoptada, por el matrimonio. Aquí se hace presente un interés social que comporta necesariamente la concurrencia de un factor organizativo..."; apoya esta idea GANGI, Derecho,1960, 28.

autonomía de la voluntad¹⁷³, misma que en otros campos del Derecho, y en especial en el contractual, se otorga con mayor amplitud.

Si lo dicho resulta ser cierto, como en verdad lo es, entonces es fácilmente deducible que el mutuo disenso sea la antítesis de la voluntad que el Estado manifiesta a través de la regulación legislativa; resulta evidente que el Estado pretende con tal limitación evitar la fácil disolución del vínculo matrimonial, dado el rol tan importante que dicho instituto lleva a cabo en el seno de la sociedad, y obliga, en consecuencia, a que aquellos sujetos que han adquirido el estado civil que otorga la celebración del matrimonio, realicen su deseo de poner fin a la vinculación adquirida, en la mayoría de los casos, a través de los órganos jurisdiccionales, evitando con ello la arbitrariedad en que las partes podrían incurrir. Tal como dice GARCÍA GÁRATE, el vínculo matrimonial pertenece en su nacimiento al derecho dispositivo de las partes, mientras que su existencia -y disolución agregaríamos nosotros- es de derecho necesario o "*ius cogens*"¹⁷⁴

De igual manera, la limitación de la autonomía de la voluntad que notoriamente actúa coartando la libertad de los contrayentes de desistir del contrato matrimonial, tiene incidencia sobre el segundo de los puntos dirigidos contra la doctrina contractualista en el ámbito del consentimiento.

¹⁷³ El matrimonio es una institución fundamental de la vida civil y por tanto, la competencia del Estado para reglamentarla no admite discusión: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel "Ante la reforma del Derecho de Familia", RDN, números CI- CII, julio- diciembre de 1978; pág. 132; en idéntico sentido: CANO TELLO, Celestino A; "El derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada", RCRITDI, T. LV, julio- agosto 1979; pág. 804; FERNÁNDEZ DE CORDOVA, LA LEY 1996-5, 1507.

¹⁷⁴ GARCÍA GÁRATE, Alfredo; El matrimonio religioso en el Derecho Civil; Alfredo García Gárate, 1995; pág. 32.

En el matrimonio, la libertad contractual no alcanza, normalmente, por imperativo de los ordenamientos jurídicos, cotas suficientes para desarrollar y acordar las pautas que las partes quisieran que rigiesen su contrato de matrimonio. Nuevamente razones de política social impulsan al Estado, como ente único que otorga el estado civil de casados, a imponer su propia visión -en cuanto a derecho y obligaciones- de lo que debe implicar para las partes adquirirlo, lo cual justifica que en el acto de adquisición del dicho estado, no pueda más que aceptarse el todo preestablecido en la ley¹⁷⁵. Las partes no negocian ni estipulan, ni realizan ofertas, sólo se limitan a aceptar lo predicho por el legislador en la norma. En consecuencia el contenido del que podría ser contrato de matrimonio viene establecido por la pertinente legislación de modo inderogable y debe ser aceptado en su totalidad, sin reserva.

Rechaza este reproche el profesor NAVARRO VALLS¹⁷⁶, para quien las observaciones antes hechas no resultan motivo suficiente para descartar la “primacía de lo contractual en el matrimonio”, porque a pesar de la severa restricción a que se ve sometida la autonomía de la voluntad -expresa el autor-, operada *ex lege*, debe recordarse que, en puridad, no existen efectos propiamente derivados

¹⁷⁵ REINA/MARTINELL, Curso, 1995, 30; considera que la limitación impuesta a los contrayentes no está dada por un puro interés social o supraindividual, sino por la necesidad de tutelar “al sujeto débil -actual o potencial- de tales relaciones”. En ello implica un espectro muy amplio de circunstancias a la que estaría dirigida la protección al más débil que va desde impedimentos y causas de nulidad hasta supuestos relativos a alimentos. La parte débil será circunstancialmente, el cónyuge inducido al matrimonio sin la necesaria libertad, o engañado, o el que deba soportar una compañía desprovista de las más elementales reglas de la convivencia, o los hijos abandonados por sus padres y viceversa. V. Una aproximación histórico-filosófica de la intervención social en el matrimonio en: SOUTO PAZ, Derecho, 2000, 24 ss.

¹⁷⁶ NAVARRO VALLS, Rafael; Estudios de Derecho Matrimonial; Editorial Montecorvo S.A.; 1977; pág. 40; en el mismo sentido: JORDANO BAREA, Juan B; “El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial” ADC Enero- Marzo 1961; pág. 378; del mismo autor, “Matrimonio y unión libre”, AC 1999-1; pág. 189; BARBERO, Sistema II, 1967 34; LACRUZ/SANCHO/LUNA/RIVERO/RAMS, Elementos IV, 1997, 64s; ESPÍN CÁNOVAS, Diego; “El consentimiento simulado en el matrimonio civil”, ARAJL 28, 1998; pág. 343s.

del consentimiento, sino que todo acto voluntario para su validez necesita verse revestido de una norma que sancione su eficacia, y es más, que los efectos legales no tienen lugar sin la voluntaria acogida de la disposición que los establece por parte de los sujetos de derecho. En otras palabras, el citado autor afirma que al matrimonio, pese a los argumentos del tipo que hemos propuesto líneas atrás, debe seguir viéndosele como contrato porque la autonomía de la voluntad tiene su reconocimiento y límite en el ordenamiento jurídico.

Frente a tal opinión hemos de decir que, el sentido del reproche realizado a la tesis contractualista, en este punto, no está dirigido precisamente a destacar la mera limitación de la autonomía de la voluntad, sino que se aplica mas bien a hacer notar lo razonable que resulta la divergencia entre las dos figuras legales analizadas a partir del elemento volitivo. De un lado se nos presenta el contrato, con una amplitud arrolladora en cuanto a la capacidad otorgada a los sujetos del mismo para decidir la mejor manera de desarrollar las cláusulas que den cumplimiento a sus intereses, facultad únicamente limitada por los más amplios baremos (ley, orden público y buenas costumbres¹⁷⁷), de otro, el matrimonio, que salvo el aspecto patrimonial, es un negocio en el cual la -y nótese que aquí nadie ha dicho inexistente- posibilidad de hacer uso de la autonomía privada, consiste tan sólo en el hecho de asumir lo previamente dispuesto por el ordenamiento jurídico, como contenido regulativo de dicha relación¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Sobre este punto V. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC octubre-diciembre 1982.

¹⁷⁸ Porque "por grande que sea el valor concedido a la voluntad de las partes, no se puede dejar de decir que el consentimiento matrimonial obedece siempre a un esquema causal (fundación de la familia legítima) absolutamente rígido, que persigue un objeto (el consorcio de vida) rigurosamente predeterminado y que también presenta un contenido inderogablemente prefijado de modo típico. Y todavía, aunque los efectos se proporcionan a la "sustancia" de un preestablecido modelo legislativo, el consentimiento no degrada a mera forma sin contenido, porque ello conserva integro el valor del empeño proyectado en el futuro a realizar el objetivo práctico que el sistema le asigna": SCALISI, Vincenzo;

Aceptamos el razonamiento del profesor Navarro en el sentido de que en el matrimonio no hay ausencia del juego de la autonomía privada y que dicha autonomía siempre resulta *ex lege* –además como él mismo bien dice¹⁷⁹, el fin del Derecho no es tutelar lo útil para el individuo particular, sino lograr la armonía del conjunto de intereses o utilidades particulares, es decir, la justicia-, no obstante, tenemos que rechazar la pretensión de que tal argumento sea válido frente a lo que resulta ser real y evidente, con el sólo fin de mantener vigente una teoría que ante lo expuesto resulta insostenible.

En el matrimonio la autonomía de la voluntad, a diferencia de lo que ocurre en el contrato, aunque tiene una presencia real, no se extiende a la estipulación de las condiciones deseadas individualmente por las partes, porque dicho acto reviste una relevante importancia para el Estado y la sociedad¹⁸⁰ y su contenido no debe ni puede quedar a la libre voluntad de los sujetos, sino que, está llamado a participar del carácter de generalidad e igualdad que informa a las normas jurídicas, y en tal entendido debe ser general e igual para todos los que estén interesados en llegar a contar con el

“Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile”, RDICIV nº 2 marzo-abril 1990; pág. 163.

¹⁷⁹ NAVARRO VALLS, RGLJ LXX, 1975, 471.

¹⁸⁰ Resulta curiosa la argumentación con que COLIN/CAPITANT, Curso I, Introducción, 1975, 320, pretenden defender la tesis contractualista del matrimonio, decimos curiosa porque al tiempo que aceptan que las críticas dirigidas en contra de la susodicha tesis en lo relativo a la incidencia de la autonomía privada en la constitución del vínculo matrimonial, es acertada, expresan, no obstante, que debe seguir aceptándose que el matrimonio constituye un contrato. Pero lo que más nos interesa destacar de su opinión es que en su exposición se nota la idea de que la importancia social que importa el matrimonio justifica el que para los contrayentes se vea limitada la libertad de estipulación. Pues si en los contratos normales esta circunstancia se produce, con mucha mayor razón en el matrimonio en el cual “interesa a las personas más que a los bienes, y cuyo alcance excede de los intereses de los esposos y se extiende a toda la sociedad”.

estado civil –que genera el matrimonio y- que el Estado otorga a los que se acogen a lo por él estipulado¹⁸¹.

En otro orden de cosas, el matrimonio, a diferencia del contrato, por lo general, en lo que corresponde a su constitución válida, ha de ser celebrado en presencia de un tercero, el representante que el Estado designe para recibir la declaración de voluntades tendente a confirmar la resolución de las partes de aceptar todo lo que ello implica.

En efecto, los propios contrayentes devienen incapaces de suscitar válidamente el matrimonio si no es con la concurrencia de esa presencia de un representante del Estado que reciba la manifestación de aceptación de lo estipulado para adquirir el estado civil de casados.

Según dice RUGGIERO¹⁸², la función que dicho tercero desempeña va más allá de una mera obligación formal, cumple una función constitutiva ya que es él quien los declara cónyuges ante la ley; antes de esta declaración del oficial, la de los esposos carece de eficacia, ya que no crea el vínculo matrimonial ni produce ninguna otra relación. No obstante, considera exagerada la opinión que atribuye a la voluntad de los esposos tan sólo la categoría de simple supuesto¹⁸³ en la celebración del acto matrimonial. Este razonamiento ha dado pie para que algunos, en el ámbito de la especulación doctrinal afirmasen en algún momento que el matrimonio resulta ser un acto del poder estatal. Lo cierto es que, no

¹⁸¹ Esta situación permitiría considerar al matrimonio, forzando un poco las cosas, análogo a los modernos contrato de adhesión: SERRANO MARÍN, “Idea y realidad de la familia en el nuevo derecho matrimonial español”, BICAM, Número 2, marzo- abril 1989; pág.79.

¹⁸² DE RUGGIERO, Instituciones II, 2, 1978, 69.

¹⁸³ V. la exposición sobre la tesis del matrimonio como acto de poder estatal en el capítulo IV de esta tesis.

obstante la importancia que cada ordenamiento pueda dar a la presencia de este tercero en el momento de la adquisición del estado civil del matrimonio, ello no hace mella en la trascendental importancia que reviste la manifestación volitiva de cada uno de los cónyuges en la constitución del matrimonio¹⁸⁴.

Preferimos creer que la necesaria presencia de un tercero representante del Estado en el acto matrimonial, no debe causar mayor confusión. Ese tercero hace acto de presencia porque constituye requisito formal legalmente establecido; manifestación de la relevancia social que el Estado ha otorgado al matrimonio. En el afán de dotar al acto constitutivo del matrimonio de una cierta solemnidad y garantía del cumplimiento de los requisitos necesarios para ello, el tercero en cuestión, aparece como un medio a través del cual el Estado se asegura que, al menos en apariencia los cónyuges han aceptado pasar a tener otro status dentro de la sociedad y por ello, que aceptan en bloque lo que el ordenamiento les impone como necesario para otorgarles el estado civil que ambos desean. En tal sentido la formalidad, como garantía de certeza y seguridad jurídica en la realización de los actos jurídicos asume en el matrimonio un lugar importante. Al igual que en otros contratos –si el matrimonio fuera uno de ellos-, en los que la constitución de los mismos debe, por ley, llevarse a cabo revestida de ciertas solemnidades, en el matrimonio, el Estado ha preferido que su constitución se produzca en presencia de una persona calificada –por él- para dar fe de la voluntad concorde de los contrayentes, resguardando así, la pública trascendencia del acto.

En este sentido, también debe tenerse presente que el funcionario público que normalmente interviene en la celebración de los contratos –el notario público-, por razones obvias, no es del mismo tipo del que interviene en la celebración del matrimonio, pues

¹⁸⁴ Cfr. SANTOS BRIZ, Derecho IV, 1982, 21; TRABUCCHI, Instituciones I, 1967, 275.

en este resulta adecuado que dicho funcionario sea el oficial del registro civil, o bien el alcalde. Pero más importante que esta característica, es el hecho de que la actividad del funcionario representante del Estado es distinta en ambos tipos de negocios, en el caso del contrato, el notario se limita a la plasmación del contenido del contrato, que las partes van acordando, además, previene a las partes de la trascendencia y repercusiones del tipo de negocio de que se trate¹⁸⁵. En cambio, en el matrimonio, la actividad que desempeña el referido funcionario pasa por la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley respecto de las partes, inquiere individualmente a los sujetos respecto de su efectiva voluntad de hacerse realmente cónyuge el uno del otro y, finalmente, resalta el hecho de que a partir de ese consentimiento se ha constituido entre ellos un vínculo que les impone un nuevo *status civilis* y, en consecuencia, que el contenido de dicho negocio no es otro que el que la ley contempla para ese estado civil¹⁸⁶.

Al hablar de trascendencia pública y seguridad en cuanto a la adquisición de un estado civil, podríamos decir que el Estado resguarda la seguridad jurídica de la constitución del matrimonio en el sentido que evita, a través de la veracidad y la publicidad, la posibilidad de que una persona, pueda llegar válidamente a contraer matrimonio dos veces¹⁸⁷. Esa presencia de un tercero certificante es lo que constituye la base para que luego, el dicho matrimonio pueda ser inscrito en el registro competente¹⁸⁸, con lo que se da puntual

¹⁸⁵ Sobre este tema puede verse entre otros, CARUSI, Pietro; *Il negozio giuridico notarile*, 2ª ediz.; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1978.

¹⁸⁶ En relación con este específico tema V. en el capítulo IV de esta tesis, pág. 67 ss.

¹⁸⁷ Tal contravención encajaría dentro de lo que en otra rama del derecho denominase como delitos contra el estado civil de las personas; v.g. art. 217 del código penal español.

¹⁸⁸ Registro –el civil- que pese a no ser considerado como un registro jurídico, por la doctrina propia del Derecho registral, produce efectos jurídicos (a este respecto dice, LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio; RCRITDI, LXV, 1989; pág. 276, 278 s.: “Existen algunos Registros administrativos productores de efectos jurídicos. Son Registros dotados de los principios o

cumplimiento a la publicidad cuyo objetivo es la certeza y la seguridad jurídicas frente a terceros. Por ello no creemos posible que la autoridad representante del Estado, tenga alguna incidencia en el consentimiento constitutivo del matrimonio; su actuación es limitada tan sólo a la certificación y legitimación¹⁸⁹ del acto¹⁹⁰.

Lo único que puede sacarse de este punto es la reiteración de la importancia que para el Estado reviste la constitución del negocio matrimonial a causa de la relevancia que este tiene dentro de la sociedad.

Otro de los puntos de crítica a la supuesta coincidencia entre el consentimiento contractual y el matrimonial es que, el consentimiento matrimonial se nos presenta como la unión de dos voluntades tendentes a obtener un objetivo común, a diferencia del consentimiento contractual en el que las voluntades, tal como vimos, se presentan en contraposición de una a otra y con un ánimo negocial. Es decir que el consentimiento matrimonial de los cónyuges se identifica por ir en el mismo sentido y pretender la consecución de un mismo objeto, lo cual se manifiesta en el hecho de que no estipulan el contenido del negocio. Pretenden con el negocio obtener

eficacia de los registros jurídicos, copiados simplemente del arquetipo hipotecario. Registros dependientes de la administración, con los rasgos peculiares de los administrativos, pero a los que el legislador, transcribiendo de la Ley Hipotecaria los artículos elegidos a su arbitrio, les insufla, de esta manera, espíritu jurídico... Pueden citarse: el "...Civil..." el cual custodia la veracidad de lo anotado en sus libros, en el caso que nos ocupa, produce los efectos jurídicos de prueba de la posesión de los estados civiles.

¹⁸⁹ Decimos legitimación, que no constitución. El diccionario de la RAE, pág. 1240, concordando con la idea que dicho vocablo posee dentro del Derecho, dice que legitimar es probar o justificar la verdad de una cosa o la calidad de una persona conforme a las leyes. Y en este mismo sentido corrobora esta noción lo que expresa el Diccionario jurídico Espasa; 2001, pág. 896 s.

¹⁹⁰ GANGI, Derecho, 1960, 32, parece apoyar esta idea, expresando que el oficial del estado civil no toma parte en la constitución del matrimonio, no se puede pensar que tiene la calidad de parte en dicho negocio, porque él no emite declaración alguna de voluntad que resulte ser homogénea a la expresada por los contrayentes, sino que tan solo afirma y declara, luego de escuchar la conformidad de los contrayentes, que para el Estado ellos están unidos en matrimonio.

un estado civil, por cuya razón han de aceptar las estipulaciones y contenidos propios que informan dicho status, el cual siendo de orden público hace imposible la negociación en cuanto a su contenido.

No puede ser de otra manera, las partes del matrimonio no tienen posibilidad de divergir sobre lo que cada uno pretende de la realización de dicho negocio porque la sustancia constitutiva de dicho contrato, que las partes podrían legítimamente querer o estructurar, en el caso matrimonial sólo es una, la que el ordenamiento ordena y manda. Y es que como dice SÁNCHEZ ROMÁN¹⁹¹ en el matrimonio se da una unión igual e invariable en todos los casos, como tipo predeterminado, que la voluntad de las partes no puede establecer ni modificar, en nada, a su arbitrio.

Por contra, GANGI¹⁹², opina a este respecto que resulta discutible que en el matrimonio los intereses de las partes puedan considerarse paralelos o convergentes, a causa de la importancia que el elemento personal tiene en el mismo. No resultan ser convergentes -las voluntades, dice-, porque cada una de las partes no desea concluir un matrimonio en general, sino un matrimonio con una determinada persona, resultando esto tan evidente que hasta podría ser que la intención que una de ellas tiene de contraer matrimonio con la otra, podría quizá no corresponderse con el interés recíproco de esta segunda para con la primera. Por otra parte, la motivación que una de las partes puede tener de desposar a la otra podría resultar distinta de la que podría mover a esta otra de desposar a la primera; por ello, prefiere mantenerse firme en la consideración del matrimonio como un contrato.

¹⁹¹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe; Estudios de Derecho Civil, T. V, V. I, Derecho de familia, 2ª edic., Est. Tipográfico "sucesores de Rivadeneyra"; Madrid; 1912; pág. 381.

¹⁹² GANGI, Derecho, 1960, 35

A tal argumentación, nosotros osaríamos contestar, en primer lugar que, las bases sobre las que se asienta dicho razonamiento no creemos sean muy sólidas, al menos desde la óptica jurídica, porque no son las que se esperarían dentro de una discusión científica. En segundo término, lo dicho por este eminente jurista nos sumerge en un mundo de especulaciones subjetivas, cuya verificación se hace imposible de llevar a cabo sin realizar una sesión de hipnosis o forzar a las partes a confesar lo que en su fuero interno pretenden o pretendieron con la celebración del matrimonio. Lo que es relevante para el derecho en materia de voluntad, es como se dijo páginas arriba, lo manifestado a través de medios idóneos, mas lo que no se manifiesta, lo que queda en el fuero interno constituye campo vedado como para, sobre él, realizar conjeturas que sirvan a la ciencia jurídica como criterio de valoración de un determinado tema.

Así pues, resulta desde todo punto de vista inaceptable afirmar que en el matrimonio tenga lugar una divergencia de querer¹⁹³, aduciendo que en él, el amor del cónyuge varón es mayor o más intenso que el de su futura consorte, o porque él está más enamorado de ella que ella de él, o que él está interesado en ser padre y ella en ser madre, que sería algo a la manera de lo dicho por GANGI; lo único que resulta incontrovertible desde un punto de vista técnico-jurídico es la afirmación de que ambos quieren constituirse en titulares de un estado civil, que quieren pasar a un status dentro de la sociedad, y frente al ordenamiento jurídico, distinto al que poseen, estado que el Estado otorga mediante la celebración del matrimonio, y que en razón de ello las partes están conscientes de que quieren lo mismo, persiguen un mismo fin, una misma meta, por lo que sus voluntades

¹⁹³ En este sentido se ha pronunciado en el ámbito doctrinal italiano FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 93, cuando expresa que la pertenencia del matrimonio a la categoría contractual se puede sostener sólo, si éste representase el arreglo de intereses de contenido exclusivamente patrimonial en el que, a diferencia de lo que sucede normalmente, dichos intereses convergiesen de manera contrapuesta .

no son divergentes, sus quererres discurren por un mismo y único cauce, en una misma dirección.

La idea de la contraposición de intereses que se cumple a cabalidad en el contrato, no tiene aplicación en el matrimonio, porque en este (a diferencia de la compraventa, por ejemplo, en cuya realización, el vendedor espera obtener el precio de la cosa y el comprador la correspondiente entrega de la cosa por el vendedor -y aunque ambas realidades son dispuestas y normadas por el ordenamiento -precio y entrega-, las partes que celebran dicho contrato tienen la posibilidad de obtener algo diferente cada una a partir del negocio y en ningún caso cabrá que esperen obtener lo mismo¹⁹⁴), la voluntad de llevar a cabo la negociación en el matrimonio resulta ser unívoca para ambos sujetos, por contraposición a la voluntad contractual, en la cual dicho consentimiento es diverso en cada parte.

Por último, dentro de este punto relativo al consentimiento podemos destacar las tesis de un autor italiano, SCALISI¹⁹⁵, quien plantea una idea que resulta interesante en cuanto al consentimiento matrimonial, y su divergencia con el consentimiento contractual.

Para este autor el consentimiento matrimonial es un elemento que se manifiesta de idéntica manera en todo acto en el que incide y se proyecta la autonomía privada; en su estructura, ese consentimiento, no difiere del consentimiento contractual¹⁹⁶, no

¹⁹⁴ Cuestión que a nuestro criterio se identifica con el objeto y la causa del contrato, puesto que el esperar una utilidad a partir del bien que se pretende obtener dentro del marco de la legalidad y la moralidad, resulta ser una expectativa que al amparo del ordenamiento jurídico da cabida a estos dos elementos del contrato, que es la máxima expresión de la traficabilidad de bienes y servicios.

¹⁹⁵ SCALISI, RDICIV 2, marzo-abril 1990, 161 ss.

¹⁹⁶ Idem, 161, 165: la estructura del consentimiento matrimonial coincide con el consentimiento requerido para cualquier tipo de acto de autonomía privada, en el sentido de que se proyecta en dos etapas, la primera en el momento de constitución del negocio, es

obstante, en el fondo ambos guardan profunda divergencia de función¹⁹⁷. En el matrimonio, el consentimiento se caracteriza por tener un sentido negativo, porque no afecta la determinación y el contenido del mismo, y por ende, tampoco a sus efectos, pudiéndose por ello afirmar que el consentimiento matrimonial presenta básicamente como rasgo esencial un esquema típico y causal¹⁹⁸, a diferencia del consentimiento contractual, en el cual el hecho de que el ordenamiento dé cabida a la libertad de determinación del contenido, de conformidad con lo perseguido por las partes con la realización de la transacción, manifiesta su sentido positivo.

Expone el autor que el consentimiento matrimonial se proyecta sobre toda la vida del instituto matrimonial, no se agota su incidencia con el acto de celebración, puesto que existe un enlace de correlación e interdependencia que conecta el consentimiento con la relación que genera el matrimonio civil, faceta de desarrollo de la autonomía privada que para nada se presenta en el consentimiento contractual, y esto porque en el matrimonio el consentimiento no sólo está en función exclusiva de la relación, sino que propiamente en la relación encuentra su peculiar razón de ser y el límite mismo de su relevancia¹⁹⁹.

Por lo general en los demás actos de autonomía privada, el acto constituye el criterio de medida del negocio, no obstante, en el

decir un aspecto objetivo material y un segundo momento proyectado en el tiempo, que es el compromiso programático de un preciso fin práctico (este fin práctico, en el matrimonio, consiste en conseguir el consorcio material y espiritual de vida).

¹⁹⁷ En el mismo sentido: CALVO SORIANO, Alvaro; "Ensayo sobre límites institucionales del negocio jurídico patrimonial", en: Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. V; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969; pág. 164 y ss. "el juego de la voluntad, aun entendido en el sentido soberano clásico, es fundamentalmente distinto en el negocio unilateral y en el bilateral, en Derecho de obligaciones, en el de familia y en el sucesorio".

¹⁹⁸ SCALISI, RDICIV 2, marzo-abril 1990, 163.

¹⁹⁹ Idem. 164.

matrimonio resulta lo contrario, pues en éste es la relación misma la medida del acto, porque el fin querido por los sujetos que en él intervienen no tiene acabado cumplimiento a través de la mera producción de los efectos, sino que ello se produce tan sólo con la actuación misma, esto es, con la asunción -por parte de los sujetos- de comportamientos propiamente destinados a trasladar a la realidad objetiva el estado de hecho propio de tales efectos; pero es más, estos comportamientos al estar preestablecidos y mandados por la ley, son enteramente confiados a la actuación libre y espontánea de los cónyuges, resultando por ello impensable exigir su cumplimiento de manera coactiva; ellos sólo tienen su cumplimiento a partir de la mutua y constante elección, de un mutuo consentimiento que debe renovarse constantemente en el ejercicio de los derechos y los deberes que surgen del matrimonio²⁰⁰.

En resumen, el consentimiento de los cónyuges es para SCALISI un elemento que se proyecta sobre todo el desarrollo del matrimonio, no sólo tiene su importante incidencia en la constitución del acto como elemento principal, sino que se renueva de tiempo en tiempo con el cumplimiento de unos comportamientos que resultan adecuados a las obligaciones y los derechos que le son anejos a dicho estado civil, convirtiéndose así en una especie de vivificador del matrimonio, así el consentimiento se ve presente en todo el desarrollo del matrimonio constituyendo una actividad volitiva permanente.

La idea que desarrolla este autor nos proporciona más elementos de juicio para demostrar la concreta divergencia que existe entre el consentimiento matrimonial y el consentimiento contractual y además, reafirma lo expresado en líneas anteriores. No obstante, nos provoca la impresión de conducir el tema del consentimiento matrimonial a un esquema superado desde hace ya mucho tiempo,

²⁰⁰ Idem. 165.

hablamos del matrimonio romano, cuyo espectro vemos reflejado en las conclusiones pertinentes del citado autor italiano.

Lo que expresa respecto del consentimiento matrimonial, cuya función se prolonga hasta el momento del desarrollo del contenido del negocio matrimonial, y la necesidad de que ese consentimiento anime la realización del fin práctico perseguido por los cónyuges, mismo que se realiza a través de los actos propios de ese estado, se puede traducir perfectamente a lo que se dijo en el capítulo anterior, sobre el matrimonio en Roma, en el cual, el consentimiento manifestado a través de la *affectio maritalis* era la fuente de la vida del matrimonio y ante cuya ausencia, encontraba el matrimonio su fin.

No obstante, en Roma el matrimonio no era algo de que el ordenamiento se ocupara tal y como hoy día sucede, porque para el Derecho romano era una relación social voluntaria, en cambio en el Derecho moderno constituye un campo juridizado rígidamente, en esto estriba la diferencia con el Derecho romano, por lo cual no vemos la posibilidad de sostener, sin incurrir en error, que el consentimiento requerido para la constitución del matrimonio sea un elemento vivificador del matrimonio, lo cual se prueba a través de las situaciones en las que legalmente se está casado, aunque los cónyuges no tengan una vida marital y ni tan siquiera vivan bajo el mismo techo.

No podemos admitir que el consentimiento en el matrimonio, proyectado en todo el desarrollo de su existencia constituya el parámetro para afirmar que en éste el consentimiento es diferente que en el contrato. Puesto que tal y como dijo el mismo autor, al igual que en todos los actos de autonomía privada, el consentimiento matrimonial participa de dos momentos, su constitución y su futuro desarrollo, y si esto es cierto como en verdad lo es, ahí no hay una verdadera distinción con el consentimiento contractual, porque al

igual que en todo acto humano, incluso fuera de lo jurídico, la voluntad es primordial para que el mismo se lleve a cabo.

En la aludida tesis se expone que no se puede requerir un cumplimiento forzado de esos actos tendentes al desarrollo del matrimonio en su fase de ejecución, pues lo normal es que todo esté en ese sentido basado en el mutuo acuerdo, en la voluntad renovada a cada momento de cumplir con ello. Lo cierto es que pese a toda forma existente de obligar a una persona a realizar un determinado comportamiento, la voluntad es requisito sine qua non para materializar en la realidad el dicho comportamiento, con lo cual no se dice nada que resulte ser elemento diferenciador entre el consentimiento contractual y el matrimonial; de igual manera que lo expuesto por el citado autor, en el contrato, pese a la obligación contraída, quien no tiene la decisión de llevar a cabo su compromiso simplemente se abstiene, y no lo efectúa, y aunque a este pueda obligársele a comparecer por ello ante los tribunales y ejecutar de manera compensatoria lo incumplido, no obstante si el obligado no desea cumplir, no cumple, y ello es también reflejo de la voluntad sobre el momento del cumplimiento del negocio, el cual está en su totalidad a merced de la voluntad del sujeto deudor.

De las ideas propuestas por Scalisi, podemos extractar una que es general, acertada y común a lo que hemos venido sosteniendo: el consentimiento contractual es distinto del consentimiento matrimonial. Opinión que secunda -aunque con ocasión de una opinión distinta sobre la naturaleza del matrimonio- las palabras de GALGANO²⁰¹: *“la función que desempeña la voluntad de las partes, en*

²⁰¹ GALGANO, Francesco; El negocio jurídico, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa; Tirant lo blanch; Valencia; 1992; p. 509 s. Parece ser que la idea sobre la naturaleza jurídica del matrimonio es que ésta reside en un acto complejo. Cuestión que abordaremos en el último capítulo de esta tesis.

*la constitución del vínculo matrimonial, es diversa de la que desarrolla en la constitución de un vínculo contractual*²⁰².

Concluyendo, podemos decir que en cuanto a la presencia del consentimiento en el matrimonio como un elemento básico y fundamental en su constitución, éste resulta ser matizado por características propias que conllevan restricciones ex lege, esas características peculiares son las que en verdad lo distinguen del consentimiento contractual. En el consentimiento matrimonial se presenta inexorablemente una sumisión a lo que, en atención a la importancia social que el mismo reviste, el Estado impone a través del ordenamiento jurídico, lo cual implica una falta de libertad de estipulación, una falta de libertad para fijar el momento preciso en que se pone fin a la relación nacida del mismo y una ausencia del principio de libertad de forma, esto es lo que distingue ambos tipos de consentimiento, en ello encuentra el consentimiento que constituye el instituto matrimonial su peculiaridad, su identidad y es ello lo que precisamente lo hace algo diferente del consentimiento contractual. En el matrimonio no existe ausencia de autonomía privada²⁰³, en verdad ésta resulta fundamental e insustituible para

²⁰² Esta idea de la diferente función que cumple la voluntad en los negocios jurídicos hace ya tiempo que se ha manifestado dentro de la doctrina italiana, en este sentido, y a propósito del matrimonio, MACCHIA, Angelo; Studi di Diritto matrimoniale; Padova; Cedam; 1947; pág.71 : “no hay duda que el rol de la voluntad es diverso en el momento en el que el vínculo matrimonial se constituye y en el momento en el que el vínculo se ha constituido y surge la sociedad conyugal”.

²⁰³ Contrario a esta posición se muestra FERNÁNDEZ DE CORDOVA, LA LEY 1996-5, 1507; cuando expresa que la autonomía de la voluntad resulta inadmisibles en el matrimonio, pues se ve reducida a la simple elección de forma de celebración, siendo recuperada bajo restricciones en pos de la disolución del vínculo. A lo cual objetamos que la autonomía privada sí que juega un papel destacado en el matrimonio al igual que en todos los otros negocios jurídicos, porque como dice SCALISI, dicha voluntad se manifiesta en la constitución del negocio y en el desarrollo del contenido negocial; y reafirma ESPÍN, ARAJL 28, 1998, 343, en los actos jurídicos sobre el estado civil, el efecto está determinado en la ley, sin embargo, resulta ser un efecto que no tiene lugar si falta el consentimiento de los sujetos que con ello se afectan. Por estas razones no puede afirmarse que dicho elemento resulta en el matrimonio “inadmisibles”. Y es que, además, puede decirse que el Estado no obliga a ningún sujeto a contraer matrimonio, tampoco la sociedad, y que si alguien decide contraerlo es porque así lo ha resuelto de común con la otra persona.

su válida constitución, lo que hay en el consentimiento matrimonial es una especialidad por razón de sus efectos: constituir entre las partes el estado civil de casados. El consentimiento matrimonial es especial y por ello distinto del consentimiento contractual, por cuya razón, como ha dicho un autor, calificar esa convención, que entraña un específico consentimiento –matrimonial- emitido y en última instancia documentado en forma legal, como un contrato, que genera una relación de este tipo, resulta sumamente forzado²⁰⁴.

4.1.2 EL OBJETO Y LA CAUSA DE LOS CONTRATOS, SU ENCAJE EN LA FIGURA MATRIMONIAL

Una vez analizado el nexos consensual entre el matrimonio y el contrato, nos corresponde entrar en el examen de cómo encajar, dentro de los otros dos elementos propios del contrato, al matrimonio, nos referimos al objeto y a la causa.

²⁰⁴ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; “Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, RGD abril 1997; pág. 3510.

4.1.2.1 EL OBJETO

Los defensores de la tesis contractual del matrimonio sostienen que en el matrimonio existe un objeto como en todos los demás contratos; unos aprecian ese objeto del contrato de matrimonio en la procreación y la ayuda mutua²⁰⁵, otros en las personas de los contrayentes²⁰⁶, y otros, en la voluntad de convivencia y la convivencia misma²⁰⁷ entre los cónyuges.

Sometamos a análisis la primera opinión, la que propugna por que en el matrimonio el objeto contractual del mismo está constituido por la procreación y la ayuda mutua. Ante semejante aserción surge la duda de si en verdad los que la aceptan como suya se ubican en el plano jurídico o si por el contrario se dejan arrastrar por un cierto sociologismo que les impulsa a hablar de tales cosas.

Hablar de procreación como objeto del matrimonio es desconocer que hay matrimonios que se constituyen entre personas que no son capaces físicamente de llegar a procrear hijos, por cuyo motivo se podría afirmar que el matrimonio celebrado por estas personas carece de validez por falta de objeto, lo cual choca frontalmente con la realidad, en la que por lo general los ordenamientos jurídicos no contemplan rechazar el otorgamiento del

²⁰⁵ Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil*, T.III, *Derecho de familia*; editorial Porrúa S.A; México D.F; 1988; pág. 198.

²⁰⁶ Cfr. CHELODI, Juan; *El derecho matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico*, traducción de José A. Fernández Arruty; Bosch, Casa editorial; Barcelona 1959; pág. 14 s; CARRERAS, *Las bodas*, 1998, 69; DE ARQUER Y FERRER, Miguel /DE SEMIR Y DE ARQUER, Santiago; *Derecho Matrimonial, el matrimonio como institución natural como sacramento*; Editorial Políglota; Barcelona, 1949; 87s; MARTÍNEZ BLANCO, LH-Martínez, 1980, 435.

²⁰⁷ Cfr. RAMOS, *La esencia negocial*, 1979, 177.

estado civil de casados a todos aquellos sujetos que así lo quieran, si cumplen y aceptan lo que la letra de los mismos estipulan.

En cuanto a la ayuda mutua, si bien es cierto que el matrimonio puede llegar a cumplir una función de este tipo, tampoco puede alegarse como objeto del contrato, porque ello mismo puede predicarse de todos los contratos en el sentido de que el individuo en sociedad necesita de los demás para complementar su desarrollo desde todo punto de vista. Y quizá se alegue que en el matrimonio el auxilio mutuo es de carácter más íntimo y personalizado, no obstante, puede haber personas casadas cuyo comportamiento no sea propiamente de colaboración mutua, y a la vez seguir casados. Esto de la ayuda mutua resulta un argumento de tipo muy abstracto y etéreo, porque no se determina en un comportamiento único al ser cada persona diferente y por ende tener necesidades distintas, necesidades que son las que requieren la colaboración para solventarse. Expresar tal idea es apartarse de un criterio técnico y ubicarse en campos ajenos al derecho civil, porque ¿qué representa jurídicamente la ayuda mutua? acaso supone parte de las obligaciones contempladas para los que adquieren el estado civil de casados, pero nada más.

Veamos ahora una opinión que resulta aún más inverosímil que la anterior, la que se refiere a que son las personas mismas de los cónyuges el objeto del contrato. El primer reproche que puede dirigirse contra esta afirmación es como dice VÁZQUEZ BOTE²⁰⁸ que no se entiende cómo puedan llegar a ser, dentro del contrato, los mismos sujetos que constituyen la relación obligacional, objetos de la misma.

Resulta imposible concebir a las personas mismas constituyendo el objeto de un contrato, porque eso implica reducir a

²⁰⁸En: RGLJ, LXXII, 1976, 240s.

la persona a elementos de tráfico que se realiza a través del contrato, afirmar tal cosa es desconocer la dignidad de la persona humana, hasta el punto de concebirla como mera res.

No vamos a repetir aquí lo ya dicho, en páginas anteriores, respecto de lo que concebimos como acertado respecto del objeto en la teoría contractual, mas sin embargo, conviene que recordemos que objeto lo es todo bien del cual los sujetos de la relación obligacional, que establece el contrato, pueden obtener una utilidad, y ante tal dicho podemos preguntar: ¿son las personas mismas de los cónyuges bienes que representan una utilidad práctica el uno para el otro? Evidentemente que no. La contradicción aquí expuesta se ve reforzada si se piensa que los ordenamientos jurídicos, al menos en el ámbito cultural occidental, procuran destacar, a través de su protección, la dignidad humana, razón por la cual se proscriben y repulsa la consideración de las personas como elementos de tráfico. Si se aceptara que los sujetos del acto constitutivo del matrimonio son a la vez el objeto de dicho contrato no estaríamos ubicados muy lejos de concebir el esclavismo como aceptable jurídicamente hablando, pues la distancia que hay entre aceptar a las personas de los cónyuges como bienes de tráfico en el matrimonio a tener por legítimo el tráfico de personas para obtener la utilidad de sus órganos o el rendimiento de su trabajo sin contraprestación alguna, no es amplia. Por todo lo dicho debemos rechazar la veracidad de semejante aseveración.

Por último, analicemos la opinión vertida en cuanto al objeto del contrato matrimonial por RAMOS²⁰⁹, para quien dicho elemento está dado a través de la voluntad de convivencia y la convivencia misma. Esta opinión también resulta inadecuada ya que se confunde, de una parte, con el consentimiento. Decir que el objeto, en el supuesto de que el matrimonio fuese un contrato, es la voluntad de

²⁰⁹ RAMOS, La esencia negocial, 1979, 177.

convivencia, implica afirmar también que el querer casarse es el querer estar casado, lo cual no hay necesidad de mencionar pues resulta algo ya sabido; el consentimiento que da vida al vínculo matrimonial, tal y como se dijo al hablar de la opinión que sobre el consentimiento matrimonial ha expresado SCALISI, al igual que en todo acto en el que interviene la autonomía privada, se manifiesta durante toda la duración del mismo. Pero es más, esta tesis resulta inadecuada si de lo que se está hablando es del matrimonio constituyéndose, pues la convivencia misma es algo demasiado personal y subjetivo como para valorar si en el matrimonio se presenta con los caracteres que normalmente se requiere a los efectos de constituir el objeto del contrato en cuestión. La convivencia, en todo caso podría ser una consecuencia del matrimonio, mas no necesariamente resulta algo jurídicamente relevante, piénsese por ejemplo en los matrimonios en los que los cónyuges, sin mediar divorcio alguno, viven separados, ahí existe jurídicamente un matrimonio que pese a las vicisitudes no se ha disuelto; los cónyuges siguen legalmente casados, mas no existe convivencia u objeto matrimonial, pese a lo cual, reiteramos jurídicamente el matrimonio entre ambos sujetos subsiste.

Además de ello, hablar de la convivencia como objeto del contrato, si bien es cierto que resulta ser un comportamiento propia de los cónyuges y que podría ser de utilidad, no es suficiente; la convivencia es algo que subyace en los más arcanos fundamentos del derecho y todo él esta destinado a procurar la convivencia social. Se puede vivir maritalmente junto con una persona sin que tal convivencia sea el objeto de un matrimonio. En las uniones de hecho o *more uxorio* la convivencia tiene lugar y cumplimiento y no por ello tienen la misma calificación legal y protección que el matrimonio. No es la convivencia algo que pueda constituir el objeto del matrimonio, porque entonces sería el matrimonio igual que toda forma en la que dos sujetos viven en compañía el uno del otro -incluyendo los de hecho-, y además porque como consecuencia de la adquisición del

estado civil de casados, la convivencia es ya parte preestablecida por la ley y consecuencia lógica de la realidad que se denomina matrimonio, porque si no ¿cómo entender una relación matrimonial entre dos sujetos si no viven juntos?.

Evidentemente que no es objeto del contrato de matrimonio ninguno de los aludidos elementos, con que los defensores de la tesis contractual del matrimonio pretenden dotar a su teoría. Ninguna se sostiene ante la crítica, ninguna es capaz de explicar con lógica coherencia a la luz de la dogmática jurídica que el matrimonio tenga un objeto que constituya para las partes en él intervinientes un elemento de tráfico valorable en dinero -como en el contrato- que les proporcione una utilidad. En la teoría del objeto contractual, el matrimonio no tiene encaje, es imposible determinarlo porque no lo tiene.

4.1.2.2 LA CAUSA

Llegamos ya a la determinación del tercer elemento constitutivo del contrato de matrimonio, la causa. En tal sentido, algún autor ha dicho que la causa en este contrato esta constituida por la atracción física, el amor²¹⁰.

No obstante, si analizamos semejante afirmación nos daremos cuenta, de manera inmediata que esta afirmación no resulta apropiada a los efectos de un análisis rigurosamente jurídico como el que el asunto tratado requiere. El amor es un concepto que escapa a la conceptualización jurídica, es algo que resulta incapaz de ser asumido por el derecho porque tiene implicaciones afectivas o psicológicas y

²¹⁰ RAMOS, La esencia negocial, 1979, 177s.

además, de tipo moral. Es algo que no puede ser aprehendido dentro de los esquemas conceptuales del Derecho, y por ende resulta imposible la determinación de su existencia en el mundo material.

Si recordamos lo dicho páginas atrás, la causa dentro del negocio realiza una función de calificación del contrato. Por un lado permite la identificación de si el contrato resulta ubicable dentro de los que revisten características onerosas o gratuitas, o bien si merece o no, tutela por parte del ordenamiento; por otro, resulta útil a la determinación de si el contrato no resulta contrario a la moral social. Preguntémonos, en consecuencia, por la posibilidad de que el amor sea un elemento que jurídicamente nos permita determinar los aspectos antes aludidos y, ante la evidente respuesta, nos daremos cuenta de que esto resulta una entelequia lógico-jurídica.

Porque el amor o la mutua atracción son accidentes que en el matrimonio no están referidos a lo que de jurídico hay en el mismo, no puede concebirse como causa de un contrato, porque acaso ¿Nos permite el amor o la mutua atracción determinar si al contrato matrimonial se le puede ubicar dentro de los contratos gratuitos u onerosos a los efectos de su calificación jurídica y de los efectos que en pos de los derechos y deberes que se establecen basándose en tal negocio? ¿Es capaz el amor o la mutua atracción física de ser un punto a tener en cuenta a los efectos de una actividad axiológica, de las cláusulas que integran un contrato, o bien de la tutelabilidad del mismo a partir de su no contraposición a los valores del ordenamiento jurídico de que se trate? La respuesta a esto es sólo una: no.

La causa en los contratos es un concepto que está en íntima conexión con la realidad a la que el contrato mismo se aplica, porque es el elemento que dentro de él sirve para valorar el contenido del negocio a los efectos de otorgarle una normativa que lo rija, o para determinar la posibilidad de que esa manifestación de la autonomía

privada pueda o no ser abarcada o protegida por el ordenamiento jurídico; es como se dijo, una manera de control de la autonomía privada.

En el matrimonio, la ley misma establece las cláusulas, condiciones y estipulaciones; a partir de este dato se podría afirmar que en el matrimonio la causa no es necesaria porque no necesita una calificación de merecimiento de tutela, o bien de la determinación de si constituye algo típico o atípico porque evidentemente resulta ser un negocio típico. No obstante, la causa de un matrimonio podría llegar a ser calificada de insuficiente para dar vida al negocio correspondiente, toda vez que el mismo se haya celebrado para realizar un objetivo que sin la celebración del negocio sería imposible alcanzar. Esta consideración no es más que el fruto de la importancia que el elemento causal reviste dentro de todos los negocios jurídicos.

El amor, elevado principio moral, en su existencia dentro del matrimonio como acto jurídico es insusceptible de ser determinado a través de las normas jurídicas relativas al matrimonio mismo, y constituye un elemento cuya percepción y calificación escaparía a la dogmática civilista. El amor evidentemente resulta algo extrajurídico.

Cuando una pareja pide al ordenamiento que le otorgue el estado civil de casados, de previo, los sujetos que integran la relación han tomado esa decisión de petición; no incide en el momento de casarse, jurídicamente hablando, más que una voluntad de contraer matrimonio, sometiéndose en consecuencia a lo estipulado en la norma al respecto; si los futuros cónyuges aceptan entrar en el estado civil de casados, esa decisión podría deberse a la atracción física, a la voluntad de reproducirse, a la voluntad de estar juntos al amor que recíprocamente se profesan, y tantas otras razones que podrían conllevarlos a tomar tal decisión, no obstante, en el negocio jurídico matrimonial lo que sucede es que el consentimiento ha

subsumido cualquiera de las posibilidades enunciadas o no, pero que, al fin, constituyen la razón fundamental que llevó a los novios a aceptar el estado civil de casados. Y en tal sentido, la causa, como expresión de una inclinación a realizar un objetivo que satisfaga las expectativas o necesidades de las partes, se presenta de manera distinta de como se ha pretendido presentar por los citados autores.

En el matrimonio la causa no se encuentra dada como elemento de calificación de la pertenencia a los negocios típicos o atípicos, como sucede en el contrato, que por su propio espectro abarca materias y realidades que no son contemplados en la norma – caso de los contratos atípicos- y que en consecuencia ameritan una regulación adecuada, a diferencia del matrimonio en el que la función que cumple la causa es de garantía y calificación de la idoneidad del negocio matrimonial, a los efectos de su tutela efectiva por parte del ordenamiento. Dicha valoración es un fenómeno que sólo es susceptible de producirse *ex post*, en cuanto a la determinación de alguna posible inconsistencia relativa al propósito práctico que las partes han perseguido con la celebración de dicho negocio, el cual podría no coincidir con el que normalmente sirve de causa a todo matrimonio, que no es otro que el estado civil correspondiente, y en consecuencia, representar un atentado contra el estado civil mismo así como también contra algún otro aspecto jurídicamente relevante.

5 EL MATRIMONIO NO ES UN CONTRATO

Como se ha podido apreciar a lo largo de la exposición que hemos realizado, no resulta lógica la opinión que asigna al matrimonio *in fieri* una naturaleza jurídica contractual, puesto que la similitud que basada en el consentimiento, históricamente ha constituido la base sobre la que se ha diseñado dicha tesis, sólo es

un mero espejismo y además porque la estructura que plantea la doctrina del contrato no es capaz de asumir dentro de sus esquemas a la figura matrimonial. En fin, se ha demostrado, que esta tesis contractual sobre la naturaleza jurídica del matrimonio al ser sometida a un juicio de fondo no puede mantenerse en pie²¹¹.

²¹¹ Pues como ha dicho LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho*, 5ª edic. revisada y aumentada; Bosch; Barcelona; 1979; pág. 765: “por su naturaleza el matrimonio no es un contrato...Del contrato posee la superestructura: “el acuerdo de voluntades”; pero le falta la infraestructura del mismo: aquel cómputo utilitario referido a cosas o prestaciones valorables económicamente que es incompatible con la esencia misma de la institución matrimonial”.

CAPÍTULO III

EL MATRIMONIO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA

1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo abordamos el aspecto que consideramos más importante dentro de la totalidad de este trabajo investigativo ya que en él procuraremos, hasta donde nuestra modesta capacidad lo permita, demostrar cómo el matrimonio se acopla plenamente dentro de los esquemas propios de la teoría del negocio jurídico y, más específicamente, dentro de la subclasificación correspondiente a los negocios del Derecho de familia, deviniendo de tal forma explicada la naturaleza jurídica de dicho instituto.

Para lograr este cometido hemos de afrontar, en primer lugar, la exposición de los más relevantes aspectos de la teoría del negocio jurídico familiar, y puesto que de tal estructura no existe numerosa bibliografía específica, lo haremos, como es lógico, a partir de la teoría general del negocio jurídico, procurando exponer, de esta última, lo más útil y adecuado a los efectos propuestos. A continuación de ello, tal y como hemos procedido en el capítulo precedente, realizaremos la superposición de la teoría del matrimonio sobre la del negocio jurídico de Derecho de familia, a fin de hacer notar su plena identificación logrando con ello la demostración dogmática de que, al matrimonio, la institución que de mejor manera comunica su esencia y caracteres es el negocio jurídico del Derecho de familia.

1.1 ACOTACIONES PREVIAS DE LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Iniciamos este apartado exponiendo conceptos e ideas propias de la doctrina general del negocio jurídico y que consideramos como de necesaria precedencia, a los efectos de una mejor exposición del tema en cuestión. Nos adentramos, pues, a lo que se podría denominar como prolegómenos de la exposición de una doctrina del negocio jurídico familiar.

1.1.1 LA AUTONOMÍA PRIVADA: EJE DEL CONCEPTO Y ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

1.1.1.1 SIGNIFICACIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

A priori, por su significación etimológica, se podría afirmar que la expresión “*autonomía privada*” denota un poder autárquico que implica soberanía y, por ende, que quien dispone de ella no encuentra limitaciones a su actuar. En este sentido se ha llegado a afirmar que la autonomía privada se manifiesta cuando el sujeto, además de ser libre, es también soberano para organizar por sí mismo su ámbito jurídico¹.

¹ Cfr. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos Urbanos”, ADC Octubre-diciembre 1956; pág. 1151; TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di Diritto privato, tredicesima edizione; Giuffrè; Milano; 2000; pág. 40; FLUME, Werner; El negocio jurídico, parte general del Derecho Civil, T.II, trad. no modificada de la 4ª edición, por José M^a. Miquel González y Esther Gómez Calle; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1998; pág. 23; DE CASTRO Y BRAVO, Federico; El negocio Jurídico; Civitas; Madrid; 1985 (reedición facsimilar del original de

Así, la frase en cuestión, se podría calificar de redundante, toda vez que los dos vocablos que la integran hacen referencia a la libertad o independencia del agente de querer libremente todo lo que surge de su mismo ser; el acto del hombre no es susceptible de calificarse como libre si no es voluntario. Esta interpretación, apegada estrictamente a la significación etimológica de la expresión, representaría, pues, que el individuo posee una potestad propia a los efectos de dictar para sí mismo normas por las cuales regir sus intereses, y que dicha capacidad encuentra en las normas, que son heterónomas respecto al sujeto, una agresión a dicha facultad y por ende también a su libertad².

No obstante, esta caracterización, primigenia, de la autonomía privada, se ha visto sometida a crítica por cuanto no acierta a explicar con plenitud y concisión la verdadera dimensión, alcance y función que dentro del mundo jurídico realiza la autonomía privada y ha sido fuente de las discusiones sobre el valor de la misma.

Ciertamente, la autonomía privada se encuadra dentro del concepto de la libertad que es propia del ser humano, libertad que ejercitada y protegida de diversas maneras por el ordenamiento estatal se consagra a través de los principios y estipulaciones de la mayoría de las constituciones modernas. Y es en esta pertenencia a la libertad general del ser humano, como hoy la autonomía privada puede explicarse, acotada y circunscrita, como toda libertad, en

1971); pág. 11 s. Ilustrativa resulta en este sentido, la opinión de ROCAMORA VALLS, Pedro; El dogma de la autonomía de la voluntad (tesis doctoral inédita) Madrid, Junio 1943, pág. 12 y también en, Libertad y voluntad en el Derecho; Madrid; 1947; pág. 23: “El concepto de la autonomía -Αυτός νόμος- equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana, que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeto a su independiente actividad (la Selbstgesetzgebung de la terminología germánica), es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad”.

² TENORIO MACÍAS, Pedro; “Negocio jurídico”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, dirigida por Buenaventura Pellicé Prats; T. XVII; Editorial Francisco Seix; Barcelona; 1982; pág. 222.

función de la no confrontación con los valores propios que informan el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo antes expresado, la afirmación original sobre la autonomía privada como poder absoluto del sujeto, se encuentra actualmente desvalorizada y, en consecuencia, reducida a una auténtica categoría jurídica, perfilándose así como una herramienta útil al Derecho privado. Con razón ha dicho SANTI ROMANO³, que la figura llamada autonomía debe excluirse con relación a los ordenamientos que, siendo constituidos por sujetos particulares, estén al margen de una vinculación con un superior ordenamiento, es decir, con el ordenamiento estatal.

Una razón más, para abandonar la perspectiva de la omnipotencia de la autonomía privada, está dada por la necesidad de que lo acordado en virtud de dicha autonomía encuentre realización plena, y en caso de ser necesario forzar tal cumplimiento, a cuyo objeto, la intervención del Estado se hace indispensable, siendo necesario para ello el reconocimiento, por parte de éste, de que en lo actuado por las partes no existe ningún elemento que se oponga al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la relación establecida entre las partes resulta vinculante y de imperativo cumplimiento, aun cuando no haya voluntad de cumplimiento. Podemos, entonces, declarar juntamente con FLUME⁴, que la autonomía privada exige conceptualmente la existencia correlativa del ordenamiento jurídico.

³ ROMANO, Santi; Fragmentos de un diccionario jurídico, trad. de Santiago Sentís M. y Marino Ayerra Redín; Ediciones jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1964; pág. 53.

⁴ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 24. No obstante lo dicho, este autor (ibidem) concibe que la relación entre el negocio jurídico y el ordenamiento jurídico está dada por el hecho que este último otorga la posibilidad de existencia de los primeros a partir del señalamiento de un *numerus clausus* de los mismos: “el particular tiene que decidir, dentro del ámbito de la autonomía privada, si y qué relaciones jurídicas quiere configurar, así como con relación a qué objetos y personas. Pero solamente puede obrar configurando jurídicamente en los actos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición como tipos de actos, y sólo puede configurar las relaciones jurídicas que determine el ordenamiento jurídico y del modo como

Si se considera que la autonomía privada constituye un reconocimiento de la capacidad del individuo para manejar su vida jurídica privada, también debe afirmarse que dicho reconocimiento, como ya dijimos, importa unas limitaciones, porque esa facultad de autorregulación no es ni una pura manifestación de voluntariedad individual, así como tampoco es una mera oportunidad para que el Estado despliegue su coactiva actividad. El reconocimiento y el despliegue de la protección estatal urgen una motivación, una justificación que necesariamente deberá residir en una utilidad particular que no contraríe el bien común⁵ -entendido éste como el elemento informador del ordenamiento-, consecuentemente, la autonomía privada no se puede concebir como una soberanía individual⁶. Aquí se perfila ya la importantísima función de la causa cuestión de que trataremos más adelante.

Por todo lo anterior podemos decir que la autonomía privada no es más que uno de los aspectos en que se manifiesta el reconocimiento jurídico y legal que el Estado hace de la libertad, que es inherente a la persona en razón de su dignidad humana.

1.1.1.2 AUTONOMÍA PRIVADA Y NEGOCIO JURÍDICO

La autonomía privada así entendida, encuentra en el negocio jurídico su explicación, como poder del sujeto para decidir en el campo de su esfera jurídica, ya sea personal o patrimonial, mediante actos negociales a través de los que se ejercita dicha autonomía, la

éste disponga...La autonomía privada, aparte de que sólo pueda desarrollarse en el marco del *numerus clausus* de tipos de actos y relaciones fijado por el mismo ordenamiento....”.

⁵ Cfr. DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 12 s.

⁶ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 225.

forma en que quiere regular su vida y disponer de los propios intereses, adquiriendo o enajenando bienes, contrayendo relaciones de índole personal como el matrimonio; es en fin, el negocio jurídico, un acto de autonomía privada⁷.

Dentro de la dinámica que la autonomía privada presenta en el negocio jurídico se pueden apreciar dos aspectos en la que ésta despliega su función, por un lado, en la libertad para celebrar el acto; y en la fijación del contenido del mismo, por otro⁸.

En el aspecto del establecimiento de relaciones intersubjetivas, la autonomía privada reconocida al sujeto de Derecho implica, necesariamente, que éste no puede disponer en la esfera jurídica de terceros⁹; mas los imperativos de la vida en sociedad imponen la relación entre los sujetos, por ello, se explica que el negocio jurídico, instrumento de la privada autonomía, es la dinámica a través de la cual los privados contribuyen entre ellos mismos, y a partir de sus intereses y por tanto de su querer individual, a la satisfacción de intereses, expectativas y necesidades que pueden implicar a las propias personas o a los bienes de estas personas¹⁰.

⁷ BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, vol. III, il contratto, 2ª edizione; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 2000; pág; 8 ss; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H; *El negocio jurídico*; editorial Astrea; Buenos Aires; 1992; 55.

⁸ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 221.

⁹ TRIMARCHI, *Istituzioni*, 2000, 41.

¹⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, 2000, 11.

1.1.1.3 CONCEPTO DE AUTONOMÍA PRIVADA

Es en las antes señaladas ideas donde la autonomía privada adquiere sus rasgos caracterizadores dentro de la doctrina del negocio jurídico, y a partir de los cuales podemos decir que autonomía privada es, la capacidad que el Estado, en razón de la dignidad humana, reconoce a cada individuo para que, de manera responsable, sin contrariar los valores representados en el ordenamiento jurídico y con el objeto de establecer nuevas relaciones jurídicas o alterar las ya existentes, desarrolle los aspectos de su vida jurídica privada en el seno de la sociedad¹¹.

En suma, podemos afirmar que la autonomía privada constituye la raíz a partir de la cual toma realidad el negocio jurídico, es en ella donde encuentra su razón de ser y su manifestación más excelente; en ello reside su mutua e inescindible relación.

¹¹ Refrendan esta opinión las ideas expuestas por algunos autores, entre los que se puede citar a: BOZZI, Lucia; *Accertamento negoziale e astrazione materiale*; Cedam; Padova; 2000; pág.103, quien interpreta la autonomía privada como la “posibilidad para los sujetos de dictar, en el ámbito de los intereses disponibles, reglas obligatorias, incidiendo sobre la realidad económica: por consiguiente, posibilidad de los individuos de autoreglamentar los propios intereses”; GRISSI, G; “L’autonomia privata”, en, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. *Autonomia privata-classificazione*; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000; pág. 293: “La autonomía es principio atinente a los comportamientos humanos constitutivos de situaciones jurídicas. La autonomía es pues, expresión de libertad”. Se muestran partidarios de la utilidad y actualidad del concepto de negocio jurídico, entre otros: MONEREO PÉREZ, José Luis, en, BETTI, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico*; traducción de A. Martín Pérez, con estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez; Comares; Granada; 2001; pág. XIX s.; GONZÁLEZ MORENO, José Manuel; *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*; edición de caja de ahorros y montes de piedad de Madrid; Madrid; 1983; pág. 345, 347 s., 351; SCOGNAMIGLIO, Renato; “Negozio giuridico” profili generali; en, *Enciclopedia Giuridica Vol. XX*, dirigido por Bruno Paradisi; Istituto della enciclopedia italiana; Roma; 1990; pág. 8; Di GIACOMO, Enzo; *Il negozio giuridico ed il contratto*; Lalli editore; Poggibonsi; 1995; 205 ss; FERRI, Giovanni B; *Il negozio giuridico*; Cedam; Padova; 2001; pág. 10-19, 210 s; del mismo autor, *tamb. Le anamorfosi del diritto civile attuale*, saggi; Cedam; Padova; 1994; pág. 257 ss; CICERO, Cristiano; *La violenza nel negozio giuridico*; Cedam; Padova; 2000; pág. 5.

1.1.1.4 CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

Desde hace algún tiempo se ha venido constituyendo una corriente doctrinal adversa a aceptar la vigencia de la categoría llamada autonomía privada, y como lógica consecuencia, se cuestiona lo mismo respecto del negocio jurídico; a ambas se les niega la categoría de herramientas útiles dentro del sistema del Derecho privado, y en especial del Derecho Civil actual. Como muestra de este fenómeno exponemos a continuación algunas de ellas, que definitivamente implican alteraciones, a veces, de grave repercusión en el ámbito de la doctrina propia de la autonomía privada y del negocio jurídico.

1.1.1.4.1 LA CONCEPCIÓN DE SCOGNAMIGLIO

Según SCOGNAMIGLIO¹², si bien es cierto que la autonomía privada constituye el elemento fundamental del negocio, la declaración de voluntad, como expresión personal del mismo, no integra al negocio. Esta afirmación la hace el autor al procurar reinterpretar la teoría general del negocio y pretender dar así solución a los inconvenientes planteados por las precedentes doctrinas, proponiendo soluciones que se pueden calificar de entorpecedoras del entendimiento del mismo y contraproducentes para la doctrina negocial.

¹² SCOGNAMIGLIO, Renato; *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ediz., Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli, 1969; pág. 82-92, 99; 214.

El primer error de perspectiva que se le puede achacar, consiste en intentar desvirtuar el claro significado y alcance de la autonomía privada cuando procura demostrar que la incidencia de ésta en el negocio se produce a través de una especie de la misma: *la autonomía social*.

Esta autonomía llamada “social”, es, según nuestro autor, el resultado que se desprende del análisis de la siguiente situación: el individuo puede, por su misma naturaleza, realizar actos que conciernen a su propia persona, y que pueden apreciarse como un simple ejercicio de personales facultades, como un hecho natural y psicológico y que no es otra que una manifestación de la autonomía individual, la cual puede proyectarse sobre diversas facetas humanas, como la moral, la religión etc. No obstante, cuando de lo que se trata es de la manifestación de esa autonomía en el ámbito del intercambio de bienes y servicios, los actos que el sujeto realiza implican, necesariamente, a otros sujetos de Derecho, en cuya circunstancias se establece una relación “intersubjetiva” con miras a la regulación de intereses personales, que es la expresión de la autonomía social. El hecho de que los individuos puedan reglar sus propios intereses en el campo de las relaciones “económico-sociales” representa un elemento primordial para el orden y la consecución de la vida en sociedad, por lo cual, el negocio, cumpliendo dicha misión, adquiere su relevancia en el ámbito social.

De ahí, pues, que la autonomía privada deba, para ser útil a los efectos del negocio jurídico, ser de naturaleza social. Y es que el negocio mismo no puede verse como un mero ejercicio de una facultad personal, pues solamente siendo un acto que tiene por destino su salida de la esfera del sujeto, para constituir relaciones con otros sujetos, da lugar a la autonomía llamada “social”.

Así explicado el fenómeno, se desprende que la autonomía privada, presentada como autonomía del querer, no satisface la

necesidad de dar una respuesta a la interrogante sobre lo que es la base del negocio jurídico mismo, porque si bien es cierto que la voluntad constituye el núcleo central de la autonomía, también lo es que ambas no constituyen realidades inseparables entre sí. Efectivamente, voluntad y autonomía se pueden escindir la una de la otra, en el entendido de que la voluntad, el querer, sólo es la fuente, el presupuesto necesario de la autonomía, algo que bien visto es externo a la misma.

A partir de lo expresado, el citado autor se ve en la necesidad de aclarar que, las afirmaciones realizadas sobre la autonomía privada sólo tienden a ubicar mejor el fenómeno, en la dirección que él cree correcta, para llegar a una explicación mejor del concepto de negocio. Reconoce que a estas afirmaciones se las podría calificar como extrañas al concepto normal de autonomía como elemento fundamental de la teoría iusprivatista, a lo cual opone el argumento que, con tales aserciones, sólo procura dejar de lado las valoraciones tradicionales respecto de la autonomía en el sentido de que implican un fenómeno de carácter psicológico, proponiendo en consecuencia que se tenga como una manifestación de carácter social. Con ello, sigue diciendo, no se pretende ignorar la implicación que en este asunto tiene la libertad individual, sino solamente reconducirlo, para su explicación, lógica, al campo de su relevancia social, según un criterio personal, que entiende como más acertado.

1.1.1.4.1.1 NUESTRA OPINIÓN

Nos parece preciso expresar algunas ideas respecto del planteamiento antes expuesto, por la precisa razón de que lo que está en juego es toda la teoría del negocio jurídico.

En primer lugar, acusamos la ausencia de una referencia del fenómeno negocial respecto de los negocios jurídicos de orden no patrimonial. En la explicación expuesta, sobre el texto del autor, se detecta que no se hace nunca referencia a la categoría del negocio jurídico en su integridad, como categoría general. El intento de reconducir la autonomía privada, a una subespecie de la misma llamada “autonomía social”, se hace partiendo de la premisa de que los individuos en sus relaciones con otros individuos, a los efectos de satisfacer necesidades, sólo lo hacen a través del intercambio de bienes y servicios, con lo cual quedan fuera de toda explicación, dentro de la autonomía privada, los negocios que no tienen ese *substratum* económico.

Por otro lado, parece un tanto impropio (aun cuando el mismo autor reconoce la posibilidad de recibir este reproche), convertir la autonomía privada en un elemento que incorpora a la sociedad, pues al decir que la autonomía privada, teniendo múltiples manifestaciones, a los efectos del negocio jurídico, sólo se la puede apreciar en su aspecto económico-social, se cae en la confusión de identificar la autonomía privada, facultad individual, con una facultad del querer de la comunidad, olvidando que la voluntad individual, aun cuando se ponga en contacto con otra voluntad para lograr la satisfacción de necesidades, no deja de ser una manifestación de individual libertad.

No es la sociedad la que determina para el individuo la forma en la que debe regir sus intereses o dar satisfacción a sus aspiraciones y necesidades. Si se aceptara lo contrario, cómo explicar que no se está desbordando con ello las fronteras del Derecho privado (cuyo objeto principal es la persona), pasando al ámbito del público (que tiene por objeto la sociedad)¹³.

¹³ Sobre la discusión de la distinción entre ambas categorías V. el excelente trabajo de ALPA, Guido; “Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, en RDPRIV, enero 1999; pág. 3-43.

Tampoco puede verse a la autonomía como un fenómeno de la realidad social, porque la realidad social se forma a partir de la realidad de cada individuo. Si se acepta, como debe hacerse, por una parte, que la libertad de cada individuo encuentra su raíz en su dignidad de ser humano, y por otro lado, que aún hoy el ser humano es distinto de persona a persona, y por ende tiene necesidades diversas y expectativas e intereses desiguales, mismos que para satisfacerse no parten de una identidad común, sino más bien de una multiplicidad de circunstancias que no permiten afirmar una uniformidad absoluta que sería la base de la mencionada realidad social, la afirmación debatida no tiene sentido ni en el ámbito social ni en el jurídico.

Debe además recordarse que la esencia del Derecho Privado, y en especial del Civil, es necesariamente la regulación de la actividad del individuo por ser individuo, del hombre en la sociedad contemplado como un sujeto con aspiraciones y metas propias, lo cual no encaja en lo postulado por nuestro comentado autor.

Creemos que con esta afirmación de una “autonomía social”, se desconoce el alcance verdadero de la autonomía privada. No basta explicar que se hace tal afirmación en aras de abandonar concepciones que se han mostrado incapaces de asentar un sólido fundamento para el negocio jurídico, pues como hemos dicho, con tal afirmación, lo que en verdad se hace es vaciar de todo contenido el concepto de autonomía privada porque se separa al sujeto de su voluntad, y se reduce esta última a un elemento extraño y externo al negocio mismo.

Lógicamente, resulta imposible separar la manifestación de la voluntad de los sujetos del resultado de esa voluntad, que es el negocio. La autonomía privada no es un concepto que necesite cambiar su contenido significativo para poder explicar en la actualidad su función dentro del seno de la sociedad; es más bien un

elemento doctrinal tan elaborado que no admite cambio alguno en su estructura básica. El hecho de ser apreciada la autonomía en su aspecto natural o psicológico, que es el argumento del citado profesor italiano, no puede dejar de ser tal, si se toma en cuenta que la voluntad, de la que él mismo reconoce es el centro de la autonomía privada y por ende del negocio, constituye, aunque no se quiera una manifestación de carácter psicológico, no legal o artificial, es natural porque el hombre le posee como facultad, de una manera intrínseca y no puede eludirlo. Otra sería la opinión si este elemento, que como se dijo es psicológico por propia esencia y naturaleza, se lo aprecia aplicado al Derecho bajo unas condiciones y con unas características propias asignadas por el ordenamiento para recoger dicha manifestación de la realidad y convertirla en un concepto jurídico, pues entonces se adecua, como siempre lo ha hecho la ciencia jurídico privada, un concepto extrajurídico, en aras de su utilidad, revistiéndolo de una identificación propiamente jurídica, mas eso ya está hecho, desde que se entiende a esa voluntad circunscrita y caracterizada por el ordenamiento, de tal manera que vale siempre y cuando no entre en confrontación con el mismo.

Todo lo dicho, como contradicción de la opinión del profesor Scognamiglio, se entiende si se acepta la elemental explicación de que autonomía privada sólo puede llamarse a la facultad que el ordenamiento concede a los individuos por su propia humana naturaleza, y en atención a su personalidad para crear por sí mismos, dentro del marco que el mismo ordenamiento les establece, relaciones tendentes a la satisfacción de sus intereses y necesidades.

1.1.1.4.2 LA DOCTRINA DE NATALINO IRTI

Otra opinión que sometemos a crítica en estas páginas es la postulada en su día -demostrando una evolución de las ideas antes expuestas- por IRTI¹⁴, quien haciendo alarde de un economicismo y estatalismo exacerbado, combate la idea tradicional sobre autonomía privada, y por ende, también la del negocio jurídico.

Aduce este autor que, en nuestros días, concebir la autonomía privada en los términos que lleven a pensar que es algo de incumbencia de los particulares, para arreglar sus intereses resulta inexacto porque si en otro tiempo esa autonomía, manifestación ideológica, representó una reacción de la “burguesía agrícola y mercantil¹⁵” en contra de la pujante expansión del Derecho público, en nuestros días, ese papel de suficiencia de la voluntad individual ha quedado relegado, esa razón de ser de la autonomía privada ha sido superada.

Hoy es el Estado quien realiza la función de la autonomía, a través de una labor por la que “disciplina el mercado”, en especial en materia de concurrencia, en cuyo campo actúa, *“impidiendo la concentración de empresas salvaguarda la pluralidad de la hacienda productora y el libre querer de los consumidores”*.

La autonomía privada -continúa exponiendo IRTI- se desvanece como una sombra frente a la realidad actual que reduce los sujetos a una masa de consumidores a quienes sólo interesa adquirir bienes;

¹⁴ IRTI, Natalino; *Lecture bettiane sul negozio giuridico*; Giuffrè; Milano; 1991; pág. 64-73.

¹⁵ En idéntico sentido V. GALGANO, Francesco; “Teorías e ideologías del negocio jurídico”, en ACFS 22, 1982., 47 ss; y del mismo autor: “Negozio giuridico (dottrine generali), en: *Enciclopedia del Diritto*, T. XXVI, Morale- Negozio; Giuffrè Editore; Padova; 1977; 936 s; *El negocio jurídico*, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa; Tirant lo blanch; Valencia; 1992; pág. 40-44.

cayendo por ello en una especie de “automatismo colectivo”. Es insostenible la autonomía privada expresada en el negocio jurídico, pues *“presupone la singular y concreta parte, en tanto que la economía contemporánea conoce solamente anónimos y abstractos consumidores”*.

De lo dicho se infiere que, la autonomía privada en nuestro tiempo, no puede concebirse como un elemento de tutela que se expresa en el negocio jurídico, sino más bien en la “disciplina del mercado”.

Llegando al paroxismo estatalista y denotando su adhesión a un desmedido legalismo, propone que se conciba al concepto de negocio jurídico como separado de la autonomía privada¹⁶: *“Llegamos así a la absoluta separación entre negocio jurídico y autonomía privada. Que no se encomienda más a fuerzas extrajurídicas (de índole social o psicológica), sino al régimen legislativo del mercado. Ella se hace interna y sólida con el orden jurídico de la economía. La parte del negocio asumiendo la abstracta posición de consumidor o ahorrador, explica que la regla del mercado sea la regla misma de la autonomía privada. Solamente en zonas residuales -de los más importantes y potentes intereses, o del cambio más humilde y cotidiano -el privado, (dejando de actuar como miembro de clase de los consumidores) desarrollará concretas negociaciones y ejercerá la antigua autonomía. La protección de la autonomía se desplaza del sujeto al objeto: del individuo, que entra en relación con los otros, al consumidor, que entra en relación con los bienes. Reglas públicas tutelan las elecciones de una muchedumbre uniforme y anónima: y allí, proveyendo, no ya individualizando, el acto del cambio sino, abstrayéndolo y masificándolo. En lugar de la otra “parte” a menudo encontraremos aparatos automáticos, que contestan a la introducción de la moneda*

¹⁶ Citamos textualmente la inquietante opinión, en esta parte, por parecernos una ilustración cruda del pensamiento del autor.

con la entrega material de los bienes. Así el mercado ya no resulta de la suma o de la unidad de actos particulares, sino que se configura como racional y preciso organismo, en el cual se inserta la elección del individuo, haciéndose conforme a otras innumerables”.

1.1.1.4.2.1 NUESTRA OPINIÓN

Es evidente la coincidencia en algunos puntos entre la tesis antes expuesta y las ideas, ya analizadas, del profesor SCOGNAMIGLIO. Así, tampoco este autor reconoce, al menos de lo que se ha expuesto, que el negocio jurídico a través de la autonomía privada de la que es la más auténtica expresión, despliega su incidencia sobre institutos jurídicos de muy variada naturaleza, a los que por sus características propias otorga una explicación y da un sentido, como es el caso de la institución que es objeto de estudio en este trabajo.

Además de lo anterior, la opinión en cuestión, al propugnar por la separación entre autonomía privada y negocio jurídico, no tiene un lógico asidero, toda vez que se piensa y sostiene que el negocio jurídico tiene su alma en la autonomía privada, porque es la voluntad humana la que le otorga realidad. Al escindir la autonomía del negocio, entonces la realidad del fenómeno negocial se desvanece. Y ni siquiera concibiendo el negocio sólo aplicable a los actos económicos encontraría cabida la criticada opinión, pues la autonomía privada en dicha área es más viva y eficaz que en cualquiera otra.

Por otro lado, confiar la autonomía privada a “*la disciplina del mercado*”¹⁷, función que el Estado en su magnánima voluntad realiza para bien de la sociedad, es creer que la actividad del Estado es la panacea de todos los problemas sociales, que en las normas estatales se encuentra la solución a todos los problemas y necesidades humanas, y que en la actualidad, la actividad vital de la totalidad de las personas se resume en conformar una “*masa de consumidores*” preocupados únicamente de consumir y consumir cada vez mayores cantidades de artículos ofrecidos en las grandes superficies comerciales (por citar algún ejemplo), dejando de lado relaciones y actos que implican el desarrollo de su misma personalidad y en las cuales interviene la voluntad como elemento primordial a los efectos de su consecución¹⁸.

Este autor propugna, así, por un ordenamiento jurídico propio de Estados totalitarios, en los que la persona se diluye en la inmensidad de la omnipresente y omnipotente legislación; perdiendo con ello su individualidad, que al fin de cuentas es lo que le hace ser

¹⁷ MONEREO PÉREZ, “El negocio jurídico como categoría problemática”, estudio preliminar de BETTI, *Teoría General*, 2001, sostiene que esta forma de pensamiento está basada en una concepción en la que el sistema de Derecho privado se limita sólo a recibir los tipos negociales extraídos del mundo de la vida social y económica, con lo cual, tanto forma como sustancia económica se corresponderían mediante la subordinación instrumental de la lógica jurídica (sometida a la postre a la política jurídica) a la racionalidad de los institutos económicos. En fin, que la teoría económica analítica del Derecho, dentro de la que se mueve este tipo de opiniones, busca un realismo jurídico que pretende establecer una correspondencia directa entre los conceptos jurídicos y las categorías económicas formuladas en la ciencia económica. Todo lo cual provoca que las categorías jurídicas se vean colmadas por categorías económicas, a la par que tienden a “vaciar” de valores “incómodos” para alcanzar el principio de eficiencia económica.

¹⁸ Por ello ha expresado VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, Antonio; “Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal”, *RGD* abril 1965; pág. 268: “La autonomía privada o autonomía de la voluntad privada, tiene el sentido de que se refiere al valor de la personalidad y la voluntad individual en el orden de las fuentes que originan los derechos subjetivos; en este sentido ha expresado recientemente SCALISI, Vincenzo; *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*; Giuffrè editore; Milano; 1998; pág. 37: “No es el mercado sino la persona lo que constituye el valor de vértice y de centro del sistema. el mercado queda y debe quedar en posición subordinada y al servicio de la persona y de sus valores existenciales”.

persona. Se olvida IRTI que a la frialdad con que presenta el panorama jurídico actual, se contraponen la realización de humanos propósitos que van más allá del simple “consumo” y que también son, y deben serlo siempre, objeto de atención por parte de la ciencia jurídica y a los cuales es aplicable siempre la autonomía privada, como elemento esencial de los mismos.

Esta opinión, hace aparecer al Derecho privado sólo como un conjunto de regulaciones de carácter económico caracterizado por un total desconocimiento de las otras áreas del Derecho Civil, en las que lo principal no son las cosas sino las personas, contradiciendo, incluso, lo que ha demostrado la realidad histórica por más de dos mil años respecto de esta rama jurídica.

En resumen, esta opinión resulta criticable por reduccionista y miope, cualidades que le son aplicables en razón de que desdeña la función que la autonomía privada cumple en el mundo jurídico -como reconocimiento de la libertad humana para establecer relaciones jurídicas privadas, en las que la voluntad “omnipotente” del Estado no sea el motor y razón de las mismas-, depositando así, toda la capacidad de la libertad en manos del ordenamiento jurídico el cual debe dirigir las vidas y las aspiraciones del ser individual.

Concluimos estas ideas trasladando y haciendo nuestra las palabras que tan acertadamente fueron expresadas por un eximio jurista italiano, hace ya algún tiempo pero que aún conservan toda su fuerza y razón: *“La verdad es que todas estas construcciones, en parte filosóficas y en parte dogmáticas, no son más que manifestaciones, entre muchas otras, de las conocidas tendencias a hacer del Estado el principio y el fin de toda la vida social y jurídica (lo cual las lleva a caer en una acentuada) estatolatría”*¹⁹.

¹⁹ ROMANO, Fragmentos, 1964, 61. Los paréntesis y su contenido son nuestros.

1.1.1.5 COROLARIO

Parece que las dos opiniones antes comentadas, además de tener aspectos coincidentes *inter se*, traslucen una ideología adversa al sistema capitalista que actualmente impera. Manifestación de ello son las opiniones de que antiguamente todo lo que tenía que ver con la autonomía privada y el negocio jurídico tan sólo era una manera de ocultar la desigualdad social, haciendo, consecuentemente, más viva la igualdad formal²⁰.

Por ello, puede afirmarse que las doctrinas adversas a la categoría general del negocio, y a la autonomía privada como elemento sustentador de aquel, tienen su origen no en una consideración lógica de dichos fenómenos, sino más bien en una valoración ideológica de los mismos²¹, así pues, dichos reproches no son más que una repetición de los que se dirigen contra todo el ordenamiento jurídico burgués basado en la igualdad formal²².

Con referencia a lo antes expuesto, ya en su tiempo, advertía el genio del profesor DE CASTRO²³, que, en apariencia, todo el movimiento de la protección del consumidor y las legislaciones tendentes a restringir las prácticas anticompetitivas, alteraba el concepto de la autonomía privada; mas ello no era tan real, pues siempre ha estado la autonomía privada acotada por límites

²⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III; 2000, 26.

²¹ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 19 s. En similar dirección: DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 201, 205.

²² NATOLI, Ugo; "In difesa del negozio giuridico", en *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Cesare Salvi; G. Feltrinelli editore; Milano; 1978; pág. 262.

²³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico; "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", *ADC* octubre-diciembre 1982; pág. 988-1085.

intrínsecos propios²⁴, que varían en atención a la legislación de la cual se trate, y que en el caso español, son las estipuladas por el artículo 1255 del Código Civil.

Así pues, sigue diciendo DE CASTRO, todo el fenómeno del que parten los aludidos autores italianos para desdibujar el perfil claro de la autonomía privada no es más que una nueva afirmación de que la autonomía no es “*arbitrio de la voluntad libre y sin límites*”, consideración que no representa un abandono de aquello que en el ámbito jurídico privado equivale a la manifestación más perfecta de la libertad de la persona. Estos cambios ni siquiera constituyen una transformación de la concepción sobre dicho concepto de autonomía de la voluntad, es tan solo el abandono de prejuicios que fueron exaltados por el liberalismo decimonónico²⁵.

Concorde con este pensamiento se muestra TENORIO MACÍAS²⁶, para quien, con las nuevas limitaciones impuestas a la autonomía privada, se ha producido no una quiebra, sino, una reinterpretación de su concepto. Esta reinterpretación pasa por tener en cuenta, en primer lugar, que si bien es cierto que el principio en cuestión es expresión de la libertad del ser humano, esta libertad se ejercita en el seno de la sociedad, que en suma permite la libertad de todos sus integrantes. Además de ello, esa realidad social en la que

²⁴ En este sentido, respecto al ámbito alemán, afirma FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 24, que existen prohibiciones de carácter general o especiales que restringen la actuación de la autonomía privada. De manera general ésta encuentra sus límites en las “buenas costumbres”.

²⁵ En tal dirección de ideas, MONEREO PÉREZ, “El negocio jurídico como categoría problemática”, estudio preliminar de, BETTI, *Teoría General*, 2001, pág. XX: “Hay que tener en cuenta que, a pesar de la multiplicidad y heterogeneidad de las figuras contractuales existentes, la técnica contractual encuentra un auge extraordinario paralelo a la potenciación de su fuente creadora: la autonomía privada negocial, la cual se ha visto favorecida por las políticas “controladas” de desregulación legislativa, tanto en el ámbito de los ordenamientos nacionales como en la esfera de las relaciones internacionales”.

²⁶ TENORIO, *NEJ XVII*, 1982, 226, 236.

se vive y ejercita la libertad humana, ha generado por su propia dinámica otros principios con los cuales convive la autonomía y con los cuales ésta “*necesita contar justamente para subsistir y reafirmarse*” (criterios de solidaridad negocial, reglas generales, principio de equilibrio patrimonial de las prestaciones, etc), y que vienen impuestos por otras ramas del saber humano. En suma, la autonomía privada nace informando el tráfico jurídico, pero también ajustándose a los límites impuestos por la realidad de carácter económico y social, los cuales toman realidad en el ejercicio del principio de autonomía, siendo la expresión innegable de la humana libertad y de la satisfacción de las necesidades surgidas en el devenir del sujeto como persona²⁷.

Ilustrativa resulta la idea que expone FLUME²⁸, en el sentido de que la autonomía privada, pese a las múltiples limitaciones a las que se ha visto sometida, mantiene su vigencia, y en cuanto a la importancia que reviste dentro del ordenamiento jurídico, es capital, y ejemplifica esa vitalidad irreductible con el contrato de trabajo, en el cual la autonomía privada constituye todavía elemento esencial para su celebración. Y es que los ataques a que se ha visto sometido el principio en cuestión y el “*sentimiento de crisis*” del mismo - argumenta dicho autor-, es producto del combate que se ha emprendido contra el dogma de la voluntad puro, en cuya actividad ha mediado a veces un desconocimiento de sus aspectos más fundamentales.

La pervivencia de la autonomía privada, dice DI GIACOMO²⁹, es vital para que los negocios jurídicos no constituyan un mero

²⁷ En este sentido, DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 206

²⁸ FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 40 s.

²⁹ DI GIACOMO, Enzo; *Il negozio giuridico ed il contratto*; Lalli editore; Poggi Bonsi; 1995; pág. 188.

“*numerus clausus*”, pues ésta constituye la base para que los sujetos en la dinámica vital, puedan dar existencia a relaciones negociales distintas de las previstas en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, porque el Derecho civil es como ha dicho un jurista³⁰ el Derecho “*protector del ser humano*”, nos resistimos a aceptar que la autonomía privada y su manifestación más propia, como lo es el negocio jurídico, no tenga hoy utilidad y cabida dentro del Derecho Civil, del cual la consideramos su esencia, y afirmamos que pese a la tan acentuada “publicación” de aspectos antaño pertenecientes meramente al Derecho Privado, ésta resulta hoy más que nunca de capital importancia dentro del mundo jurídico, pues a partir del fenómeno estatalizante se hace necesario que el espacio reservado a la libre disposición de las personas, no pierda su carácter de elemento actualizador de la libertad en la cual encuentra, a su vez, la autonomía privada su esencia, y más aún, si aquella tiene su germen en la dignidad humana.

1.1.2 HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

A través del itinerario que iniciamos aquí, se planteará la deducción del negocio jurídico a través de las categorías, hecho-acto-negocio. Así pues, el primer eslabón de esta cadena lógica y conceptual es el hecho jurídico, que son los acontecimientos a los que el ordenamiento jurídico asigna determinados efectos relevantes; en otras palabras, es el hecho que produce un evento jurídico, que genera una alteración en la realidad, constituyendo, transformando o

³⁰ GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel; “El Derecho civil, protector del ser humano”, ADC, oct-diciembre 1983; pág.1359.

destruyendo relaciones de Derecho³¹. Dichas realidades fenoménicas pueden tener como agente al hombre o ser de índole natural, como por ejemplo, terremotos, aluviones, pero lo característico en ellos es que siempre tendrán una consecuencia de índole jurídica³².

Los actos jurídicos, a diferencia de los antes descritos hechos jurídicos, son una especie suya, caracterizada principalmente porque sólo pueden existir a partir de los actos humanos y porque esa actuación requiere ir dirigida por una voluntad de realización del mismo³³. Se puede decir entonces, que son actos jurídicos aquellos hechos que realizados a través de una conducta del hombre, en razón de un querer que dichos actos tomen realidad, constituyen génesis de jurídicas consecuencias o efectos, las que el ordenamiento asigna a dicho tipo de actos³⁴.

La distinción realizada entre hechos³⁵ y actos jurídicos, encuentra razón de ser cuando se acepta que es la valoración jurídica

³¹ DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 182; CARIOTA FERRARA, Luigi; *El negocio jurídico*, traducción y notas de Manuel Albaladejo; Aguilar; Madrid; 1956; 4, expone que los hechos jurídicos están revestidos de alguna relevancia jurídica. Esa relevancia no es otra cosa que ser elemento determinante a través del cual se altere la realidad jurídica viniendo a existir nuevas circunstancias fácticas a las que va ligado nuevas calificaciones jurídicas. En el mismo sentido, BETTI, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico*; traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f; pág. 4 ss; RUÍZ, Mario; “El negocio jurídico”, cap.VII de: DE LUCAS, Javier/ANÓN, M^o José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Fancisco/MARTÍNEZ Blanca/RUÍZ, Mario/VIDAL, Ernesto; *Introducción a la teoría del Derecho*, 2^a edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994; pág. 142.

³² Por tal razón se dice que es “Es un fenómeno voluntario o involuntario de la naturaleza o de la mente”: MARÍN PÉREZ, Pascual; *Derecho Civil*, V. II; Tecnos; Madrid; 1983; pág. 165.

³³ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 217.

³⁴ Cfr. DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 183.

³⁵ “cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo o extintivo de relaciones jurídicas”: GALGANO, Francesco; *El negocio jurídico*, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa; Tirant lo blanch; Valencia; 1992; pág. 21.

que el ordenamiento asigna a las actividades humanas el origen de tal distinción. Porque tal como se ha dicho, si el Derecho al realizar la valoración del acontecimiento pone especial atención en el querer del agente como elemento determinante de los efectos asignados normativamente a dicha actividad, entonces dicho actuar se deberá calificar de acto jurídico. Por el contrario, se hablará de hechos jurídico cuando la valoración no tenga en cuenta más que el acontecimiento, desvinculado de alguna posible volición, es decir cuando lo que constituye el elemento preponderante para el Derecho, es el hecho en sí y no la intencionalidad de obtener tal resultado³⁶.

De todo lo dicho se infiere que el concepto “acto jurídico” no es otra cosa que la abstracción de la totalidad de supuestos de hecho normativos contenidos en el ordenamiento jurídico³⁷.

1.1.2.1 HECHOS JURÍDICOS Y SU CLASIFICACIÓN

Metodológicamente, a los efectos de hacer notar cómo se produce, el ya mencionado fenómeno derivativo, hasta llegar al negocio jurídico, conviene hacer alusión a los hechos jurídicos desde el punto de vista que permita apreciar, dentro de la variedad que ellos implican, los tipos de repercusión que éstos pueden tener dentro del mundo jurídico. Por ello exponemos a continuación las subdivisiones que consideramos más importantes.

³⁶ Cfr. BETTI, Teoría General, s/f, 11.

³⁷ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 140. En este sentido, RUÍZ, Introducción, 1994, 145: al negocio jurídico no debe definírselo como un concepto jurídico, sino más bien como una técnica jurídica de reconocimiento de la autonomía privada. El negocio es un supraconcepto procedente de una abstracción de experiencias concretas, que cobra sentido al considerar de forma unitaria actos jurídicos tan diferentes entre sí como son los contratos, los testamentos y las manifestaciones de voluntad.

1.1.2.1.1 HECHOS CONSTITUTIVOS, MODIFICATIVOS Y EXTINTIVOS

Normalmente, según hemos anotado, los hechos jurídicos generan una alteración de la realidad, circunstancia que permite afirmar que a partir de ellos, se constituye otro estado de cosas en el ámbito jurídico. Mas esa alteración, podría traducirse, en razón de sus consecuencias, en una constitución o modificación, o bien, en la cesación de una situación jurídica preexistente.

Así, son hechos constitutivos los que se ordenan a la creación de una nueva situación jurídica, en cambio son extintivos los hechos que propician el fenecimiento de alguna circunstancia jurídica preexistente; modificativos lo son aquellos que, sin llegar a extinguir una anterior realidad jurídica, implican una alteración dentro de la misma³⁸.

1.1.2.1.2 HECHOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

Atiende esta clasificación al contenido jurídico de los hechos, precisamente de los que a partir de una valoración jurídica consisten en la realización de una actividad (positivos) o bien en una omisión (negativos)³⁹, mas en este último caso, debe aclararse que el hecho omisivo no es, por lo general, susceptible de producir efectos jurídicos por sí solo, pues necesita de la concurrencia de otros hechos⁴⁰.

³⁸ ALBALADEJO, Manuel ; El negocio jurídico; Bosch; Barcelona;1958; pág. 14.

³⁹ Cfr. BETTI, Teoría General, s/f, 10.

⁴⁰ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 6 s.

1.1.2.1.3 HECHOS NATURALES Y VOLUNTARIOS (ACTO JURÍDICO)

Puede subdividirse a los hechos jurídicos en hechos voluntarios y hechos naturales⁴¹. Son naturales los hechos aquellos a los cuales, para ser considerados como tales, no hay necesidad de ligar a su existencia la voluntad humana, no dependen de ella. En cambio, los hechos voluntarios, tal y como su nombre lo indica, son realizados por el hombre con la intervención de su voluntad⁴². Es a estos últimos a los que la doctrina denomina como actos jurídicos⁴³.

Se deduce de lo dicho que el acto jurídico es un hecho voluntario al que la actuación humana da vida según la consideración del ordenamiento jurídico y que desde el aspecto funcional, es útil para transformar jurídicamente un estado de cosas preexistente. Por su importancia, a los efectos de la descripción derivativa planteada, también exponemos una clasificación de los actos jurídicos en sus concreciones más relevantes.

⁴¹ Según opinión de BETTI, *Teoría General*, s/f, 11.

⁴² TRABUCCHI, Alberto; *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, parte general, *Negocio jurídico, familia, empresas y sociedades, derechos reales*, traducción de la 15ª edición italiana por Luis Martínez- Calcerrada; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1967; pág. 143 s; MARÍN PÉREZ, *Derecho Civil II*, 1983, 165.

⁴³ GALGANO, *El negocio jurídico*, 1992, 23, 29.

1.1.2.2 CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1.1.2.2.1 ACTOS LÍCITOS E ILÍCITOS (EL NEGOCIO JURÍDICO)

Esta distinción trae como consecuencia la necesidad de que se deslinde la generalidad en que se cae al hablar de actos lícitos e ilícitos, puesto que dentro de todo el ámbito del Derecho se presentan ambos tipos de actos.

Hechos voluntarios que alteran las realidades dando paso al surgimiento de nuevas circunstancias que en ocasiones pueden resultar adecuadas a la norma, y otras abiertamente adversas, tienen lugar en el devenir de la vida del hombre y su relación con el ordenamiento jurídico del Estado, dando vida así a actos o hechos antijurídicos e ilícitos. La consecuencia, conceptualmente adecuada, de estas actividades, está contenida dentro de las normas pertinentes, téngase por ejemplo, los delitos y las faltas administrativas⁴⁴.

No obstante, en nuestro campo, el civil, por las características propias que éste reviste, son actos jurídicos ilícitos los hechos voluntarios que contradiciendo las normas jurídicas, generan un perjuicio a otro sujeto de Derecho, en sus bienes o intereses.

Por ello, también diremos que, el acto lícito es todo hecho voluntario que no contradice las disposiciones jurídicas que atañen a ese determinado aspecto juridizado, obteniendo en consecuencia una valoración jurídica adecuada a los sistemas de principios y valores

⁴⁴ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 17, alude a este respecto diciendo que es la disconformidad jurídica lo que en realidad trae como consecuencia la antijuridicidad y la ilicitud de los actos jurídicos.

representados en el ordenamiento jurídico; en cambio los actos ilícitos alteran esa normalidad que exige el ordenamiento y, consecuentemente, se ubican en una posición de confrontación fáctica respecto a la norma, lo cual genera, en la realidad, una lesión en los intereses o bienes de un tercero⁴⁵.

Respecto de los actos lícitos BETTI⁴⁶, señala que se pueden presentar como jurídicamente obligatorios o jurídicamente libres, en atención a que los unos constituyan imposiciones que cumplir a manera de requisitos para ciertos fines, en tanto que los otros son tan solo realizables en atención a la voluntad de realizarlos, subdividiéndose por tal razón en actos necesarios y meramente facultativos⁴⁷.

Si dentro de los actos lícitos se ubica al negocio jurídico, habrá que señalar que la distinción entre el negocio, y los otros actos de este tipo⁴⁸, está dada por la misma caracterización de aquél, ser acto jurídico a través del cual el sujeto de Derecho regula sus intereses personales en la interacción con los demás sujetos sociales; además, en el negocio jurídico, la voluntad adquiere una connotación distinta respecto de los otros actos, pues se distingue por estar dirigida a disponer una reglamentación con miras al futuro y al fin práctico típico que comporta dicho acto⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 158.

⁴⁶ BETTI, Teoría General, s/f, 12 s. V. tamb. ALBALADEJO, El negocio jurídico, 1958, 25 s.

⁴⁷ V. en este último sentido, CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 17 ss; RUÍZ, Introducción, 1994, 143.

⁴⁸ V. DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 25.

⁴⁹ BETTI, Teoría General, s/f, 66.

1.1.2.2.2 ACTOS JURÍDICOS STRICTO SENSU

Se presenta la necesidad de distinguir entre los actos jurídicos propiamente dichos y otros actos jurídicos que no lo son, como los negocios jurídicos, los cuales a su vez constituyen las dos figuras con mayor afinidad entre sí dentro de los conceptos que abarca el acto jurídico lícito⁵⁰.

Si bien es cierto que la multiplicidad de los actos jurídicos que se verifican en la realidad tienen la calificación de tales, teniendo como nota discriminadora, como hemos explicado, a la voluntad humana como elemento indispensable para su realización, no obstante, hay ocasiones en que estos actos nacen a través de una voluntad que se ha dirigido expresamente a lograr un objetivo, a conseguir el cumplimiento de un propósito práctico. Estos son los que propiamente merecen el nombre de negocios jurídicos. Es la voluntad del sujeto agente dirigida a la generación de nuevas situaciones a través de las cuales satisfacer un objeto concreto y determinado, a la cual el ordenamiento jurídico podría llegar a otorgar ejecutoriedad, es esto lo que constituye la distinción entre negocio y acto jurídico⁵¹.

No obstante es menester averiguar si aparte de los negocios jurídicos hay alguna categoría de actos que deba diferenciarse del resto de éstos -del acto y del negocio-. Es decir, si existe una clasificación de actos jurídicos en sentido estricto.

⁵⁰ SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 159.

⁵¹ Cfr. CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 27-30.

En opinión de CARIOTA FERRARA⁵², existe esta categoría de actos jurídicos que no son ni negocios ni actos simples, sino que están a medio camino entre estas dos clasificaciones, en razón de que pese a intervenir la voluntad en su realización, sin embargo, dicha voluntad no está dirigida a obtener el fin jurídico inmediato, por lo cual tampoco le afecta, en cuanto a su validez, los posibles vicios de la voluntad.

Además de la manifestación fenoménica de orden voluntario, es necesario, la voluntariedad de la conducta del agente, es decir, la capacidad de entender y de querer la producción del acto, pero sin la intención de desencadenar con ello una determinada consecuencia jurídica. Esto se explica en que el ordenamiento mismo es el que asigna dichos efectos a la actuación voluntaria. En los actos jurídicos en sentido estricto, el ordenamiento jurídico fija tanto la finalidad del acto realizado, así como también los efectos de dicho actuar voluntario del agente⁵³.

En virtud de lo antes expresado, puede decirse que esta categoría de actos produce efectos jurídicos con independencia de que así sea querido por el sujeto agente, siendo ejemplo de ello, la culpa o negligencia y sus consecuencias. El contenido de los mismos no se ve determinado por la voluntad, sino más bien por la ley, la cual le imprime un contenido forzoso⁵⁴, y es que si el negocio encuentra en sí mismo la función por la que se hace relevante jurídicamente, es decir aquella que el ordenamiento jurídico toma en cuenta, y a la que otorga reconocimiento, sucede lo contrario en el acto cuya función, en su significado, no le es asignada relevancia

⁵² Idem, 28. ("algunos actos por un lado, no pueden equipararse a los negocios jurídicos y por otro, no pueden rebajarse al nivel de los otros hechos voluntarios, de los otros actos jurídicos.": ibidem.).

⁵³ DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 184, 189.

⁵⁴ RUÍZ, *Introducción*, 1994, 143;

alguna pues viene estructurada y determinada por los fines que señala el ordenamiento jurídico⁵⁵.

Pensamos que la distinción que se plantea aquí, debe hacerse a partir de la premisa siguiente: si el acto jurídico no es otra cosa que la expresión de un hacer que altera de alguna manera la realidad, porque el ordenamiento jurídico así lo dispone; y si este acto es la consecuencia de una actividad querida poner en existencia por el sujeto agente, entonces debemos pensar que, normalmente, ese sujeto no dirige su voluntad a provocar de manera directa una determinada y particular reacción en el mundo jurídico, sino más bien a realizar el acto mismo, su hacer no va dirigido ex profeso a la realización de un contenido normativo. Porque precisamente, en su actuar el sujeto no tiene la intención directa de incidir, a través del acto que realiza, sobre el esquema normativo estatal. No tiene la intención de que su actuar sea, eventualmente, valorado por el Derecho, aun cuando éste ya haya dispuesto una consecuencia para dicha acción.

En el negocio, por el contrario, el conocimiento, en el sujeto, de que la realidad sobre la cual incidirá su decisión o actuación, para satisfacer necesidades, expectativas o deseos, necesariamente afecta intereses propios y ajenos, o sólo propios, es indicativo de que con ello diseña un sistema de valores expresado con el fin de que el ordenamiento jurídico -en caso de no representar un atentado a su sistema de valores propio⁵⁶, si se hace necesario, le otorgue vigencia y vinculabilidad, pero más que eso, exigibilidad.

⁵⁵ SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 166. Respecto de esta opinión podemos anotar que en ella se nota ya la influencia de la doctrina de la causa del negocio jurídico. Efectivamente, en el negocio jurídico, la importancia de la función que éste está llamado a cumplir, según la configuración dada a él por las partes, contiene desde ya una disposición objeto de valoración por parte del ordenamiento, a los efectos de la determinación de su validez y eficacia.

⁵⁶ El orden público, la moral y la ley: DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; "El negocio Jurídico del Derecho de Familia", en: Estudios de Derecho Privado; editorial Civitas S.A;

A partir de esta distinción aparece en el panorama clasificatorio de los hechos voluntarios una nueva segregación conceptual. Se manifiesta el acto jurídico desde tres perspectivas distintas: actos jurídicos, negocios jurídicos y actos jurídicos *stricto sensu*⁵⁷.

Además de la perfilada distinción entre negocios jurídicos y actos jurídicos *stricto sensu*, se realiza la distinción entre éstos últimos y los meros actos jurídicos.

Básicamente dicha distinción se explica a partir de que se presentan en la realidad jurídica, hechos voluntarios, es decir, actos jurídicos en los que el querer no se puede apreciar como dirigido hacia el logro de una alteración dentro de la realidad, aunque la norma le asigne tal o cual efecto con independencia de que lo quiera o no el agente; piénsese por ejemplo en la adquisición de un nuevo domicilio, la siembra en un terreno ajeno. Su valoración como actos jurídicos no se basa propiamente en el requisito de la voluntad para ser considerados como tales, son hechos que dan lugar a nuevas circunstancias jurídicas, que acontecen sin que necesariamente medie un querer llegar a incidir jurídicamente con su constitución, considerándose el hecho en sí y no en la mediación de un querer que surjan. El pintor con graves padecimientos mentales no deja de ser el propietario de sus obras por el hecho de carecer de una voluntad legal⁵⁸.

ALBALADEJO⁵⁹, por su parte, asimila la distinción entre actos jurídicos en sentido estricto y los demás actos jurídicos, a los que denomina “declaraciones de voluntad”, a partir de que el efecto

Madrid; 1980; pág.; 40; MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., Lecciones del negocio jurídico, 1987, 25.

⁵⁷ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956,32.

⁵⁸ Idem, 31-36.

⁵⁹ El negocio jurídico, 1958, 26 ss.

jurídico que generan sea *ex lege* o *ex voluntate*. Son para este autor, actos jurídicos *stricto sensu*, los actos jurídicos que proviniendo de la humana voluntad, producen efectos jurídicos porque el Derecho los asigna a la realización del hecho, con total independencia de que el agente los haya querido, son por ello, *ex lege*. En cambio, constituye una mera declaración de voluntad, el acto jurídico por el cual a través de la exteriorización volitiva de un sujeto de Derecho, se pretende obtener un X objetivo jurídico, la norma realiza la pretensión del agente. Destaca como las más importantes declaraciones de voluntad a aquellas que por sí, o con la convergencia de algunos otros elementos, constituyen los negocios jurídicos.

Por su parte el profesor SCOGNAMIGLIO⁶⁰, manifiesta que la distinción entre el acto jurídico *stricto sensu* y el negocio jurídico – coincidiendo en este punto con BETTI-, se basa en la distinta función y consideración que de los mismos realiza el ordenamiento jurídico. Los actos están constituidos por manifestaciones de voluntad, participaciones de ciencia o de sentimientos, los cuales se presentan ante el Derecho como actos queridos por las partes, es decir, voluntarios, al igual que los negocios, mas la distinción radica en que los primeros producen efectos que están plenamente estipulados en el ordenamiento jurídico y cuyo ejemplo podrían ser las oposiciones, las intimaciones, notificaciones. Como puede apreciarse, dice el tratadista italiano, la distinción dada encuentra sus cimientos en la “relevancia de la voluntad de los efectos”, y en ello encuentra plena explicación.

⁶⁰SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 159 s.166

2 EL NEGOCIO JURÍDICO

Después de haber apreciado la génesis a través de la cual la categoría “negocio jurídico” ha sido postulada en la realidad doctrinal, a través de la derivación hecho-acto-negocio, nos corresponde entrar al estudio pleno de la doctrina del negocio jurídico.

2.1 ORÍGENES DE LA EXPRESIÓN

La voz “negocio”, aparece en los textos romanos⁶¹ por lo cual es explicable que también esté presente en el antiguo derecho español, no obstante, tanto en dichos textos como en el uso que en la Edad media y hasta el siglo XVIII se da al mismo por la doctrina, se pueden apreciar interpretaciones de muy distinta índole; lo cual le hace

⁶¹ Ejemplo de ello es el texto del Digesto II, XIV, VII, 4: “Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabido que entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción”. A partir de este tipo de textos, ha sido algo de tradicional discusión el hecho de si el Derecho romano había o no, conocido el concepto de negocio jurídico. En contra de la oposición positiva al respecto se muestra, SCIALOJA, Vittorio; Negocios jurídicos, trad. de la 4ª edic. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ivañez; Imprenta editorial de la Gavidia; Sevilla; 1942; pág. 23, n. 1: “En las fuentes existe, y es muy usada, la palabra *negotium*, pero no tiene esta significación técnica. En muchos casos coinciden la palabra latina *negotium* y la nuestra de negocio (jurídico), mas no en otros, en los cuales esta palabra goza de una significación técnica que después ha perdido en el lenguaje jurídico. Así, por ejemplo, en nuestras fuentes se denomina *negotium* lo que nosotros llamamos litigio, proceso”, en el mismo sentido se manifiesta FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 54. Frente a la planteada discusión CALASSO, Francesco; Il negozio giuridico, lezioni di storia del Diritto italiano, 2ª ediz. Ristampa; dott. A. Giuffrè; Milano; 1967; pág. 13-25; luego de hacer un análisis sobre el desarrollo y la lógica del estudio y sistematización del Derecho romano, concluye que en verdad, la respuesta que se dé a dicha controversia viene matizada por el entendimiento del problema como una cuestión de apreciar al negocio jurídico como “el desarrollo de cualquier experiencia humana”, (toda la obra citada de este autor, estudia el devenir histórico del pensamiento jurídico que ha contribuido a la conformación de una abstracta concepción de lo negocial privado).

inviabile en cuanto a su uso⁶², además, a dicha dificultad debe aunarse también el hecho de que la literatura jurídica se escribía parte en latín, parte en la lengua propia de cada país, y que en el caso de los primeros usos, a los efectos puramente doctrinales de la expresión, hay que referirse al uso de la lengua germana⁶³.

La introducción del vocablo en cuestión dentro de la doctrina jurídica, puede describirse como el resultado del auge del concepto de acto jurídico, del cual representa una especie concreta. DE CASTRO⁶⁴, opina que la evolución que llevó a la utilización de la expresión tratada, pasa primero por la consideración de la “*actiones*” del Digesto 1, 5, 1, como en relación con las personas, es decir en relación con hechos humanos, lo cual aconteció hacia la primera mitad del siglo XVI. Esta premisa fue aceptada y seguida por autores posteriores, incorporándola en sus escritos -Althusio (1617), por ejemplo-, hasta que finalmente el enunciado tal y como se lo conoce actualmente: “Negocio jurídico”, aparece por primera vez dentro de la ciencia jurídica en los escritos de David Nettelblatt⁶⁵(1719-1791), profesor en la Universidad de Halle⁶⁶.

⁶² DE DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 19 s.

⁶³ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 56.

⁶⁴ El negocio Jurídico; Civitas; Madrid; 1985, 19 s.

⁶⁵ Luego de exponer el desarrollo histórico y lógico del racionalismo jurídico en pos de diseñar una teoría contractual, en el epílogo de su obra, CALASSO, Il negozio giuridico, 1967, 340 s. expresa que dentro de la espiral del racionalismo más auténtico, no tardaría en llegar a plantearse al contrato como una especie perteneciente a un género vasto, en el cual la voluntad humana pudiera ser “*contemplada in vitro*”. Naciendo el negocio de una exasperada exigencia del racionalismo, alcanza su primera formulación doctrinal en “*Systema elementare universae iurisprudentiae positivae*”, obra de Nettelblatt, fechada en 1749. Otras referencias sobre las aportaciones de Nettelblatt a la sistemática jurídica, en la interesante obra de CAPPELLINI, Paolo; Systema Iuris II, dal sistema alla teoria generale; Giuffrè; Milano 1985; pág. 223 ss. Algún autor considera a Hugo como el introductor de la expresión: V. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H; El negocio jurídico; editorial Astrea; Buenos Aires; 1992; pag. 51.

⁶⁶ De Los MOZOS, José Luis; El negocio jurídico (estudios de Derecho Civil); Editorial Montecorvo; Madrid; 1987; 25. La aportación de Nettelblatt a la ciencia jurídica alemana se circunscribe dentro del pensamiento de la llamada “escuela Wolffiana”, de la cual se ha

2.1.1 CONSAGRACIÓN DEL TÉRMINO EN LA DOCTRINA JURÍDICA

El diseño de dicho concepto, como categoría fundamental dentro de la doctrina del Derecho Privado, es obra de la pandectística alemana⁶⁷, movimiento intelectual de la doctrina jurídica que tuvo su máximo desarrollo durante el siglo XIX y el primer tercio del XX⁶⁸ -y cuyos inicios se remontan al siglo XVIII-.

Esta escuela jurídica recibió, durante la primera mitad del siglo decimonono, la influencia directa de dos corrientes científicas que eran contrarias entre sí y representadas por dos escuelas, la del derecho natural, que tenía como postulado supremo la “formación apriorística” del Derecho a través de la razón, y la escuela histórica, con una perspectiva mucho muy distinta: el Derecho es creación del espíritu popular. Si el racionalismo exaltaba la razón jurídica subjetiva, el historicismo, le contraponía la conciencia popular. De dicha convergencia se obtuvo una síntesis, que llevada a cabo por el

dicho es uno de los más conspicuos representantes. Esta corriente se caracteriza por recurrir al “sistema” para explicar el conjunto normativo vigente, entendido el sistema como un conjunto ordenado de proposiciones jurídicas que podían ser de dos tipos: dirigidas a atribuir obligaciones o derechos a un tipo específico de sujetos, o bien que atribuyan facultades internas a un cierto derecho o tipo de derecho. El orden del sistema se basa en el agrupamiento de las proposiciones jurídicas, de tal manera que como sucede en las ciencias deductivas y particularmente en las matemáticas y la geometría, aparezca en primer lugar las definiciones de carácter general, axiomas y proposiciones generales, a continuación en el orden, series de desarrollos deductivos, demostrados como teoremas, constituidos por proposiciones particulares y hechos posibles para la introducción de definiciones particulares: TARELLO, Giovanni; *Storia della cultura giuridica moderna*; Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*; Società editrice il mulino; Bologna; 1976; pág. 153 s.

⁶⁷ Una completa exposición analítica sobre la historia de formación y desarrollo de esta corriente doctrinal puede encontrarse en la obra de: CAPPELLINI, Paolo; *Systema Iuris I, Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette*; Giuffrè; Milano 1984 y del mismo autor en, *Systema Iuris II*, 1985.

⁶⁸ Esta escuela diseña un esquema de exposición del Derecho civil, y es lo que le caracteriza, consistente en ordenar los ámbitos de incidencia de esta rama (Derecho de cosas, obligaciones, familia y sucesiones), a continuación de una parte llamada general en la que se exponen las doctrinas fundamentales y, en especial, constituyendo su núcleo principal, la del negocio jurídico: FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 54.

pandectismo, configura lo que constituyó la base para el concepto, el dogma de la voluntad, que además fue elevado a objeto de estudio y consideración de primordial orden dentro de la teoría general del Derecho⁶⁹.

2.1.2 ORIGEN ABSTRACTO DEL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN

Resulta de los señalados antecedentes de la doctrina del negocio, que dicha figura parte de la premisa de que en la realidad jurídico-privada, y más propiamente en el ámbito civil, hay fenómenos tales como el matrimonio, el contrato y el testamento, los cuales, no obstante su diverso tratamiento legislativo, se identifican entre sí a través de un elemento que resulta común a todos ellos, es un “comportamiento humano, lícito y complejo” que resulta de la conjunción de dos elementos distintos, pero complementarios y necesarios entre sí, la volición y la declaración; a lo cual el ordenamiento otorga algún efecto que sea adecuado a su contenido⁷⁰.

Así pues, el dicho concepto no denota una realidad de negocio jurídico en sí, sino que alude a una *abstracción de todos los tipos de*

⁶⁹ CALASSO, Il negozio giuridico, 1967, 29 ss; 341; en el mismo sentido: BALDASSARI, A; “Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente” en Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000; pág. 36.

⁷⁰ CARRESI, Franco; “Autonomía privada nei contratti e negli altri atti giuridici”, en RDICIV 1957; 267 s; en el mismo sentido: MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; Lecciones del negocio jurídico, Oviedo; edit. por los autores 1987; pág. 17 s.; GALGANO, Francesco; “Negozio giuridico e contratto” en Atlante di diritto privato comparato Zanichelli, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologna; 1992; pág. 53, el mismo autor, “Teorías e ideologías del negocio jurídico”, en ACFS 22, 1982; pág. 42; CARUSI, Pietro; Il negozio giuridico notarile, 2ª ediz.; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1978; 17,19.

*actos estructurados en el ordenamiento jurídico*⁷¹. Estos elementos integrantes del ordenamiento jurídico, como figuras suyas, son susceptibles de reducirse a un sistema que las explique racionalmente como pertenecientes al mismo, vinculados por un elemento que a todos es común.

Se entiende aquí, por abstracción, la actividad que fija a través de un esquema una relación entre los fines que la sociedad se ha propuesto y el medio para alcanzarlo, siendo pues su esencia la representación abstracta de la experiencia concreta, mediante la cual toda sociedad -a través de una específica elaboración que se denomina *conceptos*-, se representa y organiza⁷².

Así pues, el concepto de negocio jurídico, que en su primera elaboración doctrinal reflejó el dogma de la voluntad, es fruto, en sentido mediato, de las doctrinas racionalistas, y de la doctrina general del contrato, en su sentido inmediato⁷³.

El concepto en cuestión influyó de manera trascendental en la redacción del Código civil alemán de 1900, el cual tuvo como

⁷¹ FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 48 s.

⁷² BARCELLONA, Pietro; *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di Carmelita Camardi; Casa editrice Jovene; Napoli; 1996; pág. 23.

⁷³ Cfr. BALDASSARI, *Il contratto nel diritto intermedio*, 2000, 34 s; CALVO SORIANO, Alvaro; "Ensayo sobre límites institucionales del negocio jurídico patrimonial", en: *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. V; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969; pág. 164; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, 24; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, 1969, 18; CALASSO, *Il negozio giuridico*, 1967, 14: "La escuela del derecho natural, llevada por su misma tendencia al conceptualismo hacia una interpretación racionalista de los hechos humanos relevantes para el Derecho, habría intentado primero, agrupar, dentro de una categoría lógica de amplísimo alcance todas las manifestaciones de la voluntad privada a las cuales el ordenamiento jurídico asigna consecuencias: creación, modificación o extinción de derechos. El concepto habría pasado después a la pandectística, la cual, empujada a su vez por las exigencias sistemáticas que constituyeron una de sus características más importantes, lo habría reelaborado, haciendo de ella el capítulo central de la teoría general del Derecho, nacida de aquellas mismas exigencias". En este sentido: CARRESI, *RDICIV* 1957, 267.

antecedentes legislativos en primer lugar al “Allgemeinen Landrecht” de Prusia, datado en el año de 1794, el cual utiliza el término declaración de voluntad aunque todavía sin la elaboración que dicho concepto habría de alcanzar en el siglo XIX -en I, 4, § 1 se lee: *La declaración de voluntad es una manifestación de lo que, según la intención del declarante, debe o no debe ocurrir*, y en § 5: *todas las cosas y actos sobre los que puede adquirirse un derecho o transmitirse a otros, pueden ser objeto de declaraciones de voluntad*-. El otro antecedente legislativo del Código alemán está en el Código civil del reino de Sajonia, del año 1863, que no sólo lo utiliza como categoría, sino que hasta lo define -en su § 88 afirma: *Si en un acto la voluntad va dirigida a la creación, extinción o modificación de una relación jurídica de acuerdo con las leyes, entonces el acto es un negocio jurídico*-⁷⁴.

Como puede apreciarse, el uso legislativo del concepto negocio jurídico no era nuevo en el ámbito alemán, hecho que además de la enorme y reputada incidencia del concepto dentro de la doctrina pandectística, en buena medida elaborada por ilustres juristas alemanes, incentivó a los redactores del Código a acogerlo y ubicarlo en el libro primero, parte general del mismo⁷⁵.

⁷⁴ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 56 s.

⁷⁵ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 20, destaca la poca acogida que el ejemplo germánico ha tenido en las legislaciones extranjeras (a diferencia del ámbito doctrinal), no obstante, LUCIDI, Irina; “La recezione del negozio giuridico in altri paesi” en Atlante di diritto privato comparato Zanichelli, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologne; 1992; págs. 53-65, destaca la proliferación de legislaciones civiles que han hecho suyo el concepto de negocio jurídico. Señala los ordenamientos civiles de los países de la península escandinava, islandia, Rusia, Dinamarca, Holanda, Austria, Liechtenstein, Grecia, Portugal, Polonia, República Checa, China, Japón, Tailandia, Brasil, Argentina, Perú, Paraguay. Estos datos dan cuenta de una considerable expansión del uso legislativo de la categoría en cuestión. En España, la incidencia del concepto, se ha centrado sobre todo en la doctrina, que pese a alguna reticencia inicial terminó aceptándola; Valverde (en su tratado de Derecho Civil español, 4ª edic., t. I) es el primero que expone la figura a los efectos de su recepción e importancia. A partir de entonces buena parte de los autores la acepta y utiliza; la recepción del negocio jurídico también deja su impronta en el ámbito jurisprudencial: GONZÁLEZ MORENO, Naturaleza y régimen jurídico, 1983, 346; en este mismo sentido, TENORIO, NEJ XVII, 1982, 211. Como ejemplo de la asimilación y tratamiento

No obstante, a consecuencia de la ya mencionada confusión terminológica, la doctrina alemana no termina de acoger el término negocio jurídico, sino a partir de "*Compendio de un sistema del Derecho civil común para un curso de Pandectas*", obra del profesor de la Universidad de Göttingen, Georg Arnold Heise, publicada en 1807; mas su consagración definitiva vendrá con la monumental obra de F.C Von Savigny⁷⁶.

2.2 LA RELACIÓN ENTRE AUTONOMÍA PRIVADA Y NEGOCIO JURÍDICO

Exponemos a continuación lo que podría constituir la complementación de lo ya expresado en la primera parte de este trabajo sobre la autonomía privada, ahí intentamos resaltar que ésta es precisamente el núcleo del negocio, concepto importante y vigente en la actualidad. Aquí procuramos presentar a la autonomía privada como elemento de relación con el ordenamiento jurídico, esto es, la validez del negocio a partir de su incidencia, frente a la norma estatal.

Tal y como ya dijimos, el ordenamiento jurídico no regula todos los aspectos y manifestaciones de la actividad humana, sino que históricamente se demuestra que ha reservado⁷⁷ algunos aspectos regulatorios a la libre disposición de los sujetos de Derecho. El

jurisprudencial del negocio jurídico en España V. JORDANO BAREA, Juan; "Causa, motivo y fin del negocio" ADC abril-junio 1949; pág.749 ss.

⁷⁶ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 55 s.

⁷⁷ Al menos es enseñanza que se considera recibida por el Derecho común del Derecho romano, con ejemplos concretos, D. 50, 17, 23, entre otros: DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 25.

aspecto más notorio de esa libertad de autonormación de algunas parcelas de las relaciones sociales, con la intención de satisfacer algunas necesidades, lo constituye la autonomía privada, eje y fundamento de la doctrina del negocio jurídico⁷⁸.

El análisis científico del fenómeno negocial, en su relación con la autonomía privada requiere, como ya lo expresamos en la primera parte de este capítulo, el abandono de la consideración primigenia de este último concepto. Autonomía privada no es sinónimo de poder legislativo; a través de su ejercicio los sujetos no crean normas jurídicas, mucho menos podría ser fuente de Derecho⁷⁹. En consonancia con lo que postulamos, a manera de concepto de autonomía privada, hay que declarar que constituye un poder que el ordenamiento permite, reconoce y sanciona como la manera de que entre dos o más individuos, el interés y la voluntad de proporcionarse mutuamente los elementos necesarios para satisfacer sus necesidades que sirven para el desarrollo de la libre personalidad de cada uno de ellos, se materialice sin ninguna alteración de intereses de terceros⁸⁰.

Debe dejarse claro que si bien es cierto que la voluntad, como esencia de la autonomía privada, juega un papel preponderante dentro de los actos jurídicos en general, no es ella en sí misma la causa de los efectos jurídicos que generan los mismos. Es el

⁷⁸ Cfr. TRIMARCHI, Istituzioni, 2000, 161.

⁷⁹ “La competencia para crear normas jurídicas que se atribuye a la autonomía en la primera función... No es este el caso de la autonomía privada. En la medida en que se la reconoce por el orden jurídico, ésta no es llamada a crear, ni siquiera a integrar, ninguna norma jurídica, sino a hacer surgir la hipótesis de hecho de una norma ya existente, dando vida, entre individuo e individuo a la relación jurídica que la norma dispone”: BETTI, Teoría General, s/f, 49.

⁸⁰ Por ello, DÍEZ PICAZO, ADC octubre- diciembre 1956, 1151, dice que, “Autonomía privada es un poder que el orden jurídico confiere al individuo para gobernar sus propios intereses... un poder de gobierno de la propia esfera jurídica... el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”.

ordenamiento jurídico el que otorga eficacia jurídica a la voluntad del hombre, por lo que se puede decir que los efectos jurídicos nacen a partir del negocio jurídico y son la consecuencia de una permisión que el ordenamiento dispone para que los sujetos de Derecho, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, hagan surgir el efecto que dispone la norma jurídica⁸¹. Y es que como dice CASTÁN⁸², *la simple voluntad humana no es capaz de fundamentar el orden jurídico, ni siquiera de originar por sí sola un derecho de carácter subjetivo*⁸³.

Mas lo antes expresado no demerita en absoluto el valor de la libertad del individuo, en el sentido que el ordenamiento someta bajo su imperio la libre regulación de los privados intereses, sino que en ello se afirma la consideración de que un ordenamiento no pierde su carácter autónomo por el hecho de estar constituido “*sobre la base de otro ordenamiento*”⁸⁴, siendo que lo que realmente identifica y define a la autonomía es que en el ámbito de un ordenamiento no existe sujeto que posea superioridad a la del titular del mismo; consecuentemente, al negocio se lo debe ver como un hecho normativo al que corresponde la figura de la autonomía, subordinado al imperio del ordenamiento jurídico general⁸⁵.

Por último, debe tenerse presente que la autonomía privada en su sentido estricto, es lo que sirve de base al negocio jurídico; éste es una expresión de aquélla sólo si se lo ve como autorregulación de intereses. Esto significa que no resulta correcto seguir considerando al negocio con una amplitud mayor que la que en verdad posee, lo

⁸¹ Cfr. CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 47 s.

⁸² CASTÁN TOBEÑAS, José; Situaciones jurídicas subjetivas; Instituto editorial Reus; Madrid; 1963; 78 s.

⁸³ Refuerza toda esta argumentación, FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 25 ss.

⁸⁴ En este sentido, ROMANO, Fragmentos, 1964, 62.

⁸⁵ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 225.

que ocurría con la antigua doctrina que lo consideraba como la declaración realizada con la finalidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas⁸⁶.

He aquí la vinculación real entre autonomía privada y la actividad negocial: a través del negocio se verifica “un acto de autorregulación de los intereses privados”⁸⁷.

Profundizando en la solución planteada, se debe explicar en primer lugar, que el vocablo “acto” debe dejar de lado su antigua significación naturalista, de conducta por la cual se materializa la humana voluntad. Referido a la autorregulación de intereses privados, el término en cuestión no representa la “esencia unitaria de la operación negocial”, porque ésta está constituida por el contenido mismo de la expresión “autorregulación de privados intereses”, que se traduce en una regla ordenadora de relaciones o intereses, en el establecimiento de la cual los individuos tienden a dar satisfacción a sus necesidades e intereses procurando no incurrir en controversias devenidas a consecuencia de la configuración del negocio.

En segundo término, y una vez establecida la anterior premisa, falta por decir que, aquí, la alusión a una “Regla” no puede ni debe pensarse, ni como sinónimo de precepto⁸⁸ que el sujeto agente pueda dirigir a sí mismo, porque la noción de precepto acoge la necesidad de

⁸⁶ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 25.

⁸⁷ Y por ello, afirma DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, 436, que, no hay duda “que el negocio jurídico, como expresión del reconocimiento de la autonomía privada, según ha ido decantando la doctrina, constituye una autorregulación de intereses privados, que se fundamenta en aquel reconocimiento, mediante su ejercicio, dentro de los límites que establece el ordenamiento, pues no existe, en Derecho, facultad que no tenga sus propios límites”.

⁸⁸ Una de las coordenadas que definen al negocio es que “su objeto inmediato es el de constituir normas singulares (no abstractas, ni general-históricas): ESPINAR LAFUENTE, Francisco; *El negocio jurídico (su naturaleza, estructura y clases)*; instituto editorial REUS; Madrid; 1963; pág. 9.

“fijación de una línea de conducta a la cual otro sujeto debe atenerse”, ni tampoco, como dirigida a otro sujeto, porque la libertad de los demás sujetos es límite natural de todo acto de autonomía negocial y siéndoles de igual manera reconocida a éstos, no resulta factible⁸⁹.

Una última puntualización que debe hacerse es que la regla negocial encuentra su más profunda raíz en su capacidad para ligar a la misma el cumplimiento y observancia de las partes, es decir su “vinculabilidad”, que va necesariamente de la mano de la función de dar nacimiento a un nuevo orden en la preexistente relación de las partes. Esto se explica en que si alguna de las partes pudiese desligarse de la regla que ha ayudado a disponer, la “autonomía privada se disolvería en el puro y simple arbitrio”. Por último, debe decirse que esa mencionada fuerza que vincula a las partes con el contenido de la regla negocial, no le viene a ésta por sí misma, sino que por el contrario, ella se encuentra asentada en un principio normativo externo que se resume en la regla “*pacta sunt servanda*”⁹⁰.

⁸⁹ “Como actuación “autárquica”, la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo se reconoce en principio por el Ordenamiento jurídico, cuando alguien obra autónomamente para sí mismo”: FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 30.

⁹⁰ SCOGNAMIGLIO, Renato; ENG XX, 1990, 8 s; V tamb. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, 1969, 99-102. No obstante lo dicho por este autor, la verdad es que los efectos jurídicos derivados de la llamada regla negocial, encuentran su origen en el negocio mismo, como bien él mismo reconoce, en esa regla que no propiamente debe verse como elemento normativo: “*pacta sunt servanda*”, y es que este principio quizá sea el producto de la conciencia de que cada uno es responsable de sus acciones. En este sentido, creemos que las consecuencias jurídicas del negocio encuentran en el mismo su raíz, porque el propio ordenamiento permite que ello sea así, toda vez que no contravenga el contenido del negocio los valores que informan el ordenamiento mismo. En otras palabras, la regla que las partes establecen a partir de su autonomía privada, bien sea creando un sistema de valores, bien aceptando un sistema estipulado por la norma, despliegan sus normales efectos jurídicos, en virtud de no contraponerse al conjunto de valores y principios de que es representante y defensor el ordenamiento jurídico. La valoración del merecimiento o no de una tutela es una actividad encomendada, en un momento posterior a la constitución del negocio; cuando el cumplimiento del contenido del mismo se ve amenazado, a las instancias jurisdiccionales, las cuales en atención a dicha valoración, declararán por parte del Estado y del ordenamiento, el derecho del sujeto o sujetos que han ejercitado su acción, a obtener o no la ejecución efectiva del contenido negocial.

2.3 INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD EN EL NEGOCIO JURÍDICO

Tal como ha quedado patente líneas arriba, la voluntad humana que es constitutiva del acto llamado negocio jurídico, debe estar orientada en pos de algo. Pues como afirma BETTI⁹¹, en el negocio no se puede ver un “querer en el vacío”, sino que la voluntad ha de tener necesariamente una dirección, un objetivo que alcanzar, pues la protección, que el ordenamiento jurídico puede procurar a dicho negocio, está en dependencia de la calificación del fin perseguido con la realización del negocio⁹².

No pocas controversias ha suscitado en la doctrina la elucidación de aquello hacia lo que se ordena la voluntad negocial. Algunos son de la opinión de que ésta se dirige a los efectos jurídicos⁹³ (propósito jurídico), otros, que es a un fin práctico (propósito empírico o práctico), los últimos, a un efecto jurídico en general. CARIOTA FERRARA⁹⁴, opina al respecto que esta confusión se ve superada si se afirma que la voluntad se dirige a un resultado práctico.

⁹¹ BETTI, *Teoría General*, s/f, 51.

⁹² Cfr. CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 50; en este sentido, COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, 1992, 68.

⁹³ BETTI, *Teoría General*, s/f, 53, cuestiona esta opinión, porque basada en el dogma de la autonomía de la voluntad no refleja la esencia de ésta, que está dada por la autonomía privada lo cual permite la autorregulación de los privados intereses. Esta autorregulación no sólo debe quererse o desearse, sino que debe actuarse por el agente, de manera objetiva. Por su parte, DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 29 s, considera superflua la afirmación fundamental que hace la teoría del efecto jurídico. Es superflua porque no es de obligación para los particulares el querer que se verifiquen efectos jurídicos a partir de los actos que realizan, aun cuando no propiamente se tenga como intención, al dar lugar al negocio, la obtención de un X efecto jurídico. Incluso, el hecho de que los particulares califiquen un negocio no significa que los efectos que el ordenamiento señala para ese tipo de negocios vaya a verificarse si tal calificación no resulta adecuada a la consideración por la norma.

⁹⁴ *El negocio Jurídico*, 1956, 51 s.

También se muestra favorable a esta opinión el profesor DE CASTRO⁹⁵, para quien lo dicho encuentra su justificación en que cuando por las circunstancias adecuadas, se invoca la protección estatal para que el negocio produzca los efectos que debe producir, se realiza una valoración por parte del ordenamiento que fija la tipología del negocio y por ende las reglas que lo rigen y, al hacerlo, atiende al resultado social⁹⁶. Ese resultado social es lo que justifica la tutela

⁹⁵El negocio Jurídico, 1985, 27-31.

⁹⁶ Respecto a esta consideración, FERRANTE, Matteo; *Negozio Giuridico, concetto*; Dott A. Giuffrè; Milano; 1950; pág. 47-60, sostiene que tanto la corriente doctrinal que concibe al negocio como manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos, como aquella que lo explica conduciendo la discusión hacia una solución que implica aceptar que es una manifestación de voluntad dirigida a la producción de efectos económicos o sociales, son contrarias a la realidad jurídica. La primera, dice el citado autor, tiene el defecto de querer ocultar que efectivamente, los efectos jurídicos correspondientes a la totalidad de los negocios jurídicos son asignados por el ordenamiento jurídico con total independencia de la perspectiva de los sujetos. Pone como ejemplo el matrimonio, en el cual las partes tienen la capacidad de creación del vínculo mas el contenido del negocio está estipulado por la ley. La segunda, adolece, según su opinión, del defecto de no considerar que la manifestación de voluntad es elevada a la categoría de relación para la producción de efectos jurídicos. No obstante, la razón básica por la cual las mencionadas teorías no aciertan, en sus explicaciones a delinear un perfil claro en este tema, es que ambas parten del estudio del particular, es decir del proceso psicológico de la voluntad individual, procurando derivar de ello, la primera efectos jurídicos y la segunda, efectos económicos. La propuesta a través de la cual trata de resolver este punto dicho autor, pasa fundamentalmente por ubicar en la base de la búsqueda científica de dicho concepto, la noción de voluntad general la cual servirá de guía para comprender el contenido de las varias facultades conferidas a la voluntad individual y, consecuentemente, sobre la esencia del acto de ejercicio de tal contenido. Sólo a través de la comprensión de este fenómeno se podrá dar cabal cumplimiento al cometido del Derecho a través de la autonomía privada reflejada en el negocio jurídico, que no es otra cosa que potenciar todos los momentos de la vida del espíritu, lo cual se manifiesta en la necesidad de normas tendentes a facilitar la satisfacción de las exigencias de la propia personalidad, lo cual se realiza si se tiene en consideración que las exigencias del espíritu deben realizarse teniendo siempre presente la no alteración de la voluntad general, la cual ha de ser satisfecha independientemente de cualquier decisión del querer individual dirigida a ello. Por otra parte, el negocio jurídico se comprende mejor en su concepto si se concibe que los efectos jurídicos que de su realización se desprenden son proyección exclusiva de la consciencia colectiva -hasta aquí la exposición de FERRANTE-. Estas opiniones dan lugar a la siguiente consideración. Si el negocio jurídico constituye el elemento más expresivo de la autonomía privada, la realización del contenido negocial, es decir el querer, lo deseado por los sujetos que lo actúan, representa un hacer individual, nunca social o general, a menos que la voluntad general se entienda como el espíritu informador del ordenamiento que rige a la sociedad, en cuyo caso tampoco habría motivo para tener presente en el negocio una tal voluntad general. Así pues, la voluntad general no existe en el negocio jurídico, porque precisamente éste constituye el instrumento concedido por el ordenamiento jurídico para la autorregulación de los intereses privados por parte de los individuos, que aun cuando viven en la sociedad no dejan de ser personas individuales y cuya voluntad no deja de ser

jurídica de las partes que en el negocio intervienen -incluso de terceros-, es la medida de la misma; en definitiva, el criterio a partir del cual se acrisola la idoneidad del negocio como título acreditativo de derechos u obligaciones. La importancia y trascendencia que el ordenamiento otorga al propósito práctico en el negocio, no representa merma en cuanto al alcance de la autonomía privada, como podría parecer, sino que obliga a apreciarla desde la óptica de la libertad y de la responsabilidad⁹⁷.

En suma, la voluntad del sujeto en el negocio jurídico se dirige a la obtención de los bienes que le procuren la satisfacción de necesidades, es decir, a la concreción en la realidad de un fin que le procure un provecho.

2.4 CARÁCTER REGLAMENTARIO DEL NEGOCIO JURÍDICO

Como hemos sostenido, la autonomía privada encuentra en el negocio jurídico su máxima expresión. A través del negocio, los sujetos de derecho conducen sus intereses a la obtención de un resultado práctico que representa, en suma, la satisfacción de necesidades y expectativas personales.

Luego de una evolución doctrinal que tuvo como objeto despejar las dudas sobre si el negocio, en virtud de la autonomía privada, debía tenerse como fuente de normas jurídicas, cuestión a la

individual. Quizá sea entendible el razonamiento de FERRANTE, si se dijera que los sujetos en su autonomía son agentes responsables que contribuyen con su hacer a la vida social de manera ordenada y circunscrita por el interés general que inspira el ordenamiento, fuente de dicha autonomía. En contra de esta tesis tamb. V. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 61, n. 125.

⁹⁷ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 29.

que hicimos referencia líneas arriba, se acuñó la concepción de que tan sólo genera una eficacia que se puede apreciar desde una doble perspectiva, por una parte, se erige como la justificación o título del establecimiento de nuevas relaciones jurídicas y, de otra, constituye una regla, que sirve como rasero con el que se mide la actuación de los sujetos que se asocian tanto a las obligaciones como a las facultades que tienen realidad a partir del negocio⁹⁸.

Es la segunda función la que se expresa de mejor manera dentro del negocio, constituyendo una autorregulación de intereses.

2.5 CONCEPTO

2.5.1 SU EVOLUCIÓN

Para lograr una visión completa y exacta del negocio jurídico, nada mejor que exponer el concepto del mismo, habiendo hecho lógica referencia a la evolución acaecida en su consideración. Precisamente el concepto que se adopte determina la posición que se tiene respecto de esos controvertidos puntos que a lo largo de la historia del instituto han marcado las mayores contradicciones e incomprensiones y que a saber son, la relación del negocio con el ordenamiento y la función que éste cumple dentro del Derecho privado.

Por tal motivo, antes de exponer nuestra idea conceptual de negocio, realizamos una inmersión en la evolución doctrinal del concepto, que resulte como justificante de dicha toma de posición, y

⁹⁸ Idem 31 s, 54.

a la vez, de ilustración de la importancia capital que reviste este punto para la doctrina del negocio en la actualidad.

Se inicia esta exposición con la controversia⁹⁹ entre la corriente subjetivista y la objetivista, a través de la cual se expresa el itinerario de la formación del concepto en cuestión, exponiendo en ellas las ideas básicas que las informan, para luego dar paso a la explicación de la que nosotros consideramos la más exacta, por su lógica ilación a partir de la interpretación de las precedentes.

2.5.1.1 TESIS SUBJETIVISTAS

La tendencia subjetiva propone que la sustancia del negocio está constituida por la voluntad del o los autores del mismo¹⁰⁰.

2.5.1.1.1 TESIS DE LA VOLUNTAD

En los inicios de la creación doctrinal sobre el negocio, dentro de la doctrina germánica de las pandectas, Savigny¹⁰¹ se convierte en el principal defensor de la preeminencia de la voluntad sobre la declaración. La declaración sólo es un vehículo por el que se

⁹⁹ Controversia que tal como se ha afirmado por la doctrina, ha sido superada al aceptar que el valor relevante dado a una u otra es sólo un problema que corresponde al Derecho positivo resolver: Cfr. RUBINO, Gabriela; *La serietà del volere*; Edizioni Scientifiche italiane; Napoli; 1994; pág. 9.

¹⁰⁰ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 31.

¹⁰¹ V. SAVIGNY, M.F.C; *Sistema del Derecho romano actual*, T.II; trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2ª edic; Madrid; Centro editorial de Góngora; Madrid; s/f.

manifiesta la voluntad, mas no constituye la esencia del negocio jurídico. La verdadera raíz de ésta viene dada por la voluntad misma, de tal forma que, en caso de conflicto, la voluntad prevalece sobre lo declarado. El querer interno del sujeto agente merece una relevancia con valor superior respecto a la declaración, por manera que, cuando se presentan situaciones de divergencia entre uno y otra, debe darse valor únicamente al querer.

De lo dicho se infiere fácilmente que, en opinión de los defensores de esta tesis, en la voluntad reside una fuerza intrínseca que genera los efectos jurídicos del negocio¹⁰², y, en consecuencia, a través de la voluntad se cumple, por el sujeto, una función creadora de normas jurídicas.

Semejante conclusión no tardó en encontrar críticas dentro de la doctrina, las que obligaron a algunos autores a atemperar sus postulados. Dentro de los autores que podrían llamarse revisionistas, destaca Windscheid, quien explica que el negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que tiende a producir efectos jurídicos, surge cuando se declara lo que se quiere, y es el ordenamiento jurídico el que permite que tal manifestación tenga efectos jurídicos, porque el sujeto no actúa con la potestad de la autoridad pública¹⁰³. Así pues, la declaración no sólo constituye una exteriorización de la voluntad, sino que es más bien la “voluntad actuada y presente”, por lo cual ni la voluntad no manifestada ni la manifestación sin voluntad tienen valor alguno, con tal formulación se transformó a la declaración en una necesaria unidad de querer y declarar¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 34; Como ejemplo de esta doctrina en el ámbito italiano V. SCIALOJA. Negocios jurídicos, 1942, 25 ss.

¹⁰³ WINDSCHEID, Bernardo; Diritto delle pandette; traduz. Carlo Fadda e Paolo E. Bensa; Vol. 1º; Unione Tipografico-editrice torinese; Torino; 1930; pág. 202 ss.

¹⁰⁴ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 56.

2.5.1.1.1.1 CRÍTICA DE LA TESIS VOLUNTARISTA

A la declaración, según la doctrina expuesta, se le otorga una función meramente instrumental, es sólo un medio de prueba, de revelación o reconocimiento, sin llegar a ser indispensable, pues en ella se toma a la voluntad en un cierto “estado puro”, que aun sin ser manifestada debe tenerse por válida y tutelable por el ordenamiento jurídico. Es más, esta voluntad se alza tan superior a la declaración que si por alguna razón no coincidiese con una voluntad “adecuada”, podría hasta dejar de ser relevante para el Derecho, perdiendo así su jurídico valor. Esta tesis induce a partir, para la interpretación del negocio, de la intención o voluntad interna o psíquica, para luego proceder a revisar si la misma corresponde con la declaración o la actividad tendente a su realización. En ello se presenta lo erróneo de su planteamiento, conduce a los mismos vicios y errores en que incide el dogma de la voluntad en el cual se inserta, en especial el hecho de ubicar como una omnipotente fuerza creadora a la voluntad, por encima de la cual no existe ningún límite, desconociendo la normal acotación de alcances a la que naturalmente está sometida la autonomía privada^{105 106}.

2.5.1.1.2 TESIS DECLARACIONISTA

Como reacción a la teoría antes expuesta, se postuló otra que hacía recaer toda la capacidad creadora del negocio jurídico en la

¹⁰⁵ BETTI, Teoría General, s/f, 55 s.

¹⁰⁶ Esta tesis se ve imposibilitada de explicar la validez del negocio que se constituye bajo reserva mental y la del negocio celebrado con error inexcusable: DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 59.

declaración, en su formación externa u objetiva (propósito objetivo); el vínculo jurídico o efecto que por el negocio surge en la realidad jurídica, se funda en el momento de expresión de la voluntad o, como ha dicho algún autor, “*sobre la declaración entendida como hecho socialmente apreciable*”¹⁰⁷. Esto significa que fuera de la declaración de la voluntad todo querer resulta inexistente.

Lógicamente se aprecia que este nuevo intento de explicar el negocio jurídico, en su afán por combatir los postulados de la tesis expuesta en el acápite anterior, cae en el mismo vicio que aquella¹⁰⁸. En el fondo esta concepción coincide en lo fundamental con la tesis presuntamente combatida, en el sentido de que, en su relación con el ordenamiento jurídico, si la tesis de la voluntad hacía surgir de la voluntad, los efectos jurídicos negociales, ésta la hace depender de la misma voluntad sólo que de la expresada en la declaración, con lo que se plantea, únicamente, un cambio de roles entre voluntad y declaración.

2.5.1.1.3 TEORÍA QUE INCORPORA EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

En la evolución de las ideas conceptuales del negocio, luego de las tesis voluntarista y declaracionista, siempre dentro del ámbito subjetivista, se intentan conciliar las mejores y más acertadas

¹⁰⁷ BARCELLONA; *Diritto privato e processo economico*, napoli 1973; pág. 281 (citado en FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 32, n. 48)

¹⁰⁸ SCOGNAMIGLIO, Renato; *ENG XX*, 1990, 5; del mismo autor *Contributo alla teoria*, 1969, 62 s; en el mismo sentido: FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 84.

opiniones de ambas, y surge así una tesis intermedia que realiza un nuevo planteamiento conceptual¹⁰⁹.

Constituye una solución que implica una valoración intermedia de la importancia que revisten el fenómeno de la voluntad y la declaración, a cuyos elementos principales se agregan elementos de medida de la autonomía privada.

Así pues, se plantea que dentro del negocio ha de tenerse en cuenta, además de la voluntad del individuo y la declaración negocial que hace posible su conocimiento por el Derecho, la influencia de los principios de responsabilidad¹¹⁰ y confianza. Con lo cual se altera el antiguo esquema en donde la voluntad no era tenida como ceñida a ningún límite, y era por sí misma fuente de los efectos jurídicos. Se propugna pues, que la voluntad, que es el alma del negocio jurídico, encuentra naturalmente, a los efectos de la seguridad jurídica a que sirve el Derecho mismo y por las exigencias del tráfico jurídico, límites sin los cuales resultaría imposible mostrar la realidad del negocio. Esos límites, a cuyo marco se circunscribe la voluntad de los sujetos de Derecho, no son otros que los ya mencionados principios de autorresponsabilidad y confianza¹¹¹; así pues se realiza la

¹⁰⁹ Por ejemplo, “Manifestación de voluntad que se dirige a un fin práctico, y que el ordenamiento jurídico tutela, teniendo en cuenta también la responsabilidad del o de los sujetos y la confianza de los demás”: CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 58.

¹¹⁰ TRABUCCHI, *Instituciones I*, 1967, 159 s. considera que la tutela y regulación jurídica de las relaciones entre las personas requiere una voluntad, un ánimo declarado a partir de lo cual se valora por el ordenamiento los motivos relevantes que mueven a dicho acto. Pero estos actos se ligan a las consecuencias posibles de la actuación personal del agente bajo un criterio de responsabilidad social, en los casos en que la actuación sea consecuencia de un consciente querer. Es consecuencia de dicha responsabilidad negocial que la voluntad deba ser seria y verdadera, congruente con el fin manifestado. Destaca también el principio de confianza como un criterio de determinación de la verdadera voluntad del declarante. Favorable a la responsabilidad, como principio limitador de la autonomía privada dentro del negocio jurídico, se muestra DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 29.

¹¹¹ CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 56 s; FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 32.

protección del receptor de la declaración que, aparentemente, está dirigida de manera seria y con un significado objetivo¹¹².

2.5.1.2 TESIS OBJETIVISTA

De manera general estas teorías entienden el negocio jurídico como un fenómeno cuyos efectos tienen su origen en el ordenamiento jurídico, es un medio para que los individuos, en el ejercicio de la autonomía privada, puedan poner en vigor las reglas que han diseñado -o aceptado- para satisfacer sus necesidades e intereses¹¹³.

2.5.1.2.1 TESIS PRECEPTIVA

Otra opinión sobre el tema lo constituye la alternativa que pretendiendo desvincular la doctrina negocial de cualquier relación con la doctrina voluntarista, ubica, para el análisis lógico del fenómeno de la esencia de la figura negocial, en lugar de la voluntad, un elemento distinto: El deber. Esta doctrina principalmente expuesta, en el ámbito doctrinal italiano, por EMILIO BETTI¹¹⁴.

Postula dicha tesis que la declaración, que se realiza para la puesta en existencia de un negocio jurídico, no simplemente expresa

¹¹² BIANCA, *Diritto civile III*; 2000, 24.

¹¹³ Cfr. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 1987, 34 s.

¹¹⁴ BETTI, *Teoría General*, s/f. Y -quizá un poco más moderado en su afirmación- en "Negozio giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula; T. XI, 3ª ediz.; Unione tipografico-editrice torinese; Torino; 1957; pág. 212 ss.

un mero querer, sino que más bien, manifiesta un deber. Se configura el negocio como un mandato específico, fruto del acuerdo de las partes intervinientes, con miras a la producción de jurídicos efectos, acordes a los intereses propios, al cual el ordenamiento jurídico reconoce eficacia de carácter vinculante. Así pues, el negocio se constituye en un precepto constituido por una voluntad que por ser negocial, es preceptiva, generando declaraciones “estatutos” para la regulación de las relaciones con otros sujetos¹¹⁵.

En su relación con el ordenamiento jurídico, esta tesis, presenta la ventaja de afirmar que no es la voluntad expresada en el negocio la fuente de los efectos jurídicos, sino que es el ordenamiento, el cual al valorar el negocio acepta o rechaza la regla o precepto postulado entre las partes, que no es otra cosa que una “reglamentación de intereses vinculante” y por lo cual se puede llamar, al negocio mismo, acto de autonomía privada¹¹⁶.

2.5.1.2.1.1 CRÍTICA

La antes expuesta doctrina a parte de que no ha gozado de tanta aceptación en la doctrina¹¹⁷, adolece de defectos que bien señala CARIOTA FERRARA¹¹⁸, y que, resumiendo, son debidos principalmente a que en el afán de combatir la tesis voluntarista cae en el mismo equívoco, toda vez que se cumple en ella lo que ha dicho

¹¹⁵ SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 64 s;

¹¹⁶ FERRI, Il negozio giuridico, 2001, 37 s.

¹¹⁷ En contra, FERRI, Ibidem.

¹¹⁸ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 66-74.

SCOGNAMIGLIO¹¹⁹, “*nace de una parcial transformación de la noción originaria que se quiere combatir*”.

Una de los más graves señalamientos es el que se le hace por atribuir al negocio una naturaleza normativa, porque lógicamente no debe ni puede entenderse como algo correcto concebir al negocio como vinculante desde una perspectiva de ser norma ya que entre las dos categorías existe una muy importante distinción: la norma es voluntad objetivada, nace de una voluntad objetiva, en tanto que la autorregla o *lex privata* es subjetividad normalizada¹²⁰.

La autorregulación de privados intereses, en que consiste el negocio jurídico¹²¹, como ya se tuvo ocasión de hacer notar líneas arriba, no puede ser tenido como asimilable a la categoría de precepto que el sujeto agente pueda dirigir a sí mismo o a otro; ni a un tercero por la incidencia, en el ámbito personal de cada sujeto, del valor libertad¹²².

En verdad, lo que integra la esencia de la regla negocial que representa el negocio jurídico, no reside en su preceptividad, sino más bien en su carácter vinculante¹²³, que es precisamente en lo que

¹¹⁹ Contributo alla teoria, 1969,72.

¹²⁰ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 231.

¹²¹ Dentro de esta corriente resulta ilustrativa la concepción de DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 34: “Declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”, y por ello, una concreta autorregulación de intereses objetivada: TENORIO, NEJ XVII, 1982, 237. En el mismo sentido, DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 187: “Manifestación (bajo forma de declaración expresa, de actuación, o de manifestación tácita) de voluntad, dirigida a perseguir determinados efectos jurídicos reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico”.

¹²² SCOGNAMIGLIO, ENG XX, 1990, 8 s.

¹²³ Por ello, llega a afirmar FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 41, que “El principio de autonomía privada se sustenta en una combinación de libertad y vinculación”.

reside su utilidad a los efectos de los sujetos y el juego de sus intereses y lo que en suma evita que los actos surgidos al amparo de la autonomía privada se conviertan en un “puro y simple arbitrio”. De otra parte, ha de dejarse en evidencia para evitar cualquier equívoco, que la fuerza vinculante del negocio no se encuentra ínsita en el mismo acto de autorregulación sino en principios de carácter normativo que por ende son externos al mismo¹²⁴.

Como se puede apreciar de la crítica que lanza SCOGNAMIGLIO contra la tesis preceptiva, la idea que éste tiene de negocio es similar a la criticada, alterada en algunos puntos, de los cuales hemos tenido ocasión de señalar alguno en el comienzo de este trabajo. Mas lo cierto es que se mantiene en la línea de asignar al negocio una función, a partir de la visión de que el mismo constituye una autorregulación de privados intereses socialmente relevantes¹²⁵.

Una última crítica, que se dirige a la tesis en cuestión, parte de la consideración de que, el negocio jurídico, expresión más excelente de la autonomía privada, no constituye un valor (entendido como criterio originario de valoración) en virtud de que el carácter originario sólo lo tiene la norma jurídica; tampoco representa un mero objeto de valoración (“o, si se quiere, mero presupuesto de efectos ya rígidamente preestablecidos en las normas del ordenamiento jurídico”). Es precisamente un valor valorado por otro valor, con lo cual se presenta el inconveniente de dejar siempre un resquicio a la duda sobre la completa explicación del negocio, puesto que se somete a consideración un valor (negocial) respecto de otro valor (normativo), en cuyo proceso no se conoce cuál de ellos resulta

¹²⁴ SCOGNAMIGLIO, Renato; ENG XX, 1990, 8 s.

¹²⁵ V. Ibidem; Contributo alla teoria, 1969, 86 s, 98.

superior, en relación a que uno de ellos esté en mayor o menor medida subordinado al otro¹²⁶.

2.5.1.3 UNA TEORÍA RECIENTE

Como se puede apreciar, a partir de lo antes expuesto, el concepto de negocio jurídico ha sufrido una evolución, tendente siempre a superar los defectos de perspectiva que las primeras postulaciones tuvieron. Así, veíamos que a partir de la concepción de un negocio como expresión de una voluntad creadora de normas y por ende concebida como ilimitada fuente de tales, hemos pasado a una concepción más acorde a la lógica y a la realidad, concibiendo el negocio como la expresión de la libertad del hombre, que encuentra sus límites y el reconocimiento de su validez en el ordenamiento estatal.

Mas, en esa evolución doctrinal, aparece latente una tendencia que parece regresar a la valoración de la voluntad -teoría subjetiva-¹²⁷, no decimos un retorno a la concepción primigenia, sino más bien a una preocupación por la valoración de la voluntad del individuo entendida como un instrumento al servicio del sujeto de Derecho, cuyo ejercicio es reconocido por el Estado a través del ordenamiento jurídico, y puesto en práctica a través del negocio jurídico para autorregular sus intereses. Autorregulación que indica un reconocimiento estatal de que el individuo, en razón de su dignidad, aspira a satisfacer aspiraciones, necesidades y deseos, disponiendo de las posibilidades que le ofrece la realidad y que es él precisamente

¹²⁶ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 39.

¹²⁷ *Idem*, 51 ss.

el ente más capacitado para obrar a favor de la satisfacción de los mismos, estableciendo o aceptando para ello un esquema de valores que en ningún caso ha de contraponerse, a los efectos de reconocimiento de validez y ejercicio, a los valores que informan el ordenamiento legal del Estado, porque el negocio es una institución que se mueve entre los valores del Estado y los de la libertad.

Una nueva manera de conceptualizar el negocio nos propone el profesor FERRI¹²⁸, *“acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume relevancia para el ordenamiento estatal cuando los valores, de los cuales es portador, sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa”*.

Esta concepción creemos que merece ser clarificada y nada mejor que hacerlo a partir de la exposición de las ideas del propio autor, cuya doctrina nos resulta muy interesante pues logra explicar con acierto uno de los aspectos importantes del concepto de negocio, y a partir de la cual estructuramos nuestra noción del estudiado instituto.

¹²⁸ Idem, 69 (las cursivas son nuestras). Precisamente esta formulación parece más acertada que las demás, porque entraña una visión más completa del fenómeno negocial. Permite, por un lado, la apreciación de la importancia que el ordenamiento representa en la concreción negocial, y, por otro, ubica desde una perspectiva histórica, del desarrollo de la doctrina de dicha institución, la función de la voluntad humana dentro del mismo. Resulta innegable que el negocio en su relación con el ordenamiento jurídico es manifestación de la relación entre libertad, autonomía privada que se concreta en el negocio, y autoridad, expresada a través de las normas integrantes del ordenamiento estatal, relación que se da pese a la independencia entre ambos sistemas de valores (el privado “expresión de específicos, circunscritos y personales intereses” y el ordenamiento jurídico estatal “expresión de una visión general y totalizante de la realidad social, en la cual el negocio se inserta como fragmento mínimo”).

2.5.1.3.1 SU EXPLICACIÓN

Tal y como se ha podido constatar líneas arriba, el negocio jurídico no encuentra en las teorías descritas una satisfactoria construcción, un esquema que exprese la realidad negocial y que esté exento de dificultades dogmáticas, a veces contrapuestas a la misma realidad.

El concepto dado por FERRI, a nuestro parecer, es el resultado de un análisis profundo del significado que al negocio, a partir del estudio de las consecuencias que acarrean las posiciones que se han postulado, se le ha asignado. Podría decirse que es el resultado de un análisis de la evolución de la doctrina sobre la conceptualización del negocio.

Unánime es la idea de que el negocio jurídico se erige sobre la libertad que permite que los sujetos regulen los intereses propios, aserción de la cual se infiere que el negocio jurídico es un instituto cuya realidad está constituida por una relación entre libertad y autoridad, entre libertad y ordenamiento jurídico. Esta es la idea motriz de toda la disertación¹²⁹.

La cuestión que alude a las relaciones del negocio con el ordenamiento pasa por descartar que al primero le sean dispuestas unas consecuencias por el segundo. Este punto conecta con la circunstancia de que el negocio se ubica como subespecie del hecho y del acto jurídico; mas esa pertenencia, y la explicación de su realidad, es la que permite desdecir que sean los efectos jurídicos asignados ni “preventiva ni taxativamente” por el ordenamiento. Éste realiza, respecto del hecho o del acto, una valoración, porque previamente ha destinado para tales acontecimientos unos efectos, constituyendo

¹²⁹ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 54.

tanto el hecho como el acto meros objetos de valoración. Por el contrario, en el caso del negocio, por ser actos voluntarios, y porque el ordenamiento no puede prever todas las posibles manifestaciones de la voluntad, los efectos de éstos son los que deben ser, pero indudablemente no son los que el ordenamiento de previo haya asignádoles¹³⁰.

De esta manera puede argumentarse que, en la relación entre negocio y ordenamiento lo que debe existir es complementación de la libertad con la autoridad, mas no primacía de una sobre la otra, toda vez que, como lo demuestra la realidad negocial, están llamados a “convivir y confrontarse” entre sí¹³¹.

En el ejercicio de su libertad, los sujetos de Derecho disponen reglas a través de las cuales pretenden llevar a cabo la satisfacción de sus intereses personales, las cuales diseñan aceptándolas como obligatorias entre ellos, reglas que incorporan en sí criterios de valoración de cómo alcanzar el objetivo planteado. Pero también el Estado dispone, a través del ordenamiento jurídico, criterios de valoración de la realidad en general. Y a partir de esta realidad se plantea si es necesario que ambas categorías de valores se confronten entre sí, y si debe convertirse en objeto de valoración, por el otro, uno de ellos, y en qué medida y aspectos, o bien si de tal confrontación se pueda determinar que la relación entre ordenamiento y negocio no se realiza a través de tal sistema¹³².

El negocio es para los individuos un instrumento que, a través del establecimiento de una regla, les facilita alcanzar un objetivo determinado, confiando a dicha regla la realización de una función

¹³⁰ Idem 60 ss.

¹³¹ Idem, 57.

¹³² Idem, 57 s.

práctica. No obstante, resulta evidente que dicha reglamentación importa una alteración de la realidad correspondiente al momento de su confección, siendo siempre “expresión de un sistema de orden y racionalidad; un sistema que, propiamente por ser orden y racionalidad, explica necesariamente un principio de obligatoriedad y estabilidad”. Resulta de ello que los estipulantes de la regla negocial, no sólo tienden con ella a la finalidad propuesta, sino que, además y en razón del elemento utilizado para llevar dicha finalidad a cabo, que no es otro que el negocio mismo, se verifican incidencias que alteran el original esquema planteado respecto del arreglo de intereses; y es que si los autores del negocio persiguen la consecución del fin propuesto, no pueden dejar de querer las alteraciones o modificaciones (que son los efectos del negocio) de la precedente realidad que se presentan como impostergables al logro del objetivo. A partir de lo dicho se está en capacidad de afirmar que ya antes de cualquier valoración por parte del ordenamiento jurídico, el negocio ha adquirido para los sujetos autores del mismo un grado de obligatoriedad y vinculación en cuanto a los efectos que del mismo puedan derivar¹³³.

No obstante, el ordenamiento jurídico siempre ha tendido a absorber a toda manifestación normativa que se produce en el seno de la sociedad, imponiéndose en consecuencia a dichas manifestaciones, en vista de que el mismo posee una innegable “eficacia de su organización y de su producción normativa”, convirtiéndose así en expresión de unos criterios o valores comunes a la sociedad de que se trate. Se articula así como un valor con eficacia absoluta y general que, en virtud de la soberanía se erige en “medida de unidad de aquello que jurídicamente es lícito o ilícito”. Se hace así innegable, el necesario encuentro entre el descrito fenómeno negocial y el ordenamiento jurídico, que no es más que, como se desprende de

¹³³ Idem, 58.

lo expresado, el encuentro entre dos sistemas de valores distintos y autónomos entre sí¹³⁴.

La determinación de la respuesta al planteamiento realizado necesita tener presentes dos premisas, por un lado, el ordenamiento jurídico ejerce su función valorativa de las realidades sociales en todas sus manifestaciones a través de los principios de carácter general que lo informan y que constituyen su fundamento -de índole política, económica, moral etc-, expresando así, criterios valorativos de conformidad con tales principios¹³⁵. La segunda premisa está dada por la consideración que el sujeto agente del negocio tiene respecto del ordenamiento, en el cual encuentra certeza, seguridad y vinculabilidad, tanto para las modificaciones que implica el negocio, como para la realización plena de las finalidades que se ha propuesto. En tal sentido, la función de ese encuentro entre los dos sistemas de valores no consiste en hacer que los valores de uno de los sistemas se vean desplazados a los valores del otro, sino que es simple y sencillamente la constatación de la compatibilidad que existe entre ambos, porque a los efectos del ordenamiento jurídico, si esa compatibilidad es real, entonces, el objetivo y los efectos propios del negocio tendrán una realización “en términos de ordenamiento estatal”, a través de la definitividad y la estabilidad que asegura el ordenamiento, contrario *sensu*, si la compatibilidad no se verifica o no se verifica con plenitud, el negocio no se verá beneficiado de la

¹³⁴ *Idem*, 59.

¹³⁵ Concorde en esta opinión, MONEREO PÉREZ, “El negocio jurídico como categoría problemática”, estudio preliminar de BETTI, *Teoría General*, 2001, pág. XXIX: “Con todo, el ordenamiento jurídico democrático no se limita a sancionar una apriorística realidad negocial, sino que despliega activamente una función de conformación y apoyo a los actos de autonomía privada merecedores de tutela jurídica precisamente por su correspondencia con los valores fundamentales consagrado en el sistema jurídico. De ahí la realzada funcionalización de los poderes privados negociales en el sistema del constitucionalismo social; funcionalización que pretende garantizar los principios de solidaridad y de igualdad social y su incorporación en el sistema de contratación privada”.

superior capacidad de realización que el ordenamiento es susceptible de procurarle¹³⁶.

En esto no hay lugar a pensar que la incidencia de la nulidad - como representativa del “momento de mayor y más insanable incompatibilidad entre valor-negocio y ordenamiento estatal”-, sobre el negocio sea reflejo de ineficacia, porque todo lo que el negocio implica, aun sin la definitividad que representa el reconocimiento del ordenamiento jurídico, es susceptible de realización por las partes operando en el plano de la realidad social, no en el jurídico¹³⁷.

En definitiva, en el encuentro del negocio y el ordenamiento jurídico, no se produce una asignación o una previsión de efectos jurídicos, porque ambos sistemas de valores son autónomos entre sí. Además la deducción de una compatibilidad entre los dos sistemas es verificable *ex post*, mas no surge dicha compatibilidad a partir de reconocimiento, ni de control y menos de una autorización¹³⁸.

Por último, se ha de dejar claro que el asunto de si en el negocio la voluntad se dirige a efectos empíricos o a los efectos jurídicos se presenta, de conformidad con lo hasta aquí dicho, como algo que ha sido llevado a confusión. En los hechos es que se verifica la existencia o no de la compatibilidad entre sistema negocial y normativo, y ninguna importancia reviste la circunstancia de que los efectos propios del negocio hayan sido o no queridos por el agente, por lo cual no parece ser asignada la eficacia jurídica del negocio por la voluntad del sujeto, toda vez que podrían no haber sido deseados, mas por ello tampoco es acertado asignarlos a una “presunta voluntad de la ley”, que por su misma naturaleza y función no está

¹³⁶ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 59 s.

¹³⁷ *Idem*, 60, 62.

¹³⁸ *Idem*, 62.

llamada a pronunciarse sobre cada negocio. Algo que en este sentido tiene una innegable incidencia es el hecho que los privados, normalmente, no desean que el negocio por ellos articulado se contraponga al ordenamiento jurídico¹³⁹.

Si se aprecia esta misma razón desde el punto de vista del ordenamiento, se puede fácilmente deducir que tampoco los efectos jurídicos negociales, cuando se produce la compatibilidad, son queridos por el ordenamiento, si se acepta que éste no es susceptible de querer, “no manifiesta voluntad que exprese un consentimiento”, es incapaz de querer que el negocio tenga determinadas consecuencias¹⁴⁰.

2.5.1.3.2 CRÍTICA

Alguna crítica se ha hecho a esta teoría¹⁴¹. Se ha dicho que la idea que atribuye al negocio ser expresión de la libertad, que no necesita previa autorización del ordenamiento para que se torne vinculante su contenido, se desvanece frente a la explicación de que la recepción jurídica del negocio constituye el resultado de un juicio ex post de compatibilidad entre sistemas de valores, pues ¿los “particulares al contratar no limitan su reglamentación de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento, puesto que quieren que éste otorgue fuerza vinculante a su autorreglamentación?”. Aún más, se cuestiona que no se entiende

¹³⁹ Idem, 64 s.

¹⁴⁰ Idem, 65.

¹⁴¹ Toda la exposición sobre la crítica es planteada por, CORRAL TALCIANI, Hernán; “El negocio jurídico: ¿un concepto en crisis? a propósito de una obra de Giovanni B. Ferri”; en RDPRIV enero 1991; pág. 30 ss.

cuál sea el o los parámetros objetivos y ciertos para determinar los valores que expresa el negocio y los que contiene el ordenamiento, con cuya confusión se asigna al juez una amplitud que admitiría “toda clase de inteligencias”. Por último, si el negocio es manifestación de la autonomía de la voluntad, y este es un valor que consagra el ordenamiento del Estado, entonces el negocio deviene perennemente compatible con dicho valor, lo cual conlleva a la determinación de los límites de la autonomía dentro del mismo ordenamiento jurídico.

Creemos que dichas objeciones pueden ser rebatidas bajo las siguientes argumentaciones.

A estas objeciones se puede alegar que la idea que FERRI expone no contempla una libertad ilimitada, tal como parece haber entendido el autor de la crítica. En principio, si la libertad, reconocida a través de la autonomía privada, como ofrecimiento del Estado para que los sujetos diseñen autorreglamentaciones tendentes a la satisfacción de intereses, necesidades y expectativas, constituye la base del negocio, la libertad como tal no se ve diluida por ser valorada en cuanto a su compatibilidad con el ordenamiento en un juicio que se verifica *ex post*.

Lo que sucede, a nuestro entender, es que la libertad permite diseñar la regla, la cual asumida por los sujetos agentes de la misma, no necesita la permisión del ordenamiento para que el objetivo planteado realizar, a través de la misma, se materialice, ello es así porque, tal como explicó FERRI, los sujetos no pueden no querer las consecuencias de su actuación, con lo cual se deduce que ya han asumido como vinculantes y estables tanto el negocio mismo como sus consecuencias, incluso antes de que entre en juego el ordenamiento mismo.

En este sentido, pues, el juicio de compatibilidad sólo puede realizarse *ex post* respecto de los hechos a que conduce la realización del contenido negocial, sólo en ellos se encontrarán los elementos integradores del valor negocio, con lo cual se resuelve una de las críticas; el negocio mismo y sus caracteres informadores plasmados en la realidad serán la medida con que se determine al valor contenido en el negocio. Y es que el juicio en cuestión sólo se realiza cuando se hace necesaria una fuerza coactiva que constriña al cumplimiento de la regla estipulada, pues lo general es que las partes acepten las consecuencias y los efectos que son propios del negocio. Antes de ello, no hay intervención de la norma en el asunto negocial, por eso es un juicio a partir de los hechos y es *ex post*, pues no puede ser *ex ante* cuando la norma, con su coactividad y vinculabilidad, no es aún necesaria.

No obstante que los defectos señalados por la crítica antes expuesta no sean tan fuertes como para cuestionar el planteamiento mismo de la tesis de FERRI, el mismo autor de las críticas orienta sobre el peligro de dejar fuera, a través de esa concepción, a algunas manifestaciones de la autonomía privada cuyos contenidos están dentro de las normas jurídicas, como el matrimonio el cual no encontraría cabida en el concepto dado por FERRI sobre lo que es el negocio jurídico.

En consecuencia, y pensamos nosotros que en la línea de hacer derivar la noción conceptual del negocio hacia derroteros más perfeccionados y lógicos, el autor de la crítica expuesta propone una visión más completa todavía del negocio. Plantea, bajo un criterio integrador de los aciertos de las teorías -siguiendo así la idea de FERRI- precedentes y la del mismo autor criticado, presentar al negocio jurídico como hecho, como norma subordinada al ordenamiento estatal y como sistema de valores, sin que por ello se pierda la perspectiva de unicidad del concepto.

En tal sentido, el negocio –dice el citado autor de la crítica– sería un hecho, una norma subordinada al ordenamiento y un sistema de valores.

Hecho, en el sentido que a su realización la ley misma asigna ciertos efectos, sin que incluso dichos efectos sean queridos por las partes. Norma, que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico para cuya creación, por los particulares, el mismo ordenamiento autoriza. Sistema de valores, porque no obstante que los agentes, obrando con la permisión del ordenamiento, han dado vida a un arreglo de intereses, estos mismos intereses deben ser analizados “en función de la normativa creada por el negocio y por los valores en ella implicados, más que por las normas y criterios emanados del poder estatal¹⁴².

2.5.1.4 NUESTRA IDEA

Vista la evolución doctrinal respecto del concepto de negocio jurídico, todavía la tesis planteada por FERRI, nos parece un tanto alejada de la realidad, y pensamos que en el tratamiento del concepto de negocio jurídico se debe, ante todo, tener presente que esta figura (el negocio jurídico) no es más que una abstracción que pretende explicar los más diversos fenómenos jurídicos, premisa que siendo tan fundamental parecen olvidar las teorías expuestas.

Este desvío trae como consecuencia que se presenten imágenes que sólo parcialmente describen la realidad negocial; así, la tesis del profesor FERRI nos parece idónea para definir a los negocios que tienen un *substratum* material, pero inviable para explicar los

¹⁴² CORRAL TALCIANI, RDPRIV enero 1991, 31.

negocios ajenos a dicha clase. Por tal razón preferimos ensayar un concepto que partiendo, como no podía ser de otra manera, de todo lo expuesto en este apartado, pretende presentar al negocio como esa abstracción que es.

Diremos pues que, para nosotros, negocio jurídico es, en virtud de su naturaleza abstracta, un acto de voluntad (elemento identificador de todos los componentes de esta abstracción) que tiene su expresión, bien en una regla o sistema de valores privados, o bien en la aceptación de un sistema de reglas o de valores que establece el ordenamiento en atención a determinadas consideraciones de orden general, con el cual los particulares tienden a dar satisfacción a sus intereses, necesidades o expectativas dentro del campo de las relaciones sociales.

En cuanto el negocio jurídico está representado por una regla privada, creemos que su dinámica respecto del ordenamiento jurídico se explica muy bien como lo ha expuesto el profesor FERRI. En cambio, cuando de lo que se trata es del negocio como expresión de una aceptación, la regla ya está elaborada, el contenido propio del negocio está diseñado por el Estado a través de sus normas en atención a intereses generales -que se encuentran incidiendo dentro del esquema de algunos negocios-, mas no por ello el negocio se convierte en un mero acto, puesto que es voluntad del sujeto la satisfacción de sus intereses mediante la aceptación de ese sistema de valores contenidos en las disposiciones legales al respecto, y lo más importante es que lo hace ejercitando su autonomía privada, expresión de su libertad de querer los fines que tal negocio representa. De esta manera estamos aceptando que ciertamente, la autonomía privada encuentra su perfil, no sólo a través de la voluntad, sino en “el hecho objetivo de la formación de un ordenamiento que tenga ciertos requisitos de independencia y al

mismo tiempo de dependencia, esto es, de limitada independencia, de otro ordenamiento”¹⁴³.

Creemos que la vertebración del concepto que proponemos explica plenamente la razón por la cual el negocio jurídico es una institución jurídica que desarrolla su incidencia y realidad *entre la libertad y la norma*¹⁴⁴.

2.6 EL CONCEPTO DE NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

Tal como enunciamos al inicio de este trabajo, la estructuración de un corpus de la realidad “negocio jurídico del Derecho de familia”, será perfilado partiendo de cada gran aspecto de la doctrina general del negocio jurídico, por vía de inferencia.

En tal sentido, hemos de decir que para nosotros constituye un negocio jurídico familiar el acto voluntario a partir del cual se produce la aceptación del contenido de un sistema de valores que la norma establece¹⁴⁵ como único medio para lograr un propósito práctico de índole personalísimo, que implica necesariamente la modificación de un estado civil preexistente con todas las

¹⁴³ ROMANO, Fragmentos, 1964, 62.

¹⁴⁴ Enunciado que corresponde al título de la obra de FERRI que precede en el tiempo a la tan citada en este trabajo: *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 1987.

¹⁴⁵ Cuando aborda el tema de la autonomía privada dentro de los negocios familiares, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; *El negocio Jurídico del Derecho de Familia*, en: *Estudios de Derecho Privado*; editorial Civitas S.A.; Madrid; 1980; pág. 36, defiende la idea de que a pesar que en este tipo de negocios la libertad de configuración del contenido de la relación se encuentra suprimida, lo importante del negocio jurídico es el poder de creación de la relación jurídica.

repercusiones que el mismo conlleva¹⁴⁶. Se destaca en este punto que el concepto de Status se presenta, en este campo del Derecho civil, como propio de las relaciones que el mismo tutela en razón de ser éstas la causa de atribuciones inherentes a la persona, en razón de las condiciones o posiciones a que las mismas dan lugar¹⁴⁷.

La estructuración del anterior concepto implica el elemento que creemos resulta determinante para la comprensión de un negocio jurídico familiar. Es el elemento “estado civil” de familia el que juega un papel trascendental dentro de la dinámica propia de los negocios familiares. En tal sentido, el negocio familiar se estructura como un acto jurídico en el cual la voluntad, como fundamento del mismo, se dirige hacia el posicionamiento en una determinada relación jurídico-personal, con otros sujetos, respecto de una estructura social denominada familia.

El estado civil, entendido, más que como situación jurídica, como una imputación a la persona en relación con unas determinadas relaciones jurídicas, teniendo en su causa todas esas situaciones de status, una referencia a relaciones inter-subjetivas especiales, que se alejan definitivamente de todo esquema o

¹⁴⁶ Por ello acertadamente se ha dicho dentro de la doctrina italiana que los estados civiles no sólo son aquellos que se adquieren con independencia de un acto de voluntad del sujeto (nacimiento por ejemplo), sino que, también los que vienen determinados, en su nacimiento y extinción por la voluntad del sujeto y pueden, en consecuencia definirse como “actos jurídicos intermedios y voluntarios que indican la actividad del hombre y la incidencia de la voluntad subjetiva sobre la constitución, modificación y extinción de los status , dentro de los límites y con la observancia de las normas”: SCARDULLA, Francesco; “Stato Civile”, en EDir, T. XLIII; Giuffrè editore; Varese; 1990; pág. 938 (la definición dada por el autor pertenece a Salvo; Stato civile, NDI, appendice VII, 1987, pág. 537). En cuanto a la modificación del estado civil puede verse en similar sentido, la opinión de DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique; “Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar”, RGLJ, T. XII, 1966; pág. 679: “son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares” (el subrayado es nuestro).

¹⁴⁷ Cfr. VASSALLI, Filippo; Lezioni di Diritto matrimoniale, Vol.1º; Cedam; Padova; 1932; pág. 35 s.

paradigma obligacional del *vinculum iuris*, pero que, no obstante, como toda relación jurídica presuponen y organizan la pluralidad o dualidad de personas¹⁴⁸.

Por ello, es que precisamente a través de un acto voluntario se alteran ciertos estados civiles, que dicho sea de paso, es una cuestión que siendo personalísima atañe también al orden público¹⁴⁹. Los negocios pertenecientes a esta categoría no son susceptibles de ser constituidos a partir de estipulaciones propias de los sujetos de dicha relación, sino que éstos deben aceptar el conjunto de reglas y estipulaciones que el Estado, a través del ordenamiento jurídico ha establecido. No obstante, el hecho mismo del cambio de estado civil, implica una actividad de índole privada o mejor dicho, personalísima por todas las implicaciones relacionales con otros sujetos y por la trascendencia vital de cada estado civil de cara a las obligaciones con

¹⁴⁸ RAMOS CHAPARRO; Enrique; Ciudadanía y familia: Los estados civiles de la persona; CEDECS editorial; Barcelona; 1999; pág. 187. En pág. 188, el autor sigue explicando que, el estado civil, respecto de las demás relaciones jurídicas tiene como carácter definidor el carácter colectivo u orgánico de la integración (o clase de relaciones humanas) que contempla, puesto que, a través de la institución del estado civil, el Derecho traduce la dimensión social básica de la personalidad, esto es: la persona no tanto que sujeto (o posible sujeto) de derechos, obligaciones y actos jurídicos, sino en tanto que miembro (o no) de los organismos socio-jurídicos fundamentales. De esta manera dentro de la estructura subjetiva del estado civil tiene presencia un sustrato social de referencia (la sociedad nacional, conyugal o paterno-filial), funcionando como base integradora de la personalidad, pre-organizada por el ordenamiento, sobre el que se apoya la eficacia, inter partes y *erga omnes*, de los derechos o facultades y las obligaciones o deberes de toda índole, que integran el contenido concreto de cada situación de estado (*idem*. Pág. 189).

¹⁴⁹ *Idem*, 191: “En conclusión, la *vis* directiva del principio informador de la relación jurídica de estado civil se proyecta sobre un ámbito amplísimo de la realidad social ordenada por el Derecho, acoge, en su intención organizadora, algo más que puras relaciones inter-subjetivas o vínculos entre particulares; podría decirse que mira simultáneamente a la persona y a la sociedad civil en su conjunto, construyendo jurídicamente a esta última con los elementos estructurales y dinámicos del *status personarum*. Muestra, pues, la profunda y recíproca *ligatio* entre individuo y sociedad, base de todo fenómeno jurídico, institucionalizándola formalmente como vínculo de Derecho. Por eso es, a la vez, materia personalísima y de orden público. De ahí que pueda postularse como peculiar causa final del estado civil la determinación oficial de las situaciones sociales básicas del sujeto en un determinado ordenamiento completo o “nacional”, y en todos sus niveles o sectores generales, tanto en el ámbito interno o estatal, como en el internacional.”.

dichos sujetos y por ello, el elemento personal y voluntario resulta ineludible.

Con esta concepción que incorpora como finalidad de los negocios jurídicos del derecho de familia, el estado civil, se viene a presentar a éste como el complemento de la idea de personalidad, en su más propia acepción de subjetividad individual o igualdad formal y autonomía privada, que es el elemento central y básico del Derecho privado. Cuestión que entronca plenamente a los negocios en los que el estado civil constituye el fin hacia el cual tiende la voluntad de los sujetos, con la idea más propia del Derecho civil: ser el Derecho de la persona¹⁵⁰.

En definitiva, el negocio jurídico de Derecho de familia, es presentado, por nosotros, como algo en lo que la voluntad privada de los sujetos es la columna sobre la que se realiza una superposición de derechos y obligaciones preestablecidas en atención a la trascendencia que la familia posee dentro de la sociedad, permitiendo con ello reflejar la dimensión personalísima que implica la ubicación de un individuo en un nuevo status familiar, y que se conjuga tanto con la libertad de aceptar la nueva situación, como con la imposición de un contenido estipulado de previo por vía normativa. En definitiva, es, como se dijo líneas atrás, un fenómeno en el que la libertad y la norma encuentran necesaria cabida

2.7 ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

El tratamiento de los elementos del negocio sigue la tradición ya establecida a partir de la teoría general del contrato en el siglo XVI, proponiendo una tripartición de los tipos de elementos

¹⁵⁰ Cfr. RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y familia: Los estados civiles*, 1999, 192.

negociales. Así pues, la doctrina tradicional del negocio distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

2.7.1 ELEMENTOS ESENCIALES

Están constituidos por los componentes del negocio que, dispuestos por virtud legal, sirven como presupuestos necesarios para la conformación, nacimiento y validez del negocio jurídico. Son elementos cuya presencia se distingue en todos los negocios jurídicos de manera idéntica¹⁵¹.

Enúncianse como los elementos esenciales, con carácter general válido para todos los negocios, la voluntad, el objeto y la causa¹⁵².

2.7.2 ELEMENTOS NATURALES

No obstante existir esta categoría, identificada por la doctrina tradicional como *los efectos que los negocios jurídicos producen sin necesidad de estipulación correspondiente y que pueden ser excluidos*

¹⁵¹ FUENTE NORIEGA, Margarita; "Estructura del negocio jurídico", en MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., Lecciones del negocio jurídico, 1987, 44; Cfr. tamb. TENORIO, NEJ XVII, 1982, 232.

¹⁵² Cfr. CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 90.

por cláusula en contrario¹⁵³. Su determinación se considera inapropiada

Clasificación ésta que por su misma conceptualización peca de error, siendo verdaderamente una *contradictio in terminis* atribuir la calificación de elemento a lo que constituye una consecuencia. En puridad, los elementos de esta categoría son inexistentes. A lo que en verdad sería lícito, por razones lógicas, atribuir un apelativo de natural, es a los efectos que, no siendo de carácter esencial, las partes que en el negocio intervienen pueden, a voluntad, dejarlos fuera del mismo¹⁵⁴.

2.7.3 ELEMENTOS ACCIDENTALES

Son elementos que introducidos por las partes, modifican el contenido o los efectos del negocio¹⁵⁵.

Estos elementos, llamados accidentales, se constituyen en verdaderos elementos del negocio, sólo en cuanto son dispuestos dentro del negocio jurídico, y en razón de ello se despojan de la accidentalidad que les caracteriza, para concretarse en la realidad jurídica negocial.

¹⁵³ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A; *Teoria Geral da relação jurídica*, vol. II; *facto jurídico em especial negócio jurídico*; 4ª reimp. Libreria Almedina; Coimbra; 1974; pág., 35 (las cursivas son nuestras).

¹⁵⁴ CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 91. Se muestra en el mismo sentido: FUENTE NORIEGA, Margarita; "Estructura del negocio jurídico", en MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., *Lecciones del negocio jurídico*, 1987, 42 s; DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 190.

¹⁵⁵ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 233.

No obstante lo anterior, es un tanto dudoso hablar de una categoría de elementos accidentales del negocio jurídico, por cuanto constituyen situaciones sometidas a la voluntad de los negociantes, en razón de lo cual, pueden o no, ser tenidos en cuenta en la confección del negocio. Mas esa precisa nota distintiva produce la pendencia de que puedan convertirse en elementos esenciales, toda vez que de ellos se haga depender la validez del negocio, sea por las partes o bien por el mismo ordenamiento. Esto es que si algún elemento, por voluntad de las partes se eleva al carácter de imprescindible para la eficacia del negocio, entonces, no podría constituirse como esencial, en razón de que los elementos de este tipo -esenciales- están dispuestos ineludiblemente, por virtud del ordenamiento, puesto que él estipula normativamente los elementos que deben integrar el negocio, y en tal razón aún cuando se tuviese la intención de otorgarles la categoría de esenciales éstos no merecerían tal calificación¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Cfr. CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 92.

2.8 REQUISITOS DEL NEGOCIO JURÍDICO¹⁵⁷

Como se ha podido apreciar en el apartado anterior, el mantenimiento de unas distinciones sobre elementos del negocio, resulta a veces insostenible, por lo cual nosotros preferimos adoptar como verdaderos elementos del negocio los que son llamados requisitos, y que corresponden a los llamados elementos esenciales, que para nosotros son: la declaración de voluntad, el objeto, la causa¹⁵⁸ y la forma.

Una muestra de que este punto de determinación de los elementos esenciales o requisitos del negocio jurídico no resulta un tema de unánime respuesta en el seno de la doctrina, la constituye la concepción de DE CASTRO¹⁵⁹, para quien los requisitos del negocio son la declaración de voluntad o conducta significativa, que es a lo que en definitiva se atribuye la constitución de la “específica regla

¹⁵⁷ TENORIO, NEJ XVII, 1982, 236, al explicar la teoría general del negocio jurídico, hace alusión, en el apartado correspondiente a los elementos de la figura, a que el esquema planteado por la doctrina tradicional se encuentra en la realidad con obstáculos que lo hacen inviable, proponiendo en consecuencia que los elementos del negocio sean estructurados y presentados de otra manera. Esto es factible -dice- siempre que se tenga presente que el negocio es un hecho social que ha de quedar asumido por el ordenamiento jurídico. Presenta -siguiendo la doctrina de BETTI- una clasificación de los elementos negociales estructurada a partir de elementos que contribuyen a la constitución del negocio y elementos que son esenciales del negocio ya constituido. Termina exponiendo como elementos del negocio algunos de los que a continuación acogemos como verdaderos elementos del negocio. V. en contra, FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 112, para quien, a pesar de la crítica que reciben los *Essentialia, naturalia y accidentalia negotii*, los acoge como razonables siempre que se los relacione al negocio como regla.

¹⁵⁸ Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, El negocio jurídico, 1992, 109. Creemos que a través de estos elementos se puede explicar la realidad negocial de manera completa, sin olvidar que dentro de ellos hay algunos que tienen incidencia en el todo del mismo negocio, como la causa, mas no por ello se puede descartar a los demás elementos enunciados; pues en definitiva, cada uno de ellos expresa una parte de la realidad total del negocio, así, la declaración de la voluntad alude a la conformación del negocio que se efectúa con miras a la satisfacción de un interés o necesidad (objeto) a través del ejercicio de la autonomía privada circunscrita a los valores del ordenamiento jurídico que reconoce dicho ejercicio como digno de validez y tutela (causa).

¹⁵⁹ El negocio Jurídico, 1985, 56.

negocial” y el resultado social que con el negocio se haya propuesto conseguir (causa) y conforme al que se le dará al negocio su específica consideración jurídica.

2.9 LA FORMACIÓN, LA VALIDEZ Y LA PERFECCIÓN DEL NEGOCIO

La formación del negocio jurídico tiene su verificación a partir del momento en que la voluntad es manifestada, pues si hemos dicho que su elemento constitutivo esencial es la voluntad, entonces sólo a partir de que se verifica el conocimiento de la existencia de una voluntad dirigida a un fin práctico el negocio se forma. No obstante, esta afirmación se puede matizar en el sentido de que si el negocio se encuentra sujeto por obra de la misma voluntad, a un elemento del que se hace depender su validez, en consecuencia, el negocio se tendrá por formado a partir del momento en que se verifica la manifestación de dicho elemento¹⁶⁰.

En el ámbito de los negocios unilaterales, el momento de su formación se hace depender, normalmente, según sean negocios realizados a partir de manifestaciones de voluntad recepticia o no recepticia. En tal sentido, la formación de los segundos se verifica tan pronto se produce la manifestación, en tanto los primeros, hasta que el o los destinatarios de la misma han tenido conocimiento¹⁶¹.

¹⁶⁰ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 96 s.

¹⁶¹ *Idem*, 97.

2.10 CLASIFICACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Siendo que este estudio no pretende ser una doctrina general del negocio jurídico, es necesario en este punto dejar de lado las clasificaciones que no son de utilidad para los objetivos que nos planteamos. Diremos pues, que la doctrina da cuenta de una unánime aceptación de la categoría de los negocios de familia.

Exponemos a continuación las ideas expresadas por algunos autores que han avizorado en el amplio campo del negocio jurídico, una manifestación de éste con relación a la familia.

- BETTI¹⁶², propone una distinción que parte de los elementos con que él explica el contenido del negocio; así, distingue entre negocios que se clasifican por el aspecto externo en que se configura el negocio, los que se agrupan a propósito de su contenido y por último, los que constituyen un conjunto por la causa. Clasifica dentro de los negocios por razón de su contenido, a los negocios según el carácter de las relaciones contempladas y distingue entre éstos, a los negocios familiares y patrimoniales.

- Los negocios con causa que no es ni onerosa ni gratuita contienen a los negocios del Derecho de familia (matrimonio, adopción, emancipación, reconocimiento de hijo natural)¹⁶³.

- Constituyen negocios familiares aquellos en los que los sujetos intervinientes en calidad de partes se proponen la creación o modificación del estado civil de las personas. Ejemplo de ello sería el

¹⁶² BETTI, *Teoría General*, s/f, 200.

¹⁶³ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 266.

matrimonio, el cual permite la adquisición del estado civil de casado, mismo que importa una serie de derechos y de obligaciones¹⁶⁴.

- En atención al contenido del negocio, se puede clasificar en negocios jurídicos familiares y patrimoniales. Los familiares hacen alusión a la “creación o modificación del estado civil, tales como el matrimonio o la emancipación”¹⁶⁵

- Entre los negocios no patrimoniales se comprenden hoy los familiares o personal- familiares, cuales el matrimonio la separación consensual, la adopción. Pueden ser unilaterales, como la adopción, o bilaterales como matrimonio, la separación consensual¹⁶⁶.

- En atención a la forma, se puede distinguir negocios declarativos que pueden ser verbales, no escritos o escriturados, y escritos. Dentro de los verbales está el matrimonio¹⁶⁷.

2.11 ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

A continuación estudiamos la estructura integradora del negocio jurídico, es decir, las categorías a través de las cuales se integran éstos y juntamente dedicaremos algunas líneas para describir la manera en que estos se presentan en el fenómeno negocial familiar. Acto seguido realizaremos la comparación entre la

¹⁶⁴ MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., Lecciones del negocio jurídico, 1987, 31.

¹⁶⁵ TENORIO, NEJ, 1982, 254; FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 173 s.

¹⁶⁶ DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 469.

¹⁶⁷ Idem.

realidad del negocio jurídico del Derecho de familia, con la institución matrimonial, actividad que a los efectos de nuestro trabajo resulta fundamental, para deducir de ello si el matrimonio encuentra su naturaleza jurídica en el negocio

El negocio se estructura tal como ya dijimos, a través de los elementos esenciales o requisitos: declaración de voluntad, objeto, causa y forma. En consecuencia, la exposición de ellos se hará en este mencionado orden.

2.11.1 LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD¹⁶⁸

El negocio jurídico, como ya tuvimos ocasión de expresar es un acto de voluntad, en la voluntad encuentra su más íntima existencia, mas para que esa voluntad, de conformidad con el concepto que sobre negocio hemos expuesto precedentemente, pueda venir a constituir el negocio, es menester que se exteriorice¹⁶⁹, que se manifieste¹⁷⁰ de tal forma que sea constatable la finalidad que se

¹⁶⁸ “La declaración es la transmisión de un contenido mental, en forma elocutiva, o bien directamente indicativa (esto es, por gestos o actitudes que tengan un valor directamente declarativo)... el acto más típico de la vida de relación en el mundo existencial interpersonal”: ESPINAR LAFUENTE, *El negocio jurídico*, 1963, 13.

¹⁶⁹ La declaración de voluntad no es suficiente por sí para definirse como elemento sustancial del negocio, pues el negocio no es la declaración sino que es el contenido de una voluntad manifestada. El negocio jurídico se dice perfeccionado cuando constituye una realidad jurídica que consiste en el contenido de una o varias voluntades manifestadas: TENORIO, *NEJ*, 1982, 228.

¹⁷⁰ El concepto de manifestación resulta ser de mayor amplitud que el de declaración, porque la manifestación de voluntad puede realizarse a través de cuatro maneras a saber, por operación, por omisión, por declaración en sentido propio y por interferencia, sobre la base de una declaración. Dentro de las cuales sólo la declaración en sentido propio constituye la declaración: ESPINAR LAFUENTE, *El negocio jurídico*, 1963, 14 s.

quiere alcanzar¹⁷¹, evitando así que dicha voluntad permanezca únicamente en su complejidad psicológica, y se constituya, en consecuencia en voluntad que proyecta su incidencia creadora del acto de autonomía sobre determinado sector de la realidad¹⁷².

Por ello puede afirmarse que, todo negocio jurídico es una voluntad manifiesta, es esta manifestación de voluntad el elemento constitutivo, “genético” del mismo¹⁷³.

Con mayor propiedad, DE CASTRO¹⁷⁴ nombra a la manifestación de la voluntad, declaración negocial, en tanto en cuanto ésta declaración está constituida por el “signo o signos que se puedan considerar expresivos de una voluntad, dirigida a conseguir un resultado social¹⁷⁵, que el Derecho estima digno de amparo como *relación negocial*”.

¹⁷¹ Y es que “la declaración de voluntad y el negocio jurídico constituyen una misma institución”: MALUQUER DE MOTES, Carlos; Derecho de la Persona y negocio jurídico; Bosch; Barcelona; 1993; pág. 231. Esta opinión, en la doctrina italiana se ha dejado escuchar de manera más determinada, hasta el punto de afirmar que “la declaración de voluntad no constituye un elemento del negocio sino que es el mismo negocio, el mismo acto de autonomía privada”: RUBINO, La serietà del volere, 1994, 73.

¹⁷² Cfr. FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 81.

¹⁷³ Cfr. CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 86. Ibidem, dicho autor expresa que pese a que todos los negocios jurídicos son una manifestación de voluntad, no toda manifestación de voluntad constituye un negocio jurídico. Hay actos que pueden constituir una parte del supuesto de hecho negocial el cual puede a su vez constar de varias manifestaciones de voluntad de distintos sujetos, como por ejemplo en los negocios bilaterales o plurilaterales.

¹⁷⁴ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 63, 65.

¹⁷⁵ No obstante, cuando LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos II, I, 1999, 427, aluden a la causa del contrato, presentan una objeción que bien podría ser usada para aclarar esta idea: resulta un equívoco -dicen los autores- referirse a la causa como función social del negocio, por cuanto, éste tiene un desarrollo como un acto volitivo individual, en él se contiene una manifestación de aspiraciones de uno o varios sujetos de derecho que no necesariamente tienen que coincidir con un interés del “procomún”, siendo únicamente necesario, para alcanzar la tutela jurídica, que ello no sea contradictorio de la moral social. Se nos ocurre que en verdad, la declaración negocial no puede tener por objeto el conseguir un “resultado social”, si como dice la cita precedente, la

Dentro de esta exposición, sobre la declaración de voluntad, debe hacerse referencia a tres aspectos que concretan el entendimiento que la misma desarrolla en el negocio jurídico. Nos referimos a la llamada voluntad “de actuar, de declarar y negocial”. La primera hace referencia al elemento volitivo por el cual el sujeto agente establece, de manera voluntaria un signo de la declaración, lo cual faltaría si, por ejemplo el sujeto se ve sometido a una fuerza irresistible. La segunda forma de manifestación volitiva del sujeto se reduce a: el querer que su conducta sea tenida como una declaración¹⁷⁶. Por último, la voluntad negocial representa la determinación de que la voluntad manifestada se dirija a la producción de efectos que se podrían asimilar por la norma como efectos jurídicos, más concretamente, voluntad que se dirige a la consecución de un resultado a partir del Derecho¹⁷⁷.

En suma, todo el origen del negocio jurídico reside en la declaración de voluntad, en esta manera a través de la cual se hace patente en la realidad la intención interna de un sujeto en pos de satisfacer necesidades o expectativas, para cuya consecución necesita entrar en relación con otro u otros sujetos que sean capaces de otorgar el bien necesario, los cuales solamente a través de una declaración pueden conocer el interno querer de dicho sujeto.

manifestación es de una o varias personas para obtener un resultado que no necesariamente se proyecta en una intención de la sociedad.

¹⁷⁶ La llamada voluntad de efectuar la declaración, es en sí la evidente y tangible manera en que el querer se presenta en la realidad: FUENTE NORIEGA, Margarita; “Estructura del negocio jurídico”, en MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., Lecciones del negocio jurídico, 1987, 46.

¹⁷⁷ FLUME, *El negocio jurídico II*, 1998, 74 s; dejamos constancia que la concepción que entiende el fenómeno jurídico privado, y en este caso el del negocio jurídico, como un hacer de las partes, respecto de cuyas consecuencias podría llegar a implicar la intervención del Derecho, a los efectos de su ejecución, es aceptada por nosotros como valiosa. Porque el Derecho es un recurso extremo, al que las partes normalmente no tienen por qué tener presente en el momento de realizar un acto de voluntad, sino hasta que sea necesaria la intervención coactiva del Estado a fin del cumplimiento de lo pactado entre las partes. V. por ejemplo DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 29 s.

2.11.1.1 LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN EL NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA

En este punto, debemos dar tratamiento, además de la presencia de una declaración de voluntad dentro del negocio jurídico del Derecho de familia, a la crítica que se ha lanzado en contra de la consideración de que en éste pueda haber lugar para la autonomía privada, pues sólo despejada dicha duda se comprenderá la manera en que la declaración se ejercita con igual carácter que en todos los demás negocios.

De entrada afirmamos que, lo dicho antes sobre la autonomía privada en el negocio jurídico, nos presenta claramente que dentro del campo del Derecho de familia también se encuentra, como elemento dinámico y originador, a éste concepto.

No obstante, en razón de la manera en que actúa la autonomía privada en los negocios familiares, éstos están marcados con señas propias que le separan de los negocios que sirven al tráfico jurídico económico, es decir de los negocios jurídicos patrimoniales¹⁷⁸, lo cual no empece el hecho de que se pueda ver manifestada la autonomía negocial familiar en la constitución de los mismos, aspecto que innegablemente es asignado al querer libre de los sujetos, y además, en algunos casos particularizados, como la elección del régimen económico en el matrimonio¹⁷⁹.

¹⁷⁸ El elemento identificador del negocio jurídico es la autonomía privada, la cual está presente en todos los negocios ya sea en mayor o en menor medida en dependencia de la libertad concedida para la autorregulación de los intereses y necesidades queridas satisfacer por las partes. Así por ejemplo, en los negocios del Derecho de familia, la libertad de autorregulación sólo se manifiesta a través de la puesta en existencia de dichas relaciones jurídicas, en su conclusión: DOMÍNGUEZ; Teoria Geral. II, 1974, 27 s.

¹⁷⁹ BIANCA, C. Massimo; Diritto Civile, vol. II, la famiglia, le successioni, terza edizione riveduta e aggiornata; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 2001; pág. 17.

Por su especialidad, el negocio jurídico familiar se puede caracterizar a partir de tres premisas¹⁸⁰: ser negocios de entidad personalísima, con una rígida tipicidad y formalidad^{181 182}.

¹⁸⁰ Por su parte, LACRUZ /SANCHO/LUNA/DELGADO/RIVERO/RAMS, Elementos I, III, 1999, 16 ss. concibe al Derecho de familia caracterizado por: a. su contenido ético b. Transpersonalismo c. más limitada autonomía de la voluntad d. fusión del derecho y el deber e. Indisponibilidad y duración. En este sentido también, O'CALLAGHAN, Xavier; Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de familia; 2ª edic.; Edersa; Madrid; 1987; pág. 14 ss.

¹⁸¹ TRIMARCHI, Istituzioni, 2000, 709 s. Formalidad que pasa, de manera general, por la intervención de un sujeto ajeno a los nupciales en el momento de la realización del vínculo, lo que ha permitido afirmar que éste emite una voluntad de carácter estatal, constituyéndose así el matrimonio en un acto de poder del Estado o bien en un acto de carácter complejo por razón de los intervinientes, mas en verdad, como dice FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 58, en los negocios jurídicos formales la intervención del oficial constituye una demostración de que en el mismo, por virtud de la ley existe una cooperación en el negocio jurídico mismo, dicha cooperación es directa por ejemplo en el matrimonio. Argumentos estos que permiten agregar, desde ya algo a favor de la idea de que en el negocio jurídico familiar la declaración de voluntad tiene el mismo valor que en los demás negocios: la manifestación volitiva, en el matrimonio, reviste tal importancia y trascendencia que el representante del Estado ha de certificar su emisión libre y perfecta.

¹⁸² A propósito de este enunciado, en un trabajo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1962, y aparecido en Estudios de Derecho Privado, en 1980, el profesor DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; a propósito de proponer una introducción a la teoría del negocio jurídico familiar, atestigua la discusión doctrinal por la cual se niega a ésta su admisibilidad. En dos motivos se centra la oposición a otorgar a las relaciones jurídicas del Derecho de familia, un lugar como clasificación dentro de los negocios jurídicos: el principio de Autonomía privada no tiene lugar en el Derecho de familia (ejemplo actual de ello es MALUQUER DE MOTES, Derecho de la Persona, 1993, 240 s: Se puede clasificar a los negocios jurídicos en personales y patrimoniales, son personales los que se refieren al aspecto personal del sujeto; su principal nota es que en ellos se excluye la autonomía privada no pudiendo transigir sobre los mismos, como la adopción, la emancipación y el nombramiento de tutor) porque o bien en la confección de los actos familiares se distingue una preponderancia del poder Estatal en razón del público interés, o se estructura a partir de un acto de poder familiar. La segunda, en el sentido de que los negocios familiares no generan efectos jurídicos *ex voluntate* tal como lo hacen los negocios jurídicos. A la primera objeción opone el citado autor, que la intervención de un órgano del Estado en la confección de algún acto familiar, no necesariamente significa que ese acto se vea constituido por tal intervención, puesto que no forma parte de la esencia misma que informa el acto, sino que se constituye, tal intervención en una mera solemnidad constitutiva (para mayor abundamiento sobre este punto V. Capítulo IV, de esta tesis); en lo que respecta a la aseveración del acto de poder familiar, no puede tenerse como actos de ejercicio de tal poder, negocios como la emancipación en el que la voluntad del sujeto agente tendrá una directa repercusión sobre el ámbito jurídico de otro sujeto de Derecho. Ligada con estas objeciones están las opuestas a la segunda, puesto que afirmar que la categoría negocial de los actos de Derecho familiar no existe porque no se producen a partir de ellos efectos jurídicos *ex voluntate*, es olvidar que, en puridad, no existen tales efectos *ex voluntate*, puesto que sin un reconocimiento jurídico por parte del ordenamiento jamás podrían nacer

Se dice que los negocios familiares son personalísimos pues el objetivo que se pretende cumplir con ellos es indiscutiblemente querido y perseguido por una persona, (este carácter torna en intransferibles los derechos de familia¹⁸³). Son formales, pues como se sabe, normalmente se hacen acompañar en su constitución –acto en el que normalmente tiene lugar la declaración de voluntad- por una formalidad, a consecuencia de la importancia que reviste el objetivo a que tienden, y el cual representa muchas veces un interés que trasciende al individuo mismo. Por último, los negocios familiares presentan una ascendrada tipicidad toda vez que constituyen expresión de realidades previstas en el texto de la norma¹⁸⁴.

A consecuencia de estas enunciadas características es que en realidad, en el seno del Derecho de familia, la autonomía privada, que constituye la esencia del negocio jurídico y que se manifiesta a través de la declaración, sirve a los sujetos sólo a los efectos de la configuración del estatus de las personas, en la medida en que la ley de la materia lo permite. A diferencia de lo que sucede en el Derecho de obligaciones, en el caso del Derecho de familia, propio de la

efectos jurídicos, con lo cual incluso los llamados *ex lege* son igual que los mal nombrados *ex voluntate*. Por ello es que puede afirmarse que los efectos de los actos familiares son voluntarios por virtud de la ley, como todos los demás efectos jurídicos. Respecto del carácter *ex lege* o *ex voluntate* en cuanto a los efectos negociales, V. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho*, 5ª edic. revisada y aumentada; Bosch; Barcelona; 1979; pág. 746. Ejemplo de la opinión contraria, puede verse en CARRESI, RDICIV 1957, 268, 272: Mientras en los negocios patrimoniales se aprecia un despliegue completo de la autonomía privada –poder concedido por el ordenamiento a todos los sujetos para arreglar por sí sus intereses-, en los negocios bilaterales de contenido no patrimonial no hay autonomía alguna reconocida al sujeto. Por ello, es libre de hacer surgir dicho acto, mas le es imposible determinar un contenido adecuado a los contingentes intereses, pues dicho contenido está ya preestablecido por el ordenamiento, en ellos resulta completamente inconcebible un poder de los privados para modificar el rígido contenido señalado por la norma.

¹⁸³ BIANCA, *Diritto Civile*. II, 2001; 17; agrega este autor (*ibidem*) que los derechos de familia son estrictamente personales, en razón de que se ordenan a una directa tutela de la persona en sus intereses morales y materiales.

¹⁸⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco; *Saggi di diritto civile I*; Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli; 1961; pág. 383 ss.

regulación de las relaciones personales, el tráfico jurídico necesita uniformidad tanto del status de la asignación como de las relaciones personales, además, en las relaciones jurídicas del ámbito personal se presenta una nota característica de las mismas, que consiste en que la configuración del contenido se encuentra preestipulada legislativamente de acuerdo con la convicción jurídica vigente¹⁸⁵. Pero esto no impide concebir que la autonomía privada encuentra cabida dentro de los negocios familiares, pues ciertamente la puesta en existencia de la totalidad de ellos está dejada al libre querer de los sujetos, a la “ iniciativa discrecional” del individuo, lo cual constituye signo de ineludible presencia de la aludida autonomía¹⁸⁶.

En fin, sostenemos que el punto identificativo principal existente entre los variados actos familiares, tales como la promesa de matrimonio, el matrimonio, la adopción, el contrato de bienes realizado con ocasión del matrimonio, la emancipación, etc.¹⁸⁷, está constituido por la intervención, como se dijo a propósito del concepto que dimos de esta categoría de negocios, de un acto voluntario, un acto que, manando como ejercicio de la autonomía privada, crea e insufla vida a una relación jurídica entre los sujetos intervinientes, en el orden de los intereses que importan a la familia: la declaración de voluntad.

Como en todos los actos que participan de la condición del negocio jurídico, el negocio jurídico de familia se identifica plenamente porque, en la constitución de sus ramificaciones negociales, es la manifestación de la voluntad de los sujetos el

¹⁸⁵ FLUME, El negocio jurídico II, 1998, 38 s.

¹⁸⁶ SANTORO-PASSARELLI, Saggi di diritto civile I, 1961, 381.

¹⁸⁷ La enunciación de estos negocios familiares la hace DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 35-38.

elemento constitutivo¹⁸⁸, puesto que *“un acto que compromete tan profundamente a la persona no puede más que ser cumplidamente libre”*¹⁸⁹.

2.11.1.2 ANOMALÍAS DE LA VOLUNTAD EN EL NEGOCIO JURÍDICO

Siendo tan esencial la declaración de voluntad en la vida del negocio jurídico, se debe prestar atención a las circunstancias que inciden en su formación libre y en consecuencia, también a las que podrían determinar una declaración de voluntad que contenga defectos generadores de una defectuosa configuración de la misma; defectos que necesariamente tienen su origen en la anormalidad de la libertad y la conciencia necesarias¹⁹⁰.

Estos defectos son denominados por el común de la doctrina como “vicios de la voluntad”, a la vieja usanza de como se les llamó también en la doctrina general del contrato¹⁹¹.

¹⁸⁸ Esta idea también se ve confirmada a través de la inclusión que la casi totalidad de los autores hace de la categoría “negocios familiares” dentro de sus propuestas de clasificación de los negocios jurídicos. V. el apartado correspondiente a la clasificación del negocio jurídico.

¹⁸⁹ SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile I*, 1961, 394. En igual dirección la opinión de PIETROBON, Vittorino; *El error en la doctrina del negocio jurídico*, traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por Mariano Alonso Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1971; pág. 671: “para que un acto sea jurídico es suficiente que la nueva situación jurídica dependa de un acto libre de autonomía y tenga en él su origen”.

¹⁹⁰ Cfr. TENORIO, NEJ XVII, 1982, 246.

¹⁹¹ Una introducción a la historia sobre este tema en: DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 93.

Las taras que puede presentar la voluntad, dentro del negocio, se pueden clasificar en vicios que afectan a la declaración de voluntad y los que despliegan su afectación a la causa. Incluso, dentro de los vicios de la declaración de voluntad, se subdistinguen a su vez los que representan la inexistencia de la dicha declaración y los que la tornan anulable. Estos últimos son los que en realidad revisten mayor importancia porque constituyen, en puridad, los vicios¹⁹² de la voluntad¹⁹³.

2.11.1.2.1 INEXISTENCIA DE LA DECLARACIÓN

Bajo este nombre se congregan varios supuestos de taras de la voluntad: 1. falta de razón 2. falta de libertad 3. carencia de propósito negocial.

El primero, constituye un supuesto de ausencia de capacidad natural en la persona, por razón de su falta de entendimiento y discernimiento de las circunstancias de la realidad, necesarias para la conformación de una voluntad negocial, anulando, así, la posibilidad de que pueda manifestarse válidamente un querer que no es el reflejo de una voluntad apta para producir los efectos del negocio. En cuanto al segundo, puede decirse que se presenta cuando la voluntad se encuentra condicionada a manifestarse de X manera, por razón de una fuerza irresistible que le sujeta a dicha dirección; en este caso, falta lo que es base de la autonomía privada, la libertad, cuestión que hace insostenible un negocio así constituido. El último punto, se produce cuando se manifiesta una voluntad que,

¹⁹² Sobre los trastornos de la voluntad en el negocio jurídico, dentro de la doctrina italiana véase la obra de RUBINO, *La serietà del volere*, 1994.

¹⁹³ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 94.

aunque parece dirigida a la constitución de un negocio jurídico, carece de tal intencionalidad por ser una mera expresión ilustrativa o docente¹⁹⁴.

2.11.1.2.2 VICIOS DE LA VOLUNTAD EN ESTRICTO SENTIDO

Tal como ya señalamos, los vicios de la voluntad propiamente dichos son los que afectan la validez del negocio mismo, los que lo tornan anulable. Existen estos vicios categorizados bajo cuatro aspectos que a saber son, error, violencia, intimidación y dolo.

2.11.1.2.2.1 EL ERROR

Se puede clasificar el error, que afecta al negocio jurídico, a partir de una doble perspectiva, una que atiende a la declaración y otra que determina la voluntad.

El error que determina la voluntad es así llamado en cuanto recae sobre el proceso volitivo o formación de la voluntad misma, al emitir la declaración que contiene una voluntad viciada con este tipo de error¹⁹⁵, el sujeto crea una apariencia de certeza, por cuanto se conduce de tal forma que la declaración coincide con la voluntad en él formada¹⁹⁶. Es pues, una inexacta consideración de un elemento

¹⁹⁴ Cfr. Idem, 95 s.

¹⁹⁵ DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 231.

¹⁹⁶ CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 464 s.

que se tendrá como motivo esencial del negocio, de acuerdo a la propia conducta de las partes en las “concretas circunstancias del negocio”, y cuya verificación en la realidad expresa una evidente inexactitud entre lo considerado como “presupuesto del negocio” y lo que da como resultado la realidad¹⁹⁷.

El error del tipo que tratamos puede aparecer como error de Derecho o como error de hecho. El primero, no es otra cosa que ignorancia o falso conocimiento de las normas de Derecho, y se verifica, sea por equivocarse respecto de la interpretación, o ya en la aplicación de una norma jurídica, al asunto concreto. Por su parte el error de hecho es el que recae sobre un elemento fáctico¹⁹⁸.

Si el anterior tipo de error afectaba la voluntad negocial propiamente dicha, el error que atiende a la declaración afecta a ésta, la excluye, produciendo como consecuencia un contraste entre lo querido y lo manifestado¹⁹⁹. La actuación del sujeto agente (manifestación), no resulta ser directamente proporcional a la intención que se desprende de la misma, es decir, su acto indujo a creer que quería algo que en verdad no era lo deseado. Así pues, en este tipo de error, la voluntad está validamente formada, siendo viciada sólo su declaración o la transmisión²⁰⁰.

La actuación que en este tipo de vicio se verifica, podría incluso haberse dado sin conocimiento de la implicación que ello reviste en el plano jurídico, creándose así una apariencia de voluntad, que se cree dirigida a realizar el contenido al que se dispone tal manifestación, por lo cual el negocio se considera inexistente. En sus consecuencias,

¹⁹⁷ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 111.

¹⁹⁸ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 466 s.

¹⁹⁹ Idem, 413.

²⁰⁰ DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 231.

de manera general se acepta que al no existir una manifestación de voluntad negocial, no hay efectos derivados de tal circunstancia, no obstante, en el caso en que la declaración realizada no sea rectificada a tiempo y genere los efectos propios del negocio al que corresponde dicha manifestación, surgiría la necesidad de aplicar el principio de responsabilidad, por lo cual nacerían efectos negociales²⁰¹.

2.11.1.2.2.2 LA VIOLENCIA

Este vicio del negocio encuentra su manifestación cuando la declaración de voluntad se realiza bajo un estado de fuerza (física)²⁰² ante el cual el sujeto emisor no ha tenido posibilidad de resistir dicha presión, tendente a obtener de él una determinada declaración²⁰³. Siendo pues, que la violencia física desplaza totalmente a la voluntad, deviene en supuesto de falta total de ésta²⁰⁴. En este sentido, la violencia constituye la más grave de las formas de lesión de la libertad negocial²⁰⁵.

Se advierte una distinción entre violencia e intimidación²⁰⁶ como vicios de la voluntad, pues a simple vista parecería normal considerarlos sinónimos. En tal sentido, la violencia está constituida

²⁰¹ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 122-126.

²⁰² Agregado de DI GIACOMO, Il negozio, 1995, 245.

²⁰³ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 135.

²⁰⁴ CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 401.

²⁰⁵ BIANCA, Diritto Civile, III, 2000, 658.

²⁰⁶ Sobre la discusión doctrinal respecto de la conveniencia o no de seguir manteniendo una distinción entre violencia física y moral o sea entre violencia e intimidación, dentro de la doctrina italiana véase los datos aportados por CICERO, La violenza, 2000, 27 ss.

por una coacción de carácter físico o una fuerza ineludible y que constituye el móvil por el que se realiza la manifestación de voluntad; como es de notar, la determinación de la violencia, entonces, está dada por la calificación de la actividad del sujeto agente. En cambio, en la intimidación, la nota característica se ha de ver en el comportamiento de la persona que la sufre, aquí no radica el elemento caracterizador en el instrumento o la forma empleada para obtener la declaración; el supuesto de intimidación, como se explica a continuación, se califica a partir de la actitud del sujeto paciente²⁰⁷.

2.11.1.2.2.3 INTIMIDACIÓN

Este supuesto viciante de la voluntad constituye una coacción moral externa, que actuando sobre la conciencia de la persona que lo sufre, va dirigido a obtener de ésta una declaración de voluntad; éste sujeto a través de la declaración manifiesta una preferencia hacia la obtención de un resultado que sin la mediación de dicha actuación intimidatoria no habría sido tal, y que representa el mal menor respecto de la consecuencia dañosa que se obtendría de no haber actuado de tal manera²⁰⁸.

En tal sentido, la realidad de este vicio se hace patente a partir de la amenaza de sufrir un mal injusto, por medio de cuya acción se pretende arrancar al sujeto que la sufre una declaración conclusiva del negocio, negando con ello al sujeto pasivo toda posibilidad de elección, resulta entonces, que en este supuesto no deja de existir

²⁰⁷ DÍEZ PICAZO, Fundamentos I, 1996, 161; V. además, BIANCA, Diritto Civile, III, 2000, 658.

²⁰⁸ Cfr. DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 138 s.

una voluntad, sino que ésta se presenta por acción de la amenaza, viciada²⁰⁹.

2.11.1.2.2.4 EL DOLO²¹⁰

Nos encontramos ante uno de los vicios de la voluntad que mayor trascendencia tiene dentro de la teoría del negocio jurídico. Configurado ya en el Digesto²¹¹, dicho concepto ha sido utilizado dentro de la doctrina en dos sentidos distintos, como elemento que afecta la validez de la voluntad -supuestos de violencia o error-, y como lo contrario al principio de buena fe. Por obra de Domat entra en la terminología que sirve de base a los redactores del Code - art.1116-²¹².

²⁰⁹ DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 244 s.

²¹⁰ Se distingue el dolo en: *dolus bonus*, *dolus incidens* y *dolus malus*, siendo que el tratado en este apartado es, evidentemente, el *dolus malus*, ha de decirse que el *dolus bonus* está representado por todo tipo de actividades tendentes a provocar, con buena intención, un ánimo positivo al negocio por parte de la persona a quien se dirige, se engloba en esta categoría las artes utilizadas por el comercio para vender sus bienes o servicios. Por su parte, el *dolo incidens* es toda actividad que realizada con el objeto de provocar en el sujeto pasivo un encauzamiento de la voluntad en un determinado sentido, no llega a producir el efecto querido y el negocio se hubiese constituido de igual forma sin el despliegue de su incidencia: Cfr. CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 459; BETTI, *Teoría General*, s/f, 338-340.

²¹¹ D.17, 2, 3, 3: “*Fides bona contraria est fravdi et dolo*”: *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por Ildelfonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, Institutas, Digesto; Jaime molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsimilar por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988); pág. 869.

²¹² con especial referencia a este último aspecto, DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 147 s.

El dolo es, según la general opinión de la doctrina, una actuación de inducción al error²¹³, un engaño que se hace a la persona de quien se pretende obtener una cierta declaración, sin la intervención del cual no se podría obtener la misma: “Se entiende toda forma de artificio, capaz de inducir a engaño a otros, que exceda de aquel género de habilidades que se pueden considerar permitidas a las partes en la lucha de astucia que suele desarrollarse en el curso de las negociaciones”. En este supuesto, el error que se produce no es debido al actuar del sujeto que yerra, sino a la maliciosa actitud de la otra parte²¹⁴.

Esto significa que, para que este vicio afecte la validez del negocio, ha de ser un engaño determinante de su celebración, lo cual parece desacertado, pues si se piensa que el error es ya un elemento que provoca en el negocio la susceptibilidad de ser anulado, significa que no se necesita acudir al dolo para que el efecto propio del vicio tenga lugar. No obstante, la doctrina -y algún uso jurisprudencial- ha permitido dejar de lado la consideración de la existencia, en el dolo, de un error, y en consecuencia se ha prestado atención a la influencia que se pudo ejercer sobre la voluntad de quien declara²¹⁵.

Ejemplo de lo dicho es la opinión de CARIOTA FERRARA²¹⁶, para quien, si bien se habla de un error como elemento que provoca la viciada declaración a partir del dolo, es porque dicha afirmación se da en razón de un punto de vista psicológico, en el cual es innegable que se produce un error. En cambio si se mira el fenómeno desde el Derecho, entonces, no existe necesidad de que el dolo dé como resultado un error que revista las características propias de este vicio

²¹³ BETTI, *Teoría General*, s/f, 339.

²¹⁴ DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 252.

²¹⁵ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 148.

²¹⁶ CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 460.

-que ya hemos abordado-, porque el dolo constituye una categoría autónoma dentro de los vicios. Por ello, hasta el dolo que genera un error en las cualidades de categorías accidentales, o en los motivos, es relevante “siempre que sea malus y determinante”.

2.11.1.2.2.5 LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LOS NEGOCIOS FAMILIARES

Por el carácter de los negocios de familia, por su trascendencia en la persona de los sujetos intervinientes en ellos, por la estabilidad de la estructura social a la que se ordena la puesta en existencia de los mismos, la voluntad debe ser elemento, como en todo negocio, libre y consciente, es decir perfecto.

Cuando en los negocios familiares -en los cuales la persona misma cuenta en su totalidad existencial- falte esa cualidad, faltará también lo que en ellos es esencial y que les comunica vida y estabilidad, por lo cual, según los criterios legislativos del tiempo y el lugar, se pueden ver afectados en su validez en mayor o menor medida. Por ello, no resulta inapropiado afirmar que las afectaciones de la voluntad, dentro de los negocios familiares, revisten las mismas características y la misma incidencia que en todos los negocios jurídicos²¹⁷.

Más aún, si se tiene en cuenta la íntima vinculación que existe entre los negocios jurídicos del Derecho de familia con el orden público, a través del status civil que los mismos permiten tener a las

²¹⁷ Cfr. DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 46, el cual expresa que: “los vicios del consentimiento funcionan en el Derecho de Familia en la misma medida que en el resto del Derecho Privado”.

partes suyas, entonces queda claramente establecida la gran importancia que la perfección del consentimiento, que da nacimiento a dichas relaciones jurídicas, tiene para el Estado y por ende para el ordenamiento jurídico. Prueba de ello es la preocupación constante con relación a la seguridad y certeza, que deben ser nota característica de estos negocios, expresada a través de la solemnidad y la verificación estatal del cumplimiento de los requisitos necesarios para la celebración válida de dicho tipo de negocios.

2.11.2 EL OBJETO DEL NEGOCIO JURÍDICO²¹⁸

A partir de una evolución doctrinal que empezó identificando el objeto con la literalidad que dicho vocablo expresa, es decir con un elemento material o tangible, se ha llegado²¹⁹ modernamente a una concepción más perfeccionada sobre la realidad que describe dicho elemento²²⁰. Mas creemos necesario expresar que, si bien, a partir del análisis científico sobre el objeto se le ha llegado a identificar con igual criterio en el contrato y en el negocio, ello no significa que exista una correspondencia en todos los demás elementos que integran a uno y otro, puesto que, entonces, al comprender ambas figuras elementos que se explican de igual manera, terminarían confundándose entre sí. Quizás esta identificación resulta hasta cierto punto lógica, en el sentido que el contrato recibe del negocio una influencia conceptual generativa, al ser este último una especie

²¹⁸ Para algún autor no constituye elemento del negocio porque lo ubican formando parte de la declaración de voluntad, en este sentido: MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la Persona*, 1993, 236.

²¹⁹ Un repaso sobre el desarrollo doctrinal del tema en cuestión nos ofrece DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, 49-89.

²²⁰ Respecto de la doctrina general del objeto, remitimos al apartado correspondiente del capítulo consagrado al contrato.

de aquella categoría general, la que a su vez fue postulada bajo la sombra del antiguo instituto contractual²²¹.

Una vez dicho lo anterior, puede afirmarse que el objeto del negocio jurídico está constituido por la materia, los bienes o utilidades o relaciones que caen bajo la voluntad de las partes²²². Esta opinión, que ha sido acogida por la doctrina española hace algún tiempo, sigue siendo tenida por acertada en el ámbito doctrinal italiano, dentro de la cual, se asigna la significación de objeto del negocio al “bien” entendido como el punto de referencia objetivo de los intereses que informan el negocio mismo.

Así pues, el concepto de “bien”²²³, al que se hace referencia en este campo propio del objeto, es el que describe a éste de manera amplia, abarcando además de las cosas materiales a las actividades,

²²¹ V. en este sentido el capítulo II de esta tesis, pág. 17 y ahí, notas 62 y 63. Creemos también necesario llamar la atención respecto de una circunstancia que a nuestro criterio ha sido germen de confusiones dentro de la doctrina del negocio. Nos referimos a que en el tratamiento doctrinal de dichas figuras –contrato y negocio–, muchas veces se utiliza indistintamente bibliografía específica, de uno u otro, es decir que cuando se estudia al contrato se mezcla, en su tratamiento, el uso de las referencias bibliográficas propias de la materia con las que son propias del negocio, y viceversa, circunstancia que, a nuestro criterio, induce a confusiones y errores en el planteamiento de soluciones a los problemas que se presentan a partir de la realidad misma. Tomando como elementos de juicio opiniones relativas a la realidad contractual y aplicándose estas al análisis de la figura del negocio, se genera confusión y desaciertos, que sólo se llegan a apreciar cuando se analiza con profundidad el fenómeno tratado.

²²² CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 513. En sintonía con esta concepción sobre lo que constituye el objeto del negocio, BETTI, *Teoría General*, s/f, 68, expresa que se puede conceptuar como “los intereses que, según la organización social, consientan ser regulados directamente por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas”.

²²³ Bien jurídico en sentido estricto se puede definir como: “síntesis entre el particular interés tutelado y la situación subjetiva predispuesta por el ordenamiento jurídico como instrumento de tutela “destinado a un sujeto particular”. Entendiendo la noción de intereses, no en un sentido dinámico y subjetivo, como tensión de la voluntad hacia un objetivo, sino en sentido objetivo, como núcleo típico o utilidad o valor, que se puede referir a cualquier entidad del mundo externo: cosa material, entidad inmaterial (valores, derechos subjetivos), resultado esperado y objetivado de la actividad de otro o esperanza de (prestación que procura) una cosa material, o, en todo caso, a cualquier término, también negativo, que parezca social y por lo tanto jurídicamente relevante: PUGLIATTI, *Salvatore; Beni e cose in senso giuridico*; Dott A. Giuffrè editore; Milano; 1962; pág. 27 s.

valores, precio, utilidad. En otras palabras “bien” representa una realidad susceptible de procurar un beneficio a los individuos y, por ende, también capaz de constituir punto de referencia objetiva de un interés jurídicamente relevante²²⁴.

Aceptar el concepto del negocio jurídico bajo la premisa de “bien”, en el sentido que se ha explicado, implica asumir el objeto no como una entidad real, sino como la representación que las partes del negocio cumplen con relación a una determinada entidad del mundo, o a ciertos comportamientos. Que, en el negocio jurídico, el objeto adquiere una “idealización” que permite no considerar la cosa en sí y por sí, sino más bien, que lo que se toma en cuenta son las “particulares relaciones, relativas a la cosa, considerada en el específico negocio”²²⁵. En suma que, “el concepto de bien coincide con una cualificación jurídica de aquello que puede constituir objeto de interés humano”²²⁶.

En consecuencia, con relación a este punto, reiteramos nuestra aceptación de la solución aplicada a este tema por el profesor DÍEZ PICAZO, con antecedente en la tesis de DE CASTRO, y que fue

²²⁴ FERRI, *Le anamorfosi del diritto*, 1994, 351 s.; también el mismo autor en, FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 152 ss. Favorable a esta opinión se muestra COMPAGNUCCI DE CASO, *El negocio jurídico*, 1992; 166. Dentro del campo negocial, algún autor, en el ámbito doctrinal italiano ha identificado el objeto del negocio con la prestación en su sentido “estático”, con el contenido mismo del negocio, aceptando también que es la prestación el objeto del negocio jurídico (al menos de los de carácter patrimonial): DI GIACOMO, *Il negozio*, 1995, 218 ss. No obstante, respecto de esta confusión entre contenido y objeto del negocio, se pronuncia, TRABUCCHI, Alberto; *Istituzioni di Diritto civile*, trentesima quarta edizione; Cedam; Padova; 1993; pág. 371: constituyen nociones muy distintas el objeto y el contenido del Derecho, puesto que, “contenido corresponde a aquello que para el derecho se puede obtener con relación al objeto... objeto del derecho es una porción del mundo exterior, que por ley suprema fue sometido al dominio del hombre... en la definición de bien la cosa se entiende como punto de referencia objetiva de una consideración jurídica que es unida al derecho subjetivo del hombre”.

²²⁵ RUBINO, *La serietà del volere*, 1994, 75.

²²⁶ TRABUCCHI, Alberto; *Istituzioni di Diritto civile*, trentesima quarta edizione; Cedam; Padova; 1993; pág.372.

expuesta en el correspondiente apartado del tratamiento de la figura contractual²²⁷.

2.11.2.1 EL OBJETO DEL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

En el sentido que hemos expresado atrás, desde hace algún tiempo, con ocasión de la referencia al negocio jurídico familiar, se ha dicho que el objeto del mismo está integrado por todos los bienes que se ordenan a procurar la satisfacción de las necesidades de índole familiar²²⁸. En consecuencia, el objeto del negocio jurídico familiar se puede apreciar a partir de tres perspectivas diferenciadas que, en suma, constituyen las posibles manifestaciones de bienes que pueden extraerse de un negocio de este tipo: el estatus familiar en cuanto cualidad de la persona dentro de la vida social y familiar, que determina su posición en la comunidad (el cual se asimilaría al estado civil) y sus atributos jurídicos; la vida común de los miembros de la familia y los bienes que constituyen el patrimonio de los sujetos²²⁹.

A partir de los enunciados desdoblamientos en que se puede expresar el objeto dentro de los negocios familiares, creemos que estos son susceptibles de una reducción a un solo aspecto, toda vez que, tanto el estatus familiar, como la vida común y el punto de los bienes, creemos que son perfectamente subsumibles dentro del estado civil, esto es, que el objeto del negocio familiar encuentra expresión dentro de las implicaciones propias que representa para las

²²⁷ V. pág. 20 s., del capítulo II, el matrimonio como contrato.

²²⁸ CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 513 y ahí mismo, nota 138.

²²⁹ DÍEZ PICAZO, *Estudios de Derecho Privado*, 1980, 44.

partes su ubicación dentro de la sociedad en un determinado estatus. Por ello se puede decir que el objeto de los negocios de familia está dado por los bienes propios –entendiendo “bienes” de la manera planteada arriba-, que es susceptible de proporcionar el estado civil de que se trate, por razón de conjugarse en ello tanto el aspecto personalísimo como el social, mismos que integran a dicho elemento - estado civil-²³⁰.

2.11.3 LA CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Tal como se describió en el capítulo correspondiente al contrato, la causa ha sido uno de los temas más debatidos por la doctrina jurídica, su tratamiento ha pasado desde las tesis que niegan la necesidad de un elemento que resulta demasiado abstracto²³¹ y de oscuro entendimiento, hasta los que lo defienden a

²³⁰ Cfr. RAMOS CHAPARRO, Ciudadanía y familia: Los estados civiles, 1999, 91.

²³¹ Respecto de esta crítica de “excesiva abstracción” en el negocio jurídico, resulta interesante el comentario que expone FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 11 ss.: Las grandes categorías conceptuales, expresión de la cultura jurídica, sobre todo moderna, pienso no solo en el negocio jurídico, sino, por ejemplo, también en el derecho subjetivo, y a toda enfática interpretación que de ella se pueda ofrecer, corresponden a una exigencia constante de toda civilización jurídica sentida y practicada: aquella de ordenar y sistematizar la frecuentemente fragmentaria y caótica fisonomía de la realidad socio-económica... es decir resumirla y organizarla en figuras generales (y como tales necesariamente abstractas), en institutos que evidencian aquello que une, respecto de aquello que divide. En sustancia, en la base de las categorías generales hay a nuestro juicio aquella misma constante exigencia *de reductio ad unitatem* que está (o debería estar) en la base de la actividad de todo legislador que dicta leyes y produce códigos; pero también, y sobre todo, está necesariamente en la base del trabajo del estudioso del derecho que reflexiona sobre la realidad normativa y económico-social que se ofrece a su observación. Ubicándonos en la tesis criticada, se debería con coherencia llegar a negar utilidad no solamente al negocio jurídico, sino también al contrato; y así también a los individuales tipos de contratos (venta, mutuo, locación etc.), siendo también ellas figuras generales y abstractas; desde el momento que en la realidad existen tantas hipótesis de venta, locación mutuo, cada una con características propias. En suma, si vamos por esta línea, se arriesga a llegar a la conclusión de que la reflexión del estudioso debe limitarse a constatar el caos existente, sin intentar racionalizarlo u organizarlo.

ultranza, sea como elemento de las obligaciones, de los contratos, de la atribución patrimonial o del negocio jurídico.

No obstante que ya hemos expuesto la doctrina general correspondiente a este elemento, en el apartado correspondiente en este trabajo al contrato, creemos oportuno hacer un análisis de la causa del negocio, porque si el negocio contractual es tan sólo una subespecie de la categoría general del negocio jurídico, la explicación del tema desde la perspectiva más general y amplia de éste último se verá alterada un tanto en la exposición de su teoría.

Se ha dicho que la causa del negocio jurídico está constituida por el fin u objeto inmediato y típico del negocio²³².

Pero, ante esta manera de concebir la causa del negocio, se presenta una interesante y actual acotación en el ámbito de la doctrina italiana más reciente. En tal sentido, FERRI²³³, expone, después de hacer un análisis de la teoría objetiva a través de la cual se había explicado la causa por mucho tiempo y que se expresa en la

Respecto de la abstracción de las categorías jurídicas V. el excelente trabajo de BARCELLONA, *Diritto privato e società*, 1996, 22-28.

²³² ALBALADEJO, Manuel; *Compendio de Derecho Civil*, 10ª edic.; José Mª. Bosch; Barcelona; 1997; 124; en el mismo sentido dentro de la vieja doctrina española: ROCA SASTRE, Ramón Mª; *Estudios de Derecho Privado*, V. I, obligaciones y contratos, (con la colaboración de José Puig Brutau); editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1948; pág. 49. Además de éste autor, algunos más, como por ejemplo, LLÁCER MATA CÁS, Mª. Rosa; "La causa del negocio jurídico" en MALUQUER DE MOTES, Carlos; *Derecho de la Persona y negocio jurídico*; Bosch; Barcelona; 1993; pág. 272; hablan de la causa como la "función económica típica" del negocio, con lo cual ubican el tema en el ámbito objetivo. Ante esta opinión, se alza la consideración de FERRI, *Le anamorfosi del diritto*, 1994, 311, para quien esta posición representa, por un lado la sobreposición, al tema de la causa, el de la tipicidad del negocio, y en segundo lugar, a la aceptación de la existencia de negocios abstractos, a los cuales considera inexistentes.

²³³ FERRI, *Le anamorfosi del diritto*, 1994, 309 ss.

conceptuación dada al inicio de este apartado, que ésta idea se ha visto superada y renovada a la vez²³⁴.

Hoy, -dice el autor- la causa se puede calificar como “*función económico-individual*”²³⁵, afirmación que no propiamente significa regresar a la antigua doctrina voluntarista o subjetiva, sino que el planteamiento, así perfilado, permite apreciar dos circunstancias, la primera, que la causa constituye en la estructura negocial el elemento que cohesiona los demás elementos de que se integra el negocio, y, en segundo término, hacer notar que la causa se erige en la manifestación “objetivada” de la subjetiva finalidad perseguida por el o los autores del negocio.

El cambio del adjetivo “social” por el de “individual”, en la concepción expuesta, quiere reflejar de mejor manera la forma en que se debe entender que el acto de autonomía, en el cual se basa el negocio, es la expresión de unos intereses privados que reciben su valoración del ordenamiento. Deduce el autor, a partir de las nuevas características que informan el ordenamiento italiano -el cual no es fundamentalmente distinto de los de la mayoría de los países de occidente-, que el mismo ha dejado de tener un carácter corporativista²³⁶ (fascista) que antaño le caracterizó, que el individuo

²³⁴ “En la doctrina alemana e italiana la teoría objetiva...se inspiró inicialmente en la ideología fascista. Fue de hecho explícitamente señalada como antítesis de la concepción “individualista”, a la cual se contraponía la visión del Estado que reconoce la relevancia de la autonomía privada en la medida en que la misma realiza una función socialmente útil según los fines superiores de la nación”: BIANCA, *Diritto civile*, III; 2000, 26.

²³⁵ FERRI, *Causa e contratto*, 1997, 418 s.

²³⁶ “actualmente, caducado el sistema político-económico, al que originariamente se refería el código civil de 1942, recuperados, con la constitución republicana, los valores de libertad y democracia, la autonomía privada y la propiedad, han perdido aquél rol de funciones que el modelo corporativo y dirigístico les había atribuido. Inserta por tanto en un sistema que conjuga la afirmación del rol central de la personalidad humana con los deberes de solidaridad política, económica y social, la autonomía negocial ha recuperado fundamentales caracteres que la tradición les había conferido”: FERRI, *Il negozio giuridico*, 2001, 119 s; tamb. del mismo autor “La causa nella teoria del contratto” en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Il congresso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani,

adquiere nuevamente una dimensión normal con relación a la concepción de persona, “*autónomo protagonista, en la sociedad, de la propia existencia*”.

Esta idea conduce a otra; que la causa constituye el elemento esencial de la estructura por la cual se actualiza la autorregulación de privados intereses: el negocio jurídico. Es la causa, en palabras de un reconocido autor²³⁷, el *quid sustancial que explica la propia naturaleza del negocio*, por el cual únicamente *puede explicarse y dar razón a la fuerza vinculante del consentimiento manifestado en torno a un determinado objeto*.

Creemos que la noción sobre la causa del negocio jurídico parte necesariamente de la idea que sobre el negocio mismo se tenga, y que al parecernos más ventajosa, en alguna medida, la solución que propone el profesor FERRI, la causa del negocio debe tenerse como ese plexo de realidades jurídicas, que transforma la subjetividad que genera la declaración de voluntad de cada agente en algo objetivamente justificativo de un reconocimiento y tutela por parte del ordenamiento jurídico, constituyendo, por ende, el elemento fundamental, a los efectos de la intervención estatal por razones de cumplimiento, del entramado negocial²³⁸.

7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 417. Ejemplo de importancia, en el sentido expuesto por este autor sobre el entendimiento del fenómeno de la causa en la doctrina italiana, es la obra de, BETTI, NDI XI, 1957, 209 ss. Vale como ejemplo también lo dicho supra n. 94, sobre las tesis de FERRANTE.

²³⁷ ALONSO PÉREZ, Mariano; “El error sobre la causa”; en Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas; T. III; ediciones Universidad De Navarra; Pamplona; 1969; pág. 54, 56.

²³⁸ En tal dirección cabe destacar aquí lo que concibe TRIMARCHI, Istituzioni, 2000, 202, sobre lo que es la causa del negocio jurídico: “síntesis de sus efectos jurídicos esenciales”.

2.11.3.1 LA CAUSA Y SU SIGNIFICADO DENTRO DE LA REALIDAD JURÍDICA

Frente a la confusión que ha presentado, tanto la existencia de una categoría dentro del negocio jurídico llamada causa, como la justificación de su utilidad dentro de la teoría de éste, se propone un análisis más objetivo del fenómeno, a través del cual se llega a una comprensión de los aspectos mencionados.

La causa en su explicación quizá resulte más sencilla de lo que parece, pues su necesidad dentro de la estructura negocial se justifica, precisamente, en la función calificadora del negocio jurídico que el ordenamiento realiza para otorgar al negocio mismo la tutela efectiva en pos de la realización plena de su contenido²³⁹. En razón de lo dicho, la causa cumple varias funciones, según se vea a la función respecto al negocio jurídico o bien con referencia a la relación negocial²⁴⁰.

²³⁹ Como dice CUPIS, Adriano de; *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ediz. Dott. A. Giuffrè; Milano; 1983; pág. 65: la voluntad corresponde a una función, la cual recibe causa del negocio. Esta función consiste en la puesta en existencia “a través de los efectos jurídicos queridos, de un determinado interés”, el cual resulta adecuado conforme a los criterios jurídicos y sociales, para obtener eficacia y validez.

²⁴⁰ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 164 s. Ahondando un poco en el pensamiento de este autor, respecto de la causa en el negocio jurídico, MORALES MORENO, Antonio-Manuel; “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, *ADC* julio-septiembre 1983; 1534 s., expresa que la presentación realista y concreta -que el citado autor realiza en su exposición- del resultado que los sujetos quieren conseguir con el negocio, está dirigido a obtener una explicación doble sobre la función de dicha figura. Por un lado permite el “control causal del negocio”, en el que necesariamente debe aparecer de forma clara la suficiencia y la licitud de la causa misma. Esto lleva a la certeza de que el profesor DE CASTRO, valorando el propósito práctico que las partes del negocio, no se queda en sólo las transformaciones que el mismo ha de producir, sino que, con ello, hace patente el entramado a través del cual se actualiza la autonomía de la voluntad, llegando a abarcar, así, las básicas presuposiciones que se han tenido en cuenta al realizar el negocio. Ese propósito práctico, o resultado, no llega a satisfacer a las partes, cuando no se alcanza su consecución y el interés de alguno de los sujetos se ve frustrado, en cuyo caso la causa encuentra una justificación para su existencia, porque si no fuese así cómo se podría contestar a la pregunta “¿hasta qué punto se justifica la subsistencia del negocio?”. La respuesta a dicha interrogante se da a partir de la causa, que es el elemento a través del cual

Una opinión, en parte concurrente y a la vez adversa a la antes expuesta, nos la presenta SCOGNAMIGLIO²⁴¹, al expresar que también la causa, pese a que constituye el elemento que cumple la función en virtud de la cual el ordenamiento jurídico otorga eficacia y validez al negocio mismo, no puede ser al mismo momento justificación y elemento suyo. Así pues, el concepto de negocio contiene también el de causa.

Hemos de decir que la idea anteriormente expuesta reduce demasiado la consideración sobre la causa, pues si bien, ésta, como elemento de capital importancia dentro del negocio jurídico, que liga todos sus elementos dándoles unidad y coherencia, se puede apreciar como ya presupuesta dentro del mismo concepto de negocio, lo cierto es que el estudio pormenorizado de cada una de las partes integrantes de las figuras que se estudian, hasta en sus más arcanas expresiones, es lo que permite a la ciencia jurídica calificar y cualificar, para su exacta comprensión, a dichas figuras. En este caso, la causa constituye un elemento que al igual que el consentimiento, junto al objeto y a la forma, otorgan al fenómeno “negocio jurídico” una inteligibilidad del mismo, proyectando sus manifestaciones dentro de la realidad material. Lo que queda reafirmado con la opinión comentada no es otra cosa que la importancia que dicho aspecto del negocio representa. Así pues, no puede dejar de concebirse la causa como elemento independiente e integrador del negocio jurídico.

se explica, en cada tipo negocial, la razón de las partes para poner en existencia el dicho negocio. La causa es en suma, según el pensamiento del insigne maestro de la Universidad de Madrid, “la justificación desde el plano de la autonomía de la voluntad de la existencia de cada negocio jurídico concreto”.

²⁴¹ SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria, 1969, 246 s.

2.11.3.2 FUNCIÓN DE LA CAUSA RESPECTO DEL NEGOCIO JURÍDICO

En este punto se pueden distinguir tres tipos de funciones que la causa cumple dentro del negocio jurídico²⁴²:

- Función caracterizadora del negocio, la cual constituye la misión más importante que la causa cumple dentro de la doctrina negocial; a través de ella se puede distinguir entre: actos calificables de negocios y actos a los que no es posible denominarlos como tales; entre negocios lícitos e ilícitos, y finalmente, clasificar los negocios jurídicos de acuerdo a su eficacia.

Esta función, como es de notar, constituye la más importante de las que cumple la causa dentro de la teoría del negocio jurídico en tanto en cuanto es a través de la cual el ordenamiento da eficacia y obligatoriedad al dicho negocio. En otras palabras, la función caracterizadora de la causa es la justificación de que un negocio sea tenido como tal, con unas características definitorias que lo ubican dentro de una tipología concreta y con unas reglas aplicables.

- Función justificadora de una atribución patrimonial.
- Función de interdependencia de ciertos negocios respecto de otros.

²⁴² La exposición de las funciones: DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 166 s.

2.11.3.3 LA CAUSA RESPECTO DE LA RELACIÓN NEGOCIAL

Desde esta perspectiva, la causa ha sido elemento a través del cual se explican fenómenos de extinción, vicisitudes o cambios dentro del negocio jurídico. Por tal razón, se puede apreciar dicha función con relación a las consideraciones y soluciones planteadas a partir de la cláusula *rebus sic stantibus*²⁴³.

Se puede decir, de lo hasta aquí expuesto, que la función que cumple la causa dentro del negocio jurídico es, de manera general, la de servir de límite de la autonomía privada²⁴⁴, calificándola como tutelable, clasificándola y circunscribiéndole determinados efectos a partir de la norma correspondiente. Es la causa un elemento que despliega sus caracteres a partir de dos aspectos bien definidos, uno subjetivo, constituido por la aportación que al negocio hace cada individuo, el hecho que se propone a calificación normativa; otro, objetivo, que es la medida bajo cuyos criterios se determina la suficiencia o mérito de la causa del negocio para asignársele determinados efectos jurídicos²⁴⁵.

Finalmente, el concepto del negocio jurídico, en atención a la función que dicha categoría cumple, estaría matizado por elementos distintos en atención a cada una de las variadas proyecciones que de él se pueden hacer a partir de su funcionalidad; así, es “valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales”; “lo que se pretende conseguir como resultado social y

²⁴³ *Idem*, 166 s.

²⁴⁴ En este sentido: GIORGIANI, Michele; “Causa” (dir. privato); en *Enciclopedia del Diritto* T. VI; Giuffrè editore; Varese; 1960; pág. 563.

²⁴⁵ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 189 s.

para lo que se busca o espera el amparo jurídico”, “el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada”²⁴⁶; toda estas caracterizaciones son las que permiten que la causa sea, dentro de la estructura del negocio jurídico, independiente y perfectamente distinguible respecto de los otros elementos integradores.

2.11.3.4 LA CAUSA, ELEMENTO INTEGRADOR DE TODOS LOS NEGOCIOS JURÍDICOS. RECHAZO DE LA INUTILIDAD DE LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS DEL DERECHO DE FAMILIA.

Una vez que hemos expuesto la función a través de la cual se delinea el concepto y la función de causa dentro del negocio jurídico, conviene que se presente a estudio si dicha categoría resulta útil dentro de todos los géneros de negocios, o si por el contrario hay negocios que no necesitan una causa.

Pese a la opinión contraria de algunos autores, la doctrina mayoritaria se muestra favorable a concebir la causa como elemento de toda suerte de negocios jurídicos²⁴⁷. Básicamente, la discusión ha centrado su desarrollo en la determinación de si en los negocios jurídicos del Derecho de familia, es aplicable o no el concepto de causa, en razón de sus particulares características.

²⁴⁶ *Idem*, 191 s.

²⁴⁷ DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, 298: “la referencia a la existencia de la causa no ofrece problemas desde la concepción adoptada de la misma. Pues la falta de causa se revelará igualmente en los negocios típicos que en los atípicos”. MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, doctrinas generales, traducción de Santiago Sentís Melendo; Ediciones jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1954; pág. 370.

De manera general en los negocios jurídicos del Derecho de familia, la tipicidad y la formalidad son notas características, por lo que podría pensarse que la autonomía privada se encuentra muy circunstanciada en los mismos y, en consecuencia, que en ellos no es necesaria la presencia de una categoría que cumpla, dentro de la estructura negocial, las funciones atribuidas a la causa; mas esto no es tan absoluto si se tiene en cuenta que tanto la tipicidad como la formalidad propia de los negocios familiares se constituyen, necesariamente, en una garantía de la eficacia en razón de la relevancia que implica la alteración de todo lo relativo al estado civil de las personas, pero que no representan propiamente una sustitución del elemento causa²⁴⁸.

En este sentido, debe tenerse presente que, formando parte de los ordenamientos, hay normas que prescriben diversas formalidades y contenidos que son aplicables para distintas figuras negociales, lo cual no demerita la función que la causa tiene dentro de dichos negocios jurídicos. Así por ejemplo, el cuidado que algunos códigos ponen en la prescripción de ritualidades que deben cumplirse en el negocio de compraventa, en especial si se trata del caso de compraventa de inmuebles. En tal sentido podemos afirmar que en los negocios de familia, la solemnidad y la formalidad, como en el antes citado caso, son algo de ineludible cumplimiento, pero aun cuando tales requisitos fuesen cumplidos por las partes, no es imposible que detrás de la apariencia de normalidad que dicho cumplimiento le da al negocio, se pueda esconder propósitos, motivaciones, intenciones, intereses contrarios al objeto mismo del negocio y, por tal razón, la aparente normalidad no sea tal. En suma, la causa se presenta en los negocios familiares con las mismas características que en cualquier otro negocio, como ese elemento de

²⁴⁸A favor de esta afirmación, DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, 1987, 76, al expresar que aun cuando en los negocios típicos tanto el objeto y la causa se adaptan con extraordinaria identidad al esquema negocial, éstos pueden verse alterados en relación con los límites impuestos por la tutela jurídica y, en consecuencia, verse afectados.

fundamento o justificación del negocio mismo. Ejemplo de esto es la realización de un matrimonio con la finalidad exclusiva de obtener una X nacionalidad²⁴⁹.

En este sentido reiteramos que, dentro de la estructura propia de los negocios jurídicos del derecho de familia, la causa cumple las funciones que en todos los demás negocios porque, como todo negocio jurídico, necesita un elemento a partir del cual se pueda realizar la calificación de merecimiento de tutela y eficacia por parte del ordenamiento, cuando proceda.

En definitiva, quizá la causa dentro del negocio familiar se pueda apreciar en su importancia y trascendencia constituyendo un elemento subyacente pero vivo y real (la causa como elemento de valoración jurídica constituye un importantísimo punto de análisis judicial, a los efectos de la valoración legal; mientras ese hecho no tiene lugar, la causa, incluso en todos los negocios jurídicos, permanece en estado subyacente, y la valoración que la misma permite no se realiza hasta que se hace necesaria), oculto tras la rígida tipicidad que le es propia, mas ello no es motivo suficiente, como hemos visto, para negar que en su seno la causa ocupa un lugar²⁵⁰ y que aunque tan sólo late, existe y tiene su función²⁵¹.

²⁴⁹ Cfr. DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 194 s.

²⁵⁰ Y también una función, que no es otra que la de permitir la determinación de un posible “vicio causal”, es decir, de divergencia entre el fin típico del negocio y el propósito de las partes, son en suma casos de simulación: DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 48.

²⁵¹ Más propiamente dice ALBALADEJO, Manuel, “La causa”, RDPRIV, T. XXXII, abril 1958; pág. 321: “Todo negocio en abstracto tiene un fin objetivo, inmediato, invariable siempre el mismo para todos los negocios de la misma clase...es fin objetivo de la adopción la creación de la relación paterno-filial; lo es del matrimonio la creación de la relación conyugal”.; (Debemos señalar que pese a refrendar nuestra idea con esta opinión del profesor Albaladejo, seguimos manteniendo como correcta la tesis ecléctica, que en buena medida ha sido desarrollada por De Castro y Díez Picazo). “Nosotros entendemos más concorde con la propia finalidad intrínseca de la causa la exigencia de ésta en todo negocio jurídico, independientemente de que éste sea un negocio

Finalmente, debe tenerse muy presente la afirmación que hace al respecto el profesor DÍEZ PICAZO²⁵²: “*causa necesariamente han de tener todos los negocios jurídicos. Sin una razón que lo justifique, el negocio carece de sentido. La causa es la razón que dota de sentido al negocio*”.

2.11.3.5 CLASIFICACIÓN DE LA CAUSA

Tal como se ha dicho antes, la causa, a los efectos de su función, califica a la manifestación de voluntad. Siendo así, en atención al valor que en el ámbito jurídico tiene cada negocio, puede apreciarse la existencia de una causa en virtud de cada una de las manifestaciones de voluntad, es decir, la causa se constituye en un elemento típico y constante en cada una de las categorías negociales²⁵³; puede decirse, entonces, que existen causas en el

contractual...Y ello por una razón: dado que la finalidad con la que es sistematizada la causa como uno de los requisitos esenciales de los contratos no es únicamente fiscalizar las razones de los desplazamientos patrimoniales, sino constatar que el comportamiento y el propósito de las partes encaja en los módulos de conducta protegidos por el ordenamiento jurídico. Y esto es aplicable a todo tipo de negocio jurídico”.: FUENTE NORIEGA, Margarita; “Estructura del negocio jurídico”, en MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, et al., Lecciones del negocio jurídico, 1987, 99 s. En contra, v. gr. LLÁCER, “La causa del negocio jurídico”, 1993, 274: La causa es un elemento que se tiene por existente dentro de los negocios patrimoniales inter vivos, en los cuales la autonomía de la voluntad posee un verdadero campo de actuación. Siendo lo contrario en los negocios personales o de familia, en los cuales el orden público y la protección dispensada por el ordenamiento se trata de conseguir a través de otros medios: de manera general, constituyen negocios formales, en los cuales se tiene por suficiente el respeto de la forma y las formalidades señaladas legalmente para realizar el tipo negocial deseado

²⁵² DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 47.

²⁵³ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 200 s; aun más, el mismo autor expresa idem, 239: “el negocio que carece del requisito de una causa jurídicamente suficiente no es negocio jurídico y por ello, se considera la falta de causa como uno de los supuestos de la inexistencia negocial. No sirve entonces de título para una relación negocial, y con la declaración de falta de causa quedan sin base los derechos y obligaciones que comprenda o que de ella se deriven”.

número en que también existen negocios, por ello la causa cumple una función de diferenciación de los variados tipos negociales²⁵⁴. De tal suerte, por ejemplo, la causa del matrimonio se distingue de la causa de la adopción, o de la causa de la emancipación, circunstancia que tiene por efecto la plena identificación de las figuras negociales.

2.11.3.6 VICIOS DE LA CAUSA

A través del proceso de calificación normativo de la causa puede apreciarse si ésta se manifiesta o no en un negocio, o bien si lo hace de tal manera que resulta inadecuada para que el ordenamiento considere el dicho negocio como válido, tutelable y ejecutivo.

En cuanto a la falta de causa dentro del negocio -primer supuesto-, queda claro que produce inexistencia del negocio, puesto que a éste le falta la base sobre la que erigir la eficacia de la declaración de voluntad²⁵⁵. Respecto del segundo supuesto, puede decirse que en él la causa aparece, existe, mas contraría la normalidad que el ordenamiento requiere para que ésta valga como sustento de la valoración objetiva y subjetiva.

A su vez, las circunstancias dentro de las que se puede apreciar la falta de causa, pueden ser, la inexistencia o bien la inidoneidad de la misma. En este último caso porque no se adecua a

²⁵⁴ MESSINEO, Manual II, 1954, 372.

²⁵⁵ Ante la posible confusión con los motivos personales o psicológicos con la causa, a los efectos de la falta de causa dentro del negocio jurídico, CARIOTA FERRARA, El negocio Jurídico, 1956, 498, sostiene que si bien es cierto un fin es algo común en todo acto humano, incluso en los negocios (sin causa), al faltar la causa, el negocio carece de algo fundamental para ser tal.

las características que debe reunir una causa de conformidad con el ordenamiento²⁵⁶.

Es lo últimamente expresado lo que constituye los vicios de la causa dentro de la doctrina del negocio jurídico, pudiéndose enunciar como tales²⁵⁷:

Los negocios con causa ilícita o inmoral.

Los negocios con causa falsa.

Los negocios en los que se actúa con falta al principio de buena fe.

Los negocios en los cuales tenga lugar una lesión sobre los valores reales de las cosas.

En cuanto a los negocios que se fundan en algo que contrasta con la letra o el espíritu que inspira el ordenamiento específico²⁵⁸, es decir, la presencia en el negocio de una causa ilícita o inmoral, hay que sostener que, por lo general, constituye algo que es rechazado por los ordenamientos jurídicos y en consecuencia deviene causa de nulidad

La ilegalidad también se manifiesta, en la causa, a través de la oposición de ésta al orden público, que es el conjunto de los principios que fundamentan de manera inderogable el ordenamiento jurídico²⁵⁹.

²⁵⁶ Cfr. CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 498.

²⁵⁷ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 241.

²⁵⁸ Explica CARIOTA FERRARA, *El negocio Jurídico*, 1956, 504, que la ilicitud de la causa debe concebirse deslindada de la ilegalidad de la misma, que se produce cuando la causa es contraria no a la ley en general sino sólo a las normas que revisten carácter cogente.

²⁵⁹ *Idem*, 505.

Por último, la causa puede constituirse ilícita en razón de mostrarse adversa a la moral, o plexo de principios integradores de la llamada moral social, vigentes en el tiempo propio del negocio²⁶⁰.

Se observa la necesidad, en este punto, de ahondar un tanto en el significado de la moral dentro del Derecho privado o más propiamente en el Derecho Civil, a los efectos de tener alguna trascendencia valorativa en relación con el negocio jurídico. Dicha acotación debe hacerse en primer lugar para deslindar cuáles sean las normas morales que tienen incidencia en sede civil, y en qué casos la inobservancia de dichos principios implica una afectación a la causa²⁶¹.

Cuando se habla de moral no necesariamente debe entenderse que la ilicitud de la causa puede venir por no observar todas las normas que integran la moral, sino, más propiamente, se debe considerar como norma moral con valor civil, aquéllas reglas que inspiran el actuar ético que normalmente informa la convivencia de los sujetos de Derecho en su vida jurídica, con relación a un tiempo y lugar determinado²⁶².

El segundo apartado está vinculado con la apreciación judicial de las características propias de la incidencia de la aberración moral en el negocio jurídico. Básicamente consiste en la valoración de lo que sería “*deseable y posible socialmente*”, respecto de la justificación del negocio²⁶³.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 245.

²⁶² En este sentido V. DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 40.

²⁶³ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 246 s.

Por lo que respecta al vicio de falsedad de la causa, ha de decirse que tiene lugar cuando las partes, en el negocio, ubican una causa que representa algo inexistente. Constituye verdaderamente un error sobre la causa del negocio y, pese a que se puede pensar en una confusión con el error en el consentimiento, éste último, tal como se dijo, está viciado en razón de que recae sobre las condiciones de la cosa que de manera definitiva hubiese sido motivo para la celebración del negocio, o bien respecto de la persona en atención a la cual de manera exclusiva se hubiese negociado, en cambio, la causa que es falsa, tiene un motivo o razón que no existe²⁶⁴.

Siendo que de manera general, el Derecho exige que las relaciones jurídicas privadas sean establecidas en atención al principio de la buena fe, en todo negocio en el que se hace patente una causa que genera discordancia con la buena fe o confianza, ésta debe ser tenida por indigna e irrelevante para tener efectos jurídicos a través del negocio jurídico, máxime cuando dicho negocio con causa viciada de mala fe, persigue la defraudación efectiva de los intereses de terceros (acreedores).

Por último, la causa puede verse viciada por la lesión en el valor de las cosas. Ello se explica en que el acto, de lucrar un sujeto a costa del perjuicio del patrimonio de otro, resulta incompatible de manera general con la seguridad y buena fe que deben primar en los negocios jurídicos²⁶⁵.

²⁶⁴ *Idem*, 242 s.

²⁶⁵ *Ibidem*, respecto de esta y la anterior idea.

2.11.4 LA FORMA EN EL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro de la estructura del negocio jurídico, la forma constituye²⁶⁶ la manera más propia en que se exterioriza la voluntad de dar vida a una relación jurídica o arreglo de privados intereses, misma que debe resultar coherente, en todo aspecto, a la clase de negocio de que se trate²⁶⁷.

La forma del negocio jurídico podría entenderse desde una doble perspectiva, en primer lugar, como el medio a través del cual se expresa lo que se quiere, en cuya acepción puede decirse que todo negocio jurídico requiere una forma²⁶⁸. En segundo término, puede verse a la forma como la única manera que resulta adecuada, a los efectos de validez jurídica, para realizar la expresión de voluntad, lo cual normalmente se verifica a través de palabras, documentos escritos, etc. A su vez, la mencionada segunda manera de manifestación de la forma en el negocio se puede clasificar en forma estructural, supuesto propio de los negocios que, a los efectos de validez tienen que conformarse a un determinado tipo legal; la forma habilitante, rasgo propio de los negocios en los que se prescribe la concurrencia de una autoridad que sanciona y aprueba el negocio y, en último lugar, las formas propias de la publicidad jurídica a través de la cual se hace eficaz el negocio jurídico^{269 270}.

²⁶⁶ “No son más que esquemas de palabras o de gestos, predisuestos como medio de expresar un dado arreglo de intereses: medio apto (idóneo) para llamar sobre esto la atención de las partes y para garantizar así la seriedad del acto a través de la exigencia de un rito”: BETTI, NDI XI, 1957, 215.

²⁶⁷ CANO MARTÍNEZ, J. Ignacio; La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia; Bosch; Barcelona; 1990; pág. 18; (una exposición sobre la historia de la forma jurídica ibidem, 3-9), DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, 1987, 386 s.

²⁶⁸ En este sentido V. MALUQUER DE MOTES, Derecho de la Persona, 1993, 287.

²⁶⁹ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 278.

Para el negocio jurídico, la forma puede tener diversos valores, así, es capaz de representar un valor constitutivo o *ad substantiam* y constituir el elemento único e indispensable para la existencia del negocio. También puede tener un valor integrativo, representando tan sólo un elemento más de los que se requiere para la validez del negocio, concurriendo junto con otros requisitos en calidad de esencial. Por último, la forma puede tener valor de publicidad, valor relativo, valor probatorio²⁷¹.

De lo dicho antes podría parecer que la forma en el negocio jurídico reviste importancia por ser un elemento que tiende a la seguridad de los intereses que en los mismos se ponen en juego y que, por ello, la forma tiende a proteger a los terceros, mas tal apariencia, no es más que eso sólo, una simple apariencia, porque de suceder lo primero, entonces, la forma no sería tal sino más bien publicidad²⁷².

Dentro de este apartado conviene dejar sentado que debe distinguirse entre lo que, es la forma y las formalidades del negocio. En tal sentido se dice que si la forma está constituida por el medio a través del cual se hace patente y tangible la declaración de voluntad, en cambio, la formalidad es una circunstancia que, no formando

²⁷⁰ La forma es un elemento que de manera general se presenta en todo negocio jurídico en algunos presentando el contenido de la declaración y en otras, constituyendo algo indispensable. En este último caso, la forma se encontraría “siendo negocio”: TENORIO, NEJ XVII, 1982, 260.

²⁷¹ DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 278 s. Respecto del tema forma y prueba véase a CANO MARTÍNEZ, La exteriorización de los actos jurídicos, 1990, 17.

²⁷² “la publicidad debe diferenciarse de la forma, aunque ésta también lleve consigo una exteriorización de la voluntad que se declara a través de la palabra (forma verbal) o por escrito (forma escrita, ya sea en documento privado o público). Por tanto, la forma tiene que ver con la exteriorización de la declaración de voluntad en que consiste el negocio jurídico. En cambio la publicidad opera como exteriorización cuando ya se ha producido la forma del negocio jurídico. La forma es anterior a la publicidad”: GARCÍA GARCÍA, José Manuel; Derecho inmobiliario registral o hipotecario, t. I; Civitas; Madrid; 1988; pág. 41; CANO MARTÍNEZ, La exteriorización de los actos jurídicos, 1990, 24.

parte de la declaración, es decir siendo a ella ajena, tiene incidencia sobre la realización de dicha declaración. Se puede dar en determinados tipos de negocios e incluso necesitar la presencia de alguna persona que sea ajena al negocio, en cuyo caso, la forma reviste un carácter necesario para la perfección del negocio²⁷³.

2.11.4.1 LA FORMA EN LOS NEGOCIOS DE FAMILIA

Innegable resulta que para los negocios familiares la forma constituye algo ínsito a los mismos; en ellos, la declaración de la voluntad debe ser realizada mediante una forma especificada para cada negocio, por ello se dice que son negocios eminentemente formales, por contraposición a la mayoría de los demás negocios en los que generalmente impera la libertad de forma²⁷⁴.

La justificación de esta característica parece residir en la importancia que el ordenamiento otorga a las relaciones personales, que son el contenido de estas especies negociales, aunado ello a la relevancia que en los mismos debe tener la seguridad y la publicidad propia del estado civil de las personas²⁷⁵.

No obstante lo dicho, la forma llamada sustancial, que es la que está presente en los negocios familiares, no constituye garantía

²⁷³ MALUQUER DE MOTES, *Derecho de la Persona*, 1993, 288 ss.

²⁷⁴ Cfr. DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, 1987, 404 ss; DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, 1985, 279.

²⁷⁵ Cfr. DÍEZ PICAZO, *Estudios de Derecho Privado*, 1980, 44; en este sentido, expresa RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y familia: Los estados civiles*, 1999, 198, que la trascendencia institucional del status, su valor constitutivo de la sociedad civil, el carácter de orden público que le es propia, son las razones de la obligatoriedad de que los estados civiles deban constar en un registro, la cual queda convertida, en apariencia jurídica protegida.

de la seriedad y perfección del negocio mismo, puesto que afirmar ello se equipara a decir que la observancia de dicha forma elimina los posibles vicios de la causa “*docendū*”, “*ludendū*” o “*iocandū*” y que, en consecuencia la causa saldría sobrando en dichos negocios. Así pues, debe quedar claro que no obstante la solidez de la forma constitutiva, dichas causas, no serias, podrían tener cabida en el negocio jurídico²⁷⁶.

Resumiendo, la formalidad dentro de los negocios familiares no es más que manifestación de la importancia de estas relaciones jurídicas individuales, dotándolas de certeza en su constitución y prueba del estado civil que a través de los mismos se puede adquirir, todo, a los efectos de estabilidad y buena marcha de la sociedad en general.

3 COMPARACIÓN ENTRE EL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR Y EL MATRIMONIO

Nos disponemos ya, al cumplimiento del objetivo fundamental en este apartado de nuestro trabajo investigativo, así pues, a continuación presentamos la comparación entre el negocio jurídico familiar y el matrimonio, a los efectos de mostrar la adaptación de los esquemas propios de éste en aquel y, por lo tanto, que la naturaleza jurídica del matrimonio está dada por la figura del negocio jurídico familiar.

²⁷⁶ CANO MARTÍNEZ, La exteriorización de los actos jurídicos, 1990, 22.

3.1 LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO

En el matrimonio se presenta una manifestación de voluntad que a su vez es lo que identifica, como ya se dijo arriba, a todo negocio jurídico. Por ello, y porque el estado civil que se consigue a través de la constitución del matrimonio es una relación jurídica²⁷⁷, el matrimonio también es un acto de autonomía privada y así lo reconoce un amplio sector de la doctrina²⁷⁸.

En la estudiada figura matrimonial, la declaración de voluntad incide de manera directa en la aceptación del contenido de un sistema de valores propuesto por el ordenamiento en atención a la relevancia social que reviste dicho negocio lo cual consiste en la adquisición de un estado civil, es la segunda posible interpretación del concepto de negocio jurídico que hemos propuesto, pues en ella, la potestad del individuo se resume a la creación del vínculo.

Así pues, resulta innegable que la voluntad manifestada es el elemento constituyente del negocio llamado matrimonio, aun cuando en este, como en todos los negocios de la categoría familiar, la autonomía privada no se manifieste con la amplitud con que se presenta en los negocios de índole patrimonial. Esta afirmación encuentra, además, otro asidero en el hecho de que la afectación de la órbita personal en este negocio se presenta de manera directa, por

²⁷⁷ V. RAMOS CHAPARRO, *Ciudadanía y familia: Los estados civiles*, 1999, 187.

²⁷⁸ V. por todos, BIANCA, *Diritto Civile*, II, 2001, 39 s. *Ibidem* el autor explica que la aceptación del juego de la autonomía privada, dentro del negocio familiar de matrimonio, es el reconocimiento de que pese a que en el mismo las partes se ven imposibilitadas de limitar o modificar los efectos normativamente previstos, en atención a que el ordenamiento protege la relación jurídica matrimonial dotándola de certeza y estabilidad, ello no constituye un dato de relevante importancia para calificar al matrimonio como negocio jurídico, si se tiene en cuenta que el poder concedido al sujeto es el de constitución de dicho negocio. Esta libertad de constitución del matrimonio que asiste a los individuos, constituye un derecho de la personalidad, puesto que está dirigido a tutelar un interés fundamental del hombre.

lo cual el consentimiento libre y perfectamente emitido es una condición absoluta para el nacimiento del vínculo matrimonial²⁷⁹.

Por último debe recordarse que, es a causa de la acentuada incidencia de la voluntad en el matrimonio, por lo que a lo largo de la historia se le ha identificado con alguna figura que también tiene por esencia ser un acto voluntario.

Tan real y sensible es el tema de la voluntad dentro del matrimonio que toda incidencia que la vicia²⁸⁰, y que se puede presentar de la misma manera que en todo negocio jurídico familiar, incapacita dicha declaración para constituir el vínculo que debería nacer, así pues tanto el error, el dolo, la violencia y la intimidación, por lo general, son contemplados normativamente como elementos que excluyen la formación perfecta del matrimonio.

Reiteramos entonces que, en el matrimonio, la declaración de una voluntad tendente al establecimiento de unas relaciones personalísimas, es lo que otorga vida al mismo, con lo cual se ubica plenamente el matrimonio dentro de la premisa más importante del negocio jurídico: ser una declaración de voluntad.

²⁷⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel; El vínculo de matrimonio civil en Derecho español; Roma-Madrid; Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de investigaciones científicas delegación de Roma; 1959; pág. 31 s: “puede hablarse de autonomía de la voluntad de los contrayentes, con un alcance más reducido que en los negocios de contenido patrimonial, pero real...pueden elegir entre casarse y no casarse, hacerlo con una u otra persona”. En este sentido, RESCIGNO, Pietro; Manuale del Diritto privato italiano, 7ª ediz. Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli; 1986; pág. 404; RAMOS CHAPARRO, Ciudadanía y familia: Los estados civiles, 1999, 203: “Poca duda puede haber en que la causa del vínculo conyugal es la declaración bilateral y recíproca del consentimiento matrimonial, elemento básico e imprescindible del matrimonio in fieri”.

²⁸⁰ Sobre la violencia, como uno de los vicios del consentimiento dentro del matrimonio, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial italiano, V. CICERO, La violencia, 2000, 133 ss. De cuya lectura se deduce la importancia trascendental que la voluntad, expresada libre de toda coacción o sometimiento, tiene como elemento constitutivo del negocio jurídico matrimonial.

3.2 EL OBJETO DEL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR EN EL MATRIMONIO

Tal como expresamos con ocasión del tratamiento del objeto del negocio jurídico, y más propiamente del objeto del negocio familiar, éste está constituido por los bienes que importan el estado civil de que se trate, entendiendo la palabra “bien” en la acepción que es planteada por la moderna doctrina iuscivilista.

Diremos, pues, que el objeto del negocio jurídico matrimonial, son todas las realidades que contempla la situación jurídica que genera el status civil de casados²⁸¹. Cuando los sujetos contraen matrimonio aceptan el arreglo de intereses en la manera en que está estipulado por la norma, pero ese arreglo de intereses contiene en sí un entramado de bienes de toda posible índole personal y económica, que son lo que en definitiva buscan obtener las partes.

El objeto del negocio matrimonial, entonces, se ve ordenado y circunscrito por el ordenamiento jurídico. Los bienes que lo integran son queridos por las partes, porque constituye una consecuencia necesaria de su declaración de voluntad que tiende a la aceptación de lo estipulado de previo por la norma, pero que en definitiva contiene aquello hacia lo que se ordena la voluntad.

Y es que las relaciones jurídicas que se establecen a partir del matrimonio y las que de dicho estado surgen, constituyen un elemento objetivo y apreciable en virtud de que ubican al sujeto titular de las mismas en una posición dentro de la organización

²⁸¹ En similar sentido se expresa, VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; “Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, RGD abril 1997; 3511: “El objeto del negocio jurídico matrimonial está constituido por la materia social sobre la que incide y los intereses que mediante el mismo reciben una reglamentación”.

familiar que se funda con el matrimonio, lo circunscriben dentro de unos parámetros previamente determinados por el ordenamiento y permiten a su vez el libre desarrollo de aspectos que no constituyen un mandato propiamente dicho. Pero aun más, estas relaciones, que se generan a partir del posicionamiento social y jurídico del sujeto, dan como resultado algunas ventajas que permiten el desarrollo adecuado y seguro de la vida familiar, dotando con ello no sólo de contenido sino también de objeto al negocio jurídico matrimonial.

3.3 LA CAUSA DEL NEGOCIO FAMILIAR EN EL MATRIMONIO

Dentro del matrimonio, la causa puede desempeñar el mismo papel que en los demás negocios familiares: dotar de sentido al negocio²⁸².

La estudiada figura matrimonial, si bien es cierto que está sometida, a una tipicidad y formalidad férreas, ello no obsta para que dentro de la misma exista una causa que justifique el valor y la vinculabilidad del mismo. Una cosa es que el ordenamiento exprese cierta protección y seguridad con relación a esta figura, a través de los mencionados elementos, y otra muy distinta que se pretenda dejar de lado la existencia de una causa en el mismo, porque, ciertamente, el negocio, en apariencia, se puede haber formado bien, el ritual y la publicidad del mismo podrían no presentar defecto alguno porque están realizados sin ningún atisbo de anormalidad, y, a la vez, esconder un propósito práctico o una finalidad personal que no es el propio de este negocio o que vaya contra el sentido mismo de lo dispuesto en la norma para tal circunstancia.

²⁸² DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 47.

Así por ejemplo, el matrimonio que se contrae exclusivamente para burlar los requisitos que establecen, algunas disposiciones que podrían procurar al sujeto una cierta ventaja, y que, en condiciones normales, sin la realización del negocio matrimonial le resultaría imposible alcanzar, como la obtención de una nacionalidad sin cumplir los requisitos exigidos al efecto por las leyes.

Es en esta tipología de circunstancias en las que la utilidad de la causa se refleja. Y sostenemos lo que ya hemos expuesto líneas arriba, que la causa del negocio familiar y, en este caso, del negocio familiar de matrimonio, adquiere su verdadera dimensión a partir de su revisión por la ley –por un juez deberíamos decir–, en tanto, la inmoralidad e ilegalidad que con el negocio se puede alcanzar seguiría existiendo al amparo de la aparente normalidad negocial. La causa se manifiesta a través de las consecuencias que genera el negocio, por lo cual cuando el negocio genera circunstancias que no son las propias, entonces se ubica en alguno de los casos de vicios de la causa, no obstante, esa posible inmoralidad o anomalía de la causa será el resultado de una valoración total de todo el negocio a partir de su causa, valoración que sólo es posible en el caso de la intervención de una autoridad jurisdiccional, puesto que si tal intervención no se produce, la causa podrá estar en abierta contraposición al ordenamiento mas el negocio jurídico seguiría produciendo unos efectos, aun cuando estos no sean los propios del dicho negocio matrimonial.

Dicho lo anterior, creemos que la causa del negocio jurídico matrimonial está constituida por la obtención del estado civil²⁸³ de

²⁸³ En el seno de la doctrina han sido propuestas algunas conceptualizaciones sobre estado civil, así, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; Estudios de Derecho Civil I; Eunsa; Pamplona; 1978; pág. 128 ss, el concepto de estado civil: “El estado civil es una cualidad de la persona dependiente de la realidad natural (manera de ser) o social (manera de estar, con estabilidad, en los grupos sociales, trascendentes), determinante de su dependencia o independencia jurídica, de su capacidad de obrar y de ámbito de poder y responsabilidad” y con referencia al matrimonio afirma: supone una manera de estar vinculado en el grupo

casado. Hacia esa función individual, con evidentes repercusiones sociales, se dirige la voluntad por la cual se constituye el negocio matrimonial. Ello es lo que explica el porqué de las peculiares características de este negocio, y lo que seguramente, ha sido piedra de toque de la doctrina, causante de tanta confusión que ha existido en sede de naturaleza jurídica de la estudiada figura.

Ciertamente, las repercusiones del elemento estado civil²⁸⁴, dentro del matrimonio, demuestran claramente cómo éste circunscribe a la persona casada y le da una posición dentro de la realidad social, en atención a la acentuada relevancia que representa el matrimonio mismo.

El individuo cuando ejercitando su autonomía privada acepta el conjunto de valores que el Estado ha predeterminado que deben integrar el contenido del negocio matrimonial, voluntariamente está dando paso a que el ordenamiento le asigne un conjunto de bienes a través de los cuales dar cumplimiento a la realidad matrimonial, en todas sus posibles manifestaciones ontológicas.

El matrimonio sólo encuentra, por sus propias características, una causa a través de la asignación por parte de la norma del

social más antiguo, natural y trascendente: el matrimonio, el cual, por su naturaleza intrínseca y repercusión externa, llega a imprimir verdadera cualidad a la persona. Y como influye de una manera tipificadora sobre la capacidad de obrar y el ámbito de poder y responsabilidad de la mujer casada y del marido, la estructura del concepto de estado se manifiesta con toda claridad y evidencia. En idéntico sentido conceptúa DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Compendio de Derecho Civil*, 5ª edic.; edita el autor; Madrid; 1970; pág. 171: “La cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad; que determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar (general y especial), es decir, el ámbito propio de poder y responsabilidad”.

²⁸⁴ V. para mayor abundamiento sobre el tema en el ámbito doctrinal: MARZIALE, Giuseppe; “Stato Civile”, en *Enciclopedia Giuridica* T. XXX; Istituto della Enciclopedia italiana; Roma; 1993; AZZARITI, Giuseppe; “Stato civile”, en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, T. XVIII; Unione tipografico-editrice torinese; Torino; 1977.

correspondiente estado civil. Este último, otorga una justificación para que el ordenamiento otorgue valor al matrimonio, cuando sea necesario, y dote de ejecutoriedad a las situaciones jurídicas que son inherentes al mismo. El estado civil que se adquiere a través de la constitución del matrimonio, otorga una característica al sujeto contrayente, y a través de esa caracterización le asigna una posición frente al Derecho, con la consiguiente asignación de deberes y derechos²⁸⁵.

Si se acepta lo antes expuesto, habrá que reprochar dos opiniones que conducen la causa del negocio jurídico matrimonial por cauces extrajurídicos. Nos referimos, en primer lugar, a la opinión del profesor DÍEZ PICAZO, el cual en su artículo “El negocio jurídico de Derecho de Familia”²⁸⁶, afirma que la causa del negocio conyugal es “la creación de una total e indisoluble comunidad de existencia entre un hombre y una mujer”. En segundo lugar a la idea expuesta por VIDAL MARTÍNEZ,²⁸⁷ presentando la causa del negocio matrimonial como “la conformación de una comunidad existencial entre marido y mujer”.

Nos atrevemos a decir que la causa del matrimonio-negocio, tal y como la presentan los autores antedichos, carece de una explicación desde el punto de vista jurídico, porque la referencia a elementos como la “comunidad de existencia”, que se repite en ambos conceptos, no son susceptibles de ser explicados a partir de la ciencia jurídica. Creemos que estas manifestaciones de la realidad matrimonial están ya contempladas dentro de la órbita de la incidencia del estado civil que se adquiere con el matrimonio, junto

²⁸⁵ DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*; Vol. I/ 1, Introducción. Parte general. Derecho de la persona, 2ª edic.; Tecnos; Madrid; 1998; pág. 130 s, 151.

²⁸⁶ DÍEZ PICAZO, *Estudios de Derecho Privado*, 1980, 47.

²⁸⁷ VIDAL, RGD, abril, 1997, 3511.

con otras posibles manifestaciones que conforman la razón de ser del negocio matrimonial. Pero lo que no nos parece correcto es querer explicar la causa de un negocio jurídico a través de conceptos que al Derecho son extraños. Una comunidad de vida se puede alcanzar en el matrimonio, hablando desde una perspectiva extrajurídica, cuando la relación entre las personas implicadas ha llegado a un grado de perfección en la cual hay una verdadera “comunidad”, pero aun cuando esa perfección no se ha verificado en el seno de la pareja, el negocio matrimonial -y aquí reentramos en el aspecto jurídico-, está sustentado, en, y por una causa que no se agota en este aspecto, pues si no carecería de tal calificación. Por ello, la causa no reside en la aludida “comunidad de vida”, sino más bien en la obtención del estado civil correspondiente.

3.4 LA FORMA DEL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR EN EL MATRIMONIO

La influencia de la forma dentro del matrimonio resulta tan evidente que no creemos encontrar una opinión contraria a que el negocio matrimonial pertenece a la categoría de negocios en los que la constitución a través de una formalidad es algo esencial, es decir, la forma interviniendo con carácter *ad validitatem*²⁸⁸.

Por esta razón, algún sector doctrinal, minimizando la actividad creadora de la voluntad en el matrimonio, ha atribuido dicha función a la declaración que en nombre de la ley realiza el designado funcionario público. Lo cual, como se desprende de todo lo dicho sobre el negocio familiar, en su relación con la autonomía privada, queda superado y se puede afirmar que aunque la forma otorga

²⁸⁸ V. DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, 1987, 414.

seguridad y publicidad al matrimonio, lo que lo constituye verdaderamente es la voluntad de los cónyuges²⁸⁹.

La formalidad a la que se ven sometidos los negocios familiares, y en especial el negocio jurídico matrimonial posee una función propia, que consiste en conseguir la certidumbre del acto, de su contenido, y de sus efectos²⁹⁰.

Si el conjunto de valores, preestablecido por el ordenamiento jurídico como contenido del negocio matrimonial, sólo se puede aceptar a través de una solemnidad²⁹¹ o ritualidad, que también estipula la norma, entonces no puede dudarse en ningún momento que en el matrimonio, como negocio jurídico familiar, la forma constituye un elemento suyo característico y de necesaria presencia.

4 CONCEPTO DE MATRIMONIO, NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA

Una vez abordado todo lo anterior, en cuyos contenidos ha quedado demostrado que el matrimonio, como concepto que denota una realidad extrajurídica a la cual el Derecho ha otorgado importancia, y en consecuencia ha normado, se constituye en una especie más dentro de la categoría general del negocio jurídico, ubicándose dentro de una de las clasificaciones de éste, en el negocio jurídico familiar. Por tanto, el matrimonio se explica y estructura, en

²⁸⁹ Cfr. DE CASTRO, El negocio Jurídico, 1985, 280.

²⁹⁰ CANO MARTÍNEZ, La exteriorización de los actos jurídicos, 1990, 24.

²⁹¹ TENORIO, NEJ, 1982, 260: Son negocios solemnes aquellos para cuya celebración se exige por el ordenamiento jurídico una forma determinada o requieren, además de la declaración de voluntad, de alguna formalidad.

su más íntima realidad juridizada, a partir de la teoría del negocio jurídico del Derecho de familia, lo que en otras palabras equivale a decir que, en dicha categoría, el concepto de matrimonio encuentra su naturaleza jurídica²⁹².

²⁹² Afirman esto: DÍEZ PICAZO, Estudios de Derecho Privado, 1980, 36; GETE ALONSO, María del Carmen (coord); Cuadernos de teoría y práctica de Derecho Civil, Derecho Civil IV; La Ley; 1993; pág. 21; MESSINEO, Francesco; Manual de Derecho Civil y Comercial, T.III, derechos de la personalidad, derecho de la familia y derechos reales, traducción de Santiago Sentís Melendo; Ediciones jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1954; pág. 35 s; LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M/ LEÓN ALONSO José; Lecciones de Derecho Civil, El Matrimonio; Facultad de derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982; pág. 22; GARCÍA CANTERO, El vínculo, 1959, 30 s; “Nulidad de matrimonio” en Actualidad Civil 1993; pág. 535; ROYO MARTÍNEZ, Miguel; Derecho de Familia; Imprenta Suárez; Sevilla; 1949; pág. 29, 36; NAVARRO VALLS, Rafael en: Estudios de Derecho Matrimonial; Editorial Montecorvo S.A; 1977; pág. 41s, “La expresión legal del consentimiento matrimonial canónico”, RGLJ, T. LXX, 1975; pág. 461 s, n. 2; BOSSERT, Gustavo A/ZANNONI, Eduardo; Manual de derecho de familia, 1ª reimpresión, corregida; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1988; pág. 53; CUPIS, Adriano de; Il diritto de famiglia; Cedam, casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1988; pág. 19 s; CICU, Antonio; Il Diritto di famiglia, teoria generale, lettura di Michel Sesta; Arnaldo Forni editore; Bologna; 1978; pág. 303; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo; “Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, RGLJ, T. LXXII, 1976; pág. 241; FERRI, Il negozio giuridico, 1987, 92 s; SCUTO, Carmelo; “Il concetto del contratto e le sue varie applicazioni”, RIVDCOM, XXVIII, 1930; pág. 685; FINOCCHIARO, Francesco; Del matrimonio, art. 79-93, en Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca; Nicola Zanichelli editore – Soc. ed. Del foro italiano; Bologna, Roma; 1971; pág. 36 s.; PINO, Augusto; Il diritto di famiglia, 2ª ediz.; Cedam; Padova; 1984; pág. 46; RAVÁ, Adolfo; Lezioni di diritto civile sul Matrimonio, 3ª ediz.; Cedam; Padova; 1935; 10; CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho Civil español, Común y Foral; T.V, Derecho de Familia, Vol. 1º, relaciones conyugales, 10ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José Mª Castán Vázquez; Reus S.A; madrid, 1983; pág. 117 s.; CARBONNIER, Jean; Derecho Civil T.I, Vol. II, Situaciones familiares y cuasi familiares; traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al derecho por Manuel Mª Zorrilla Ruíz; Bosch Casa editorial; Barcelona; 1960; CARBONNIER, Jean; Derecho Civil T.I, Vol. II, Situaciones familiares y cuasi familiares; traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al derecho por Manuel Mª Zorrilla Ruíz; Bosch Casa editorial; Barcelona; 1960; pág. 17; REINA, Víctor/MARTINELL, Josep María; Curso de Derecho Matrimonial; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid; 1995; 30 ss.; DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Vol.2, Derecho de Obligaciones, derecho de familia derecho hereditario, Madrid, Traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro José, Instituto editorial Reus; 1978; pág. 69; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos; Régimen Jurídico de la celebración y disolución del matrimonio; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1981; 15,19; RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo; Derecho Civil, el negocio Jurídico, elementos y eficacia del negocio, la representación; universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones; Madrid; 1980; pág. 252; O’CALLAGHAN, Xavier; Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho; Consejo General del Poder Judicial; Madrid; 1998; 18; AULETTA, Tommaso, Il diritto di famiglia; G. Giappichelli editore; Torino; 1992; pág. 18. Incluso en el ámbito canónico, tradicionalmente inclinado a favorecer la concepción contractual del matrimonio, se han

En tal sentido, proponemos el siguiente concepto de negocio jurídico matrimonial: es el negocio jurídico bilateral y formal por el cual las partes en él intervinientes procuran obtener los bienes propios del estado civil²⁹³ de casados.

El último punto correspondiente a la identificación entre negocio jurídico familiar y matrimonio lo constituye, a partir de su concepto, el asunto de sus caracteres.

expuesto ideas tendentes a demostrar que el matrimonio es un negocio jurídico de familia, en tal sentido V.: GUTIERREZ, Anastasio; *Il matrimonio, essenza, fine, amore coniugale*, 2ª edic.; societa editrice napoletana srl; Napoli; 1974; pág. 100: “el matrimonio es un negocio jurídico-moral bilateral. Este término medio se mueve aún en el ámbito del matrimonio teológicamente considerado”; BERNARDEZ CANTÓN, A; *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, 3ª edic.; Editorial Tecnos; Madrid, 1978; pág. 34: “ La aparición del matrimonio tiene su origen en el consentimiento que prestan las partes en orden a la constitución de la sociedad conyugal. Ello supone la admisión de un negocio jurídico”; MONGE BALMASEDA, Oscar; “El matrimonio” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/HERRÁN ORTIZ, Ana/MONGE BALMASEDA, Oscar/GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa; *Compendio de Derecho Civil. Familia*; Dickinson; Madrid; 2000; pág. 28: “En cuanto a la naturaleza de la institución que nos ocupa, resulta habitual destacar en el matrimonio su doble carácter de negocio jurídico y de relación jurídica”; ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997; pág. 256: “El matrimonio es clasificado como negocio jurídico bilateral”; MIELE, Mario; “Matrimonio” (diritto civile); en *Novissimo Digesto italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, T. X; Unione Tipografico-editrice torinese; Torino; 1957; 345: “Considerando además el matrimonio bajo el otro aspecto, que ya habíamos señalado, es decir, como acto o negocio jurídico”; RAMOS CHAPARRO, Ciudadanía y familia: *Los estados civiles*, 1999, 216: “ Como es el único estado puramente voluntario, suele concebirse su adquisición bajo la óptica del negocio jurídico, en cuanto a la aplicación de sus categorías subjetivas generales...”.

²⁹³ En esta misma dirección interpretamos el concepto dado por PEREDA GÁMEZ, Javier/VEGA SALA, Francisco; *Derecho de Familia*; Editorial praxis S.A; Barcelona; 1994; pág. 10 s: “ Puede -el matrimonio- calificarse como un negocio jurídico entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir un consorcio o comunidad de vida... es indudable que es un negocio jurídico, pero con características propias frente al negocio jurídico de Derecho privado, pues en el matrimonio inciden unas particularidades afectas al orden público, que son las que precisamente triplican al negocio jurídico familiar y que permiten, aproximándolo en la mayor medida posible a la esfera del derecho privado... alejarlo del derecho público, del matrimonio-institución...negocio jurídico de familia llamado matrimonio”; en el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel; *Derecho de Familia*; Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones; Madrid; 1989; pág. 32: “es un negocio jurídico que afecta al estado civil por constituir la base de una nueva familia”.

En tal dirección, decimos que el rasgo identificativo del matrimonio, que lo ubica plenamente dentro del negocio de familia, es que en él se cumplen a cabalidad las básicas características enunciadas respecto de este último. Así, el matrimonio es un negocio jurídico de entidad personalísima, con una rígida tipicidad y formalidad. De entidad personalísima, pues en el matrimonio, por las propias características del mismo, la persona es lo fundamental en cuanto a su entidad total, es el sujeto el artífice de la aceptación del conjunto de principios y valores contenidos en la regla normativa. Este último hecho es lo que conduce a la afirmación de su evidente tipicidad, entendiendo por típico todo cuanto está dispuesto en el texto legislativo. Por último, es formal, en el sentido que exige la misma norma que se realice dicho negocio matrimonial mediante determinadas ritualidades que tienden a denotar su trascendencia y publicidad.

4.1 CONSECUENCIAS EXTRAÍDAS A PARTIR DEL CONCEPTO DADO SOBRE MATRIMONIO

A manera de corolario hemos de decir que la consideración del matrimonio según la perspectiva aquí planteada, es decir, como un negocio jurídico del Derecho de familia a través del cual se pretende obtener el estado civil correspondiente, permite la superación de las dificultades que su ubicación dentro del Derecho Civil ha generado dentro del seno de la doctrina, permitiendo en consecuencia entender las razones que sustentan la idoneidad de que se predique su pertenencia, en sede de naturaleza jurídica a una de las categorías que informan a este ámbito del Derecho privado. En tal sentido presentamos algunas de las ventajas que -a nuestro juicio- dicha concepción podría brindar.

En un primer aspecto, se logra desvincular al matrimonio de los elementos meramente sociológicos o afectivos o de cualquier otra índole, que estando presentes en las concepciones expuestas sólo condujeron a equívocos por cuanto introducían conceptos o cuestiones totalmente ajenas e inexplicables a partir del Derecho civil, tal era el caso de la remisión a la idea del amor o de la mutua convivencia.

A este respecto, creemos que utilizando exclusivamente material -conceptos-pertenecientes al Derecho, se logra dotar de rigor científico-jurídico la discusión relativa al patrón identificador de la pertenencia del matrimonio a alguna categoría conceptual dentro del sistema de Derecho.

El segundo punto que debe ser considerado a partir de nuestra tesis, es el referido a la intervención de la autonomía de la voluntad en la constitución del matrimonio y a partir de ello, su posible pertenencia a los negocios jurídicos del Derecho de familia. Y es que estructurado un concepto de negocio jurídico en el cual se contempla, por su propia naturaleza, la totalidad de las abstracciones que tienen su origen en la declaración de la voluntad a los efectos de la satisfacción de necesidades y expectativas que el ordenamiento jurídico permite realizar a través de un arreglo de intereses entre las partes, es posible concebir y ubicar dentro del sistema jurídico, integrado no sólo por normas, sino también por conceptos, a las distintas expresiones del Derecho de familia que tienen su origen en la voluntad de las partes, dentro del ámbito del negocio jurídico, tal es el caso del matrimonio.

En un tercer aspecto, se ubica la incidencia de la introducción del elemento “estado civil” dentro de la consideración de los negocios de familia, y en especial, del matrimonio, en el cual se revela como el objeto hacia el cual se dirige, y a partir del cual se da explicación a las enormes confusiones que ha generado la elucidación de la

naturaleza jurídica del mismo, según se ha demostrado en estas páginas.

En tal sentido, el estado civil, siendo la causa y los bienes que éste proporciona, el objeto del negocio jurídico matrimonial que pertenece a los negocios del Derecho de familia, explica, con claridad meridiana, porqué en el negocio matrimonial, la autonomía de la voluntad se manifiesta e incide de manera diversa respecto de los demás negocios, en especial de aquellos de carácter patrimonial, paradigma tradicional de todo negocio.

En el matrimonio, la imposibilidad en que se ven las partes para poder establecer el contenido del negocio, o para alterar el contenido del mismo, dispuesto con carácter inderogable por la norma, no es síntoma de una ausencia de autonomía de la voluntad, sino que es manifestación de la incidencia que el concepto de “estado civil”, tiene dentro del mismo. Así, al ser el estado civil un elemento de orden público, su presencia ineludible en el campo del matrimonio, torna a éste en un negocio jurídico cuyo contenido, por entero y sin alteraciones ha de ser aceptado por las partes -que aceptan la obtención del estado civil de casados- de la manera en que el legislador lo ha establecido.

Este mismo elemento -estado civil-, da explicación a otro de los puntos que tanta discusión ha generado en la doctrina, como lo es la necesaria recepción de la voluntad de las partes relativa a la constitución del vínculo matrimonial por un representante del Estado y el posterior registro del acto constitutivo.

Respecto del primer aspecto, el Estado se asegura, a través de un sujeto que da fe de la efectiva emisión de voluntades matrimoniales, además de la voluntad que en ello imprimen las partes, también del cumplimiento de los requisitos necesarios para adquirir el estado civil correspondiente, revistiendo el acto, con su

presencia necesaria, de la solemnidad y dignidad propia de los actos de cierta trascendencia, todo a los efectos de la necesaria seguridad que ha de imperar en el campo familiar.

El segundo aspecto aquí aludido es el hecho de que el Estado a través del registro de las situaciones jurídicas en que se ubican las personas a partir de su posición dentro de la sociedad y de cara a las obligaciones y derechos que ello importa -estado civil- otorga a los sujetos de Derecho, seguridad en sus relaciones con ocasión del parentesco y de los derechos que de ello derivan, es decir que dota de certeza las relaciones familiares que se generan a partir del matrimonio, tal es el caso de la filiación y la prueba de dicho estado a los efectos de acreditar los posibles derechos hereditarios y las incompatibilidades para obtener nuevos estados civiles -por ejemplo el caso de la doble contracción de matrimonio- así como también lo relativo a la nacionalidad y ciudadanía.

En definitiva, creemos que el matrimonio sólo puede ser entendido dentro de la ciencia iuscivilista, como un acto que naciendo de la libre voluntad de los sujetos genera una alteración del status que esas personas ostentan dentro del grupo social en el que viven, desencadenando así, todas las consecuencias propias que el Estado ha considerado idóneas, por vía legislativa, respecto de terceros.

CAPÍTULO IV

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN Y OTRAS TEORÍAS

1 INTRODUCCIÓN

Presentamos el último capítulo de esta tesis, correspondiendo a esta parte el análisis de la teoría de la institución, a través de la cual se presentó por algunos autores la naturaleza jurídica del matrimonio. Además, por razones metodológicas, exponemos también las doctrinas que se podrían denominar minoritarias, tanto por su incidencia dentro de la doctrina, como por el número de sus seguidores o propugnadores. Por demás está decir que para tal efecto seguimos en todo, el sistema que hemos venido utilizando con la intención de demostrar la cabida del matrimonio dentro de los esquemas conceptuales presentados.

2 MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN

2.1 POLISEMIA DEL TÉRMINO

La cierta complejidad que importa la explicación de la teoría institucional en gran medida se debe a la múltiple significación del vocablo a partir del cual se designa a la misma.

En tal sentido, el término “*institutum*”, de indudable linaje latino, hace referencia, originalmente, a varias realidades, plan, propósito, organización, regla, principio, costumbre. También el verbo equivalente (*instituo-is, ere, institui, institutum*) hace alusión más o menos a la misma idea de organizar, disponer, establecer, emprender, empezar, ordenar, reglar, formar¹.

Dicho lo anterior, a pesar de los variados significados que la palabra es capaz de sugerir, lo cierto es que todos ellos parecen derivarse hacia una común idea, indicar, a un tiempo, tanto la acción como el efecto de instituir, lo cual se traduce en la noción de introducir, fundar, de lo que es estable, durable, de ordenar. En concreto, resulta difícil huir del hecho que, en cierto sentido, todos los significados pueden derivarse hacia dos notas fundamentales en la significación del vocablo: a. Fijar o establecer algo b. Ordenar ese algo en sus internas articulaciones. Ahora bien, estas dos caracterizaciones se han depositado, en el proceso de desarrollo del institucionalismo, como enseguida veremos, dentro del término “*institutio*”².

¹ Cfr. Diccionario latín-español S.M; ediciones SM; Madrid; 2000; pág. 382.

² Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino; “La teoría institucional del Derecho”, en ACFS 12, 1972; pág. 37; MODUGNO, Franco; “Istituzione”, en Enciclopedia del Diritto, T. XXIII; Dott A. Giuffrè editore; Varese; 1973; pág. 69; Ibidem, n. 2, sigue diciendo el autor que probablemente, este significado amplio es el que comúnmente sirve de acepción al

2.2 INSTITUCIÓN Y TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN

Derívase de todo lo dicho, sobre la significación de la palabra institución, que lo que constituye el quid de este tema, lo que de útil tiene dentro de esta exposición que pretende ser jurídica, es lo últimamente señalado, por el cual dicho vocablo da a entender unificación de elementos que entre ellos resultan ser diversos: de un “*quid commune*” que integra en una sola realidad una multiplicidad de elementos. Así pues, institución implica tanto la idea de partes integrantes o elementos como al entorno del cual participan dichos elementos, en suma, al ente y al órgano³.

2.2.1 ANTECEDENTES DEL INSTITUCIONALISMO

En la literatura filosófica de la antigua Grecia se descubren los primeros atisbos de una idea sobre lo que constituye la “institución” con el sentido antes descrito. Así, por ejemplo, en el Gorgias de Platón, se describe una comunión de varios elementos unidos entre sí a través de ideas identificadoras⁴.

vocablo “institución”, pues aquel es indicativo de una “obra instituida” entendida como un complejo de elementos de índole personal y material que se organiza a través de leyes propias y que se ordenan a un fin determinado, verbi gracia, instituto con el agregado nominal de, mendicidad, caridad, para el estudio de la historia antigua etc. No obstante, este mismo significado se aplica también en el ámbito social, religioso, moral y político a organismos formados sobre leyes o bien sobre la costumbre, lo cual parece resultar sinónimo de “instituto jurídico” entendido como un complejo de principios y normas que las disciplinan o bien como el fenómeno mismo en cuanto disciplinado por dichos principios y normas, siendo ejemplo de ello el matrimonio, la familia, la propiedad, la sucesión hereditaria etc.

³ MODUGNO, EDir XXIII, 70.

⁴ V. además, PLATÓN; La república o el Estado, trad. y notas de Patricio de Azcárate; Edicomunicación; 1994; 186: “¿No es el mayor mal de un Estado lo que se divide haciendo de uno solo muchos? Y su mayor bien por el contrario, ¿no es el que liga todas sus partes,

Por lo que hace a la más egregia manifestación de cultura jurídica antigua en occidente, los vocablos *instituere* e *institutio* son utilizados en el sentido de estar algo en una determinada situación jurídica, tal como se usa en la expresión *instituere heredem*; en este sentido también el término derivado “*institutor*”, para designar a quien se propone para una hacienda comercial o industrial lleva en sí la idea de un mandato jurídico consentido por el ordenamiento. En ambos casos el ordenamiento dirige imperativamente las situaciones jurídicas, tanto en su nacimiento como en su desarrollo. Esta noción de autoritaria ubicación, en determinada circunstancia jurídica que aplicada a una categoría jurídica tiene como consecuencia la asignación, por parte del ordenamiento, de un puesto como sujeto de derecho, es la idea que andando en el tiempo, llegados al renacimiento jurídico operado entre los siglos IX-XIII, desembocará en el concepto técnico de institución⁵.

Dentro de la dinámica de tal desarrollo, en el pensamiento medioeval se repite la idea de *institutio*, más precisamente en el ámbito de la canonística, en el que encuentra un fecundo desarrollo a propósito de la investigación relativa a la naturaleza divina de la Iglesia; además sus ecos se dejan oír, en esa misma época, en el campo filosófico, ello se refleja especialmente en algunas ideas desarrolladas por Santo Tomás de Aquino⁶.

Ya en un tiempo mucho más reciente, también dentro del mundo jurídico, la “*institutio*” se nos presenta como un criterio de unificación, como principio capaz de reducir a la unidad la

haciéndole uno?... ¿Y qué cosa más propia para formar esta unión, que la comunidad de placeres y de penas entre todos los ciudadanos, cuando todos se regocijan con las mismas felicidades y se afligen con las mismas desgracias?

⁵ ROTA, Antonio; “natura giuridica e forme della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi” en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1956; pág. 68, n.1.

⁶ Cfr DE AQUINO, Santo Tomás; *Suma Teológica*, II, II, q. 47, 10.

multiplicidad de realidades de índole jurídica. En tal sentido el vocablo adquiere carta de naturaleza dentro de lo jurídico como elemento capaz de explicar al Derecho mismo, pues al incorporar la idea de orden, y siendo que el Derecho es por antonomasia producción y posición de un orden, entonces, indagar sobre Derecho es sinónimo de indagar sobre la institución, indagar sobre su origen y manifestación dentro de la realidad social, por lo cual el estudio de la misma se verá referido, además, a la teoría general del Derecho⁷.

Pero siguiendo con el argumento cronológico sobre el uso jurídico del vocablo en cuestión, debe decirse que el desarrollo de las primeras ideas sobre la *institutio* ha de buscarse a partir del impulso que supuso en el ordenamiento jurídico de la Iglesia, la preocupación por la configuración articulada de la misma, reflejada en las obras de dos personajes, el maestro Rufinus y el maestro Sinibaldo da Fieschi⁸. El primero en su *Summa decretorum*, datada hacia el final del duodécimo siglo de nuestra era, describe a la Iglesia como un conjunto de instituciones: "*Ecclessia regularis institutionibus unitur, sed non equaliter singulis dispensatur*"⁹.

Por su parte, el maestro Sinibaldo -quien luego asumió el solio Papal bajo el nombre de Inocencio IV-, calificado por algunos como el mayor jurista de su tiempo, realizó, a mediados del siglo XIII, una aportación que bien se podría calificar como la primera aplicación del concepto técnicamente utilizado. Lo hizo en el aspecto relativo a la

⁷ MODUGNO, EDir XXIII, 71.

⁸ Alguna idea de las que sirve de base a la idea de *institutio* se percibe ya en los primeros tiempos de la Iglesia, Tertuliano (*Apologeticum*, cap. 39) refiriéndose al esquema de la Iglesia de las catacumbas separa dos elementos esenciales, el organizativo o estructural "*corpus sumus*" del normativo "*disciplinam praeceptorum inculcationibus densamus*": CALASSO, Francesco; *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, nuova ristampa della seconda edizione; Giuffrè; Milano; 1965; pág. 24 s.

⁹ Cita e idea en, ROTA, AGFILS, 1956, 68.

clasificación de las personas jurídicas¹⁰, al haber introducido una categoría que muy poco tenía que ver con las antiguas estructuras, corporación y fundación; la primera caracterizada por la esencialidad del *colegium* y la segunda por un cúmulo patrimonial destinado a una específica finalidad: la “*institutio*”; cuyo rasgo identificador propio está constituido por el elemento de la autoridad, el cual estando presente en su constitución se mantiene inalterado y vivo mientras dure dicha “*institutio*”, ejerciendo, dentro de la misma, la función propia de gobierno y dirección, de donde resulta otra diferencia con la corporación, puesto que si la actividad que desarrolla esta es producto del seguimiento de las directrices marcadas por los socios de la misma, en la “*institutio*”, la voluntad superior es la causa inmediata de su hacer, siendo los ejecutores de dicha voluntad, los órganos de la misma¹¹.

La referida *voluntas superioris* no es más, por un lado, que la voluntad del fundador, que remarcamos, es la raíz de lo institucional, por otro, esa voluntad superior se ve ligada como elemento de un conjunto, a la piramidal y jerárquica organización de la Iglesia, configurada como *corpus mysticum* o *corpus Christi*, de la cual las individuales personas, físicas o jurídicas, ubicadas bajo la potestad eclesiástica constituyen los órganos. De esto se infiere que en la “*institutio*” se presenta un elemento autoritario “externo” y proveniente de lo “alto”¹².

¹⁰ La idea de institución como persona jurídica, quizá fue esbozada en la terminología e ideología jurídica romana, sobre todo en sus aplicaciones políticas. En tal sentido puede verse en la expresión *institutio rei publicae*. Y en la época anterior al renacimiento jurídico, la idea institucional como entidad de carácter jurídico, expresada de una manera vaga, está presente en las fuentes eclesiásticas con especial referencia al principio institucional, entendido más directamente a la fundación divina de la Iglesia: ROTA, AGFILS, 1956, 69.

¹¹ ROTA, AGFILS, 1956, 68 s; 78; MODUGNO, EDir XXIII, 77 s.

¹² ROTA, AGFILS, 1956, 78; MODUGNO, EDir XXIII, 78.

Di Fieschi, según su obra, ha entendido¹³, bajo la perspectiva del elemento autoritario, la noción de persona ficta y representada en sentido positivo, concediendo a las *universitates* la cualidad de sujeto de Derecho concreto y real que realiza su hacer propio regido por la idea motriz que como ya se dijo, es externa y superior. Así postulada la realidad de la figura estudiada, se puede mencionar como ejemplos de ello a los llamados beneficios parroquiales rurales, que fueron instituciones erigidas por un “*superior competens*”, también se puede citar la institutio de “*praebenda*”¹⁴ y “*dignitas canonica*”¹⁵, derivadas de las “*mensa capituli*”, y en tal sentido realidades vinculadas a una ideal unidad que se vio fundada por lo “externo y alto”. Estas instituciones dan cuenta, en su existencia misma, de su dependencia de la persona jurídica suprema que es la Iglesia, por analogía -que podría traducirse por afinidad, agregación o convergencia-, y que a su vez constituyen algo distinto de todo organismo vinculado con el imperio¹⁶.

En definitiva, es la derivación y la vinculación estrecha con un elemento superior lo que constituye el fundamento y principio de cualquier *institutio*, pudiendo decirse que éstas constituyen respecto de aquella como una especie de derivaciones; lo cual nos lleva a deducir que una *institutio* no es algo que constituya una realidad en sí y por sí misma¹⁷.

¹³ Un desarrollo más atento sobre las implicaciones del pensamiento de Sinibaldo, en cuanto a la persona jurídica y las particulares formas de la institución, V. ROTA, AGFILS, 1956, págs. 73- 139.

¹⁴ Es el sujeto institucional con mayor relevancia después de la Iglesia, según Sinibaldo. Es una institución en cuya base se encuentra un complejo patrimonial y en el que entran en juego un conjunto de derechos, el de la Iglesia, del capítulo y del mismo prebendario: ROTA, AGFILS, 1956, 97.

¹⁵ Institución que viene a reafirmar la configuración jerárquica de la Iglesia, en la cual los prelados ocupan un lugar significativo: Cfr. idem, 116.

¹⁶ MODUGNO, EDir XXIII, 79.

¹⁷ Ibidem.

De todo lo expuesto se infiere la noción tenida durante varios siglos sobre lo que significa *institutio*, noción que habría de llegar hasta las postrimerías del siglo XIX e inicios del XX, cuando debemos dirigir nuestra mirada, en este andar buscando los antecedentes del institucionalismo, a un fenómeno que representa en la historia del pensamiento jurídico occidental un capítulo sobre la socialidad del Derecho, sobre la pluralidad de ordenamientos existentes en el seno de las sociedades, a partir de cuya noción se habría de pasar de la *institutio* a la teoría institucional.

Los primeros pasos dados en este sentido son debidos a Otto Von Gierke, quien forma parte de los autores adversos a las nociones jurídicas predominantes en su tiempo (segunda mitad del siglo XIX), y que eran producto del liberalismo, que hacía recaer en el contrato la razón del Derecho, del Estado y de la sociedad.

Su obra es el reflejo de tal reacción contraria al “mito estatal¹⁸ y normativista”. A este autor se le atribuye el mérito de haber delineado

¹⁸ La teoría estatalista del Derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados modernos, surgidos de la disolución de la sociedad medioeval. La sociedad medioeval era una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, opuestos o integrados: hubieron ordenamientos jurídicos universales por encima de los que hoy son los Estados nacionales, como la Iglesia y el imperio; y hubieron ordenamientos particulares sometidos a la sociedad nacional como los feudos, las corporaciones y las comunas. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como *societas naturalis* constituía un ordenamiento por sí mismo. El Estado moderno se ha formado a través de la eliminación o la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores a la sociedad nacional, mediante un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. Si por poder entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales de producir normas de conducta válidas para la totalidad de los miembros de aquella comunidad, y de hacerlas respetar recurriendo incluso a la fuerza (el llamado poder coactivo), la formación del Estado moderno va a la par de la formación de un poder coactivo siempre más centralizado, y por tanto con la gradual supresión de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo cual ha tenido como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuese el Estado mismo. Si hoy se manifiesta una tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, ello es la consecuencia histórica del proceso de concentración de poder normativo y coactivo que ha caracterizado el surgimiento del Estado nacional moderno. La máxima manifestación teórica de este proceso es la filosofía del Derecho de Hegel, en la cual el Estado es considerado como el dios terreno, o bien como el sujeto último de la historia, que no reconoce ni debajo ni por encima de él, a ningún otro sujeto, y al cual los individuos, los grupos, deben

una concepción pluralista y societaria del derecho, resultado al que llegó estudiando, desde una perspectiva histórica, la comunidad y las llamadas corporaciones medioevales¹⁹.

Efectivamente, la obra del citado autor abrió nuevos horizontes en la investigación del Derecho en su relación con la sociedad, llegando a realizar, a través de ella, una especie de “transición” entre la visión de la “*institutio*” medioeval y la actual concepción institucionalista, contribuyendo de esa forma a la configuración de una definitiva teoría institucional. En tal sentido propugna por una noción pluralista y social de los distintos ordenamientos jurídicos, idea a la que llega luego de haber expuesto la relación entre la realidad social y la creación misma del Derecho²⁰.

Tal como se dijo arriba, la primera aparición en forma sistemática y lógica de la institución se produce en la Edad Media, lo cual sucede dentro de unas circunstancias históricas que propician la pretensión de cierta unidad social en pro de la formación de una gran nación Cristiana, a la cabeza de la cual estarían el Papa y el emperador. No obstante, dicha idea de unificación se enfrentó a un fenómeno que caracterizaba la organización social de aquel tiempo, que es la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos, producto de la presencia dentro de la sociedad de otros tantos organismos con regímenes legales propios. Es ese elemento que a primera vista pareciera un óbice a la consecución de dicha unificación, lo que a criterio de Gierke, finalmente habría permitido alcanzar dicho fin, pues esa innata capacidad de los entes sociales de darse a sí mismos

incondicional obediencia: BOBBIO, Norberto; *Teoria della norma giuridica*; G. Giappichelli editore; Torino; 1958; pág. 14 s; en el mismo sentido V. EHRlich, Eugen; *I fondamenti della sociologia del Diritto*; trad. italiana de Alberto Febrajo; Giuffrè; Milano; 1976; especialmente págs.18 ss.

¹⁹ MODUGNO, EDir XXIII, 80.

²⁰ GURVITCH, Georges; *Sociología del Derecho*, trad. Angela Romera Vera; editorial Rosario; Rosario, Argentina; 1945; pág. 101; FROSINI, NDI. IX, 1957, 266 s.

normas constituye un elemento propiciador de la homogeneidad social²¹.

Parece ser que estas deducciones las obtiene Gierke, andando sobre las huellas dejadas por la escuela histórica del Derecho, al retomar la preocupación por la herencia del Derecho histórico alemán, en el que se integraban elementos de derecho social propios del mismo como la *genossenschaften* (sociedades fraternales) y *eigenkirchen* (Iglesia propia), elementos cuyo desarrollo fue marginado por la recepción del Derecho romano de eminente cuño individualista²². Con estos elementos se presenta el dualismo que marca definitivamente la tesis institucional, en cuanto a la eterna contraposición dentro del mundo jurídico entre lo individual y lo social. Por ello es que, al realizar el estudio del origen y desarrollo de lo jurídico, el autor obtiene una visión socializante del Derecho en la que se nota una síntesis equilibrada entre Estado y Sociedad, es decir entre autoridad y libertad, o lo que es lo mismo, entre Estado e individuo, aunque sin menoscabo de ninguno de ellos en detrimento del otro²³.

A través del pensamiento del citado autor se presenta al Estado, en cuanto a su personalidad jurídica, no ya como una ficción –según enseñanza de la escuela histórica–, sino más bien como organismo, como persona jurídica real²⁴.

Siguiendo esa línea, caracteriza Gierke a todos los grupos como sujetos de su propio orden jurídico autónomo, regulador de su vida interna, como personas colectivas complejas (*Gesamtperson*).

²¹ MODUGNO, EDir XXIII, 80.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Idem*, 81.

Proponiendo de tal manera una idea que presenta a los grupos organizados como síntesis de unidad y multiplicidad en un sistema concreto. Proclama la independencia del Derecho respecto del Estado y procura hacer un desarrollo de la clasificación metódica de los tipos de estas personas colectivas y de sus estructuras jurídicas. Labor que tiene como resultado la contraposición de las personas de índole colectiva cuya base está dada por la territorialidad de las que la encuentran en la extraterritorialidad –religiosa, económica, etc.-, y las que tienen por base la colaboración (Genossenschaften), de las que se basan en la dominación (Herrschaften). Determina que es la constante confrontación entre estos dos últimos tipos de personas la que ha dominado prácticamente toda la historia de la humanidad, dando lugar al sistema jurídico de la sociedad; por lo cual el Estado es una especie de mezcla entre ambos tipos de persona, aunque ocasionalmente alguno de ellos predomina sobre el otro, así el Estado a partir del siglo XVIII, es dominado por el principio del Genossenschaften²⁵.

Uno de los puntos más álgidos de la doctrina de Gierke, que como se dijo al principio constituye el puente entre la antigua noción de *institutio* y la moderna concepción institucional, está constituido por el tratamiento dado a la mencionada posible homogeneidad, a través de la cual puede llegarse a concebir la unidad de todos los organismos sociales. Así pues, el elemento que hace posible dicha unidad no es otro que el Derecho mismo, concebido este tal como lo postulara la escuela histórica. En tal sentido, si el Estado no es el único ente productor de Derecho, puesto que los organismos sociales también generan el suyo propio, entonces es el Derecho el quid identificador y capaz de unificar la diversidad normativa. Y es que tanto el Estado como las comunidades orgánicas están necesariamente encaminadas a unificarse entre sí, toda vez que ambas no son simples creaciones de Derecho, sino realidades que

²⁵ GURVITCH, Sociología, 1945, 101 ss.

surgen simultáneamente; ni el Derecho es anterior al Estado y a los entes sociales, ni viceversa. Por ello, parece innegable que deban sintetizarse en un único concepto. Así pues, el Derecho positivo no debe concebirse como algo distinto de un “complejo de las normas exteriores dirigidas por voluntad libre”, puesto que no puede considerarse sólo como voluntad, es impropio apreciarlo como voluntad colectiva de lo que deba ser algo, sino “convención colectiva de que algo es”; de lo cual resulta que el Derecho se puede definir como “la convención de una comunidad humana –manifestada directamente a través de la costumbre o declarada por un órgano de la comunidad humana o bien declarada por un órgano de la comunidad designado al efecto- de deber conformar la propia voluntad a una norma exteriormente vinculante y por tal motivo, coactiva”, y es esta convención de la comunidad lo que constituye la suma de las razones subjetivas de sus integrantes, el elemento propiciador de la cohesión entre ellos y el Estado²⁶.

Finalmente, puede destacarse que, fundando su teoría en un elemento psicológico, ha permitido la comprensión de un Estado, siendo él mismo una organización más dentro de una multitud de entes organizados socialmente, que a su vez congrega a través del elemento identificador, el derecho, en sí, la múltiple realidad normativa existente dentro de la comunidad. No obstante, la polivalencia que muestra esta idea ha de ser interpretada como un dato no concretamente real, sino, como un concepto general, como una dimensión de carácter intelectual que caracteriza al método de la sociología. Así puede comprenderse que ese nexo abarcante de todas los organismos sociales que existen no es sólo una “supercomunidad orgánica”, sino más bien, el proceso histórico propio de la comunidad y que resume la ínsita e irrefragable comunitariedad del hombre²⁷.

²⁶ MODUGNO, EDir XXIII, 81 s.

²⁷ Idem, 82.

Como se puede notar de lo dicho, se confirma la premisa preanunciada sobre que la teoría de la institución resulta ser un fenómeno que presenta implicaciones filosóficas a la vez que jurídicas, por un lado se preocupa de la manera en que surge el derecho dentro de la sociedad y, por otro, de la forma en que ese ordenamiento jurídico encuentra su relación con la sociedad. Por ello, al hablar de institución, se está hablando a la vez del fenómeno de producción, de posición del derecho mismo y ello conlleva necesariamente a la idea de orden, el derecho resulta ser entonces, sinónimo de orden, de ordenamiento. En este juego de palabras, pues, la institución adquiere relevancia porque su carga significativa expresa producción y posición de un orden, por lo cual institución equivale a decir “posición del Derecho”, describiendo con ello el origen del Derecho mismo, los modos como surge y sus formas de manifestación, he ahí la vinculación entre Derecho e institución²⁸.

En tal sentido, la investigación sobre la institución implica necesariamente la indagación sobre la forma en que se produce el derecho, esto equivale a estudiar qué cosa sea el Derecho, aspecto que es objeto de estudio de la filosofía jurídica, además del estudio del Derecho mismo, por lo cual se puede afirmar que la teoría institucional se mueve en un doble campo del saber, el filosófico y el propiamente jurídico. Esta dualidad estigmatiza todo su desarrollo y le otorga una impronta particular que a veces deriva en dificultad para un total entendimiento del alcance de la misma. No obstante, quizá la explicación más real y concreta sobre dicha dualidad resida en el hecho de que la perspectiva desde la cual se desarrolla la reflexión institucionalista, en la cual lo socialmente ordenado se ubica en la base del fenómeno jurídico, implica la relación posible entre Estado, sociedad e individuo, como expresión del afán de la reunión del todo bajo una sola realidad. A partir de lo cual, el institucionalismo se erige como el estudio del fenómeno de la

²⁸ Cfr. *idem*, 71.

socialidad del Derecho y se preocupa por determinar en qué consiste ésta²⁹.

En una idea podemos expresar la transformación experimentada por la noción de la antigua "*institutio*" respecto de la moderna concepción de la "institución": el antiguo esquema de la *institutio* se enriquece y dinamiza con la adopción del elemento social en su realidad de agrupación ordenada. Porque a través del análisis detenido, respecto del orden que se establece en cada grupo social, se comprende mejor las fuentes normativas, se desmitifica al Estado como la única de ellas y se concibe de mejor manera cómo la sociedad es el germen del Estado y del Derecho mismo, así como las relaciones entre el individuo la sociedad y el Estado.

2.3 TEORÍA INSTITUCIONAL

Debe recordarse que dentro de la historia del pensamiento jurídico la tesis institucional constituye la expresión de un afán por superar las concepciones imperantes -en su tiempo- sobre la realidad jurídica. A través de su prisma se aprecia en la doctrina un cambio de dirección individualista y liberal hacia una cierta forma de colectivismo. Por tal razón esta doctrina resulta además que social, también jurídica; estableciendo como directriz el desplazamiento del individuo de su posición de unidad primaria de la vida social, ubicando en su lugar al grupo, sin llegar a ser forma de comunismo ni socialismo³⁰.

²⁹ Idem, 72.

³⁰ BODENHEIMER, Edgar; Teoría del Derecho, trad. Vicente Herrero, 4ª reimpresión; Fondo de cultura económica; México D.F; 1974; 221.

Como ya lo adelantábamos, la doctrina institucional presenta algunas dificultades en su formulación y exposición, por cuanto incide en el campo filosófico y jurídico a la vez. Además de ello, la aludida dificultad resulta lógicamente explicable si se tiene en cuenta que es una doctrina que, en cada autor, pese a tener como origen común a la *institutio* medioeval, resulta ser la mixtura entre éste elemento y algún otro de índole diversa que introduce en la noción institucional un carácter distinto, lo cual a la postre redundaría en falta de unidad y coherencia en el plantemiento doctrinal del institucionalismo. Así por ejemplo, surge –el institucionalismo– a partir de una revalorización de la teoría jurídica cristiana en Renard, o bien de los postulados propios de las corrientes socialistas libertarias –Proudhon³¹– o bien de corrientes que propugnan el anarquismo, o sindicalismo como Gurvitch; y que es elevada a la categoría de teoría del Derecho en el ámbito de la doctrina francesa por el profesor Maurice Hauriou y, en Italia, por obra de Santi Romano³².

2.3.1 TESIS INSTITUCIONALES

La teoría de la institución nació verdaderamente a partir de una perspectiva sociológica³³, como reacción contra el individualismo manifestado en la ciencia del Derecho³⁴ tanto en su aspecto legal

³¹ Quien destaca al Derecho como principio regulador del equilibrio entre las irreductibles antinomias que constituyen toda la realidad social: GURVITCH, Sociología, 1945, 98.

³² BOBBIO, Teoria della norma, 1958, 13.

³³ “Considerar el fenómeno jurídico como institución denota una mentalidad eminentemente dirigida hacia la historia y yo diría sobre todo, dirigida hacia la sociología”: LEVI, Alessandro; Teoria generale del Diritto, 2ª ediz; Cedam; Padova; 1953; pág. 5.

³⁴ Tiende a evitar el doble escollo del individualismo liberal y del sociologismo positivista, rescatando para la Filosofía jurídica la realidad de la vida comunal, sin detrimento del fuero

como doctrinal, y también contra el positivismo acendrado, que son corrientes imperantes en el siglo XIX. Y pese a las aportaciones de Gierke, mencionadas páginas atrás, tiene su origen a partir del pensamiento de quien en su día fuera decano de la facultad de Derecho de Toulouse, el profesor Maurice Hauriou. No obstante, sus ecos se dejan oír dentro de la doctrina italiana, aunque con un perfil distinto, en la obra de uno de los exponentes más destacados de la ciencia jurídica moderna en Italia, Santi Romano; hecho que da cuenta de la importancia que ha tenido como tesis renovadora de la teoría general del derecho. Aunque debemos sinceramente reconocer que no ha sido sino en el campo del Derecho público³⁵ en cuya área ha resultado de mayor provecho y encontrado gran aplicación e importancia.

Además de los mencionados autores, que por la repercusión de su pensamiento en el ámbito doctrinal han tenido alguna influencia posterior, se pueden destacar las posiciones institucionales mantenidas por autores como Georges Renard, Delos, Desqueyrat, Cesarini Sforza y otros más.

No obstante el número en que los presentamos, hemos de advertir que el estudio de cada una de sus tesis merecería ser desarrollado en un trabajo perteneciente al campo de la filosofía del Derecho, a consecuencia de su contenido mismo, y que en este modestísimo trabajo no nos es posible abarcar ni tan siquiera la totalidad de las doctrinas planteadas por los autores que presentamos, esto por dos razones: en primer lugar, porque como ya

intangible de la personalidad humana: RUÍZ-GIMENEZ CORTÉS, Joaquín; *La concepción institucional del Derecho*; Instituto de estudios políticos; Madrid; 1944; 27; BETTI, Emilio; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos; Editorial de Derecho Privado; Madrid; 1975; 11;

³⁵ “Hauriou construye la teoría de la institución desde el ángulo del Derecho público”: LISSARRAGUE, Salvador; “El concepto de institución en el derecho Público de Hauriou, su alcance filosófico-social” en RFDUM, julio-dic. 1941; pág. 202.

dijimos, la tesis institucional es propicia a la especulación filosófica respecto del origen, formación y manifestación del Derecho, para lo cual se vale de planteamientos ajenos al Derecho y en especial alejados del Derecho Civil que es nuestra materia. Y de otra parte, porque la también señalada carga sociológica que contiene, difumina los perfiles jurídicos de la misma, reduciéndola a una exposición de sociología del Derecho que tampoco es materia de nuestro estudio. Por tales razones, y además por el temor de desfigurar, con nuestro poco conocimiento sobre la materia, los planteamientos de los autores, nos limitamos a realizar una exposición que procura no dejar de lado los elementos que, en razón de haber sido utilizados por la posición institucionalista sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, resultan necesarios conocer para el éxito mismo de este trabajo. En suma, dejamos de lado lo que no consideramos de utilidad (trascendental) a los efectos de nuestro estudio.

En consecuencia, presentamos los rasgos fundamentales del pensamiento de algunos autores considerados principales dentro del institucionalismo, realizando una segregación según pertenezcan a la escuela francesa o italiana.

2.3.1.1 ÁMBITO INSTITUCIONAL FRANCÉS

2.3.1.1.1 LA TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN EN MAURICE HAURIUO

Tal y como ya se dijo, es este el autor con quien verdaderamente se inicia la teoría institucional, pero su incidencia

dentro de la ciencia jurídica quizá no fue su primera meta³⁶, ya que sus escritos más tempranos revelan en él una mente proclive al pensamiento sociológico, y por tanto su punto de vista inicial es precisamente de esta índole.

La teoría de la institución nace, pues, con Hauriou, sobre el terreno sociológico-empírico, derivado de la doble reacción al individualismo extremo y al absoluto sociologismo, sin conseguir por otra parte mediar entre las dos contrapuestas posiciones, cuyas expresiones más auténticas son el contractualismo y la teoría de la regla de derecho. Es una concepción que, tal como hemos dicho, oscila entre el sociologismo y una tendencia historicista de la sociedad³⁷. No obstante, esta combinación con elementos históricos³⁸, hace del pensamiento hauriouviano algo más rico que el presentado en su día por Duguit. Esta mayor riqueza de ideas y de nociones resulta también de su crítica del postulado determinista-

³⁶ “Ahora he decidido, escribe Hauriou en una carta a Renard, presentar en forma jurídica la idea que intenté en un primer momento hacer pasar en forma sociológica”: FROSINI, NDI. IX, 1957, 267.

³⁷ En Hauriou se notan influencias del pensamiento de algunos autores, tanto modernos como antiguos. Así pues, cabe destacar en un primer nivel que contrario a Duguit y Levy, Hauriou procura, a la manera de Durkheim, alcanzar para la sociología del Derecho una base de carácter idealista-realista. Nuestro autor partiendo para ello de una perspectiva distinta a la de Durkheim, afirma de manera decidida la irreductibilidad del plano de los valores a ideas que intervienen en la vida social, con referencia a la mente colectiva que los capta pero a la que, afirmándose como objetivos, se resisten. En un segundo nivel se descubre en el estudiado autor la idea de un elemento espiritual de la vida social, el cual no es ni mucho menos estable o inmutable, sino que se mueve dentro de la perspectiva de la duración creadora de Bergson. En tercer lugar, es perceptible la aproximación de su doctrina a un idealismo platónico. En último término, la tesis institucional de Hauriou se presenta como una combinación de los antes señalados planteamientos con el principio de carácter antinómico y pluralista de la realidad social, cuya vida consiste en el equilibrio esencialmente móvil, inestable y constantemente perturbado defendido por Proudhon. A través de ello, Hauriou, logra reconciliar fundamentalmente la sociología del Derecho y la filosofía del derecho, sin confundirlas, ubicando como punto de unión y convergencia de éstas a la institución.: GURVITCH, Sociología, 1945, 151 s.

³⁸ En este sentido puede verse las opiniones de CALASSO, Francesco; *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, nuova ristampa della seconda edizione, Giuffrè; Milano, 1965; pág. 23-30.

causal, del fenomenismo y del monismo³⁹. Y en este sentido, la controversia sostenida con Duguit –a causa del realismo sensualista de éste- da pie para que Hauriou pueda destacar la ubicación del sujeto físico y su voluntad creadora, dentro de la dinámica social, como algo por encima de lo cual existe un orden objetivo⁴⁰.

El ataque que Hauriou, realiza en adversa posición respecto del contractualismo⁴¹ lo desarrolla a partir de la idea de poder. Si hay algo que distingue a la institución, como elemento de análisis alternativo de la realidad social y jurídica, del contractualismo, eso es la idea del poder. Así, en el contractualismo, la idea de poder, su noción, se confunde “Rousonianamente”, con la fuerza, en cambio, en la institución, si bien interviene un poder -que se ejerce sobre el hombre y tiene necesariamente que adaptarse a las necesidades

³⁹ MODUGNO, EDir. XXIII, 84.

⁴⁰ “Es necesario creer en algo que, en la sociedad, exceda al individuo humano, y no hay más que dos polos en esta fe: o el colectivismo de la conciencia social, o el individualismo de las ideas-fuerzas, que son conceptos. Nosotros nos decidimos por las ideas-fuerzas (nota 1: las ideas son realidades, a condición de que, conforme a la doctrina platónica, sean reflejo de las ideas de Dios”: HAURIU, Principios, ¿19...?, 534. En otra parte llama a esas ideas-fuerza “mensajeras de Dios”: HAURIU, Principios, ¿19...?, 53.

⁴¹ Desde la revolución francesa, el individualismo adquirió, bajo la dirección de la batuta rusioniana, dimensiones titánicas dentro de la realidad social; al son de su melodía se orquestó no sólo el entramado de una “ideología individualista apta para cuajar en el absolutismo inorgánico de la voluntad general o en el caos de un anarquismo, más consecuente con los principios sembrados”, sino que además, contribuyó a erigir al Estado como creador omnipotente de las normas jurídicas, con lo cual la ciencia del Derecho se convirtió en una simple labor exegética de las normas estatales. No obstante, con el nacimiento de la sociología, se inicia la crítica hacia “el iluso racionalismo de Rousseau”, contra “la entronización del reinado de lo absoluto” y la “divinización de lo individual” convirtiendo el derecho en una reacción colectiva, una explicación causal de realizaciones objetivas. Surge pues un objetivismo que se lanza a la lucha contra el subjetivismo individualista. Pero las tendencias enfrentadas prescindieron en su contenido, del Derecho natural, los defensores del individualismo porque son depositarios del iusnaturalismo de índole protestante y rusioniano, el cual desarrollado en torno a la razón humana rechaza que el Derecho tenga en su raíz algún elemento trascendente disponiendo el entendimiento a la “veneración miope de los textos legales emanados de la mítica voluntad”. Y los llamados sociólogos porque más ocupados en desmontar las concepciones individualistas no supieron “recoger la esencia inmarchitable” del Derecho natural. Es en medio de esta pugna que le tocó a Hauriou vivir y frente a ella desarrolló su teoría con el afán de superarla: RUÍZ-GIMENEZ, La concepción institucional, 1944, 77-80.

colectivas⁴²- en el primer momento de su fundación, la intervención de este elemento se realiza a través de una forma de consenso⁴³: Necesariamente el poder, al someter a su mando a hombres, a seres libres, tiene que contar con ellos de un modo o de otro, y, por tanto, lo que podía haber empezado por ser un hecho de brutal dominación, termina por ponerse al servicio de fines comunes. No cabe mantener una dominación sin contar con los dominados, y estos sólo obedecen si a cambio de la sujeción pueden realizar un plan sugestivo de vida en común⁴⁴.

Por otra parte, el individualismo como manifestación propia y directa del contractualismo, aun cuando tiende a presentarse como subjetivismo y personalismo -lo cual significa que el Derecho no es más que la expresión de una supuesta “voluntad subjetiva de la persona Estado”-, no puede tener cabida dentro de una concepción del Derecho que no sea propiamente Roussoniana, misma que de manera imprudente fue llevada al campo del Derecho por los cultivadores de dicha ciencia. Pero la falsedad de esta concepción omnicomprensiva del Derecho, como producto de la voluntad subjetiva del Estado, queda en evidencia cuando se piensa por ejemplo en que las reglas surgidas de la costumbre no se pueden relacionar directamente con esa llamada voluntad del Estado, porque, incluso dentro de ellas, existen muchas que datan de períodos históricos anteriores al mismo Estado⁴⁵.

⁴² LISSARRAGUE, RFDUM, julio-dic. 1941, 199.

⁴³ MODUGNO, EDir XXIII, 84, Ibidem, dicho autor expresa que ante tal concepción Hauriouiana habría que interrogarse ¿qué cosa es el poder antes del consenso sino mera fuerza? Y ¿cómo es posible establecer hasta qué punto la presión del poder no se traduce en violencia? La fallida respuesta a tales interrogantes parece inducir necesariamente la posible nulidad del “grado de consenso” presente en la institución, el carácter potencialmente autoritario de ella, del cual es un simple corolario la afirmada secundariedad de la norma, respecto al cuerpo social.

⁴⁴ LISSARRAGUE, RFDUM, julio-dic. 1941, 199.

⁴⁵ HAURIOU, Maurice; La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social); traducc. Arturo Enrique Sampay; Abeledo-Perrot; Benos Aires; 1968; pág. 33 s.

Ese tan señalado sentido social de la tesis de Hauriou parece adquirido, además de la reflexión sobre la situación en que el Derecho se encontraba en su tiempo, por su contacto con la realidad a través de las glosas que hace a las decisiones del consejo de Estado francés. No obstante, este marcado inicio sociologizante del pensamiento del autor, no se quedó en eso sólo, sino que pretendió luego extenderse al campo jurídico, como lo demuestra su preocupación por la norma y su relación con la sociedad y el Estado⁴⁶.

Por lo que respecta al origen del Derecho, Hauriou sostiene que el Derecho no es sólo un acto de arbitraria creación por parte del legislador, así como tampoco es simple regla objetiva desligada de toda instancia de poder, sino más bien conformidad al orden, orden en sí mismo. Y la participación en ese orden, el cual se produce a través de la comunión en las ideas, es lo que en definitiva otorga estabilidad a las formaciones humanas, a los colectivos, cuya realidad se impone al observador. Mas esta realidad se presenta necesariamente de tal manera porque los individuos no son capaces de vivir sin recíprocas uniones o ligaduras⁴⁷.

A partir de lo dicho, se avizora ya la importancia capital que para su doctrina tienen las instituciones, configuradas como las “encarnaduras” de una idea dentro de un medio social determinado, con dotación de poder realizador y orgánico, y transidas de

⁴⁶ RUÍZ-GIMENEZ, *La concepción institucional*, 1944, 74 ss; CONDE, *Introducción*, 1953, 210; RODRÍGUEZ-ARIAS, *ACFS* 12, 1972, 40. En contra, RECASÉNS SICHES, Luis; *Tratado general de filosofía del Derecho*; Porrúa; México D. F.; 1978; 275; para quien “su doctrina, propiamente y en su mayor parte, no es jurídica sino que es sociológica” y 277: “la institución es un concepto puramente sociológico y de ninguna manera nada que tenga que ver directamente con el Derecho”; FASSÓ, Guido; *Historia de la filosofía del Derecho*, T. 3, S. XIX-XX, trad. José F. Lorca Navarrete; Ediciones Pirámide; Madrid; 1983; 235: “Ya encontramos el concepto, o al menos el nombre, de “institución” en la doctrina de Hauriou, en el que tenía un claro origen sociológico, viniendo, por otra parte, forzado, sin éxito, a constituir una categoría filosófica”.

⁴⁷ RUÍZ-GIMENEZ, *La concepción institucional*, 1944, 85 s.

manifestaciones comunitarias entre los miembros del grupo. Instituciones que se llegan a erigir como pertenecientes a una de las dos clases posibles. Distinción que se plantea –como veremos luego– en atención a si se llega a interiorizar, tanto el poder organizado como las manifestaciones de comunión de los sujetos integrantes del grupo, dentro de la idea común o si tal fenómeno no se produce, siendo en el primer caso originada una institución persona y una institución- cosa en el segundo⁴⁸.

Cabe preguntarse ahora qué es una institución, en qué consiste, pues bien, la respuesta a esta interrogante debe hacerse no sin antes expresar que dicho concepto fue varias veces reelaborado por el autor, quizá en búsqueda del perfeccionamiento del mismo. En tal sentido, la significación de lo que es “institución” es explicada a veces como un sinónimo de corporación (en sus *“Principios de derecho público”*), a veces con una fuerte referencia a la fundación (en, *“Principios de derecho constitucional”*). Creemos sin embargo que la mejor plasmación conceptual sobre lo que es la institución es la que el autor ofrece en la *“Teoría de la institución y de la fundación”*: una institución está constituida por una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; mas esa empresa es llevada a cabo a través de la organización de un poder que le procura los órganos necesarios para ello⁴⁹.

Pero en Hauriou, la implicación de estos planteamientos –los cuales serán desarrollados con más detenimiento en otra sección de este trabajo– pasa necesariamente por decir que el sujeto de la

⁴⁸ Cfr. RUÍZ-GIMENEZ, La concepción institucional, 1944, 87; HAURIUO, Principios, ¿19...?, 40.

⁴⁹ HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 39; en Principios de Derecho público y constitucional; trad. Carlos Ruiz del Castillo, 2ª edic. Instituto Editorial REUS; Madrid; ¿19...? el autor nos dice que institución consiste en: “una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas”.

institución es la idea misma, es el elemento dinámico de dicha categoría; no obstante, para exponer este razonamiento, el autor no duda en echar mano de un acendrado idealismo platoniano. Y en tal sentido llega a afirmar que, la inteligencia humana se ha desarrollado, necesariamente, mediante una adaptación a “*realidades inteligibles del mundo exterior, a ideas, en el sentido platónico*”⁵⁰. A cuyo planteamiento se ha reprochado, por algún autor, que es distinto afirmar que los entes existan a consecuencia de su participación en una naturaleza, a expresar que su propia realidad subjetiva, en el sentido de sujeto de sus variaciones y de sujeto interno reflexivo de sí mismo, consista en la idea misma de su naturaleza⁵¹.

Dentro de la tesis mantenida por Hauriou, el individuo no pierde importancia dentro del estudio del grupo y del Estado, y se podría decir que toda su construcción parte del individuo⁵², puesto que en sus ideas éste no se ve diluido ni anulado por la institución, sino más bien que constituyen dos realidades perfectamente escindibles⁵³. En este sentido, ha distinguido bien en el fenómeno social los elementos subjetivos de los objetivos que lo integran, es decir, la voluntad del sujeto y el poder de las reglas jurídicas e instituciones. En tal conjugación de cosas, la idea representa el elemento clave en la distinción entre “la realidad ontológica de institución” y los miembros de la misma, por ello, cuando las instituciones dejan de servir a la idea motriz a cuya consecución aspira desde su nacimiento, entonces, “o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose

⁵⁰ HAURIOU, Principios, ¿19...?, 53.

⁵¹ LISSARRAGUE, RFDUM, julio-dic. 1941, 205.

⁵² CONDE, Francisco Javier; Introducción al Derecho político actual; talleres tipográficos de Gráficas González; Madrid; 1953; pág. 203

⁵³ Cfr. RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 44.

parasitarias; en este caso la confianza del público se aparta de ellas lentamente⁵⁴.

Partiendo de estas ideas, puede destacarse, en el orden de la teoría del Derecho, que nuestro autor introduce, como elemento esencial del estudio de la formación normativa, el elemento subjetivo dentro de la dinámica a través de la cual se escinde la institución respecto de la persona, hecho que a su vez constituye la razón de que puedan surgir instituciones privadas con personalidad jurídica, como un reflejo de la personalidad individual. A partir de lo cual se realiza una síntesis entre el sistema subjetivista y objetivista, y los correspondientes elementos ínsitos en ellos y que son definidores del fenómeno jurídico, lo cual es posible, precisamente, a través de la figura de la institución⁵⁵. Es precisamente esta noción lo que se podría catalogar como uno de los aportes más destacados logrados por Hauriou: el hecho de haber presentado a la institución como individualidad objetiva, distinta, aunque unida a la personalidad subjetiva, en la cual ella finalmente desemboca⁵⁶.

Dentro de los planteamientos del citado autor se pueden descubrir fácilmente reminiscencias de la antigua *institutio*, así por ejemplo, la inclusión, como elemento identificador de la institución, de la adhesión de sujetos a un fin, y el destacado papel que desempeña el elemento autoritario que es “externo” y proveniente de lo “alto”. Por otra parte, la institución así concebida denota un organismo que en el plano jurídico nace a través de operaciones de fundación, las cuales le otorgan fundamento jurídico al continuarse en el tiempo, así pues, las instituciones viven tanto objetiva como

⁵⁴ HAURIOU, Principios, ¿19...?, 90; RUÍZ-GIMENEZ, La concepción institucional, 1944, 88.

⁵⁵ GURVITCH, Sociología, 1945, 134; MODUGNO 84 s.

⁵⁶ MODUGNO, EDir XXIII, 87.

subjetivamente por medio de operaciones jurídicas de gobierno y administración que se repiten continuamente; también mueren cuando se verifican operaciones jurídicas de disolución o abrogación⁵⁷.

Pasando al campo de la incidencia que la tesis de Hauriou ha tenido dentro de la ciencia jurídica, por algunos autores se ha negado la posibilidad de encontrar en la obra hauriouviana una construcción acabada de la institución y por ende una tesis capaz de derivarse hacia una concepción institucional del Derecho, esto es de tenerse como una teoría general del Derecho. Y esta crítica no sólo ha sido vertida por autores ajenos al institucionalismo⁵⁸, sino también, autores que se tienen por allegados al pensamiento institucional, como por ejemplo Gurvitch, quien achaca a nuestro autor ciertas incoherencias respecto de los postulados fundamentales de su tesis: *“En sus obras posteriores a 1916, renuncia al relativismo sociológico y, en contradicción directa con las contribuciones más valiosas de su pensamiento, señala una vuelta a las concepciones tomistas (jerarquía estable entre los grupos, preponderancia a priori del Estado, la idea del fundador personal de la institución). Puesto que nosotros no tenemos que ver más que con la sociología del Derecho podemos ignorar el retroceso dogmático del final de su carrera*⁵⁹.

Finalmente se puede decir que a Hauriou corresponde, en cuanto a su teoría institucional, el haber aportado elementos suficientes como para conformar una construcción “finalista y comunal del Derecho”⁶⁰. A él corresponde el reconocimiento por “Su

⁵⁷ HAURIOU, La teoría de la institución, 1968, 40.

⁵⁸ V. por ejemplo los autores citados en la nota 46 (Recaséns y Fassò).

⁵⁹ GURVITCH, Sociología, 1945, 153.

⁶⁰ Por esta razón se lo incluye dentro de la lista de los precursores y fundadores de la sociología del Derecho: V. GURVITCH, Sociología, 1945, 75, “los precursores de la sociología del Derecho son muy numerosos, pues esta rama del conocimiento surge

reivindicación de la realidad extraconceptual de los grupos humanos, como encarnación de ideas de empresa dotadas de objetividad inteligible; su intento de conjugar el poder y la libertad en el marco del orden, y su hipótesis de la participación comunitaria de los miembros en la idea animadora y rectora de las instituciones”⁶¹.

2.3.1.1.2 LA TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN DE GEORGES RENARD

Siguiendo las huellas de su maestro Hauriou, este autor procura desarrollar la tesis institucional, sólo que lo hace agregándole algunos elementos a través de los cuales pretende establecer dicha teoría como una parte de la teoría general del Derecho. Renard, poseedor de una mentalidad proclive a la filosofía, quiso transplantar el postulado propuesto por Hauriou sobre la institución, al campo de la filosofía jurídica y al Derecho natural, volviendo para ello a Santo Tomás y su concepción del “*bonum commune*”, con el afán de establecer, sobre sólidas bases teóricas, el canon de interpretación a la vez sociológico y jurídico propuesto por su antecesor en la escuela francesa⁶².

espontáneamente en el curso de los estudios históricos... y en el curso de investigaciones sobre el derecho dirigidas a otros fines; tales como el establecimiento de un ideal social” y, 133, “Los otros tres fundadores franceses de la sociología del derecho, León Duguit, Emmanuel Levy y Maurice Hauriou”.

⁶¹ RUÍZ-GIMENEZ, La concepción institucional, 1944, 90.

⁶² BOBBIO, Norberto; “Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch); en RIFD, 1936; pág. 389; FROSINI, NDI. IX, 1957, 269; para mayor abundamiento sobre la configuración iusnaturalista de la teoría institucional de Renard, V. ORIGONE, Agostino; “Su di una combinazione fra la teoria del diritto naturale e quella dell’istituzione”, en Scritti giuridici in onore di Santi Romano, V. I, Filosofia e teoria generale del Diritto, Diritto costituzionale; Cedam; Padova; 1940; pág. 374-386.

Concibe la institución como “*la comunión de los hombres en una idea*”⁶³, dicha comunión liga a los miembros de la institución, elemento que es lo que da identidad al ser jurídico, diferenciándolo de ellos mismos aun cuando sea sostenida por sus personalidades, esto es el bien común para Renard⁶⁴. A esta idea, el autor incorpora el elemento de autoridad, lo cual le lleva a decir que la institución en sí misma implica diferenciación, desigualdad, autoridad y jerarquía, esto es que el principio de organización de la institución es *status*⁶⁵. Afirmación esta última que en realidad no debe interpretarse como que la posición de los miembros del grupo esté bajo una especie de esclavitud, sino más bien como que el bien común⁶⁶ a que tiende normalmente la institución, debe prevalecer por encima de los intereses particulares de sus miembros. Es el *status* el elemento que otorga versatilidad y moldeabilidad a la institución para que ésta pueda adecuarse a las nuevas condiciones sociales; así, la situación de cada uno de sus miembros se ve fijada a través de un *status* de carácter objetivo, el cual no puede alterar o cambiar el sujeto por acto de su voluntad. Este *status* está revestido de algunas características como la inalienabilidad, intransferibilidad e irrenunciabilidad⁶⁷.

Con este autor la tesis sostenida por Hauriou se ha visto vinculada con la teología y algunos postulados del pensamiento

⁶³ RENARD, Georges; *La théorie de l'institution: essai d'ontologie juridique*; Recueil Sirey; París; 1930; pág. 47.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 45.

⁶⁵ RENARD, Georges; *La théorie de l'institution*; 1930, 365.

⁶⁶ Renard recurre a la concepción de “bien común” entendido este a partir del pensamiento del Aquinate. Para mayor abundancia de dicha doctrina V. entre otros: DI CARLO, Eugenio; “La dottrina del bene comune nel pensiero di Santo Tommaso”, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, T. I; Cedam; Padova; 1940; pág. 125-133.

⁶⁷ RENARD, Georges; *La théorie de l'institution*; 1930, 365.

propio del Derecho natural católico, por lo cual se le cataloga como integrante de la corriente neo-tomista⁶⁸.

Como método filosófico para enriquecer la tesis institucional, Renard, recurre a la analogía⁶⁹ presentándola como método útil para aprehender la realidad social. Por ello dice que la institución es la categoría de lo nuestro, la transposición jurídica del bien común: lo nuestro, el bien común, en el cual participamos cada uno de nosotros a nuestro modo “analógicamente”⁷⁰, puesto que ésta lleva a la semejanza y en tal sentido permite captar la esencia de las estructuras orgánicas porque toda organización descansa en semejanzas, en una razón común respecto a la cual se sitúan los elementos para formar un todo; y procede de algo propiamente “nuestro que va siempre implícito en lo “mío” y lo “tuyo”; no hay organización jurídica que no sea procura del bien común. En tal sentido, se puede afirmar que no existe organización jurídica que no sea “institucional”⁷¹. En fin el método analógico es lo que permite tener acceso a la ontología y sociología de la institución⁷².

Para este autor la institución no es otra cosa que la reinterpretación desde el ámbito jurídico, de la filosofía social de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino⁷³.

⁶⁸ Sobre el tema del neo-tomismo en el pensamiento jurídico moderno V. RECASÉNS SICHES, Luis; *Iusnaturalismos actuales comparados*; sección de publicaciones Universidad de Madrid; Madrid; 1970; pág. 55 ss.

⁶⁹ Respecto de la analogía dentro del campo del Derecho de Obligaciones, puede verse el interesante trabajo de, DORAL GARCÍA, José Antonio; “La analogía en el Derecho de obligaciones”, en *Centenario del Código Civil*, T. I; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; 1990; pág. 719 ss.

⁷⁰ RENARD, Georges; *La philosophie de l'institution*; Recueil Sirey; París; 1939; pag. 22.

⁷¹ *Idem* 26.

⁷² *Idem*, 161, 203.

⁷³ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 43.

Dentro de sus propuestas, distingue el derecho subjetivo y el estatuto, compendiando en éste, los derechos y deberes jurídicos que dimanen de una situación jurídico-objetiva de status. El estatuto sigue la suerte de la institución, adaptándose constantemente a sus vicisitudes, porque es trasunto de la misma, a través del cual se relacionan sus miembros, mientras que el derecho subjetivo es la irradiación de la personalidad individual. Este tipo de razonamiento es reflejo vivo del eterno dualismo que entraña el Derecho entre persona individual e institución, de lo cual se extrae que son dos las fuentes originales del Derecho, la voluntad y la idea⁷⁴.

A partir de estas premisas, se podría afirmar que el pensamiento de Renard constituye una sobreposición de la teoría sociológica de la institución sobre la filosofía metafísica y tomista⁷⁵. Y quizá por tales razones los resultados de su trabajo especulativo no han llegado a obtener amplia acogida, como en algún momento la tuvo las ideas menos ambiciosas, aunque sí más rigurosas, de su predecesor⁷⁶.

2.3.1.2 ÁMBITO INSTITUCIONAL ITALIANO

Se suele ubicar dentro del ámbito institucional italiano los nombres de Santi Romano y de Widar Cesarini Sforza, no obstante, se destaca, por su influencia dentro del pensamiento jurídico al primero de los citados autores. Siendo tan distintos los planteamientos de dichos autores, quizá lo que puede destacarse

⁷⁴ *Idem*, 44.

⁷⁵ FASSÓ, *Historia* 3, 1983, 283.

⁷⁶ FROSINI, *NDI*. IX, 1957, 269.

como punto identificativo de los mismos, es el haberse inspirado en la teoría orgánica de Otto Gierke, motivo por el cual ambos pensamientos responden al normativismo jurídico⁷⁷.

2.3.1.2.1 EL INSTITUCIONALISMO EN SANTI ROMANO

La tesis institucional de este ilustrísimo jurista italiano es quizá más atenta a la descripción del fenómeno jurídico desde una perspectiva alejada de la coloratura sociológica y filosófica del institucionalismo francés.

En tal sentido, la tesis institucional es aplicada al ordenamiento jurídico, siendo ilustrativo de esto que una de las obras más destacada de este autor es "*El ordenamiento jurídico*". En dicho trabajo se hace patente la preocupación del autor por estructurar la manera en que más adecuadamente se puede explicar el Derecho como ordenamiento jurídico, inquietud que sólo es posible resolver a partir de la comprensión de la existente y necesaria relación del Derecho con la sociedad y con el orden social que se establece a partir de la organización social, la cual establece normas que son estructura, "posición de la sociedad misma en la que se desarrolla". Siendo en consecuencia el concepto de institución el que resulta más propiamente adecuado a los efectos de explicar el derecho como ordenamiento jurídico, porque "*cada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico*"⁷⁸.

⁷⁷ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 49.

⁷⁸ ROMANO, Santi; *El ordenamiento jurídico*, trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo; Instituto de Estudios Políticos; Madrid; 1963; pág. 111 ss.

Como se puede notar, la diferencia entre la doctrina institucional de Romano respecto de la propugnada por Hauriou, es precisamente que la segunda constituye una consideración sociológica de la realidad, llegando a verse dividida entre la sociología y Derecho, ubicándose a la mitad entre ambos campos; la primera en cambio, pretendiendo una identificación entre institución y Derecho se erige como una doctrina jurídica. En tal sentido, Romano no se queda en el mero análisis de la socialidad del Derecho (*ubi societas, ibi ius*), a través de la cual toda sociedad es reflejo de dicha realidad, sino que va más allá, destaca en su pensamiento que el Derecho es principio de organización social - en esto último va inserto el mérito, la novedad de la tesis de Romano- y este principio de organización social parece traducirse, en su obra, de manera directa en la organización social entendida materialmente⁷⁹.

Otra de las diferencias que se pueden destacar entre ambas tesis es que mientras Hauriou considera a la institución como fuente normativa, Romano encuentra una identificación entre ambas realidades, por tal motivo es que toda institución es jurídica por el solo hecho de nacer, de existir, porque en ella se produce una estructuración interna a la que se someten sus miembros integrantes, rigiéndose así por un principio de autoridad del cual dimanen derechos y obligaciones para esos individuos adheridos a la institución⁸⁰.

Para Romano, el Derecho ya no es ese conjunto de normas, ese cúmulo de reglas establecidas por el Estado, tal como lo creían los normativistas, porque “es evidente que si se quiere definir un ordenamiento jurídico en su totalidad, no pueden considerarse sólo sus partes individuales o aquellas que se consideren como tales, esto

⁷⁹ MODUGNO, EDir XXIII, 90; en el mismo sentido FASSÓ, Historia 3, 1983, 235.

⁸⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 50.

es, las normas que en él se comprenden, para señalar después que aquél es el conjunto de tales partes, sino que precisamente es necesario dar la nota característica, la naturaleza de ese conjunto o de ese todo⁸¹.

Además de esto, algo que sin duda es imposible negar a la doctrina institucional del autor italiano, propone la superación de la concepción de un Derecho como producto de la sociedad o sociedades dentro de las que se enumera al Estado, identifica la sociedad con el Derecho destacando la necesaria implicación del último en la primera. En suma, Romano ha aportado una visión nueva, a través de la cual aparece, por primera vez en la doctrina, que la posición o existencia misma de la sociedad es ya el Derecho, que ella es quien genera por sí misma las normas que han de integrar el ordenamiento jurídico y que, por ende, no existe sociedad no organizada, superando definitivamente el antiguo dilema de la teoría de la autolimitación⁸².

Por ello, la institución, es un ente o cuerpo social, manifestación de la naturaleza social del hombre. En la institución interviene una pluralidad de medios de índole personal o real, material o inmaterial, -la esencia de la institución está en su organización social- los cuales son destinados a servir de manera permanente a un fin determinado a favor de sus miembros o de otros sujetos, incluso extraños a la institución⁸³.

La concepción de Romano sobre lo que es una institución, deriva necesariamente en la idea de que existen tantas instituciones como ordenamientos jurídicos, premisa a través de la cual se pone de relieve la realidad social de instituciones incluso anteriores en

⁸¹ ROMANO, El ordenamiento jurídico, 1963, 96.

⁸² MODUGNO, EDir XXIII, 91 s.

⁸³ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 52.

existencia al Estado, cuerpos sociales que en su dinámica han generado y generan Derecho, normas que regulan su comportamiento, el hacer de cada individuo dentro del cuerpo social. Realidad esta que para los defensores de la tesis que identifica el Estado y el Derecho es inconcebible y que, en cambio, para la tesis institucional resulta algo normal, puesto que no es el Estado la única fuente normativa porque éste es tan sólo uno de los tantos entes o instituciones y en consecuencia, los demás ordenamientos que dentro de la sociedad se presentan, como ya se dijo antes, corresponden a la existencia de otros tantos entes⁸⁴.

Resta ahora señalar algunas ambigüedades que presenta la tesis de Romano.

Nuestro autor sostiene que la organización social, antes de ser el Derecho mismo, es sólo el objeto que caracteriza a éste; además, que la institución es tal, siempre y cuando sea creada y sostenida por el Derecho. Pero cuando estas aserciones son usadas contra la idea de la inicial organización de hecho del ordenamiento estatal o de cualquiera otro, Romano dirige estas opiniones al preconcepto consistente en que el Derecho no puede buscarse y encontrarse más que en una norma, lo cual le hace afirmar que resulta inconcebible un ordenamiento estatal que no sea jurídico a la vez, ordenamiento que por definición es cualquier cosa ya regulada y reguladora al mismo tiempo⁸⁵.

Por esto se puede afirmar que Romano llega a contradecir su misma tesis, puesto que si el ordenamiento es algo ya regulado, ello es indicativo de que la regla, desde un punto de vista lógico, precede

⁸⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 53.

⁸⁵ ROMANO, El ordenamiento jurídico, 1963, 140, n. 37.

al ordenamiento o institución⁸⁶. Pero además de ello, las razones aducidas por el autor a favor de la primacía de la institución, así como la imposibilidad de acoger y definir el Derecho en su orgánica unidad, el pretendido carácter objetivo del mismo, la irreferibilidad de la sanción al concepto de norma, así como la consideración respecto del momento en que nacen las instituciones y sus respectivos ordenamientos; contradicen en vez de confirmar la identificación entre regla e institución⁸⁷.

En otro orden de cosas, se observa que no resulta fácilmente entendible, cómo es posible que el orden social, entendido según Romano como ordenamiento social, pueda prescindir y preceder a la norma. En respuesta de cuyo cuestionamiento se podría alegar que hay dos formas en que se puede entender el orden, uno según el cual orden es disciplina de algo, y otro en el cual el orden constituye objeto de la disciplina. No obstante lo dicho, sigue sin quedar claro que la institución de tal manera entendida pueda preceder y no ser precedida por normas que hagan posible la existencia de un ordenamiento semejante, toda vez que el propio concepto de organización tan aludido por Romano, postula necesariamente, como *prius* lógico, una voluntad, es decir, una norma que organice, puesto que organización significa coordinación y subordinación⁸⁸.

Por último, al igual que Hauriou, Romano, tampoco perfila los contornos exactos del concepto de institución, "*todo ente o cuerpo social*"⁸⁹, frase que, pareciendo sencilla y precisa, encuentra alguna dificultad para ser absolutamente explicativa del fenómeno. Esto

⁸⁶ La idea es DEL VECCHIO, *Diritto ed istituzione*, 1921, citada en MODUGNO, *EDir XXIII*, 92.

⁸⁷ MODUGNO, *EDir XXIII*, 92.

⁸⁸ *Idem*, 91.

⁸⁹ ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, 1963, 122.

conlleva necesariamente a la acotación de que no todo cuerpo social es una institución y a la afirmación de que es necesario establecer los grados de convivencia que constituyen instituciones. Pero es que Romano, luego de establecer que la institución es ordenamiento y organización, conceptos estos que a su vez deberían explicar, lo cual no ha sido hecho, dónde comienza la sociedad ordenada u organizada, afirma que la institución tiene que ser efectiva, concreta y objetiva⁹⁰, con lo cual cae en la misma contradicción en la que incurrió Hauriou, diciendo que la institución es jurídica cuando es jurídica⁹¹.

Pese a lo dicho, lo cierto es que indudablemente la tesis institucional de Romano ha dejado claramente sentado, en cuanto al Derecho y su relación con el Estado y la sociedad, que en la base de cualquier ordenamiento está siempre presente un momento lógico primario que no es otra cosa que un principio activo y productivo, un proceso espiritual, y no ya sólo un mero dato o hecho, esto es, una idea que se manifiesta tanto como ente social organizado como principio de la normación o del ordenamiento⁹².

Además de ello, las aportaciones de Romano pasan, al igual que en el caso de Hauriou, a conformar el conjunto de razones que se oponen a que el Derecho sea tenido como exclusivo producto del Estado, reafirmando así el principio de pluralidad de los ordenamientos y, en consecuencia, legando a la ciencia jurídica una perspectiva nueva del Derecho en la cual éste no es sólo norma, sino una única clase de norma, como actividad no limitada a un ámbito restringido, sino aplicable a todos los ámbitos de la vida humana⁹³.

⁹⁰ Cfr. ROMANO, El ordenamiento jurídico, 1963, 158 ss.

⁹¹ FASSÓ, Historia 3, 1983, 236 s.

⁹² MODUGNO, EDir XXIII, 94.

⁹³ FASSÓ, Historia 3, 1983, 237.

2.3.1.2.2 TESIS INSTITUCIONAL DE WIDAR CESARINI SFORZA

A través de su obra más destacada, *“El Derecho de los particulares”*, este autor se muestra partidario de la línea del pensamiento pluralista del Derecho. Este Derecho de los particulares, a que alude el título de su citada obra, es el Derecho “que los mismos particulares crean para regular determinadas relaciones de interés colectivo a falta, o por insuficiencia, de ley estatal”⁹⁴. Con cuya premisa se procura subrayar, con plenitud, la distinción entre Estado y Derecho, realidades que resultan no necesariamente una derivada de la otra.

El ámbito del “derecho de los particulares” se identifica con el de la colectividad o cuerpos de organizaciones que se forman entre los particulares sin la intervención del Estado, por lo cual podría denominárselo como el Derecho de las organizaciones, entendiendo, como significado de este último sustantivo, la unión de varios sujetos que se unen alrededor de la idea de llevar a cabo un determinado fin en el cual ponen su interés, haciéndolo común entre ellos⁹⁵.

Como se aprecia, la formulación de dicha noción admite en plenitud la distinción entre Estado y Derecho, pero también el autor se esfuerza en que ese “derecho de los privados” no sea confundido con el Derecho privado, el cual no es más que una manifestación del Derecho que impone el Estado para la regulación de las relaciones entre particulares, y que no resulta equiparable al Derecho que, si bien regula relaciones entre sujetos individuales, no encuentra su origen en el Estado ni mediata ni inmediatamente⁹⁶.

⁹⁴ CESARINI SFORZA, Widar; *El Derecho de los particulares*, trad. José Calvo González; Civitas; Madrid; 1986; 37.

⁹⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 55.

⁹⁶ CESARINI SFORZA, *El Derecho*, 1986, 37 s.

2.3.2 TEORÍA INSTITUCIONAL Y SU VINCULACIÓN CON EL MATRIMONIO

Ahora que hemos presentado la noción de lo que ha sido la institución dentro del pensamiento jurídico, cúmpenos abordar el que constituye asunto principal de esta exposición, que no es otro que la dilucidación de si al matrimonio corresponde como naturaleza jurídica la institución. Tarea para cuyo cumplimiento se hace necesario el planteamiento de la manera en que se ha pretendido ubicar al matrimonio dentro de esta teoría.

Previamente hemos de expresar que pese a la variedad de direcciones que presenta la tesis institucional, es la escuela francesa y sus principales exponentes la que ha logrado calar en el pensamiento de algunos autores, estudiosos de diversas ramas jurídicas. En tal sentido, la principal referencia al matrimonio, como acto institucional de fundación, parte de las premisas proporcionadas por Hauriou y en menor medida por Renard, a consecuencia de lo cual, en esta exposición, no encontraremos mayores referencias al que podría denominarse institucionalismo italiano.

Hecho comprensible, en la medida en que se tenga en cuenta el desarrollo que el institucionalismo alcanzó en la primera mitad del siglo pasado, y que produjo inquietudes “renovadoras” en distintos ámbitos de la ciencia jurídica, a través de la recepción que la misma tuvo en algunos ámbitos universitarios, así por ejemplo, en España, el caso del profesor Joaquín Ruíz-Gimenez, cuya obra ha sido tan citada en este trabajo; además, el caso de los profesores José Corts Grau y Carlos Ruiz del Castillo.

Esta circunstancia lógicamente trajo como consecuencia, en el caso del matrimonio, que su realidad fuese analizada a través del prisma del institucionalismo y, por ende, que en lo que se refiere a la

ubicación del mismo dentro del ordenamiento jurídico fuese ubicado como un acto tendente a la creación de una institución, es decir como un acto de fundación.

No obstante, creemos menester hacer referencia a que esta opinión es relativa al acto por el cual el matrimonio se constituye, es decir del matrimonio *in fieri*⁹⁷, puesto que un sector importante de la doctrina iuscivilista -con mayor o menor razón- se ha decantado, también, por la concepción institucional del matrimonio aplicada al *in facto esse*⁹⁸, relación vincular que genera el acto jurídico, y que no es objeto de estudio en este trabajo.

Resulta evidente que la pretensión de ubicar al matrimonio dentro de la doctrina institucionalista, a los efectos de que sea ésta la que sirva de figura jurídica abarcante del mismo (se entiende que en su aspecto *in fieri*), constituye parte del esfuerzo por mostrar una nueva perspectiva de las soluciones que esta tesis era susceptible de proporcionar en todos los campos jurídicos, y mucho más en este tema que tantas veces había generado disquisiciones y controversias que sólo lograban radicalizar entre los autores la tendencia creída como correcta.

Así pues, se presenta al matrimonio bajo la óptica institucional, como un acto a través del cual se funda una institución. Porque el

⁹⁷ Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Régimen Jurídico, 1981, 15,19.

⁹⁸ Cfr. De Los MOZOS, José Luis; La reforma del Derecho de familia en España hoy, vol.I; Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valladolid; Valladolid; 1981; pág.52; CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho Civil español, Común y Foral; T.V, Derecho de Familia, Vol. 1º, relaciones conyugales, 10ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José Mª Castán Vázquez; Reus S.A; madrid, 1983; pág. 117 s; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto; Tratado de Derecho Civil español, T.IV, Parte especial, derecho de familia, 3ª edic; Talleres tipográficos "cuesta"; Valladolid; 1926; pág. 53; SUÁREZ FRANCO, Roberto; Derecho de Familia, T.I, el régimen de las personas; 4ª edición; editorial TEMIS librería; Bogotá; 1984; pág. 54 s; GATTI, Hugo E; "Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges", RGLJ, T. XXXIX, julio- agosto 1959; 16 s.

matrimonio constituye, en su aspecto de relación vital entre los cónyuges una institución de la categoría personal, es que en su constitución resulta ser un acto fundacional de la misma: “*es un acto jurídico pluripersonal, unilateral, creador de situaciones jurídicas objetivas y de una institución-persona*”⁹⁹.

Pero para entender esta especie de concepto de matrimonio, dispongámonos a conocer en qué consiste la llamada “institución-persona”, que es a lo que da origen el matrimonio y a la vez, abordaremos uno de los puntos más importantes de la doctrina de Hauriou, misma que con el propósito de desarrollarla en este apartado, omitimos describir en las páginas dedicadas a la exposición de los rasgos definidores del pensamiento de dicho autor.

2.3.2.1 LA INSTITUCIÓN-PERSONA

Tal como se dijo atrás, las instituciones -que respecto del Derecho y la historia representan *la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real-* pueden ser de dos tipos, las que se personalizan y las que no se personalizan. Pues bien, las instituciones-personas implican el desarrollo más perfecto de la institución, en cuanto alcanzan un grado de socialidad en torno a la idea, elemento que les otorga un especial carácter frente a las del otro grupo¹⁰⁰, esto es que la dinamicidad propia de las instituciones

⁹⁹ PEIDRO PASTOR, Ismael; Proyección de la doctrina institucional sobre la naturaleza jurídica del matrimonio; Tesis doctoral inédita; 194?; pág.306; V. tamb. pág. 95.

¹⁰⁰ En este sentido de la importancia dada a este tipo de instituciones, ha interpretado PEIDRO, Proyección, 194?, 77: “ La institución-persona, la universitas, la nión social es, pues, del mismo tipo que la unión del cuerpo y alma, pero con estas características: unir sustancias espirituales incorporadas en la materia, por lo cual no están al servicio de la institución, sino ésta al servicio de aquellas; unir la persona y la sociedad, pero –habida cuenta de su desigual dignidad- sólo en vista de la perfección de la persona”.

sociales logra en el caso de las personales -en las que existe *un principio de acción o de empresa*-, un desarrollo auténtico, lo cual redundaría en el alcance de la meta común que propone el poder organizado a través de la idea que se interioriza. Pero además, en estas instituciones es que debe buscarse el que es fundamento de la continuidad en las cosas sociales, las situaciones jurídicas que deben perdurar¹⁰¹.

2.3.2.1.1 REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DE LA INSTITUCIÓN-PERSONA

Las instituciones-persona, denominadas también como instituciones corporativas, se caracterizan por tres elementos¹⁰² a saber, la idea de la obra a realizar en un grupo social, el poder que sirve a dicha idea, a los efectos de su concreción en la realidad, y las manifestaciones de comunión entre los sujetos que conforman el grupo social, con relación a la idea y su realización. Empero, no basta con la concurrencia de estos requisitos para que surja en la realidad social una institución, sino que además debe producirse el fenómeno llamado de “personificación”, consistente en la mixtura del poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo, dentro del esquema planteado por la idea a realizar¹⁰³. Este es considerado como uno de los problemas más sutiles de la sociología hauriouiana, explicada a la manera del cuerpo y el alma, puesto que

¹⁰¹ HAURIOU, *La teoría de la institución*, 1968, 31, 40, 75.

¹⁰² HAURIOU, *Principios*, ¿19...?, 83, n.1, expresa que una completa teoría de la institución debe comprender, para entenderse a cabalidad, un estudio de la institución considerada como cosa social objetiva; un estudio de la operación representativa, que no es más que el medio jurídico en el cual viven las instituciones, por último, un estudio de la institución corporativa o persona moral.

¹⁰³ HAURIOU, *La teoría de la institución*, 1968, 41.

antes es la realidad objetiva completa con estructura interior perfecta aunque sin hálito, sin alma, luego se produce el surgimiento del alma subjetiva, fenómeno de naturaleza racional, en el momento en el cual se produce la mencionada mezcla del poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo dentro del esquema planteado por la idea a realizar¹⁰⁴.

No sin razón el primer elemento o requisito esencial es el referido a la idea en torno a la cual se inicia el fenómeno institucional, él es el más importante y destacado pues se trata de una idea nueva que se hace patente en las relaciones sociales a través de una conciencia subjetiva, la conciencia de un "vidente" que la encuentra o a quien le es revelada en forma de inspiración -porque no existen creadores de ideas, sólo existen los sujetos que las encuentran-; idea de carácter objetivo por cuanto éstas están presentes en la inmensidad de la realidad material, y es en los momentos de inspiración cuando las asimamos. Ahora bien, este sujeto que entra en contacto con la idea antes que cualquier otro sujeto, podría ser quien ponga en existencia una institución a los efectos de la fundación de ésta; no obstante, puede ocurrir también que no lo sea, es decir, que no necesariamente a quien le es revelada la idea ha de ser quien la realice, esta segunda circunstancia es lo normal, que no sea el inventor el fundador a la vez. Una vez que la idea existe ha de transfundirse en una obra social y quien lleva a cabo tal tarea es el denominado fundador, pero en el ínterin que hay entre la revelación de la idea y la fundación, la idea objetiva se manifiesta en la sociedad a través de elementos o medios subjetivos, permaneciendo dependiente de voluntades subjetivas¹⁰⁵.

¹⁰⁴ CONDE, Introducción, 1953, 208.

¹⁰⁵ HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 41, 45 s; HAURIUO, Principios, ¿19...?, 84 s.

Debe aclararse que si bien la “*idea directriz de la empresa*” a realizar puede llegar a confundirse con el fin o la función de la misma, lo cierto es que constituyen cuestiones totalmente diversas entre sí, puesto que, por una parte, si el fin de la empresa puede llegar a considerarse como algo exterior a dicha empresa, la idea directriz siempre resulta algo interior a ella. Por otra, la distinción entre idea motriz o idea a realizar a través de una institución y la función de dicha institución, puesto que esta segunda idea -función- importa la idea de estar constituida por una parte ya hecha realidad o bien determinada de dicha empresa, por el contrario, la idea directriz lleva en sí una parte indeterminada y virtual que va más allá de la función. No obstante esto, con la noción que podría identificarse la idea de empresa es con la de objeto, porque la idea constituye objeto de la empresa, toda vez que la empresa misma tiene como objeto llevar a la existencia la idea¹⁰⁶.

Esta idea de empresa, de un hacer, que es en sí contenedora de una propuesta de hacer, si es ciertamente objetiva prontamente se muestra eficaz por ella misma, constituyéndose así en una “*idea-fuerza*”, que, con el tiempo, va atrayendo hacia ella “*simpatías, vocaciones y concursos*” de sujetos que se interesan por que el contenido de la idea sea efectivamente realizado y que en atención a ello la suscriben y se adhieren, pasando -la dicha idea- como es lógico de uno a otro sujeto, a veces con distinta interpretación, no obstante lo cual, el ya mencionado carácter objetivo que es propio de la idea motriz le otorga una consistencia esencialmente inalterable que la dota de estabilidad e integridad, de tal manera que, pese al fenómeno de la distinta valoración individual, la idea ni se desvanece ni se disuelve¹⁰⁷.

¹⁰⁶ HAURIU, La teoría de la institución, 1968, 42 ss.

¹⁰⁷ HAURIU, Principios, ¿19...?, 85; HAURIU, La teoría de la institución, 1968, 45.

Alrededor de la idea se va congregando un número de sujetos “interesados” en la consecución de la misma, es decir un grupo, sin cuyo elemento sería imposible la erección de una institución persona. El número de dichos individuos podría ser determinado por un poder, mas la importancia que cada uno dé a la idea, y el interés que por ello pueda tener en su concreción es también de gran importancia, en especial para explicar el carácter voluntario de dichas adhesiones, las cuales son de carácter subjetivo¹⁰⁸.

El segundo de los enunciados requisitos de la institución, es el elemento poder de gobierno organizado, a través del cual se ha de poner en existencia el contenido de la idea de empresa. En este elemento reside la realidad de la llamada organización de la institución, misma que se halla cimentada sobre los principios de separación de poderes y régimen de carácter representativo¹⁰⁹ -en este sentido queda claro que la referencia más excelente de una institución-persona, es el Estado-.

El primero de los enunciados principios acoge en su seno la noción de separación de competencias, cuyo desarrollo es confiado a órganos humanos, entre aquellas -competencias- y estos -órganos- se establece una relación que se desenvuelve en el plano de la subordinación, siendo la prueba más irrefragable de esa subordinación la multiplicidad de órganos que han de “concertarse entre ellos para ejercer el mismo poder”¹¹⁰.

Resulta evidente así, que los órganos se separan y por tal motivo el poder no debe constituir sólo una mera fuerza, sino más bien un poder de Derecho capaz de crear Derecho, en cuyo juego es

¹⁰⁸ HAURIUO, Principios, ¿19...?, 86; HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 46

¹⁰⁹ HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 47.

¹¹⁰ Idem.

asegurada la supremacía de las competencias sobre el “poder de dominación”¹¹¹.

Por su parte, el segundo de los principios, es decir el de régimen representativo, asegura la satisfacción de la necesidad que consiste en que el poder organizado de gobierno, de la institución, obre en nombre del cuerpo, y que las decisiones emanadas de él sean tenidas por decisiones del cuerpo mismo, porque un cuerpo no es nada sin sus órganos, y no desea o quiere nada que no deseen o quieran sus elementos orgánicos, porque estos deben querer no para sí, sino para el cuerpo. En esta dinámica es que la idea rectora de la institución juega un papel trascendental, como criterio unificador de los órganos en una misma dirección de hacer de los mismos, de una manera continua o a lo menos de manera periódica¹¹².

El tercer y último de los requisitos, de las instituciones-persona, es la manifestación de comunión entre los sujetos que conforman el grupo, con relación a la idea a realizar. Es el fenómeno por el cual la idea motriz, que es de carácter objetivo, pasa momentáneamente a constituir algo de carácter subjetivo. Este hecho se concreta cuando al contacto con la idea rectora, la conciencia individual hace suya dicha idea, entrando de esta manera en una relación de comunión y adquiriendo “a través de un fenómeno de interpsicología” el “sentimiento de su emoción común”. Y tal como puede avizorarse, todo este movimiento tiene su centro en la idea, la cual se ve reflejada en muchas conciencias, despertando en ellas la “tendencia a la acción”, pasando así de un estado objetivo a uno subjetivo, puesto que se alberga en esas conciencias individuales, que en su derredor se congregan y la tienen por propia; “las conciencias individuales la invocan y ella descende en medio de

¹¹¹ Idem, 48.

¹¹² Ibidem.

ellas, que se la apropian en estado subjetivo”¹¹³. Es este, y no otro, el mecanismo a través del cual se conforma la llamada conciencia social.

Finalmente esta comunión de las conciencias individuales lleva consigo, imperativamente, también la necesidad de la sujeción de las voluntades a la dirección de un jefe, lo cual no sólo representa el otorgamiento de una aceptación o asentimiento intelectual, sino además la decisión firme de un actuar¹¹⁴.

2.3.2.1.2 EL NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS INSTITUCIONES-PERSONA

Presentados los tres elementos necesarios para la existencia de una institución, corresponde, ahora, exponer la continuación del proceso de formación de las mismas, que es precisamente la parte correspondiente a la manera en que dichas instituciones adquieren la categoría de “persona”.

Debe tenerse, como razón inalterable, que las instituciones corporativas surgen a partir de un acto de fundación. Fundación que puede darse a partir de una operación formal o por operación consuetudinaria. El acto fundacional también puede ser originado por voluntad de un solo sujeto o bien por la voluntad de varios o muchos, dando como resultado, de las fundaciones del primer tipo, por ejemplo, los establecimientos en los cuales no está presente un grupo que pueda perpetuar la fundación, siendo en consecuencia

¹¹³ HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 49 ss.

¹¹⁴ *Idem*, 51.

reemplazados por un patrimonio afectado; por su parte, las del segundo grupo dan como resultado instituciones del tipo corporaciones, en los que, al contrario de las anteriores sí existe de manera permanente, un grupo que perpetúa la fundación¹¹⁵.

La fundación de instituciones por común deseo de los sujetos que conforman el grupo se realiza a través de cuatro elementos que a saber son:

- Manifestación de una compartida intención de fundar.
- La redacción de los estatutos.
- La organización fáctica de la institución corporativa.
- El reconocimiento de su personalidad jurídica¹¹⁶.

En cuanto a la manifestación de voluntad concorde de los sujetos tendente a la fundación, por ser elemento que implica directamente la voluntad de los sujetos, se constituye como el más importante de todos, es por ello, el elemento que dota de juridicidad no sólo a la realidad fundacional sino también a la existencia misma del cuerpo constituido. Este elemento presupone la real manifestación del asentimiento de los sujetos que integran el grupo, misma que puede ser realizada de manera simultánea o por separado. Es esta manifestación de voluntad común de fundar, realizada por dichos sujetos lo que conforma un “*haz consensual*”, y es éste último el que jurídicamente opera la fundación¹¹⁷.

En el caso de la fundación por voluntad común que es lo que ahora nos ocupa, encontramos tres factores que propician la formación del denominado “*haz consensual*”, los cuales a saber son, la unidad de los consentimientos en el objeto, la acción de un poder y

¹¹⁵ *Idem*, 66 s.

¹¹⁶ *Idem*, 68.

¹¹⁷ *Ibidem*.

el vínculo de un procedimiento. El primero tiene realización a través de la idea de la obra puesto que ella es constitutiva del objeto, no obstante, la formación del haz de los consentimientos paralelos es en parte la obra de un poder, ya que la libre voluntad se encuentra en él fuertemente matizada de una voluntad constreñida. Ejemplo de esto sucede en la fundación de una asociación o sindicato, en cuyos procesos se producen deliberaciones que no propiamente cuentan con la mayoría absoluta de los miembros de la asamblea general y estas decisiones representan para los que no estuvieron de acuerdo con la decisión tomada, una constricción moral. Pero también resulta que al fundar una institución, la dinámica propia del ejercicio de las funciones delegadas a cada órgano o agente del grupo, genera la realidad de que la iniciativa se la apropian algunos sujetos, quienes ejerciendo influencias logran que otros sujetos se vean incapaces de rechazar adherirse. Apréciase así que el elemento poder es generador de un efecto que se manifiesta desde una doble perspectiva: aun cuando la opinión de la mayoría de los miembros de la asamblea no es unánime, y parte de ella era adversa a dicha decisión, al no retirar su adhesión, se logra el efecto de unificación de consentimientos, legitimándose así la decisión como jurídica en sí misma, lo cual a la postre constituye el signo más propio de los actos de poder¹¹⁸.

De lo antes expresado se infiere que la llamada “comunidad fundativa” -acto que soporta toda organización y personificación como una individualidad objetiva¹¹⁹- es el resultado de la conjugación en un mismo fenómeno, el de la fundación, del elemento poder y el consensual¹²⁰.

¹¹⁸ HAURIOU, La teoría de la institución, 1968, 70 s.

¹¹⁹ GURVITCH, Sociología, 1945, 156.

¹²⁰ HAURIOU, La teoría de la institución, 1968, 71.

La labor de fundación constituye un acto jurídico que necesita de un elemento formal y externo que le permita, pese a la complejidad de dicha labor y la sucesión de sus momentos, lograr una unidad y consistencia como tal. Es este elemento el que complementa a los dos anteriores a fin de que, pese a la multiplicidad de actividades (adhesiones sucesivas) y de formalidades, todo conserve una unidad, lo cual sólo puede ser alcanzado a través de la vinculación de todo a una prefijada secuencia de situaciones y momentos, o sea a un procedimiento¹²¹.

Finalmente, el nacimiento de las instituciones corporativas a partir de una operación de fundación, que por otra parte merece el calificativo de “operación subjetiva”, es algo que se verifica en medio de una crisis de comunión de las voluntades fundadoras. En el interin de esta crisis la idea de empresa llega al estado subjetivo en las conciencias de los sujetos que se han adherido. No obstante, un primer dato extraíble de esta cuestión es que la personalidad moral de la institución nace de manera simultánea a su organización corporativa, aunque no por ello se pueda afirmar que la institución precede y explica a su organización. Esto último no es así porque la idea alrededor de la cual surgirá la institución, aunque existe desde el comienzo y es en consecuencia el elemento a partir del cual se opera todo lo institucional, no puede en un primer momento ser elevada a la categoría de persona moral porque en ese estadio carece de órganos, y entonces se puede decir que también carece de voluntad. En fin, la organización de la persona moral es creada por los fundadores desde afuera¹²².

Si se ha dicho que el acto fundacional es un acto jurídico resulta lógico pensar que, en su existencia, dará lugar también a

¹²¹ Ibidem.

¹²² HAURIUO, La teoría de la institución, 1968, 72.

operaciones de tipo jurídico, en dependencia del carácter mismo de cada institución¹²³. A través de esta premisa se ubica el hacer de la institución dentro del plano de lo jurídico.

Se puede afirmar que las instituciones en su génesis cumplen tres momentos:

- La afirmación de la individualidad objetiva del grupo.
- La institución del grupo.
- La personificación del grupo.

El primero no es más que la formación de los órganos, de su cuerpo, de los que asumen la tarea de constituirle. El segundo se presenta cuando estos órganos o miembros del cuerpo, en otras palabras, el poder y sus órganos, se ponen al servicio de la idea del grupo; es decir que se instituyen. El último es el momento en que el grupo se hace subjetivo; es decir que por una parte se ve dotado de una realidad íntima subjetiva, es persona moral; por otra parte esta persona adquiere, se relaciona, representa algo frente a otros¹²⁴, es el llamado fenómeno de personificación, el cual tiende a ajustar la continuidad subjetiva, imprimiendo a la institución relevancia como unidad jurídica, con lo cual obtiene un triple beneficio la institución persona, poder expresarse, poder obligarse y poder ser responsable¹²⁵.

La institución así explicada, se presenta no como un ente sustantivo, sino como una manera de destacar que en dicha organización late un destino común; unos fines comunes; funciones sociales congruentes; unas conductas referidas al ente y no a los

¹²³ *Idem*, 73.

¹²⁴ LISSARRAGUE, RFDUM, julio-dic. 1941, 211; RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 42 s.

¹²⁵ RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 43.

sujetos individuales, aun cuando sean éstos los ejecutores y, en fin, un sentido de responsabilidad comunal, por lo cual se puede decir que es una textura de relaciones o, en otras palabras, de interacciones¹²⁶.

En cuanto a la duración de las instituciones del tipo corporativas, se expresa que pese a que se crean para existir por un tiempo prolongado, al igual que toda creación, tienden a extinguirse. Esta desaparición de las instituciones puede deberse a la supresión operada por un poder externo, o bien por sí mismas a través de un acto de voluntad de los miembros de la asamblea general¹²⁷.

2.3.2.1.3 CRÍTICA Y ACIERTOS

Respecto de la tesis sostenida por Hauriou, sobre esta artificiosa manera de presentar la estructura y formación de las instituciones llamadas corporativas, se han pronunciado algunas críticas:

En la teoría de la institución se da una comprensión profunda de los fenómenos sociales, mas esa comprensión “se mueve siempre en una zona formal abstracta, sin el sentido hondo del carácter entrañablemente histórico del mundo social”, de lo cual podría ser responsable la cercanía al pensamiento comtiano, biologista y vitalista –el título de uno de sus ensayos es ilustrativo de esta idea:

¹²⁶ RECASÉNS SICHES, Tratado general, 1978, 276 s.

¹²⁷ HAURIOU, La teoría de la institución, 1968, 73 s.

“ensayo de vitalismo social”- que a su vez caracteriza la obra del citado autor¹²⁸.

Errores y contradicciones han sido destacados no sólo contra las tesis defendidas por el decano de Toulouse, sino también a los demás autores institucionalistas. Así se ha dicho que el mismo término de institución entraña una múltiple dificultad al tratar de ubicar en una sola la ilimitada significación de la palabra. También se le ha asociado a ideales totalitarios, en el sentido de defender el elemento de la autoridad y la aristocracia de la clase dirigente, el que ase la idea, respecto de los demás miembros de los grupos sociales en los que vive la institución.

Dentro de la tesis de Hauriou se nota, como ya lo adelantábamos, una evidente influencia del idealismo de Platón, la alusión a que el desarrollo de la inteligencia en el hombre no es más que una adaptación a las realidades que existen en un mundo exterior¹²⁹ superior -inteligible diríase mejor-, le ubica en las mismas contradicciones e inconsistencias lógicas en las que se ubica, a partir de estas ideas, la opinión del egregio filósofo griego.

No obstante la acritud con la que ha sido tratada la teoría institucional, por alguna parte de la doctrina, a consecuencia de las inconsistencias que dicha tesis presenta, también se ha hecho acreedora del reconocimiento de haber incidido en los siguientes puntos:

- Constituye un aporte al Desarrollo de la comprensión de la idea y fundamento del Estado y el Derecho, y la relación entre estas dos realidades con la sociedad y el individuo.

¹²⁸ CONDE, Introducción, 1953, 211.

¹²⁹ Cfr. HAURIOU, Principios, ¿19...?, 53; V. tamb. lo dicho supra pág. 23.

- Representa un momento más dentro de la historia del pensamiento jurídico, que se contrapone a las corrientes en boga y contribuye principalmente a la desmitificación del Derecho como exclusivo producto del Estado, a través de la correcta apreciación del papel que juega el elemento social dentro de la realidad jurídica y estatal.

- La concepción de persona y personalidad social adquiere en esta teoría una dimensión que le había sido negada, o al menos ignorada y dejada de lado por las doctrinas que defendían el individualismo revolucionario, y el positivismo estatalista y normativista, logrando así una flexibilización y equilibrio entre lo que de acertado puede tener cada una de ellas, dinamizando dichas consideraciones con el ya aludido importante papel que juega el grupo social. Innegablemente que para llegar a tal elaboración, se ha partido desde perspectivas distintas, idea objetiva, bien común, realismo jurídico, ordenamiento o derecho de los particulares, pero todo ello como medio para llegar al mismo fin: la demostración de que el Derecho, y por ende la realidad jurídica, no constituye una mera técnica carente de aliento vital, ni tampoco es el reflejo del aberrante cuadro en el que el positivismo veía el Derecho como directamente identificado con el Estado, en el cual el sujeto individual aparece como algo subsumido en la realidad estatal. Finalmente, al identificar el Derecho con la siempre recurrente tesis iusnaturalista, ha puesto en la palestra la necesidad ética del Derecho, enriqueciendo así su contenido ontológico¹³⁰.

En suma, debe reconocerse a la teoría institucional el mérito doble, de haber, por una parte, ampliado los horizontes de la experiencia jurídica más allá de los confines del Estado, haciendo del Derecho un fenómeno social y considerando como criterio

¹³⁰ Cfr. para todas las observaciones sobre los méritos de la teoría en cuestión, RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 61.

fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una no jurídica, el fenómeno de la organización; de otra, haber destacado que se puede concebir la existencia de Derecho sólo donde esté presente un complejo de normas capaces de constituir un ordenamiento, a partir de lo cual se entiende que el Derecho no sólo es norma sino más bien un conjunto coordinado de normas¹³¹.

2.3.2.2 EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCIÓN

Luego de haber hecho un repaso general por la doctrina institucional, y habernos enterado de la forma en que una institución se genera y adquiere vida dentro de la realidad, sabiendo además que al matrimonio se lo ha pretendido ubicar en la posición de ser parte de esta doctrina, estamos en condición de hacer el siguiente análisis:

Afirmar que el matrimonio *in fieri* constituye un acto jurídico fundacional de la institución matrimonial, equivale a vincular plenamente la figura matrimonial con la manera en que se explica el surgimiento de una institución; y significa, además, tomarse muy literalmente el planteamiento esquemático del institucionalismo.

En este sentido, el mayor desarrollo de la pretendida ubicación del matrimonio, en la doctrina española, dentro de esta corriente de pensamiento, es el trabajo de Ismael Peidro Pastor -su mismo título lo proclama: "Proyección de la doctrina institucional sobre la naturaleza jurídica del matrimonio-. En dicho trabajo se encuentra una pulcra exposición del institucionalismo y de la manera en que sus principios son aplicables al matrimonio, y aun cuando el objetivo primordial de dicha investigación aparentemente está referido a la posible

¹³¹ BOBBIO, Teoria della norma, 1958, 16, 22 s.

institucionalidad del matrimonio *in facto esse*, también aborda el aspecto del matrimonio *in fieri*, ubicándolo, según la cita aludida páginas arriba, como el acto jurídico a través del cual se funda la institución matrimonial. Además de este autor, se ubica como seguidor de dichos planteamientos Lino Rodríguez-Arias Bustamante¹³².

2.3.2.2.1 EL ACTO JURÍDICO INSTITUCIONAL

Dentro de la exposición de Peidro Pastor, uno de los puntos más destacados es el referido al acto jurídico, sección en la cual se hace, además de una exposición sobre el acto jurídico mismo, una crítica al contractualismo a través de la descripción de las ventajas que sobre éste posee el acto institucional.

Así pues, el autor expresa que dentro de la clasificación de los actos jurídicos se pueden encontrar, en cuanto al reconocimiento que el ordenamiento otorga a la voluntad manifestada por las partes, actos cuyas consecuencias o efectos pueden ser derechos subjetivos o estatutos, dando lugar, en el primer caso a relaciones personales con otros sujetos, y en el segundo, al nacimiento de una institución¹³³.

Establece un parangón entre los actos unipersonales, como es el caso del testamento, con el acto de fundación de una institución¹³⁴; y se esfuerza por desarrollar la noción de lo que podría ser el acto institucional, partiendo de aquellos actos que no encuentran

¹³² RODRÍGUEZ-ARIAS, ACFS 12, 1972, 365 ss.

¹³³ PEIDRO, Proyección, 194?, 94.

¹³⁴ PEIDRO, Proyección, 194?, 95.

correspondencia dentro de la forma contractual, como los contratos de adhesión, la llamada “unión” de la doctrina francesa y los “actos complejos o colectivos”, deduciendo de ellos algunas características con las cuales el autor confirma que a partir de ellas, se puede establecer el carácter institucional de las mismas¹³⁵.

En tal sentido, postula las que a su juicio constituyen las diferencias entre el contrato y la institución: el acto institucional se diferencia del acto jurídico contractual en que éste genera situaciones jurídicas subjetivas obligatorias que afectan a las partes que en él intervienen, en cambio, el acto jurídico institucional, acto pluripersonal y unilateral, origina situaciones jurídicas objetivas para las personas que intervengan en él, da origen a estatutos que estipulan los derechos y los deberes propios de cada uno de los miembros, constituye pues una institución persona o cosa. Por otra parte, en el acto contractual lo normal es que la relación jurídica que se establece a partir de ella tenga como característica lo subjetivo y personal, interesa de sujeto a sujeto, por el contrario, en el acto institucional, el sujeto se encuentra siempre en relación con el estatuto y siendo dentro de una institución persona, en el seno del organismo formado, la relación establecida así ya no es subjetiva sino objetiva. En tanto, en la relación contractual la relación jurídica surge de intereses contrapuestos, en el acto institucional, en cambio, surge por la comunión de intereses idénticos entre los sujetos, generando entre ellos un auténtico consorcio. La relación subjetiva en el contrato adquiere un carácter temporal, revocable, inadaptable a nuevas circunstancias sin nuevo consentimiento, sucediendo todo lo contrario en el acto institucional. En el contrato la nota característica es la igualdad, en cambio en el ámbito del acto institucional, la autoridad, la jerarquía, la autoridad y la organización diferenciada afecta no sólo a las personas que intervienen en el acto sino también

¹³⁵ Idem, 118-123.

a los terceros. En consecuencia, el acto institucional crea la comunidad y la institución¹³⁶.

El autor deduce, de esta posibilidad de derivar lo institucional a partir de lo contractual, que siendo ambos aspectos factores del desarrollo humano, no se excluyen, sino que se complementan, de la misma manera en que se refuerza nuestra personalidad siendo miembro de una personalidad moral, con la potencia de la mismas. En suma, concluye, que estas razones sólo evidencian que en lo jurídico se produce un constante deslizamiento de lo discontinuo a lo continuo, que el progreso en su más puro entendimiento sólo puede tener lugar sujetando las voluntades individuales a la regla de la razón, a través de lo cual adquiere duración y continuidad la obra del hombre¹³⁷.

Después de hacer tales afirmaciones, Peidro Pastor, diseña la estructura en la cual, a su entender, el matrimonio se constituye como una institución, utilizando para ello el esquema planteado por Hauriou y retocado por Renard. Presenta, en la parte que ocupa mayormente su atención, la manera en que se instituye y personifica el matrimonio, la idea del hogar que él destaca como primordial y las adhesiones que hacen los cónyuges, y en fin, la vida comunitaria alrededor de la idea lo cual ocurre así¹³⁸:

La idea de empresa en este caso es de naturaleza divina, por ser Dios su inspirador, y dicha idea no es otra que la idea del *hogar*. Esta idea lleva a los cónyuges a fundar, con plena voluntad, el matrimonio que da origen a la familia, la cual es el medio social en el

¹³⁶ *Idem*, 125 ss, 165

¹³⁷ *Idem*, 133 s.

¹³⁸ Aun cuando no nos corresponde el análisis sobre la naturaleza jurídica del matrimonio *in facto esse* presentamos la manera en que según el autor se forma el mismo porque al *in fieri* lo ubica como el acto jurídico de fundación de aquél.

que vive la institución del matrimonio; en ese grupo es que se desarrollará la realidad ideal, el bien común de la colectividad familiar simbolizado en el hogar, siendo la organización jurídica de este bien común la razón institucional del matrimonio. Ahora bien, esta institución tiene un estatuto que está conformado por los deberes y derechos de los cónyuges, y este estatuto está por encima de la voluntad de los sujetos, puesto que no por su voluntad pueden ser alterados o modificados¹³⁹, centrando su atención, respecto de este último punto, en el carácter imperativo de las normas que rigen el matrimonio.

Yendo más lejos en su idea institucional, el autor aclara la manera en que el matrimonio pasa por las que constituyen los requisitos necesarios para que se materialice tal institución-persona, es decir, interiorización, incorporación y personificación.

Los cónyuges, en un primer momento, experimentan en su conciencia su comunión con la idea del hogar, la toman y hacen suya, pasando de esta manera, dicha idea, al estado subjetivo e impulsándoles a la acción, en esta idea de hogar aprecia que el bien común y la inclinación a éste constituye el amor. La interiorización se realiza como en toda institución-persona, bajo la dirección de una autoridad, en este caso es la actuación de la autoridad paterna –del marido- en función de dirección. La incorporación se lleva a cabo a través de la actividad de los miembros que, movidos por el amor, procuran asegurar el orden social interno de la comunidad y su autoridad rectora, en pro de que perdure y viva la idea de empresa. Por último, la personificación en el matrimonio se da por los esfuerzos que los miembros realizan a favor de una continuidad subjetiva de la comunidad familiar¹⁴⁰.

¹³⁹ PEIDRO, Proyección, 194?, 258-261.

¹⁴⁰ PEIDRO, Proyección, 194?, 262 ss.

Finalmente, el autor en cuestión es de la opinión que cuando los sujetos de la relación matrimonial contraen matrimonio, fundan una comunidad familiar con personalidad moral y jurídica, en la cual están presentes todos los rasgos definitorios de la institución, y, en especial, la autoridad, una jerarquía¹⁴¹.

2.3.2.2.2 RECHAZO DE LA TESIS INSTITUCIONAL RESPECTO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Visto todo lo anterior, creemos estar ya en condiciones de realizar los señalamientos pertinentes respecto de la tesis institucional aplicada al matrimonio, y para dar cumplimiento a tal actividad estructuramos la argumentación pertinente de la siguiente manera:

a. Como ya hemos tenido ocasión de expresar en otro capítulo de esta tesis, dentro del análisis del tema “naturaleza jurídica del matrimonio” suele traerse a colación aspectos y elementos que, aun cuando constituyen parte del matrimonio como realidad humana, no propiamente pueden ser explicados a partir de los conceptos de la ciencia del Derecho, así por ejemplo la idea de hogar que representa, dentro de la expuesta tesis institucionalista, el punto clave del matrimonio.

Y es que hablar de este punto implica hacer un doble análisis, en primer lugar, uno relativo a lo que es la idea misma, cuestión que si se plantea desde la perspectiva institucional, como inspiración

¹⁴¹ Idem, 269,273.

divina o a la manera platónica, resulta una entelequia irresoluble. En segundo lugar, analizar lo que es el hogar también se convierte en un tema de huida concreción, en razón de que este es un concepto cultural y expresable de tantas maneras que resulta bastante difícil para un jurista hacer referencia a él con claridad tal que en su postulación esté exento de cualquier incorrección.

Creemos que la referencia a estos dos elementos que, integrados hacen surgir el matrimonio, constituye una argumentación muy deficiente en el campo del Derecho civil, porque esta noción sociológica de la motivación que posiblemente mueva a los cónyuges a la celebración del matrimonio, está explicada, seguramente, por la referencia al estado civil, de la manera en que se ha planteado en el capítulo anterior de esta tesis. En el estado civil de casados, fin primordial perseguido por quien contrae matrimonio, va inserta esta circunstancia referida al hogar.

Además de esto, la imprecisión del planteamiento institucional, al menos en el campo del Derecho Civil relativo al matrimonio, queda patente cuando la criticada tesis expone que la comunión de los cónyuges en la idea de hogar es uno de los pasos que éstos siguen para fundar el matrimonio. Imprecisión que no es otra que llamar comunión al consentimiento, puesto que, si bien es cierto gramaticalmente ambos vocablos podrían representar la misma realidad, lo cierto es que en Derecho, lo que es comunión se denomina consentimiento. Lo que normalmente los ordenamientos exigen para la válida constitución del matrimonio no es la comunión en ninguna idea de hogar, sino el consentimiento en pos de constituir un vínculo por el cual los sujetos que en él intervienen se ubicarán en un status distinto al que hasta en ese momento poseían dentro de la sociedad.

En definitiva, “idea de hogar” no es un concepto perteneciente a la ciencia del Derecho y existiendo uno que ya contiene dicha noción,

no hay necesidad de hacer referencia a él, a menos que se quiera causar confusión. Y en consecuencia, desvirtuada esta premisa fundamental para la concepción institucional, ya queda desdicha la atribuida naturaleza jurídica que se ha dado al matrimonio, no obstante sigamos en el análisis de tal imposibilidad.

b. La segunda razón que hace inviable la consideración del matrimonio como perteneciente al acto jurídico institucional, pasa por otra inconsistencia que aun cuando es del tipo de las citadas en el punto anterior, pensamos que conviene exponerla por separado por razón de que se combina con otra premisa de esta crítica. Nos referimos, en primer lugar, a la elevada complejidad de que hace gala la doctrina institucional y, en segundo término, a la noción de “bien común” a la que recurre dicha tesis.

En tal sentido, pensamos que para aplicar al matrimonio la teoría institucional debe en primer lugar hacerse un esfuerzo, no sólo para entender correctamente la manera en que se forma la institución, sino que además debe llegarse necesariamente a la comprensión de lo que es el bien común, que por otra parte constituye un principio que inspira todo el ordenamiento jurídico y a lo que normalmente tiende toda la actividad jurídica, siendo presupuesto de toda norma jurídica. Con esto lo que se plantea es una remisión al estudio de la filosofía jurídica, con lo cual ya no sólo es necesario remitirnos al estudio sociológico que implica la comprensión de la figura institucional, sino que, además, el estudioso del Derecho Civil, para llegar a aprehender completamente la naturaleza jurídica de la figura matrimonial debe recurrir también a la filosofía del Derecho para saber hacia lo que tiende y se ordena dicha figura. Entorpeciendo de esta manera la comprensión del fenómeno estudiado.

A partir de la exposición de lo que es una institución, lo que se logra es, quizá, una explicación -sociológica podría decirse- de la

génesis del Derecho, del Estado, de las relaciones entre éstos y el individuo, y no es útil para otro cometido porque en su origen, como se vió, sirvió para eso y aunque probablemente encontró, dentro del pensamiento de Romano, cabida como teoría general del Derecho, no obstante los postulados de la teoría general, si bien constituyen la base para entender el Derecho y las instituciones jurídicas, no resultan tan apropiados para explicar una puntual realidad que ha sido normativizada y subsumida por una específica área del conocimiento jurídico.

La referida abstracción filosófica y a la vez sociológica de la teoría en cuestión, la hace inviable para ser aplicada al matrimonio, como parte del Derecho privado, porque la implicación de conceptos ajenos al Derecho civil vuelve incomprensible, jurídicamente hablando, el alcance, la trascendencia, la ubicación y la realidad del negocio jurídico matrimonial dentro del esquema del Derecho civil.

c. En lo tocante al proceso de fundación de una institución, el autor que pretende ubicar al matrimonio como el acto a través del cual se funda ésta, incurre en graves inconsistencias expositivas de la idea.

En primer lugar, se destaca que si una institución es, como lo dijera Renard, idea objetiva transformada en obra social por un fundador¹⁴², en la descripción, que del matrimonio hace Pedro Pastor, no se llega a entender cuándo se tiene por constituido, porque no se determina cuándo tiene lugar el acto de fundación, el cual lógicamente debe preceder la existencia de la misma. Ello es así porque, al describir dicho fenómeno, confunde la fundación con lo fundado.

¹⁴² HAURIUO, Principios, ¿19...?, ,39.

No existe dentro del análisis jurídico del matrimonio, como ya se dijo arriba, una idea de hogar, así como tampoco hay una interiorización, porque, si esta se hace bajo la dirección de una autoridad paterna y si antes del matrimonio la familia aún no existe, no entendemos cómo se pueda hablar de autoridad paterna ni de proceso de interiorización sin la existencia de ninguna autoridad paterna.

En segundo lugar, la incorporación, descrita por el autor de la tesis sometida a crítica en estas líneas, por la incoherencia señalada respecto del momento de fundación con el tiempo en que ya existe la institución matrimonial, echa por tierra cualquier pretensión de mostrar al matrimonio como un acto de fundación de una institución. Así pues, resulta imposible que se produzca una incorporación, porque si ésta, en el matrimonio, se lleva a cabo por la actividad de los miembros movidos por el amor en procura de un aseguramiento del orden social interno de la comunidad y de su autoridad rectora en pro de la idea y su permanencia; en el matrimonio, en principio, no existe ni comunidad, ni autoridad, ni permanencia de idea. La comunidad no es tal porque todavía no se ha producido el acto jurídico creador del vínculo. Autoridad rectora no existe porque los cónyuges son iguales ante la ley. Por último, la idea que se pretende hacer perdurar no se sabe con claridad a qué hace jurídica referencia.

En tercer orden, tampoco vemos claro cómo puede hablarse en el matrimonio de una “personificación”, en el sentido de que sin la existencia de una familia, porque no hay miembros de la misma y más porque todavía no se ha fundado la institución familiar a través del acto jurídico institucional de fundación del mismo, los esfuerzos de los miembros del núcleo familiar a favor de una continuidad subjetiva de la comunidad familiar, es un imposible absoluto.

Si todos los puntos expuestos en este acápite son necesarios para la fundación y existencia de una institución y como se ha destacado, no se cumplen dentro del matrimonio explicado de la manera como lo ha hecho el citado autor, entonces la explicación institucional del matrimonio *in fieri*, como acto de fundación, adolece de graves defectos de planteamiento y, por tanto, resulta equivocada.

d. En el matrimonio, la igualdad de los sujetos que son parte, como en todo negocio privado, es elemento fundamental en el momento de su constitución, a diferencia del acto fundacional de una institución, en el cual un poder –noción que ya hace distinciones entre superiores e inferiores- es ejercido por un órgano o sujeto para la consecución del objeto mismo, además de la general idea de jerarquización de la realidad institucional, reflejada en la alusión a un fundador, a una idea superior. Planteamientos que están lejos de tener concreción en el matrimonio.

La idea del fundador, sujeto agraciado al cual le es revelada una idea de empresa, la del hogar, misma que le impulsa a la acción a los efectos del cumplimiento de dicha empresa, denota una estratificación de los sujetos que intervienen en esta relación, la matrimonial. Esto significa que uno o ambos cónyuges automáticamente encuentran la idea del hogar y actúan, y ese actuar les lleva a contraer matrimonio, siempre pensando en el bien común que es el móvil más directo de su actuar.

Analizando este punto, no encontramos ningún elemento que dé como resultado la necesidad de indagación sobre el conocimiento de si esa idea existe o existió, o si los cónyuges quieren fundar algo con la decisión de hacer realidad ese “bien común”. El único dato cierto –como ya se dijo- que se extrae del análisis civilista del matrimonio en su constitución, es que los sujetos de dicha relación aceptan ubicarse, en condiciones de igualdad, en la posición que les corresponde por virtud de un nuevo estado civil, lo cual significa la

aceptación concurrente de que en virtud de ese nuevo posicionamiento jurídico, respecto de la realidad jurídica personal, aceptan como suyos el conjunto de deberes y derechos que por la ley les son establecidos. Con lo cual se puede desdecir el argumento de la redacción de los estatutos, que constituye uno de los requerimientos de la fundación de una institución con común deseo de los sujetos.

La igualdad es la nota característica del matrimonio, puesto que los sujetos jurídicos de dicha relación no están revestidos de ningún carácter autoritario ni potestativo, que es nota esencial de los actos de poder del Estado, sino que más bien, el matrimonio, al ser un negocio jurídico requiere para su constitución que dichos sujetos actúen en la igualdad más absoluta, como corresponde a toda relación jurídica del orden civil, porque el Derecho civil es el Derecho de los iguales.

Por más que se piense y medite, no encontramos en el matrimonio ningún elemento que pueda identificarse con el poder que es necesario para que la idea institucional llegue a cuajar en la realidad y se funde la institución, así como tampoco se aprecia ningún elemento que denote una desigualdad entre los sujetos.

e. En cuanto al acto institucional como elemento a través del cual se fundan las instituciones, y que constituye el argumento principal por el cual el matrimonio *in fieri* es considerado como perteneciente al fenómeno institucional, pensamos que resulta un tanto forzado derivar su explicación del acto jurídico en sí.

Al afrontar la explicación de este punto, el autor que al efecto analizamos, parte de la premisa que, dentro del Derecho, el acto jurídico se identifica casi automáticamente con el acto jurídico contractual, como la única manera en que se puede establecer la relación entre dos sujetos. Presentando como alternativa, a éste, lo

que el llama acto jurídico institucional, derivado en sus características de algunos ejemplos de actos que no encajan plenamente dentro del esquema contractual y que denotan –a su criterio- la existencia de principios institucionales dentro del campo de las relaciones jurídicas civiles.

Sin demeritar tan ingenioso intento, hemos de señalar que el acto jurídico, si bien se puede clasificar en atención a muchos criterios, lo cierto es que conserva, a pesar de ello, una identificación que le otorga a toda la categoría una unicidad difícil de ocultar. El elemento identificador de las múltiples clases de actos jurídicos es la valoración del hacer humano con relación a la asignación de las consecuencias que a dicho acto se le da por el ordenamiento jurídico¹⁴³, y por tal razón resulta ser una categoría tan amplia en la que caben todas las posibles argumentaciones que lleven dentro de sí la consideración jurídica de la voluntad humana. Por ello, el intento de ubicar la institución dentro de lo civil, a partir de un pretendido acto jurídico institucional, no constituye muestra alguna de la aplicabilidad de esta doctrina al matrimonio.

Pero además, afirmar que exista un acto jurídico generador no de situaciones jurídicas subjetivas obligatorias para los sujetos intervinientes en el mismo, sino objetivas y que originan regulaciones expresadas por estatutos que estipulan los deberes de cada uno de los sujetos integrantes, está totalmente fuera de la lógica que es propia del acto jurídico. Porque en este tipo de actos las consecuencias jurídicas del actuar humano se encuentran ya previamente establecidas a través de la norma, por lo cual venir a afirmar que el acto institucional es el medio por el cual se crea un estatuto (en palabras de Hauriou, “redacción de los estatutos”)¹⁴⁴ que

¹⁴³ V. pág. 4 s, capítulo III de esta tesis.

¹⁴⁴ HAURIOU, La teoría de la institución, 1968, 68.

rige tanto derechos como obligaciones de los miembros del grupo, es una aserción que se ubica fuera de todo orden en el análisis del fenómeno, hecho que lo aleja significativamente del ámbito jurídico-civil, pero más aún del espectro propio del matrimonio, en el cual sabido es que los derechos y las obligaciones de los nupciales vienen determinados, de manera inderogable, por el ordenamiento jurídico del Estado y en manera alguna podrían ser ni alterados ni sustituidos a voluntad de los sujetos de la relación, en razón del estado civil que ello implica.

Así, la noción del acto jurídico institucional, descubierto a partir de estructuras contractuales que no encajan plenamente dentro del esquema propio de dicho negocio, lo que demuestra no es que se pueda derivar la existencia de un acto institucional, sino que, como sucede en el caso del matrimonio, este tipo de actos pertenece a esquemas jurídicos distintos del contrato, el cual no es capaz de abarcarlos.

Creemos que la fuerza de estas ideas obliga a rechazar que el matrimonio pueda ser ubicado como un acto jurídico institucional y, por tanto, debe decirse que dicho vínculo, no es susceptible de ser explicado, en su naturaleza jurídica, por la tesis institucional.

3 OTRAS TEORÍAS

Antes de dar por concluida esta investigación sobre las opiniones que se han generado en torno a la naturaleza jurídica, y lo acertado o no que dichas tesis pueden resultar, hemos de exponer, todavía cuatro tesis más sobre la naturaleza del matrimonio, consideradas en este trabajo, por la difusión que han alcanzado dentro de la doctrina, como minoritarias. Empezaremos con la tesis

sostenida por Cicu, que ubica el matrimonio como un acto de poder del Estado, para continuar con la tesis del matrimonio como acto complejo, luego presentamos la tesis que asimila el matrimonio con un contrato sui generis y en último lugar, la tesis del matrimonio como contrato complejo.

3.1 EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL

Esta tesis es planteada por Antonio Cicu, a partir de la idea que expone en el apartado correspondiente al Derecho de familia y la teoría del negocio jurídico de su obra "El Derecho de familia"¹⁴⁵, y consiste en sostener que el Derecho de familia, por sus características propias, no participa de los caracteres del Derecho Privado, sino que se aproxima más al Derecho público, y por ello llega, incluso, a afirmar que la familia es un órgano más del Estado¹⁴⁶.

La afirmación de que el matrimonio es un acto de poder del Estado, es el resultado de la observación de que en la celebración del

¹⁴⁵ V. para mayor abundamiento de la idea que de familia tiene Cicu y también respecto de sus posibles antecedentes dentro de la doctrina italiana el interesante comentario con que Michele Sesta, introduce la obra: CICU, Antonio; *Il Diritto di famiglia, teoria generale*, lettura di Michele Sesta; Arnaldo Forni editore; Bologna; 1978; pág. 1-79; tamb. V. RAVENTÓS Y NOGUER, Manuel; "El Derecho de familia y el Derecho privado"; RCRITDI, T. I, 1925; pág. 684 ss.

¹⁴⁶ Cfr. la idea en toda la obra citada pero, especialmente, véase la parte II, capítulo I; en donde las conclusiones a las que llega el autor pasan por contemplar, siguiendo en ello a Endemann, que el Derecho de familia se encuentra circunscrito por el interés público cuyas características propias campean dentro de la intrínseca naturaleza de los hechos del derecho de familia. En otras palabras, opina que la observación de los caracteres del Derecho de familia, por analogía, pueden ser consideradas semejantes a las relaciones de Derecho público: (pág. 212). En contra de esta concepción puede verse: FOSAR BENLLOCH, Enrique; "La norma jurídica y el Derecho de familia", RCRITDI, T. L, julio-agosto 1974; pág. 845 ss.

matrimonio se verifica la intervención del oficial del registro civil o de cualquier otra autoridad designada por la ley al efecto; con el agregado de considerar que esta intervención es de carácter esencial para la constitución del matrimonio –intervención activa y no meramente certificativa-, por cuanto el Estado es el ente capaz de crear el vínculo matrimonial de trascendental importancia para la sociedad o interés social¹⁴⁷, entonces esta intervención es constitutiva del vínculo, en nombre y representación del Estado, de lo que se deduce que es el Estado el que celebra en verdad el acto, que manando de su poder, autoriza a los cónyuges a considerarse como legítimamente unidos en matrimonio.

La declaración que pronuncia, en la constitución del matrimonio, el mencionado sujeto representante del Estado, constituye el elemento fundamental para que se tenga por existente dicha relación jurídica, porque resulta imposible pensar siquiera que el matrimonio fuese un acto que, realizándose privadamente entre los cónyuges, posteriormente deba ser sometido a examen y valoración por parte de la pública autoridad, en cuanto al cumplimiento de los requisitos estipulados con posterioridad a la celebración de dicho acto¹⁴⁸.

La voluntad que los cónyuges expresan ha de ser otorgada en presencia del oficial o representante del Estado y recogida por él personalmente, con lo cual, la voluntad expresada por aquellos tan sólo constituye un presupuesto, condición necesaria para que dicho representante estatal pronuncie la fórmula a través de la cual, ante la ley y el Estado, quedan unidos¹⁴⁹.

¹⁴⁷ CICU, *Il Diritto di famiglia*, 1978, 217.

¹⁴⁸ CICU, *Il Diritto di famiglia*, 1978, 219.

¹⁴⁹ *Idem*, 219 s.

La preponderancia del elemento estatal es justificable en la celebración del matrimonio en atención a la importancia que el mismo tiene dentro de la sociedad; y en tal sentido, el hecho de que el Estado intervenga en el matrimonio, de tal manera que sin su presencia, a través del representante, no es posible celebrar válidamente el vínculo, no es más que manifestación propia de una innegable realidad: que el matrimonio *no limita, sino que excluye la libertad, y pone por eso necesariamente a los esposos frente a un poder superior (Divinidad, Estado)*. Y precisamente por esta razón es que resulta impensable considerar que el Estado interviene como extraño¹⁵⁰.

La consideración sobre el acto constitutivo del matrimonio como una más de las actuaciones del Estado, se justifica por el hecho que el sujeto forma parte integrante de una colectividad, es ésta la que delimita su proceder fijándole unas normas de conducta, así pues, la voluntad individual se debe considerar como algo condicionado por la voluntad superior del Estado. Luego, el matrimonio no se realiza a través, o a consecuencia, de un acto consensual en el cual el acuerdo de voluntades de los cónyuges constituya factor determinante, pues, en atención a lo dicho, esa simple voluntad de los cónyuges carece de toda eficacia jurídica y si hubiera que asignarle un puesto dentro del acto constitutivo de esta relación jurídica, sólo cabría otorgarle el carácter de requisito necesario¹⁵¹.

En suma, la voluntad de los sujetos de la relación conyugal no juega más que un papel secundario dentro de la celebración del negocio jurídico matrimonial, porque su lugar ha sido ocupado por la declaración del referido representante del Estado. Es este el

¹⁵⁰ *Idem*, 221.

¹⁵¹ FLORES BELLONI, Alfonso; *El matrimonio como un acto estatal y la institución del matrimonio de hecho* (tesis doctoral inédita), Madrid, 1952; pág. 71-78.

argumento central por el cual Cicu plantea que la naturaleza jurídica del matrimonio está dada por un acto que emana de la potestad estatal.

3.1.1 CRÍTICA

La doctrina ha reaccionado contra semejante afirmación¹⁵² argumentando que si bien es cierto que la intervención de un sujeto que representa al Estado es un requerimiento para la celebración válida del matrimonio, también lo es que dicha intervención no puede concebirse como elemento constitutivo del vínculo matrimonial, ya que ello no es parte de la esencia misma que informa el acto, siendo dicha presencia una mera solemnidad concurrente con otros requisitos estipulados para tal efecto, tal como la asistencia de testigos. Además que no cabe agregar a los sujetos protagonistas de la relación conyugal un tercero, que en este caso sería dicho representante estatal, puesto que, analizando la estructura del negocio matrimonial, quienes son partes en la constitución del mismo son únicamente los cónyuges¹⁵³.

Creemos que la idea que hay que tener presente, en este análisis contradictorio del planteamiento del profesor Cicu, estriba en que dentro de la estructura que plantea el matrimonio, como ocurre

¹⁵² Dentro de la antigua doctrina italiana puede verse la amplia argumentación que hilvana en contra de esta tesis MACCHIA, Angelo; *Studi di Diritto matrimoniale*; Padova; Cedam; 1947; pág. 72 ss; tamb. DEGNI, Francesco; *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*; Casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1943; pág. 10.

¹⁵³ DÍEZ PICAZO, Luis; “El negocio Jurídico del Derecho de Familia”, RGLJ, T. XLIV, 1962; pág 776.

también en otros negocios de carácter formal¹⁵⁴, la relación jurídica que a partir del acto de celebración se constituye, requiere, por imperativo legal, que la manifestación de la voluntad de los cónyuges sea realizada frente a un sujeto que no siendo parte o “protagonista” dentro de dicha relación, no obstante, coadyuva a la ritualidad propia de este negocio jurídico, recogiendo la declaración de voluntad y solemnizando a la vez dicho acto, esto es ante un tercero. Tercero en el sentido más moderno de concebir a dicho sujeto dentro de la relación jurídica, es decir no como alguien ajeno a la dicha relación, en consideración de los intereses que tenga en el negocio, sino, del posible interés que por obra del ordenamiento éste podría llegar a tener en el plano jurídico a partir de la relación en la que no ha sido parte, sino, mejor dicho: “*funcionario fehaciente*”, porque asegura la notoriedad de un hecho cuya realidad debe ser admitida de manera obligatoria por todos, y no sólo por sus protagonistas. En otras palabras, es un tercero porque su posicionamiento jurídico frente a las partes le viene dado por virtud de la ley, de manera similar a la consideración de los testigos, fiadores o legatarios¹⁵⁵.

Mas la actividad que desarrolla este tercero implica la seguridad, para el Estado, del cumplimiento de los requisitos legales,

¹⁵⁴ V. por ejemplo los negocios jurídicos enunciados como de obligatoria constancia en documento público, en el artículo 1280 de Código Civil español. Cuestión que identifica estos casos con el matrimonio, en razón de que la solemnidad a que las declaraciones de voluntad deben ser sometidas, para poder constituirse en documento público, también implican la presencia del notario público.

¹⁵⁵ Cfr. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; “La noción de tercero entre los conceptos jurídicos básicos” en Libro homenaje a Jesús López Medel, T. I; Centro de Estudios registrales; Madrid; 1999; pág.177-193. En este trabajo el autor parte de la antigua concepción del tercero como alguien ajeno o extraño a la relación jurídica, en cualquiera de sus ámbitos, establecida entre las partes del negocio, y analizando algunos artículos del código civil, deduce la idea madre de esta noción, que dentro de la relación jurídica que se establece no es imposible que se produzca una extrapolación de su alcance -por los intereses que importa el negocio- a otros sujetos, que tendencialmente, por así disponerlo el ordenamiento, podrían llegar a tener alguna actividad dentro del desarrollo del negocio mismo, como es en nuestro caso la intervención del oficial del registro o cualquier otro representante del Estado. V. tamb. AULETTA, Tommaso, Il diritto di famiglia; G. Giappichelli editore; Torino; 1992; pág. 18.

por los sujetos, para adquirir un nuevo estado civil, lo cual siendo una cuestión de orden público, requiere la máxima seguridad; hecho que en el caso que nos ocupa se concreta en la inscripción del dicho acto jurídico matrimonial en el registro correspondiente.

Registro que por ser del tipo de los administrativos, “crea una situación que se podría calificar de privilegiada y prioritaria respecto al aseguramiento del hecho, facilitando el ejercicio de acciones judiciales” y haciendo posible la cognoscibilidad de la situación jurídica personal en cuanto al estado civil de cada ciudadano, como requisito propio de la seguridad jurídica en este tipo de relaciones¹⁵⁶. La inscribibilidad del acto jurídico matrimonial, constando en un documento certificativo de la efectiva celebración del mismo, base para la atribución del estado civil correspondiente, es el resultado de la presencia y actividad desarrollada por el sujeto en cuestión. De idéntica manera a lo que ocurre con la presencia del notario público en la celebración de los contratos que por ley deben constar en escritura pública.

Esa es la verdadera función o tarea que el tan aludido personaje cumple dentro del esquema legal del negocio matrimonial, puesto que son los cónyuges los únicos celebrantes del mismo, son ellos quienes aceptan o impugnan el otorgamiento del estado civil de casados, son ellos, ajenos a toda coacción, quienes verdaderamente, como en todo negocio jurídico, a través de su voluntad, son artífices de la relación jurídica en cuya dimensión se han de mover en adelante¹⁵⁷.

¹⁵⁶ LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio; “Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos”, RCRITDI T. LXV, marzo-abril, 1989; pág. 276., *ibidem*, expresa además este autor que dichos tipos de registros, son productores de efectos jurídicos y dotados de la eficacia de los registros jurídicos, por haber sido incorporados a ellos disposiciones propias de la ley hipotecaria.

¹⁵⁷ Cfr. en este sentido: SANTOS BRIZ, Jaime; Derecho Civil, teoría y práctica, T. IV, Derecho de Familia; Editorial Revista de Derecho Privado; 1982; pág. 21; TRABUCCHI, Alberto; Instituciones de Derecho Civil, T. I, parte general, Negocio jurídico, familia,

No obstante, todavía queda, respecto de esta tesis, una segunda argumentación por desdecir, y es la que Flores Belloni hace en relación con la subordinación de la voluntad de los individuos por la voluntad suprema del Estado. Y en este sentido diremos que dicha concepción, de evidente estirpe “estatolátrica”, sólo es el reflejo de una época, dentro del pensamiento jurídico, condicionado por algunas circunstancias políticas del tiempo¹⁵⁸, puesto que concebir al hombre como sometido en su voluntad por la voluntad de la sociedad hoy resulta totalmente inaceptable, toda vez que el individuo, actualmente constituye un sujeto jurídico libre en su conciencia y voluntad, cuyo hacer sólo encuentra límites dentro de los individuales derechos de los demás sujetos que integran la sociedad.

A partir de todo lo expuesto parece quedar inhabilitada la tesis que pretendió ubicar al matrimonio dentro de los actos propios del Estado, lo que equivale a decir que, por dicha razón, no resulta aceptable la vinculación de esta tesis con la naturaleza jurídica del acto por el cual se constituye el vínculo matrimonial.

empresas y sociedades, derechos reales, traducción de la 15ª edición italiana por Luis Martínez- Calcerrada; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1967; pág. 275; tamb. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; El negocio Jurídico; Civitas; Madrid; 1985 (reedición facsimilar del original de 1971); pág. 280; RODRÍGUEZ-ARIAS, RGLJ XL, 1960, 370; O'CALLAGHAN, Xavier; Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de familia; 2ª edic.; Edersa; Madrid; 1987; pág. 13 s.

¹⁵⁸ De acuerdo con tal aserción, se muestra FINOCCHIARO, Francesco; “Del matrimonio”, art. 79-93, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca; Nicola Zanichelli editore-Soc. ed. Del foro italiano; Bolonia, Roma; 1971; pág. 13: “La concepción, ahora descrita de manera suscita, del Derecho y de las relaciones de familia, en el pensamiento de su autor (refiriéndose a CICU), no era una construcción aislada, sino que tenía precisas y profundas motivaciones ideológicas, recogida y reafirmadas en el curso no breve de más de cuarenta años.

3.2 EL MATRIMONIO COMO ACTO COMPLEJO

Quizá como una derivación del anterior planteamiento se presenta este, que propone entender al matrimonio como un acto o negocio jurídico complejo. Complejo porque en él interviene no sólo la declaración de voluntad de las partes de la relación conyugal, sino también la del oficial o representante del Estado.

Así, el matrimonio aparece como un acto no absolutamente privado, en razón de que el simple acuerdo entre las partes no es suficiente para que se tenga por eficaz dicho negocio, tampoco es un mero acto administrativo, puesto que la voluntad de los cónyuges resulta algo de indispensable presencia junto con la declaración del representante del Estado¹⁵⁹.

Como se puede notar esta tesis resulta ser una posición intermedia entre una concepción voluntarista y la mantenida por Cicu¹⁶⁰, en el sentido que atribuye a la voluntad de las partes, del negocio matrimonial tanta importancia como la que el oficial o representante del Estado emite por virtud legal, a través de la cual la configuración de la relación jurídica matrimonial queda plenamente establecida. Esta declaración que el dicho sujeto realiza, luego de haber recibido la conformidad de los nubentes, es considerada, como en la antes expuesta teoría, como una declaración constitutiva de la

¹⁵⁹ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol.2, *Derecho de Obligaciones, derecho de familia derecho hereditario*, Madrid, Traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro José, Instituto editorial Reus; 1978; pág. 69; VASSALLI, Filippo; *Lezioni di Diritto matrimoniale, Vol.1º*; Cedam; Padova; 1932; pág. 84; TRABUCCHI, Alberto; *Istituzioni di Diritto civile, XXXVIII edizione, aggiornata con le riforme e la giurisprudenza*; Cedam; Padova; 1998; pág. 266; SANTOS BRIZ, Jaime; *Derecho Civil, teoría y práctica, T. IV, Derecho de Familia*; Editorial Revista de Derecho Privado; 1982; pág. 20 s; SPOTA, Alberto G; *Instituciones de Derecho civil, Contratos, V. I, 2ª reimpresión*; Ediciones depalma; Buenos Aires; 1978; pág. 64 s, 66.

¹⁶⁰ DEGNI, *Il diritto*, 1943; 10.

relación matrimonial porque es él quien, representando al Estado al momento de pronunciar que están unidos en matrimonio, da vida al negocio y éste viene a atribuir el estado civil correspondiente¹⁶¹. Presenta esta teoría al matrimonio como un acto en el que se hace patente un nexo concurrente de consentimiento que importa el control de legalidad¹⁶².

3.2.1 CUESTIONAMIENTO

En el apartado anterior ubicamos al representante del Estado, en la constitución del matrimonio, como un tercero, es decir, como un sujeto cuya presencia está dada por el interés que el Estado posee en que ciertamente las partes quieran y acepten el estado civil correspondiente, el cual surge a partir del otorgamiento de las voluntades de los sujetos. Consentimiento que ha de ser, normalmente emitido en presencia de éste, para que certificándolo a través de un escrito, que a su vez será el requisito necesario para la inscripción de dicho matrimonio en el registro civil, se tenga por cumplidas las ritualidades que impone el ordenamiento.

Considerar que las palabras que el tan mencionado tercero pronuncia sean constitutivas del vínculo matrimonial es quedarse en un análisis muy superficial del asunto, porque en verdad, a simple vista pareciera que el representante del Estado genera el vínculo, lo cual no es cierto, por que ni siquiera es una declaración constitutiva. No es constitutiva dicha declaración porque no cabe confundir en un negocio jurídico la forma con el contenido interno, ni con las partes.

¹⁶¹ Cfr. VASSALLI, Lezioni 1º, 1932, 86 s.

¹⁶² BOSSERT, Gustavo A/ZANNONI, Eduardo; Manual de derecho de familia, 1ª reimpresión, corregida; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1988; pág. 59.

En tal sentido, toda la actuación que el mencionado sujeto realiza es la propia de un tercero, ajeno a los que en verdad han constituido el negocio, en cuanto a la relación jurídica misma, a cuya órbita jurídica no afecta en nada el ulterior desarrollo de la relación matrimonial y el cual en última instancia, sólo resulta ser un agregado formal, cuya función es eminentemente certificativa del cumplimiento de los requisitos mandados cumplir por virtud de la norma. Tan firme resulta esta aseveración que, en el caso de divorcio, el representante del Estado -cuando cabe su presencia en el proceso-, normalmente no es el mismo que asistió a la celebración del acto constitutivo. Con lo cual se demuestra que el Estado, a través de su representante en el acto solemne de matrimonio, no emite ninguna voluntad, sino que otorga relevancia al acto y lo solemniza a través de dicho requisito, mostrando su interés a causa de la relevancia social que dicho negocio tiene. La presencia de un tercero para la celebración válida del matrimonio es mera forma, importante y trascendental, al grado tal que sin la concurrencia del mismo no se tiene por existente el vínculo, mas no por ello cabe asignarle mayor importancia que ésta.

Porque no es parte, dicho tercero, no emite una voluntad en el sentido de aceptación del estado matrimonial, ni tampoco incide su intervención en la aceptación de las que son partes del negocio; en este sentido su tarea es limitada tan sólo a la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para que los cónyuges adquieran el nuevo estado civil y en especial, del otorgamiento de las voluntades tendentes a la constitución del negocio matrimonial.

Por esta razón no concebimos correcto ubicar al matrimonio como un complejo de tres voluntades, dos privadas y una pública, es decir como algo complejo en atención a los consentimientos que intervienen en su confección. El negocio jurídico matrimonial es, y siempre ha sido, el resultado de la voluntad de los cónyuges, sin

necesidad de la intervención de una tercera voluntad superior que dé su asentimiento para que tal vínculo tome vida entre ellos.

Cosa muy distinta es la solemnización que se da a tan trascendental acto, tanto en el ámbito civil como en el religioso. Y algo que en este sentido refuerza nuestra afirmación es que, ni siquiera en el ámbito canónico, antecedente directo del matrimonio civil actual, se considera que las palabras rituales del sacerdote oficiante sean constitutivas del vínculo sagrado de matrimonio, porque no es él el ministro del sacramento, sino más bien el testigo cualificado que representando a la Iglesia recibe las declaraciones de los cónyuges, quienes son los verdaderos ministros del mismo¹⁶³.

En suma, el supuesto en razón del cual el matrimonio se hace un acto complejo, al no existir más que dos declaraciones de voluntad, deviene inapropiado. Porque como dice FINOCCHIARO¹⁶⁴, las concepciones más o menos encubiertamente estatistas del matrimonio *in fieri* reposan en su totalidad sobre una sobrevaloración de la función confiada por la ley al oficial del estado civil.

¹⁶³ En este sentido, refiriéndose al matrimonio canónico, expresa IBÁN, C. Iván; “Notas para una propuesta de definición del matrimonio”; RDPRIV; T. LXXVII, junio 1993; pág. 581: “Para que surja un vínculo matrimonial indisoluble es necesario: querer casarse (consentimiento), poder casarse (.capacidad) y la realización de la cópula; todo lo demás – singularmente la forma- son añadidos, pero no elementos esenciales para el surgimiento del vínculo”.

¹⁶⁴ FINOCCHIARO, *Comentario*, 1971, 33.

3.3 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO SUI GENERIS

Representa esta tesis la intención de no abandonar del todo la concepción contractualista, derivando de ella una noción contractual, en estado menos puro, aplicada al matrimonio.

Como su nombre lo indica, la tesis del matrimonio concebido como contrato sui generis, lo que pretende es seguir manteniendo al matrimonio como una especie perteneciente a la categoría contrato, no obstante, para no incurrir en la misma inconsistencia en que cae la doctrina contractualista, dicha corriente reconduce la idea hacia una subdivisión dentro de los contratos. Así, el contrato de matrimonio no sólo es un contrato más -acuerdo de voluntades- sino que también está informado por características especiales que le hacen ser distinto de los demás, por lo cual se le puede nombrar como un contrato sui generis o especialísimo o singular¹⁶⁵.

3.3.1 RECHAZO DEL PLANTEAMIENTO

La idea contractual, respecto del matrimonio, ha sido ya abordada por nosotros en el capítulo segundo de esta tesis, por lo cual nos remitimos a lo ahí dicho respecto de la aplicación de la doctrina propia del contrato al matrimonio. Sobre el punto que sí cabe hacer algún señalamiento, es el relativo a la caracterización de

¹⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ BLANCO, Antonio; "Dimensión Jurídica del matrimonio con especial referencia a la Constitución española", en Derecho y proceso, estudios jurídicos en honor del profesor A. Martínez Bernal; Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones; 1980; pág. 435. Siguiendo esta concepción algunos autores de Derecho canónico como, MANS PUIGARNAU, Jaime M; Derecho matrimonial canónico, V. I, principios fundamentales, preparación del matrimonio, impedimentos, consentimiento; Barcelona; Bosch; 1959; pág. 9.

“sui generis”, que se da a la realidad contractual que campea en esta tesis.

En tal sentido creemos, como se ha dicho por algún autor¹⁶⁶, que todos los contratos son sui generis unos respecto de los otros, y esta razón de especialidad es el elemento que permite que haya tantos contratos como relaciones patrimoniales voluntarias pueden constituirse. Es decir, que la apelación a un elemento que separando al matrimonio –si fuera un contrato- del resto de contratos a partir de su especialidad, con el objeto de mostrar que el matrimonio encuentra acomodo dentro de los esquemas contractuales resulta sólo un artificio o juego de palabras que no resiste un análisis de fondo.

A una ficción pertenece la idea que pretende explicar que una realidad jurídica que en sus principios fundamentales se ve identificada plenamente con otros elementos o realidades, en razón de su participación en una entidad o categoría conceptual que las congrega, puede presentarse como distinta de las demás por el sólo hecho de poseer elementos -que no siendo sustanciales dentro de su realidad- le ubican en la situación de realidad particular, distinta de las demás con las que se identifica.

En tal sentido, por ejemplo, el contrato de compraventa participa de la categoría conceptual del contrato, de su teoría general, de sus partes, de su explicación, de sus conceptos básicos y generales, pero se distingue entre todos los contratos por razón de su objeto de su forma o de su causa o de cualquier otro elemento, mas no por ello deja de ser un contrato, no por poseer caracteres distintivos en razón de la relación jurídica que genera, puede concebirse como ajeno a todo lo que es y representa afirmar que es un contrato. Por esas notas distintivas es que la compraventa es sui

¹⁶⁶ DÍEZ PICAZO, RGLJ XLIV, 1962.

generis respecto de los demás contratos, pero ello no le separa totalmente de dicha categoría general.

En el mismo sentido, el matrimonio presentado en su naturaleza jurídica como un contrato sui generis equivale a afirmar que el matrimonio es un contrato nada más, porque por razón de su especialidad es que existen tantos contratos que no por variar en algo respecto de los demás que integran la categoría denominada contrato, dejan de pertenecer a ésta. En suma, afirmar que un contrato es sui generis constituye un argumento tautológico, pues tal idea nos lleva necesariamente a la noción de la distinción entre los mismos, pero no a considerar que por tales características especiales se convierte alguno de ellos en algo ajeno al contrato.

Como se puede notar, no nos queda más remedio que descartar que el matrimonio, concebido desde este punto de vista contractual, sea, además, dentro del conjunto de los elementos de dicha categoría, algo sui generis, que es lo mismo que afirmar que el contrato de matrimonio es un contrato.

3.4 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO COMPLEJO

Es la teoría propuesta y principalmente defendida por Enrico Cimbali, que consiste en presentar el matrimonio como una síntesis de elementos pertenecientes al Derecho privado -la voluntad de los nubentes, especialmente- y al Derecho público, concurrentes en un negocio contractual, el cual por ser el continente de tales elementos se constituye en algo complejo. Opinión que representa una expresión de la idea del carácter orgánico de la familia¹⁶⁷.

¹⁶⁷ V. estudio preliminar de CICU, *Il Diritto di famiglia*, 1978, 11, por Michele Sesta.

En tal sentido, el matrimonio es un contrato personal y social a la vez. Esencialmente personal por cuanto liga vincularmente a las personas de los cónyuges. A la vez, contrato social, de una parte porque no limita su eficacia a las personas de los esposos sino que la extiende a otras personas relacionadas con estas, y de otra, puesto que constituye causa generadora y moralizadora de existencia humana a través del oficio de la reproducción material y de la educación moral de la especie¹⁶⁸.

Creemos oportuno destacar que la tesis en cuestión resulta una mezcla entre la anterior y la de Cicu, manteniéndose por ello dentro de la órbita contractual. No obstante hay que decir que esta vez, se asocia a la idea del matrimonio la noción de lo público y de lo privado en su más pura expresión, bajo la perspectiva de la tradicional contraposición entre ambos aspectos del Derecho¹⁶⁹.

3.4.1 CONTRADICCIÓN

Cabe pues oponer a esta opinión, en cuanto a la consideración contractual, todo lo dicho en esta tesis en negación de que el matrimonio pueda ubicarse conceptualmente dentro de esta categoría. Por otra parte, en lo tocante al carácter de complejo, en la manera que es presentado en dicha tesis, habría que recordar que siendo el ordenamiento jurídico estatal el propio del Estado, y siendo que tanto el aspecto privado como el público lo integran en su

¹⁶⁸ CIMBALI, Enrico; *La nuova fase del diritto civile dei rapporti economici e sociali*, 4ª edic. Unione tipografica editrice torinese; Torino; 1907; pág. 89 s.

¹⁶⁹ V. a este respecto el interesantísimo artículo de, ALPA, Guido; “Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, trad. de Paula Álvarez Tamés, en *RDPRIV*, enero 1999; pág. 3-43.

totalidad, es lógico que en algunos aspectos el Derecho privado se vea influido por el público.

Esta interferencia entre ambos, en el campo matrimonial, sería ocasionada por la importancia que el matrimonio representa para el Estado como procurador del bien común dentro de la comunidad. En ese sentido, la concurrencia en el matrimonio de elementos característicos del interés público y del privado no resulta algo de trascendencia para los efectos de la ubicación de este negocio jurídico dentro de la categoría contractual y, menos aún, con carácter complejo a consecuencia de la concurrencia en el mismo de elementos propios del Derecho privado y del público.

La aludida complejidad es necesaria en cuanto el acto por el que se concreta el negocio jurídico matrimonial, como ya se ha dicho repetidas veces, importa para las partes el cambio de estado civil, lo cual implica el interés público. Así, el estado civil, incidiría en la aplicación de normas de orden público, y por ende de Derecho público, ello a partir del negocio jurídico privado que representa el acto mismo del matrimonio. Ubicándose dentro del matrimonio ambos tipos de principios normativos, pero ello no convierte ni define al matrimonio en contrato complejo.

A consecuencia de tales argumentos nos vemos compelidos a rechazar esta tesis, y en consecuencia, a decir que el matrimonio no encuentra su naturaleza jurídica en un acto jurídico contractual complejo en el que incide tanto el aspecto público y privado del Derecho.

CONCLUSIONES

1. El matrimonio no fue materia de estudio para el Derecho romano sino en cuanto constituye una relación interpersonas, fuente de otras tantas relaciones jurídicas que, en ocasiones, incidía en el aspecto patrimonial.
2. Para el Derecho romano el matrimonio sólo constituía un mero hecho social, en el que el Estado no intervenía por regla general,
3. Que se constituía a través de ninguna formalidad con la sola concurrencia de la voluntad de los cónyuges de permanecer como marido y mujer.
4. El vínculo generado por el matrimonio nunca fue encasillado por el Derecho romano como un contrato.
5. Desde los inicios del tratamiento del matrimonio por parte de la Iglesia, se ha considerado que el consentimiento constituye la causa eficiente del mismo, pero este consentimiento no es como el contemplado en las fuentes romanas, en el cual se inspiró tal idea, es decir, un consentimiento continuado, sino que, por la vinculación de tal idea con la doctrina contenida en las Escrituras, el consentimiento, por el matrimonio, crea una situación jurídica de la cual no es posible desvincularse sino es por la muerte de uno o de ambos cónyuges, porque el matrimonio es para los cristianos un sacramento que representa la unión de Cristo y su Iglesia.
6. El matrimonio en su teoría fundamental, tal y como hoy se conoce, constituye una aportación del Derecho canónico, y constituye el

punto medio de la discusión entre dos tendencias opuestas, una objetivista y la otra eminentemente consensualista.

7. Para justificar la potestad de legislación que la Iglesia poseía sobre el sacramento del matrimonio, se propuso la solución que incorpora en la misma realidad del vínculo matrimonial un contrato y un sacramento. La Iglesia legisla sobre el matrimonio sólo en razón de ser éste un contrato, sin afectar en nada al sacramento.

8. Porque el matrimonio es una realidad natural e incorpora un elemento civil, como lo es el contrato, para los prohombres de la reforma protestante resulta muy discutible la sacramentalidad del matrimonio, asimilándolo en consecuencia a cualquier actividad profana.

9. Los ideales matrimoniales de la reforma inspiraron a algún sector de canonistas, teólogos y juristas a defender el derecho del Estado para reglar el vínculo matrimonial. Así se instauró en Holanda en el año de 1580, el matrimonio civil.

10. La revolución francesa representó, en el ámbito legislativo, un total triunfo de la pretensión estatal de despojar a la Iglesia de su jurisdicción matrimonial exclusiva, ello se demuestra en el texto de su constitución de 1791 y en el texto correspondiente del código civil napoleónico, en el que se reconoce al matrimonio como un simple contrato que el Estado regula. Aserción que inspira los textos de los códigos latinos.

11. El matrimonio civil representa el fruto de la secularización a que se vio sometido el vínculo conyugal de los cristianos. Pero dentro de ese proceso secularizador, que se consagró definitivamente en el texto del Code, jugó un papel destacado, tanto la doctrina de los regalistas como la filosofía ilustrada a través de la cual se defendía la

afirmación de la libertad personal como elemento de protección del Derecho.

12. El matrimonio no constituye un contrato porque no participa de los elementos propios de dicha figura jurídica.

13. En el matrimonio, el consentimiento, elemento que en el despliegue de sus características propias propició una confusión entre esta figura y el contrato, no resulta, al análisis, ser idéntico en ambas figuras; en el contrato se da con la amplitud necesaria para que la circulación de la riqueza se produzca sin trabas, y cuyos únicos límites sólo son los amplios límites de la autonomía privada, por el contrario, en el matrimonio se permite su existencia sólo a los efectos de aceptar o no la constitución del negocio.

14. No se puede aplicar la teoría que informa a la institución contractual en lo relativo a su objeto, toda vez que por objeto del contrato se entienda, como modernamente la dogmática civilista impone, todo bien que siendo susceptible de valoración económica represente algún interés o beneficio patrimonial para las partes contratantes, es la patrimonialidad la nota predominante en el contrato lo cual no ocurre en el matrimonio, en el que no existe un objeto contractual.

15. Como se ha visto en el desarrollo de este trabajo, los esfuerzos de algunos autores por presentar al matrimonio como una especie de contrato se caen por su insostenibilidad ante un reproche de fondo, porque el matrimonio sólo en apariencia podría ser tenido como contrato. La noción de lo que constituye naturaleza jurídica, que nosotros hemos planteado en la introducción a esta investigación, no se cumple en nada en este estudio comparativo, los elementos del contrato no absorben la realidad del matrimonio, por lo cual el matrimonio no se configura a la manera de los contratos, no encaja la figura matrimonial en el concepto ni en los elementos propios del

negocio contractual. Por todo esto, se puede decir que el matrimonio no es un acto jurídico bilateral cuya finalidad radique en el intercambio de prestaciones de carácter patrimonial entre dos o más sujetos de derecho que ponen de común sus contrapuestos intereses. Consecuencia de tales evidencias: *la naturaleza jurídica del matrimonio no reside en el contrato.*

16. El negocio jurídico, por constituir la noción que sirve a la ciencia jurídica civilista haciendo presente y viva la autonomía privada, tiene, hoy más que nunca un papel importantísimo que desarrollar dentro de los esquemas y estructuras de esta rama jurídica.

17. Algunas de las críticas dirigidas hacia la vigencia y utilidad del negocio jurídico, hoy, son reproches que tienen su origen desde el ámbito ideológico contra la totalidad del sistema jurídico imperante. Otras en cambio, obedecen a profundas convicciones estatalizantes, que encuentran su núcleo en corrientes de pensamiento en las cuales el Estado constituye el centro de atención como un ente ordenador de todos los aspectos de la vida de los ciudadanos, sin descuidar absolutamente nada, olvidando así que al sujeto, por su propia naturaleza humana, ha de poder elegir algunas formas, que a sus intereses mejor convengan, de satisfacer sus necesidades y expectativas, siempre y cuando no atente su actuación, contra los valores de que el ordenamiento es custodio.

18. Dentro de la doctrina negocial se presenta la necesidad de apreciar, desde otro punto de vista, a algunos de sus elementos integrativos, conceptos que resultan de una esencial explicación y que en atención a la tan cambiante realidad actual, deben ser revisados en su planteamiento. Sucede así, tal como ya lo expusimos en el apartado anterior, con el concepto de negocio, pero también la causa a nuestro parecer es un elemento que amerita el tratamiento que hemos consignado. Desde la perspectiva de dar una nueva dimensión, la que en verdad corresponde al sujeto de Derecho, la

causa adquiere un cariz distinto, no puede seguir siendo entendida como una función que atiende al interés del procomún, sino que hay que apreciarla como la función que desde el ámbito privado - individual-, circunscrito por los límites propios de la potestad (reconocida al individuo en razón de su dignidad: autonomía privada) de crear o aceptar contenidos reglamentarios, al no contraponerse con el sistema de valores que tutela el ordenamiento jurídico del Estado, sirviendo así, al individuo para dar cumplimiento a sus expectativas de toda índole y que atañe al libre desarrollo de su personalidad.

19. El negocio jurídico como una realidad que ha tomado existencia a partir de variadas realidades, en su conceptualización, pasa por expresar esa abstracción que el mismo constituye. Por ello, para explicarlo, debe atenderse a un aspecto que de conformidad con la realidad que expresa, pasa indefectiblemente por describir que el sujeto, para la obtención de ciertos bienes jurídicos de índole personalísimos, debe realizar una aceptación del arreglo de intereses que el Estado propone a los efectos de dicha obtención. Fenómeno que encuentra su fundamentación en la importantísima función que el negocio, así constituido, cumple dentro de la sociedad. Estos son los negocios jurídicos del Derecho de familia.

20. Los llamados negocios de familia cumplen plenamente los caracteres que son propios del Derecho de familia y, en consecuencia, se ha demostrado a través de la argumentación realizada, que aquella categoría jurídica es posible en su concepto, siendo, en consecuencia, factible hablar de un negocio jurídico toda vez que la voluntad de los sujetos sea capaz de constituir una relación jurídica de índole familiar.

21. Es dentro de estos negocios de familia donde el matrimonio encuentra su naturaleza jurídica, en dicha realidad se inserta como un concepto que recibe explicación a partir de las más profundas

realidades que expresa dicha categoría. Porque, el matrimonio, al presentar una estructura y un sistema en el cual tienen cabida una declaración de voluntad –voluntad matrimonial-, un objeto negocial – los bienes propios del estado civil de casados- y una causa del negocio mismo –la obtención del estado civil de casados-, en cuyo seno estos elementos realizan funciones en idéntica manera de cómo lo hacen en el negocio familiar, lógicamente, dentro del sistema jurídico se ordena como una realidad perteneciente a los mismos.

22. El matrimonio no puede concebirse como institución, en lo correspondiente a su aspecto *in fieri*, puesto que la estructura a través de la que se explica la constitución de una institución se aleja significativamente de cualquier forma jurídica de explicación, y en especial de los esquemas propios del Derecho Civil matrimonial, pues se pierde en cavilaciones tan abstractas que a veces resulta difícil relacionar su planteamiento con la realidad.

23. La idea motriz del institucionalismo parte de una perspectiva que, en su más íntima realidad difiere radicalmente de la realidad que es propia del Derecho civil, esto es que el interés privado no es algo que deba depender ni verse circunscrito o condicionado por la voluntad del colectivo, o de la idea superior, o del poder supremo de la institución, siempre que no rebase los límites propios de la autonomía privada.

24. Dentro del esquema que describe el matrimonio, en lo relativo a los sujetos y las condiciones en que estos vienen a constituir el negocio matrimonial, hay algo que le separa radicalmente de la noción del acto fundador, y es que el poder supremo que constituye la institución no existe, ninguno de los cónyuges encarna dicho poder toda vez que como en toda relación jurídico-privada, lo normal es la igualdad jurídica de los sujetos.

25. Si tal poder no existe y la institución se forma a partir de su acción sobre los sujetos adherentes, entonces tampoco hay en el matrimonio un acto de fundación de una institución. No se cumple lo que es fundamental para considerar el matrimonio como un acto fundacional.

26. Resulta una magnificación, de algo que no es sustancial, el pretender asignar a la declaración del representante del Estado una actividad de carácter constitutiva, porque dicha presencia, y por ende dicha declaración, no es más que un requisito que el Estado estipula legalmente en razón de la trascendencia social del matrimonio.

27. La intervención de un tercero en el acto constitutivo del negocio jurídico matrimonial, por mandato de la ley, al igual que la presencia de testigos o cualquier otra cuestión, resulta algo accesorio y de mera formalidad. Accesorio por no ser precisamente, principal, como lo es la declaración de voluntad de los cónyuges, que no es igual a sin importancia, pues sin la presencia de dicho tercero no se tiene por válidamente contraído el matrimonio. De mera formalidad, porque el matrimonio en razón de ello se configura como un negocio jurídico formal, la ley, siguiendo en esto a tradiciones antiquísimas recogidas en el Derecho Canónico que es su antecedente directo, ha querido mostrar su interés en que dicha unión sea de conocimiento público a través de esta presencia de un tercero, el cual normalmente signa el documento, por el que en verdad adquiere el matrimonio la publicación en el registro correspondiente. En este sentido el tercero se ubica en la misma posición de un notario respecto de un negocio patrimonial, deberá ser inscrito en el registro de la propiedad.

28. La doctrina propia del contrato no tiene cabida como explicación de la naturaleza jurídica del matrimonio, tal como lo expusimos en el capítulo correspondiente de esta tesis, de la misma manera que tampoco la tienen los intentos por reducir el alcance contractual a través de acudir a artificiosas ideas que rebajan el tono de la

cuestión. No es el matrimonio un contrato sui generis, como tampoco es un contrato complejo. Porque sui generis son todos los contratos, y deben serlo para diferenciarse unos de otros, son esas características especiales que cada tipo posee lo que le identifica dentro de todos los demás. El matrimonio no es contrato complejo porque concurren en él elementos de Derecho privado y público a la vez, puesto que es lógico que dicha figura, implicando un cambio de estado civil, y siendo éste de orden público, concorra en el matrimonio -junto con los elementos civiles definidores del interés privado de los cónyuges de adquirirlo, a través de los esquemas propios del negocio jurídico- el interés privado que anima este último aspecto.

Luego de haber bregado a través de las distintas teorías que han sido expuestas a propósito de la naturaleza jurídica del matrimonio, no nos queda duda de haber defendido la que al parecer constituye la mejor manera en que el Derecho civil expresa la naturaleza del estudiado instituto jurídico: el negocio jurídico. Por ello, aunque sea repetición de lo dicho en el lugar correspondiente de esta tesis, queremos que las últimas palabras de este trabajo lo reafirmen, *“El matrimonio es un negocio jurídico del Derecho de familia”*.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELLA, Joaquín; *Manual del matrimonio* Civil y Canónico; Enrique de la Riva, impresor; Madrid; 1889.
2. ACUÑA, Sara; La forma del matrimonio hasta el decreto “*Ne temere*”, *IC* Vol. XIII, Número 25 enero junio 1973.
3. ADNÉS, Pierre; *El Matrimonio*, Editorial Herder, Barcelona, 1973.
4. ALBALADEJO, Manuel; *Curso de Derecho Civil*, T. IV, Derecho de Familia; 8ª edición; José María Bosch editor S.L, Barcelona 1997.
5. ALBALADEJO, Manuel; “La causa”, *RDPRIV*, T. XXXII, abril 1958.
6. ALBALADEJO, Manuel; *Compendio de Derecho Civil*, Bosch; Barcelona; 1958.
7. ALBALADEJO, Manuel; *Compendio de Derecho Civil*, 10ª edic.; José Mª. Bosch; Barcelona; 1997.
8. ALBALADEJO, Manuel; *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona 1958.
9. ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*; 1ª reimpresión; editorial Astrea; Buenos Aires; 1987.
10. ALCHOURRON, Carlos E/BULYGIN, Eugenio; *Sobre la existencia de las normas jurídicas*; distribuciones Fontamara; México D.F; 1997.
11. AHRENS, H; *Curso completo de Derecho Natural*, 5ª edic., traduc. de Manuel María Flamant; 2ª edic. española; Boix; Madrid; 1864.
12. ALONSO PÉREZ, Mariano; “Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el derecho matrimonial español”; en *Estudio de Derecho civil en homenaje al Prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*; Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
13. ALONSO PÉREZ, Mariano; “La familia entre el pasado y la modernidad Reflexiones a la luz del derecho Civil”, *AC* 1998-1.
14. ALONSO PÉREZ, Mariano; “Acerca del matrimonio civil”, *RDPRIV*, T. LXII, febrero 1978.

15. ALONSO PÉREZ, Mariano; “El error sobre la causa”; en Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas; T. III; ediciones Universidad De Navarra; Pamplona; 1969. (cit. *EDCH-Castán III*)
16. ALPA, Guido; “Derecho público “y” Derecho privado. Una discusión abierta”, trad. de Paula Álvarez Tamés, en *RDPRIV*, enero 1999.
17. ALPA, Guido; “Causa e contratto: Profili attuali”, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congreso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997.
18. ALTERINI, A. Atilio, LÓPEZ CABANA Roberto; *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*; Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1982.
19. ANELLI, Franco; *Il matrimonio Lezioni*; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1998.
20. DE AQUINO, Santo Tomás; *Suma Teológica*, T. XV, “tratado del orden y del matrimonio”, Versión e introducciones del P. Fr. Sabino alonso Morán O.P; BAC; Madrid; 1956.
21. DE AQUINO, Santo Tomás; *Suma contra gentiles*, edic. bilingüe en dos tomos, T. II, libro 3º y 4º Dios, fin último y gobernador supremo, Misterios divinos y postrimerías. Trad. Dir. y revisada por Fr. Jesús M. Pla Castellano O.P; BAC; Madrid; 1953.
22. ARIAS, José; *Derecho de Familia*, 2ª edic., Editorial Guillermo Kraft limitada; Buenos Aires 1952.
23. ARIAS BONET, Juan Antonio; “El matrimonio en el derecho romano”, *AAMN* T. XIII 1962.
24. DE ARQUER Y FERRER, Miguel /DE SEMIR Y DE ARQUER, Santiago; *Derecho Matrimonial*, el matrimonio como institución natural como sacramento; Editorial Poliglota; Barcelona, 1949.
25. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A; *Curso de derecho de familia*, T.I, Matrimonio y régimen económico; editorial Civitas S.A; Madrid; 1987.
26. ARECHEDERA ARANZADI, Luis; artículo 45; en Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil, coordinado por José Luis Lacruz Berdejo; editorial Civitas S.A; Madrid; 1982.

27. ARECHEDERA ARANZADI, Luis; *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*; Montecorvo; Madrid; 1978.
28. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis; *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*; Secretariado de publicaciones Universidad de Sevilla; Sevilla; 1999.
29. ASTOLFI, Riccardo; *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*; CEDAM; Padova; 2000.
30. AUBRY/RAU, *Derecho civil francés*. 7ª edic. bajo la dirección de Paul Smein André Ponsaard, T.VIII, regímenes matrimoniales, por André Ponsard; Libraries techniques; 1973.
31. AULETTA, Tommaso; *Il diritto di famiglia*; G. Giappichelli editore; Torino; 1992.
32. AZZARITI, Giuseppe; “Stato civile”, en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, T. XVIII; Unione tipografico-editrice torinese; Torino; 1977.
33. AZNAR GIL, Federico, *La institución matrimonial en la hispania cristiana bajo medieval (1215-1563)*; Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca; Salamanca; 1989.
34. BALDASSARI, A; “*Il contratto nel diritto intermedio fino alla codificazione vigente*” en *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000.
35. BAÑARES, Juan Ignacio; “El matrimonio: en torno a la esencia, propiedades, bienes y fines”, *IC* Vol. XXXIV, número 68, julio-diciembre 1994.
36. BARASSI, Lodovico; *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I; traducción de García de Haro de Goytisolo Ramón; José María Bosch editor; Barcelona; 1955.
37. BARBERO, Domenico; *Sistema del Derecho Privado*, T. II, Derecho de la personalidad, derecho de Familia, Derechos reales; traducido por Santiago Sentis Melendo; ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, 1967.
38. BARCELLONA, Pietro; *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di Carmelita Camardi; Casa editrice Jovene; Napoli; 1996.

39. BELLINI, Alberto; "Il matrimonio nel protestantesimo" en, *Enciclopedia del Matrimonio*, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968. (cit. *EMATR*)
40. BELTRÁN FUSTERO, Luis; "Los convenios contra el matrimonio o sus bienes fundamentales", *RDN*, número XX, enero- marzo 1959.
41. BELTRÁN FUSTERO, Luis; "Un estimulante del matrimonio: El artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *ADC* Octubre-Diciembre 1956.
42. BERNARDEZ CANTÓN, A; *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, 3ª edic.; Editorial Tecnos; Madrid, 1978.
43. BETTI, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico*; traducción de A. Martín Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; s/f.
44. BETTI, Emilio; *Teoría General del Negocio Jurídico*; traducción de A. Martín Pérez, con estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez; Comares; Granada; 2001.
45. BETTI, Emilio; "Negozio giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula; T. XI, 3ª ediz.; Unione tipografico-editrice torinese; Torino; 1957. (cit. *NDI XI*)
46. BETTI, Emilio; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. de José Luis de los Mozos; Editorial de Derecho Privado; Madrid; 1975.
47. BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, vol. III, il contratto; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 2000.
48. BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, vol. III, il contratto; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1984.
- 49.
50. BIANCA, C. Massimo; *Diritto Civile*, vol. II, la famiglia, le successioni, terza edizione riveduta e aggiornata; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 2001.
51. BOBBIO, Norberto; *Teoria della norma giuridica*; G. Giappichelli editore; Torino; 1958.
52. BOBBIO, Norberto; "Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch); en *RIFD*, 1936.
53. BODENHEIMER, Edgar; *Teoría del Derecho*, trad. Vicente Herrero, 4ª reimpresión; Fondo de cultura económica; México D.F; 1974.

54. BONNECASE, Julien; *Elementos de Derecho Civil*, T.I, Nociones preliminares, Personas, Familia, bienes; traducción de José M. Cajica Jr, editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945.
55. BONNECASE, Julien; *La filosofía del código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, traducción de José M. Cajica Jr., editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1945.
56. BORDA, Guillermo A; *Manual de Derecho de Familia*, 10ª edic; editorial Perrot; Buenos Aires; 1988.
57. BOSSERT, Gustavo A./ZANNONI, Eduardo; *Manual de derecho de familia*, 1ª reimpresión, corregida; Editorial Astrea; Buenos Aires; 1988.
58. BOZZI, Lucia; *Accertamento negoziale e astrazione materiale*; Cedam; Padova; 2000.
59. BUENAVENTURA, San; *Obras de San Buenaventura*, V. I, T.I, Breviloquio; Itinerario del alma a Dios; Reducción de las ciencias a la teología; Cristo, maestro único de todos; excelencia del magisterio de Cristo; 3ª edic. bilingüe revisada, edición dirigida, anotada y con introducciones por los P: Fr. León Amoros O.F. M; Fr. Bernardo Aperribay O.F.M; Fr. Miguel Oromi O.F.M; BAC; Madrid; 1968.
60. CABRERIZO, Francisco; *El matrimonio, los hijos, la separación y el divorcio*; Imprenta del Patronato de Huérfanos de Intendencia e intervención militares; Madrid; 1933.
61. CALASSO, Francesco; *Il negozio giuridico*, lezioni de storia del Diritto italiano, 2ª ediz. Ristampa; dott. A. Giuffrè; Milano; 1967.
62. CALASSO, Francesco; *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, nuova ristampa della seconda edizione; Giuffrè; Milano; 1965.
63. CALVO SORIANO, Alvaro; “Ensayo sobre límites institucionales del negocio jurídico patrimonial”, en: Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. V; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969. (cit.*EDCH- Castán V*)
64. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel; “*La autonomía de la voluntad* en el actual derecho español sobre la familia”, separata N° 9 del Boletín de información (2ª época) del ilustre Colegio Notarial de Granada, mayo 1986.
65. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel; “Ante la reforma del Derecho de Familia”, *RDN*, números CI- CII, julio- diciembre de 1978.

66. CANO MARTÍNEZ, J. Ignacio; *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*; Bosch; Barcelona; 1990.
67. CANO TELLO, Celestino A; "El derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada", *RCRITDI*, T. LV, julio- agosto 1979.
68. CAPPELLINI, Paolo; *Systema Iuris I*, Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette; Giuffrè; Milano 1984.
69. CAPPELLINI, Paolo; *Systema Iuris II*, dal sistema alla teoria generale; Giuffrè; Milano 1985.
70. CAPITANT, Henri; *De la causa de las obligaciones*, trad. Eugenio Tarragato y Contreras; Góngora; Madrid; S/F.
71. CARBONNIER, Jean; *Derecho Civil T.I*, Vol. II, Situaciones familiares y cuasi familiares; traducción de la primera edición francesa con adiciones de conversión al derecho por Manuel M^a Zorrilla Ruíz; Bosch Casa editorial; Barcelona; 1960.
72. CARBONNIER, Jean; *Derecho Civil*, T. II V.II, el derecho de las obligaciones y la situación contractual, trad. Manuel Zorrilla Ruíz; Bosch casa editorial; Barcelona; 1971.
73. CARIOTA FERRARA, Luigi; *El negocio jurídico*, traducción y notas de Manuel Albaladejo; Aguilar; Madrid; 1956.
74. CARRERAS, Joan; *Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, 2^a edic.; ediciones Rialp; Pamplona; 1998.
75. CARRESI, Franco; "Autonomía privada nei contratti e negli altri atti giuridici", en *RDICIV* 1957.
76. CARRIÓN OLMOS, Salvador; *Historia y futuro del matrimonio civil en España*; editorial Revista de Derecho Privado; 1977.
77. CARRIÓN OLMOS, Salvador; "Notas sobre la evolución del sistema matrimonial español", *ADC* abril- septiembre 1979.
78. CARRIÓN OLMOS, Salvador; "En torno a la simulación de matrimonio civil", *RDPRIV*, T. LXV, enero 1981.
79. CARUSI, Pietro; *Il negozio giuridico notarile*, 2^a ediz.; Dott. A. Giuffrè editore; Milano; 1978.
80. CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol; "La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional privado", *ADC* octubre- diciembre 1983.

81. CASSI LORENZO, Alier; *Doctrina canónica relativa al mutuo consentimiento conyugal, causa eficiente del matrimonio* (tesis doctoral inédita), Septiembre 1912.
82. CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho Civil español, Común y Foral*; T.V, Derecho de Familia, Vol. 1º, relaciones conyugales, 10ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José Mª Castán Vázquez; Reus S.A; madrid, 1983.
83. CASTÁN TOBEÑAS, José; *La crisis del Matrimonio* (ideas y hechos); Madrid; 1914.
84. CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho Civil español, Común y Foral*; T. III, Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general, 14ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero; Reus S.A; Madrid, 1986.
85. CASTÁN TOBEÑAS, José; *Situaciones jurídicas subjetivas*; Instituto editorial Reus; Madrid; 1963.
86. CASTÁN VÁZQUEZ, José Mª; “Algunas cuestiones actuales del Derecho de Familia”, *RCRITDI*, T. LII, mayo- junio 1976.
87. CASTAÑO, J. F; “El canon 1057, centro de la legislación matrimonial de la Iglesia”, *REDCAN* vol. 47, julio- diciembre 1990.
88. CASTRILLO SANTOS, Juan; “Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos”, *ADC* abril- junio 1949.
89. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *El negocio Jurídico*; Civitas; Madrid; 1985 (reedición facsimilar del original de 1971).
90. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC* octubre-diciembre 1982.
91. DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *Compendio de Derecho Civil*, 5ª edic.; edita el autor; Madrid; 1970.
92. CESARINI SFORZA, Widar; *El Derecho de los particulares*, trad. José Calvo González; Civitas; Madrid; 1986.
93. CHELODI, Juan; *El derecho matrimonial conforme al Código de Derecho Canónico*, traducción de José A. Fernández Arruty; Bosch, Casa editorial; Barcelona 1959.
94. CICERO, Cristiano; *La violenza nel negozio giuridico*; Cedam; Padova; 2000.

95. CICU, Antonio; *El derecho de familia*, traducción de Santiago Sentís Melendo; Ediar, sociedad anónima Editores; Buenos Aires; 1947.
96. CICU, Antonio; *Il Diritto di famiglia*, teoria generale, lettura di Michel Sesta; Arnaldo Forni editore; Bologna; 1978.
97. CIMBALI, Enrico; *La nuova fase del diritto civile dei rapporti economici e sociali*, 4ª edic. Unione tipografico editrice torinese; Torino; 1907.
98. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis- Humberto; “Lo que sí es y lo que no es el matrimonio” *ADEE*, Vol. XII, 1996.
99. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto; *La causa del contrato*; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1998.
100. CODERCH, Pablo Salvador; artículo 45, en Comentario del Código Civil, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, T.I; Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones; Madrid, 1991.
101. *Código Civil Portugues* (1966), anotado e actualizado por Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos; 11ª edição; Livraria almedina; Coimbra, 1996.
102. *Codice Civile* (1942); aggiornato alla gazzetta ufficiale 31 gennaio 2001; Società editrice de “Il foro italiano”; Roma; 2001.
103. *Code Civil* (1804); 101ª édition; Dalloz; Paris; 2002.
104. *Código Civil* (España, 1889); edición actualizada a septiembre del 2000; Tecnos; Madrid; 2000.
105. *Código Civil de la República de Nicaragua* (1904), T. I; Bitecsa; Managua; 1996.
106. COING, Helmut; *Derecho Privado Europeo I*, trad. Antonio Pérez Martín; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1996.
107. COLIN, Ambrosio/CAPITANT Henry; *Curso elemental de Derecho Civil*, T.I, Introducción, Estado civil, domicilio y ausencia; trad. de la 2ª edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas del derecho civil español por Demofilo de Buen, José Castán Tobeñas y José Mª. Castán Vázquez, 4ª edic. revisada y puesta al día por Pascual Marín; editorial Reus S.A; Madrid, 1975.
108. COLOMBO, Carlo, “Il matrimonio sacramento della nuova legge” en, *Enciclopedia del Matrimonio*, a cura di Tullo Goffi, 3ª edic. riveduta ed ampliata; Queriniana; Brescia; 1968. (cit.*EMATR*)

109. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H; *El negocio jurídico*; editorial Astrea; Buenos Aires; 1992.
110. COMPORTI, Marco (et al); *Istituzioni di Diritto privato*, a cura di Mario Bessone; G. Giappichelli editore; Torino; 1998.
111. CONDE, Francisco Javier; *Introducción al Derecho político actual*; talleres tipográficos de Gráficas González; Madrid; 1953.
112. CONTRERAS, Pedro Pablo de; *Constitución democrática y pluralismo matrimonial* (el nuevo sistema matrimonial español); ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona, 1985.
113. CORRAL TALCIANI, Hernán; “El negocio jurídico: ¿un concepto en crisis? a propósito de una obra de Giovanni B. Ferri”; en *RDPRIV* enero 1991.
114. CORREIA FERRER, A.; *Estudios jurídicos I*, erro e interpretação na teoria do Negócio Jurídico; Librería Almedina; Coimbra; 1985.
115. CORTS, José; “Georges Renard y su doctrina de la institución”, *RDPUBL* T.III, enero- diciembre 1934.
116. CRISCUOLI, Giovanni; *Il contratto. Itinerari normativi e ricostruzioni giurisprudenziali*; Cedam; Padova; 1992.
117. DE COSSÍO Y CORRAL, Alfonso; *Instituciones de Derecho Civil* T. II, Derechos reales y Derecho hipotecario, Derecho de familia y Derecho de sucesiones, revisado y puesto al día por Manuel de Cossío y Martínez y José León Alonso; editorial Civitas S.A; Madrid; 1988.
118. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. III, Digesto; Jaime Molinas editor; Barcelona 1897 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988).
119. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. II, Digesto; Jaime Molinas editor; Barcelona 1892 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988).
120. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano, publicado por los hermanos Kriegel, Hemann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas

- y modernas y con notas de reerencia por Ildefonso L. García del corral, 1ª parte, T. I, Institutas, Digesto; Jaime Molinas editor; Barcelona 1889 (edición facsímil por, Editorial Lex Nova; Valladolid; 1988).
121. CUPIS, Adriano de; *Il diritto de famiglia*; Cedam, casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1988.
 122. CUPIS, Adriano de; *Istituzioni di diritto privato*, 3ª ediz. Dott. A. Giuffrè; Milano; 1983.
 123. DABIN, J; *La teoría de la causa*; estudio histórico y jurisprudencial, trad. Francisco de Pelsmaeker y adaptada al derecho español por Francisco Bonet Ramón, 2ª edic. Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1955.
 124. DAZA MARTÍNEZ, Jesús/RODRÍGUEZ ENNES Luis; *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 2ª edición; Madrid, 1997.
 125. DEGNI, Francesco; *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*; Casa editrice Dott. Antonio Milani; Padova; 1943.
 126. DELGADO DEL RÍO, Gregorio; “Libertad interna y consentimiento matrimonial”, *CFDUPM* 1-1982.
 127. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique; Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar, en Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas, T. VI; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969. (cit. *EDCH-Castán VI*)
 128. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique; “Concepto y naturaleza del acto jurídico familiar”, *RGLJ*, T. XII, 1966.
 129. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*; Vol. I-2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones: Contratos en especial, Cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extra contractual; Tecnos; Madrid; 1998.
 130. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*; Vol. I-2. Doctrina general del contrato y de las obligaciones: Contratos en especial, Cuasi contratos, enriquecimiento sin causa y responsabilidad extra contractual; Tecnos; Madrid; 1998.
 131. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*; Vol. I/ 1, Introducción. Parte general. Derecho de la persona, 2ª edic.; Tecnos; Madrid; 1998.

132. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*; Vol. IV, Derecho de familia, Derecho de Sucesiones, 4ª edic. ; Tecnos; Madrid; 1990.
133. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; “El negocio Jurídico del Derecho de Familia”, en: Estudios de Derecho Privado; editorial Civitas S.A; Madrid; 1980. (cit.*EDP*)
134. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; “El negocio Jurídico de Derecho de Familia”, *RGLJ*, T. XLIV, 1962.
135. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos Urbanos”, *ADC* Octubre- diciembre 1956.
136. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN; Luis; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; T. I, Introducción, Teoría del Contrato, 5ª edic; Civitas; Madrid; 1996.
137. DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis/GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*; Vol. I, Introducción, Autonomía privada, persona jurídica, 8ª edic. Tecnos; Madrid; 1994.
138. *Digesto*, Libro.XXIII, Título II, en Cuerpo del Derecho Civil Romano, trad. al español del texto latino de KRIEGEL, HERMANN y OSENBRÜGGEN, por Ildelfonso L. García del Corral; 1ª parte, Digesto T.II; Reimpresión de la edición de Jaime Molinas, Barcelona, 1892, a cargo de la editorial Lex Nova; Valladolid; 1988
139. D’ORS, Alvaro; *Derecho Privado romano*; 8ª edición revisada; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1991.
140. DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A; *Teoria Geral da relação jurídica*, vol. II; facto jurídico em especial negócio jurídico; 4ª reimp. Libraria Almedina; Coimbra; 1974.
141. DORAL GARCÍA, José A; *El contrato como fuente de obligaciones*; Eunate; Pamplona; 1993.
142. DORAL, José Antonio/DEL ARCO, Miguel Angel; *El negocio jurídico*; Trivium; Madrid; 1982.
143. DORAL GARCÍA, José A.; “La analogía en el Derecho de obligaciones”, en *Centenario del Código Civil*, T. I, Centro de Estudios Ramón Areces; Madrid; 1990.
144. DUALDE GÓMEZ, Joaquín; “Los imperativos contractuales”; *ADC* Enero- Marzo, 1949.

145. DUALDE GÓMEZ, Joaquín; *Concepto de la causa de los contratos* (la causa es la causa); Bosch casa editorial; Barcelona; 1949.
146. DURANY PICH, Salvador; "Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto" *ADC* julio-septiembre 1992.
147. DWORKIN, Ronald; *¿Es el Derecho un sistema de reglas?*, trad. Javier Esquivel y Juan Rebolledo G.; Universidad Nacional Autónoma de México; 1977.
148. ENTRENA KLETT, Carlos M^a.; *Matrimonio, separación y divorcio* (en la legislación actual y en la Historia), 2^a edic.corregida, aumentada y puesta al día; Editorial Aranzadi; Pamplona; 1984.
149. ESPÍN CÁNOVAS, Diego; *Manual de Derecho Civil Español*, 8^a edic; Vol.IV, Familia; editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1984.
150. ESPÍN CÁNOVAS, Diego; "Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa", *ADC* Julio- Septiembre 1963.
151. ESPÍN CÁNOVAS, Diego; "El consentimiento simulado en el matrimonio civil", *ARAJL* 28, 1998.
152. ESPINAR LAFUENTE, Francisco; *El negocio jurídico* (su naturaleza, estructura y clases); instituto editorial REUS; Madrid; 1963.
153. ESTÉVEZ, José Lois; "Sobre el concepto de naturaleza jurídica", *AFD*, T. IV, 1956.
154. FASSÓ, Guido; *Historia de la filosofía del Derecho*, T. 3, S. XIX-XX, trad. José F. Lorca Navarrete; Ediciones Pirámide; Madrid; 1983.
155. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, Iñigo; "La condición, el término y el modo en el consentimiento matrimonial. Estudio del artículo 45 del Código civil", *LA LEY* 1996-5.
156. FERRANTE, Matteo; *Negozio Giuridico*, concetto; Dott A. Giuffrè; Milano; 1950.
157. FERRI, Giovanni B; *Il negozio giuridico*; Cedam; Padova; 2001.
158. FERRI, Giovanni B; "La causa nella teoria del contratto" en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II congresso internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, a cura di Letizia Vacca; G. Giappichelli editore; Torino; 1997.

159. FERRI, Giovanni B; *Le anamorfofi del diritto civile attuale*, saggi; Cedam; Padova; 1994.
160. FERRI, Giovanni B; *Il negozio giuridico tra libertà e norma*; Maggioli editore; Rimini; 1987.
161. FINOCCHIARO, Francesco; Del matrimonio, art. 79-93, en Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca; Nicola Zanichelli editore- Soc. ed. Del foro italiano; Bologna, Roma; 1971.
162. FLORES BELLONI, Alfonso; *El matrimonio como un acto estatal y la institución del matrimonio de hecho* (tesis doctoral inédita), Madrid, 1952.
163. FLUME, Werner; *El negocio jurídico*, parte general del Derecho Civil, T.II, trad. no modificada de la 4ª edición, por José Mª. Miquel González y Esther Gómez Calle; Fundación cultural del notariado; Madrid; 1998.
164. FORNÉS, Juan; *Derecho matrimonial canónico*, 3ª edic. Tecnos; Madrid; 1997.
165. FOSAR BENLLOCH, Enrique; “El matrimonio religioso, el matrimonio canónico y el matrimonio civil. El Vínculo matrimonial ¿es disoluble?”, *RCRITDI*, T. LII, septiembre- octubre 1976.
- “La norma jurídica y el Derecho de familia”, *RCRITDI*, T. L, julio/agosto 1974.
166. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de; *El matrimonio como contrato civil*; separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Febrero de 1976; REUS S.A; 1976.
167. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo de “El matrimonio y el concordato español”, *IC* Vol. III, 1963.
168. FUENTE NORIEGA, Margarita; “*Estructura del negocio jurídico*”, en MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen et al.; Lecciones del negocio jurídico; Edit. por los autores; Oviedo; 1987.
169. FROSINI, Vittorio; “Istituzione”, en Novissimo Digesto Italiano, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula; T. IX, 3ª ediz.; Unione tipografico-editrice torinese; Torino; 1957. (cit.*NDI* IX)
170. GALGANO, Francesco; *Diritto privato*, 5ª edic.; Casa Editrice Dott. AntonioMilani; Padova; 1988.

171. GALGANO, Francesco; "Negozio giuridico (dottrine generali), en: Enciclopedia del Diritto, T. XXVI, Morale- Negozio; Giuffré Editore; Padova; 1977 (cit. *EDir*).
172. GALGANO, Francesco; "Negozio giuridico e contratto" en Atlante di diritto privato comparato Zanichelli, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologne; 1992. (cit. *ADPC*)
173. GALGANO, Francesco; *El negocio jurídico*, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa; Tirant lo blanch; Valencia; 1992.
174. GALGANO, Francesco; "Teorías e ideologías del negocio jurídico", en *ACFS* 22, 1982.
175. GALINDO GARFIAS, Ignacio; *Teoría general de los contratos*; Porrúa; México DF; 1996.
176. GANGI Calogero; *Derecho Matrimonial*, traducción del italiano por Miguel Moreno Hernández; Aguilar; Madrid; 1960.
177. GARCÍA AMIGO, Manuel; *Teoría general de las obligaciones y contratos*; Lecciones de Derecho Civil II; Mc. Graw Hill; Madrid; 1995
178. GARCÍA CANTERO, Gabriel; *El vínculo de matrimonio civil en Derecho español*; Roma-Madrid; Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Consejo Superior de investigaciones científicas delegación de Roma; 1959.
179. GARCÍA CANTERO, Gabriel; "Comentario al art. 45 CC" en: Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T.II, 2ª edición; Madrid; Editorial Revista de Derecho Privado; 1982; págs. 230-280. (cit. *Com. CC*)
180. GARCÍA CANTERO, Gabriel; "Nulidad de matrimonio", *AC* 1993-3.
181. GARCÍA CANTERO, Gabriel; "Luces y sombras en la evolución del derecho español de familia (1981 - 1990), *REDCAN* Vol. 58, enero - junio 1995.
182. GARCÍA FAÍLDE, Juan José; "Por una acertada concepción del matrimonio", *RJCAT* enero- marzo 1978.
183. GARCÍA GÁRATE, Alfredo; *El matrimonio religioso en el Derecho Civil*; Alfredo García Gárate, 1995.
184. GARCÍA GÁRATE, Alfredo; *Aportaciones de la doctrina canónica al principio consensual del matrimonio romano siglos I al IX*; (tesis doctoral inédita);1979.

185. GARCÍA GARCÍA, José Manuel; *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I; Civitas; Madrid; 1988.
186. GARCÍA GOYENA, Florencio; *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I; Madrid; 1852.
187. GARCÍA PADRÓN, Manuel; *La causa de los contratos en el Código Civil español* (tendencias actuales); publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife; Santa Cruz de Tenerife; 1979.
188. GARÍN URIONABARRENECHEA, Pedro M^a; *Legislación de la Iglesia Católica, Teología-Derecho y Derecho matrimonial canónico*; Universidad de Deusto; Bilbao; 1998.
189. GATTI, Hugo E; "Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges", *RGLJ*, T. XXXIX, julio- agosto 1959.
190. GAUDEMET, Jean; *El matrimonio en occidente*, trad. María Barberán y Florentino Trapero; Taurus humanidades; Madrid; 1993.
191. GERPE GERPE, Manuel; *La potestad del Estado en el matrimonio de Cristianos y la noción Contrato-Sacramento*; Instituto "San Raimundo de Peñafort", Consejo Superior de investigaciones científicas; Salamanca; 1970.
192. GETE ALONSO, María del Carmen (coord); *Cuadernos de teoría y práctica de Derecho Civil*, Derecho Civil IV; La Ley; 1993.
193. GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen; La influencia del concepto de contrato en el código civil, en Centenario del Código Civil, T. I; Editorial Centro de estudios Ramón Areces; Madrid; 1990. (cit. *CEN.CC. I*)
194. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; *Estructura y función del tipo contractual*; Bosch casa editorial; Barcelona; 1979.
195. Di GIACOMO, Enzo; *Il negozio giuridico ed il contratto*; Lalli editore; Poggibonsi; 1995.
196. GIMENO LINARES, Amalio, "Del concepto del contrato", *RGLJ*, LXXIX, Octubre 1930.
197. GIORGI, Jorge; *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Vol. III Fuentes de las Obligaciones.- Contratos; traducc.de la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia; Editorial Reus; Madrid, 1978.

198. GIORGIANI, Michele; "Causa" (dir. privato); en Enciclopedia del Diritto T. VI; Giufrè editore; Varese; 1960. (cit. *EDir. VI*)
199. GIRAUD- TEULON, A; *Los orígenes del matrimonio y de la familia*, traducción de Antonio Ferrery Robert; Daniel Jorro, editor; 1914.
200. GLÜCK, Federico; *Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia, sotto la direzione di Filippo Serafini, Direttori Pietro Cogliolo e Carlo Fadda, Libro XXIII, tradotto anotado dal prof. Rafaello D'ancona; Società editrice Libreria; Milano; 1898.
201. GONZÁLEZ MORENO, José Manuel; *Naturaleza y régimen jurídico de las cajas de ahorros*; edición de caja de ahorros y monte de piedad de Madrid; Madrid; 1983.
202. GONZÁLEZ DEL VALLE, José M; "El sistema matrimonial español: Situación actual y perspectivas de reforma", *ADC* Enero-Marzo 1978.
203. GOODY, Jack; *La evolución de la familia y del matrimonio en Europa*; Herder; Barcelona; 1986.
204. GORLA, Gino; *El Contrato*, problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico T. I, exposición general; trad. José Ferrandis Vilella; Bosch casa editorial; Barcelona; 1959.
205. *Decretales GREGORII NONI, Pont. Max.* Cum glossis ordinariis, argumentis, cañibus litteralibus & adnotationibus tam veterum quam recentium Iurisconsultorum illuftratae; Venetiis, MDLXXII.
206. GRISSI, G; "*L'autonomia privata*", en, Il diritto privato nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon; I contratti in generale I, fonti-diritto internazionale. Autonomia privata-classificazione; Unione tipografico editrice Torinese; Torino; 2000.
207. GROCIO, Hugo; *Del Derecho de la guerra y de la paz*, versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, T. II; Reus; Madrid; 1925.
208. GURVITCH, Georges; *Sociología del Derecho*, trad. Angela Romera Vera; editorial Rosario; Rosario, Argentina; 1945.
209. GUTIERREZ, Anastasio; *Il matrimonio*, essenza, fine, amore coniugale, 2ª edic.; societa editrice napoletana srl; Napoli; 1974.
210. GUZMÁN PÉREZ, Cristina; *Simulación del consentimiento matrimonial, aportaciones de los canonistas españoles 1917-1982*; Colex; Madrid; 1999.

211. HATTENHAUER, Hans; *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, traducción de Gonzalo Hernández; Editorial Ariel S.A; Barcelona; 1987.
212. HAURIUO, Maurice; *La teoría de la institución y de la fundación* (ensayo de vitalismo social); traducc. Arturo Enrique Sampay; Abeledo-Perrot; Benos Aires; 1968.
213. HAURIUO, Maurice; *Principios de Derecho público y constitucional*; trad. Carlos Ruiz del Castillo, 2ª edic. Instituto Editorial REUS; Madrid; ¿19...?
214. HAUSER, Jean/HUET-WEILLER Danièle; *Matrimonio, concubinato, filiación y patria potestad*, en Tratado de derecho civil , bajo la dirección de Jacques Ghestin , La familia, fundación y vida de la familia. Librairie générale de droit et de jurisprudence 1989.
215. HEINECIO; *Elementos de Derecho Natural y de gentes* de Heinecio, corregidos y aumentados por Mariano Lucas Garrido a los que añadió los de filosofía moral del mismo autor y traducidos al castellano por el bachiller en leyes D. J. A. Ojea, T II; Imprenta de Verges; Madrid; 1837.
216. HERVADA XIBERTA, Javier; La inseparabilidad entre contrato y sacramento en el matrimonio; en Cuestiones fundamentales sobre Matrimonio y familia, II simposio internacional de Teología de la Universidad de Navarra; ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1980.
217. IBÁN, C. Iván; “Sistemas matrimoniales”, *IC* Vol. XVII, número 34, julio – diciembre 1977.
218. IBÁN, C. Iván; “Notas para una propuesta de definición del matrimonio”; *RDPRIV*; T. LXXVII, junio 1993.
219. IGLESIA FERREIROS, Aquilino; “Uniones matrimoniales y afines en el derecho histórico español”, *RDN*; números LXXXV- LXXXVI, julio- diciembre de 1974.
220. IRTI, Natalino; *Lecture biettiane sul negozio giuridico*; Giuffrè; Milano; 1991.
221. JEMOLO, Arturo Carlo; *Il matrimonio nel diritto canonico*, dal concilio di trento al Codice del 1917; Società editrice il mulino; 1993.
222. JORDANO BAREA, Juan B; “El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial, *ADC* Enero- Marzo 1961.

223. JORDANO BAREA, Juan B; “Matrimonio y unión libre”, *AC* 1999-1.
224. JORDANO BAREA, Juan B; “La causa en el sistema del Código civil español, en, Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo, V.I; José María Bosch editor; Barcelona; 1992. (cit. *EDCH-LACRUZ I*)
225. JORDANO BAREA, Juan B; “Causa motivo y fin del negocio”, *ADC* abril-junio 1949.
226. JORDANO FRAGA, Francisco; *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*; Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia; 1988.
227. KASER, Max; *Derecho Romano Privado*; versión directa de la 5ª edición alemana por José Santa cruz Teijeiro; REUS S.A; Madrid; 1968.
228. KIPP, Theodor/WOLFF, Martín, Derecho de familia, Vol.1º El matrimonio, en Eneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martín, *Tratado de Derecho Civil* T.IV Derecho de familia, Vol.1, Traducción de Pérez González Blas y Alguer José, Barcelona, Bosch, 1979.
229. KNECHT, A; *Derecho Matrimonial Católico*, traducción de T. Gómez Piñán; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1932.
230. LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; *Elementos de Derecho Civil* T.IV, Derecho de Familia, 4ª edición; José Mª. Bosch editor; Barcelona; 1997.
231. LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; *Elementos de Derecho Civil I*, Parte general, vol. III, Derecho subjetivo. Negocio jurídico; Dykinson; Madrid; 1999.
232. LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín/DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco/RAMS ALBESA, Joaquín; *Elementos de Derecho Civil II*, Derecho de obligaciones, vol. I, Parte general. Teoría general del contrato; Dykinson; Madrid; 1999.
233. LAGOMARSINO, Carlos A. R; “Matrimonio” en *Enciclopedia jurídica Omeba*; T. XIX Mand-Muse; Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires; 1964.(cit. EJO XIX)

234. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; *Estudios de Derecho matrimonial*; ediciones Rialp S.A; Madrid; 1962.
235. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; "El matrimonio civil ante el derecho canonico" IC II, 1962.
236. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique; "Sobre la causa en los contratos", La Ley, 1988 (4).
- 135 *Las siete Partidas*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, III-IV; Andrea Deporto Nariis; Salamanca 1555 (reimpresión B.O.E).
237. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; *Principios de Derecho Civil*, T.VI, Derecho de familia; Trivium; Madrid; 1997.
238. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos; *Principios de Derecho Civil*, T. III, Contratos, 3ª edic., Trivium; Madrid; 1995.
239. *Le droit romain et sa reception en Europe*, edités par Henryk Kupiszewski et Witold Wolodkiewicz, Université de Varsovie, 1978, (les actes du colloque organisé par la faculté de Droit et d'administration, de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'accademia nazionale dei Lincei 8-10 octobre 1973).
240. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho*, 5ª edic. revisada y aumentada; Bosch; Barcelona; 1979.
241. LEHMANN, Heinrich; *Derecho de Familia*, Vol.IV, Traducción de la 2ª edición alemana por José Mª Navas; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1953.
242. LE PERA, Sergio; *La Naturaleza Jurídica*; ediciones Panedille; Buenos Aires; 1971.
243. LEVI, Alessandro; *Teoria generale del Diritto*, 2ª ediz; Cedam; Padova; 1953.
244. LEYVA DE LEYVA, Juan Antonio; "Planteamiento general de los registros públicos y su división en registros administrativos y registros jurídicos", *RCRITDI* T. LXV, marzo- abril,1989.
245. LISSARRAGUE, Salvador; "El concepto de institución en el derecho Público de Hauriou, su alcance filosófico-social" en *RFDUM*, julio-dic. 1941.
246. LLÁCER MATA CÁS, Mª. Rosa; "La causa del negocio jurídico" en MALUQUER DE MOTES, Carlos; *Derecho de la Persona y negocio jurídico*; Bosch; Barcelona; 1993.

247. LLANO CIFUENTES, Rafael; “A natureza Juridica do matrimonio a luz do novo codigo de direito canonico”, *IC* Vol. XXVII, numero 54, julio – diciembre 1987.
248. LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M/ LEÓN ALONSO José; *Lecciones de Derecho Civil*, El Matrimonio; Facultad de derecho, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.
249. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando; *Teoría de los Contratos*, parte general; Víctor P. De Zavalía; Buenos Aires; 1971.
250. LUCIDI, Irina; “La recezione del negozio giuridico in altri paesi” en *Atlante di diritto privato comparato Zanichelli*, a cura di Francesco Galgano; Zanichelli editore; Bologne; 1992. (cit. *ADPC*)
251. MACCHIA, Angelo; *Studi di Diritto matrimoniale*; Padova; Cedam; 1947.
252. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *El Matrimonio*, Sacramento, Contrato, Institución; Tipográfica editora mexicana S.A; México D.F; 1965.
253. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario; *Instituciones de Derecho Civil*, T.III, Derecho de familia; editorial Porrúa S.A; México D.F; 1988.
254. MALUQUER DE MOTES, Carlos; *Derecho de la Persona y negocio jurídico*; Bosch; Barcelona; 1993.
255. MANRESA Y NAVARRO, José María; *Comentarios al Código Civil español*, T. I, 7ª. Edic.; Instituto editorial Reus, Madrid, 1956.
256. MANS PUIGARNAU, Jaime M; *Derecho matrimonial canónico*, V.I, principios fundamentales, preparación del matrimonio, impedimentos, consentimiento; Barcelona; Bosch; 1959.
257. MANTUANO, Ginesio; *Matrimonio canónico e matrimonio civile nell’ordinamento statuale italiano e nell’ordinamento della chiesa*; Casa editrice Dott, Antonio Milani; Padova; 1968.
258. MARZIALE, Giuseppe; “Stato Civile”, en *Enciclopedia Giuridica* T. XXX; Istituto della Enciclopedia italiana; Roma; 1993.
259. MARÍN PÉREZ, Pascual; *Derecho Civil*, V. II; Tecnos; Madrid; 1983.
260. MARTÍNEZ BLANCO, Antonio; Dimensión Jurídica del matrimonio con especial referencia a la Constitución española, en *Derecho y proceso*, estudios jurídicos en honor del profesor A. Martínez Bernal;

Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones; 1980. (cit. *LH- Martínez*)

261. MARTÍNEZ- RADIO, Antonio de la Esperanza; “La función de la voluntad en los negocios jurídicos”, en: Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. V; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1969. (cit. *EDCH-Castán V*)
262. MARTINI, Remo; *Appunti di “sistituzioni di Diritto romano”*; libreria Ticci; Siena; 1993.
263. MELICH ORSINI, José; “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones”, *ADC* enero-marzo 1984.
264. MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T.II, doctrinas generales, traducción de Santiago Sentís Melendo; Ediciones jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1954.
265. MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T.III, derechos de la personalidad, derecho de la familia y derechos reales, traducción de Santiago Sentís Melendo; Ediciones jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1954.
266. MESSINEO, Francesco; *Doctrina general del contrato*, traducción de R. O Fontanarrosa/S. Sentis Melendo/M. Volterra; T. I; Ediciones Jurídicas Europa América; Buenos Aires; 1986.
267. MIELE, Mario; “Matrimonio” (diritto civile); en *Novissimo Digesto italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, T. X; Unione Tipografico-editrice torinese; Torino; 1957.
268. MIQUEL, Joan; *Derecho privado romano*; Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A; Madrid; 1992.
269. MIZRAHI, Mauricio Luis; *Familia, Matrimonio y divorcio*; Astrea; Buenos Aires; 1998.
270. MODUGNO, Franco; “Istituzione”, en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXIII; Dott A. Giuffrè editore; Varese; 1973.
271. MONGE BALMASEDA, Oscar; “El matrimonio” en LLEDÓ YAGÜE, Francisco/HERRÁN ORTIZ, Ana/MONGE BALMASEDA, Oscar/GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Aihoa; *Compendio de Derecho Civil. Familia*; Dikinson; Madrid; 2000. (cit.*CDC*)
272. MONTERO DUHALT, Sara; *Derecho de Familia*, 3ª edición; Editorial Porrúa S.A; México D.F; 1987.

273. MONTERO GUTIÉRREZ, Eloy; “¿Puede disolverse el matrimonio Canónico?”, *ADC* enero- marzo 1954.
274. MORALES MORENO, Antonio-Manuel; “El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, *ADC* julio-septiembre 1983.
275. MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen; Lecciones del negocio jurídico, Oviedo; 1987.
276. MOSTAZA RODRÍGUEZ, A; *La competencia de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio en los autores de los siglos XVI-XVII*; separata de Estudios, 1: Lex Ecclesiae, Salamanca, 1972.
277. De Los MOZOS, José Luis; *La reforma del Derecho de familia en España hoy*, vol.I; Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valladolid; Valladolid; 1981.
278. De Los MOZOS, José Luis; *El negocio jurídico* (estudios de Derecho Civil); Editorial Montecorvo; Madrid; 1987.
279. De Los MOZOS, José Luis; “La causa del negocio jurídico, notas para una reconstrucción dogmática de su concepto” RDN, número XXXIII-XXXIV julio-diciembre 1961.
280. MUÑIZ ESPADA, Esther; “Naturaleza jurídica del contrato por persona a designar”, *RCRITDI*, septiembre-octubre 1999.
281. MUÑOZ GARCÍA, Juan Fco; *El Matrimonio, Misterio y signo siglos XVII y XVIII*; ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1982.
282. MUÑOZ ISIDRO, Ricardo; *Institución matrimonial* (tesis doctoral inédita), mayo 1916.
283. NATOLI, Ugo; “In difesa del negozio giuridico”, en *Categorie giuridiche e rapporti sociali*. Il problema del negozio giuridico, a cura di Cesare Salvi; G. Feltrinelli editore; Milano; 1978.
284. NAVARRETE, Urbano, SI; “Matrimonio y culturas: hacia el matrimonio occidental moderno”; *REDCAN* Vol. 51, julio – diciembre 1994.
285. NAVARRO VALLS, Rafael; *Matrimonio y Derecho*; Tecnos; Madrid; 1994.
286. NAVARRO VALLS, Rafael; *El matrimonio*, en: GONZÁLEZ DEL VALLE, José M/ LOMBARDÍA, Pedro/LÓPEZ ALARCÓN, Mariano/ NAVARRO VALLS, Rafael/Viladrich, Pedro-Juan; Derecho

- Eclesiástico del Estado español, 2ª edic. 1ª reimpresión; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1983.
287. NAVARRO VALLS, Rafael (et al); “El matrimonio religioso ante el Derecho español”; en Derecho Eclesiástico del Estado español, 2ª edic.; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1983
288. NAVARRO VALLS, Rafael; *Estudios de Derecho Matrimonial*; Editorial Montecorvo S.A; 1977.
289. NAVARRO VALLS, Rafael; “La restauración de la comunidad conyugal en el matrimonio canónico y en el sistema matrimonial español concordado”, *RGLJ*, T. LXV, septiembre de 1972.
290. NAVARRO VALLS, Rafael; “La expresión legal del consentimiento matrimonial canónico”, *RGLJ*, T. LXX, 1975.
291. NICOLÒ, Rosario; “Atribuzione Patrimoniale” en Enciclopedia del Diritto, T. IV; Dott A. Giuffrè editore; Varese; 1959. (cit.*EDIR IV*,)
292. NÚÑEZ-LAGOS, R; “Causa de la traditio y causa de la obligatio”, *RCRITDI* T. XXXVI, mayo-junio 1961.
293. NÚÑEZ PAZ; Maria Isabel; *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*; ediciones Universidad de Salamanca; Salamanca; 1988.
294. O’CALLAGHAN, Xavier; *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*; Consejo General del Poder Judicial; Madrid; 1998.
295. O’CALLAGHAN, Xavier; *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de familia; 2ª edic.; Edersa; Madrid; 1987.
296. OLIVENCIA RUÍZ, Manuel; “La naturaleza jurídica y la causa de las operaciones a plazo” en, *El mercado a plazo en las bolsas españolas*, seminario celebrado el 29 de noviembre de 1976; Facultad de Ciencias económicas y empresariales Universidad de Bilbao; 1977.
297. OLLERO, Andrés, “El debate de la Ley de matrimonio Civil de 1870”, *RGLJ*, T. LXXXII, 1981.
298. ORESTANO, Riccardo; *La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto clásico al Diritto Giustiniano*; A. Giuffrè; Milano; 1951.
299. ORIGONE, Agostino; “Su di una combinazione fra la teoria del diritto naturale e quella dell’istituzione”, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, V. I, Filosofia e teoria generale del Diritto, Diritto costituzionale; Cedam; Padova; 1940.

300. OSSORIO MORALES, Juan; "Notas para una teoría general del contrato", *RDPRIV*, diciembre 1965.
301. OSSORIO MORALES, Juan; *Lecciones de Derecho Civil, obligaciones y contratos, parte general*, 2ª edición puesta al día por Juan Miguel Ossorio Serrano; Comares; Madrid, 1986.
302. OSTI, Giuseppe; "Contratto" en: *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, direzione di Antonio Azara e Ernesto Eula; Unione Tipografico-Editrice Torinese; Torino; 1957.
303. PARICIO, Javier/FERNÁNDEZ BARREIRO, A; *Historia del Derecho Romano y su recepción*; Centro de Estudios Ramón Areces S.A; Madrid; 1995.
304. PASSARELLI, Santoro; *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano; editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1964.
305. PEIDRO PASTOR, Ismael; *Proyección de la doctrina institucional sobre la naturaleza jurídica del matrimonio*; Tesis doctoral inédita; 194?
306. PELLICANÒ, Aldo; Causa del contratto e circolazione dei beni; Dott. A. Giuffrè; Milano; 1981.
307. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel; *Derecho de Familia*; Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones; Madrid; 1989.
308. PEREDA GÁMEZ, Javier/VEGA SALA, Francisco; *Derecho de Familia*; Editorial praxis S.A; Barcelona; 1994.
309. PÉREZ DE BARRADAS, José; *La Familia*; Manual N°.1 del museo Etnológico; Madrid; 1941.
310. PÉREZ FERNÁNDEZ, Bernardo; *Contratos Civiles*, 2ª edición; Porrúa; México D.F; 1994.
311. PERRONE; *Del matrimonio civil*, Opúsculo formado por la Librería religiosa, con base en la obra del autor Del Matrimonio Cristiano; Librería religiosa; Barcelona; 1859.
312. PESET, Mariano/MORA, Adela/FERRERO, Remedios/CORREA, Jorge/ GARCÍA, Pilar/PALAO, Javier; *Historia del Derecho*; Artes gráficas Soler S.A; Valencia; 1989.
313. PIETROBON, Vittorino; *El error en la doctrina del negocio jurídico*, traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho

español por Mariano Alonso Pérez; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1971.

314. PINO, Augusto; *Il diritto di famiglia*, 2ª ediz.; Cedam; Padova; 1984.
315. PLANIOL, Marcel/RIPERT, Jorge; *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, T.II, la familia, matrimonio, divorcio, filiación, traducción española de Mario Díaz Cruz; cultural S.A; La Habana; 1939.
316. PLATÓN; *La república o el Estado*, trad. y notas de Patricio de Azcárate; Edicomunicación; 1994.
317. POTHIER, Robert; *Tratado del contrato de matrimonio*; traducción de Mariano Noguera y Francisco Carles; Barcelona; Imprenta y litografía de J. Roger, editor; Barcelona; 1846.
318. PUGLIATTI, Salvatore; *Beni e cose in senso giuridico*; Dott A. Giuffrè editore; Milano; 1962.
319. PUIG BRUTAU, José; *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Doctrina general del contrato, 3ª edición; Bosch; Baelona; 1988.
320. PUIG BRUTAU, José; *Compendio de Derecho Civil*, T. II, Derecho de obligaciones, contratos y cuasi contratos, obligaciones derivadas de actos ilícitos, 3ª edición; Bosch; Baelona; 1998.
321. PUIG BRUTAU, José; *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, 2ª edición, Familia, Matrimonio, Divorcio, filiación, patria potestad, tutela; Bosch, casa editorial, S.A; Barcelona; 1985.
322. PUIG I FERRIOL, Lluís/GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen/GIL RODRÍGUEZ, Jacinto/HUALDE SÁNCHEZ José Javier; *Manual de Derecho Civil II*; Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría general del contrato, 2ª edic. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales; Madrid- Barcelona; 1998.
323. PUIG PEÑA, Federico; *Tratado de Derecho Civil Español*, T. II, Derecho de familia, Vol. 1º, Teoría General del matrimonio; Madrid; editorial Revista de derecho privado, 1953.
324. RAMÍREZ MAC GREGOR, Carlos; *El matrimonio*, estudio histórico y de Derecho comparado, 1ª edición; Editorial REUS S.A; Madrid; 1930.
325. RAMOS CHAPARRO; Enrique; *Ciudadanía y familia: Los estados civiles de la persona*; CEDECS editorial; Barcelona; 1999.
326. RAMOS OREA, Tomás; *La esencia negocial del matrimonio*, tesis doctoral inédita.

327. “La formulación indagatoria “¿Cui prodest?” y el principio del abuso de Derecho como cotas conceptuales en la conformación jurídica del matrimonio”, *RDPRIV*, T LXXIII, septiembre 1989.
328. RAMOS OREA, Tomás “El tercero respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio”, *RCRITDI*, T. LXI, noviembre- diciembre 1985.
329. RAMOS OREA, Tomás “Matrimonio y otros contratos: aspectos comparativos, equiparables y subsumibles mutuamente”, *RDN*, Números CXIII-CXIV, julio- diciembre 1981.
330. RAMOS OREA, Tomás “El principio intuitu personae como configurador del contrato de matrimonio”, *BIMJ*, número 1451, Abril 1987.
331. RAMOS OREA, Tomás “Matrimonio como negocio jurídico simple o contrato puro: distintos supuestos de resolución”, *RDN*, número CXL, abril- junio 1988.
332. RÉBORA, Juan Carlos; *Instituciones de la familia*, T.I reseña histórica crisis, reconstrucción; Editorial Guillermo Kraft Ltda; Buenos Aires; 1945.
333. RECASÉNS SICHES, Luis; *Iusnaturalismos actuales comparados*; sección de publicaciones Universidad de Madrid; Madrid; 1970.
334. RECASÉNS SICHES, Luis; *Tratado general de filosofía del Derecho*; Porrúa; México D. F; 1978.
335. RAVÁ, Adolfo; *Lezioni di diritto civile sul Matrimonio*, 3ª ediz; Cedam; Padova; 1935.
336. RAVENTÓS Y NOGUER, Manuel; “El Derecho de familia y el Derecho privado”; *RCRITDI*, T. I, 1925.
337. RÉBORA, Juan Carlos; *Instituciones de la familia*, T.II El matrimonio (elementos, estructura, derechos y deberes personales, conflictos); Editorial Guillermo Kraft Ltda; Buenos Aires; 1945.
- 338.
339. REINA, Víctor/MARTINELL, Josep María; *Las uniones matrimoniales de hecho*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid; 1996.

340. REINA, Víctor/MARTINELL, Josep María; *Curso de Derecho Matrimonial*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid; 1995.
341. REINA, Víctor; *Lecciones de Derecho Matrimonial*; Promociones Publicaciones Universitarias; Barcelona; 1983.
342. REINA, Víctor; “Matrimonio Canónico y Civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales”, *RDPRIV*, T. LIII, enero- diciembre 1969.
343. RESCIGNO, Pietro; *Manuale del Diritto privato italiano*, 7ª ediz. Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli; 1986.
344. REZZONICO, Juan Carlos; *Principios fundamentales de los contratos*; Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; Buenos Aires; 1999.
345. RIERA AISA, Luis; “Contrato” en Nueva Enciclopedia Jurídica, T.V dirigida por Carlos E. Mascareñas; Editorial Francisco Seix; Barcelona; 1985 (cit. *NEJV*)
346. RINCÓN, Tomás; *El matrimonio, Misterio y signo, siglos IX al XIII*; Ediciones Universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1971.
347. ROBLEDA, Olís S.J; *El matrimonio en derecho romano*, esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad; Librería editrice Universita Gregoriana; Roma; 1970.
348. ROCA I TRÍAS, Encarna; Lección 3ª Familia y matrimonio, en A.M López y López, Mª. Valpuesta Fernández, F. Blasco Gascó, L.Montes Penadés, L. Prats albertosa, M. Clemente Meoro; *Derecho de Familia*; Tirant Lo Blanch; Valencia; 1991.
349. ROCA I TRÍAS, Encarna; Lección 4ª, el matrimonio, en A.M López y López, Mª. Valpuesta Fernández, F. Blasco Gascó, L. Montes Penadés, L. Prats albertosa, M. Clemente Meoro; *Derecho de Familia*; Tirant Lo Blanch; Valencia; 1997.
350. ROCA SASTRE, Ramón Mª; *Estudios de Derecho Privado*, V. I, obligaciones y contratos, con la colaboración de José Puig Brutau); editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1948.
351. ROCAMORA VALLS, Pedro; *El dogma de la autonomía de la voluntad* (tesis doctoral inédita)Madrid, Junio 1943.
352. ROCAMORA VALLS, Pedro; *Libertad y voluntad en el Derecho*; Madrid; 1947.

353. ROMANO, Santi; *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de Santiago Sentís M. y Marino Ayerra Redín; Ediciones jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1964.
354. ROMANO, Santi; *El ordenamiento jurídico*, trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo; Instituto de Estudios Políticos; Madrid; 1963.
355. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino; “Filosofía de la familia”, *RGLJ*, T. XL, marzo de 1960.
356. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino; “La teoría institucional del Derecho”, en *ACFS* 12, 1972.
357. ROSAS BENÍTEZ, Alberto; *Proyección histórica del Derecho*; vol. IV, Regreso medieval del Derecho romano; Guadalajara, México, Editorial Hexágono; 1996.
358. ROSSEL SAAVEDRA, Enrique; *Manual del Derecho de la familia*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1958.
359. ROTA, Antonio; “natura giuridica e forme della istituzione nella dottrina di Sinibaldo dei Fieschi” en *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 1956 (cit. *AGFILS*).
360. ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*; Edicomunicación; Barcelona, 1998.
361. ROYO MARTÍNEZ, Miguel; *Derecho de Familia*; Imprenta Suárez; Sevilla; 1949.
362. ROYO MARTÍNEZ, Miguel; “Notas acerca de la naturaleza contractual del matrimonio”, *RCRITDI*, T. VIII, 1932.
363. RUBINO, Gabriela; *La serietà del volere*; Edizioni Scientifiche italiane; Napoli; 1994.
364. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol.2, Derecho de Obligaciones, derecho de familia derecho hereditario, Madrid, Traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro José, Instituto editorial Reus; 1978.
365. RUÍZ-GIMENEZ CORTÉS, Joaquín; *La concepción institucional del Derecho*; Instituto de estudios políticos; Madrid; 1944.
366. RUÍZ, Mario; “El negocio jurídico”, cap.VII de: DE LUCAS, Javier/AÑÓN, M^a José/APARISI, Angela/BEA, Emilia/FERNÁNDEZ, Encarnación/LÓPEZ, Francisco/MARTÍNEZ Blanca/RUÍZ,

- Mario/VIDAL, Ernesto; *Introducción a la teoría del Derecho*, 2ª edición; Tirant lo blanch; Valencia; 1994.
367. RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho de Familia*, el matrimonio, la filiación y la tutela; Ricardo Ruíz Serramalera; Madrid; 1980.
368. RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil*, el negocio Jurídico, elementos y eficacia del negocio, la representación; universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones; Madrid; 1980.
369. RUÍZ SERRAMALERA, Ricardo; *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, T.II, los contratos; edita el autor; Madrid; 1992.
370. SAN JULIÁN PUIG, Verónica; *El objeto del contrato*; Aranzadi; Pamplona; 1996.
371. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe; *Estudios de Derecho Civil*, T.V, V.I, Derecho de familia, 2ª edic., Est. Tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”; Madrid; 1912.
372. SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe; *Estudios de Derecho Civil*, T.IV, Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación, 2ª edic. , Est. Tipográfico “sucesores de Rivadeneyra”; Madrid; 1899.
373. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel; “La noción de tercero entre los conceptos jurídicos básicos” en Libro homenaje a Jesús López Medel, T. I; Centro de estudios registrales; Madrid; 1999.
374. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; El matrimonio en general, en Lacruz José Luis, Albaladejo Manuel, Tratado Teórico práctico de Derecho Civil, T.IV, Vol.1º, Derecho de familia, el Matrimonio y su economía; librería Bosch; Barcelona; 1963.(cit. *Trat. IV, 1º*)
375. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; “Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil”; *RGLJ*, T. LIII, 1971.
376. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; *Estudios de Derecho Civil I*; Eunsa; Pamplona; 1978.
377. SANTORO PASSARELLI, Francesco; *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano; editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1964.
378. SANTORO PASSARELLI, Francesco; *Saggi di diritto civile I*; Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli; 1961.

379. SANTOS BRIZ, Jaime; *Derecho Civil*, teoría y práctica, T. IV, Derecho de Familia; Editorial Revista de Derecho Privado; 1982.
380. SANTOS BRIZ, Jaime; *Los nuevos contratos civiles*. Nuevas perspectivas; Comares; Granada; 1992.
381. SAVIGNY, M.F.C; *Sistema del Derecho romano actual*, T.II; trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2ª edic; Madrid; Centro editorial de Góngora; Madrid; s/f.
382. SCALISI, Vincenzo; “ Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile”, *RDICIV* n° 2 marzo-abril 1990.
383. SCARDULLA, Francesco; “Stato Civile”, en EDir, T. XLIII; Giuffrè editore; Varese; 1990.
384. SCALISI, Vincenzo; *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*; Giuffrè editore; Milano; 1998.
385. SCHILLEBEECKX, Edward; *El matrimonio realidad terrena y misterio de salvación*, 2ª edic., Ediciones Sígueme; Salamanca; 1970.
386. SCIALOJA, Vittorio; *Negocios jurídicos*, trad. de la 4ª edic. italiana por Francisco de Pelsmaecker e Ivañez; Imprenta editorial de la Gavidia; Sevilla; 1942.
387. SCOGNAMIGLIO, Renato; *Teoría general del contrato*, 2ª reimpresión, traducción de Fernando Hinestrosa; Universidad Externado de Colombia; Bogotá; 1996.
388. SCOGNAMIGLIO, Renato; “*Negozio giuridico*” profili generali; en Enciclopedia Giuridica Vol. XX, dirigido por Bruno Paradisi; Istituto della enciclopedia italiana; Roma; 1990.
389. SCOGNAMIGLIO, Renato; *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª ediz., Casa editrice dott. Eugenio Jovene; Napoli; 1969.
390. SCUTO, Carmelo; “Il concetto del contratto e le sue varie applicazioni”, *RIVDCOM*, XXVIII, 1930.
391. SERRANO MARÍN, “Idea y realidad de la familia en el nuevo derecho matrimonial español”, *BICAM*, Número 2, marzo- abril 1989.
392. SIEBERT, Wolfgang; “ Contrato y libertad de contratación en el nuevo sistema del Derecho alemán”, *RDPRIV*, T. XXVI, julio- agosto 1942.

393. SOHM, Rodolfo; *Instituciones de derecho privado romano*, historia y sistema, traducción de Wenceslao Roces; editora Nacional; México D.F; 1975.
394. SOUTO PAZ, José Antonio; *Derecho matrimonial*; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A; Madrid, Barcelona; 2000.
395. SPOTA, Alberto G; *Instituciones de Derecho civil*, Contratos, V. I, 2ª reimpresión; Ediciones depalma; Buenos Aires; 1978.
- *Instituciones de Derecho civil*, Contratos, V. III, 2ª reimpresión; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1980.
396. STOLFI, Giuseppe; *Teoría del Negocio Jurídico*, trad. y notas por Jaime Santos Briz; Editorial revista de Derecho Privado; Madrid; 1959.
397. STRÖMHOLM, Stig; "Lo sviluppo storico dell'idea di sistema" en *RIFD*, 1975.
398. SUÁREZ FRANCO, Roberto; *Derecho de Familia*, T.I, el régimen de las personas; 4ª edición; editorial TEMIS librería; Bogotá; 1984.
399. TARELLO, Giovanni; *Storia della cultura giuridica moderna*; Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto; Società editrice il mulino; Bologna; 1976.
400. TEJERO, Eloy; *El matrimonio Misterio y signo siglos XIV-XVI*; ediciones Universidad de Navarra; Pamplona; 1971.
401. TEJERO, Eloy; "La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano", *IC* vol. XIV, número 27, enero - junio 1974.
402. TEJERO, Eloy; "La sacramentalidad del matrimonio en la historia del pensamiento cristiano II. De la patrística a la escolástica incipiente", *IC* Vol. XX, número 39, enero - junio 1980.
403. TEJERO, Eloy; "Significación sacramental y orden jurídico del matrimonio", *IC* Vol. X, enero - diciembre 1970.
404. TENORIO MACÍAS, Pedro; "Negocio jurídico", en Nueva Enciclopedia Jurídica, dirigida por Buenaventura Pellicé Prats; T. XVII; Editorial Francisco Seix; Barcelona; 1982 (cit. *NEJ XVII*)
405. TIRAPU, Daniel/MANTECÓN, Joaquín/POLAINO, Aquilino; *Once lecciones de Derecho Matrimonial*; Riquelme y Vargas Ediciones S.L; Jaén; 1992.

406. TODESCAN; Franco; *Le radici Teologiche del giusnaturalismo laico II*; Giuffrè; Milano; 1987.
407. TORRENT, Armando; *Manual de Derecho privado romano*; Librería Central S.A; Zaragoza; 1987.
408. TORRENT, Armando; “Unión de hecho y separación de hecho”, *RDN*, números CXXI- CXXII, julio- diciembre 1988.
409. TRABUCCHI, Alberto; *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, parte general, Negocio jurídico, familia, empresas y sociedades, derechos reales, traducción de la 15ª edición italiana por Luis Martínez-Calcerrada; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1967.
410. TRABUCCHI, Alberto; *Istituzioni di Diritto civile*, XXXVIII, aggiornata con le riforme e la giurisprudenza; Cedam; Padova; 1998.
411. TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto privato*, tredicesima edizione; Giuffrè; Milano; 2000.
412. VALPUESTA FENÁNDEZ, Mª R/BLASCO GASCÓ, F/CAPILLA RONCERO, A/LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M/MONTÉS PENADÉS, V.L/ORDUÑA MORENO, J/ROCA I TRIAS, E; *Derecho Civil, obligaciones y contratos*, 3ª edic. Tirant lo blanch; Valencia; 1998.
413. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto; *Tratado de Derecho Civil español*, T.IV, Parte especial, derecho de familia, 3ª edic; Talleres tipográficos “cuesta”; Valladolid; 1926.
414. VASSALLI, Filippo; *Lezioni di Diritto matrimoniale*, Vol.1º; Cedam; Padova; 1932.
415. VÁZQUEZ, Abraham/GARCÍA HERRERO, Julio; “Ensayo de aplicación a la ley de Arrendamientos rústicos de la Teoría de la institución”, *RCRITDI*, T. XII, 1936.
416. VÁZQUEZ BOTE, Eduardo; “Notas sobre el matrimonio en Derecho Puertorriqueño”, *RGLJ*, T. LXXII, 1976.
417. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos; *Régimen Jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid; 1981.
418. VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ, Antonio; “Limitación de la autonomía de la voluntad en la propiedad horizontal”, *RGD* abril 1965.

419. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; “Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español”, *RGD* abril 1997.
420. VIDE, Rogel; *Derecho de obligaciones y contratos*; J. M. Bosch editor; Barcelona; 1997.
421. VILADRICH, Pedro-Juan; *El Pacto conyugal*; documentos del Instituto de Ciencias para la Familia; ediciones RIALP; 1990.
422. VILADRICH, Pedro-Juan; *Agonía del Matrimonio Legal*, 2ª edición; Ediciones universidad de Navarra S.A; Pamplona; 1989.
423. VILLA ROBLEDO, María José; *El matrimonio condicional*; Edersa; Madrid; 1984.
424. VIRGA, Pietro; “ Contratto, Diritto Privato- Teoría Generale”; en: Enciclopedia del Diritto, T. IX; dir. y coord. Francesco Calasso; Dott A Giuffrè- editore; Varese; 1961. (cit. *EDir*)
425. VOLTERRA, Eduardo; *Instituciones de Derecho Privado romano*, traducción de Jesús Daza Martínez; Editorial Civitas S.A; Madrid; 1986.
426. WEILL, Alex/TERRE, François; *Derecho Civil*, Las personas, la familia, las incapacidades, IV edic. Dalloz, 1978.
427. WESTERMARCK, Edward; *Historia del matrimonio*, traducción de Isabel de Palencia; Editorial España; Madrid; 1932.
428. WINDSCHEID, Bernardo; *Diritto delle pandette*; traduzione Carlo Fadda e Paolo E. Bensa; Vol. 1º; Unione Tipografico-editrice torinese; Torino; 1930.
429. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel; *Contratos Civiles*, 6ª edic.; Porrúa; México D.F; 1997.
430. ZARRALUQI, Luis; “El matrimonio civil y los acuerdos con la Santa Sede”, *RGD* mayo 1989.
431. ZUMALACARREGUI MARTÍN-CORDOVA, Tomás; *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*; Centro de estudios hipotecarios; Madrid; 1977.

ÍNDICE

	Página
Abreviaturas	1
Introducción	
1 Objetivos.....	5
2 Una cuestión preliminar.....	6
3 Lo que es naturaleza jurídica.....	7
3.1 Antecedentes y aplicaciones del término.....	8
3.2 Noción y concepto.....	10
4 Los dos aspectos del matrimonio.....	18
5 Estructuración del trabajo.....	19

CAPÍTULO I CUESTIONES GENERALES

1 Etimología.....	22
2 Concepto.....	23
3 Reseña histórica del matrimonio en el derecho.....	27
3.1 El matrimonio en roma.....	27
3.1.1 Concepto de matrimonio para los romanos.....	27
3.1.2 Los caracteres del matrimonio en roma.....	31
3.1.2.1 El matrimonio en la época preclásica y clásica.....	32
3.1.2.1.1 Derecho antiguo.....	32
3.1.2.1.1.1 Matrimonio <i>cum manu</i> y <i>sine manu</i>	34
3.1.2.1.1.1.1 Controversia matrimonio <i>cum manu</i> , <i>sinemanu</i> versus <i>conventio</i>	37

3.1.2.1.2	Derecho clásico.....	38
3.1.2.3	El matrimonio en la época postclásica.....	41
3.1.2.2	Síntesis.....	42
3.1.3	El bajo imperio romano como punto de partida hacia la acumulación en manos de la iglesia de la competencia exclusiva en materia matrimonial.....	45
3.2	El matrimonio en el medioevo.....	46
3.2.1	Del siglo V al XI.....	48
3.2.1.1	Aspectos de la adquisición de la potestad exclusiva.....	48
3.2.1.2	La normativa como elemento de afianzamiento de la potestad exclusiva.....	55
3.2.1.3	Los postulados básicos para la conformación de la teoría clásica del matrimonio.....	57
3.2.1.3.1	El sacramento en el matrimonio.....	58
3.2.1.3.1.1	Exposición doctrinal.....	60
3.2.1.3.1.2	La importancia del consentimiento como elemento constitutivo y esencial del sacramento matrimonial.....	62
3.2.1.3.1.3	Evolución de la doctrina.....	64
3.2.1.3.1.4	La solución definitiva: teoría canónica clásica sobre el matrimonio.....	70
3.2.2.2	Algunos efectos de la asimilación de la doctrina consensualista.....	73
3.2.2.2.1	La escisión del matrimonio.....	75
3.2.3	La asimilación del matrimonio al contrato.....	79
3.2.4	Síntesis.....	83
3.3	La edad moderna y la revolución francesa en la historia del matrimonio.....	85
3.3.1	Los reformistas.....	86
3.3.2	Los regalistas.....	88
3.3.3.1	Orígenes de la tesis regalista.....	89
3.3.2.2	Desarrollo de la doctrina.....	91
3.3.2.2.1	Doctrina pro estatalista.....	91
3.3.2.2.2	Doctrina de la doble potestad eclesiástica y civil en el contrato matrimonial (cumulativa).....	94

3.3.2.2.3 Aspectos legislativos de la evolución del regalismo.....	96
3.3.2.2.4 El aspecto doctrinal jurídico.....	99
3.3.3 Hacia un matrimonio de carácter meramente civil.....	102
3.3.4 El matrimonio civil.....	104
4 Referencia legislativa actual sobre el matrimonio.....	105
4.1 Ideas generales.....	107

Capítulo II

EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

1 Introducción.....	111
2. Naturaleza jurídica, matrimonio y contrato.....	113
3 La teoría contractual.....	115
3.1 Noción conceptual del contrato.....	115
3.2 Elementos esenciales del contrato.....	120
3.2.1 El consentimiento en la doctrina del contrato.....	121
3.2.2 El objeto en la doctrina del contrato.....	126
3.2.2.1 El objeto como cosas o servicios.....	127
3.2.2.2 El objeto como obligación.....	128
3.2.2.3 El objeto como prestación.....	127
3.2.2.4 Tesis eclécticas.....	129
3.2.2.5 La tesis de la moderna doctrina española.....	130
3.2.2.6 Notas características de la existencia del objeto.....	132
3.2.2.6.1 Posibilidad.....	132
3.2.2.6.2 Licitud.....	133
3.2.2.6.3 Determinabilidad.....	134
3.2.3 La causa dentro de la doctrina del contrato.....	135
3.2.3.1 Breve excursus a la noción de causa.....	135
3.2.3.1.1 La causa en domat y pothier (causalismo clásico).....	136
3.2.3.1.2 Teorías anticausalistas.....	142

3.2.3.1.3	Tesis neocausalistas.....	145
3.2.3.1.3.1	Concepción subjetivista.....	145
3.2.3.1.3.2	Teoría objetiva.....	148
3.2.3.1.4	Tesis ecléctica.....	155
3.2.3.2	Determinación de la figura a la que pertenece la causa....	157
3.2.3.2.1	Causa de la atribución patrimonial.....	158
3.2.3.2.2	Causa de las obligaciones.....	159
3.2.3.2.3	Causa del negocio jurídico.....	160
3.2.3.3	Corolario.....	161
4	Síntesis de las figuras matrimonio y contrato.....	162
4.1	Notas fundamentales de la doctrina del matrimonio como contrato.....	163
4.1.1	El consentimiento.....	163
4.1.1.1	Objeciones.....	166
4.1.1.2	Síntesis.....	167
4.1.2	El objeto y la causa de los contratos, su encaje en la figura matrimonial.....	185
4.1.2.1	El objeto.....	186
4.1.2.2	La causa.....	190
5	El matrimonio no es un contrato.....	193

Capítulo III

EL MATRIMONIO COMO NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO DE FAMILIA

1	Introducción.....	195
1.1	Acotaciones previas de la teoría del negocio jurídico.....	196
1.1.1	La autonomía privada: eje del concepto y estructura del negocio jurídico.....	196
1.1.1.1	Significación de la autonomía privada.....	196

1.1.1.2	Autonomía privada y negocio jurídico.....	199
1.1.1.3	Concepto de autonomía privada.....	201
1.1.1.4	Críticas a la doctrina de la autonomía privada y el negocio jurídico.....	202
1.1.1.4.1	La concepción de Scognamiglio.....	202
1.1.1.4.1.1	Nuestra opinión.....	204
1.1.1.4.2	La doctrina de Natalino Irti.....	208
1.1.1.4.2.1	Nuestra opinión.....	210
1.1.1.5	Corolario.....	213
1.1.2	Hechos y actos jurídicos.....	216
1.1.2.1	Hechos jurídicos y su clasificación.....	218
1.1.2.1.1	Hechos constitutivos, modificativos y extintivos.....	219
1.1.2.1.2	Hechos positivos y negativos.....	219
1.1.2.1.3	Hechos naturales y voluntarios (acto jurídico).....	220
1.1.2.2	Clasificación de los actos jurídicos.....	221
1.1.2.2.1	Actos lícitos e ilícitos (el negocio jurídico).....	221
1.1.2.2.2	Actos jurídicos <i>stricto sensu</i>	223
2	El negocio jurídico.....	228
2.1	Orígenes de la expresión.....	228
2.1.1	Consagración del término en la doctrina jurídica.....	230
2.1.2	Origen abstracto del significado de la expresión.....	231
2.2	La relación entre autonomía privada y negocio jurídico.....	234
2.3	Incidencia de la voluntad en el negocio jurídico.....	239
2.4	Carácter reglamentario del negocio jurídico.....	241
2.5	Concepto.....	242
2.5.1	Su evolución.....	242
2.5.1.1	Tesis subjetivistas.....	243
2.5.1.1.1	Tesis de la voluntad.....	243
2.5.1.1.1.1	Crítica de la tesis voluntarista.....	245
2.5.1.1.2	Tesis declaracionista.....	245
2.5.1.1.3	Teoría que incorpora el principio de responsabilidad.....	246
2.5.1.2	Tesis objetivista.....	248
2.5.1.2.1	Tesis preceptiva.....	248

2.5.1.2.1.1	Crítica.....	249
2.5.1.3	Una teoría reciente.....	252
2.5.1.3.1	Su explicación.....	254
2.5.1.3.2	Crítica.....	259
2.5.1.4	Nuestra idea.....	262
2.6	El concepto de negocio jurídico familiar.....	264
2.7	Elementos del negocio jurídico.....	267
2.7.1	Elementos esenciales.....	268
2.7.2	Elementos naturales.....	268
2.7.3	Elementos accidentales.....	269
2.8	Requisitos del negocio jurídico.....	271
2.9	La formación, la validez y la perfección del negocio.....	272
2.10	Clasificación de los negocios jurídicos.....	273
2.11	Estructura del negocio jurídico.....	274
2.11.1	La declaración de voluntad.....	275
2.11.1.1	La declaración de voluntad en el negocio jurídico del derecho de familia.....	278
2.11.1.2	Anomalías de la voluntad en el negocio jurídico.....	282
2.11.1.2.1	Inexistencia de la declaración.....	283
2.11.1.2.2	Vicios de la voluntad en estricto sentido.....	284
2.11.1.2.2.1	El error.....	284
2.11.1.2.2.2	La violencia.....	286
2.11.1.2.2.3	Intimidación.....	287
2.11.1.2.2.4	El dolo.....	288
2.11.1.2.2.5	Los vicios del consentimiento en los negocios familiares.....	290
2.11.2	El objeto del negocio jurídico.....	291
2.11.2.1	El objeto del negocio jurídico familiar.....	294
2.11.3	La causa del negocio jurídico.....	295
2.11.3.1	La causa y su significado dentro de la realidad jurídica.....	299
2.11.3.2	Función de la causa respecto del negocio jurídico.....	301
2.11.3.3	La causa respecto de la relación negocial.....	302

2.11.3.4	La causa, elemento integrador de todos los negocios jurídicos. rechazo de la inutilidad de la causa de los negocios del derecho de familia.....	303
2.11.3.5	Clasificación de la causa.....	306
2.11.3.6	Vicios de la causa.....	307
2.11.4	La forma en el negocio jurídico.....	311
2.11.4.1	La forma en los negocios de familia.....	313
3	Comparación entre el negocio jurídico familiar y el matrimonio.....	314
3.1	La declaración de voluntad en el matrimonio.....	315
3.2	El objeto del negocio jurídico familiar en el matrimonio.....	317
3.3	La causa del negocio familiar en el matrimonio.....	318
3.4	La forma del negocio jurídico familiar en el matrimonio.....	322
4	Concepto de matrimonio, negocio jurídico del derecho de familia.....	323
4.1	Consecuencias extraídas a partir del concepto dado sobre matrimonio.....	326

Capítulo IV

EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN Y OTRAS TEORÍAS

1	Introducción.....	331
2	Matrimonio como institución.....	332
2.1	Polisemia del término.....	332
2.2	Institución y teoría de la institución.....	333
2.2.1	Antecedentes del institucionalismo.....	333
2.3	Teoría institucional.....	344
2.3.1	Tesis institucionales.....	345
2.3.1.1	Ámbito institucional francés.....	347
2.3.1.1.1	La teoría de la institución en maurice hauriou.....	347

2.3.1.1.2	La teoría de la institución de Georges Renard.....	356
2.3.1.2	Ámbito institucional italiano.....	359
2.3.1.2.1	El institucionalismo en Santi Romano.....	360
2.3.1.2.2	Tesis institucional de Widar Cesarini Sforza.....	366
2.3.2	Teoría institucional y su vinculación con el matrimonio.....	367
2.3.2.1	La institución-persona.....	369
2.3.2.1.1	Requisitos para la formación de la institución-persona.....	370
2.3.2.1.2	El nacimiento y extinción de las instituciones-persona.....	375
2.3.2.1.3	Crítica y aciertos.....	380
2.3.2.2	El matrimonio es una institución.....	383
2.3.2.2.1	El acto jurídico institucional.....	384
2.3.2.3.2	Rechazo de la tesis institucional respecto de la naturaleza jurídica del matrimonio.....	388
3	Otras teorías.....	396
3.1	El matrimonio como acto de poder estatal.....	397
3.1.1	Crítica.....	400
3.2	El matrimonio como acto complejo.....	404
3.2.1	cuestionamiento.....	405
3.3	El matrimonio como contrato sui generis.....	408
3.3.1	Rechazo del planteamiento.....	408
3.4	El matrimonio como contrato complejo.....	410
3.4.1	Contradicción.....	411
	Conclusiones.....	413
	Bibliografía.....	421
	Índice.....	455

Reunido el Tribunal que suscribe en
el día de la fecha acordó otorgar
a la presente Tesis Doctoral la
calificación de **SOBREPALIENTE**

CUM LAUDE

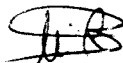
Alcalá de Henares, 25 de septiembre de 2002

The image shows several handwritten signatures in black ink. On the left, there is a large, stylized signature that appears to be 'R. C.'. To its right, there is another large signature that is more cursive and difficult to decipher, possibly 'F. de la H. B.'. Below these, there are several smaller, more compact signatures, including one that looks like 'J. M.'.

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA SALUD

DILIGENCIADO EN EL FONDO QUE EL
PRESENTE EJEMPLAR DE LA TESIS PROPONIDA
POR D. José Guzmán García
CON UN TOTAL DE 462 PÁGINAS Y HA SIDO ENTREGADA
CON FECHA 17 de mayo de 2002
A EFECTOS DE DEPOSITO DE TESIS.

EL FUNCIONARIO

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. B.', located below the text 'EL FUNCIONARIO'.