

## SÓBRE EL MATRIMONIO «IN FIERI»

por TOMÁS G. BARBERENA

1.—Con este título el P. OLÍS ROBLEDA ha publicado recientemente un artículo en el que se opone decididamente a los escritores modernos que repudian la concepción contractual del matrimonio o expresan sus dudas de que la compleja institución matrimonial pueda encerrarse en el marco de un contrato privado de los contrayentes<sup>1</sup>. Después de aludir a algunos autores y de recoger algunos textos anticontractualistas, se refiere de un modo muy particular a un modesto trabajo nuestro en el que formulábamos algunas observaciones sobre la idea contractual en el matrimonio canónico<sup>2</sup>, confesando haber emprendido la redacción de sus páginas movido por la lectura de nuestro breve ensayo.

Hemos de consignar con grande complacencia que en el artículo del P. ROBLEDA campea la serenidad propia del escritor científico, cosa no frecuente en escritos polémicos. Le agradecemos esto tanto con el interés y la atención, sin duda excesivas, que ha prestado a aquellas sugerencias nuestras sobre la naturaleza del matrimonio. En ese mismo tono queremos escribir unas pocas líneas exigidas, si no hubiera otras razones, por la cortesía que debemos a nuestro ilustre contradictor.

El trabajo del P. ROBLEDA comprende tres partes. En primer lugar presenta el argumento de tradición que, partiendo de GRACIANO, llega hasta nuestros días. Luego se preocupa de la idea que los juristas romanos tuvieron del matrimonio. Y por último analiza algunos casos presentados en nuestro trabajo en los que la interpretación contractual del matrimonio canónico presenta, a nuestro juicio, dificultades especiales.

2.—Vaya, ante todo, una observación que consideramos de importancia, porque se refiere al planteamiento del problema. En nuestro anterior trabajo buscábamos una definición del matrimonio y afirmábamos que los clásicos no son amigos de definir el matrimonio como contrato. Hablábamos del matrimonio, no de su *fieri*. Decíamos que definir una cosa es expresar su *quidditas*, no su *fieri*. Si un jurista nos dijese que la compra-

---

1. OLÍS ROBLEDA, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, en «Estudios Eclesiásticos», 28 (1954), 5-57.

2. TOMÁS GARCÍA BARBERENA, *Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico*, en «Miscelánea Comillas», 16 (1951), vol. II, p. 155-181.

venta es la definición del derecho de propiedad *in fieri* lo tacharíamos, por lo menos, de incongruente y le invitaríamos a que ponga cada cosa en su sitio: la propiedad en los derechos reales y la compraventa en las obligaciones y contratos. Pero con la palabra matrimonio se distinguen, lo mismo en el lenguaje vulgar que en el jurídico, dos cosas del todo distintas; el matrimonio mismo o especial relación entre marido y mujer, que llamamos vínculo y el acto o ritual que da origen a esa relación vincular. Las afirmaciones hechas para una de esas significaciones no valen para la otra. Sobre todo la definición, cuyo papel es explicar lo que es la cosa, no cómo se hace una cosa. Que el matrimonio no es un contrato, creo que lo admiten todos puesto que las definiciones que encontramos lo describen como vínculo o como sociedad. Sólo algunos autores, excesivamente preocupados por la idea contractual, escriben que el *factum esse* es el mismo contrato celebrado y perseverante en sus efectos. El P. ROBLEDA, con muy buen acuerdo, no se refiere a este aspecto quiditativo y habla en su erudito artículo del matrimonio *in fieri*. Con ello ha acotado certeramente el campo del torneo. Pero a nosotros nos corresponde puntualizar que lo que dijimos sobre los clásicos, se refería al matrimonio, no a su *fieri*.

La cuestión planteada no es, pues, si el matrimonio es un contrato, sino el *fieri* del matrimonio es siempre y necesariamente un contrato; si el acto que da origen al matrimonio debe interpretarse dentro de la textura de un negocio verdadera y estrictamente contractual.

3.—Debemos hacer además otra observación referente a los textos antiguos que apoyan la tesis contractualista. Para interpretar con rectitud la mente de los antiguos hay que ponerse en su punto de vista. No basta citar sus textos y menos sus términos, si no queremos errar lamentablemente, atribuyéndoles ideas y apreciaciones propias de nuestro siglo. Recordamos que cierto profesor de filosofía escolástica explicaba la cuestión cosmológica «de permanentia elementorum in mixto». Esta cuestión, con las mismas palabras, viene discutiéndose de antiguo. Y el profesor que decimos, hacía observar sagazmente a sus discípulos, que las palabras no habían cambiado, pero que hoy se habla de cosa del todo distinta de lo que decían los antiguos, porque estos se referían a la presencia formal o virtual de los cuatro elementos de EMPEDOCLES en los cuerpos, mientras que el texto que él estaba explicando, hablaba de la presencia de los átomos en una molécula. Poco a poco los términos de la cuestión y las fórmulas de las soluciones, sin variar su ropaje verbal, se habían vaciado de su contenido y habían adquirido otro nuevo.

Una impresión semejante nos produce la lectura de los textos antiguos que hablan del contrato matrimonial. Para comprenderlos, tenemos que despojarnos de nuestra propia *forma mentis* y ponernos, en cuanto es posible (y eso es difícilísimo), en la suya. Ahora bien, nadie ignora que en

la mente medieval, el derecho público casi no existe. La distinción clara en la literatura científica en partes de derecho público y privado no es anterior a fines del siglo XVIII y solo al siguiente siglo aparecen los tratados de Derecho Público eclesiástico. La ciencia del Derecho Político es obra del siglo pasado.

En la Edad Media la más fundamental de las instituciones públicas, que es la autoridad social, estaba vaciada en los moldes del derecho privado. Los Reyes tienen con respecto a sus Estados una posición jurídica fundamentalmente idéntica a la del propietario con relación a sus bienes. Los Estados se obtienen por testamento, se venden y se compran, se permutan, se dividen y se unen según el querer del monarca y los pactos que le ligan con otros dueños de Estados. Si esto ocurre con la autoridad social, nadie se asombrará que otras instituciones como el matrimonio, en las cuales el aspecto público es mucho menos conspicuo, se interpreten con arreglo a un esquema jurídico tomado del campo de lo privado. Teniendo en cuenta que el matrimonio envuelve un compromiso mutuo de los cónyuges de vivir como marido y mujer, la fórmula obvia que hallaron fue la de contrato. Pero uno no puede menos de preguntarse si esos escritores antiguos, que configuraron el matrimonio en la fórmula contractual, decían lo mismo que decimos nosotros cuando explicamos que el matrimonio es un contrato.

De DUNS SCOTO, que «trata este punto mejor que nadie en el medioevo»<sup>3</sup>, es el siguiente texto:

«Potestatem sui corporis, dice, quae sua est, nullus transfert in illum nisi per actum voluntatis suae, quia per illum, fit dominus et desinit esse dominus».

Esta transferencia es en la mentalidad de Escoto un contrato de donación «contractus mutuae donationis». Nada de contrato «sui generis»; se trata de una donación. Aunque a renglón seguido desaparece la gratuidad del contrato y emplea la fórmula «do si des; vel, do ut des». En todo caso se trata de una «translatio dominii» como dice el texto citado<sup>4</sup>.

Se me responderá que, en fin de cuentas, Escoto dice que el *fieri* del matrimonio es un contrato. De acuerdo. Pero si Ticio afirma que tal negocio es hipoteca, ¿puede citar en su favor la opinión de Cayo quien asegura que se trata de un comodato? Uno y otro hablan de contrato; pero ¿qué cosas tan distintas dicen! Para elaborar un argumento firme de tradición no basta arrebañar los textos en los que suena la palabra «contractus» y menos aún la palabra «consensus».

3. O. ROBLEDA, *art. cit.*, p. 20. Citamos en lo sucesivo este artículo con la sigla R. seguida de un número que indica la página.

4. *In IV Sententiarum*, dist. 28: cita de R. 20.

Todavía SCHMALZGRUEBER tendrá que enfrentarse con la idea del «dominium» que en su época tenían aún amplia resonancia en la doctrina. Dice el esclarecidísimo escritor:

«Porro potestas haec quam habet coniux in corpus coniugis est quidem ius in rem sed non proprie dominium, ne fateri cogamur alterius mancipium seu servum esse: erit ergo tantum ius utendi corpore coniugis ad opus generationis, eo fere modo quo ius utendi alieno horto alicui ad certum finem concedi solet<sup>5</sup>.

Como se ve, a SCHMALZGRUEBER la idea de *dominium* le parece exagerada, y la sustituye por un *ius in re aliena*, por una servidumbre. Rechaza la idea del dominio, pero no acierta a salirse del marco de los derechos reales o patrimoniales. ¿Qué contractualista actual se atrevería a decir otro tanto?

4.—Esto supuesto, no vamos a hablar del argumento de tradición. ROBLEDA nos ha hecho un buen servicio poniendo juntos los textos que dan idea clara de la línea de pensamiento contractualista a partir del siglo XIII, aunque se trataba de asunto conocido. Mas no disimularemos que sería deseable más crítica en el argumento.

5.—Debemos sin embargo referirnos a SANTO TOMÁS y a PEDRO LOMBARDO de quienes dijimos que fueron remisos en admitir el sistema contractual.

SANTO TOMÁS emplea en efecto el término «contrato» con reservas y giros de frase que indican sus vacilaciones. A veces parece señalar una analogía: «Coniunctio matrimonialis fit ad modum obligationis in contractibus materialibus»; en otros textos parece indicar en el matrimonio contrato de promesa; «in matrimonio, cum sit quidam contractus, est quaedam promissio per quam talis vir tali mulieri determinatur»: en otros textos admite vagamente que «in matrimonio fit contractus»<sup>6</sup>.

En un escritor, cuya claridad de pensamiento y de lenguaje le han dado fama inmortal, esas vacilaciones son muy elocuentes. No veía claro en el asunto. El P. ROBLEDA nos opone hasta diecisiete textos pero todos ellos son del *Supplementum* de la Suma Teológica. Y el autor del suplemento no es SANTO TOMÁS, sino un escritor anónimo (tal vez REGINALDO DE PIPERNO), de ninguna autoridad doctrinal ni crítica.

En cuanto a PEDRO LOMBARDO, los textos no son *ad rem*. Se discutía entonces si para la formación del vínculo matrimonial era necesaria la cópula o bastaba el acto de voluntad. Muchos aceptaban la primera opinión, muy en consonancia con las ideas y prácticas de aquel tiempo. LOMBARDO defiende

5. *in h. t.*; vol. IV, n. 225.

6. *In 4 Sent.* d. 27, q. 1, a. 2; q. 4, sol. 2; q. 2.

la segunda; de ahí su insistencia en el valor del consensus. Pero aquí no se discutía de la naturaleza estrictamente contractual de ese «consensus»<sup>7</sup>.

\* \* \*

6.—Del matrimonio en el derecho romano no vamos a discutir largamente. Nos atenemos a la opinión de los cultivadores de esta rama del derecho. Dice el P. ROBLEDA que «a partir del tiempo post-clásico el matrimonio era un contrato para los romanos y aun antes de ello, es admisible» (R. 35). Opinión sin duda respetable y autorizada. Pero:

«La plupart des romanistes conviennent en un point; l'accord des volontés qui fait le mariage ne constitue pas un contrat, car il n'a pas pour bout immédiate de produire des obligations mais de réaliser le *consortium*, la vie commune. La loi et non la volonté des parties fixe les conséquences de ce *consortium*»<sup>8</sup>.

El P. HERMAN, catedrático de la Universidad Gregoriana, escribe lo siguiente:

«In utraque Ecclesia (latina y oriental) de conditionibus in matrimonii celebratione admittendis ne cogitaverunt quidem per multa saecula. In Ecclesia latina mutatio facta est cum, renovato fervore studiorum iuris Romani, iuris periti matrimonium *sub conceptu contractus comprehendere —quod omnino alienum erat a traditione classica et postclassica Romana—* eique regulas pro contractibus statutas applicare coeperunt»<sup>9</sup>. (El subrayado es nuestro).

Como se ve, al P. HERMAN, no le han impresionado demasiado ni RASI ni D'ERCOLE. A otros tampoco. En el recentísimo artículo arriba citado a propósito del «consensus» de LOMBARDO, leemos:

Il matrimonio romano, la forma di matrimonio più diffusa nel mondo in cui la Chiesa si trovò ad operare alla sua nascita ed al primo suo affermarsi, dà anch'esso un rilievo essenziale al consenso. Ma si tratta, come è noto, di un consenso al rapporto continuativo esistente tra i coniugi e che perciò deve essere presente in tutta la durata del matrimonio, così che, se esso viene a mancare, cade anche il rapporto matrimoniale. Si comprende perciò come i romani dessero scarsa importanza al «*concupitus*», all'unione fisica dei coniugi, guardando invece soltanto alla permanenza del «consensus» che crea e sostiene il rapporto matrimoniale e si aggiunge come elemento psicologico alla coabitazione e alla unione sessuale, che costituiscono l'elemento di fatto del rapporto matrimoniale.

7. V. sobre esto O. GIACCHI, *Volontà e unione coniugale nella dottrina matrimoniale di Pier Lombardo*, en «Ius», 5 (1954), 43 ss.

8. LE BRAS, en *D. T. C.*, IX, 2135.

9. AE. HERMAN, en «*Monitor Ecclesiasticus*», 76 (1951), 508.

Per il matrimonio cristiano, le cose non sono così semplici. Esso è un rapporto indissolubile... Inoltre, ed insieme, esso è un Sacramento, e cioè eddirittura è, come ogni altro Sacramento, un atto produttivo di partecipazione alla vita stessa di Dio. Determinare quando si crei questo vincolo, che investe tutta la vita sul piano naturale e su quello soprannaturale..., è di essenziale importanza <sup>10</sup>.

Nos complace haber coincidido en nuestro anterior artículo con ORIO GIACCHI en lo referente a la influencia del cristianismo en punto a dar importancia al matrimonio *in fieri* (una importancia que no tenía en el derecho romano) a consecuencia de la indisolubilidad. En cambio no acertamos a comprender que el matrimonio justiniano sea contrato por influencia del cristianismo (R. 34), cuando en el cristianismo por aquellas calendas no había una doctrina contractual.

\* \* \*

Los textos podrían multiplicarse fácilmente. Citemos sólo un testimonio de última hora. LONGO, autor del estimadísimo libro «Diritto di familia», ha examinado el tema indirectamente, al estudiar la necesidad de la *deductio* (cfr. *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, en «Il Diritto Ecclesiastico», 65 (1954), 150 ss.). Después de analizar cuidadosamente las fuentes, texto tras texto, viene a la misma conclusión; que es necesario un elemento material unido a la *affectio* y que «l'autosufficienza dell'elemento *consensus* nella nozione di matrimonio non può sostenersi per diritto classico...».

7.—Una confusión muy frecuente en este asunto, es identificar los términos consentimiento y contrato. Que el matrimonio es incomprendible sin un acuerdo de voluntades, no hay quien lo niegue; prescindamos de la cuestión, para nosotros bizantina, de si Dios puede o no suplir el consentimiento. Pero la cuestión está en decidir si ese acuerdo de voluntades es siempre y necesariamente un contrato.

No vamos a repetir aquí lo que dijimos en nuestro artículo anterior; que el contrato es cosa de Derecho privado y que por eso no sirve para encasillar las instituciones, en las cuales el aspecto público tiene un relieve importante. Tal sucede en el matrimonio, a causa, sobre todo, de su sacramentalidad.

En la ordenación sagrada hay un acuerdo de voluntades. El Obispo entrega una potestad y un grado en la Iglesia; el ordenando se compromete a vivir conforme a las exigencias de su nuevo estado. Pero eso no es un contrato.

También la profesión religiosa se viene interpretando como un con-

10. O. GIACCHI, o. c., p. 43.

trato. DOM MOLITOR ha refutado con valiosos argumentos esta teoría del contrato rechazada ya por PASSERINI DE SEXTULA en el siglo XVII y por ROTARIA en el siguiente. Los argumentos se toman de la razón pública de la profesión religiosa que se parece, dice DOM MOLITOR, al bautismo, al nacimiento, al cambio de nacionalidad <sup>11</sup>.

El título de servicio a la diócesis, frecuentísimo hoy en las ordenaciones de los seculares, nos plantea idéntico problema. También aquí sobrenada la idea medieval de recortar con el patrón del Derecho privado una institución en la que predomina claramente el aspecto público. Contra la teoría contractual que corrientemente aparece en la doctrina del título de servicio a la diócesis, ha escrito recientemente J. DENIS las siguientes sensatas palabras:

Les obligations du clerc et de l'évêque sont donc corrélatives. Est-il permis parler d'un contrat bilatéral passé entre le clerc et l'évêque? Non. Il semble que l'on puisse appliquer ici («mutatis mutandis», en ce qui concerne le caractère du fonctionnaire), les principes possédés par le professeur GASTON GESE a propos des fonctionnaires: «Les fonctionnaires publics proprement dits... ne sont pas liés au service par un *contrat* de louage de services (du droit privé o du droit public): ils sont dans une situation légale et réglementaire. Ce n'est pas un contrat qui les fait entrer au service, qui régle leurs droits et leurs obligations... qui sanctionne leurs droits et leurs obligations. Toutes ces questions sont réglées unilatéralement par les lois et les règlements... La décision de nomination est un acte unilatéral de l'administration»... Il en va de même dans le cas de clerc promu aux ordres sacrés. Lorsque le candidat au sous-diaconat émet le serment grâce auquel il pourra être ordonné au titre du service du diocèse, il entre dans un réseau de droits et d'obligations créé non par un libre accord de sa volonté avec celle de son évêque, mais par la volonté souveraine du législateur. (J. DENIS, «*Les limites de l'obligation incombant a l'Évêque*», en «Acta Congressus internationalis Iuris Canonici», Roma, 1953, pág. 107-108).

¿Qué más? Hasta el servicio a Yahwé aparece en el antiguo testamento como un contrato bilateral, realizado en el Sinaí y aceptado más tarde por aclamación por el pueblo enjambado en la angostura de Siquem, entre los montes Hebal y Garizim. ¿Se nos permitirá opinar humildemente que aquí el acuerdo de voluntades no fué un verdadero contrato bilateral?

\* \* \*

8.—Refiriéndonos ya a los casos de especial dificultad indicados en nuestro anterior artículo, el P. ROBLEDA (R. 50), entiende la sanación *in*

11. DOM R. MOLITOR, *Religiosi iuris capita selecta* (Rastisbona, 1909), c. 1; É. BERGH, *Elements et nature de la profession religieuse*, en «Ephemerides Theologicae Lovanienses», 14 (1937), 5-32.

*radice* como una acción meramente negativa de la Iglesia que consistiría en la doble dispensa que dicha sanación envuelve, es decir, del impedimento y de la ley de renovar el consentimiento. Cita en su favor el canon 1138, § 1. Pero este texto no prueba su tesis, al contrario, la palabra «*secumferens*» el canon parece indicar que la convalidación no consiste en esta doble dispensa, sino que esta es algo previo o adyacente a la sanación, pero no la sanación misma. Ni nos parece exacto decir que la Iglesia se sitúa para sanar los matrimonios «en el momento antes de haber dado las leyes que contenían los impedimentos» porque la sanación se realiza *ex nunc*. Tal vez este ejemplo aclarará las cosas.

Pedro, de veinte años, vende una finca a Pablo. El acto es nulo por menor de edad de Pedro. Cuando éste cumple 21 años la compraventa no se sana; «*non firmatur tractu temporis, quo de jure ab initio non subsistit*» (reg. Iur. XVIII in VI.<sup>o</sup>). Si ahora renovaran el consentimiento, la compraventa valdría, pero como no lo renuevan, no vale. Ahora el Estado, por razones de bien público sana esa compraventa. ¿Qué ha hecho el Estado? Nada negativo, ya que nada hay que dispensar. El Estado ha hecho lo que haría el consentimiento si se renovara; influir positivamente en la relación jurídica originada.

Pedro se casa con Antonia de 13 años de edad. El acto es nulo por defecto de edad de Antonia. Cuando ésta cumple 14 años, el matrimonio sigue siendo nulo; *non firmatur tractu temporis*. Ahora la Iglesia va a sanar ese matrimonio. Comienza dispensando de la ley de renovar el consentimiento. Todavía el matrimonio sigue siendo nulo; se encuentra en el mismo estado jurídico que la compraventa del ejemplo anterior. ¿Qué ha de hacer, pues, la Iglesia? No sólo dispensar de renovar el consentimiento; además ha de dar eficacia *ex nunc* aquel primer intercambio de consentimientos, pretérito y nulo. Eficacia en cuanto al vínculo, naturalmente. Y eso aunque persevere psicológicamente el consentimiento, porque la eficacia jurídica de aquel intercambio de consentimientos fué nula. Ese intercambio nació muerto. La Iglesia le dará vida, por un acto positivo.

9.—Con relación a las sanaciones *in radice* en las cuales el consentimiento no persevera siquiera virtualmente (es decir, en muchísimas de ellas), las dificultades quedan igualmente en pie. La dificultad con que habíamos tropezado se basaba en que el consentimiento no puede ya obrar porque no existe. Existió pero no existe. El P. ROBLEDA opina que existe, puesto que obra: «si no existe, no se puede dar la sanación *in radice*. Es así que se pueda dar; señal de que sí existe aun en tal estado habitual» (R. 50). Si no nos equivocamos, aquí *petitur principium*.

Consideremos los dos casos en los que puede ocurrir la cesación del consentimiento: a) *per meram desitionem actus*, cuando el consentimiento



pasa al estado meramente habitual; b) por cambio psicológico de la voluntad, pero sin revocación jurídica.

10.—En el caso del consentimiento meramente habitual dijimos que no puede obrar porque no existe. Responde el P. ROBLEDA:

Y no podemos decir que *existió* únicamente; tenemos que decir que *existe* en el momento de la sanación, como quiera que sea. Pero ¿cómo existe, psicológica o jurídicamente? Solo jurídicamente; pero ello basta. No psicológicamente, porque nadie podrá decir que está consintiendo en esa forma, v. gr., quien se halla dormido; y sin embargo entonces, por su puesto, se puede dar la sanación «in radice», lo cual es de un consentimiento coexistente al acto de la misma. Continúa, pues el consentimiento, mientras no se revoque, desde el acto aquel primero en que el consentimiento fué actual, aunque sólo en el sentido jurídico-moral, lo cual entendemos así: una vez emitido un acto de voluntad en orden a un efecto jurídico, tal voluntad se hallará siempre en ese mismo estado mientras no se cambie respecto de dicho efecto... Casos semejantes tenemos en el matrimonio por procurador en el de consentimiento de simultáneo entre las partes y en el del negocio jurídico condicionado. (R. 50-51).

Más adelante vuelve sobre el tema, diciendo:

Se opondrá: ¿cómo puede obrar lo que no existe físicamente? La respuesta es obvia. Lo que no existe físicamente, sino sólo moral y jurídicamente, no podrá obrar o producir un efecto físico, pero sí un efecto moral o jurídico, cual es la obligación mutua de los cónyuges... La causa de este efecto no-existe ahora físicamente; existió sin embargo y continúa sólo moral y jurídicamente, es decir, en ese modo que basta para que se dé influencia o moción sobre las facultades espirituales y, por tanto, que es suficiente para el derecho. Sigue existiendo, pues, jurídicamente el consentimiento, y por tanto también el contrato. (R. 54).

Esta permanencia no psicológica sino jurídica, es la meramente habitual. Nos lo ha dicho el P. Robleda en el texto arriba citado: nos repite en los ejemplos aducidos del procurador, del consentimiento no simultáneo y del consentimiento condicionado (R. 51).

Ante todo diremos, que ese modo de hablar nos parece que va contra el sentido obvio y natural de las cosas y contra la mente de todos los doctores que afirman que para confeccionar un sacramento, no basta la intención habitual. Sin pretender aquí hacer un argumento de autoridad, inútil por otra parte, permítasenos dos botones de muestra. Dice REGATILLO:

Non sufficit (intentio) habitualis vel interpretativa quia in actum hic et nunc non influunt<sup>12</sup>.

12. E. F. REGATILLO, *Ius Sacramentarium*, vol. I (Santander, 1945), p. 11.

El autorizadísimo CAPPELLO escribe:

«...dicimus ad valorem sacramenti non requiri intentionem *actualem*, nec sufficere *habitualem* et eo minus *interpretativam*, sed requiri saltem et sufficere *virtualem* <sup>13</sup>.

Y ahora un teólogo. TANQUEREY formula así su tesis:

«Ad validitatem sacramenti requiritur et sufficit in ministro intentio virtualis, nec sufficit interpretativa nec habitualis. Certum est <sup>14</sup>.

11.—Los ejemplos aducidos para aclarar las cosas, no pueden ayudarlos porque ellos mismos son oscurísimos y dificultosos.

Vengamos al primero. Del matrimonio por procurador, podríamos decir sencillamente que no hace al caso porque el consentimiento del mandante persevera virtualmente. Así, al menos, lo dice CAPPELLO:

Si, mandato concesso, de eo amplius non cogitavit mandans, et interim matrimonium celebratur, profecto valet, quamvis tempore celebrationis mandans dormierit vel ebrius fuerit, quia consensus *virtualiter* perseveravit <sup>15</sup>.

Con esto bastaría para responder. Pero es de advertir que el matrimonio por procurador plantea problemas harto dificultosos que no es esta ocasión de tratar. SÁNCHEZ con su autoridad ha influido en la doctrina inclinando la balanza del lado de la sacramentalidad de esos matrimonios, por más que recomienda que las partes renueven más tarde el consentimiento. Pero a nuestro modo de ver, SÁNCHEZ no distingue bien el papel de representante del de mensajero <sup>16</sup>. Sin esa confusión, no serían tan llanas las respuestas a las objeciones que él mismo se pone, ni pondría las palabras que pone para expresar la forma del consentimiento, ni asimilaría el matrimonio por procurador al matrimonio por carta. Baste esto para que conste que el ejemplo del procurador, siendo él mismo oscuro, no puede aclarar nada.

El segundo caso análogo mencionado, de consentimiento simultáneo, el mismo P. Robleda lo resuelve al decir: «si entonces no produjo el efecto, lo producirá ahora» (R. 51). Pero si lo produce, no es habitual, sino virtual.

El consentimiento condicionado es otro asunto erizado de dificultades. En el caso más interesante, que es el único propiamente condicionado, el de la condición suspensiva de futuro lícita, nunca hemos podido ver con

13. F. M. CAPPELLO, *De sacramentis*, vol. I (Turín, 1921), p. 35.

14. A. TANQUEREY, *Synopsis Theologiae Dogmaticae*, vol. III (Roma, 1911), n. 100.

15. CAPPELLO, *De matrimonio*, 5 ed. (Roma, 1947), p. 600.

16. V. sobre este asunto M. CABREROS DE ANTA, *El derecho de representación*, en «Sal-manticensis», 1 (1954), 74.

claridad la situación psicológica y sobre todo jurídica del *consentiens* con relación al vínculo en el periodo que media entre la prestación del consentimiento y la verificación del evento (¿qué consentimiento es ese? ¿«doy» o «daré»? Lo segundo no es contrato matrimonial, sino esponsalicio. Lo primero no es verdad, porque no da nada, sino que se compromete a darlo. En los contratos no matrimoniales, la dificultad no existe, porque la voluntad queda ligada y no puede volverse atrás de lo pactado sin consentimiento de la otra parte. Pero no en el matrimonio). No nos extraña que haya gentes deseosas de que el can. 1082 desaparezca del *Codex*. De hecho, en la codificación para los orientales ha quedado reducido a una prohibición de contraer bajo condición. En todo caso, repetiremos que si el consentimiento ha de hacer algo, su perseverancia habrá de ser al menos virtual.

Otro tanto diremos del ejemplo también aducido (R. 54) del modo de actuar de la voluntad del legislador. Tan dudoso y difícil es ese ejemplo, que muchos juristas, ante la dificultad enorme de señalar cuál es la voluntad del superior que obliga, consideran la ley como un ser autónomo obligante <sup>17</sup>.

12.—Pero vamos ya al fondo de la cuestión. Al cesar el consentimiento, como acto de voluntad, pasando al estado meramente habitual ya no tiene existencia *a parte rei* y por tanto no puede obrar, porque no existe. No puede producir ningún efecto ni físico ni jurídico; no existe y por tanto no produce nada.

Ahora bien, jurídicamente existe —dice el P. ROBLEDA— y por tanto obra jurídicamente para producir efectos jurídicos; en nuestro caso el vínculo. Estamos en esto de completo acuerdo. Pero analicemos.

Existir en el orden jurídico y no en el físico quiere decir que la ley da existencia a una cosa físicamente inexistente. El consentimiento cesó pero la ley le sigue manteniendo y dándole el ser y la vida jurídica. Es decir, la ley suple la existencia real del consentimiento. El contrayente no quiere, pero no importa; la ley quiere por él. El consentimiento existe jurídicamente, solo jurídicamente. Estamos en esto de completo acuerdo. De este querer no psicológico, sino jurídico, tenemos abundantes ejemplos en todas las legislaciones, sobre todo, en las disposiciones referentes a los menores y a las personas jurídicas, principalmente cuando son de las no colegiadas; estas últimas, sean o no puras ficciones, pero su voluntad sí es pura ficción, puesto que no existe *in rerum natura*, a pesar de lo cual pueden querer jurídicamente.

14.—Examinemos ahora el caso que hemos llamado de revocación psicológica, pero no jurídica del consentimiento.

17. V. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* (Madrid, 1947), p. 225 ss.

La posición del que está descontento de su matrimonio es la siguiente: él estaría dispuesto a revocar su consentimiento, si supiese que era nulo; pero como lo cree válido, no lo revoca. De ese modo el consentimiento contrario lo es solo interpretativamente. Se trata, pues, de aquel estado jurídico que sigue al consentimiento actual, que, según dijimos arriba, es igual al del momento inicial, en orden al efecto pretendido, una vez que el cambio jurídico lo provoca únicamente la revocación. Verdad es que el descontento, o desafecto mencionados existen, no interpretativa, sino actualmente; pero bien sabemos que el afecto, el amor, el contento, no tienen valor jurídico objetivo en los actos jurídicos (R. 52).

Esta explicación no nos parece adecuada. Aquí se juega con un doble concepto del consentimiento; el psicológico y el jurídico.

a) Porque aquí no se trata de amor, de afectos, sino de actos de voluntad, aunque ineficaces jurídicamente. ¿Cómo se sabe que revocaría su consentimiento? Sólo por esto; porque se sabe que no quiere el matrimonio, que está en él contra su querer. Lo que un hombre haría, si se le presentara una ocasión, sólo se puede saber sabiendo que ya ahora está deseando de hacerlo.

b) Decir que revocaría el consentimiento, si supiera que el matrimonio es nulo, es un contrasentido jurídico. El consentimiento es jurídicamente dar y aceptar (c. 1081, § 2). Pero si el matrimonio fué nulo nada dió ni aceptó; entonces ¿qué ha de revocar?

c) El consentimiento del canon 1085 no tiene eficacia jurídica. Pero cuando las partes lo ponen en cuanto ellas pueden, «quantum de se est», ese consentimiento se admite que basta para contraer. Pues por qué no se admite una revocación de las partes «¿quantum de se est?» Si hay un *consensus naturaliter sufficiens* pero ineficaz, también tendrá que haber un *dissensus naturaliter sufficiens*, pero ineficaz. Aquel sirve para contraer, éste no sirve para revocar. ¿Es esto lógico? Si el consentimiento naturalmente suficiente y jurídicamente ineficaz basta para que se pueda sanar un matrimonio nulo, en buena lógica, el disentimiento naturalmente suficiente y jurídicamente ineficaz bastará para que no pueda sanarse. Y, sin embargo, la doctrina y la práctica aceptan la sanabilidad de esos matrimonios.

La incongruencia aparece clara teniendo en cuenta que para el consentimiento basta aquel acto de voluntad que en el disentimiento se llama «interpretativo». El siguiente texto de la Sagrada Congregación de Propaganda Fide, citado por GASPARRI<sup>18</sup> lo dice con claridad meridiana:

«Per gli altri finalmente della terza classe, i quali hanno vo-

18. P. GASPARRI, *De matrimonio*, vol. II (Roma, 1932), p. 32.

lontà di prendere una vera moglie, ma sono nell'errore che non sia sufficiente al valore del matrimonio di presentarsi d'innanzi al giudice turco, ma, se sapessero la sufficienza di questo loro atto a contrarre il matrimonio vero, intenderebbero senz'altro di contrarlo, la S. Congregazione... ha deciso che cuesti matrimoni siano validi, quando non vi intervenga qualche altro canonico impedimento».

O sea, «intenderebbero» para contraer basta; para revocar el consentimiento no basta porque es sólo interpretativo... Pero la incongruencia no está en las normas que son sapientísimas; la incongruencia aparece al interpretarlas con la teoría contractual. La ley hace muy bien favoreciendo el consentimiento y poniendo trabas a su revocación. Pero no por consideraciones contractuales, sino porque la Iglesia no quiere hogares rotos ni hijos ilegítimos.

d) Las siguientes palabras de GASPARRI dicen con toda la claridad deseable que la revocación tiene que ser jurídica, no sólo psicológica:

«Cum vero revocare consensum matrimoniale sit elicere voluntatis actum illi contrarium, idest voluntate dicere explicite vel implicite: *Restituo tibi ius acceptatum in corpus tuum, et revoco ius datum in corpus meum, hinc sanatio in radice concedi poterit donec de hac voluntatis retractione*».

Y añade:

«In genere persuasio validitatis matrimonii impedit quominus seria et effica huiusmodi voluntas foveatur, quippe quae concipiatur impossibilis»<sup>19</sup>.

Está claro que las partes pueden poner un acto de voluntad adverso al matrimonio, pero que ese acto de voluntad no es d.sentimiento jurídico, el cual resulta imposible. De todo lo cual resulta que la sanación *in radice* se concede en muchos casos en los cuales la voluntad ha revocado el consentimiento psicológicamente aunque no jurídicamente. Son los conocidos casos que constan en la doctrina, a los cuales nos referíamos en nuestro anterior trabajo. En tales casos la voluntad no quiere el vínculo; al contrario, lo detesta. Ese acto psicológicamente realísimo, se tiene en cuenta en otros lugares del derecho y de la moral, por ejemplo para la confesión, donde tampoco juegan los afectos, sino solo la voluntad. Y con la voluntad contraria al vinculo, éste no puede aparecer en virtud de un contrato.

La cosa quedará tal vez más clara en este ejemplo: Pedro, menor, vende su finca a Pablo ignorando el impedimento; cree que el contrato es válido. Mas luego se arrepiente mil veces de lo hecho. Jurídicamente

19. GASPARRI, o. c., p. 267-268.

no revoca el consentimiento porque sabe que ese acto sería necio e inútil. ¿Para qué revocar, si ya ha firmado la escritura de la compraventa y Pablo está contentísimo con su adquisición? Ahora, sin saberlo Pedro, el Estado sana la compraventa *ex nunc*. ¿Quién dirá que esta transmisión de la propiedad en el momento de su nacimiento se ha originado de un contrato celebrado entre Pedro y Pablo?

15.—Con lo dicho no tenemos por qué insistir más en el caso del canon 1085, ni de repetir lo que antes dijimos. Dice el P. ROBLEDA:

No dice el canon que en ese caso habrá vínculo, haya habido o no un verdadero consentimiento, sino sólo que en ese caso puede haber consentimiento suficiente, y en tal caso habrá matrimonio. (R. 53).

Nc. No habrá matrimonio si hay impedimento. Pero si habrá consentimiento matrimonial, puesto que el canon lo dice, pero este consentimiento es sólo psicológico, no jurídico-contractual:

a) Porque no produce vínculo. ¿Lo producirá después si el matrimonio se sana *in radice*? Arriba hemos dado la respuesta.

b) Porque no puede aplicársele la definición contenida en el canon 1081, § 2. Nadie puede poner un acto de dar y recibir, sabiendo que nada da y nada recibe.

c) Porque la imposibilidad de poner un consentimiento jurídico matrimonial, sabiendo que el matrimonio es nulo, es la misma que la de revocar jurídicamente un consentimiento matrimonial, sabiendo que el matrimonio es válido. En este segundo caso los autores acentúan las imposibilidades, mientras que para el primero insisten en las posibilidades. Pero todo esto son exigencias de la teoría contractual.

16.—La determinación del objeto sobre el que recae el contrato matrimonial, es otro manantial de dudas y complicaciones.

PEDRO LOMBARDO negó que ese objeto sea el *ius ad copulam*:

«Dicamus igitur, quod consensus cohabitationis, vel carnalis copulae non facit coniugium, sed consensus coniugalis societatis, verbis secundum praesens tempus expressus, ut cum vir dicit: Ego accipio te in meam non dominam, non ancillam, sed coniugem. Cum igitur sic conveniunt, ut dicat vir: Accipio te in meam coniugem, et dicat mulier: Accipio te in meum virum; his verbis vel aliis idem significantibus exprimitur consensus non carnalis

copulae, vel cohabitationis corporalis, sed coniugalis societatis; ex qua oportet eos cohabitare... nisi...<sup>20</sup>.

A varios autores antiguos les hemos oído hablar de «translatio domini» o cosas parecidas. SÁNCHEZ afirma ser cosas distintas el vínculo y el «ius utendi alterius corpore»<sup>21</sup>.

Hoy el can. 1081, § 2, determina el objeto del contrato con estas palabras: «ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad proli generationem». El vínculo, la «individua vitae consuetudo» consiste esencialmente en ese «ius in corpus», como dice CAPPELLO<sup>22</sup>. Todo lo demás puede faltar, pero eso no, porque constituye la esencia del vínculo. La «communio tori, mensae et habitationis» no pertenece a la esencia del vínculo, sino solo a su integridad, por lo cual puede faltar y su ausencia en el contrato matrimonial no arguye necesariamente nulidad del consentimiento.

Pero... resulta que también el *ius in corpus* puede faltar. El caso se verifica, a tenor del can. 1130, cuando un cónyuge es condenado como adúltero, mientras no obtenga el perdón de la parte inculpa, la cual nunca está obligada a perdonar. En tal caso, el adúltero pierde para siempre el «vitae consortium» que CAPPELLO nos ha dicho que era el vínculo. Y sin embargo, continúa casado. Se me dirá que el vínculo en este caso obra en el adúltero dirimiendo sus nupcias con cualquiera tercera persona. Sin duda. ¿Pero qué ha pasado del objeto del contrato? Desapareció; y sin embargo, no ha desaparecido el vínculo. Con relación a su cónyuge inocente, el adúltero es como soltero; no tiene ningún derecho, aunque puede adquirirlo por consentimiento mutuo.

Ahora, el adúltero y el inocente hacen un contrato, en virtud del cual, éste devuelve a aquel el «ius in corpus» perdido. Esto debe de ser otro matrimonio, puesto que es contrato entre personas hábiles que produce el *ius in corpus*. No hay inconveniente, ya que el matrimonio se puede reiterar. Pues no, señores, no es matrimonio. Este derecho que ahora se devuelve es el mismo de antes, que perseveraba *radicaliter*; el adúltero no había perdido el *ius radicale*, sino solamente el derecho de usar de aquel derecho en que consiste el vínculo. Distinciones estupendas, especie de caja de Pandora, que al ser abiertas, dejan escapar un pájaro conceptual imposible de atrapar. Y todo esto sin ninguna necesidad, sólo para explicar las exigencias lógicas y canónicas de la institución a base de la teoría contractual. El matrimonio nace de un contrato que le da el ser. El matrimonio, una vez formado, nunca falla; es perpetuo. El *ius ad copulam* puede fallar. Entonces, ¿qué es eso que nunca falla, eso que nace del contrato, que es la materia sobre la que recae el contrato?

20. LOMBARDO, in 4 Sent., dist. XXVII, c. 4.

21. SÁNCHEZ, De matrimonio, l. 2, d. 26, n. 3.

22. CAPPELLO, De matrimonio, o. c., n. 6.

Esta dificultad o, mejor, imposibilidad, de concretar el objeto del contrato y de condensarlo en la fórmula del can. 1081, § 2, aparece también manifiesta en la nulidad de aquellos matrimonios en la que las partes dieron el consentimiento para la cópula conyugal, pero con la intención de matar la prole. GRAZIANI ha estudiado uno de esos casos tratado por la Rota Romana *coram Wynen*, en 27 de febrero de 1947<sup>23</sup>. Se trataba de una mujer que se casó con intención de realizar bien la cópula conyugal, pero a la vez, con la decisión de frustrar el «bonum prolis» con maquinaciones delictivas. El texto rotal, que se mueve forzosamente en la teoría del contrato (los jueces en sus sentencias no tienen la libertad que los profesores en sus explicaciones), hace por demostrar que en el *ius in corpus* va incluida la intención de no matar la prole. «Quare, declarari debet eiusmodi mulierem noluisse tradere neque tradidisse relativum ius» (ad copulam). Pero, ¿cómo es posible demostrar que el consentimiento en la cópula conyugal es necesaria e implícitamente exclusión de la intención de matar la prole? ¿Caben cosas más distintas?

Aquí fallan incluso las distinciones sibilinas que antes hemos visto. La sentencia mencionada dice que esas dos cosas son distintas si miramos el *ius ad copulam* «in abstracto et superficialiter»; en tal caso «apparere posset pravum illum propositum frustrandi effectum copulae conciliari posse cum traditione iuris in proprium corpus quad actus per se aptos ad prolis generationem...; talis mulier non vult impedire quominus vir peragat copulam per se perfectam, eiusque prava intentio respicit tantummodo fructum seu effectum copulae, non copulam ipsam». Eso, si miramos las cosas superficialmente. Pero «si res in concreto et attente perpendatur, eiusmodi mulier dicenda est substantialiter vitare suum consensum matrimoniale, si hunc una cum descripta prava intentione eliciat». En realidad la intención de la mujer fué contraria, «non solum his effectibus naturalibus (la generación de la prole), sed etiam, et quidem magis immediate, ipsis actibus ex quibus hi effectus naturali necessitate fluunt, et insuper ipsi iuri, vi cuius vir tales actus exigere queat». GRAZIANI contesta, no sin una punta de ironía, que el *ius ad copulam*, ni que lo miremos superficialmente ni profundamente, no puede incluir la intención de no matar la prole. A nosotros eso nos parece clarísimo. No examinaremos aquí la respuesta de GRAZIANI, cuya tesis es tan insostenible, dentro del sistema canónico, como la que él rechaza. Y en cuanto a la tesis de la sentencia rotal mencionada, sólo tiene un interés anecdótico y de curiosidad; el ver a la RR. encarándose con la mujer de autos para decirle: A pesar de

23. V. H. GRAZIANI, *Ius ad prolem*, en «Acta Congressus internationalis Iuris canonici» (Roma, 1953), p. 146 ss. El texto de la sentencia puede leerse en «Ephemerides Iur. Can.» (1948), p. 155 ss.—Sobre la dificultad de encajar en la doctrina contractual pura algunos textos y decisiones recientes de la Santa Sede, pueden leerse las indicaciones de nuestro trabajo *El Monitum del Santo Oficio...*, en «Revista española de Derecho Canónico», 8 (1953), 172 ss.



que afirmas que consentiste en entregar el *ius in corpus* y de que te diste a tu marido en virtud de ese consentimiento, te equivocas; no consentiste. Eso la RR., que siempre sentencia «non constare» mientras no se le presenten razones decisivas de que una de las partes ha excluido «omne ius ad coniugalem actum» (c. 1086, § 2) y que, cuando se trata de simulación del consentimiento, tiene siempre a mano, en favor de la validez del matrimonio, la distinción entre el *ius* y el *usus iuris*, entre no querer el vínculo y querer abusar de él. Pero con la teoría del contrato, cuyo objeto es el *ius in corpus* en los términos del can. 1081, § 2, ¿qué otra cosa más razonable habrían podido decir?

17.—Veamos el contrato con relación al adulterio consentido por la otra parte. En este caso, con arreglo a la teoría contractual, el adulterio no puede existir, porque falla el derecho del otro a consecuencia de su renuncia, de su *in iure cessio*. Existe sin embargo. INOCENCIO XI condenó esta proposición: «Copula cum coniugata, consentiente marito, non est adulterium; adeoque sufficit in confessione dicere, se esse fornicatum»<sup>24</sup>. ¿Cómo? «scienti et consentienti non fit iniuria neque dolus» (Reg. 27 Iur in VI.<sup>o</sup>). Al marido que consiente no se hace injuria, pero «iniuria fit vinculo», explica VERMEERSCH<sup>25</sup>. Pero si el vínculo es el *ius ad copulam*, resulta que *iniuria fit iuri ad copulam*... ¿Se puede hacer injuria a un derecho? ¿Cabe un derecho cuyo sujeto no es una persona sino otro derecho?

Otros afirman que se trata de derechos irrenunciables, como el derecho a la vida. Estos están más cerca de la verdad, pero el derecho a la vida es irrenunciable, porque no nace de un contrato privado<sup>26</sup>. Pío XI encomia la dignidad de los esposos como colaboradores de la Obra divina en la creación de la vida<sup>27</sup>. Si admitimos que el matrimonio es algo más que un contrato privado; que quien se casa no sólo se compromete ante su cónyuge, sino también ante la Iglesia; que el esposo está por decirlo así consagrado como ministro de la caridad de Cristo ante su consorte; que el don de cada esposo es signo oficial e infalible del don de Cristo; que este sacramento es grande, porque es el don de Cristo a la Iglesia, comprenderemos sin dificultad que el adulterio no es sólo una traición

24. DENZINGER, n. 1200.

25. Citado por REGATILLO, o. c., vol. I (Santander, 1946), p. 110.

26. Tenemos que advertir que sobre la malicia del adulterio, cuando hay consentimiento de la otra parte, hay distintas explicaciones de los moralistas. Es más común decir que el derecho es renunciable: cf. LUGO, *De iust. et de iur.*, disp. VII, n. 6. En el n. 10 afirma sin embargo que este acto tiene malicia especial y que hay que acusarlo como adulterio en la confesión. LEHMKUHL dice que se viola *ius alienum irrenunciabile et sacramenti sanctitas*: *Theol. Mor.*, vol. I, n. 1049, 3. Sobre si la malicia del adulterio «consentiente marito» es distinta específicamente de la del adulterio común, cf. BALLE-RINI-PALMIERI, *Opus Theol. Mor.*, vol. II, tract. VI, n. 1014; VERMEERSCH, *de Castitate et de vitiis contrarii* (Roma, 1919), p. 316. En todo caso, en esta malicia entra la «ratio sacramenti», nota común a todo adulterio, como explica VERMEERSCH, l. c., p. 315.

27. Enciclica «Casti connubii», n. 10.

de derecho privado entre los esposos, sino una traición a la misión sacramental que ellos tienen. También la violación del sigilo sacramental es, no sólo una injuria privada contra el penitente, sino además un pecado contra el sacramento, contra la Iglesia.

Resulta pues, que la teoría del contrato privado es insuficiente para explicar moralmente la cosa más privada y personal de los cónyuges; el adulterio.

18.—El can. 1082 es otro de los que resisten a una interpretación contractual. Para lograrla, la doctrina tiene que acudir a las consabidas distinciones misteriosas. El objeto del contrato es el «ius ad copulam»; en consecuencia, habremos de admitir que aquel que ignora la cópula no puede prestar el consentimiento matrimonial porque «nihil cognitum quin praecognitum». Pero el canon citado sólo exige saber que el matrimonio es una sociedad entre varón y mujer para procrear hijos. Y tiene que ser así porque tal es el sentido natural de la institución. Dos muchachos jóvenes, puros, espirituales se quieren y se casan. Su ideal es vivir juntos. Ella nada sabe de la cópula y él muy poco. En esto no piensan; lo rechazan como un mal pensamiento. (Si les preguntáramos si creen que lo que acaban de hacer es un contrato sobre la cópula, nos mirarían con asombro y con dolor). Dejémoslos que vivan juntos y se quieran; lo de la cópula vendrá solo.

Contestan que no es necesaria una idea concreta de la cópula; basta una idea del concurso de los cuerpos para engendrar. Como si dijeran; para hacer un contrato con una compañía de transporte para ir a Buenos Aires, no hace falta saber la existencia de Buenos Aires; basta saber la existencia de América y a lo sumo, una idea vaga de que allí hay ciudades. Pero con estos datos, ¿hacia dónde volará el avión? Siempre la misma dificultad para encerrar en la angostura del contrato el amplio y generoso matrimonio.

19.—Tiene además el problema un aspecto teológico, el cual nosotros eludimos cuidadosamente en nuestro trabajo referido. Considerábamos que no es asunto de nuestra competencia. Tampoco aquí lo trataremos, por más que no podamos dejar de mencionarlo, porque en el artículo al cual estamos refiriéndonos, la razón teológica cuenta como un apoyo de la tesis contractualista.

Solamente indicaremos que la identificación del Sacramento con el contrato es cosa muy reciente en teología, aunque la doctrina del contrato data de siglos. Los Padres y teólogos de Trento no pudieron ponerse de acuerdo sobre esta cuestión y en la segunda mitad del siglo XVIII, BENEDICTO XIV no se atrevió a decidirla y admitió que la opinión favorable a la separabilidad del sacramento y del contrato es muy probable, «valde

probabilis»<sup>28</sup>. Sólo con Pío IX y LEÓN XIII esa opinión ha quedado excluida y relegada al silencio<sup>29</sup>.

En cuanto a valorar el peso del argumento teológico hablen los teólogos. Nosotros no nos detendremos a hacerlo. Mas no silenciaremos nuestra extrañeza ante aquellos que hablan como si el contrato fuera casi dogma de fe. Como si, negando el carácter contractual al acuerdo de voluntades por el que se contrae matrimonio, toda la teología matrimonial se viniera abajo con estrépito. ¿Es esto así? Respondan los teólogos; si es que creen que el determinar la figura jurídica de un acuerdo de voluntades es asunto de su competencia, porque ese acuerdo constituye un sacramento.

20.—La legislación matrimonial canónica constituye un monumento de equidad, de sabiduría y hasta de piedad y devoción. Obra, al fin y al cabo de la Santa Madre la Iglesia Católica. Pero al interpretarla rigidamente con la teoría contractual tropezamos por doquier con dificultades molestas de difícilísima solución. Y eso inútilmente. Cuánto más sencillo sería decir: Que el matrimonio es una institución natural de una elasticidad extraordinaria imposible de definir; que en grado ínfimo puede consistir en la mera imposibilidad de casarse con un tercero y en el grado máximo de su plenitud consiste en el «*consortium omnis vitae*»; que es de base sexual y se realiza entre varón y mujer; que es «*sua vi, sua natura, sua sponte sacrum*»; que siendo una tarea en común es imprescindible por derecho natural un acuerdo previo de voluntades; que ese acuerdo de las voluntades, por disposición de nuestro Señor Jesucristo, está sacramentalizado y, por consiguiente, sustraído no sólo a la acción del Estado, sino también en buena parte al libre albedrío de los particulares; que al Vicario de Cristo en la tierra corresponde decidir cuál es el acuerdo suficiente para formar el vínculo y cuál no lo es; que pertenece a la Iglesia legislar sobre ese consentimiento, sobre el vínculo, y sobre los efectos no meramente civiles del matrimonio. Cuánto más sencillo sería todo esto si dejáramos de insistir en la palabra contrato y no nos empeñáramos en ponerla en el centro de esa serie de magníficas densas y complicadas realidades que es el matrimonio cristiano.

21.—Conscientes de la dificultad del problema y de su importancia, terminábamos nuestro anterior trabajo con unas frases modestas. Las damos aquí por repetidas. En todo caso, como sacerdote y cultivador de los sagrados cánones, no nos avergonzamos de haber escrito unas líneas que tienden a reforzar la autoridad de la Santa Iglesia en la institución matrimonial tan fundamental en la vida cristiana.

28. *Institutiones Ecclesiasticae*, vol. II, tr. 13, c. 1; *De synodo dioecessana*, l. 8, cc. 14-15.

29. WERNZ-VIDAL, *Ius matrimoniale* (Roma, 1928), n. 39.