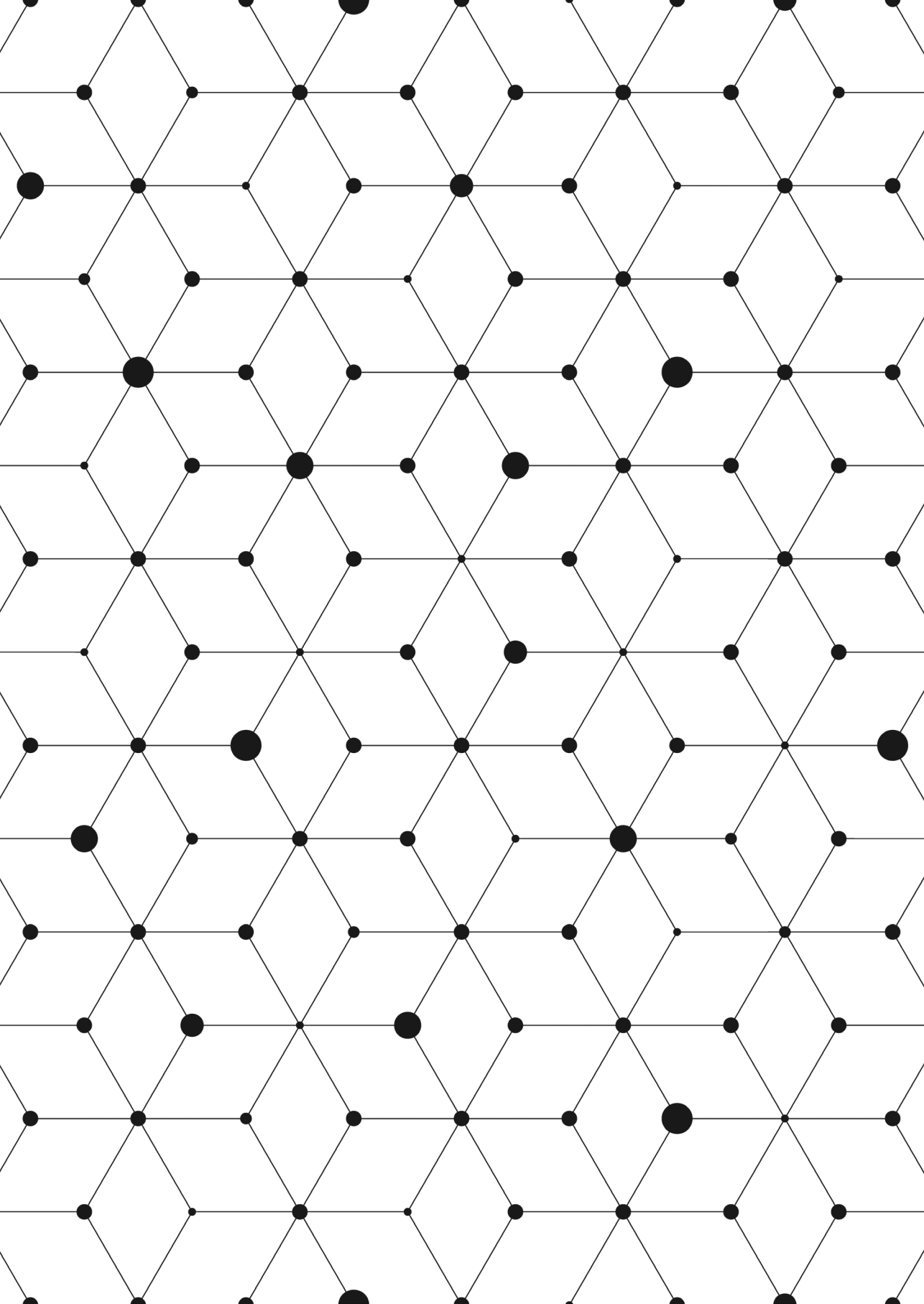


Matrimonio Religioso y Unión Europea. Perspectivas Comparadas

© del texto: Sara Acuña Guirola, Rocío Domínguez Bartolomé
© maquetación y diseño: Punto Rojo Libros, S.L.
© portada: Punto Rojo Libros, S.L.
© de esta edición:
Punto Rojo Libros, S. L., 2016
Cuesta del Rosario, 8
Sevilla, 41004
Teléfono: 911.413.306
WhatsApp: 622.843.306
info@puntorojolibros.com
www.puntorojolibros.com

Impreso en España • Unión Europea
Tercera edición. Revisada y actualizada: diciembre 2016

ISBN: 9788416877416

Reservados todos los derechos.

«Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o scanear algún fragmento de esta obra».

Sara Acuña Guirola
Catedrática de Derecho eclesiástico del Estado

Rocío Domínguez Bartolomé
Titular de Derecho eclesiástico del Estado

Matrimonio Religioso y Unión Europea
Perspectivas Comparadas

PUNTO ROJO
libros

Índice

INTRODUCCIÓN 11

PARTE PRIMERA
DERECHO MATRIMONIAL
CUESTIONES GENERALES

CAPÍTULO 1
ASPECTOS JURÍDICOS BÁSICOS DE DERECHO MATRIMONIAL 19
1.1. Noción de matrimonio 19
1.2. Calificación jurídica de la figura matrimonial 23
1.3. Terminología jurídica básica 27

CAPÍTULO 2
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INSTITUTO MATRIMONIAL 31
2.1. El matrimonio romano 31
2.2. La canonización del matrimonio. 33
2.3. La secularización del matrimonio 37
2.4. El matrimonio en la actualidad 42

PARTE SEGUNDA
LOS SISTEMAS MATRIMONIALES

CAPÍTULO 3
SISTEMA MATRIMONIAL (I) 47
3.1. Concepto, evolución y clasificación de los sistemas matrimoniales 47
3.2. Determinación del sistema matrimonial español 53

CAPÍTULO 4
SISTEMA MATRIMONIAL (II) 69
4.1. Presupuestos político-jurídicos en la determinación del sistema matrimonial 69
4.2. Configuración del sistema matrimonial de los países de la Unión Europea 71
4.3. La Unión Europea y las cuestiones religiosas 73
4.4. La normativa europea en materia matrimonial. Su evolución 75
4.5. El Reglamento Europeo 2201/2003 de 27 de noviembre 77
4.6. Peculiaridades de los Reglamentos de la Unión Europea en relación a las resoluciones matrimoniales canónicas 79

CAPÍTULO 5
SISTEMA MATRIMONIAL EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA (I) 85

CAPÍTULO 6
SISTEMA MATRIMONIAL EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA (II) 99
6.1 Pluralidad de formas de celebración 100
6.2 Matrimonio civil único (obligatorio formal y sustancialmente) 118

PARTE TERCERA
DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO

CAPITULO 7
EL MATRIMONIO CANÓNICO 135
7.1. Noción del matrimonio canónico 135
7.2. Consideración sacramental 136
7.3. Jurisdicción y competencia de la Iglesia respecto del matrimonio. 138
7.4. Características: Propiedades y fines 139
7.5. El matrimonio putativo y el principio del *favor matrimonii* 145

CAPÍTULO 8
EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO 151
8.1. El *ius connubii* y la capacidad para contraer matrimonio 151
8.2. La capacidad de obrar. Su defecto por falta de aptitud radical para el matrimonio 153
8.3. Los impedimentos matrimoniales canónicos o defectos de capacidad de obrar por prescripción del Derecho: cuestiones generales 161

CAPÍTULO 9
LOS IMPEDIMENTOS EN PARTICULAR EN EL DERECHO MATRIMONIAL CANÓNICO 167
9.1. Los impedimentos por razón del estado personal 167
9.2. Los impedimentos por razón de delito 171
9.3. Los impedimentos por razón de parentesco 173
9.4. Edad e impotencia 177
9.5. Matrimonios mixtos. Impedimento de disparidad de culto 181
9.6. Otras prohibiciones 184

CAPÍTULO 10
EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL 185
10.1. El contenido del consentimiento 186
10.2. Características 187
10.3. Requisitos del consentimiento en cuanto acto interno 189
10.4. Requisitos de la manifestación del consentimiento 190
10.5. El consentimiento condicionado 191

CAPÍTULO 11
ALTERACIONES DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL 197
11.1. Carencia del consentimiento 198
11.2. Vicios del consentimiento 206

CAPÍTULO 12
LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CANÓNICO 221
12.1. Forma de emisión y forma de recepción 222
12.2. Función de la forma jurídica o forma de recepción 224
12. 3. Personas obligadas a la celebración canónica de su matrimonio 226
12. 4. Forma jurídica ordinaria 229
12.5. Singularidades de la forma ordinaria 235
12.6. Forma jurídica extraordinaria 236

CAPÍTULO 13
CRISIS MATRIMONIAL Y REMEDIOS JURÍDICOS 239
13.1. Nulidad y revalidación 240
13.2. Convalidación simple y sanación en la raíz 242
13.3. La disolución del matrimonio 244
13.4. La separación matrimonial canónica 251

CAPÍTULO 14
EL PROCESO DE NULIDAD MATRIMONIAL 255
14.1. Jurisdicción y competencia 257
14.2. El *ius acusandi* o derecho a impugnar el matrimonio 261
14.3. El proceso ordinario de nulidad 262
14.4 Del proceso matrimonial abreviado ante el Obispo 269
14.5. El Proceso documental de nulidad 271

PARTE CUARTA
EL DERECHO MATRIMONIAL ISLAMICO

CAPÍTULO 15
EL DERECHO MATRIMONIAL ISLÁMICO (I) 275
15.1. El Derecho musulmán como presupuesto 275
15.2. Noción de la figura matrimonial 278
15.3. Características singulares del matrimonio islámico 281

CAPÍTULO 16
EL DERECHO MATRIMONIAL ISLÁMICO (II) 287
16.1. El *ius connubii* y su regulación islámica 287
16.2. Forma de celebración 294

CAPÍTULO 17
NULIDAD Y DISOLUCIÓN EN EL MATRIMONIO ISLÁMICO 299
17.1. Cuestiones generales 299
17.2. Nulidad del matrimonio y otras figuras afines 301
17.3. Disolución del matrimonio 304
17.4. El repudio (disolución extrajudicial) 306
17.5. Disolución judicial 311

PARTE QUINTA
EL DERECHO MATRIMONIAL HEBREO

CAPÍTULO 18
DERECHO MATRIMONIAL HEBREO (I) 315
18.1. Cuestiones generales 315
18.2. Fuentes del Derecho hebreo 319
18.3. Lugares y ministros de culto 322
18.4. La figura matrimonial 325

CAPÍTULO 19
EL DERECHO MATRIMONIAL HEBREO (II) 329
19.1. El *ius connubii* y su regulación judía.....329
19.2. Forma de celebración.....336
19.3. Deberes del matrimonio 341

CAPÍTULO 20
NULIDAD Y DISOLUCIÓN EN EL MATRIMONIO HEBREO 343
20.1. Nulidad del matrimonio hebreo.....343
20.2. Disolución del matrimonio hebreo 345

Introducción

Desde los inicios de la construcción del Derecho se observa un afán por conocer los modos de organización jurídica y social de otros pueblos, interés que se ha mantenido a lo largo de toda la historia. En un principio, la actividad recopilatoria centrada en el conjunto de textos y de instituciones jurídicas tenía la doble función de facilitar el uso del Derecho existente y de dar a conocer la producción jurídica –normas de funcionamiento y de organización de las instituciones-, que se habían generado en las diversas sociedades. Posteriormente, con el desarrollo del Derecho y de su carácter científico, esas recopilaciones serian objeto de sistematización, lo que sin duda facilitaría su estudio y análisis. Acorde con esta labor recopiladora y con su función de divulgación de los diversos Derechos los historiadores han puesto de manifiesto la constante influencia recíproca en la elaboración, desarrollo y evolución del Derecho e instituciones. Puede decirse, por tanto, que la actividad comparatista ha estado presente, sin saberlo, desde los inicios de la construcción del Derecho. Sin embargo poco tiene que ver la asimilación de leyes e instituciones de origen extranjero, en un concreto ordenamiento jurídico, con las investigaciones comparativas que los estudiosos han impulsado como fundamento de una nueva ciencia del Derecho, cual es el Derecho comparado.

La primera formulación rigurosa de los estudios de Derecho comparado no tiene lugar hasta principios del siglo XIX[1]. Surge en Alemania, donde una serie de importantes juristas comenzaron a interesarse y a estudiar Derechos extranjeros, con el objeto de extraer de dicho análisis elementos que sirvieran para enriquecer el propio ordenamiento. Estos primeros pasos en el establecimiento de los fundamentos científi-

1 Fue SAFFARTI, M. quien realiza la descripción de los primeros pasos y el desarrollo de ese enfoque del Derecho en su obra *Introducción al estudio del Derecho comparado*, México, 1945.

ficos del Derecho comparado tuvieron su continuidad en otros países europeos como Francia e Italia.

Así, poco a poco, se va tomando conciencia de la necesidad de poner en relación el propio ordenamiento con otros de su entorno, abriendo una alternativa a las limitaciones que ofrecía el sólo estudio de los Derechos nacionales. Este proceso, lento en su comienzo, llegará a triunfar en la época actual, no sin que su desarrollo haya resultado largo y complejo al carecer de una infraestructura suficiente[2]. No fue hasta principios del siglo XX, concretamente a raíz de la celebración en 1900 del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado en París, bajo la denominación *Un Derecho común para un mundo civilizado*, cuando se produciría su reconocimiento internacional como ciencia independiente.

En la actualidad entre los modernos estudiosos de las distintas ramas del Derecho, resulta frecuente acudir a ordenamientos ajenos al propio, con diversos objetivos. En unas ocasiones se pretende poner en contexto el propio sistema jurídico o una institución del mismo; en otras se buscan analogías y diferencias que permitan resaltar una característica genuina del ordenamiento o su similitud con otras regulaciones jurídicas; hay estudios que sólo pretenden darnos a conocer la normativa o el sistema jurídico que rige en una sociedad más o menos cercana; por supuesto, tampoco faltan los análisis de ordenamientos existentes en otras épocas históricas, en diversas partes del mundo; etc. Esta práctica común, tan generalizada hoy y, sin duda, potenciada por el fenómeno globalizador al que asistimos en todas las facetas de la sociedad, no es, sin embargo, completamente novedosa en cuanto instrumento de análisis del Derecho.

No es una cuestión pacífica entre la doctrina la consideración del Derecho comparado como ciencia autónoma, pues hay sectores que fundadamente consideran la comparación una técnica o método empleado en el estudio del Derecho[3] que no constituye por sí mismo una ciencia y su objeto tampoco es una rama independiente de aquel. Sin duda es un modo de proceder, sistemático y funcional, en una actividad teórica o práctica, tendente a garantizar la consecución del fin prefijado. Constituye

2 A lo largo del siglo XIX se crean, en diversos países europeos, instituciones consagradas al estudio del Derecho comparado, como la *Société de Legislation Comparé* o el *Comité de Legislation Etrangère*, en Francia, o la *England Society of Comparative Law* o el *Comparative Law Institute*, en Inglaterra.

3 Coincidimos en ello con MANCERA COTA, A. en *Consideraciones durante el proceso comparativo*. Biblioteca jurídica virtual UNAM y con. DALLA VIA, A.R., *El Derecho público comparado*, http:www.derecho comparado.org.ar/does.

una técnica que ayuda al jurista en su investigación, al menos así piensan quienes no se dedican de forma exclusiva al estudio del Derecho comparado.

El auge experimentado por el Derecho internacional y por el Derecho comunitario ha supuesto un fuerte estímulo para el Derecho comparado en su vertiente investigadora. Lo cual, como una consecuencia obligada, ha repercutido con igual fuerza en el campo docente. Así, hoy en día, se ha convertido en una necesidad el estudio, desde el punto de vista comparado, de instituciones y ordenamientos ajenos al propio, sin cuya vertiente se consideraría insuficiente la formación obtenida en centros y organismos dedicados a la enseñanza del Derecho. Es por ello que las Facultades de Derecho, además de formar a los alumnos en el conocimiento del propio ordenamiento, tratan de transmitir los elementos esenciales que conforman los sistemas jurídicos e instituciones de los países de su entorno y de similar concepción. De este modo, su formación jurídica se extiende más allá de las soluciones arbitradas en este campo en un momento histórico concreto y para una sociedad específica. Esta formación se hace obligada en el momento actual, en el que la globalización, la masiva inmigración y la universalización de los medios de comunicación, hacen imprescindible para el jurista el conocimiento de sistemas jurídicos diferentes al propio. De esta manera se facilita la resolución de problemas puntuales que obedecen a una realidad diversa de la propia y que es preciso atender. Por otra parte, las sucesivas ampliaciones que ha experimentado la Unión Europea en los últimos años plantea el difícil reto de la unificación de las diversas soluciones jurídicas arbitradas por los países, para así alcanzar un instrumento común en la resolución de conflictos.

Es indudable que la comparación de normas en el seno de un mismo ordenamiento posibilita la obtención de conclusiones que ayudan a conocer, comprender e interpretar, mejor y con mayor profundidad, el propio ordenamiento. Sin embargo, para poder hablar propiamente de Derecho comparado, es necesario incorporar un elemento más: el Derecho extranjero. Es decir, debe agregarse la dimensión internacional o, como parece más acertado, la dimensión supranacional. Con este elemento se deslinda con mayor claridad el Derecho comparado del Derecho internacional. De este modo habrá verdadero Derecho comparado cuando se comparen y analicen distintos sistemas legales del mundo.

Conviene poner de manifiesto la polémica doctrinal surgida en torno a los contenidos del Derecho comparado. Parte de la doctrina[4] considera que el simple análisis de los derechos extranjeros o la descripción de los mismos –ya sea a nivel global, ya de manera puntual de alguna o varias de sus instituciones- no constituye de por sí un estudio de Derecho comparado. Para quienes así piensan, sólo es auténtico Derecho comparado aquel que realiza una comparación entre distintos sistemas u ordenamientos jurídicos. Es necesaria, pues, esta actividad comparatista para considerar que se está ante un estudio de Derecho comparado.

Otro sector doctrinal opina que la comparación debe tener como objeto las propias normas o la diferente concepción del Derecho que puedan tener los distintos ordenamientos jurídicos. Es decir, es el Derecho el que debe ser objeto de comparación, y no un problema jurídico planteado individualizadamente, pues entonces se podría correr el riesgo de desvirtuar la naturaleza del estudio, cargando las tintas sobre un aspecto más sociológico que jurídico[5].

De entre las técnicas comparatistas que la doctrina señala, a nuestro entender la más usual es aquella que distingue entre macro-comparación y micro-comparación. Mientras en la primera se comparan los fundamentos de sistemas jurídicos diferentes, es decir, se comparan dos o más sistemas jurídicos para observar las analogías y diferencias existentes entre ellos, así como los métodos de análisis e investigación empleados. En la segunda el objeto de la comparación es un segmento particular de los ordenamientos en cuestión, esto es, se ocupa del estudio de instituciones y aspectos específicos del Derecho en dos o más ordenamientos jurídicos, poniéndolos en relación para así lograr soluciones a los problemas o conflictos jurídicos planteados. Ambos tipos de análisis comparativos no son excluyentes ni permanecen ajenos uno del otro. Al contrario, para lograr mayor profundidad en el conocimiento del planteamiento y regulación de las instituciones en varios ordenamientos, suele resultar necesario analizar, al mismo tiempo, las características de los sistemas jurídicos afectados, en su globalidad. De ahí que sea habitual emplear, en los estudios de Derecho comparado, ambos modelos de estudio comparatista.

---

4 En palabras de Dalla Via, *el estudio del Derecho extranjero -es decir otro, diferente del propio ordenamiento estatal al que pertenece el autor, considerado, por lo tanto, conocido– constituye de por sí el presupuesto de la comparación (el medio respecto al fin), pero no hay que confundirlo con él. El estudio del Derecho extranjero representa la condición lógica de la comparación. Pero no es comparación en sentido propio y completo.* Cfr. DALLA VIA, A.R., *El Derecho comparado*…, op.c., p.8.

5 Vid. MORAN GARCÍA, G.M., *Metodología comparada y Derecho eclesiástico del Estado*, en Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado, Iustel, 2003, p.11.

La determinación del proceso comparativo comienza con la selección del sistema jurídico para después escoger un tema específico, delimitar su nivel de comparación y proceder entonces a identificar sus semejanzas o diferencias. El proceso de comparación no sólo consiste en ello sino, también, en describir e identificar a los sujetos comparados. Para completar esta actividad deben seguirse tres etapas: descripción, identificación y explicación.

En esta monografía el objeto de comparación queda precisado en la institución del matrimonio. Y en el proceso de comparación que realizamos, nos acercamos a ella desde la perspectiva histórica para dar a conocer su evolución, al tiempo que analizamos la figura enclavada en distintos sistemas jurídico religiosos –los de mayor significación en nuestro entorno social y cultural-. Hemos procedido también al análisis detenido del sistema matrimonial español, como referencia obligada sin olvidarnos de la repercusión jurídica que tiene el matrimonio religioso en los países de la Unión europea.

PARTE PRIMERA
DERECHO MATRIMONIAL
CUESTIONES GENERALES

Capítulo 1
Aspectos jurídicos básicos de Derecho matrimonial

1.1. Noción de matrimonio

Es un hecho incuestionable que el matrimonio en todos los tiempos y en todas las épocas ha sido siempre un asunto social y público. Nunca se le ha considerado sólo como un problema meramente privado, ya que la unión permanente del hombre y la mujer al ser fuente de nuevos seres, al resolver a su manera el problema afectivo-sexual y de complementariedad entre hombre y mujer, al tiempo que genera relaciones económicas, sociales y políticas, lógicamente, ha resultado difícil dejarlo sólo a libre decisión de los propios esposos. Esas circunstancias han precipitado el que la sociedad haya legitimado –en las diversas culturas y civilizaciones- un determinado modelo de unión de hombre y mujer considerándolo matrimonio[6].

Al ser una institución en la que convergen multitud de intereses (económicos, políticos, religiosos, afectivos, filosóficos, etc.) ha preocupado a muchos sectores de la sociedad y del mundo de las ideas. No extraña, por tanto, que tenga enemigos acérrimos al tiempo que partidarios convencidos. Además, su estudio entraña ciertas dificultades ya que el matrimonio afecta a lo más íntimo del ser humano, y en él se conjugan la libertad de los contrayentes, los intereses de la sociedad y de los futuros hijos. Todo ello, unido a las diferencias de regulación tanto civil como religiosa,

6 *La diversidad de maneras en que se produce esa legitimación han sido desde el reconocimiento de cualquier unión como matrimonio por la simple notificación o publicidad de la misma, hasta la detallada reglamentación de quienes pueden contraer matrimonio, con las formalidades que han de observarse, las características y efectos de la relación matrimonial, entre otras fórmulas.* Por su claridad en tratar esta cuestión se ha seguido a SOUTO PAZ, J.A. *Derecho matrimonial*, segunda edición, Madrid, 2002.

hacen prácticamente imposible dar una noción general de matrimonio que tenga validez en todos los sistemas jurídicos.

El significado de la palabra matrimonio en su sentido vulgar es conocido por todos, si bien existe una confusión frecuente en nuestros días en creer que el matrimonio consiste en el hecho de vivir como cónyuges, esto es, en el hecho de que varón y mujer se amen, vivan juntos, tengan hijos, etc. De ahí deducen algunos que la celebración del matrimonio se reduce a una legalización previa de este hecho, es decir un trámite legal acorde con la normativa vigente.

Es cierto que la noción de matrimonio en cuanto que unión del hombre y de la mujer es tan antigua como la propia humanidad y que la misma, revestida de diferentes características en función de las diversas civilizaciones y épocas históricas, ha conformado una variada gama de tipos de matrimonio. Por lo tanto, históricamente no ha existido una única manera de interpretar el matrimonio. Al contrario, la unión del hombre y de la mujer así como su legitimación social han presentado una variedad de matices y características, lo que hace muy complicado reducir y simplificar el matrimonio a un concepto uniforme y válido para las distintas culturas y periodos históricos. Sin embargo, a pesar de las diferencias en todos los ámbitos culturales existe un mínimo común, cual es que en ellos sólo se considera matrimonio –como se ha indicado- aquella unión entre varón y mujer que está legitimada socialmente. Se puede decir que *ese principio de legitimidad distingue pues, lo que es una unión matrimonial de otras uniones de hecho o meramente privadas que, a pesar de reunir todas las características de matrimonio, sin embargo carecen de sanción o reconocimiento social*[7].

La mayoría de las corrientes legislativas consideran el Derecho como el vehículo a través del cual se realiza la legitimación social. Es decir la conversión *ipso iure* de una determinada unión entre hombre y mujer en matrimonio sustrayendo su contenido de la voluntad de los contrayentes[8]. Hasta ahora los ordenamientos jurídicos venían considerando matrimonio sólo alguna de las varias uniones posibles entre varón y mujer, aquéllas que son conformes a ciertas disposiciones jurídicas. Dichas disposiciones legales bien pueden ir referidas a estructurar una categoría de matrimonio, compuesta por un cuerpo orgánico de normas jurídicas minuciosas y concretas, que hacen que la institución matrimonial adquiera perfiles jurídicos muy definidos, diferenciándola del simple estado actual de convivencia estable entre varón y mujer; o

7 Ibídem, págs. 41 y 42.

8 Las nuevas corrientes legislativas han apostado por una ampliación del concepto de matrimonio, separándose de la línea tradicional, al eliminar el carácter heterosexual de la unión marital. .

bien se limitan a darle la categoría como matrimonio a todas las uniones entre varón y mujer que los propios sujetos consideran o quieren que sean matrimoniales, siempre, claro está, que se observe un mínimo de condiciones, que no son otra cosa, que la certeza jurídica de que no existen impedimentos legales.

A la primera categoría, aquélla compuesta por un cuerpo orgánico de normas jurídicas, se adscriben los sistemas jurídicos incluidos en el área de la tradición jurídica de Occidente, los cuales suelen aceptar como clásicas dos definiciones romanas, la del Jurisconsulto Modestino del siglo III y la que se recoge en las Instituciones de Justiniano.

Modestino establece lo siguiente: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*[9] -las nupcias son la unión de varón y mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el Derecho divino y en el Derecho humano-. En esta definición ya se reconocen los principales elementos que corresponden a la noción del matrimonio en el mundo civilizado:

a) su tendencial unidad e indisolubilidad; y

b) su alto valor ético y moral.

Justiniano lo define de la siguiente forma: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens*[10] -nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, que contiene la comunidad indivisible de vida-.

De estas dos definiciones la más utilizada ha sido la Justinianea, aunque con ligeros retoques. Pero, de todas formas, a pesar de la proliferación de definiciones, sobre todo en la época actual, no existe ninguna con carácter legal que pueda ser utilizada de manera general.

Desde la dimensión jurídica se hace necesario concretar la significación, ámbito y noción del matrimonio. A tal efecto conviene detenerse en lo que ha sido y aún sigue siendo en el ámbito del Derecho canónico la doctrina más tradicional. En tal sentido, como indica Hervada, el matrimonio no consiste en la vida conyugal, sino en la pareja misma unida. El matrimonio es el varón y la mujer en cuanto forman, por el vínculo jurídico que los une, la pareja humana. Esta unión tiene un desarrollo vital, que consiste en el conjunto de relaciones de hecho y de actividades. Ocurre con el matrimonio algo parecido a lo que sucede con la persona humana. El hombre

9 D. 23,3,1

10 Inst.1,9,1

vive, esto es, piensa, trabaja, desarrolla una serie de actividades, todo ello constituye la historia o vida de esa persona, pero no la persona misma; es su actividad, su vida, no su ser. De modo semejante, el hecho de vivir como cónyuges es algo que surge del matrimonio, es la vida matrimonial, pero no el matrimonio mismo. Lo que constituye el matrimonio es el varón y la mujer unidos[11].

En la actualidad, en el ámbito civil, se comienza a ver que esta situación que acabamos de sintetizar está atravesando un nuevo momento, en él se observa un lento avance de la autonomía de la voluntad de aquellos que contraen matrimonio y, consecuentemente, un resurgir de su tratamiento sobre la base del Derecho privado[12]. No era de esperar otra cosa, porque la concepción del matrimonio presente en nuestra cultura ha estado muy influenciada por el cristianismo, cimiento del edificio doctrinal. Esta concepción rigurosa se asienta en valores radicales de la persona humana, lo que explica que la actual crisis de valores en la sociedad haga mella en esa noción del matrimonio y en el Derecho matrimonial que la sustenta. Hoy día el conjunto doctrinal sobre el que se ha edificado durante siglos el instituto matrimonial es objeto de críticas en puntos importantes. Naturalmente cuando en una sociedad entran en crisis los intereses o valores religiosos, morales, políticos y filosóficos, inmediatamente el matrimonio queda también afectado.

Teniendo en cuenta tales circunstancias jurídico-sociales es lógico que el estudio actual del matrimonio no se ciña sólo al perfeccionamiento de temas parciales, ni a buscar una mejor delimitación de un *caput nullitatis* y, por supuesto, tampoco a aplicar tal o cual concepto jurídico que mejore la interpretación de una norma o a proponer soluciones para adaptar, a las nuevas necesidades, esa o aquella disposición. Esto es, no debe ser objeto de parches jurídicos. Lo que se necesita es una completa renovación del estudio del Derecho matrimonial desde el punto de vista científico. Los últimos tiempos han puesto de manifiesto que la renovación realizada ha resultado insuficiente al limitarse a los aspectos estrictamente técnicos. Por lo tanto, hace falta reflexionar acerca de las bases que fundamentan todo el edificio doctrinal, en una búsqueda constante de su perfección, aunque evitando incurrir en la ingenui-

11 Para dicho autor: *"Por esta unión, la pareja forma una unidad, constituida por un vínculo jurídico, en cuya virtud varón y mujer se hacen participes en la naturaleza (sexualmente diferenciada) y solidarios en los fines específicos a los que la unión tiende. Según los clásicos, esta unión es doble: comprende la unio animorun -unión de las almas por el amor- y la unio corporum -unión de los cuerpos por el derecho al acto conyugal-"* Vid. HERVADA, J. LOMBARDIA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios*, T. III, EUNSA, 1973, p. 28 y ss.

12 Vid al respecto FERRARI, S., *La rilevanza civile del matrimonio canonico negli ordinamenti giuridici dei Paesa dell`unione europea. Problemi e prospettive,* en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 17 (2008), revistas@iustel.com

dad de suponer que una institución como el matrimonio, universal y con-natural al hombre, va a ser descubierta finalmente en nuestra época, como si hasta ahora la humanidad hubiese vivido en un fundamental error acerca de ella.

1.2. Calificación jurídica de la figura matrimonial

Como premisa, antes de entrar a encuadrar el matrimonio dentro de las categorías jurídicas al uso -cuya utilidad es innegable para su sistematización y análisis- habría que precisar que el matrimonio, como término verbal, es ambivalente, o lo que es lo mismo, que se aplica indistintamente a dos aspectos o momentos diferentes. Por matrimonio se entiende el acto jurídico por el que los contrayentes se prestan mutuo consentimiento para constituir la sociedad conyugal; en este caso el término matrimonio equivale a celebración o momento en el que éste se constituye jurídicamente; momento al que la terminología clásica denomina matrimonio *in fieri*. Y también, la palabra matrimonio hace referencia a la sociedad conyugal o comunidad que forman marido y mujer, esto es, al momento de la relación jurídica entre los cónyuges; momento o aspecto que en la terminología clásica se identifica como matrimonio *in facto esse*.

Esta duplicidad de significados está en la base de las dos clásicas polémicas acaecidas en el ámbito del Derecho matrimonial en torno a configuración jurídica de aquel. Tales discusiones han versado sobre dos cuestiones concretas cuales son: si el matrimonio debía de estar adscrito desde un punto de vista técnico a la esfera del Derecho público o a la del Derecho privado y si tal figura revestía la consideración de contrato o de institución.

Por lo que respecta a la primera cuestión polémica, que perdió su sentido en los últimos años del siglo XX, hoy ha vuelto a adquirir una cierta relevancia. Dos razones justificaron la existencia de la discusión doctrinal, la distinción entre Derecho público-Derecho privado y la interferencia de ambas ramas jurídicas en las relaciones matrimoniales. Actualmente estas razones han vuelto a adquirir carta de naturaleza en la calificación del matrimonio. Ello obedece al hecho de que por vía legislativa se está dando mayor relevancia a aspectos de la autonomía de la voluntad de los contrayentes en el ámbito matrimonial y familiar, reservado tradicionalmente al *ius cogens*, frente y en detrimento de la que se le atribuía a los aspectos públicos y sociales. Esta nueva perspectiva controvertida contribuye a potenciar el sentido íntimamente hu-

mano del matrimonio y de la familia, aún a riesgo de destruir la clásica concepción de ambas figuras.

Independientemente de las consideraciones hechas, al jurista le interesa conocer cual sea la naturaleza jurídica del matrimonio a la que habrá de llegarse en función de su estructura. Muchas han sido las posturas adoptadas al respecto por la doctrina matrimonialista y muchas también las posiciones contestatarias a las mismas. A los puros efectos de hacer un repaso en relación a ellas se indica lo que sigue.

A) Tesis contractualista

La concepción del matrimonio como contrato, tuvo un gran auge entre los juristas durante los siglos XVII a XIX, y se difundió fundamentalmente por los jurisconsultos modernos, aunque previamente los canonistas la habían admitido fundándose en que el vínculo matrimonial se deriva de la voluntad de los esposos. Esta naturaleza contractual es el nervio central de toda la doctrina sobre el matrimonio. Sin embargo, también se ha negado por un sector doctrinal tal carácter contractual. Se argumenta entre otras razones, que no basta que se de en el matrimonio un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato. Puesto que, en contra de lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes, en el sentido de que estas no pueden disciplinar la relación conyugal de modo contrario a lo establecido en la Ley, al ser necesarios determinados requisitos formales para su validez jurídica. Asimismo se ha alegado que es ajena al contrato la materia sobre la que recae el acuerdo matrimonial, al no poder ser objeto de la convención contractual relaciones personales o familiares como lo son, precisamente, la materia o el objeto de aquél. También se ha alegado por los contractualistas que muchas de las normas de los contratos, entre ellas el principio del mutuo disenso, son inaplicables al matrimonio.

La doctrina científico-jurídica partidaria de la tesis contractual ha adoptado como matización de la misma para superar la falta de homologación al contrato en puridad diversos argumentos, entre los que se pueden citar los siguientes:

a) teoría del **contrato "*sui generis*",** personal y social. Los defensores de esta tesis son conscientes de que no todas las características del contrato como categoría pueden ser aplicadas al matrimonio, por ello hablan de contrato *sui generis* o singular en el que es obligatorio la bilateralidad (sólo puede estipularse entre dos personas de

distinto sexo capaces de prestar consentimiento matrimonial) y tiene unos efectos estipulados por el Derecho (las partes carecen de libertad de contratar en cuanto que el esquema normativo matrimonial no puede ser alterado o modificado por la libre voluntad de estas). Es para ellos un contrato de *ius cogens* o de Derecho vincular. Esta tesis predica pues que el matrimonio, sin dejar de ser contrato, posee unas características que lo diferencian de los contratos regulados por el Derecho privado.

b) teoría que considera el matrimonio como **un acto del Estado** o como un negocio complejo, donde concurren las voluntades de los esposos y la voluntad del Estado en el caso del matrimonio civil, y la de la Iglesia en el caso del matrimonio canónico. Sin embargo esta tesis es criticable por sobrevalorar la función oficial del Estado y de la Iglesia respecto a la regulación de la figura matrimonial. Estas instituciones lo único que hacen es calificar el negocio jurídico creado por las partes y la relación consiguiente como matrimonio, no pudiendo situarse en un mismo plano el consentimiento de las partes y la función de aquellas.

c) teoría que lo califica de **negocio bilateral** en cuanto procede de la voluntad de las partes, pero no de una forma contractual al carecer de naturaleza patrimonial. Esta toma de distancia tiene su razón de ser en que para la dogmática jurídica, cuya evolución es permanente, la teoría contractualista ha seguido un desarrollo tendente a patrimonializar la figura del contrato, dando prioridad al aspecto economicista. Al respecto se considera que la definición del matrimonio como contrato de Derecho de familia, en el amplio sentido que le daba la más antigua doctrina, es ciertamente admisible, pero quizás pueda parecer menos conforme con la actual técnica jurídica, que tiende a usar la expresión contrato para las relaciones jurídicas de contenido patrimonial.

d) teoría que estima que debe considerarse el matrimonio no como contrato sino más bien **como acuerdo**. En el contrato los intereses de las partes son contrapuestos o divergentes, mientras que en el matrimonio son paralelos o convergentes. A modo de crítica de esta teoría ha de sostenerse que la sustitución de la expresión contrato por la de acuerdo no es muy adecuada en tanto en cuanto no hay garantía de que los intereses de las partes sean paralelos o convergentes, cada una de ellas quiere contraer matrimonio con una determinada persona y sus intereses no tienen por qué ir en la misma dirección.

En resumen el pacto conyugal no sólo posee la bilateralidad propia del negocio jurídico bilateral, puesto que supone sendas declaraciones de voluntad que revisten

carácter vinculante, sino también la bilateralidad del contrato, ya que ambas partes se obligan recíprocamente a unas determinadas prestaciones. Por lo tanto, en definitiva, parece ser que el único esquema general utilizable para encuadrar el matrimonio es el del negocio jurídico bilateral, puro y solemne. Será un negocio jurídico único llamado matrimonio, no asimilable a los negocios o actos jurídicos pertenecientes al Derecho de familia.

B) Tesis institucionalista

La teoría de la concepción del matrimonio como institución responde mejor, según sus defensores, a la idea de que éste constituye un conjunto de relaciones impuestas por el Estado. Los institucionalistas toman el concepto de institución tal como se entiende en la doctrina civil: pluralidad de cosas o personas configurada en una unidad, que tienen una finalidad que cumplir para y por lo cual tiene una estructura u organización inicial, y realizan actuaciones y manifestaciones comunitarias o de conjunto. En este concepto encuentran mejor explicación y desarrollo la naturaleza, características y relaciones jurídicas que vinculan a los cónyuges, puesto que, por una parte opinan que con esta calificación se salva la libertad personal (el consentimiento matrimonial es libre a la hora de aceptar el matrimonio) y, por otra, consideran, además, que el matrimonio está establecido de forma previa e inmodificable a los cónyuges. Según esta concepción pues, en la medida en que el matrimonio es un todo previamente configurado por el ordenamiento a través de una normativa inderogable, a la que las partes se adhieren y cuyos efectos derivan más de esa configuración que de la autonomía privada, el matrimonio responde y encaja en esa categoría jurídica, institución.

Para Giménez Fernández, defensor de esta tesis, en relación al matrimonio canónico, el concepto de institución, que él define *como un 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,* es más acorde a tal figura que la de contrato. Esta teoría es consecuencia de las restricciones que el Derecho canónico impone a la voluntad de los contrayentes, en cuanto constituyen la dificultad más importante con la que tropieza la contractualidad del pacto conyugal. En el ámbito canónico no hay nada dejado a la libre voluntad de las partes, desde el momento que los cónyuges carecen de toda competencia dispositiva para regular el régimen del

vínculo matrimonial de manera diversa a lo establecido en la ley. Pese a lo anterior la consideración del matrimonio como institución no contradice totalmente que el pacto conyugal sea un acto voluntario, ya que existe libertad de contraer y los límites que enmarcan el actuar de esa libertad matrimonial no autorizan a negar el carácter negocial de la relación.

En conclusión ni la teoría contractual pura ni la institucional dan respuesta plena a la figura jurídica del matrimonio y a su esencia y sustancia. No es sin embargo la limitación a la voluntad lo que resulta antitético al concepto de contrato sino, solamente, la absoluta carencia de libertad de contratar. Así pues el contrato, como es sabido, es siempre y necesariamente el resultado de la libre determinación de las partes, aunque la facultad de determinarlo libremente venga fijado por unos límites -más o menos amplios- establecidos por el ordenamiento, en salvaguarda del interés público y del orden jurídico[13]. Y, respecto a la tesis institucional, pese a que tras el Vaticano II, como indica Bernárdez, adquiere gran relevancia, resulta también inaceptable en su conjunto, en tanto en cuanto, cada matrimonio es una realidad distinta para cada pareja contrayente y el matrimonio ordenado legalmente es preexistente en cuanto algo abstracto no concreto, *"siendo así que el matrimonio en concreto no existe con anterioridad a su celebración".*

1.3. Terminología jurídica básica

Es conveniente antes de introducirse en el Derecho positivo repasar algunos conceptos que técnicamente dan solución a las alteraciones del desarrollo idóneo de la relación jurídica matrimonial. Y resulta conveniente porque son nociones básicas y de utilización común que llevan muy generalmente a la confusión de la opinión pública respecto a los términos de separación, nulidad, disolución y divorcio.

Por separación se ha de entender la suspensión de la vida en común, obligación que surge del matrimonio, pero permaneciendo el vínculo conyugal y, en consecuencia, en caso de que ésta se produjera implicaría la imposibilidad de

13 Estos límites de actuación varían de unos ordenamientos a otros. Por lo que se refiere a los civiles, la tendencia sumamente limitativa de la autonomía privada se basa en el interés y en el orden público; en la actualidad se observa una mayor dulcificación del principio y en consecuencia, una ampliación de las facultades dispositivas de los cónyuges. En cambio en el ordenamiento canónico los límites son muy rígidos, debido, fundamentalmente, al carácter sacramental del matrimonio, que hace que prácticamente no quede nada a la libre disposición de las partes, salvo, naturalmente, la libertad de contraer.

contraer nuevo matrimonio. En sentido estricto supone la no exigibilidad de la obligación legal de convivencia que comporta todo matrimonio y que el artículo 68 del Código civil reconoce expresamente.

La separación tiene variedades en función del ámbito en el que se produce y de su eficacia. Así puede ser privada o de hecho, aquella que se origina por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de los cónyuges, sin intervención judicial, dependiendo su eficacia en razón de su origen. La judicial, llamada así por derivar de una resolución de un órgano de tal naturaleza, puede tener su causa en un acuerdo de los cónyuges o en solicitud de uno de ellos fundamentada en las causas previstas legalmente.

La nulidad significa que el vínculo matrimonial es inexistente, no se constituyó válidamente en el origen del matrimonio, esto es en el momento de emitir el consentimiento, por ausencia o defecto de los requisitos que, como esenciales, exige el Derecho. Requisitos que afectan a la capacidad de los cónyuges, a su voluntad (consentimiento) y a la forma de la declaración matrimonial. Esta, a diferencia de lo que ocurre en caso de separación o disolución, va siempre referida al momento de celebración o momento de matrimonio *in fieri*, sin que tenga relevancia alguna para su declaración el tiempo que haya durado la convivencia matrimonial.

La sentencia de nulidad es una resolución declarativa en el ámbito jurídico de la ausencia del vínculo matrimonial. Se trata de una ficción jurídica, ya que en el ámbito social el matrimonio sí ha existido, cuestión que el Derecho soluciona recurriendo a la figura del matrimonio putativo como se verá más adelante. El Derecho civil, teniendo en cuenta la seguridad jurídica, fija un plazo para el ejercicio de la acción de nulidad (el artículo 75 del Código civil indica que se convalida el matrimonio en casos de los menores de edad un año después de haber alcanzado la mayoría de edad si mantienen la convivencia; y el 76 del mismo Código establece igual plazo para los casos de error, miedo o violencia una vez desvanecido el primero o cesado la fuerza o causa del miedo), mientras que en Derecho canónico la acción de nulidad es siempre posible y puede entablarse en cualquier momento. La declaración de nulidad, de exclusiva competencia de los órganos judiciales, faculta siempre a los afectados para contraer posterior matrimonio.

Disolución y divorcio: presuponen, frente a la nulidad, que se ha constituido un válido matrimonio. Implican la extinción del vínculo jurídico matrimonial por una causa sobrevenida, que surge durante el matrimonio *in facto esse* o convivencia matrimonial. El término disolución es más amplio que el de divorcio. En el primero se comprenden además de otras causas, la extinción de la vida conyugal por muerte, mientras que el segundo sólo representa supuestos de extinción matrimonial en vida de los cónyuges. Requieren, para tener eficacia jurídica, de una declaración judicial y su efecto propio es la posibilidad de que los anteriores cónyuges puedan concurrir a un nuevo matrimonio.

Capítulo 2
Evolución histórica del instituto matrimonial

La juridificación del matrimonio es consecuencia de un largo proceso histórico que interesa adecuado exponer para su mejor comprensión.Conviene detenerse fundamentalmente, en los momentos que han tenido una trascendencia significativa en dicha juridificación.

Cuatro son esos momentos históricos en el *iter* por el que ha discurrido el matrimonio desde la óptica jurídica: a) el matrimonio romano; b) la canonización del matrimonio; c) la secularización; y d) el matrimonio en la actualidad.

2.1. El matrimonio romano

Es un hecho sobradamente conocido que, durante varios siglos, las instituciones jurídicas de la Iglesia se desarrollan a partir de los ordenamientos jurídicos civiles de la época, en especial del Derecho romano y del Derecho germánico. Siendo precedente en el tiempo la influencia romana, hubo de ser en esa línea conforme a la que se desarrollaron algunas de las más antiguas instituciones jurídicas de la Iglesia, entre ellas la legislación sobre el matrimonio. De ahí la inicial recepción en el matrimonio cristiano de algunos componentes del matrimonio romano, al igual que ocurrió con otros elementos jurídicos. Por ello resulta lógico partir del matrimonio romano como inicio del discurrir histórico.

El matrimonio romano resultaba de la concurrencia de dos elementos, la *affectio* y la comunidad de vida. La falta de cualquiera de ellos podía disolverlo, sobre todo en las épocas antigua y clásica. El primero es el elemento subjetivo o intencional (*con-*

sensus) mientras el segundo constituye el objetivo material basado en la convivencia, es decir el hecho social de la unión estable y permanente. Ambos elementos eran necesarios, no obstante el sólo hecho de iniciar la vida en común – sin la obligatoriedad de la declaración expresa del consentimiento- hacía surgir la relación jurídica matrimonial. Ello no quiere decir que bastara con la instauración de la comunidad de vida para dar lugar al matrimonio, sino que ha de concurrir el consentimiento, en cuanto que se inicia la vida en común precisamente con la *affectio maritalis,* esto es con la voluntad –*consensus*– de iniciar una relación matrimonial. Ahora bien, este *consensus* no ha de entenderse como inicial o contractual, sino como continuado y duradero, de modo que mientras perdure, dura la relación matrimonial. No obstante, con independencia de la no perpetuidad del matrimonio, es conveniente hacer notar que el concepto de *afectio maritalis* sufre una evolución. Mientras en la época clásica la *affectio* consistía en la permanencia del consentimiento con el fin de perseverar unidos, en el periodo posclásico o justinianeo -bajo la influencia del cristianismo- la *affectio maritalis* se concibe ya como voluntad inicial o consentimiento para contraer matrimonio.

El matrimonio en Roma era un hecho social que se manifestaba por la convivencia o unión de hecho con intención marital o, lo que es lo mismo, en la voluntad o consentimiento continuado y constante de vivir en matrimonio, de tal manera que cuando cesaba este consentimiento se interrumpía la relación matrimonial. Junto a los elementos citados, la *affectio* y la comunidad de vida, en el Derecho romano también se exigían, por razones de justicia, como requisitos que los cónyuges hubieran alcanzado la pubertad y que entre sí tuvieran derecho de *connubiium*. Sólo entonces el matrimonio constituía un hecho social que generaba ciertos efectos jurídicos (relaciones patrimoniales entre cónyuges y la filiación). Ese *ius connubii* tenía especial importancia para que la relación de convivencia se calificara de matrimonial y no de concubinato. Por ejemplo la unión entre personas de distinta clase social no era matrimonial y las consecuencias de la misma no eran las matrimoniales, es decir, la mujer no participaba de la dignidad del marido, ni entraba en la familia, siendo los hijos ilegítimos.

En conclusión, el matrimonio se concebía como un hecho social que si se ajustaba a determinados requisitos producía efectos jurídicos, mientras que de lo contrario sería un hecho social jurídicamente irrelevante.

2.2. La canonización del matrimonio.

No debe ignorarse que la tradición de los pueblos antiguos no desconocía el sentido espiritual de las nupcias. Lógicamente el reciente cristianismo, heredero del judaísmo, aportó su peculiar espiritualidad al matrimonio romano, dibujando su propio concepto.

Si los esquemas romanistas, como se ha apuntado, dejaron su huella en el matrimonio cristiano, no menos profunda fue la cristianización del matrimonio romano por influencia de la Iglesia en su desarrollo. No obstante, interesa tener presente que, con los principios establecidos por la Iglesia para los cristianos, no pretendía ésta modificar la normativa romana, sólo impregnarla de espíritu cristiano, orientando las normas jurídicas sobre las nupcias aceptadas por ella, hacia tales principios. De ahí que el primitivo cristianismo centrara su actuación en los puntos relativos a la corrección de abusos en los matrimonios paganos, a la capacidad de los contrayentes, al sentido religioso del matrimonio y a la estabilidad e indisolubilidad del vínculo. Así el principio *"quod Deus coniunxit homo non separet*" se convertiría en el vértice sobre el que se levantará el edificio matrimonial cristiano. De ahí que los primeros criterios del naciente ordenamiento de la Iglesia tiendan a prohibir el divorcio en todas sus formas, con vistas a unos fieles procedentes de un mundo en el que la ley civil –según la cual siguen uniéndose en matrimonio- les autoriza a romper el vínculo contraído. El camino más lógico para marcar la influencia cristiana era, desde luego, imbuir en la conciencia de los fieles el significado y valor religioso de la unión conyugal. Por ello se opera un giro en el Derecho romano justinianeo produciéndose un cambio sustancial en relación a la concepción del matrimonio romano clásico. Cambio que se concreta, adaptando, paulatinamente, el matrimonio a las ideas preconizadas por la Iglesia, concibiéndose así un matrimonio romano cristiano o justinianeo. Se trasforma el elemento subjetivo y se modifica, por ende, algunos de los requisitos para poder contraer matrimonio. Esta circunstancia unida a los episodios históricos que acontecen tras la caída del Imperio romano y a la invasión de los pueblos germánicos, beneficia que la Iglesia se arrogue la competencia exclusiva sobre el matrimonio.

Así, el matrimonio concebido como hecho social se convertirá en un acto religioso y la competencia sobre el mismo recaerá sobre la Iglesia. Entre las circunstancias que mueven a ésta a asumir la competencia de tipo jurídico sobre el matrimonio puede citarse como la más relevante la existencia de una ley divina en esta materia. Es por esta razón por la que, en su origen, la Iglesia trata de asentar el matrimonio

sobre principios doctrinales de origen divino. No es hasta el siglo VII cuando ella comienza a tener reconocidos por los poderes públicos determinados privilegios en materia matrimonial y, cuando aceptaba la legislación civil en materia matrimonial, en caso de contradicción con las normas divinas, señalaba la primacía de estas últimas sobre aquéllas.

Cuando la doctrina analizó los sucesivos pasos que fue dando la Iglesia en el camino hacia lograr la plena jurisdicción, a la que se ha hecho referencia, concretó varios motivos o causas que ayudaron en la consecución de este fin –la plena jurisdicción-. La generalización de la fe cristiana en la sociedad civil. Las circunstancias políticas que concentraron en manos de la jerarquía eclesiástica una importante parte de autoridad durante el alto medioevo. Y, por último, la progresiva obra de unificación de la normativa vigente en la Europa de los siglos que precedieron al Derecho común.

Esta conciencia de autoridad adquirida por la Iglesia a lo largo del primer milenio cristiano, se muestra definitivamente durante los siglos XII y XIII al consolidarse la escolástica y el Derecho canónico clásico. Siendo entonces cuando el Derecho matrimonial canónico atraviesa por la fase más importante de su evolución histórica. En efecto, la formación del llamado Derecho canónico clásico no significa para la institución matrimonial solamente la aparición de nuevas normas o la modificación de tales o cuales requisitos, sino también, y sobre todo, el nacimiento de un sistema completo de Derecho matrimonial. Este como consecuencia de la afirmación del principio de la exclusiva competencia de la Iglesia en la materia, se constituye prácticamente en el único régimen jurídico del matrimonio dentro del marco de la cristiandad[14].

Mientras se realizaban la nupcias de acuerdo a la legislación civil, lo que a la Iglesia le preocupaba eran las formalidades religiosas, que procuraban envolver la celebración con vistas a crear una conciencia favorable al carácter sagrado de la unión conyugal. Pero una vez que adquiere la competencia jurídica sobre el matrimonio,

14 No es necesario alegar que la doctrina matrimonial canónica constituye una de las construcciones jurídicas más elaboradas y ambiciosas sobre la cuestión. Tal afirmación se encuentra en directa conexión con la labor de los canonistas, que fueron capaces de traducir en principios y normas jurídicas la doctrina teológica cristiana sobre el matrimonio, pero sin renunciar a supeditar sus formulaciones jurídicas a los estrictos procedimientos romanos. Es obvio, que hay que interpretar que la construcción canónica supuso, por tanto, la continuidad de la tradición romanista. Una explicación resumida de la evolución del matrimonio puede verse en ACUÑA GUIROLA, Sara, *La forma del matrimonio hasta el decreto Ne temere en* Ius Canonicum, vol.XIII, nº. 25 págs. 138 y ss.; y *Nacimiento y evolución de la forma de celebración del matrimonio religioso: el mito del eterno retorno*, Granada 2012., págs. 37 y ss.

entonces surge para ella la necesidad de decidir cuales son los requisitos iniciales de constitución de la relación conyugal, es decir, cómo se constituye el vínculo matrimonial. Así las cosas, a lo largo de la Edad Media la concepción del matrimonio y su regulación quedan fijadas de acuerdo a los postulados del tiempo inmediato precedente[15]. Se puede decir que sólo el consentimiento hace el matrimonio, siendo irrelevantes la convivencia, la cópula o el amor, pero teniendo presente que el sentido canónico del consentimiento es distinto al romano clásico. Pues como ya se ha visto, el *consensus* matrimonial como *affectio maritalis* constante y continuado dejó paso en el Derecho postclásico a una voluntad inicial en los contrayentes de constituir el matrimonio, con suficiencia para fundar el negocio-sacramento matrimonial, convirtiéndose en su elemento constitutivo.

Hay que advertir, no obstante, que la conquista del consentimiento como elemento generador del matrimonio no fue algo pacifico. Si bien había la común aceptación por parte de la canonística de la importancia del consentimiento como elemento que da origen al matrimonio, no existía unanimidad en torno a su perfección como contrato. Resulta interesante a este respecto la discusión que mantienen la Escuela de París, con Pedro Lombardo[16] al frente, defensor de la teoría consensualista, y la Escuela de Bolonia, con Graciano[17] defensor de la teoría de la cópula, respecto cual de

15 En esta época la influencia de los principios cristianos queda reflejada en los axiomas jurídicos: *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (el consentimiento y no la convivencia hacen el matrimonio); *non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* (la cópula conyugal no hace el matrimonio, sino el afecto o consentimiento marital); *liber consensus et non amor, facit coniugium* (el libre consentimiento y no el amor hace el matrimonio).

16 Teólogo, nacido en Novara (o quizás. en Lumello), Italia, cerca del año 1100; falleció entre los años 1160 a 1164. Estudió primero en Bolonia, luego en Reims y París. Conocido como el Maestro de las sentencias o *Magister sententiarum,* fue profesor de Teología en París y, casi al final de su vida, obispo de esa misma ciudad.

17 Graciano, monje jurista del siglo XII nacido en Bolonia, autor del *Concordia discordatium canonum o Decretum Gratiani*, también conocido en español como "Concordancia de las Discordancias de los Cánones", "Armonía de los Cánones Discordantes" o "Concordia de los Cánones Discordantes". Es una obra perteneciente al Derecho canónico que, como indica su título, trata de conciliar la totalidad de las normas canónicas existentes desde los siglos anteriores, muchas de ellas opuestas entre sí. Su redacción se fecha entre los años 1140 y 1142. Constituye la primera parte de la colección de seis obras jurídicas canónicas conocida como *Corpus Iuris Canonici.* El Decreto de Graciano representa un paso importante para la consolidación del Derecho de la Iglesia Católica en la Alta y Baja Edad media. La obra, monumental en su extensión, constituye una aportación a la unificación jurídica, y se trata, por tanto, del fruto de la actividad doctrinal de un canonista y no de una política legislativa pontificia, camino que venía siendo el más utilizado hasta entonces para tal fin. Pese a que el Decreto no fue promulgado oficialmente (aunque, según la tradición medieval, habría aprobado por el Papa Eugenio sido III), alcanzó gran difusión en la práctica, no sólo por su indudable utilidad, sino principalmente por la autoridad de los textos recogidos en la misma: cánones pertenecientes a Concilios asiáticos, así como textos de las Sagradas Escrituras, de la Patrística, y de algunas fuentes romanas (en su segunda versión). Además, la obra fue comentada mediante glosas, destacando en este punto la labor del Papa Alejandro tanto ecuménicos como locales, europeos, africanos o III.