

CONSORTIUM OMNIS VITAE: UNA REFLEXIÓN SOBRE DERECHO MATRIMONIAL COMPARADO*

Juan Miquel

RESUMEN

La finalidad de este artículo es subrayar la importancia del *consortium omnis vitae* (comunidad de vida, «*Lebensgemeinschaft*») para la comprensión del Derecho Matrimonial, y esto frente al punto de vista tradicional que atiende sólo al comienzo (contrato matrimonial) y al final del matrimonio (muerte o divorcio). Profundizando en las relaciones que fluyen del *consortium omnis vitae*, no sólo se revela la naturaleza del matrimonio, sino también el paso desde el divorcio por culpa al divorcio por crisis matrimonial irrecuperable. La idea de *consortium omnis vitae* es esencial para comprender la razón de fondo del incremento de la cohabitación en nuestros días, porque el *consortium* es también la clave para entender la dimensión social del matrimonio, frente al enfoque unidimensional, que toma en cuenta sólo el comienzo y el final del matrimonio.

PALABRAS CLAVE: matrimonio, divorcio, *consortium omnis vitae*, cohabitación legítima, Derecho Romano, Derecho Canónico, Derecho Comparado, Civil Law, Common Law.

ABSTRACT

The aim of this paper is to stress the paramount importance of the *consortium omnis vitae* (living together, «*Lebensgemeinschaft*») for the right understanding of the Law of marriage, and this in front of the traditional view that focuses only at the beginning (contract of marriage) and at the end of marriage (dead or divorce). Understanding the relationships that flow from the *consortium omnis vitae* not only disclose the nature of the marriage, but also the passage from the divorce by fault to the divorce by irretrievable breakdown. The idea of *consortium omnis vitae* is essential to grasp the background of increasing cohabitation in our days, even because the *consortium* also pinpoint at the social dimension of marriage, in front of a unidimensional contemplation, that bear in mind only beginning and end of the marriage.

KEY WORDS: marriage, divorce, *consortium omnis vitae*, legal cohabitation, Roman Law, Canon Law, Comparative Law, Civil Law, Common Law.

Alguna vez en Alemania he oído comentar jocosamente: «Es ist sehr schön in der Schweiz geboren werden. Es ist sehr schön in der Schweiz zu sterben. Aber ... was tut man inzwischen?». Del matrimonio se podría decir algo parecido: jurídica-

mente se enfoca el momento inicial y el momento final, pero, ¿cómo plasmar jurídicamente lo que sucede entre uno y otro momento? *Prima facie* parece como si el Derecho no fuera capaz de captar la comunidad de vida que debe de existir entre los cónyuges durante el matrimonio. En realidad, si se parte de la indisolubilidad del matrimonio («hasta que la muerte nos separe») aún se puede centrar más el foco de luz, concentrando el análisis jurídico, casi exclusivamente, en el consentimiento inicial.

Frente a este análisis emerge con claridad el tema objeto de nuestro estudio: *Consortium omnis vitae*. Si el título de mi conferencia hubiera sido *Consortium totius vitae* todos hubieran comprendido que se trataba de una incursión de un romanista a los dominios del Derecho canónico. En efecto, el canon 1.055 § 1 del nuevo CIC, que consagra legislativamente esta expresión, supone —frente al CIC de 1917— una innovación trascendental, al apuntar ya al matrimonio *in facto esse*, sin descuidar el matrimonio *in fieri*. Es claro, por tanto, que, aunque tenga que referirme en este punto al Derecho canónico, mi intención es mucho más amplia: arrancar del *consortium omnis vitae* en el matrimonio romano clásico y justinianeo para llegar a la *eheliche Lebensgemeinschaft* (o, como se dice hoy, a la *Lebensgemeinschaft der Ehegatten*) del Derecho moderno. También es evidente que un punto candente lo va a constituir la posibilidad o imposibilidad de disolver el matrimonio por divorcio. Adelanto ya mis conclusiones: 1) *El consortium omnis vitae* es un concepto apical, en tanto en cuanto no sólo permite superar la concepción meramente contractualística del matrimonio, sino que ayuda a comprender tanto la esencia del matrimonio como algunas formas de divorcio, 2) Así, la idea del *consortium omnis vitae* puede servir para separar los Ordenamientos jurídicos, en función de la relevancia y papel que le asignan, y 3) Al final, desembocaremos en una paradoja: la idea del *consortium omnis vitae* va a servir lo mismo para defender la indisolubilidad del matrimonio (eso es lo que trata de acentuar la formulación del canon 1.055 § 1 al decir *consortium totius vitae* y no *consortium omnis vitae*), como para postular una forma avanzada de divorcio: el divorcio por fracaso matrimonial. Todo depende de que *consortium omnis vitae* se interprete como «comunidad conyugal para toda la vida» o como «comunidad conyugal de todas las cosas de la vida» (eso sí, mientras dure). Esa paradoja late, como veremos, en la oposición que se da entre los párrafos primero y segundo del § 1.353 del BGG y de los §§ 1.565 y ss., del mismo cuerpo legal, pero resulta más evidente, según veremos, en la jurisprudencia canónica sobre el canon 1.095 § 3.

* El texto reproduce, en esencia, la exposición realizada en conferencias, pronunciadas, entre otras, en las Universidades de Loyola (New Orleans), Zurich y La Laguna. Dada la naturaleza de este trabajo, que trata de penetrar en la médula de un concepto fundamental, más que entrar en detalles concretos, las referencias bibliográficas son únicamente las necesarias para ilustrar la presente exposición.

El orden de exposición será, pues, el siguiente:

- I. Unas consideraciones introductorias sobre la metodología a utilizar.
- II. *Consortium omnis vitae* en el Derecho romano clásico y justiniano.
- III. *Consortium omnis vitae* en el Derecho canónico.
- IV. *Consortium omnis vitae* en los Ordenamientos jurídicos modernos.

I. TOPOLOGÍA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y DERECHO COMPARADO

La moderna ciencia del Derecho comparado ha elaborado una metodología refinada y compleja¹. Su meta, al estudiar una institución, no es exponer el montón de datos procedentes de los Derechos, que se toman como términos de comparación, para luego señalar las analogías y diferencias más salientes. El conocimiento exacto de los Derechos que se van a comparar es, evidentemente, un presupuesto imprescindible, es decir, una condición necesaria, más no suficiente, para la elaboración ulterior. Así una metodología crítica que aspire a no quedarse en este estadio previo del estudio del Derecho extranjero, tratará de penetrar en la médula de los problemas, llegando a una auténtica fenomenología o —para decirlo más plásticamente— una topología de los conceptos jurídicos. La tarea es, nada menos, que identificar los problemas jurídicos que subyacen en los Derechos a comparar, para, finalmente, extraer su núcleo común y comparar críticamente sus soluciones. Comparación que puede hacerse tanto verticalmente, tomando en cuenta la dimensión histórica, como horizontalmente, apuntando ya a la dimensión espacial.

La topología de los conceptos jurídicos, que aspiramos a aplicar como método en este trabajo, arranca de una idea elemental: como el Derecho vive en un tiempo y espacio determinados, podemos imaginar unas coordenadas que sirvan para localizar el problema: en el eje de ordenadas situaremos la Historia del Derecho, en el de abscisas el Derecho comparado. Ahora bien, a poco que reflexionemos, tendremos que caer en la cuenta de que no se trata de unas coordenadas inmutables. Hemos de imaginar, evidentemente, un cambio de coordenadas, si es que queremos tener en cuenta la continua mutación del Derecho en el tiempo y en el espacio. Lo difícil es cómo se localiza un punto dentro de diferentes coordenadas. Más claro, cómo se sitúan los problemas jurídicos dentro del tiempo y del espacio de modo que pueda llegarse a su identificación. ¿Cómo se realiza el enfoque de esos problemas? La respuesta para nosotros es clara: el enfoque fundamental, primario, tiene lugar mediante la prolepsis. Prolepsis —anticipación— es un término más

¹ Por todos, vide HANISH, Hans (1994): «Rechtsvergleichung, aber wie?» en *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 16, p. 125 y ss., con bibliografía.





conocido por historiadores del Derecho² que por los especialistas en Derecho comparado. Pero la idea subyacente en los métodos de cada una de estas disciplinas es la misma: si es verdad —como lo es— que, tanto en la vida como en la ciencia, la pregunta condiciona la respuesta, de lo que se trata con la «anticipación» es de realizar una inducción previa, pero lo más completa posible, que nos indique qué es exactamente lo que hemos de preguntar a «las fuentes», es decir, que nos permita ver cuáles son los problemas que plantea una institución para, luego, examinar las diversas soluciones.

Un ejemplo nos puede servir para explicar la prolepsis. Es sabido cuánto debe la ciencia del Derecho romano al método comparativo de Bonfante. Y es de todos conocida su teoría de la *hereditas*. No obstante, cuando Bonfante recurre a la comparación con el Derecho japonés para iluminar el primitivo Derecho romano no separa patriarcalidad y patrilineariedad, olvidando que la familia japonesa, a diferencia de la primitiva familia romana, no es una familia agnaticia. Naturalmente este erróneo planteamiento inicial no dejará de tener consecuencias en el desarrollo de su teoría³.

Basten estas breves consideraciones sobre el método proléptico para resaltar cómo en la comparación de instituciones jurídicas, bien sea en su dimensión temporal o en la espacial, resulta imprescindible realizar un análisis por unidades estructurales.

Consortium omnis vitae se nos revela en este contexto como un concepto trascendental para realizar una comparación de Ordenamientos jurídicos tanto en el plano histórico como en el de Derecho comparado.

II. DERECHO ROMANO

Consortium omnis vitae es una pieza fundamental en el matrimonio romano⁴. Para ver cómo encaja esta pieza en el conjunto de la institución, lo primero que tenemos que hacer es ir aislando unidades estructurales. Dentro del proceso de diferenciación de unidades estructurales comenzaremos por separar —la doctrina romanística lo viene haciendo a partir de Volterra— los modos de adquisición de la

² MITTTEIS, Heinrich, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte* (1947), p. 22.

³ Para este círculo de problemas cfr. mi trabajo «Agnación y culto a los antepasados» en *Collatio Iuris Romani* (libro homenaje a Hans Ankum, que está en prensa).

⁴ La bibliografía sobre el matrimonio romano es inmensa. Por todos vide VOLTERRA (1951): *Lezioni di Diritto romano. Il matrimonio romano*; ORESTANO (1951): *La struttura giuridica del matrimonio romano dal Diritto classico al Diritto giustiniano*; ROBLEDA (1970): *El matrimonio en Derecho romano*; KASER (1971): *Das römische Privatrecht* I, p. 310 y ss.; VOLTERRA (1986): *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. de Daza!!) p. 635 y ss.; KUNKEL-/MAYER-MALY (1987): *Römisches Recht*, p. 385; TALAMANCA (1990): *Istituzioni di Diritto romano*; MIQUEL (1992): *Derecho privado romano*.

manus sobre la mujer (*confarreatio, coemptio, usus*) de lo que constituye propiamente el matrimonio. *Confarreatio, coemptio* y *usus* no son, pues, formas de celebración del matrimonio (al menos en el Derecho clásico), sino modos de adquisición de la *manus* sobre la mujer. La adquisición o no adquisición de la *manus* sobre la mujer va a tener una importancia decisiva en el régimen de bienes del matrimonio, pero, en cambio, no va a determinar que existan dos tipos de matrimonio uno *cum manu* y otro *sine manu*. Así pues, aquí no hablaremos ni de *manus*, ni de régimen de bienes del matrimonio, sino del matrimonio romano.

En cambio, para la configuración jurídica del matrimonio romano resulta fundamental el concepto de *conubium*. En efecto, es el *conubium* (capacidad civil) el que, unido a la capacidad natural (diferencia de sexo, edad, ausencia de impedimento por parentesco, etc.), determina que un matrimonio sea considerado como *matrimonium iustum* (sinónimo de *matrimonium legitimum, iustae nuptiae*), es decir, un matrimonio ajustado a Derecho (más concretamente: *al ius civile Romanorum*). Ulpiano (Reg. Ulp. 5. 3-5) explica el concepto en los siguientes términos: «*Conubium est uxoris iure ducendae facultas. Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est conubium*». Naturalmente, y esto va implícito en la definición de Ulpiano, el *conubium* hay que referirlo tanto al hombre como a la mujer. El efecto fundamental del *ustum matrimonium* es que los hijos nacidos de él se convierten en ciudadanos romanos y caen bajo la *patria potestas*. Es el *conubium* el que determina que los hijos sigan la condición del padre.

Hasta fines del siglo XIX dominó totalmente una concepción contractualística del matrimonio romano, concepción, por tanto, centrada en el consentimiento inicial. Pero todavía en 1899 un espléndido trabajo de Manenti, que estaba destinado a alcanzar una enorme influencia, viene a poner en tela de juicio la tesis contractualista. El matrimonio romano no se habría caracterizado por un consentimiento inicial, sino por un consentimiento duradero, expresado, por tanto, no con el término *consensus*, sino con el término *affectio maritalis*. Cuando cesaba este *consensus* o la comunidad de vida terminaba también el matrimonio. Esta tesis tuvo una repercusión tal que es la que podemos encontrar hoy día —con más o menos matizaciones— en la mayoría de los manuales y tratados de Derecho romano. Modernamente gana muchos adeptos la tesis de que en el matrimonio romano la convivencia no es un elemento decisivo, sino tan sólo el consentimiento, concebido como consentimiento duradero, llamado por los autores *consensus* o, más propiamente, *affectio maritalis*. A la inversa, el cese de la *affectio maritalis* supondría la terminación del matrimonio. Volteara y Orestano pueden considerarse como representantes más destacados y genuinos de esta tendencia.

Sin poder entrar de lleno aquí en el complejo tema del matrimonio romano, sí que resulta, en cambio, procedente realizar algunas matizaciones relativas al consentimiento. Partiremos de una observación bastante obvia. El Derecho romano clásico es esencialmente un Derecho casuístico. De ahí que las reglas que, eventualmente, enuncian los juristas romanos se deban de poner inmediatamente en conexión con los casos que tratan de resolver, como puntualiza exactamente el jurista Paulo (16 ad Plaut. D. 50, 16, 1: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est*



regula fiat). Por ello, debemos analizar el caso concreto para ver si, como es de esperar, se refieren al consentimiento continuo en el matrimonio o si, eventualmente, se refieren también a un consentimiento inicial. Nos referiremos fundamentalmente a dos textos:

(*Ulp. 15 Sab.*) D. 35, 1, 15: Cui fuerit sub hac conditione legatum: si in familia nupsisset, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus sed consensus facit.

(*Ulp. 33 Sab.*) D. 24, 1, 32, 13: Si mulier et maritus diu seorsim habitaverint, sed honorem matrimonii invicem sibi habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio.

Tanto Volterra como Orestano refieren el inciso final de cada uno de estos textos al consentimiento continuo en el matrimonio. No obstante, una lectura superficial de ambos textos permite intuir que se trata de fundamentaciones distintas a dos supuestos muy diversos. Lo que llama poderosamente la atención es la estructura de cada una de las formulaciones. *Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* y *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* no son formulaciones equivalentes, expresan ideas distintas con palabras diferentes. Es más, hay aquí una triple oposición: *nuptiae/matrimonium*, *concubitus/coitus*, *consensus/maritalis affectio*. Verdad es que *nuptiae* y *matrimonium* se pueden considerar como sinónimos, pero también lo es que, como suelen decir los lingüistas, hay en los sinónimos una tendencia a la especialización y, aquí, evidentemente, *nuptiae* se refiere, primordialmente, al inicio del matrimonio, en tanto que *matrimonium* apunta más al estado matrimonial. Relevante va a ser también la oposición entre *concubitus* y *coitus*, como hemos de ver inmediatamente por el contexto de cada uno de los casos propuestos. Y, finalmente, hay una clara oposición entre *consensus*, que, a tenor del supuesto considerado por el jurista, hay que referir al consentimiento inicial y *maritalis affectio*, que, sin duda, se refiere al consentimiento continuo.

El análisis de cada uno de estos casos confirma plenamente nuestras consideraciones. En el primero de ellos hay un legado condicional del tipo: si Seya se casa con uno de mi familia. Aquí el problema que se plantea es el de cuándo debe considerarse la condición cumplida. El jurista apunta a la *deductio in domum mariti* como expresión de un consentimiento inicial, aunque la mujer no haya entrado en la alcoba del marido. De ahí el principio: *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Está, pues, fuera de dudas que se trata de un consentimiento inicial.

Muy diverso es el segundo de los casos propuestos, que trata de determinar la validez o invalidez de una donación: la donación será nula si dos personas siguen siendo marido y mujer; válida, en cambio, si han dejado de serlo. ¿Cuál es la situación? La situación es la siguiente: los cónyuges viven frecuentemente separados pero mantienen entre sí el *honor matrimonii*. El jurista afirma la subsistencia del matrimonio en base a la fundamentación: «*non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio*». Es, por tanto, una situación con la que también tienen que enfrentarse los Ordenamientos jurídicos modernos (cfr. art. 87, 2 CC español).

A partir de estas premisas ya podemos comprender las dos definiciones de matrimonio que encontramos en las fuentes. En ellas juega un papel esencial el *consortium omnis vitae* (o, lo que es lo mismo, la *individuae vitae consuetudo*).

(*Mod. 1. reg.*) (D. 23, 2, 1): Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

Inst. 1, 9, 1: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens.

El primer problema que se nos plantea, y que vamos a resolver rápidamente, es si el texto de Modestino está o no interpolado. En el siglo pasado decía Hruza que en el texto había tantas palabras como falsedades («so viele Worte so viel Unwahrheiten») y Solazzi⁵ vendría después a adherirse a esta crítica. No obstante, esta crítica no fue aceptada por Albertario⁶. Es sabido que justamente Albertario destacaba por ir despiadadamente a la caza de interpolaciones y, sin embargo, aquí niega rotundamente que nuestro texto esté interpolado.

La definición de Modestino consta de tres partes bien diferenciadas que conviene analizar por separado:

1) *Coniunctio maris et feminae* es propiamente «la unión de un macho y una hembra», representa pues, la base física, biológica del matrimonio.

Un notable texto de Ulpiano, que ha pasado tanto a las Instituciones como a las Pandectas justinianas, nos ayudará a comprender mejor esta idea y, además, a explicar la relación entre biología (leyes de la naturaleza) y Derecho positivo y, más concretamente, entre *coniunctio maris et feminae* y *matrimonium* (*conubium*).

D. 1, 1, 1, 4 Ulp. 1 inst. (= I. 1, 2, pr.): Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.

Resulta, en verdad, extraño hablar de *ius naturale* como un Derecho «común a hombres y animales». Y, aún más extraño, presentar a los animales, incluidas

⁵ HRUZA (1984): Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes II, p. 8; SOLAZZI (1929): «*Consortium omnis vitae*» en *Annali Macerata*, p. 27 y ss. Ambos *cit.* por Albertario (vide nota siguiente).

⁶ ALBERTARIO (1993): «La definizione del matrimonio secondo Modestino» en *Studi di Diritto romano* I, p. 181 y ss.



las fieras, como «peritos en ese Derecho». De ahí que este pasaje haya sido, con frecuencia, mal comprendido por la moderna Romanística.

Por el contrario, la base para la comprensión de este texto es la oposición entre leyes de la naturaleza y Derecho positivo. Ulpiano no habla de la oposición entre Derecho natural (al modo como lo entiende el iusnaturalismo moderno) y Derecho positivo, sino, dicho en términos modernos, del dualismo entre biología y Derecho. Por eso, es superficial decir, simplemente, que es desafortunada la idea de un «Derecho» común a hombres y animales. Quizá no sea acertado el modo de expresarse de Ulpiano, pero sí, por un momento, se prescinde de conceptos modernos entonces se puede admirar la riqueza de contenido del pensamiento ulpiano.

Este texto refleja la siguiente concepción: «Leyes naturales»⁷ son las que la naturaleza enseñó a todos los animales, ya que estas leyes no son patrimonio exclusivo del género humano, sino comunes a todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, incluyéndose también las aves. De aquí deriva la unión de macho y hembra, que nosotros llamamos matrimonio, así como la procreación de los hijos y su crianza: lo que vemos es que los demás animales, incluidas las fieras⁸ son buenos conocedores de estas «leyes de la naturaleza».

El Derecho de familia se basa en la naturaleza. Los romanos subrayan con su terminología la regulación por parte del *ius civile* de los correspondientes hechos de la naturaleza. Así, para que la *coniunctio maris et feminae* pueda llamarse *matrimonium* —institución del *ius civile*— deben de cumplirse tanto requisitos de capacidad natural como civil (*conubium*). Los romanos hablan de *matrimonium*, *matrimonium legitimum*, *iustum matrimonium*, *iustae nuptiae*, *legitimae nuptiae*, justamente para indicar la regulación por parte del *ius civile romanorum* de un fenómeno social, que se basa en la naturaleza. *Iustus* no tiene que ver con la «Justicia», sino que significa simplemente «conforme a Derecho», en tanto que *legitimum* es «conforme a la *lex*» (referido con frecuencia a la ley de las Doce Tablas). El Derecho positivo se basa en la naturaleza. Y Ulpiano pone el ejemplo del *ius civile romanorum*: La unión entre macho y hembra, que se da también en los animales, se regula por el *ius civile* y pasa a ser *matrimonium*, constituyéndose empero con rasgos propios. Lo vemos en la definición de matrimonio de su Modestino: *coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio*. Género próximo: la unión de un macho y de una hembra (*coniunctio maris et feminae*). Diferencias específicas: 1) Suerte común para todas las cosas de la vida (*consortium omnis vitae*) no en el sentido de indisolubilidad del matrimonio, sino *consortia rerum secundarum*

⁷ Exactamente HEUMANN-SECKEL (1926): *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. *natura*: «Gesetze der Natur».

⁸ Cfr.: *concupitus ritu ferarum* (Livio, 4, 2, 5-6), como argumento de los patricios en contra de la reivindicación de los plebeyos de que se aboliera la prohibición de contraer matrimonio entre miembros de ambas clases sociales.

adversarumque), 2) Comunicación de Derecho divino y Derecho humano (*divini et humani iuris communicatio*). Es, por tanto, claro que el *consortium omnis vitae* y la *divini et humani iuris communicatio* son ya propias de la regulación del Derecho positivo de los romanos. De este modo, la frase *quam nos matrimonium appellamus* cobra un sentido claro al expresar una doble oposición: *Ius naturale / ius civile* y *ius civile / ius gentium*. Es decir, por una parte, la antítesis entre leyes de la naturaleza y Derecho positivo romano; por otra, entre Derecho positivo propio y exclusivo de los romanos (*ius civile*) y Derecho de los demás pueblos (*ius gentium*). El *matrimonium* es, en efecto, una institución típica del *ius civile romanorum*. Podrán los demás pueblos tener una institución semejante, más no será el *matrimonium* romano. Para la existencia de *matrimonium*, de *iustae nuptiae*, resulta decisivo, como hemos visto, el concepto de *conubium*, capacidad civil, que debe ir unida a la capacidad natural. Por eso, el *matrimonium* es una institución, propia del *ius civile* y, como tal, tan sólo accesible a los ciudadanos romanos. Los hijos nacidos de *iustae nuptiae* son ciudadanos romanos y caen en la *potestas patris*. (cfr. Gai. 1, 76).

En conclusión: La naturaleza tiene sus leyes y estas leyes le sirven al Ordenamiento jurídico para configurar sus instituciones: el vínculo del matrimonio y el vínculo de la filiación. Es, en efecto, al Ordenamiento jurídico al que le corresponde decidir cuando la *coniunctio maris et feminae* es un matrimonio y cuando la *procreatio* constituye una relación de filiación. Así como regular también la *educatio*, la crianza de los hijos (*educare* = groß ziehen, to raise up, allevare). Es interesante señalar cómo de este texto, rectamente interpretado, la doctrina canonística medieval hubiera podido deducir ya que la procreación y educación están ahí como fines primarios del matrimonio.

- 2) *Consortium omnis vitae* no quiere decir propiamente «consorcio para toda la vida», aunque en el Derecho justinianeo se tienda a interpretarlo en este sentido como indisolubilidad del matrimonio, sino más bien como suerte común (*consortium*) de toda la vida (es decir, de todas las cosas, tanto prósperas como adversas de la vida, Tac. Ann, 3, 34, 5: *consortia rerum secundarum adversarumque*).
- 3) *Divini atque humani iuris communicatio* podría suscitar dudas de si la definición se refiere al matrimonio *cum manu*, o aún dentro del matrimonio *cum manu* al que se celebraba mediante el rito de la *confarreatio*. Pero esta opinión de Albertario es rechazada por la doctrina moderna que la refiere a todo tipo de matrimonio, dado que el matrimonio se considera como una situación de hecho valorada socialmente. De todos modos, conviene no olvidar, tal como se suele hacer, que el genitivo *divini et humani iuris communicatio* contiene en sí una valoración jurídica. En la época justiniana, en cambio, la «comunicación de Derecho divino y humano» servirá de base para una interpretación netamente cristiana, que acentuará el impedimento de la disparidad de cultos.



III. DERECHO CANÓNICO⁹

A pesar de su importancia voy a pasar por alto la controversia entre la Escuela de París, representada por Pedro Lombardo, que defendía el *principio nuptias enim non concubitus sed consensus facit*, y la de Bolonia, en la que Graciano hacía hincapié en la necesaria cópula carnal para la perfección del matrimonio. Así, me referiré directamente a la definición del matrimonio. A los canonistas les sucedía la definición de matrimonio en el CIC de 1917 lo que a los romanistas con la definición de propiedad en las fuentes romanas: se quejaban de su carencia. Y ambos solían aducir como una de las razones fundamentales lo difícil que era dar una definición omnicomprendiva. Los canonistas, concretamente, explicaban que era poco menos que imposible englobar en una misma definición el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*. Ahora, por supuesto, no hay motivo de queja pues el canon 1055-1 contiene una definición de matrimonio, que, luego, examinaremos detenidamente, tanto por su interés teórico como práctico. Pero antes conviene que veamos la influencia romana en las fuentes canónicas medievales.

En el *Liber Sententiarum* (IV, dist. XXVII) del maestro Pedro Lombardo se contiene la siguiente definición de matrimonio: *Matrimonium est viri ac mulieris maritalis coniunctio inter legitimas personas, individuum vitae consuetudinem retinens*.

Es evidente que la inspiración procede de Justiniano. Pero también las siguientes diferencias saltan a la vista:

- 1) En vez de *viri et mulieris coniunctio* encontramos en Pedro Lombardo *viri et mulieris maritalis coniunctio*, es decir, se trata de delimitar las simples uniones de hecho del verdadero matrimonio.
- 2) Además, inmediatamente sigue el añadido *inter legitimas personas*, que, *prima facie*, parece apuntar a la idea romana de *conubium*.
- 3) Finalmente, en vez de *individuum consuetudinem vitae continens* leemos *individuum vitae consuetudinem retinens*, que intenta subrayar la idea de la indisolubilidad del matrimonio.

Mucho más interesante resulta la definición del CIC de 1984 en el canon 1055- 1:

Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatam, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est.

⁹ Por todos vide CHIAPETTA (1990): *Il matrimonio* (Roma, Edizionei Dahoniane) p. 87 y ss. y 193 ss.

Los canonistas suelen decir que aquí se define *recto modo* el matrimonio *in fieri* y el matrimonio *in facto esse*, en cambio *obliqua modo*. *Matrimoniale foedus* se suele traducir como «pacto matrimonial». Naturalmente, a un romanista no le gusta el término «pacto», en este contexto, pero el canonista aclara que se trata de pacto en sentido bíblico, aludiéndose por tanto a aquellas alianzas del pueblo elegido con Dios. A un romanista le recuerda más bien el *foedus Cassianum* (del año 500 a.J.): «Habrán alianza entre romanos y latinos en tanto existan el cielo y la tierra». Mejor que moverse en el ámbito del poder de evocación de las palabras es delimitar su significado, y decir, por tanto, que *matrimoniale foedus* significa «contrato matrimonial». Inmediatamente viene *quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt*, es decir, contrato matrimonial «por el cual un hombre y una mujer establecen entre sí un consorcio de toda la vida» (= para toda la vida).

Los rasgos del matrimonio que se destacan son, pues: 1) La dignidad de sacramento, 2) el contrato matrimonial (*matrimoniale foedus*), 3) el estado matrimonial (*totius vitae consortium*), 4) los fines del matrimonio (*bonum coniugum*) así como procreación de la prole. Naturalmente, nosotros hablaremos del *consortium totius vitae* únicamente.

Tradicionalmente a los canonistas les venía interesando únicamente el inicio y la terminación del matrimonio, ya que del matrimonio en su dimensión jurídica tenían una concepción contractualística (por más que, eventualmente, se insistiera en su consideración como institución). Es a partir del Concilio Vaticano II cuando se produce un viraje en otra dirección y ello sucede, fundamentalmente, a partir de la constitución *Gaudium et Spes*¹⁰. La idea del *consortium totius vitae* va a adquirir una gran importancia teórica y práctica.

La importancia práctica del *consortium totius vitae* resplandece en el CIC justamente al tratar del consentimiento matrimonial (can. 1.095-1.107). En este capítulo, que ha sufrido profundas modificaciones, en el nuevo código, se hacen numerosas referencias al *consortium omnis vitae*. Así, en los cánones 1.095, 3º; 1.096, 1º y 1.098,

CAN. 1095 § 3- Sunt incapaces matrimonii contrahendi:

3º qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentielles assumere non valent.

CAN. 1096 - § 1: Ut consensus matrimonialis haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperationem aliqua sexuali, procreandam.

CAN. 1098 : Qui matrimonium init deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest, invalide contrahit.

¹⁰ Vide sobre el tema el documentado libro de KOZUL S.D. (1980): *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal CIC al Vaticano II* (Vicenza, Edizioni LIEF). *Fundamenta para la jurisprudencia canónica*: AZNAR GIL, F., «Las obligaciones matrimonii essentielles» (c.1095,3º) en la jurisprudencia canónica (1983-1992) en «Magister canonistarum» (homenaje a P. Navarrete) pp. 159-197.

La jurisprudencia canónica a partir de 1983 ha dado una especial relevancia al *consortium totius vitae*. Ahora bien, aunque la comunidad de vida se refiere obviamente al matrimonio *in facto esse*, la jurisprudencia, por la vía del § 3 del canon 1.095 la ha llevado al consentimiento matrimonial, o, más concretamente, a la incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio. Como dice la sentencia de 18-12-91 *coram* Palestro: el contrayente no puede prometer eficazmente aquello que excede a su potestad porque, en este caso, su voluntad matrimonial es inane e ineficaz por la incapacidad preliminar del consentimiento que le impide asumir las obligaciones conyugales. Otra sentencia del mismo auditor (24-6-87) ya explicaba que estas obligaciones son las contenidas en los cánones 1.055 § 1 y 1.056. ¿Lleva esta construcción a una disolución del matrimonio por fracaso matrimonial? Si bien es verdad que la jurisprudencia holandesa había llegado a esta idea y que, por supuesto esta posición ha sido rechazada, queda en pie el problema del deslinde.

IV. DERECHO MODERNO

La idea del *consortium omnis vitae* adquiere cada vez más importancia en los Códigos modernos. El modelo lo constituye aquí el ZGB suizo. La redacción de 1907 sigue vigente en nuestros días.

ZGB art. 189,1: «La célébration du mariage crée l'union conjugale».

No se puede decir más en menos palabras. Hay que destacar que la comisión que elaboró el Código tenía ya, en una fecha tan temprana como 1907, la idea del divorcio por fracaso matrimonial.

En esta misma línea se encuentra el Código civil portugués que en su art. 1.577º: (*Noção de casamento*) establece:

Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida nos termos das disposições deste Código.

En el BGB se puede ver el *consortium omnis vitae* en su aspecto positivo de obligación de vida en común y en su aspecto negativo, es decir, como la ausencia de *consortium omnis vitae* lleva al divorcio por fracaso matrimonial¹¹.

Así, el aspecto positivo respaldece en su § 1.553, 1 (comunidad de vida de los cónyuges), que establece:

¹¹ Para lo que sigue, por todos, GERNHUBER/COESTER- WALTJEN (1994): Lehrbuch des Familienrechts, p. 1.411 y ss. y p. 309 y ss., con abundante bibliografía.

(1) 1 El matrimonio se concluye de por vida. 2 Los cónyuges están obligados a la comunidad marital de vida.

En cambio, el aspecto negativo de disolución del matrimonio por divorcio¹² en caso de fracaso matrimonial se contempla en los §§ 1.565 y siguientes: Según el § 1.565, 1

(1) 1 Se puede disolver un matrimonio, cuando ha fracasado. 2 El matrimonio ha fracasado, si ya no subsiste la comunidad de vida de los cónyuges y no cabe esperar, que los cónyuges la vuelvan a restaurar.

El § 1.565, I parte de la base de que un matrimonio se puede disolver por divorcio cuando ha fracasado y el § 1.565, II aclara que el matrimonio ha fracasado cuando ya no hay la comunidad de vida entre los cónyuges (*eheliche Lebensgemeinschaft* = *consortium omnis vitae*). Son importantes también las presunciones, *iuris et de iure*, establecidas en el § 1.566, I y II, basadas en la no convivencia de los cónyuges. Positivamente la comunidad de vida de los cónyuges se manifiesta, por tanto, en la obligación de convivencia de los cónyuges y el matrimonio impone la obligación de comunidad de vida de los cónyuges, por seguir con el BGB, expresada claramente en el § 1.353 I, 2 (*Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet*).

También en el *Code civil*, así como en los códigos que se encuentran en su órbita, se ha ido imponiendo la idea de los Códigos que se encuentran el *consortium omnis vitae*: de la idea de una mera obligación de convivencia, se ha pasado a la concepción de la comunidad de vida de los cónyuges.

¿De qué manera y en qué medida son extensibles a los países del *Common Law* estas consideraciones sobre la comunidad de vida de los cónyuges? Si hemos de creer a Mary Ann Glendon¹³ este tema —a saber: *usually called in continental legal terminology, the legal effects of marriage (Rechtswirkungen der Ehe, les effets du lien matrimonial)*— *is almost completely neglected in Anglo-American course books and treatises*. Es más todavía añade: *The reason this matters are, to a great extent, nonsubjects in Anglo-American law has a great deal to do with the way the common law systems have evolved*. Sin embargo, basta consultar un tratado de tanta autoridad como Bromley's Family Law para reconocer el concepto de *consortium (Consortium means living together as husband and wife with all the incidents that flow from that relationship)*¹⁴.

El *Consortium omnis vitae* resulta también ser una idea matriz para las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En la topología de los problemas jurídicos: ¿nos servirán aquí para algo nuestros ejes de coordenadas para localizar el problema

¹² Por todos vide SCHWAB (1989): Handbuch des Scheidungsrecht.

¹³ GLENDON (1989): The transformation of Family Law, p. 85.

¹⁴ BROMLEY/LOWE (1992): Family Law.





fundamental? En el eje de ordenadas: si en el Derecho romano desempeña un papel muy modesto en los regímenes matrimoniales: ¿no resultará absurdo volver a él? En el eje de abscisas: si el *Common Law* no opera normalmente con el concepto de «régimen matrimonial de bienes»: ¿no será forzar demasiado el nivel de abstracción buscar un concepto fundamental común al *Civil Law* y al *Common Law*? Un análisis atento permite descubrir una vez más que ese concepto fundamental lo constituye el *consortium omnis vitae*. Es claro que la prolepsis supone ver una unidad inescindible entre efectos personales y efectos patrimoniales en el matrimonio, a la vez que —como acertadamente destacan los autores holandeses— se contempla la asimetría, que existe entre «sistema primario del matrimonio» (het primair huwelijksstelsel) y el sistema patrimonial secundario del matrimonio (het secundair huwelijksvermogenstelsel). Así la obligación de convivencia que supone el *consortium omnis vitae* va a implicar la existencia de una vivienda común que, dada la protección de la familia que se encuentra en las constituciones modernas, va a obligar a los legisladores a proteger la vivienda familiar, en tanto, que esa misma convivencia va a implicar la necesidad de atender al levantamiento de las cargas del matrimonio. Por tanto, antes de empezar a plantear el tema de la diversidad de regímenes matrimoniales hay que establecer una base común a todos ellos. Una consideración para nosotros secundaria es la de si el término «régimen primario» resulta adecuado¹⁵. Tan evidente es que los regímenes de comunidad de bienes no son los únicos que pueden realizar el *consortium omnis vitae*, como que éste va a tener una influencia decisiva en la organización del régimen primario del matrimonio: así dos temas centrales como son la protección de la vivienda conyugal y el levantamiento de las cargas familiares se desprenden, sin más, del *consortium omnis vitae*¹⁶.

¹⁵ A este respecto, la prudente formulación de BLASCO, Montés (1991): Derecho de familia, p. 178: «Régimen primario [...] en la medida en que se regulan cuestiones muy elementales de toda convivencia conyugal, sí cabe hablar de un carácter primario de estas normas».

¹⁶ Resulta interesante para un romanista (por la combinación de la idea de *manus*, con una creciente equiparación entre marido y mujer) el Código civil coreano:

§ 826a (Deberes de los cónyuges)

- 1) Los cónyuges están obligados a la comunidad conyugal, a los alimentos, a la cooperación y a la ayuda mutua. Si uno de ellos temporalmente por razones serias no es capaz de mantener la comunidad de vida, el otro cónyuge debe tolerarlo.
- 2) La comunidad conyugal de vida se constituye en el lugar en que el marido tiene su domicilio o residencia. Sin embargo...
- 3) La mujer entra mediante el matrimonio en la familia del marido.
- 4) ...

Cfr. § 778. El que por sucesión familiar pasa a ocupar el lugar del anterior cabeza de familia, o funda una rama de su familia principal o funda por el motivo que sea una familia propia o reconstruye su familia ya extinguida, se convierte en el cabeza de familia.