

LA POTESTAD DE ESTABLECER LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL TRATADO «DE SPONSALIBUS ET MATRIMONIIS» (= DSM) DE IOHANNES BRUNELLUS

JONATHAN LÓPEZ ESTÉVEZ

SUMARIO

I • INTRODUCCIÓN. II • CONCEPTO Y NÚMERO DE LOS IMPEDIMENTOS EN EL DSM. III • LA POTESTAD DE ESTABLECER IMPEDIMENTOS. 1. La substancia del matrimonio. 2. Normas civiles «circa substantiam». 3. Valor de las penas estatutarias. A. Penas establecidas en favor de los hijos. B. La pena de lucro cesante. C. El defecto de consentimiento paterno. 4. El origen de la norma por la que se establece el impedimento. **IV • CONCLUSIÓN.**

I. INTRODUCCIÓN

El decreto dogmático *De sacramento matrimonii*, aprobado durante la sesión XXIV (11 de noviembre de 1563) del *Concilio de Trento* (1545-1563)¹, contiene tres cánones a partir de los que se puede reconstruir la visión que tenía la Iglesia en los albores de la Edad Moderna respecto del alcance de su jurisdicción sobre el matrimonio²: me refiero a c. 1, c. 4 y c. 12.

1. Sobre esta sesión del *Concilio de Trento* cfr. J. BERNHARD, «Le mariage», *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, XIV, París 1955, pp. 212-302; y G. LE BRAS, «La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille», *Dictionnaire de Théologie Catholique*, VI, París 1926, cols. 2220-2222, especialmente cols. 2224-2249. Los cánones tridentinos se transcriben según la edición de I. GALLEMART, *Sacrosanctum oecumenicum concilium Tridentinum additis declarationibus cardinalium concilii interpretum*, Trento 1745.

2. Para J. MANS PUIGARNAU, *Derecho matrimonial canónico*, Barcelona 1959, pp. 35-44 los principios eclesíásticos que han orientado la siempre difícil relación entre el poder espiritual y el poder temporal en materia matrimonial pueden compendiarse en los siguientes: 1) La potestad en orden al matrimonio compete a ambos poderes dentro del área de su res-

Frente a las desviaciones protestantes, el c. 1 contiene un aserto que es el *nudo gordiano* de la reflexión dogmático-teológica sobre la *sacramentalidad* del matrimonio y la *gracia* que confiere: «Si quis dixerit matrimonium non esse uere et proprie unum ex septem legis Euangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inuentu neque gratiam conferre, anathema sit». Este dogma de la sacramentalidad del matrimonio enlaza con el problema de la jurisdicción pues, como recordaba Javier Hervada, hay dos razones que ordinariamente han alegado los autores para fundamentar la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio: la *sacramentalidad* y la *dignidad sagrada y religiosa del vínculo conyugal*³. Así, por ejemplo durante los debates tridentinos en

pectiva jurisdicción; 2) el fundamento de la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio radica, en general, en la dignidad sagrada del vínculo nupcial y, en especial, en el carácter sacramental que tiene el matrimonio entre bautizados, respecto del cual tiene la potestad plena; 3) corresponde únicamente a la suprema autoridad de la Iglesia el declarar auténticamente en qué casos el derecho divino impide o dirige el matrimonio; 4) la potestad civil tiene jurisdicción plena sobre el matrimonio contraído entre sus súbditos infieles, salvo respecto a los principios y normas de Derecho divino; 5) son de la exclusiva incumbencia del poder civil, por derecho propio, los efectos temporales separables de la substancia del matrimonio, es decir, sus efectos meramente civiles; y 6) la potestad estatal completa a la eclesiástica. Ahora bien, estos principios enumerados por J. Mans —y compendiados en el c. 1016 del CIC 17 y el c. 1059 del CIC 83— ponen de manifiesto que la Iglesia admite la existencia de diversas clases de competencia *ratione materiae* en orden al matrimonio y que ha reconocido al poder temporal una potestad exclusiva, diversa pero sobre todo complementaria, *circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus*. Para la Iglesia, esta doctrina de larga tradición resuelve satisfactoriamente la coincidencia de competencias sobre el matrimonio, al respetar el *espíritu gelasiano* que distingue el orden espiritual del temporal. Vid. también R. NAZ, «Empêchements de mariage», *Dictionnaire de Droit Canonique*, V, París 1953, pp. 290-294. Para A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1994, la potestad de la Iglesia «se manifiesta en diversos planos: *legislativo*, estableciendo normas para la celebración que condicionan su validez o, al menos, su licitud y normas para el régimen de vida matrimonial (c. 1075); *administrativo*, tramitando los expedientes previos a la celebración, asistiendo a la misma, concediendo dispensas y registrando los contraídos a tenor del Derecho canónico; *judicial*, conociendo de las causas que puedan plantearse acerca de la validez o disolución del matrimonio, así como sobre el mantenimiento de la vida en común (cc. 1671 y 1672); *punitivo*, sancionando a veces con penas canónicas, la contravención de las normas reguladoras del matrimonio (c. 1394)» (p. 31).

3. Vid. J. HERVADA - P. LOMBARDÍA, *El Derecho del pueblo de Dios*, III, Pamplona 1973, donde afirma: «Para unos, la competencia de la Iglesia se funda en la sacramentalidad. Por ser el matrimonio uno de los sacramentos de la Nueva Ley, corresponde a la Iglesia su regulación, como ocurre con los demás sacramentos (...) Otros autores, en cambio, entienden que la sola razón de la sacramentalidad dejaría sin explicación completa la competencia de la Iglesia en el caso del matrimonio contraído entre un bautizado y un no bautizado. Por eso sostienen que la competencia de la Iglesia se funda en el carácter religioso y sagrado del matrimonio» (p. 214). Cfr. además M. LÓPEZ ALARCÓN - R. NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid 1994, pp. 82-85; J. PÉREZ LLANTADA Y

torno a la forma de la recepción del consentimiento matrimonial y el matrimonio clandestino, los padres conciliares que sostuvieron la capacidad de la Iglesia para introducir impedimentos —en Trento la forma se entendió como una *inhabilitatio personarum* y no como una *solemnización* del contrato— la justificaban ya por su poder en la administración de los sacramentos, ya por su capacidad como autoridad pública para ordenar el contrato, y ello siempre en virtud de la identidad entre sacramento y contrato⁴.

Los movimientos protestantes, al negar la sacramentalidad, entendían el matrimonio únicamente como un negocio temporal y, en consecuencia, confiaron su regulación y jurisdicción al poder civil⁵. De esta manera, la *Reforma* venía a aliarse —allí donde arraigó— con la aparición de las monarquías absolutas. Estas nuevas formas políticas se (auto)conciben como las únicas manifestaciones de poder dentro de un territorio y, por tanto, son excluyentes de todo orden normativo que no tenga en ellas su origen. Por su propia dinámica interna, el poder absoluto buscaba regular todas las manifestaciones de la vida del súbdito, incluido el matrimonio. La Iglesia, en cambio, no pretendía la *exclusividad* sobre el matrimonio, pues entendió que se trataba de una institución a la vez temporal y espiritual; en Trento no se legisló para defender la po-

GUTIÉRREZ - C. MAGAZ Y SANGRO, *Derecho canónico matrimonial para juristas*, Madrid 1993, p. 399; P. M. GARÍN URIONABARRENECHEA, *Legislación de la Iglesia católica*, Bilbao 1998, pp. 203-207; A. MOLINA MELIÁ - M. E. OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1992, pp. 53-62.

4. Cfr. J. BERNHARD, *o. c.*, nota 1, donde dice que: «Dans la discussion, apparut également cet argument: l'Eglise a pouvoir sur les sacrements, notamment en ce qui concerne le mariage (le Christ n'en ayant déterminé ni la matière ni la forme). Certains de ces Pères soutinrent la thèse de l'*inhabilitatio personarum*; les autres estimaient que l'Eglise pouvait modifier la forme du sacrement. Mais n'était-ce pas là un nouveau débat dogmatique? On invoqua alors l'influence de l'Eglise sur la validité du contrat matrimonial. L'Eglise est parfaitement en droit, d'après ces Pères, d'établir l'obligation d'une forme pour assurer la validité de certains contrats. L'Eglise possède ce pouvoir parce qu'elle est, tout comme l'Etat, une "autorité publique" chargée d'ordonner les actes juridiques de ses membres au bien public de la société ecclésiale. Certains Pères soulignent que le contrat est invalidé indépendamment du sacrement et avant que celui-ci ne soit réalisé; d'autres au contraire ne voyaient aucun inconvénient à appliquer ce raisonnement également au sacrement de mariage. Etant donné que le contrat matrimonial est en même temps matière ou forme du sacrement (...) l'Eglise est habilitée à intervenir dans la formation valide du contrat, l'administration des sacrements lui étant confiée» (p. 270).

5. Cfr. J. BERNHARD, *o. c.*, nota 1, p. 221; A. BETTINI, *Indisolubilidad del matrimonio*, Madrid 1996, pp. 209-220.

testad eclesial del poder temporal, sino para contratacar la tesis protestante según la cual la Iglesia no tiene poder alguno sobre el vínculo.

Imbuidos de esta mentalidad, los canonistas habían elaborado dentro del sistema del *utrumque ius* —y a partir de la aceptación de dos órdenes convergentes y no excluyentes sobre el matrimonio— una teoría que distinguía en el matrimonio unos aspectos substanciales y otros accidentales, otorgando competencia sobre estos últimos al poder secular⁶. Por esta razón, los cc. 4 y 12 del decreto dogmático de Trento, al tratar de la potestad para establecer los impedimentos y de la jurisdicción de los jueces eclesiásticos sobre las causas matrimoniales, no reivindican la total *exclusividad*. A mediados del siglo XVI, la Iglesia sigue reflexionando acerca de su propia competencia dentro de unos esquemas distintos de los que la realidad impone por la aparición de unos Estados que monopolizan el Derecho, distorsionan el sistema de fuentes y excluyen a otros poderes y sus normas, y por el concurso de unas nuevas iglesias reformadas que, bajo el pretexto de la espiritualización, se confían a los poderes seculares.

En relación a la potestad para establecer los impedimentos, el c. 4 del decreto dogmático dice: «Si quis dixerit, Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia uel in iis constituentibus errasse, anathema sit». Una de las manifestaciones más importantes de la potestad sobre el matrimonio reside en la capacidad de declarar aquellas circunstancias que impiden contraerlo o, en su caso, que invalidan el ya contraído, poder que la Iglesia tiene en cuanto «*commissum fuit a Christo regimen animarum et administratio sacramentorum, iure suo et exclusivo determinabit condiciones, quibus personae fideles redantur idoneae ad legitimam celebrationem coniugii*»⁷. Hoy día, el c.

6. Cfr. J. SALAZAR, «Derecho matrimonial», *Nuevo Derecho canónico*, Madrid 1983, quien sintetiza las tres grandes orientaciones jurídicas acerca de la jurisdicción sobre el matrimonio: a) Potestad exclusiva del Estado sobre el matrimonio; b) Potestad cumulativa de la Iglesia y del Estado sobre el matrimonio; y c) Potestad exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio. Al referirse a la teoría de la potestad cumulativa afirma: «Podemos encontrar los precedentes de esta doctrina en las tesis de los grandes canonistas y teólogos de los siglos XIII y XIV. Así, San Buenaventura, San Alberto Magno y Santo Tomás afirman que el Estado puede dar leyes que regulen el matrimonio, apoyados en la distinción entre sacramento y contrato y en la influencia que tiene el matrimonio en el bien común, que corresponde al príncipe, y apoyados en que el matrimonio es un contrato que se ordena al bien político. Pero a renglón seguido afirman que la autoridad del Estado sobre los matrimonios está subordinada a la Iglesia, porque *lo temporal está subordinado a lo espiritual*» (p. 153).

7. Cfr. F. SANTI, *Praelectiones iuris canonici*, IV, Ratisbona 1905, p. 35.

1075 CIC 83 (= c. 1038 CIC 17) reserva a la autoridad suprema de la Iglesia la función de declarar los impedimentos de Derecho divino, así como la posibilidad de establecer otros impedimentos de Derecho eclesiástico respecto de los bautizados. Esta competencia es exclusiva de la Iglesia y, dentro de ésta, del Romano Pontífice. Por eso, el c. 1076 reprobaba las costumbres que «novum impedimentum inducens aut impedimentis existentibus contraria» (= c. 1041 CIC 17).

La declaración dogmática de Trento, sin embargo, no incide en la *exclusividad*, ni tampoco en la fuente de la *competencia material* para establecer impedimentos: únicamente condena a aquellos que cuestionan el derecho histórico de la Iglesia a introducir impedimentos de Derecho humano, que era lo que precisamente negaba Lutero. En este caso, el silencio está justificado porque el principio de la *exclusividad* ya se había clarificado mucho antes respecto a un enemigo distinto del disidente religioso: el Derecho estatutario. Antes de que sobrevinieran los Estados como forma política, el *ius proprium* contenido en los estatutos municipales de las ciudades italianas —mezcla de derecho consuetudinario, *statuta* o deliberaciones asamblearias y *brevia* jurados por los cónsules⁸— supuso el primer aldabonazo contra el sistema del *utrumque ius* en lo que toca a la reglamentación del matrimonio⁹. En efecto, desde el siglo XI estos estatutos establecieron impedimentos y facultaron a los tribunales seculares para conocer las causas matrimoniales, también las que afectaban a la validez del vínculo¹⁰. La doctrina de los *mere civiles eiusdem matrimonii effectus* —efectos separables de la substancia del matrimonio, como luego se puntualizará— fue la reacción de los canonistas para tratar de evitar que las legislaciones estatutarias dieran lugar a figuras que, aún incidiendo en los aspectos accidentales del matrimonio, se convirtieran en verdaderas limitaciones del *ius connubii* en forma de penas o exigencias de requisitos formales.

8. Cfr. F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, Milán 1954, pp. 409-452.

9. La intromisión se explica, sin duda, por la pujanza económica, política y militar de estas ciudades y también por la importancia que concedieron a sus Derechos propios, expresión formal de independencia y soberanía política. Vid. F. CALASSO, *o. c.*, nota 8, donde dice: «Espressione genuina di quelle forze nuove che avevano collaborato alla nascita stessa del comune, e del vivace e mutevole giuoco di queste forze, lo statuto rappresentò anche il simbolo della libertà comunale: non a caso, l'epoca della maggior fioritura statutaria cade posteriormente alla pace di Costanza, quantunque l'idea della codificazione dello *ius proprium* sia piú antica» (p. 421); cfr. también M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1994, pp. 91-124.

10. Cfr. G. LE BRAS, *o. c.*, nota 1, cols. 2220-2222.

Es probablemente a tenor de esta experiencia por lo que el *Decretum de Reformatione matrimonii* (*Tametsi dubitandum*) de Trento dictamina en el c. 9: «Domini ac magistratus cogentes directe uel indirecte, minis et poenis subditos suos ad certa matrimonia contrahenda cum certis personis, ipso facto excommunicantur». Esta norma conciliar, sin embargo, pone de manifiesto que el legislador canónico no ha comprendido aún el nuevo estado de cosas que se plantea con la llegada del protestantismo y las monarquías absolutas. Cuando el conflicto de competencia se planteó en relación a los estatutos, la reacción de los juristas fue construir una serie de reglas de interpretación y determinación de la norma que permitiera armonizar el *ius proprium* con el *ius civile* y el *ius canonicum*; ahora el problema tiene una envergadura distinta, pues la nueva concepción del poder y de la religión harían quebrar en parte el sistema de fuentes, legitimidades y equilibrios que trabajosamente se puso en pie en el período medieval.

El c. 12 del Decreto *De sacramento matrimonii* completa lo dicho anteriormente: «Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices Ecclesiasticos, anathema sit». El precepto cobra sentido a la luz de otra de las tesis de Lutero¹¹, quien había negado la jurisdicción de la Iglesia sobre las causas matrimoniales¹², pero ya desde los siglos previos los tribunales seculares se habían ido haciendo con todo lo que concernía al régimen económico de los esposos, la separación de bienes, la legitimidad de los hijos y el delito de adulterio —es decir, todo aquello que no tuviera que ver inmediatamente con la nulidad o validez del vínculo¹³—, aunque estas *conquistas* se producían dentro de los límites que imponía la teoría de los *meros efectos civiles*. Ahora el planteamiento es muy distinto: al negar la sacramentalidad del vínculo y el derecho de la Iglesia sobre el matrimonio, el protestantismo vuelve a hacer un fabuloso servicio a los poderes centralizadores de la época, que aspiran a una única *justicia del rey*. Dentro del sistema de Derecho común, los canonistas exclusiva-

11. Cfr. J. BERNHARD, *o. c.*, nota 1, p. 221, quien recordaba las palabras de Lutero: «le role des pasteurs est d'assurer la *cura animarum*, les pécés de mariage prennent du temps et engagent l'Église dans des difficultés inextricables, où "elle laisse son honneur et son autorité"».

12. Sobre los usos de la expresión «jurisdicción» en los siglos medios cfr. J. AVRIL, «Sur l'empoi de juridictio au Moyen Age (XII^e-XIII^e s.)», *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, LXXXIII (1997) pp. 273-301.

13. Cfr. G. LE BRAS, *o. c.*, nota 1, col. 2221.

mente se preocuparon por la armonización de las normas comunes con las costumbres, partiendo exclusivamente de la distinción de los órdenes temporal y espiritual. Cuando irrumpen los Derechos estatutarios, la potestad normativa y la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio se defiende mediante el recurso que admitía la teoría de la *substantia matrimonii* y una cierta capacidad temporal sobre «los aspectos accidentales». En el siglo de Lutero, el problema es distinto: es un problema de incompatibilidad normativa y jurisdiccional por razón de la exclusión a la que se ve sometida la Iglesia por el poder secular y la eclesiología de los reformadores.

Estas páginas no pretenden reconstruir la historia del proceso de «desposesión» de la jurisdicción eclesiástica sobre el vínculo nupcial que hunde sus raíces en la Alta Edad Media; su objeto es mucho más modesto: analizar la doctrina sobre los impedimentos matrimoniales en un tratado *De sponsalibus et matrimoniis* escrito en 1521¹⁴ en París por el francés Jean Bruneau (*Iohannes Brunellus*, c. 1480-1534), *eruditissimo ac disertissimo utriusq(ue) iuris doctore et sacrorum canonum interprete*¹⁵. La elección del tratado de *Brunellus* se justifica por numerosas razones: 1) es una obra escrita en el momento en que el sistema de fuentes del *ius commune* entra en crisis debido a la emergencia de las nuevas monarquías absolutistas; 2) aparece en el contexto de una Francia cada vez más regalista e influida por los movimientos de la *Reforma* que van a dividir, en los años

14. El encabezado de la edición de 1521 dice: *Tractatus de sponsalibus et matrimoniis, in quo etiam de spiritali [sic] Matrimonio obiter agitur, editus ab Ioanne Brunello eruditissimo ac disertissimo utriusq(ue) iuris doctore, et sacrorum canonum interprete, ad illustrissimum uirum, ac Reuerendissimum in Christo Patrem Ioannem Aurelianen(sis) Archiepiscopum Tholosanum, et Episcopum Aurelianensem*». La edición príncipe se publica con una *epistola* de *Brunellus* y un colofón final en el que aparece lugar y fecha de la impresión (París, diciembre de 1521): «Impraessum Parrhisii impensis honesti uiri Iacobi Hoys Aurelianen(sis) bibliopolae anno salutifero millesimo quingentesimo uigesimo primo, mense Decembri». En adelante, me referiré siempre al tratado de Jean Bruneau con las siglas *DSM*; cfr. J. M. VIEJO-XIMÉNEZ, «El canonista «Alexander Carrerius» (1548-1626)», *Ius Canonicum*, 64 (1992) pp. 667-711; y J. M. VIEJO-XIMÉNEZ, «El tratado «De Sponsalibus et Matrimonio» de Alessandro Cariero», *Revista Española de Derecho Canónico*, 135 (1993) pp. 623-641.

15. Para un resumen de los datos biográficos de Jean Bruneau, cfr. J. FERNÁNDEZ MONISTROL, *El Tratado de Jean Bruneau (cc. 1480-1534) sobre el matrimonio. Estudio introductorio*, Roma 1997, pp. 25-69. Vid. también J. LÓPEZ ESTÉVEZ, *El régimen del matrimonio canónico según Jean Bruneau (cc. 1480-1534)*, Las Palmas de Gran Canaria 2001, *pro manuscripto*, especialmente pp. 13-20. Vid. J. LÓPEZ ESTÉVEZ, «Nuevos datos bio-bibliográficos sobre Jean Bruneau (cc. 1480-1534)», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, VIII (2004), en prensa.

venideros, la *Cristiandad* y a confiar al poder secular los aspectos jurídicos de su organización; 3) Jean Bruneau explica la potestad sobre el matrimonio a partir de la teoría clásica de la *substantia matrimonii*; 4) el pensamiento contenido en el *DSM* se construye a partir de la reflexión sobre el Derecho estatutario italiano, que es la *experiencia histórica* que había servido a los canonistas para clarificar el juego de potestades; 5) Jean Bruneau¹⁶ participó en la redacción de un volumen con las *Consuetudines Aurelianae Civitatis* —que formó parte de una colección más amplia que pretendía poner por escrito todo el Derecho consuetudinario francés—, lo que lo convierte en un observador privilegiado del nuevo impulso que cobrará el *ius proprium*; 6) la enorme difusión que alcanzará el *DSM* debido a su incorporación a importantes colecciones de tratados legales que se publicaron en el siglo XVI y que influyeron notablemente en los ambientes universitarios¹⁷; y 7) por el enorme peso que tienen en el *DSM* todos aquellos asuntos que se relacionan con los impedimentos matrimoniales y los problemas de competencia que éstos generan.

En las líneas que siguen comenzaré estudiando el concepto y número de los impedimentos desgranados en el *DSM*; luego explicaré la teoría propuesta por Jean Bruneau acerca de la potestad para establecer impedimentos, para lo que, en primer lugar, concretaré el concepto de *substantia matrimonii* manejado por el canonista de Orleans y, en segundo lugar, analizaré la compleja casuística de normas seculares *circa substantia* que sirven al autor para presentar momentos puntuales en que se producen disputas jurisdiccionales en torno al matrimonio. A continuación se analiza un conjunto de normas penales impuestas por los estatu-

16. Vid. J. FERNÁNDEZ MONISTROL, o. c., nota 15, en donde dice: «Como es lógico, esta tarea se encomendó a las universidades y en su elaboración participaron los doctores más relevantes de la época (...) Jean Bruneau fue en efecto uno de esos doctores de Orleans que colaboran en la redacción de esta obra; además junto con Arnoul Ruzé y Alexandre Guibert, intervino en el acto de promulgación del libro, ostentando la representación del Obispo de Orleans» (pp. 58-59).

17. El tratado *De sponsalibus et matrimoniis* se publicó al menos en otras tres ocasiones, formando parte de diversas colecciones de tratados jurídicos. Se incluyó: 1) en el tomo séptimo del *Tractatum Doctorium Iuris*, una colección de tratados publicada en Lyon por D. HARZY en 1535; 2) formó parte del tomo dieciséis de la colección de tratados denominada *Tractatum ex uariis interpretibus iuris*, fechada en 1549 y publicada también en Lyon; y 3) se reeditó, en el tomo IX del *Tractatus Vniuersi Iuris*, una obra que reúne en veintidós volúmenes, más de setecientos *tractatus legales* sobre todas las *materiae iuris* por el editor paduano F. ZILETUS y que se publicó en Venecia entre 1584 y 1586.

tos municipales que, por lo general, sólo afectan a lo accidental de las nupcias. El trabajo analiza por último la recepción material de reglas civiles sobre el matrimonio en el Derecho canónico.

II. CONCEPTO Y NÚMERO DE LOS IMPEDIMENTOS EN EL *DSM*

En su *conclusión primera* el *DSM* parte de la definición de matrimonio recogida en las *Institutiones* de Justiniano (*Inst.* 1.9.1), que fue aceptada por la mayoría de los canonistas anteriores y contemporáneos a Jean Bruneau: «Nuptiae autem siue matrimonium est uiri et mulieris coniunctio indiuiduam consuetudinem uitae continens» (fol. 4v)¹⁸. Al relacionar esta definición con el capítulo *sufficiat* del *Decreto* de Graciano (C.27 q.2 c.2), el canonista francés reflexiona sobre el papel del consentimiento en la formación del matrimonio canónico y asume la tesis de la vieja *escuela de París*¹⁹, según la cual sólo el consentimiento —la unión

18. Como es sabido, el texto de Justiniano aparece ya en algunas colecciones pregracianas, cfr. J. M. VIEJO-XIMÉNEZ, «La redacción original de C. 29 del Decreto de Graciano», *Ius Ecclesiae*, 10 (1998) pp. 149-185 en donde aclara: «El maestro (en referencia a Graciano) comienza afirmando la validez del matrimonio desigual, y para eso utiliza textos y principios romanos pero sin ninguna cita explícita; en concreto: primero, la definición de Modestino (*Inst.* 1.9.1), que ya había transcrito al comienzo de su exposición sobre el matrimonio (C.27 q.2 pr.) y que fue recogida en las colecciones canónicas a partir de Ivo de Chartres (ID 8.1 = IP 6.1)» (p. 159). Vid. también G. PICASSO, «I fondamenti del matrimonio nelle collezioni canoniche», *Il matrimonio nella società altomedievale*, Settimane di studio del Centro Italiano sull'Alto Medioevo. XXIV. Spoleto 22-28 de aprile 1975» (Spoleto 1977) pp. 191-231, quien localizó ese texto romano en la *Colección en Cinco Libros* (Vat. lat. 1348, capítulo 4.1.1) y en la *Colección en Nueve Libros* del código vaticano C 118 del *Archivio di San Pietro*. Por otra parte, llama poderosamente la atención que Bruneau respete la literalidad de la definición justiniana, cuando emplea el término *continens* en lugar de la redacción canónica *retinens*, lo que sólo puede explicarse al considerar la preocupación del humanismo por restaurar la originalidad de los textos clásicos. La lectura *retinens* es la de la *editio Romana*. Cfr. *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis*, Gregorii XIII. Pont. Max. iussu editum. *Ad exemplum romanum diligenter recognitum* (Lyon 1584); y también la de E. FRIEDBERG, *Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Luddovici Richter curas ad librorum manu scriptorum et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica*. *Decretum Magistri Gratiani*, I, Graz 1959. Al maestro Graciano (C.27 q.2 pr. y C.29 q.1) hay que atribuir la sustitución del término *continens* por la palabra *retinens*; cfr. al respecto C. LARRAINZAR, «El borrador de la “Concordia” de Graciano: Sankt Gallen, Stiftsbibliothek MS 673 (= Sg)», *Ius Ecclesiae*, 11 (1999) pp. 593-666, especialmente p. 611 y también su estudio «La formación del Decreto de Graciano por etapas», *Zeitschrift für Rechtsgeschichte Kan. Abt.*, 87 (2001) pp. 67-83.

19. Como es sabido, al tratar del momento de la efectiva perfección del matrimonio, el *Decreto* de Graciano enseña que es decisivo tanto el consentimiento como la *copula carnalis*, y el *Magister* (C.27 q.2 d.p.c.34 y d.p.c.39) intenta resolver la consiguiente dificultad mediante la distinción entre *coniugium initiatum* y *coniugium ratum et consumatum*; cfr. al res-

libre de las voluntades de los contrayentes expresada mediante palabras de presente— origina el vínculo matrimonial²⁰; pero también es cierto que modera sus consecuencias al subrayar la importancia de la cópula para la significación sacramental, a partir de la glosa al título *De patria potestate* (*Inst.* 1.9) del *ius civile*.

En el pensamiento de Jean Bruneau, la afirmación del principio *consensus facit nuptias* es compatible con la existencia de causas que limitan los efectos del consentimiento expresado por los contrayentes al no producir éste vínculo matrimonial²¹; así, de las treinta y cinco *conclusiones* en las que se divide el tratado, dieciséis —de la *decimonovena* a la *trigésimocuarta*— se dedican precisamente al estudio de los impedimentos matrimoniales.

Como es sabido, hasta la codificación de 1917 no existía el concepto técnico de impedimento, pues ni el legislador ni la doctrina distinguían entre vicios del consentimiento, impedimentos en sentido propio y defectos de forma²². Un simple vistazo a las enumeraciones más

pecto J. GAUDEMET, *Sur trois «dicta Gratiani» relatifs als «matrimonium ratum»*, Mélanges Wagnon, Lovaina 1976, pp. 543-555 (= *Societés et Mariage* [1980] pp. 379-391) y P. LANDAU, *Gratian und die «sententiae Magistri A»*, Aus Archiven und Bibliotheken. Festschrift für Raymond Kottje zum 65. Geburtstag 1992, pp. 311-326. Frente a esta «solución boloñesa», la escuela de París fue descrita por J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le Droit classique de l'Église. Depuis le Décret de Gratien (1140) jusqu'a la mort de Clément V (1314)*, I, París 1933, pp. 5-32.

20. Respecto del valor del *negocio de esponsales*, Jean Bruneau parte de la definición de este negocio contenida en el capítulo *nostrates* (C.30 q.5 c.3) del *Decreto* de Graciano, así como de la ley *sponsalia sunt* (*Dig.* 23.1.1) del *Digesto*, en donde se caracteriza como *futurarium nuptiarum promissio*; inmediatamente después, el DSM plantea la posibilidad de realizar el negocio esponsalicio mediante nuncio o procurador, los requisitos mínimos de capacidad, los distintos modos de celebrarlos, y sus efectos; cfr. J. FERNÁNDEZ MONISTROL, o. c., nota 15, pp. 217-245. Sobre el régimen del negocio de esponsales en el derecho clásico cfr. C. LARRAINZAR, «La disolución de los esponsales en el período clásico», *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid 1983, pp. 305-319.

21. Como ya advertía Paucapalea en el siglo XII: «Et est notandum, quod nuptiarum quaedam prohibentur, quaedam permittuntur», (cfr. J. FRIEDRICH VON SCHULTE, *Paucapalea. Summa über das Decretum Gratiani*, Giessen 1890 = Aalen 1965, p. 111). Y luego el discípulo de Graciano precisaba: «Quae prohibentur aliae naturae, aliae ratione sanguinis, aliae ratione affinitatis, aliae ratione honestatis, aliae constitutionibus. Natura, ut inter pupillos. Ratione sanguinis, ut inter ascendentes et descendentes et ex latere uenientium usque ad VII gradum. Ratione affinitatis, ut inter priuignam et uitricum, nouercam et priuignum. Ratione honestatis, ut inter patrem et sponsam filii. Constitutionibus, ut inter te et eam quam de sacro fonte leuasti, uel feminam deo dicatam, et inter uouentes» (p. 111).

22. Vid. J. M. MANS PUIGARNAU, o. c., nota 2, en donde dice: «El derecho antiguo contemplaba los impedimentos matrimoniales en su más amplio sentido, y dentro de su concepto, se incluían, no sólo los impedimentos propiamente dichos, sino también los vicios del

clásicas de «impedimentos matrimoniales» confirma la juventud de esta distinción, pues habitualmente relacionan, sin solución de continuidad, el *error*, la *conditio* o la *uis* junto al *uotum*, la *cognatio sanguinis* o el *crimen*. La lista de la *Glosa Ordinaria* al *Decretum* puede servir ahora como muestra de un modo de explicar el asunto que se repitió durante centurias: «uotum, conditio, uiolentia spiritualis, proximitas, error, dissimilisque fides, culpa, dies uetitus, honor, ordo, ligatio, sanguis, quae sit et affinis, quique coire nequit, additur his aetas, habitum coniuge iurori, his interdictum subditur Ecclesiae, haec (si canonico uis consentire rigori) te de iure uetant iura subire tori»²³. En la misma línea el *DSM* no propone una definición de impedimento matrimonial, y se limita a analizar una serie de circunstancias por las que *praestatur impedimentum matrimonii*, o bien *uitiant ipsum matrimonium*, esto es, que impiden o causan la nulidad del vínculo.

Por otra parte, los canonistas discutieron también acerca del alcance invalidante de los impedimentos; una misma circunstancia puede tener para un autor efecto dirimente, mientras que para otro lo tiene sólo impediendo, afectando a la licitud del matrimonio²⁴. Jean Bruneau no distingue nítidamente entre impedimentos dirimientes e impediendo, pero asume esta diferencia al exponer el alcance de cada uno de ellos; en cualquier caso, se ocupa sobre todo de los primeros, prestando muy poca atención a los segundos: la única circunstancia impediendo que considera es la cognación espiritual que procede del catecumenado. Entre las

consentimiento y el defecto de forma canónica. En este sentido amplio se entendía por impedimento matrimonial toda “circunstancia que por ley divina o humana obstaba a la lícita o válida celebración de las nupcias”» (p. 74). Cfr. también J. M. MANS PUIGARNAU, «La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica», *Revista Española de Derecho Canónico*, 14 (1959) pp. 793-804. Cfr. por ejemplo el manual de F. SANTI, o. c., nota 7, quien enumera los impedimentos según el esquema tradicional: *ex defectu consensus*, *ex defectu habitatis personarum* y *ex defectu materiae contractus* (pp. 43-44).

23. Cfr. *Glosa Ordinaria* —de Bartolomé de Brescia— a las palabras *quidam autem* de C.27 q.1. Como punto de contraste puede verse la lista que propone Rufino de Bolonia: «Sunt igitur hec: uotum, ordo, habitus, dispar cultus, error persone, conditio, cognatio, ligatio, publice honestatis iustitia, enormitas delicti, impossibilitas conueniendi, coactio, tempus feriarum, ecclesie interdictum», (cfr. H. SINGER, *Rufinus von Bologna, Summa decretorum*, Paderborn 1902 = Aalen 1963, pp. 432-433). Para una descripción más detallada de la evolución en el número de los impedimentos cfr. E. JOMBART, «Empêchements de mariage», *Dictionnaire de Droit Canonique*, I, París 1957, cols. 261-333.

24. El Hostiense, por ejemplo, enumera entre los impedimentos *quae impediunt sed non dirimunt* los siguientes: *incestus, raptus, sponsatae mors uxoris, susceptae propriae sobolis, mors presbyteralis*; cfr. E. JOMBART, o. c., nota 23, col. 275.

circunstancias que dirimen el vínculo conyugal el *DSM* enumera doce: 1) miedo; 2) cognación espiritual cuando proviene del bautismo o confirmación; 3) consanguinidad; 4) afinidad; 5) parentesco legal; 6) impotencia; 7) orden sagrado; 8) voto; 9) error en la condición servil; 10) error en la persona; 11) ciertas clases de condición; y 12) crimen. Al comparar esta relación con la que ofrece la *Glosa Ordinaria*, se descubre que esta lista de Bruneau no es exhaustiva, pues quedan al margen algunas circunstancias a las que los canonistas asocian un impedimento, como la *ligatio*, los *dies uetitus* o la *dissimilis fides*. Desde un punto de vista sistemático, todos estos impedimentos tienen su lugar en el *DSM* entre las *conclusiones dieciocho* y *treinta y cuatro*²⁵, con la excepción del impedimento de pública honestidad —que también impide los esponsales y el matrimonio no consumado— que ocupa la *décima conclusión*²⁶.

La declaración o el establecimiento de un impedimento implica una autoridad, un orden constituido e investido de potestad y jurisdicción. Bruneau es consciente de ello, pero no plantea la cuestión directamente: da por supuesta que la potestad corresponde a la Iglesia para examinar después diversas instituciones que pueden menoscabarla, como es el caso de los estatutos municipales.

III. LA POTESTAD DE ESTABLECER IMPEDIMENTOS

1. *La substancia del matrimonio*

A propósito de este asunto, la *conclusión diecinueve* del *DSM* establece un principio general: el estatuto municipal que disponga acerca de materias que afectan a la substancia del matrimonio no es válido, porque *disponit in materia concernente ecclesiam*²⁷; la afirmación tiene su funda-

25. El *DSM* aparece dividido en treinta y cinco *conclusiones*.

26. Cfr. J. FERNÁNDEZ MONISTROL, o. c., nota 15, pp. 231-239, quien ha estudiado ampliamente la pública honestidad o *quasiaffinitas* en el *DSM* de Jean Bruneau.

27. Literalmente dice: «Statutum laicorum disponens circa substantiam matrimonii inhibendo uel prohibendo matrimonium quod ecclesia non improbat nec impedit non ualet, quia disponit in materia concernente ecclesiam» (fol. 20v). Las citas del *DSM* que aquí aparecen se toman de la edición contenida en el *Tractatus Vniuersi Iuris duce et auspice Gregorio XIII Pontifice Maximo in unum congesti additis quam plurimis antea numquam editis, hac * nota designatis, XVIII materias et XXV uoluminibus comprehendentes. Praeter summaria singulorum tractatuum accesere locupletissimi indices ita distincte et ordinate compositi ut lector materias om-*

mento en el capítulo *de Francia* (X 4.1.1) —un canon del Concilio de Tribur de 1035, celebrado en el pontificado de Benedicto IX (1032-1044), que declara nulo el segundo matrimonio de un joven que alegaba la invalidez de un primer vínculo por no haber sido contraído según sus propias leyes nacionales— y en los comentarios autorizados a este fragmento de Antonio de Butrio, el Panormitano y Felino Sandeo²⁸. Así pues, en relación al matrimonio, Jean Bruneau reconoce la existencia de una jurisdicción y una *materia concernens ecclesiam*, que, además, es exclusiva: aquella que afecta a la *substantia matrimonii*. Al mismo tiempo, mediante la mención del capítulo *de Francia*, se niega la participación de las leyes seculares en la determinación de aquello que es esencial para la validez del vínculo.

Ahora bien, la potestad de la Iglesia sobre el connubio no es absoluta sino que se limita a lo que es esencial o substancial. El jurista francés asume el patrón más tradicional a la hora de articular la competencia sobre el matrimonio, que está basado en la oposición *substantia-accidente*²⁹: hay una zona de competencia exclusiva de la Igle-

nes tenere ante hoc sparsas artificiosa distributione sub uno quasi adpectu positas contuerit possit (Venecia 1584-1586). El título completo del tratado que aparece en el *Tractatus Vniuersi Iuris* es: *Tractatus insignis de Sponsalib(us) et matrimoniis eruditus V(triusque) I(uris) Doct(or)is D(omini) Ioannis Brunellis Aurel(iensis) dicatus R(euerendo) D(omino) Io(anni) Aurel(iensi) Archiepiscopo Tolosano*. El DSM ocupa los folios 3vb-39va.

28. Cfr. X 4.1.1, que dice: «De Francia quidam nobilem mulierem de Saxonia, lege Saxonum duxit in uxorem; uerum quia non eisdem utuntur legibus Saxones et Francigenae, causatus est, quod eam non sua, id est, Francorum lege desponsauerat, (uel acceperat, uel donauerat) dimissaque illa, aliam superduxit. Diffiniuit super hoc sancta Synodus, ut ille transxit. Diffiniuit super hoc sancta Synodus, ut ille transgressor Euangelicae legis subiiciatur poenitentiae, et a secunda coniuge separetur, et ad priorem redire cogatur». A propósito de este texto, el DSM plantea una cuestión interpretativa: ¿qué hay que entender por *lex*? La *Glosa Ordinaria* —a la que apela *Brunellus*— se refiere en dos ocasiones a la ley: 1) al comentar la palabra *lege* dice: «id est consuetudine»; y 2) cuando explica la voz *legibus* dice: «id est consuetudinibus»; es decir, ley y costumbre es lo mismo a los efectos del caso recogido en el capítulo. Esta asimilación pasa al sumario que introduce este capítulo en la *editio Romana: Matrimonium solo consensu contrahitur, nec inualidatur, si consuetudo patriae non seruetur*. Jean Bruneau identifica *lex* y *consuetudo* pero, a mi entender, toda su reflexión sobre la competencia para establecer impedimentos matrimoniales se puede predicar indiferentemente del estatuto y de la costumbre, en tanto que ambas son normas de la comunidad política y no proceden de la Iglesia.

29. Vid. J. MANS PUIGARNAU, *o. c.*, nota 2, donde dice: «La Iglesia goza de potestad plena respecto del matrimonio de los bautizados, o sea, que a la Iglesia incumbe, por derecho nativo, propio y exclusivo, estatuir y disponer sobre cuanto se refiere a la validez y licitud de los esponsales y del matrimonio, y a los efectos del mismo, tanto espirituales como temporales o civiles, inseparables de la substancia del matrimonio, pues los temporales separables, o sea los meramente civiles, competen por derecho propio al poder civil» (p. 38).

sia que se corresponde con la *substantia matrimonii*; pero existe otra «zona franca», constituida por los aspectos accidentales, que puede ser asumida por el poder temporal³⁰. En otras palabras: el criterio de la *substantia matrimonii* es un criterio de demarcación de competencias.

Hubiera sido lógico esperar que el *DSM* esclareciera inmediatamente qué es sustancial y qué accidental en el matrimonio, para comprender luego el reparto de competencias entre el poder temporal y la Iglesia, pero en este punto nada se dice. Un primer problema que plantea, pues, el manual de Bruneau es qué entiende el jurista por *substantia del matrimonio*.

La expresión no tiene un significado unívoco a lo largo del *DSM*. Así por ejemplo, en la *conclusión treinta y tres*, Jean Bruneau trata de la condición que se refiere a un hecho que vulnera la substancia del matrimonio, la cual vicia el mismo contrato matrimonial³¹. El *DSM*, ilustra esta clase de condiciones tomando tres ejemplos de la decretal *si conditiones* de Gregorio IX (X 4.5.7): *contraho tecum si generationem prolis euites; donec inueniam aliam honore uel facultatibus digniorem*; o bien *si pro quaestu te adulterandam tradas*. Cada uno de estos *exempla* —que hoy en día calificaríamos como simulación parcial— ataca algún elemento sustancial del matrimonio, como la generación de la prole, la indisolubilidad del matrimonio o la exclusividad de las obligaciones de la carne. Aunque la decretal no conceptualiza lo que es la substancia del matrimonio, la *Glosa Ordinaria* a las palabras *contra substantiam coniugii* de este capítulo arroja alguna luz: «Et haec est ratio cum tria debeant esse bona matrimonii saltem quoad propositum sunt fides, proles et sacramentum. Per illas tres conditiones extinguntur illa tria bona, quae in quolibet matrimonio necessaria requiruntur, aliter non erit matrimonium ut hic patet». Luego, en este contexto, la Glosa relaciona la *substantia del matrimonio* con los *tria bona* del matrimonio enunciados por San Agustín.

30. Y así, para Jean Bruneau es válido el estatuto que dispone sobre lo accidental, como el que regula la dote: «Tertio principaliter limitatur nisi statutum disponderet circa accidentalia, ut circa dotem» (fol. 21r).

31. La afirmación se apoya, ante todo, en tres textos canónicos: los capítulos *solet* (C.32 q.2 c.6) y *aliquando* (C.32 q.2 c.7) del Decreto de Graciano y en la decretal *si conditiones* (X 4.5.7). Los primeros precisan negativamente la substancia del matrimonio (no lo es la fornicación), mientras que el tercero lo hace positivamente, al enumerar unos cuantos casos de *condición contra la substancia del matrimonio*.

Pero en el *DSM* encontramos «otros dos sentidos» de la expresión «substancia del matrimonio». En la *conclusión treinta y uno*, a propósito del impedimento de voto de castidad, Jean Bruneau dice que la «*substantia uoti repugnet substantiae matrimonii et ipsi contractui, cum uotum repellat carnalem copulam et matrimonium requirat consensum in illam*» (fol. 31v), dando a entender que la cópula forma parte de la esencia o *substantiae matrimonii*. Al tratar del error, sin embargo afirma: «*Error personae et error conditionis impediunt et dissoluunt matrimonium, error fortunae et qualitatis non. Haec conclusio firmatur primo ratione, quia in contractibus et sacramentis quaedam sunt substantialia, quaedam accidentalia. Et defectus in substantialibus facit deficere sacramentum matrimonii, defectus in accidentalibus non; unde oportet quod error qui impedit matrimonium sit alicuius eorum, quae sunt de esse matrimonii. Duo autem includit matrimonium scilicet duas personas quae coniunguntur et mutuam corporis potestatem inuicem, in qua matrimonium consistit*» (fol. 35v). En este caso, parece que en el *esse matrimonii* —asimilado por Bruneau a la *substantia*— se incluirían también las personas que mutuamente se donan y la potestad de disposición sobre sus respectivos cuerpos.

En fin, a la vista de estos datos parece que para el canonista francés no es claro qué cosa es la substancia del matrimonio sobre la que luego se articulará la distinción de competencias sobre el vínculo. La diversidad de acepciones de la expresión «substancia» permite concluir que, probablemente, su aplicación a la potestad para establecer los impedimentos sobre el matrimonio es más bien un modo amplio de legitimar la exclusividad de la competencia, que un concepto referido a la ontología del negocio.

Ahora bien, al tratar la *conclusión diecinueve* de la competencia para establecer los impedimentos, nada más señalar que los estatutos no tienen competencia sobre la substancia del matrimonio, sí queda claro que, para Jean Bruneau, el establecimiento de impedimentos pertenece a la autoridad eclesiástica porque afecta a la substancia del matrimonio. Por contra, el autor no manifiesta interés alguno en considerar todos los posibles aspectos accidentales del matrimonio que pudieran ser de competencia de los legisladores civiles; en este punto se conforma con dilucidar si determinadas disposiciones de los estatutos municipales pueden

considerarse verdaderos impedimentos y, por tanto, suponen una amenaza para la exclusividad del poder de la Iglesia en orden al establecimiento de los mismos. En unos pocos casos, Bruneau manifiesta seguridad y convicción al declarar la invalidez de la norma civil; más numerosas son, sin embargo, las disposiciones estatutarias de dudosa clasificación. Veámoslo con mayor detenimiento.

2. Normas civiles «circa substantiam»

Para Jean Bruneau, hay tres clases de prohibiciones civiles de contraer matrimonio que son inválidas: las que están ligadas al *status* o condición social de la persona, a su capacidad consensual o a determinadas formalidades de la celebración.

En primer lugar, el jurista francés establece que el *ius canonicum* niega valor normativo a aquellas leyes civiles que prohíben el matrimonio con determinadas categorías o clases de personas, para lo cual aporta dos argumentos de autoridad: de una parte la ley *si rector* (*Cod.* 5.2.1)³², que levantó la prohibición de matrimonio al gobernador de una provincia con cualquiera de sus súbditos; de otra, la decretal *cum secundum* (X 4.21.5) de Inocencio III, que niega la validez de las leyes romanas que impedían el matrimonio con viuda en tiempo de luto³³. En ambos casos, se levantan las prohibiciones que modifican la habilidad y

32. Cfr. *Cod.* 5.2.1, que comienza con estas palabras: «si quis in potestate publica positus atque honore administrandarum prouinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contracturae sunt, potest esse terribilis, arrhas sponsalicias dederit, iubemus, ut deinceps, siue parentes siue eadem mutauerint uoluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque statutaee expertes sint, sed extrinsecus data pignora lucratiua habeant, si ea non putent esse reddenda (...)». La *ratio iuris* de la prohibición era tutelar el *ius connubii* de aquellos súbditos que se podían ver forzados a consentir en un matrimonio con quienes administran un determinado territorio, librándolos de las penas previstas para el supuesto de ruptura de la fe esponsalicia.

33. La versión de la *editio Romana* dice: «Cum secundum Apostolum mulier, mortuo uiro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi, cui uult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem; non debet legalis infamiae sustinere iacturam, quae, licet post uiri obitum intra tempus luctus (scilicet unius anni spatium) nubat, concessa sibi tamen ab Apostolo utitur potestate, cum in his praesertim seculares leges non dedignentur sacros canones imitari». Por su parte, la *Glosa Ordinaria* refleja dos opiniones diversas: la que defiende que la decretal *cum secundum* levanta también la pena de infamia con la que las leyes civiles castigaban a la viuda que contrae nuevo matrimonio y aquella otra que mantiene el valor de esta pena civil *quia quandam ingratitudinem uidetur mulier commisisse*.

libertad matrimonial de la persona afectada por una cualidad que la incardina dentro de una *clase* o *categoría*.

En segundo lugar, para Jean Bruneau tampoco son válidas las leyes civiles que exigen la constitución de instrumentos dotales a modo de presupuesto de capacidad, excediendo así las limitaciones impuestas por la naturaleza³⁴. El autor piensa ante todo en la ley *iustas autem* (*Inst.* 1.10.13), que considera la formalización de los instrumentos dotales como requisito previo de validez de un matrimonio que permitirá legitimar a los hijos³⁵. Estos instrumentos no pueden convertirse en una especie de impedimento civil al matrimonio, porque entonces quebraría uno de los principios del *connubium* canónico: no poner más trabas al matrimonio que las que se deriven de las exigencias naturales o divinas.

Por último, tampoco tendría validez para el Derecho canónico el estatuto que exigiera alguna solemnidad o formalidad —como, por ejemplo, el consentimiento paterno—, que, de incumplirse, acarreará cualquier pena o perjuicio, o supusiera incurrir en pecado mortal³⁶. Es decir, la asociación por voluntad del legislador civil de un mal, material o espiritual, al incumplimiento de una solemnidad imperada por la norma estatutaria, equivale al establecimiento de un verdadero impedimento matrimonial, lo que, en definitiva, implica una extralimitación de su competencia en orden al matrimonio. Por esta razón, en todos estos casos la respuesta del *ius canonicum* es siempre la misma: invalidar la nor-

34. Literalmente dice: «Secundo ampliatur, ut leges quae exigunt ad limitationem naturalium interuentum dotalium instrumentorum ut legitimentur per subsequens matrimonium, non procedant etiam de iure canonico» (fol. 20v). Esta segunda ampliación se fundamenta en dos textos: el comentario de Antonio de Butrio y del Panormitano a la decretal *tanta* (X 4.17.6), de Alejandro III —cuya rúbrica es *Naturales legitimantur per subsequens parentum coniugium, spurii vero non*— y en un comentario de Antonio de Rosellis al último período del título *iustas autem* (*Inst.* 1.10).

35. El fragmento romano dice: «Aliquando autem euenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem: qualis est is, qui, dum naturalis fuerat, postea curiae datus, potestati patris subiicitur: nec non is, qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; quod, et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit».

36. El *DSM* continúa: «Tertio ampliatur, ut non ualeat statutum disponens non solum circa uinculum matrimonii, sed circa aliquam solennitatem adiciendo poenam et sic inferendo damnum» (fol. 20v). «Quarto limitatur ut non ualeat statutum introducens aliquam solennitatem ad hoc ut eam omittens incurrat peccatum mortale» (fol. 21r).

ma estatutaria. Pero, además, cuando su incumplimiento pueda poner en peligro la conciencia de aquel que es urgido por el estatuto, entonces el Derecho de la Iglesia no sólo desprovee de normatividad a tales disposiciones, sino que también las priva de autoridad moral, pues considera que tales leyes que inducen al pecado, al ser injustas, no obligan en el fuero de la conciencia; los matrimonios contraídos en su contra son válidos, desde el punto de vista del Derecho canónico, y por tanto obligan en el fuero interno³⁷.

En suma, en el concepto amplio de impedimento que asume Jean Bruneau la habilidad, la capacidad subjetiva del contrayente y la concreción de las formalidades de la celebración del matrimonio son notas implícitas —por simpatía con la substancia del matrimonio— en la estructura del impedimento, en tanto que configuran el radio de actuación de éste y determinan su razón de ser. No es extraño, pues, que cualquier disposición estatutaria que afecte a las mismas pierda su normatividad, su determinación como Derecho, sobre la base de que la substancia del matrimonio concierne exclusivamente a la Iglesia.

3. *Valor de las penas estatutarias*

Jean Bruneau es, por tanto, contrario a la intervención de los ordenamientos civiles en materia matrimonial mediante el establecimiento de penas y otros requisitos, porque estas disposiciones ahogan la libertad de los contrayentes³⁸ y además implican un *defectus potestatis ex persona statuentium* o *in personis statuentium*; ambas expresiones son cara y cruz de la misma moneda, pues con ellas el canonista de Orleans se refiere tanto a un defecto en la potestad por parte de las personas que establecen las normas estatutarias, como a la validez subjetiva de los esta-

37. Jean Bruneau razona que tales prohibiciones civiles podrán invalidar el matrimonio en el fuero externo pero nunca en el fuero interno, donde éste adquiere y conserva su pleno vigor: «Et puto quod leges statuentes nullitatem matrimonii inter huiusmodi personas non procedant in foro conscientiae nisi aliter constet de metu, quia lex civilis fundata in praesumptione non extendit vires ad forum conscientiae, ex quo matrimonium fortitur robur; in quo foro praeualeat ueritas rei, non gestorum apparentia c. *inquisitioni. de sen. excom.* [X 5.39.44]» (fol. 20v).

38. Al respecto el DSM recuerda la máxima «adiectio poenae prohibetur in matrimoniis quia per eam tollitur libertas» (*gemma*: X 4.1.29), así como la ley *Titio centum* (*Dig.* 35.1.71) que dice: «quod metu poenae non debet auferri libertas matrimonii».

tutos, de ahí que en relación a la segunda afirme expresamente: «puto quod leges qui loquuntur de ecclesiis et personis ecclesiasticis non sunt recipiendae ex defectu potestatis in personis statuentium» (fol. 21r)³⁹. Es decir, rechaza por principio cualquier intervención de la norma civil en los asuntos de la Iglesia, entre los que, por descontado, se encuentra el matrimonio. La doctrina no es nueva, pues constituye un lugar común en la canonística más clásica, como es el caso del Panormitano, expresamente citado por Bruneau⁴⁰.

No obstante, el *DSM* considera algunas disposiciones matrimoniales que solían recoger los estatutos de las ciudades y que son de dudosa clasificación porque no está claro si afectan o no a la substancia del matrimonio y, por tanto, tampoco es seguro que *matrimonium impediunt*. Dentro de este género de normas civiles, Jean Bruneau presta especial atención a las disposiciones de carácter penal; y si bien en un principio niega la capacidad de los estatutos para imponerlas, a menudo modera este punto de vista al aceptar en ciertos casos algunas de ellas alegando su conveniencia.

A. Penas establecidas en favor de los hijos

En opinión de Jean Bruneau el Derecho canónico acepta la pena estatutaria que se impone *non odio contractus matrimonii* sino en favor de

39. Aunque para Jean Bruneau estas leyes pueden ser válidas cuando el clero intervenga en su confección: «Ego uero putarem illa procedere quando in eis condensis non solum interuenisset consensus populi sed cleri, sic Panormitanus in c. i. isto ti. [X 4.1.1]» (fol. 21r); ahora bien, según el canonista francés, aunque una norma estatutaria pueda valer contra el Derecho civil (*omnes: Dig. 1.1.9*) no podrá valer contra el Derecho canónico, aunque haya sido aprobada por eclesiásticos (*his quae: X 1.33.11*).

40. Felino Sandeo, autor también citado por Bruneau, argumenta, sin embargo, a favor de la capacidad punitiva del legislador civil respecto del matrimonio; según este autor son válidas: 1) la prohibición estatutaria de contraer matrimonio cuyo fin sea tutelar la libertad del contrayente; 2) el estatuto que limita *sub certa poena* la libertad electiva del contrayente a *solum certum genus personarum*; y 3) el estatuto que impone la pena de pérdida de la dote al que contrae sin permiso de los padres (fol. 21r). En relación al segundo punto, Bártolo de Saxoferrato y Ángelo de Clavasio, al comentar el fragmento *edicimus* (*Cod. 11.8[7].7*), afirman que el estatuto que prohíbe *sub certa poena* el matrimonio entre personas de ciudades distintas es válido siempre que *cum aliis commode et honeste contrahere possit*. Según estos autores tales penas suelen ser recomendables «quando obuiaretur scandalo imminenti, puta ex matrimonio contracto per personas diuersarum partialitatum inter quas uiget odium capitale» (fol. 21r).

los hijos⁴¹. Con el fin de ejemplificar esta *conclusión* el autor recuerda las leyes romanas que castigaban a la mujer que contraía nuevo matrimonio *intra tempore luctus* (*Cod.* 5.9.1 y *Cod.* 5.9.2), o bien inmediatamente después (*Cod.* 5.9.3 y *Cod.* 5.9.6), porque frecuentemente el nuevo vínculo conyugal no podía cohonestarse con la protección efectiva de los hijos del anterior matrimonio⁴².

¿Cómo valorar correctamente estos supuestos legales? Jean Bruneau transmite en primer lugar el comentario de Inocencio IV a la decretal *cum secundum* (X 4.21.5) de Inocencio III, que introduce no pocos matices. Por una parte, para Inocencio IV, el capítulo *cum secundum* condona todas las penas impuestas a la mujer que se casa *intra tempus clausus* quien, en consecuencia, al igual que la mujer que contrae lícitamente, no tiene por qué soportar pérdida alguna; en este caso la ley civil resulta limitada inmediatamente por la norma canónica, pues su *ratio legis* parece ser el *odium matrimonii*. Pero por otra parte, Inocencio IV considera que las penas que se imponen a la mujer que se casa en segundas nupcias transcurrido el tiempo de luto no se levantan, porque la *ratio legis* ya no es entonces el *odium matrimonii* sino el *favor filiorum*. Esta distinción, sin embargo, no convence al canonista de Orleans, quien siguiendo en este punto a Raimundo de Peñafort y Paulo de Eleazar, aboga por la conservación de una y otra clase de penas legales⁴³, siem-

41. Éstas son sus palabras: «Prima est quando statutum imponeret poenam non odio contractus matrimonii sed fauore filiorum» (fol. 20v).

42. Estas penas abarcaban tanto el orden moral, al declarar infame a la mujer, como el económico. Dentro de las penas patrimoniales Brunellus cita la prohibición de que el marido dé a la mujer más de la tercera parte de sus bienes, o de dejarle por testamento más de lo que ésta pudiera recibir por legados, fideicomiso o herencia, además de perder todo lo que le dejaba el anterior marido. Vid. J. ARIAS RAMOS - J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, Barcelona 1986, donde dice: «Entre las disposiciones referentes a la mujer está, en primer lugar, la prohibición de contraer matrimonio hasta que transcurriese un determinado plazo desde la disolución del anterior. Tal prohibición se dio ya en el Derecho antiguo, y parece se basaba en un deber religioso de guardar luto (*tempus lugendi*). Más adelante se señala como fundamento el de evitar la *turbatio sanguinis* o incertidumbre en la paternidad, señalándose el plazo de un año, tanto para las viudas como para las divorciadas. El matrimonio contraído infringiendo la disposición no era nulo, pero sobre la bínuba recaía la tacha de infamia y graves sanciones de índole patrimonial, entre las que estaban la de perder cuanto hubiere recibido del primer marido y la de no poder recibir nada de nadie por testamento» (p. 776).

43. El DSM conecta la decretal *cum secundum* con un pasaje de las *Escrituras* (1 Cor 7) al que, por otra parte, se refiere indirectamente la propia decretal: «Cum secundum Apostolum mulier, mortuo uiro suo, ab eius sit lege soluta, et nubendi, cui uult, tantum in Domino, liberam habeat facultatem» (fol. 20v); a partir de ahí aclara que el Apóstol —la *mens legislatoris*— no pretendía autorizar matrimonios que pudieran resultar escandalosos.

pre en defensa de los derechos de los hijos y de la atribución de su paternidad⁴⁴.

B. *La pena de lucro cesante*

¿Es válida en Derecho canónico la pena estatutaria que priva a una persona de la ganancia que ha obtenido por sí misma o por disposición de la ley?⁴⁵ El *DSM* analiza un caso muy concreto: la pena que se impone a la mujer raptada que contrae con su raptor. En efecto, cuando una mujer era raptada, el *ius civile* permitía que se lucrara con los bienes del raptor como indemnización por los daños sufridos a consecuencia del delito; pero si la mujer contraía matrimonio con su raptor, la ley civil consideraba innecesario mantener la indemnización: al desaparecer la *ratio legis* de la norma, la mujer perdía el beneficio legal, siempre que se hubiese lucrado efectivamente con los bienes del raptor⁴⁶.

44. Al respecto, Jean Bruneau se hace eco de la variedad de criterios existentes para determinar la paternidad: según Raimundo de Peñafort y Paulo de Eleazar el hijo habido durante los nueve meses posteriores a la muerte del primer marido puede atribuirse al difunto, mientras que según la ley *septimo mense* (*Dig.* 1.5.12) y la ley *decreto* (*Cod.* 2.11[12].15) hay que atribuirlo al segundo marido si nace en los últimos siete meses después de la muerte del primero.

45. En palabras de Bruneau: «Secundo limitatur principaliter conclusio nostra nisi statutum imponat poenam lucri cessantis ut quia tollit lucrum a seipso, uel a lege datum» (fol. 20v); esta afirmación tiene su fundamento en la *Glosa Ordinaria* a las palabras *certoque casu* del capítulo *cum secundum leges* (VI 5.2.19) que advierte: «Cum parentes mulieris non supersunt, nec alter eorum: uel supersunt ipsi, uel alter consenserit talibus nuptiis, hoc casu bona deuoluuntur ad fiseum, ut in praedicta Auth. de rap. mulie. in fin. Sed nunquid de iure canonico habebit locum haec poena: cum secundum canones licita contrahat, ut scilicet dixi? Notat Ioan. 36, q. 2. de puellis. alias §. quibus. quod poena ista locum non habebit secundum canones, secundum quos cessat interdictum: nisi cum sponsa alterius rapitur. 27, q. 2. statutum. et accedat quod not. 2, q. 3. §. notandum. in fin. de secun. nup. c. penult. § ult. et secundum hoc benedixi scilicet repete, et cum secundum leges ciuiles: quia secundum canones contrahatur. Sed satis uero, quod licet secundum nos teneat matrimonium, poena legis habeat locum in iis quae non essent de temporali iurisdictione ecclesiae: cum enim illa ibi tractet de lucro captando, non de diminutione sui patrimonii: et poena illa sibi per legem obueniatur: quaere lex eo quod confert priuare non potest? et accedat quod dixi in. de reg. iu. c. 2 secus forte in poena, de qua in praedicta decre. ult. de secun. nup. ibi enim priuat lex eo quod non contulit [Facit ff. de adop. si arrogator. Ioan. And.].» Sobre el lucro cesante J. ARIAS RAMOS - J. A. ARIAS BONET, o. c., nota 42, p. 593.

46. Cfr. la ley *raptores* (*Cod.* 9.13.1.1) y las novelas *Auth.* 9.13 [= N. 143] y *Auth.* 10.(52) [= N. 150].

Ahora bien, como el Derecho canónico no impedía el matrimonio entre el raptor y la mujer raptada (C.36 q.2 c.2) —*licet de iure cano(nico) hodie rapta licite nubat rapto* (fol. 21r), dice Bruneau—, la pena de lucro cesante podría entenderse como un impedimento civil al matrimonio, en la medida que el temor a la pérdida de la indemnización indujera a la no celebración. Aunque hay opiniones adversas y favorables al mantenimiento de la pena de *lucro cesante*⁴⁷, Jean Bruneau expone cuidadosamente el parecer de Bartolomé de Saliceto. En su comentario a la ley *raptores* (Cod. 9.13.1) este autor sigue la opinión de la *Glosa Ordinaria* al capítulo *cum secundum* (X 4.21.5), que es favorable a la conservación de esta pena; a su entender, los bienes del raptor son entregados a la mujer a título lucrativo en virtud de la ley —en este caso *ius speciale*—, pero son adquiridos bajo condición, de modo que al arrebatárselos a la mujer que se casa con su raptor no se pretende castigar el matrimonio, porque la pena se establece *effrenata libido*.

Felino Sandeo mantiene una posición semejante aunque desde presupuestos distintos. Para este autor *cum correcta ratione legis sit correcta ipsa lex*⁴⁸, por lo que al consentir la mujer en el matrimonio con su raptor, se elimina la razón que justificaba la indemnización y se castiga a la raptada por su falta de constancia. Sin embargo, Jean Bruneau interpreta de manera distinta la expresión *cum correcta ratione legis sit correcta ipsa lex*, pues entiende que la razón de la norma no fracasa por la acción de la mujer sino porque se ha producido la derogación de la propia ley *raptores* (Cod. 9.13.1) por la ley canónica y, por tanto, también la supresión de la pena de lucro⁴⁹.

47. Así, por ejemplo, la Glosa de la edición Romana a la palabra *nullatenus* del capítulo *de puellis* del *Decreto* de Graciano (C.36 q.2 c.4) es contraria a la validez de esta pena; literalmente dice: «huic est derogatum, ut in ea. c. tria. et extra de rap. accedens. Sed secundum leges, adeo interdicatur, quod si mulier cum raptore nubuit, amittit dominium rerum raptoris. in auth. de rap. mu. quae raptoribus nubunt circa fi. coll. 9. Sed credo et illam poenam cessare; cum et interdictio cesset per canones, nisi cum sponsa alterius de praesenti rapitur, ut 27. q. 2 statutum».

48. Cfr. también la *regula iuris* que dice: «Ex eo non debet quis fructum consequi, quod nisis extitit impugnare» (VI 5.13.38).

49. En concreto afirma: «Item cum correcta ratione legis sit correcta ipsa lex secundum gl(ossam) singularem in l. i. in prin. in uerbo. prouidentia, ubi Bar(tolus) de legi. tu. ff. [Dig. 26.4.1]; si ergo per iura nostra sit correcta ratio d(icta) l. unice [Cod. 9.13.1] non uideo quanto lucrum uel damnun, de quo ibi, possit apud nos in consideratione haberi» (fol. 21r).

C. *El defecto de consentimiento paterno*

Por último, el *DSM* analiza la validez canónica del estatuto de la ciudad de Bolonia, que penalizaba a los que contraían matrimonio sin el consentimiento de los padres de la mujer. Como es bien sabido, las leyes civiles que exigían el consentimiento paterno para la validez de las nupcias fueron derogadas por el *ius canonicum*; así lo establecen, entre otros, C.27 q.2 c.1 y C.30 q.2 c.1 del *Decreto* de Graciano, mencionados por Jean Bruneau. Con todo, el canonista de Orleans es partidario de conservar esas normas estatutarias, en la medida que protegen a los hijos, como la pena que se impone a la hija para protegerla de su *propia juventud* y *precipitación*; y, en su opinión, también debe mantenerse la pena civil cuando lo único que exige el estatuto es requerir el consejo de los padres, no su consentimiento.

Además de estudiar estas controvertidas disposiciones estatutarias en relación con el *ius canonicum*, la *conclusión diecinueve* trata marginalmente el problema jurisdiccional que a menudo planteaba la existencia de dos legislaciones, la canónica y la civil, sobre el mismo objeto, el matrimonio. Por ejemplo, Jean Bruneau plantea la cuestión de si el juez eclesiástico puede prohibir al magistrado civil aplicar una pena estatutaria por incumplimiento de una solemnidad o formalidad exigida por el Derecho estatutario. Se trata de dilucidar si en un caso de conflicto jurisdiccional *ratione materiae* el ámbito de competencia del juez eclesiástico le permite actuar respecto de las decisiones judiciales emitidas por órganos jurisdiccionales civiles cuando se refieran al matrimonio. En este caso la actuación del juez eclesiástico conllevaría limitar los poderes del juez secular, levantando la pena establecida por éste con ocasión de un matrimonio que contraviene la disposición estatutaria. Para solucionar el problema Jean Bruneau acude, como en tantas otras ocasiones, a la autoridad de Juan de Andrés. Según el afamado canonista, en Bolonia se solventó esta cuestión negando la competencia de la jurisdicción eclesiástica respecto de la norma estatutaria⁵⁰; sin embargo, su opinión —que

50. Esta negación de la jurisdicción eclesiástica se hace sobre la base de seis argumentos —expuestos por Juan de Andrés— que, según Jean Bruneau, *prima facie non parum urgentia*: 1) el estatuto boloñés es conforme tanto al *ius civile* como al *ius canonicum*. Juan de Andrés, para probar tal conformidad, invoca la ley *nuptiae* (*Dig.* 23.2.1) que vincula la institución del matrimonio no sólo con el Derecho divino, sino también con el humano. 2) El estatuto boloñés se refiere a la forma y no a la sustancia del matrimonio. 3) La *lex diuina potest a lege po-*

también es compartida por el jurista de Orleans y numerosos autores— es contraria a esta *solución estatutaria*⁵¹ y reclama el predominio de la jurisdicción eclesiástica en todos los aspectos atinentes al matrimonio.

4. *El origen de la norma por la que se establece el impedimento*

Como hemos visto, Jean Bruneau rechaza de plano la posibilidad de que la autoridad civil legisle acerca de los impedimentos. Sin embargo, la Iglesia fue permeable a la influencia de la norma civil en el diseño de los impedimentos en la medida en que el *ius canonicum* canonizó algunas normas romanas que trataban esta materia. Así ocurrió, por ejemplo, con el parentesco legal, el cual *praestat impedimentum nuptiis* (fol. 28r). Como es sabido, el Derecho canónico nunca acuñó una normativa ni una terminología propia con respecto al parentesco legal, o al impedimento que de él deriva, pues remitió —con algunos matices— a la regulación del *ius civile*⁵²; es más, la aceptación del impedimento de paren-

sitiua limitari, según el capítulo *quae in ecclesiarum* (X 1.2.7), o más exactamente: la ley divina es tan genérica que debe ser la norma positiva la que la concrete. 4) Una cosa es la pena y otra distinta el matrimonio en sí, de modo que el establecimiento de aquella responde a un motivo diferente, pues *separatorum debet esse separata ratio* (*edoceri*: X 1.3.21; *miles*: Dig. 48.5.12[11].8; *maritus*: Cod. 2.12[13].21). 5) Se trata de un estatuto no sólo extendido por numerosas ciudades italianas sino que es, además, equitativo en tanto que procura beneficiar a los hijos (*nec in ea*: Dig. 48.5.23[22]) y las mujeres (*si pater*: Cod. 5.1.4), sobre todo cuando son jóvenes (*nemo neque*: Cod. 5.30.5; *quum non*: Cod. 6.61.8). Y 6) en algunas materias, los estatutos pueden añadir penas de modo que el *ius commune* salga robustecido.

51. En efecto, refiriéndose a Juan de Andrés Jean Bruneau dice: «tamen ipse tenet contra per rationes de quibus ibi latius per eum» (fol. 20v); y, más adelante, se adhiere a su opinión con la siguiente fórmula: «Sed his non obstantib(us) mihi uidetur quod precedens determinatio Io(hannes) An(dreae) sit uerior utpote quam communiter sequuntur Ant(oni)us et Pan(ormitanus) in d(icto) c. i. [X 4.1.1], Pet(rus), Domi(nus) et Fran(ciscus) in d(icto) c. statutum [VI 5.2.9], Ant(oni)us in consil. xl. incip. uisa forma contractus [Consilia 40]» (fol. 20v).

52. Ahora bien, al asumir el Derecho romano las instituciones fueron moduladas a las necesidades del matrimonio canónico, de ahí que W. M. PLÖCHL, *Il diritto canonico della civiltà occidentale 1055-1517. Storia del Diritto canonico*, II, Milán 1963, diga: «Nel caso dell'impedimento della parentela lege (*cognatio legalis*) i canonisti si attennero al diritto romano, per il quale esso era dirimente in linea retta. Per quanto riguarda le linee laterali (*fraternitas legalis*) le opinioni divergevano» (p. 304). La regulación del impedimento de parentesco legal se encuentra dispersa en títulos tan variados —no todos considerados por Jean Bruneau— como el *De adoptionibus* (Inst. 1.11), *Quibus modis ius potestatis soluitur* (Inst. 1.12), *De nuptiis* (Inst. 1.10), *De acquisitione per adrogationem* (Inst. 3. 10), *De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas soluitur* (Dig. 1.7), *De ritu nuptiarum* (Dig. 23.2) o *De adoptionibus* (Cod. 8.47[48]) y *De decurionibus* (Cod. 10.32[31]).

tesco legal entre los canonistas fue tardía y no siempre pacífica⁵³. En concreto, fue Graciano quien introdujo este impedimento en el Derecho canónico, que encontró serias resistencias en muchas regiones —como es el caso de Francia— porque estaba basado en una institución no admitida por la costumbre ni por las legislaciones locales⁵⁴.

La reflexión de los canonistas acerca de la cognación legal parte de la conocida epístola de Nicolás I a los Búlgaros, del año 866, recogida por Graciano en el capítulo *ita diligere* (C.30 q.3 c.1)⁵⁵. En este texto, el papa acude a la adopción legal, considerada como impedimento por las *uenerandae leges Romanae*, para fundamentar, mediante una analogía, la prohibición de contraer por parentesco espiritual: si las leyes civiles prohíben el matrimonio entre los hijos naturales y los adoptivos, ¿cuánto más debe prohibirse entre quienes están vinculados *regeneratione Sancti Spiritus*?⁵⁶. ¿A qué leyes romanas se refiere este fragmento? Para J. Gaudemet, Nicolás I menciona indirectamente el parágrafo *inter* del

53. Cfr. J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, París 1987, en donde además dice: «Ces dispositions semblent avoir été perdues de vue pendant le haut Moyen Age, dans une période où l'adoption elle-même avait disparu» (p. 207). Sobre la historia del impedimento de parentesco legal pueden consultarse las actas del Xth International Congress of Medieval Canon Law. *Proceedings of the tenth international congress of Medieval Canon Law, Syracuse (New York) 12-18 August 1996* (MIC C-11), Ciudad del Vaticano 2001, en las que se recogen las ponencias de J. A. BRUNDAGE acerca de la *Adoption in the Medieval* «*Ius commune*» y F. ROUMY, «*Venerandae romanae leges*»: *La parenté adoptive en Droit Canonique de Nicolas I^{er} à Gratien (866-1140)*. Puede hallarse una reseña de estas conferencias en J. M. VIEJO-XIMÉNEZ, «In memoriam Stephan Kuttner. A propósito del Xth International Congress of Medieval Canon Law de 1996 en Syracuse (New York)», *Ius Ecclesiae*, 9 (1997) pp. 221-264.

54. Cfr. J. DAUVILLIER, *o. c.*, nota 19, I, París 1933, p. 156.

55. Cfr. J. GAUDEMET, *o. c.*, nota 53, p. 207 y N. LUNG, «Cognatio legalis», *Dictionnaire de Droit Canonique*, I, París 1935, cols. 943-951. El texto de C.30 q.3 c.1, en la *editio Romana*, dice: «Ita diligere debet homo eum, qui se suscipit de sacro fonte, sicut patrem. Est inter fratres et filios spirituales gratuita sancta communio, quae non est dicenda consanguinitas, sed potius habenda spiritualis proximitas. Vnde inter eos non arbitramus posse fieri quodlibet legale coniugium: quandoquidem nec inter eos, qui natura, et eos, qui adoptione filii sunt, uenerandae Romanae leges matrimonia contrahi permittunt. Si ergo inter eos non contrahitur matrimonium, quos adoptio iungit, quanto potius a carnali oportet inter se contubernio cessare, quos per coeleste sacramentum regeneratio Sancti Spiritus uincit? Longe igitur congruentius filius patris mei, uel frater meus appellatur is, quem gratia diuina potius, quam humana uoluntas, ut filius patris mei, uel frater meus esset, elegit; prudentiusque ab altera corporis commistione secernimur». Cfr. con la reconstrucción del original propuesta por E. DE LEÓN, *La «cognatio spiritualis» según Graciano*, Milán 1996, en pp. 154-155.

56. La *Glosa Ordinaria* al comentar el *casus* de la decretal *ita diligere* repite la misma idea: «(...) Nam cum filius adoptiuus non possit contrahere cum filia naturali, quos adoptio fecit fratres, multo minus contrahere poterunt quos diuina gratia fratres coniunxit (...)».

fragmento *iustas autem* de las *Instituciones* (*Inst.* 1.10.2), que prohíbe el matrimonio entre un hijo adoptado y otro natural mientras ninguno de los dos obtenga la emancipación⁵⁷. En cualquier caso, el texto de Nicolás I no canoniza la prohibición civil, pues ésta sólo es mencionada por el papa con un valor meramente argumental.

Estos hechos justifican algunos debates que se producen en el seno del *DSM*. Por su parte J. Bruneau deja a un lado el capítulo controvertido y comienza su explicación del impedimento considerando la «palea» *per adoptionem* (C.30 q.3 c.6), que se toma directamente del título *De ritu nuptiarum* del *Digesto* (*Dig.* 23.2); se trata del texto de Gayo *post susceptum* (*Dig.* 23.2.17)⁵⁸, que coincide con *Inst.* 1.10.2 en prohibir el matrimonio entre un hijo adoptado y otro natural.

Ahora bien, el hecho de encontrar un texto romano en una colección privada, como lo es el *Decreto* de Graciano, plantea el problema de la recepción de las leyes romanas en el Derecho canónico. En este sentido, el canonista francés pone en duda la eficacia del capítulo *per adoptionem* —que prohíbe el matrimonio mientras no cese el parentesco legal—, pues a su juicio la materia matrimonial ha de dilucidarse exclusivamente a la luz de los cánones y no al amparo de las normas del *ius civile*⁵⁹; una norma romana no puede obtener vigor canónico por su sola

57. Cfr. J. GAUDEMET, *o. c.*, nota 53, en donde dice: «Le décret de Nicolas I^{er} aux Bulgares (866) pour la première fois la mentionne à nouveau, à propos de l'empêchement pour parenté spirituelle, qu'il justifie par référence à la prohibition romaine. Il cite à ce propos un passage des Institutes de Justinien (1, 10, 2) qui interdisait le mariage entre frères et soeurs adoptifs» (p. 207). El parágrafo *inter* de *Inst.* 1.10 dice literalmente: «Inter eas quoque personas, que ex transverso gradu cognationis iunguntur, est quaedam similis obseruatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem et sororem nuptiae prohibita sunt, siue ab eodem patre eademque matre nati fuerint, siue ex alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te et eam nuptiae consistere non possunt; quum uero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere; sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare uelit, debere eum ante filiam emancipare; et si quis uelit nurum adoptare, debere eum ante filium emancipare».

58. Sobre el carácter de «palea» de este texto vid. R. WEIGAND, «Versuch einer neuen, differenzierten liste der Paleae und Dubletten in Dekret Gratians», *Studia Gratiana* (1999) pp. 883-899.

59. Literalmente dice: «Ad hoc solet communiter allegari *cap. per adoptionem. xxx q. iii.* [C.30 q.3 c.6], in quo tamen textu non facio magnam uim, nam cum haec matrimoniorum materia sit secundum canones diiudicanda, et text(us) praeallegatus sit lex Digestorum, sita in *titu. de ritu nup. ff.* [Dig. 23.2], non potuit ergo Gratianus, qui legem illam in suo uolu(mine) Decreti inseruit, de lege efficere canonem; ad hoc glos(sa) in *capit. i. de re. eccl.*

incorporación a una colección privada, pues «non potuit ergo Gratianus, qui legem illam in suo uolumine Decreti inseruit, de lege efficere canonem» (fol. 28r). Los *dicta* de Graciano —continúa Bruneau— son meras opiniones sin sanción legal.

Por el contrario, *Brunellus* sí que concede fuerza de ley canónica a aquellas normas civiles que fueron introducidas por los Romanos pontífices en las colecciones jurídicas. En relación al parentesco legal ¿dónde se coleccionaron esas normas civiles que obtienen la sanción pontificia? El único texto que halla *Brunellus* es la decretal *si qua* (X 4.12.1)⁶⁰ que reproduce el capítulo segundo de la carta de Nicolás I a los Búlgaros, y que fue recogido en la *collectio Lipsiensis* (1180), en la *Compillatio antiqua prima* (circa 1188-1192) y finalmente en el *Liber Extra*; es este pasaje el que, según Gaudemet, refiere cuáles son las *uenerandae romanae leges* que no cita Graciano en el capítulo *ita diligere: Inst. 1.10.2*⁶¹. La decretal —que el *DSM* acepta por estar incluida en una colección auténtica— prohíbe el matrimonio entre un hijo natural y otro adoptivo, mientras dure la adopción.

IV. CONCLUSIÓN

Las reticencias manifestadas por Bruneau frente al impedimento de parentesco legal —por no haber sido éste *ab ecclesia introductus*⁶²— expresan una visión de lo jurídico dentro del marco del Derecho común. En efecto, en el sistema del *ius commune*, el Derecho romano origina una

non alienan. in vi. in uerbo. tractamus. circa medium [VI 3.9.1]. Praesertim cum magnum Decretum, quo ad dicta Gratiani, non sit approbatum (...). Item, ut dixi, leges in magno Decreto incorporate non recipiuntur pro canonibus nisi forte essent insertae et incorporatae per Papam in corpore alterius canonis» (fol. 28r).

60. El pasaje de las *Decretales* —que no coincide formalmente con ningún inciso del párrafo *inter* de la ley *iustas autem* de las *Institutiones* aunque sí materialmente— es el siguiente: «Si qua per adoptionem mihi soror esse coeperit, quamdiu durat adoptio, inter me et ipsam nuptiae consistere non possunt».

61. Cfr. J. GAUDEMET, *o. c.*, nota 53, en donde literalmente dice: «Dans le années 1180, la *Collectio Lipsiensis* reproduit un passage du chapitre II de la lettre de Nicolas I^{er}, que n'avait pas reproduit Gratien, celui qui, citant les *Institutes*, interdit le mariage entre frères et soeurs adoptifs. Désormais l'équivoque n'était plus possible. L'empêchement pour parenté adoptive était "canonisé" par sa réception dans une collection canonique» (p. 208).

62. Entre otras cosas, el *DSM* afirma: «Septimo cum cognatio legalis ex constitutione ecclesiae separet matrimonia et iste ab ecclesia non inuenitur introductus, non ergo debet induci, maxime cum matrimonium debeat esse indissolubile» (fol. 23r).

problemática muy distinta a la que, siglos después, planteará primero el Derecho estatutario y más tarde los productos jurídicos del Absolutismo. Mientras el Derecho romano —al ser un cuerpo legal terminado como producto histórico— sólo demanda la armonización respecto del Derecho canónico, la norma estatutaria, expresión dinámica de unas fuerzas vivas, no sólo origina un problema de compatibilización sino un conflicto de jurisdicciones. La solución que se aplica al Derecho romano —integrarlo mediante su canonización— es inviable cuando se trata de ordenamientos jurídicos vivos. Frente a éstos, la ciencia canónica tuvo que estudiar otras alternativas, como lo fue el criterio de la substancia del matrimonio que he examinado en este trabajo. El sistema de Derecho común había sido capaz de integrar la costumbre como expresión normativa de los diversos pueblos a condición de que «Non potest usus et consuetudo legem et rationem uincere» (D.11 c.4); sin embargo, desde el momento en que la producción normativa y la jurisdicción aparecen como caras de la misma moneda, el equilibrio en que se basaba el Derecho medieval se rompe y se hará inevitable reconsiderar la relación entre ordenamientos.

En suma, pues, las ideas que configuran el pensamiento de Jean Bruneau acerca de la potestad para establecer impedimentos matrimoniales se pueden sintetizar en seis puntos: 1) afirmación de la plena competencia de la Iglesia sobre la substancia del matrimonio y de la preeminencia de su jurisdicción sobre los tribunales seculares en esta materia; 2) validez canónica de las normas civiles o estatutarias —y de sus correspondientes jurisdicciones— en orden sólo a lo que es accidental en el matrimonio (por ejemplo, la dote); 3) reconocimiento de la competencia absoluta de la Iglesia para declarar cuáles son los impedimentos matrimoniales, pues su establecimiento afecta a la substancia del matrimonio; 4) la norma civil o estatutaria no puede constituir impedimentos matrimoniales en sentido estricto; 5) como consencuencia de lo anterior, la norma civil o estatutaria tampoco puede imponer penas por el incumplimiento de algún requisito imperado por la propia norma civil o estatutaria (constitución de la dote, consentimiento paterno, defecto de solemnidad); y 6) por último, admisión, con carácter excepcional de las penas establecidas por la norma civil o estatutaria cuando se persiga el *favor filiorum*.