

ESCRITOS DE J. GAUDEMET SOBRE EL MATRIMONIO

J. GAUDEMET, *Sociétés et mariage*, 1 vol. de 495 págs. Cerdic-publications, Strasbourg 1980.

«Egregio Magistro Ioanni Gaudemet iam in Argentoratensi Parisiensi-que Studierum Universitatibus professori Instituti Iuris Romani Parisiensis per annos moderatori hoc opus ex ipsius fontibus haustum ad matrimonii historiam illustrandam alumni collegae amique gratissimo animo dono dedicarunt». En estos términos, se manifiesta la razón de esta publicación en honor de una personalidad tan destacada en ámbitos plurales de los estudios jurídicos, que sería inútil pretender ahora ni siquiera esbozar; pues su prestigio científico, unánimemente reconocido desde hace años, es mucho más elocuente que los breves rasgos de su trayectoria docente, investigadora y de asesoramiento, que aquí podríamos sólo indicar. Pero no podemos silenciar el extraordinario valor de la selección de trabajos del Prof. Gaudemet sobre la historia del matrimonio que ahora se recopilan, de entre sus publicaciones anteriores, para quien pretenda un conocimiento en profundidad de la institución matrimonial.

Maestro en tantos ámbitos de la Historia del Derecho, la selección de sus estudios sobre el matrimonio ahora publicada, muestra la profunda coherencia de método y la finura de su análisis, mantenida a lo largo de muchos años, y proyectada sobre épocas muy diversas de la Historia de Occidente. De ahí que los quince estudios ahora publicados ofrezcan una profunda unidad, a pesar de haber sido escritos entre largos intervalos de tiempo y en atención a circunstancias muy determinadas, tanto por los personales interro-

gantes que se propone el autor, a lo largo del tiempo, como por su atención exquisita a los más variados planteamientos científicos de quienes han demandado tantas veces su autorizada opinión. El orden en que se presentan los estudios obedece a un criterio temático histórico-temporal, de manera que, en las págs. 15-184 se contempla el Derecho matrimonial en base al seguimiento de la evolución del Derecho Romano clásico y postclásico, de las págs. 185-391 el tratamiento se hace en base al Derecho Canónico clásico, y entre la 392-424 es el Derecho del mundo moderno el que centra la atención del autor. En la pág. 14 se da noticia de las publicaciones que anteriormente habían ofrecido cada uno de estos trabajos.

I. *L'originalité des fiançailles romaines.*

Comienza el autor mostrando cómo los esponsales tenían en Roma una precisa determinación jurídica bien diferenciada del matrimonio. En este acuerdo de voluntades, el *pater familias* jugaba, durante la época clásica, un papel muy importante. Aunque los esponsales no obligaban al matrimonio, establecían ciertos vínculos jurídicos entre las partes y los padres que, durante el Bajo Imperio, se fortificaron más. Continúa el estudio mostrando cómo, en el Derecho postclásico, se va operando un progresivo acercamiento entre los efectos jurídicos de los esponsales y los del matrimonio.

La originalidad de la visión roma-

na de los esponsales aparece con claridad, pues ni en el Oriente, ni en Grecia, ni entre los germanos es posible encontrar un régimen como el de Roma. El análisis de Derecho comparado así lo demuestra sin duda alguna. Pero esta noción romana, según hace ver a continuación Gaudemet, sufre un profundo eclipse a raíz de las invasiones de los bárbaros, hasta que el renacimiento de los derechos sabios del siglo XII realiza una restauración de los textos romanos reencontrados, en la que los teólogos ejercieron una iniciativa que propició el análisis de los antiguos textos romanos y la aceptación, de nuevo, de los esponsales diferenciados del matrimonio. Aunque en la práctica se observa que hubo resistencias a tal sistema, su aceptación por el Derecho Canónico dará lugar a que pase también a los derechos seculares modernos y esta generalización del concepto romano ocultará frecuentemente su profunda originalidad.

II. *Le mariage en droit romain. Justum matrimonium.*

1. Comienza el autor haciendo notar la escasa atención que prestaron los juristas romanos al matrimonio en sí mismo considerado. Cuando lo hacen, lo consideran de modo incidental: como fuente de la *patria potestas* o como introducción a su tratamiento de la dote. Después de presentar algunas definiciones del matrimonio, se hace ver que los juristas romanos se fijaron sobre todo en los obstáculos a la realización del matrimonio, en la determinación del *justum matrimonium*, a cuya precisión dos conceptos contribuyeron de forma especial: el *conubium* y las *justae nuptiae*.

La noción de *conubium*, aunque a veces es presentada como la condición

necesaria para la realización del *justum matrimonium*, tal correspondencia no es siempre aceptada por los autores. La falta de *conubium* puede ser absoluta o relativa a una persona determinada, como el parentesco. También hay divergencias en precisar las condiciones del *matrimonium justum*. En la medida en que los autores modernos establecen una estrecha correspondencia entre *matrimonium justum* y *conubium* las condiciones de éste coinciden con las de aquél.

Hace notar el autor cómo el Derecho Romano clásico no usa la noción de nulidad del matrimonio, aunque usa la de *impedimentum*, que no emplea para referirse a todas las prohibiciones del matrimonio, sino al obstáculo derivado del parentesco y de la tutela.

2. La impubertad obstaculiza al matrimonio con particular intensidad: no se trata sólo de que falte entonces una de las condiciones exigidas por el Derecho, sino que el matrimonio es inexistente de hecho. La misma imposibilidad absoluta, que origina la inexistencia del estado matrimonial, resulta de la falta de consentimiento de las partes. No así la falta del consentimiento paterno, que es una exigencia del derecho, aunque algún texto la equipare con las otras dos que acaban de indicarse.

El relieve propio del impedimento de parentesco se percibe a partir de la consideración del crimen de incesto. Las exigencias morales y religiosas propias de este ámbito explican que la prohibición civil del matrimonio entre parientes haga inexistente al matrimonio en esas circunstancias, según algunos textos. Otros sitúan al incesto entre las violaciones al derecho positivo o ausencia de *conubium*.

3. A diferencia de los ámbitos antes considerados, las condiciones de carácter puramente jurídico corresponden a ciertas preocupaciones del momento, pero que no impiden el matrimonio ni sus fines. Así la legislación de Augusto (*lex Julia de maritalis ordinibus* y *lex Papia Poppea*). La consideración de su contenido, tratando de depurarlo de las interpretaciones tardías de la época bizantina, respecto de la dote y derechos de los esposos, muestra que el *matrimonium illicitum* que contraviene las leyes no es por eso nulo. No obstante, en la época bizantina, se interpretará como nulo tal matrimonio contraído contra la legislación de Augusto.

4. Pasa a continuación Gaudemet a considerar las características del tratamiento que hace el Derecho post-clásico de la materia que viene estudiando: la decadencia del *matrimonium injustum*, con su tratamiento específico de ámbito civil, hace que se desarrollen sanciones penales, aplicadas a la lucha contra el incesto y también a otras situaciones como la unión entre libre y esclavo.

Centrando la atención en esta última, muestra cómo, después del siglo III, la ruina de gentes libres hizo más frecuentes las uniones de libres con esclavos. Entendían los juristas de la época que el esclavo no podía consentir, por no tener personalidad jurídica. Sus hijos eran también esclavos, por ser nacidos de un *contubernium*. Después de Constantino, se imponen penas a los decuriones que se unen con esclavas: deportación, confiscación de campos, etc.

5. El Derecho de Justiniano es la última etapa estudiada en la consideración de la evolución que experimenta el concepto *matrimonium justum*.

Lo característico de este momento es el intento de hacer una síntesis entre las sanciones civiles preferidas por el Derecho de la época clásica, y las penales multiplicadas en el Bajo Imperio. Surgen así nuevos casos de sanción penal, otros de nulidad y otros en que, aun siendo irregular, se mantiene el matrimonio. Así, concluye Gaudemet, la doctrina del *matrimonium justum*, atenuando el principio riguroso de la nulidad del matrimonio que se opone al Derecho, permitió que triunfaran intereses legítimos, superando las consecuencias de un dogmatismo jurídico estrecho.

III. *La décision de Callixte en matière de mariage.*

1. Perfectamente engarzado en la temática del trabajo antes recogido, porque la doctrina del *matrimonium justum* es básica para hacer una valoración adecuada de la cuestión concreta que ahora se considera, comienza el autor informando de cómo ha llegado a nosotros la noticia de la decisión del Papa Calixto en tema matrimonial: el reproche que le hace Hipólito de haber permitido la unión de doncellas romanas de grandes familias con hombres de bajo origen.

No han faltado autores que, en base a este testimonio, han pretendido haber encontrado una prueba definitiva de la existencia, en el siglo III, de una ruptura clara entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico en el tratamiento jurídico del matrimonio, en base a una pretendida igualdad de todos —esclavos y libres— predicada por el cristianismo.

2. Hace notar Gaudemet, en primer término, que ni siquiera el Derecho de la época de Justiniano dejó de considerar *contubernium* a ese tipo de

uniones, lo cual manifiesta que esa pretendida doctrina cristiana de la igualdad de todos en materia matrimonial no tuvo reflejo en el tratamiento civil de los matrimonios entre libres y esclavos. Lo que el Papa decide es dar autorización a esas jóvenes para tomar un consorte esclavo y a que mutuamente se consideren como esposos, aunque no estén casados según el Derecho, pues las leyes Julia y Papia Poppea consideraban esa situación como *injustum matrimonium*.

Para los cristianos de alta condición —continúa diciendo Gaudemet— esa situación tenía caracteres más graves, pues era escasa la difusión del cristianismo entre los varones de clase alta, en contraste con la amplia difusión en los de clases inferiores y entre las doncellas nobles. Ante estas circunstancias se comprende la medida tomada por el Papa Calixto permitiendo tal unión dispar (que siempre había de ser monógama) y que no dice que sea legítima en el ámbito jurídico secular, porque el Papa no podía pronunciarse sobre la eficacia civil de estas uniones.

3. Opina Gaudemet que la decisión del Papa Calixto es una conciliación entre las exigencias de la moral cristiana y las limitaciones del Derecho romano. Porque —dice el autor— el matrimonio cristiano, en este momento histórico, teniendo un claro carácter religioso, manifestado en los ritos de su celebración, e implicando el compromiso indisoluble, no tendría aún un tratamiento de carácter canónico, pues no cree Gaudemet en un dualismo de poderes sobre el matrimonio en el siglo III. Por otra parte, es digno de destacar la nitidez con que el autor manifiesta el encuadre jurídico secular en que ha de contemplarse el tema del concubinato, que entendido en las circunstancias que contempla la

decisión del Papa Calixto, es legítimo para los cristianos y casi lo reiteran otros textos canónicos posteriores.

IV. *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas-Empire.*

Se propone el autor en este estudio detectar el alcance que debe atribuirse al cristianismo en la evolución que el Derecho Romano experimenta en su regulación del matrimonio, habida cuenta de que el matrimonio no reclama sólo técnica jurídica; es ante todo un hecho social: costumbres, moral, religión cuentan aquí —dice Gaudemet— tanto, si no más, que la ley escrita.

1. No disponemos de información estadística sobre la penetración del cristianismo en la población romana. Tampoco estamos mejor informados sobre la personalidad de los oficiales de la curia imperial que tanta influencia ejercieron en la remodelación del Derecho clásico en los Códigos de los emperadores cristianos. Por lo que a los concilios y las decretales se refiere, relativiza bastante Gaudemet su interés en materia matrimonial. Tampoco atribuye mucha importancia al influjo de la patrística en la penetración de los criterios cristianos en la legislación romano-cristiana. Y ello, porque se fija el autor en la mentalidad romana de los santos Padres occidentales, con su recepción consiguiente de los usos romanos.

2. Se indican, a continuación, los puntos en que puede delatarse el influjo del Derecho Canónico sobre el Derecho Romano: la afirmación de las formas de publicidad al contraer, ante el principio consensual clásico; el poder de los padres para autorizar el ma-

trimonio; la necesidad de la dote para que exista el matrimonio, según la doctrina de S. León, la abrogación de las leyes de Augusto, sobre los célibes; la evolución de la penalización del segundo matrimonio; la prohibición de matrimonio entre cristiano y judío, como también contraer con una virgen consagrada a Dios. Es de notar que nunca estas prohibiciones implicaron la nulidad del matrimonio en los textos romanos.

3. Particular interés tiene la consideración del influjo del cristianismo sobre las leyes limitadoras del divorcio, si bien no se logró que llegara a formularse el principio de la indisolubilidad absoluta del matrimonio. En este punto se alude al divorcio por cautiverio y a las previsiones del Derecho romano-cristiano sobre el divorcio por entrada en religión.

4. No obstante las consideraciones sumarias sobre los muchos puntos enunciados, entiende Gaudemet que el influjo de los cristianos, en la legislación del Bajo Imperio sobre el matrimonio, contribuyó más al mantenimiento del derecho tradicional que a una verdadera modificación.

V. *Originalité et destin du mariage romain.*

Retomando un planteamiento que se observa ya en algunos de los estudios antes considerados, expone Gaudemet en este trabajo la progresiva difuminación de algunos rasgos propios de los esponsales y el matrimonio en Derecho Romano clásico, en los siglos primeros de la Edad Media, y su posterior redescubrimiento por influjo directo de la teología escolástica.

1. Fundamentados los esponsales y el matrimonio sobre el consenti-

miento, no demandaban para su validez ni la *deductio in domum* ni cualquier otra ceremonia externa, cuya función se veía siempre en relación con la manifestación del *consensus*. En este punto se diferencia el sistema romano de otros de la antigüedad: egipcio, babilonio, hebreo y griego.

Los juristas sabios continuaron afirmando, con posterioridad, la suficiencia del simple consentimiento para dar origen al matrimonio. En todo caso, a la hora de discernir sobre la penetración en los distintos pueblos de esa doctrina conviene tener en cuenta que la doctrina matrimonial romana fue menos universal que la dominación imperial. Es claro que en Egipto existieron otros usos sociales al lado de la doctrina romana. Más difícil resulta conocer el grado de penetración de la misma en las Galias, en España y en África.

2. A continuación expone Gaudemet cómo, a partir del siglo V, el principio consensualista de origen romano conoce importantes ataques que paulatinamente van a irlo desfigurando: la tendencia a exigir la redacción de documentos junto a la expresión del consentimiento; la introducción, como necesario, del cambio mutuo de liberalidades; la exigencia de una *honesta celebratio*; la constitución de la dote; finalmente, ciertas tendencias a exigir la *copula maritalis*. En esta tendencia, la Iglesia habría tenido alguna influencia, según algunos autores; pero Gaudemet vuelve a mostrar su convicción de que la Iglesia, más que influir en el cambio operado en el Derecho Romano, se benefició del Derecho clásico, pues el Derecho Canónico era aún incipiente en su desarrollo histórico como para imponerse al Derecho de Roma.

3. Pero la línea más significativa en el cambio del sistema matrimonial que se opera en el momento histórico en que se mueve este trabajo tiene lugar en la progresiva difuminación de los esponsales, en cuanto institución diferenciada del matrimonio. En Roma se expresaba esa diferencia en terminología bien nítida: *sponsalia* (*sponsus*) - *matrimonium nuptiae* (*uxor*). Pero, en el latín tardío, aparece con insistencia el término *desponsare* (*-satio* - *-sata*). Como esta terminología la usa Tertuliano, algunos han querido ver en ella una práctica o ceremonia cristiana relacionada con los esponsales y el matrimonio. Gaudemet encuentra en esta terminología un cauce expresivo de la introducción de una gama variada de elementos que contribuyen a la pérdida del sistema clásico del Derecho Romano.

La Vulgata emplea el término *desponsatio* para referirse al matrimonio de la Virgen, lo que contribuyó a la recepción conceptual de los esquemas del derecho judío. Se explica así la confusión conceptual entre *sponsalia* y *desponsatio*. En este sentido se expresa S. Agustín: *conjux vocatur a prima desponsationis fide*. La misma confusión se observa en S. Isidoro y Graciano. Por su parte, S. Ambrosio identifica la *desponsatio* con la *traditio puellae* y requiere, para el valor del matrimonio, la unión de los esposos.

Además, el concepto *desponsatio* se aplica también al acuerdo contractual que, en Derecho Germánico, tenía lugar entre el futuro marido y el titular del *mundium* sobre la mujer, cuyos efectos jurídicos son mucho más amplios que los propios de los esponsales romanos, contribuyendo así a la ampliación de las confusiones que el término *desponsatio* fue acumulando en el tiempo, y que manifiesta una afi-

nidad entre los usos germánicos, que daban una clara relevancia jurídica a la entrega de la mujer y a la *copula carnalis*, y las doctrinas patrísticas que afirmaban la necesidad de la cópula para la existencia del matrimonio. Pero lo más llamativo es —dice Gaudemet— que, en la pluralidad de significados contenidos en el término *desponsatio*, pensaban encontrar los que usaban ese término unos conceptos de base romana, lo cual era el colmo de la confusión. Durante los siglos VI-XI, debajo de los términos *sponsalia*, *desponsatio* late esa visión germánica de los factores del matrimonio.

4. Después de las modificaciones operadas en la significación que atribuyó el Derecho Romano a los esponsales, en el siglo XII, tiene lugar, según expone Gaudemet, un reencuentro de la valoración romana de los esponsales. No fueron Graciano y los canonistas quienes hicieron ese hallazgo en sus categorías de *matrimonium initiatum-ratum* o *ratum-consummatum*. Es a los teólogos de la escuela de Laon, a Hugo de S. Víctor, Abelardo y Pedro Lombardo a quienes atribuye Gaudemet la valoración de la *desponsatio* en correspondencia con los *sponsalia* romanos: los esponsales *per verba de futuro* hacen a las partes *sponsi*, *per verba de praesenti* les hacen *conjuges*.

No parece que fuera el conocimiento del Derecho Romano la causa de la síntesis realizada por los escolásticos, sino los intentos de dar solución a problemas planteados en la práctica matrimonial del momento. Alude finalmente Gaudemet a la pretendida solución intermedia de Inocencio III, en su consideración de que los esponsales de futuro más la cópula originan el vínculo matrimonial, y en la relevancia que el Derecho Canónico atribuye

también a la *conjunctio corporum* en la consumación del matrimonio después de haber emitido el consentimiento propio de los esponsales de presente. Así, el sistema matrimonial canónico, en profunda conexión, según Gaudemet, con el Derecho Romano, continúa haciendo operativos los principios básicos del sistema romano, que aún continuarán operando en el Código Canónico y, a través de él, en tantos otros sistemas matrimoniales, como puede verse estudiando el derecho comparado actual.

VI. *Le lien matrimonial: les incertitudes du Haut Moyen-Age.*

1. Con este trabajo, puede decirse que se inician los estudios de tema más propiamente medieval, aunque haga el autor continuas remisiones a la época anterior; así, también este estudio comienza manifestando la profunda dependencia que el matrimonio cristiano tiene, ya desde sus inicios, respecto del Derecho Romano. En este mismo sentido se alude al original tratamiento que hacen los juristas romanos de los factores propios del matrimonio y su incidencia posterior en el tratamiento de esta cuestión por parte de los autores del siglo XII.

2. Entiende Gaudemet que, dentro de la escasa actividad normativa de la Iglesia respecto de la conclusión del matrimonio, el principio consensualista, de tradición romana, está claramente manifestado por el Papa Nicolás I; por el contrario, Hincmaro de Reims representa un papel muy influyente en favor de la llamada teoría de la cópula, sin la cual, en el sentir de Hincmaro, no habría sacramento. Esta tendencia se manifiesta también en las variantes introducidas en la transmisión

del texto de la decretal *Cum societas* de S. León Magno.

3. Poco expresiva la doctrina de esta época sobre el vínculo matrimonial, manifiesta algunas características de la forma de contraer y la publicidad de las nupcias. En este sentido, destacan las alusiones a la importancia de la dote, como las hechas por la Decretal *Cum societas*, por alguna de las Novellas y por los Falsos Capitulares. El *legitimum matrimonium*, para esta colección, implica la manifestación del consentimiento por parte de quienes tienen dominio sobre la mujer, la constitución de la dote, la bendición del sacerdote y la *deductio in domum*. En otro sentido, la doctrina del Papa Nicolás I basada sobre el principio *consensus facit nuptiae* manifiesta —dice Gaudemet— la pervivencia de la tradición consensual de origen romano.

4. Concluye el estudio recogiendo las disposiciones Altomedievales sobre las uniones incestuosas y las de los siervos; algunos testimonios relativos a una cierta relajación de la indisolubilidad, tanto en los penitenciales y en el falsamente llamado «Sínodo de Verberio», como en la legislación secular de origen germánico. Entiende el autor que, a partir del siglo IX, en que es claro el progreso de la jurisdicción efectiva de la Iglesia sobre el matrimonio, van desapareciendo esas dudas en torno a la indisolubilidad.

VII. *Les origines historiques de la faculté de rompre le mariage non consommé.*

La pretensión de este estudio gira en torno a los textos citados por Hincmaro de Reims en pro de la necesidad de tener en cuenta la incidencia de la cópula en la perfección sacramental del

matrimonio. Como el texto más conocido, a este propósito, es la Decretal *Cum societas*, comienza Gaudemet exponiendo el contenido de este texto y el contexto histórico a que obedece su formulación. Hace notar también cómo la transmisión de esa decretal, hasta el siglo IX, es siempre congruente con la doctrina consensualista del matrimonio.

Destaca más, así, la novedad de la doctrina de Hincmaro, que presenta el texto citado de S. León con una modificación formal, que altera sustancialmente el sentido de su redacción anterior. Tampoco es de S. Agustín otro texto atribuido por Hincmaro al doctor de Hipona en defensa de la cópula-teoría, ni merece más crédito un tercer texto atribuido por Hincmaro al *concilium apud Liptinas* (744), que no figura entre los cánones que nos han llegado de ese concilio.

Por consiguiente, de los tres textos alegados por Hincmaro, sólo la Decretal *Cum societas* de S. León es auténtica, aunque se varíe su texto. Tampoco las colecciones canónicas posteriores al siglo IX dan el texto en el sentido que le cita Hincmaro, excepto la edición que tenemos actualmente de la Panormia, la *Collectio X partium* y el Decreto de Graciano, a través del cual, será muy difundido en las colecciones canónicas posteriores.

VIII. *L'interpretation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire.*

La novedad cristiana de la indisolubilidad del matrimonio corre el riesgo —dice Gaudemet— de ser interpretada subjetivamente por quien pretende hacer el tratamiento de su desarrollo a lo largo de la historia. Y esto, al

margen de que tenga el tratadista la más limpia intención: la gran dificultad reside en la correcta interpretación de tantas categorías doctrinales empleadas en un sentido que las fuentes no explicitan claramente. Así, conceptos como nulidad, repudio, divorcio, impedimentos o vicios de consentimiento —tan nítidamente diferenciados en la doctrina de nuestros días— no son tratados técnicamente en los escritos de los santos Padres, que no pueden calificarse como escritos jurídicos.

En base a la observación previa, se analizan, en primer término, los textos patrísticos de más difícil comprensión, para considerar después los textos canónicos que manifiestan claramente la indisolubilidad: las decretales y los textos conciliares. También se estudian los textos laxos de los penitenciales y el texto atribuido al «Sínodo de Verberio», cuya existencia no está clara.

Después de considerar la doctrina de Hincmaro sobre el matrimonio, se estudian los testimonios de la época comprendida entre Regino de Prüm e Ibo de Chartres, para concluir reflejando la importancia que tiene, en la doctrina posterior sobre la indisolubilidad, la fijación de los conceptos *matrimonium legitimum, ratum, consummatum*, que se opera en el siglo XII.

IX. *L'apport de la patristique latine au Décret de Gratien en matière de mariage.*

Es muy amplia la serie de textos de S. Agustín, S. Jerónimo y S. Ambrosio en el tratamiento del matrimonio que hace Graciano. En la concordia de estos y tantos otros textos que se propone realizar, el autor del Decreto incurre en las inexactitudes de texto que ya contenían las fuentes de

que Graciano se sirve; pero es de notar la escasez de interpolaciones en los textos patrísticos contenidos en el Decreto.

Hace notar también Gaudemet el notable enriquecimiento, en cuanto a textos patrísticos, que se ha operado en las colecciones de la Reforma gregoriana, del cual se beneficia el Decreto de Graciano. Pero no es posible determinar qué colecciones fueron fuente inmediata de la obra realizada por Graciano. El estudio concluye con la presentación de una tabla de los textos de S. Agustín incluidos en el Decreto y una segunda de otros textos patrísticos.

- X. *Droit canonique et droit romain. A propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage (C. XXIX, qu. I).*

Es de notar el éxito de las fórmulas empleadas por Graciano en el tratamiento canónico del *error conditionis* y su amplia incidencia en el Derecho moderno. Ni las colecciones canónicas anteriores, ni los teólogos de la época hacen un tratamiento de la materia que pueda compararse con el realizado por el maestro Graciano. La única dependencia doctrinal que podría darse en el autor del Decreto podría provenir de los juristas de Bolonia; pero no se conoce suficientemente esa doctrina como para que la duda quede despejada. De lo que no cabe duda alguna es del éxito que ese tratamiento obtiene entre los teólogos y canonistas posteriores.

- XI. *Les legs de droit romain en matière matrimoniale.*

Se propone Gaudemet, en este estudio, indicar la progresiva influencia de distintas fuentes romanas en el per-

feccionamiento progresivo del sistema matrimonial canónico. Después de señalar la importancia que, desde los inicios, atribuyeron los cristianos a las disposiciones de Derecho Romano sobre el consentimiento, las solemnidades del matrimonio y a las prohibiciones de contraer entre partes socialmente desiguales, expone la influencia ejercida por el Código de Teodosio en el Derecho matrimonial de la Iglesia entre los siglos V-IX. De esos textos romanos dependen, en gran medida, las disposiciones de Nicolás I sobre el consentimiento, las establecidas por las Falsas Decretales sobre las formalidades, y los criterios manifestados por S. León sobre las uniones desiguales y entre parientes.

Entre los siglos IX-XI son los textos de las compilaciones de Justiniano los que ejercen mayor influencia. En un primer momento, a través del *Epitome Juliani*, que da a conocer ciertas Novelas y, durante el siglo IX, ejerce un claro influjo en las falsificaciones de la Francia carolingia, en Hincmaro y en los concilios francos. En el siglo XI, al descubrirse el Digesto, los textos romanos aumentaron su influencia en las colecciones canónicas a la hora de definir el matrimonio, al exponer la relevancia propia del consentimiento y en su prohibición de las uniones entre parientes. No obstante, debe hacerse notar que los textos de Derecho Romano son muy poco numerosos en el Decreto de Graciano en comparación con los de carácter patrístico.

- XII. *Les étapes de la conclusion du lien matrimonial chez Gratien et ses commentateurs.*

La consideración de los textos presentados por Graciano en los pasajes

del Decreto en que se trata del régimen jurídico propio del *matrimonium initiatum, perfectum, ratum, consummatum* y *legitimum* es el objeto de este estudio del Prof. Gaudemet. Es claro que estamos ante una terminología que no es de carácter romano, ni se citan textos de ese ámbito en los momentos en que Graciano trata estas materias. Hace notar también Gaudemet los errores que se observan en cuanto a la autenticidad de algunos de los textos citados por Graciano en los mencionados temas y las dificultades que los planteamientos del Decreto originaron, en esta materia, a los comentaristas posteriores.

XIII. *Législation canonique et attitudes séculières à l'égard du lien matrimonial au XVII^e siècle.*

En este estudio y el ofrecido a continuación, expone Gaudemet unos trazos particularmente relevantes para la comprensión de las líneas de influencia en la progresiva secularización de la jurisdicción sobre el matrimonio que se inicia, en los países de tradición católica, con posterioridad al Concilio de Trento. En la sociedad francesa del antiguo régimen, tres polos de particular influencia gravitan sobre la valoración del matrimonio: el principio de la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio; la proyección en la aristocracia francesa de la valoración que hacen del matrimonio los reformadores, que tienden a romper la jurisdicción canónica, especialmente en relación con los matrimonios contraídos sin autorización de los padres de los contrayentes; y el influjo de la disciplina establecida por el Concilio de Trento en relación con el matrimonio.

La consideración del matrimonio co-

mo contrato es la base doctrinal sobre la cual pretendieron los regalistas afirmar la jurisdicción del estado. En este sentido, destaca Gaudemet la importancia que tuvo la declaración de nulidad del matrimonio de Gaston de Orlean, hermano de Luis XIII, pronunciada por el parlamento francés en base a que el rey no había consentido en la celebración de ese matrimonio. Richelieu justificaba tal decisión en estos términos: «Il y a cette différence entre le tribunal ecclesiastique et les cours de Parlement que le premier dissolvant un mariage le declare et pronance nul, ce qui va au sacrement, et les cours le disent seulement non valablement contracté, ce qui ne touche que le contrat». El «affaire» además, dio lugar a largos debates teóricos de los doctores de la Sorbona y es curioso observar que los prelados galicanos se hicieron los defensores de la competencia secular sobre el matrimonio.

La situación de los protestantes después de la renovación del edicto de Nantes dio origen también a demandas insistentes de una solución secular para sus matrimonios, que se vio favorecida por la recepción, sólo parcial, de la normativa tridentina en Francia, a través de las disposiciones de los Sínodos diocesanos, que sólo en parte, y sin un criterio unitario, contemplaron la materia. Se comprende así que paralelamente otras disposiciones seculares se pronunciaran sobre la validez del matrimonio.

El punto en que era más clara la discrepancia entre las disposiciones de la Iglesia y las seculares era el relativo al consentimiento previo de los padres. El Concilio de Trento estableció su necesidad para la licitud, pero no parece que esto satisficiera los deseos de las familias de la burguesía francesa, que pretendían la vigencia operativa

de un pacto de familia anterior al matrimonio. Tampoco la figura canónica de los esponsales era suficiente para atender tales demandas. Por eso, estableció el parlamento la nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento de los padres. Se establecía «l'appel comme d'abus» para sentenciar los casos en que se hubiera procedido según las normas canónicas.

XIV. *Mariage clandestin et appel comme d'abus.*

En directa conexión con el tema del estudio anterior, presenta ahora Gaudemet un manuscrito sobre las *Institutiones* de Justiniano en comparación con el derecho francés y consuetudinario de la Borgoña, elaborado entre los años 1751-1771, en que se contempla el tratamiento jurídico de un matrimonio contraído sin el consentimiento paterno y sin las publicaciones previas, lo que, según la jurisprudencia de los tribunales franceses de la época, implica nulidad del matrimonio.

XV. *Sociétés et mariage.*

En estas páginas finales, escribe Gaudemet una síntesis de sus estudios publicados en este volumen, que expresa los rasgos fundamentales de la evolución que el tratamiento jurídico del matrimonio ha experimentado en el tiempo, según los datos expuestos en sus trabajos antes considerados.

1. Siendo el matrimonio una institución inscrita en el devenir de la Historia, es necesario destacar la influencia primordial que el Derecho Canónico ha ejercido en el tratamiento que los códigos civiles contemporáneos dan a la institución conyugal. Desprovisto de la indisolubilidad, los sistemas jurídicos actualmente vigentes, han reci-

bido del Derecho Canónico el tratamiento técnico del matrimonio, que el Derecho de la Iglesia ha construido, a su vez, en base a los datos que la Biblia ofrece y cuyos valores fundamentales son la sacramentalidad y la indisolubilidad.

2. En la sociedad romana, procedió la Iglesia con gran discreción en la ordenación del matrimonio: aceptó el principio consensual, las definiciones del matrimonio y tantos otros aspectos elaborados por el Derecho Romano, que no impidieron a los cristianos contemplar con ojos nuevos la relación matrimonial indisoluble. Así, la dualidad de sociedades contribuyó a que la aceptación de los principios de la cultura jurídica de Roma, sobre el *iustum matrimonium*, quedaran armonizadas con las exigencias propias del *sacramentum nuptiarum*.

3. Entre los siglos VI-XI, la decadencia profunda en que se encuentra el poder político facilita el ejercicio de la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio. Durante este período, el principio *consensus facit nuptias* se ve amenazado por la acogida que el término *desponsatio* hace de conceptos germánicos, como la *traditio*, y por la relevancia que se atribuye a la constitución de la dote, la bendición de las nupcias y la *velatio*. También se vio amenazada la indisolubilidad por las costumbres germánicas, que tiñen de peculiaridades el tratamiento que los penitenciales hacen de esta materia. La influencia de Hincmaro sobre la noción de *matrimonium consummatum* ejerce un notable influjo en la rectificación de estos criterios laxos y en las construcciones doctrinales posteriores.

4. La doctrina matrimonial de la época clásica es un fruto acrisolado de las aportaciones específicas de los ca-

nonistas, los teólogos y los juristas medievales. Estos acrecentaron el influjo ya ejercido por el Derecho Romano sobre las normas canónicas, en épocas anteriores, con el florecimiento jurídico que el redescubrimiento del Digesto originó en la Universidad medieval. Los teólogos contribuyeron particularmente a la fijación de la diferencia que media entre los esponsales de futuro y los esponsales de presente, y en el juego especial del matrimonio presunto, favorecido por el triunfo, en esta época, del principio de la no publicidad de las nupcias. La síntesis de Graciano recibe elementos de Derecho Romano y de Derecho Germánico: la *desponsatio* y la diferenciación del *matrimonium legitimum, initiatum, ratum* y *consummatum*. La noción de contrato aparece un poco después, por influjo de los comentaristas de los textos romanos, y tuvo mucha aceptación entre los teólogos. Finalmente, se confirma la indisolubilidad al desaparecer las dudas que se observan en épocas anteriores.

XVI. *Bibliografía internacional d'Histoire du mariage.*

En colaboración con M. ZIMMERMAN, la bibliografía que se ofrece al final del volumen, con el fin de actualizar las amplias referencias bibliográficas hechas en los trabajos anteriores, se ordena conforme a los siguientes apartados: I. *Etudes generales*; II. *Les cinq premier siècles*: a) *Etudes generales*; b) *Nouveau testament*; c) *Indissolubilité du mariage et secondes nocces*; d) *Droit romain et christianisme*; e) *Etudes monographiques sur des Pères de l'Eglise*; III. *VI^e-X^e siècles*; IV. *XI^e-XV^e siècle*: a) *Etudes générales*; b) *Problèmes de doctrine*; c) *Juridiction et célébration du mariage*; d) *Indissolubilité et dissolution du maria-*

ge; V. *XVI^e siècle*: a) *Monographies regionales, doctrines*; b) *Le concile de Trente*; c) *Indissolubilité et dissolution du mariage*; d) *Celebration du mariage*; *Mariages mixtes*; e) *Tribunaux et mariage*; f) *Eglise et Etat*; VI. *Aperçus comparatifs*.

Como puede verse por la presentación del conjunto de los estudios de Gaudemet sobre la historia del matrimonio, estamos ante una labor de investigación de gran interés científico, que, a lo largo de los años, ha ido realizando una penetración muy profunda en la consideración de la cultura jurídica del mundo romano en que nace, crece y se perfecciona técnicamente el sistema matrimonial canónico. Los estudios del Prof. Gaudemet tienen en este sentido la rarísima virtud de estar realizados por un maestro tan profundo conocedor del *Corpus Iuris Civilis*, como del *Corpus Iuris Canonici*. Su análisis de la doctrina y de las normas está hecho, con el mismo sosiego, y con la misma capacidad para percibir los matices más variados en uno y otro *corpus*. Si el estudio sobre las piezas que entran en juego en la consideración del *matrimonium iustum* en Derecho Romano —inexistencia, impedimentos, prohibiciones jurídicas— es un modelo de penetración en el análisis jurídico, no es menos modélica, por ejemplo, la penetración en la pluralidad de elementos con que al paso del tiempo, la sucesión de culturas y el defectuoso conocimiento de la historia van desfigurando el significado de la *desponsatio* a lo largo de la Edad Media.

Además, Gaudemet muestra, en su labor investigadora, una extraordinaria habilidad para percibir la dinámica histórica: la finura de su análisis no es nunca estática, por el contrario, cada estudio, y su obra de conjunto, reflejan

magistralmente la movilidad en el tiempo que el tema estudiado presenta y, al mismo tiempo, los elementos estabilizadores y permanentes, que permiten la correcta comprensión de la evolución histórica. Por otra parte, siempre se encuentra en los estudios realizados una nítida delimitación de las fórmulas jurídicas, su aplicación práctica y el contexto histórico cultural en que viven los destinatarios de las normas.

Para los estudiosos de la Historia del Derecho Canónico, la obra de investigación sobre el matrimonio realizada por Gaudemet, tiene un valor inapreciable, sobre todo, en la comprensión de tantos conceptos de la cultura

jurídica de Roma, imprescindibles para entender los más variados pronunciamientos de la Iglesia sobre el matrimonio, la progresiva consolidación del sistema matrimonial canónico y los principios inspiradores de la síntesis realizada por Graciano en el siglo XII; que recogiendo los valores más directamente desvelados por la Revelación en la Escritura y en la Tradición, transmite tantos elementos de la cultura jurídica del mundo romano y de la cultura germánica, aún operantes hoy en el tratamiento jurídico del matrimonio realizado por los códigos vigentes.

ELOY TEJERO

FACTORES SIQUICOS Y MATRIMONIO

KLAUS LÜDICKE, *Psychisch bedingte Eheunfähigkeit. Begriffe. Abgrenzungen. Kriterien*, 1 vol. de 222 págs. Ed. Peter Lang, Frankfurt-Berna-Las Vegas 1978.

Se trata de una tesis doctoral presentada en la Universidad de Munich. Sistematiza los capítulos de nulidad de origen psíquico en dos categorías, a cada una de las cuales dedica aproximadamente la mitad del libro: incapacidad de contraer matrimonio e incapacidad de comportamiento conyugal.

El primer concepto coincide más o menos en sustancia con el de «suficiente discreción de juicio», «capacidad de entender y de querer», «capacidad psíquica», «capacidad de contratar», etc., tal como se planteó por vez primera en la sentencia coram Wynem de 25-I-1941 en relación con el c. 1082 § 2. El segundo concepto coincide con la temática de la «incapacidad de asumir las obligaciones conyugales», «incapa-

cidad moral», «impotencia moral», y en ella juegan principal papel aforismos tales como «Ultra posse nemo tenetur», «Impossibilium non obligatio est», «Nemo ad impossibile obligari potest».

Todo el mundo intuye que determinadas hipótesis de locura, homosexualidad, deterioro psíquico implican la nulidad del matrimonio. Así lo estima la jurisprudencia de la Rota Romana, desde hace bastantes años, pero no acaban de quedar claros las razones ni los conceptos en que se basa la nulidad que se estima: falta de objeto del contrato, incapacidad de cumplir, falta de capacidad crítica, defecto de libertad interna, falta de suficiente conocimiento estimativo, etc.