

Formas y ritos matrimoniales ^(a)

III

CONSENSUS FACIT NUPTIAS

El más somero examen de las formas y ritos nupciales empleados por la Europa cristiana al terminarse la primera mitad de la Edad Media pone de relieve tres elementos o factores, mal fundidos en una doctrina naciente sobre los requisitos indispensables para que exista el matrimonio; consentimiento de los ascendientes padres, guardadores y propícuos, que concluye por desvanecerse ante la voluntad de los contrayentes; cohabitación conyugal que cierra y perfecciona las manifestaciones, ceremonias y solemnidades creadoras del vínculo, y publicidad o publicación del matrimonio que, por una parte, garantice la capacidad de los contrayentes, para celebrar el acto sacramental y, de otra, corte los abusos y evite los escándalos de las situaciones ambiguas o de los estados mal definidos.

La Iglesia, que había empezado por robustecer la igualdad de varón y mujer, favorecer la vida conyugal (1) y prohibir la imposición del matrimonio a las viudas y vírgenes sin su voluntad (2), debía centrar la fuerza del vínculo sobre el consentimiento de los contrayentes libremente manifestado. En tal sentido la empujaban los precedentes del Derecho romano, que, por boca de Ulpiano (D. 35-1-de cond. 15), declaraba *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, el valor concedido al *affecto matrimonial* como elemento ético y la demasiada repugnancia que inspiraba la cópula carnal a los virtuosos doctores para elevar sobre ella la construcción doctrinal.

Aun después de haber estatuido Carlomagno el régimen de bendición nupcial como obligatorio, el Papa Nicolás I, en una epís-

(a) Véase el número anterior

(1) Conc. Bracareuse I, c. 11; Conc. Gaugreuse, I. 1-4, 10 y 17.

(2) III Conc. Tol., canon 10.

tola dirigida a los búlgaros (al comenzar la segunda mitad del siglo IX) reconoce que no es un pecado omitir las ceremonias religiosas (*Peccatum autem esse... non dicimus*), porque basta con el consentimiento de los contrayentes (*solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agitur*) y si éste faltase, hasta la misma unión carnal sería insuficiente, según el testimonio del gran doctor San Juan Crisóstomo, que afirmó *Matrimonium non facit coitus sed voluntas*. Del mismo modo, Adriano II ordena sean mantenidos los vínculos contraídos sin la presencia del sacerdote (*sacerdos absens*). Jonás de Orleáns condena la perniciosa costumbre de celebrar matrimonio sin recibir las bendiciones de la Iglesia, e Hincmaro de Reims, bajo la presión de una célebre carta del Papa León a Rústico de Narbona sobre las segundas nupcias, así como impulsado por la opinión de San Ambrosio respecto de los matrimonios ante testigos, se decide a reconocer la validez del consentimiento cambiado sin bendición nupcial. En honor de la verdad, ésta parece añadir algo casi substancial al acuerdo: la legítimamente desposada (*legitime desponsata*) se eleva al rango de mujer de bendición (*sacerdotali benedictione conjucta*), pero las consecuencias jurídicas no afectan a la energía e indisolubilidad del vínculo.

* * *

La importancia del elemento material o fisiológico se puso, sin embargo, de relieve cuando Graciano intentó concordar los cánones discordantes y del mismo modo que en el derecho inmobiliario la venta doble fué la piedra de toque para comprobar el valor constitutivo de las teorías que exigían la tradición o la investidura, en él matrimonial ha girado la discusión alrededor de los segundos desposorios de la mujer en vida de su primer esposo. Fácilmente se prueba, dice el ilustre monje, con la definición del matrimonio y por la autoridad de muchos, que si hubo consentimiento (1) entre los desposados, éstos son verdaderos cónyuges. Y cita desde luego a San Isidoro (*consensus facit matrimonio*) y a San Juan Crisóstomo, para continuar con la epístola del Papa Nicolás a los búlgaros, con una refundición de textos de San Agustín, to-

(1) *Qui est efficiens causa matrimonii.* Segunda parte, causa XXVII, quoestio II.

mados del tratado sobre la virginidad (1), un pasaje de San Ambrosio en el que se afirma que no es la desfloración, sino el pacto lo que constituye el matrimonio, un texto de las Etimologías de San Isidoro en que se hace derivar la palabra cónyuges de la fe prometida, aunque faltare *inter eos conjugalis concubitus* y otro de San Agustín, de igual contenido (2). Pero en el canon XVI inserta, atribuyéndoselo a este último, una declaración que niega la calificación de mujer casada a aquélla con quien no ha habido *commixtio sexus* y en el siguiente inserta un trozo (profundamente alterado) de la carta del Papa León a Rústico, a cuyo tenor no hay unión sacramental *praeter commissionem sexus* (3). En fin, en el capítulo XVIII se inserta como *palea una decretal apócrifa del Papa Benedicto*, que no admite la posibilidad de que los casados sean *unam carnem*, cuando falta la cópula carnal. En estos últimos textos aflora una poderosa corriente medieval (4) que encuentra en Hincmaro de Reims clara expresión: las nupcias no contienen el sacramento de Cristo y de su Iglesia, según dice San Agustín, si no hay cohabitación conyugal (*si senuptialiter non utuntur*), esto es, si no las acompaña la unión sexual. A la misma tesis se inclina Graciano, después de agotar la argumentación, como si en el acto de la consumación radicase la esencia de las nupcias y la transformación de la desposada en casada: *in coitu dicuntur nubere viro vel nuplias celebrare* (5).

Precisamente al comentar un canon toledano, que no se encuentra en nuestras colecciones y que prevé la posibilidad del matrimonio entre una esposa raptada y el tercero raptor, indica que el casamiento *conjugium* se inicia por los desposorios (*despossessione*) y se perfecciona por la comisión sexual, de suerte que entre los esposos existe matrimonio, pero iniciado, y entre los ya unidos carnalmente (*copulatos*) hay matrimonio rato (6).

(1) Ibid., c. 1-3.

(2) C. 5, 6 y 9.

(3) El texto auténtico carece de la negación y se refiere a la diferencia entre esposa y concubina.

(4) Freisen en su «Historia del Derecho matrimonial canónico» asegura que ésta era la doctrina profesada por la mayor parte de los Padres (Esmein, op. cit. 104, nota (1) de Genestal.)

(5) Ibid., c. 45. Dictum.

(6) Dictum ad c. XXXIV.

Volvemos a encontrar aquí los matices que separan a la investidura germánica de la obligación romana: los desposorios no engendran, como los esponsales, una mera obligación de contraer matrimonio, son una verdadera expectativa jurídica. Pero, por otra parte, tampoco pueden confundirse con el matrimonio indisoluble; los esposos, *futuros cónyuges*, sólo quedan casados si media la cópula o si la unión ha sido bendita por un sacerdote. Esta última ceremonia no constituye, según Graciano, un requisito esencial para la validez del matrimonio, sino que más bien simboliza la entrega de la mujer al marido en ejecución del pacto conyugal. La escuela de Bolonia al aproximar el matrimonio a la venta, que se perfecciona por el consentimiento y se consuma con la tradición, conservaba a los desposorios su categoría de unión conyugal, es cierto; pero los declaraba disolubles por muchas causas a la cabeza de las cuales figuraban los esponsales subsiguientes confirmados por la cópula carnal.

* * *

Así desenvuelta la doctrina no podía satisfacer a los teólogos que veían calificado de imperfección el matrimonio de la Virgen María con San José, ni a los canonistas que la encontraban confusa y contradictoria, ni a los juristas, que en vano se afanaban por buscar formas que dejases al matrimonio de soberanos y nobles, cuando la consumación sólo pudiera llevarse a cabo de un modo simbólico, resguardado de toda veleidad y contingencia, ni al mismo pueblo apegado a sus costumbres y tradiciones.

Hasta San Agustín (1) se trató de remontar una construcción llamada a grandes destinos: aludimos a la distinción entre el compromiso obligatorio (*fides pactionis*) que engendra el deber de casarse y la dación del consentimiento (*fides consensus*), que engendra el estado matrimonial, y, según *Pancapalea* (2), existe no sólo cuando hay unión de las diestras con juramento, sino siem-

(1) La qu. 2.^a de la citada causa, en el Decreto de Graciano, contiene un canon final atribuido al obispo de Hippona, que no se ha encontrado en sus obras.

(2) Sabido es que los cánones del Decreto que llevan la palabra *palea* son atribuidos por algunos autores a un discípulo de Graciano, llamado Pancapalea.

pre que se consiente con el corazón y la palabra, entregándose y recibiéndose juntamente los contrayentes.

A principios del siglo XII los teólogos franceses Anselmo de Lión y Guillermo de Champeaux, insisten sobre la distinción entre la promesa y el asentimiento; más tarde, Hugo de S. Víctor opone al *magnum sacramentum*, unión de Cristo y de la Iglesia simbolizada por el matrimonio consumado, el *majus sacramentum*, unión de Dios y del alma simbolizada por el matrimonio consensual, y, por último, Pedro Lombardo, en sus célebres Sentencias, terminadas al mediar el mismo siglo, afirma que el consentimiento es la causa del matrimonio cuando se expresa por palabras y no se refiere a lo futuro, sino al presente (1). En uno de los citados ensayos, Brandileone (2) señala como la causa ocasional del florecimiento de esta teoría, no el empeño de concordar cánones discordantes, sino la importante posición adquirida por la mujer en el contrato matrimonial. En la práctica, se llegaba al matrimonio por medio de dos recíprocas declaraciones: la primera, entre el esposo y el padre o guardador de la esposa; la segunda, directamente entre los novios, y los Escolásticos, queriendo atribuir al consentimiento la energía necesaria para hacer sacramental e indisoluble la unión, sintieron la necesidad de establecer netamente a cuál de las dos correspondía tal virtud. El Derecho romano había hablado de *nudus consensus*, sin aludir a su manifestación, aquéllos agregan que ha de ser expresado por palabras; es más, los romanos distinguían el consentimiento dirigido al futuro del consentimiento dirigido al presente y la escuela estudia los acuerdos *per verba de futuro y de praesenti*. Sin negar el valor de tales precedentes, la influencia de las costumbres germánicas y la irresistible atracción de las palabras en todo momento sacramental, nos atrevemos a llamar la atención sobre la necesidad jurídica de separar la obligación de disponer del mismo acto dispositivo. Entre el deber y el ser media una enorme distancia conceptual y en el derecho inmobiliario moderno distinguimos con claridad, a pesar de las confusiones tecnológicas de la ley Hipotecaria, la obligación de transferir, del consentimiento de transferencia. Cuando

(1) Sent. lib. IV, D. XXVII, cap. III. Si, pues, se dijere: «te recibiré como marido (añade) y yo a ti por esposa», este consentimiento no es eficaz.

(2) Loc. cit., pág. 368.

estos momentos psicológicos coinciden y se cubren, por ser capaces los contrayentes, referirse al tiempo presente y no haber un obstáculo que cierre el pacto desde la voluntad al acto específico, la distinción parece desvanecerse, porque, quién se compromete a cumplir determinada prestación, que precisamente depende de su querer, otorga a la palabra dada toda la potencialidad necesaria para producir el efecto. Pero que no haya esta perfecta adecuación de circunstancias, y entonces el derecho habrá de optar por desenvolver el primer acto en el campo de las obligaciones y el segundo en su esfera propia, o por escindir el negocio jurídico en dos momentos íntimamente ligados por la energía trascendente de la declaración inicial. Aceptada la primer solución por el maestro de las sentencias, era natural la división en esponsales *per verba de futuro* y con efectos restringidos (1) y esponsales *per verba de praesenti*, que crean el vínculo conyugal, sin necesidad de *cópula carnalis* ni de las ceremonias adecuadas al decoro y solemnidad del sacramento, como la bendición del sacerdote.

La Santa Sede, que ya a principios del mismo siglo XII había distinguido en una decretal de Inocencio II entre lo que para el futuro se promete y lo que de presente se confirma (*non enim futurum promittebatur sed praesens firmabatur*) resuelve con Alejandro III el problema de la *esposa de dos*, dando valor constitutivo al consentimiento de presente formulado, con juramento o sin él, de este modo: «Te recibo por mía, y yo te recibo por mío», aunque bajo el supuesto de haberse observado las solemnidades corrientes. Este último requisito se declara innecesario en otra decisión relativa a un caso en que ni estaba presente el sacerdote ni se había observado ninguna solemnidad de las acostumbradas en la Iglesia anglicana, ni había mediado cópula carnal y en que sólo constaba que el varón y la mujer se habían recibido por consentimiento de presente.

Ante la resistencia de Módena y otras ciudades italianas a deschar la doctrina que confería a la cópula un valor decisivo, hubo de llamarlas Inocencio III a la humildad y a la obediencia (año 1200).

* * *

(1) Como verdadero pacto de contraer *pollicitatio contrahendi matrimonium* que cede ante las nupcias contraídas *de praesenti*.

Haya o no nacido la teoría en la Iglesia francesa (1) y signifique o no una derrota de la ultramontana, se propagó tan rápidamente que medio siglo más tarde nuestras Partidas (2) la desenvuelven con minuciosidad, y en principio, resuelven el problema planteado, «si dos omes se desposassen con una mujer o un ome con dos mujeres», a favor del «desposorio que es fecho por palabras de presente» (3). Sólo que, a renglón seguido, admiten en el último supuesto una notable excepción derivada de la doctrina de Graciano: «fueras ende si se ayuntase carnalmente a la primera con quien era desposado por palabras de futuro, antes que desposase con la otra por palabras de presente». La posición ecléctica de nuestro inmortal Código se trasluce en la tecnología de matrimonio *imicitatum ratum, consumatum* («que ha comienzo e afirmanza e acabamiento»), correspondientes a los conceptos de ambas tendencias y, sobre todo, en las afirmaciones de que «han comienzo los casamientos en los desposorios que son fechos por palabras de futuro o de presente, consintiendo derechamente el uno en el otro, aquellos que se desposasen» «e recibe el matrimonio firmedumbre e acabamiento quando el marido e la mujer se ayuntan casualmente».

Hecha tal equiparación (4) por el Rey Sabio, es natural que no circunscribiera la disolución por ingresar en orden religiosa, a los espousales de futuro, como lo sostenía Pedro Lombardo, y, en efecto, la aludida Ley 5.^a, después de afirmar que los desposados por palabras de presente *non se pueden departir*, dice: «fueras ende en una manera, si alguno de ellos entrasse en orden de religión, ante que se ayuntasen carnalmente».

Este precepto, que había sido enseñado por Bernardo de Pavía, tras algunas vacilaciones, quedó sancionado por los decretales de Alejandro III y abrió la puerta a una nueva causa de disolución del matrimonio no consumado, que no fué recogida en las Partidas. Algunos canonistas (Alano, Vicente Hispano, Bernardo de Pavía, etc.), habían sostenido que la indivisibilidad de los

(1) V. Esmein, op. cit., pág. 137 y Brandileone, loc. cit.

(2) L. 2.^a y sig. del título I, Past. 4.^a.

(3) L. 9.^a h. t., que se refiere primero a la esposa de dos varones y luego al que se desposase con dos mujeres.

(4) L. IV y V, tit. 10 de la pág. 4.^a,

esponsales de presente había venido del derecho eclesiástico, no del divino, y que, como el Papa se hallaba sobre el derecho positivo, podía disolverlos con causa o sin ella, a petición de los esposos. Desechado este razonamiento por la consideración de ser el matrimonio anterior a la Iglesia, se defendió, sin embargo, la regla sobre la base de que la *ratificación* procede de la constitución eclesiástica, como lo prueba el que entre los infieles el matrimonio no es rato y en esta materia el Sumo Pontífice puede dispensar. Ahora bien: en las Partidas encontramos este razonamiento (1), pero no el precepto, que han tenido que suplir los comentaristas.

Aunque en un principio la teoría llegaba a exigir que se pronunciasen las palabras de *presente* para que hubiese matrimonio y Santo Tomás concedía el mismo valor a tal expresión que a la ablución en el sacramento del bautismo, se concluyó por admitir en supuestos excepcionales la manifestación escrita, el movimiento de cabeza, los signos de asentimiento. En particular no se consagraron como sacramentales ciertas palabras y de aquí las dudas suscitadas por las fórmulas empleadas. Ya en las *Petri excepciones* (IV-44) se consigna un ejemplo de matiz apenas perceptible para nosotros; si se jura: «te tomaré por mujer» (*ducam te uxorem*), no hay matrimonio todavía; pero si se dice: «te tendré por mujer» (*habebo te uxorem*), queda constituido el vínculo. El pueblo seguía empleando giros y frases que eran corrientes en los desposorios, y resultaban inadecuados para las nupcias. Por otra parte, se exige la pronunciación hasta en los matrimonios por nuncio o apoderado.

Todavía se agravó el problema cuando los canonistas, arrastrados por la *consensualidad* del matrimonio, hubieron de admitir en su constitución la técnica de las condiciones, creando un estado intermedio que si, de un lado, acercaba el matrimonio condicional a los esponsales de futuro, de otro lo transformaba, según muchos autores, en verdadero matrimonio una vez cumplida la condición o intervenida la cópula, sin necesidad de nuevo consentimiento.

La doctrina (más que la práctica, como veremos) se había deslizado por una peligrosa pendiente en donde el consentimiento,

(1) L. 4^a, tít. X de la pág. 4^a.

sin características formales, concluía por perder su significado. Se comprende los rudos ataques de Erasmo y de los protestantes contra el Derecho canónico matrimonial.

Pero todavía mayores que los inconvenientes suscitados por la doctrina del consentimiento, eran los problemas planteados por la falta de publicidad del mismo matrimonio que pasamos a exponer.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

**Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa**

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes.....	3	por 100
Tres meses.....	3 1/2	por 100
Seis meses.....	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.