

## ADAGIA EN LA COMPILACIÓN ANTIGUA I, LIBRO IV<sup>1</sup>

### ADAGIA IN THE ANCIENT COMPILATION I, BOOK IV

#### RESUMEN

La Glosa Ordinaria a la Compilación I Antigua fue compuesta en 1215 por el canonista Tancredo de Bolonia (+1236). Los *Adagia*, referidos al matrimonio y entresacados del libro IV de la Compilación, en ocasiones, pueden ser argumentos con los que se justifica y razona la doctrina utilizada por el Papa en sus decisiones, otras son la consecuencia de las mismas, sacadas y sintetizadas por el glosador. Este artículo es un análisis del significado y una reflexión sobre el valor de estas auténticas síntesis jurídicas.

*Palabras clave:* *Adagia*, Compilación I Antigua, matrimonio, Tancredo de Bolonia.

#### ABSTRACT

The Ordinary Glosa to The Ancient Compilation I was composed in 1215 by the canonist Tancredo of Bologna (+1236). The *Adagia*, referring to marriage and interspersed in Book IV of the Compilation, can sometimes be arguments with which the doctrine used by the Pope in his decisions is justified and reasoned, others are the consequence of them, drawn and synthesized by the glosser. This article is an analysis of the meaning and a reflection on the value of these authentic legal syntheses.

*Keywords:* *Adagia*, Compilatio I Antiqua, marriage, Tancredo of Bologna.

1 La decretal de referencia de la glosa y del adagio estará indicada en la nota, que acompaña al adagio. El texto de la Glosa Ordinaria al Libro IV de la «*Compilatio Antiqua I*», de Tancredo de Bolonia, han sido publicados en *Anthologica Annua*, 59 (2012) 739.

## INTRODUCCIÓN

La lectura de la glosa Ordinaria a la Primera Compilación antigua está llena de gratas sorpresas para el estudioso del derecho canónico y en general para el cultivador del derecho, por la riqueza de los principios aplicados y de los razonamientos para explicar o justificar las decisiones contenidas en las Decretales Papales, el *ius novum*, sin que falten las posiciones críticas y las grandes discusiones entre los autores, resumidas y concentradas en breves líneas.

Tampoco faltan los tramos de lectura dura provocada fundamentalmente por las citas (meras citas sin el texto) eruditas del Derecho Romano y del Decreto de Graciano, con una facilidad pasmosa; frecuentemente una afirmación o una crítica se resuelve simplemente con una cita.

En general la doctrina que en la glosa se desarrolla es para nosotros conocida, es como el acervo de nuestra cultura, lo notable es que en esos razonamientos y clarificaciones y su sistematización se estaba produciendo en el siglo XIII, y muchos de ellos por primera vez, más aún es aquí donde se inicia la elaboración de la canonística como ciencia jurídico-teológica independiente: el ordenamiento de la vida de la Iglesia, en su aspecto organizativo interno en los distintos ámbitos. Se ordena la vida sacramental de los fieles y se perfilan de un modo sistemático y coherente las estructuras sociales de la Iglesia, las comunes y generales: concilios, diócesis, provincias eclesiásticas, el ejercicio de la potestad, y las particulares y concretas como la ordenación de los distintos oficios eclesiásticos, la vida de los clérigos, la vida consagrada. Todo ello constituye una obra ingente que se prolonga durante siglo y medio.

He querido que, en este merecido homenaje a D. Francisco Cantelar (q.e.p.d.), a quien me unió una buena amistad y con quien colaboré en su meritorio y reconocido trabajo en el *Synodicon hispanum*, no faltara una modesta contribución mía, como testimonio de aquella amistad. Es ésta una seleccionada colección de adagios, por darles un nombre general y sin catalogar, que he ido recogiendo en mis trabajos sobre los manuscritos de la Glosa Ordinaria del canonista Tancredo de Bolonia (+1236) a la I Compilación Antigua, del primer tercio del s. XIII. Él puso su talento en la valoración de las opiniones de los más célebres canonistas de la época que se ocuparon de aclarar, y poco a poco ir forjando el sistema coherente del derecho canónico, insurgente entonces de un modo admirable. Tancredo compuso esta glosa en 1215, el mismo año del Concilio Lateranense IV, del que no hace mucho celebramos el VIII Centenario, y está siendo objeto de especial atención y estudio, no sin razón, precisamente por todas las innovaciones y reformas y fijación

de las instituciones eclesiásticas, dando coherencia y tratando de conseguir su aplicación en disciplina de la Iglesia. Tancredo revisó su Glosa incorporando en ella las novedades aportadas por el Concilio, situándolas metódicamente en el sistema de recopilación y enseñanza de la ciencia canónica.

Estos *Adagia* pueden ser argumentos con los que se justifica y razona la doctrina utilizada por el Papa en sus decisiones, otras son la consecuencia de las mismas sacadas y sintetizadas por el glosador. En todo caso constituyen los grandes apoyos en los que se va asentando la reflexión de grandes mentes, formadas jurídicamente en la mejor escuela de la época, grandes concedores del Derecho Romano, cuyo estudio está en un momento de auge, al que dominan y del que sacan la mejor doctrina aplicable al pensamiento y disciplina de la Iglesia, lo retocan y matizan cuando así lo exige la equidad canónica.

Respecto al matrimonio, objeto del libro IV de la compilación, que es del que están sacadas estas sentencias, hay que tener en cuenta que no existe todavía la exigencia de una forma jurídica que fije la expresión válida jurídicamente del matrimonio, y que la costumbre de los esponsales o promesa del matrimonio es práctica bastante común, y que producirá innumerables conflictos en relación al cumplimiento de las mismas, incluso cuando estén hechas con juramento. Habrá que aclarar las múltiples relaciones y conflictos que en este campo se van produciendo y al mismo tiempo exigirán clarificación. De este trabajo de elaboración y precisión serán fruto la mayor parte de los dichos o adagios, de los que este trabajo es una mínima selección.

I. *IMPOSSIBILIMUM NULLA EST OBLIGATIO*<sup>2</sup> [LO QUE ES IMPOSIBLE NO GENERA OBLIGACIÓN ALGUNA]

El adagio es muy conocido en el mundo jurídico y se expresa de muchas maneras:

— *Ad impossibile nemo tenetur.*

— *Impossibilia non obligant.*

En esta ocasión el glosador se apoya en el Derecho Romano<sup>3</sup>. El principio jurídico es normalmente utilizado sin más aclaración y aplicado a una situación concreta. En el contexto actual va sin embargo acompañado de

2 Cf. Glosa a Comp. I 4 1 1, v. «*non posse*».

3 Inst. 3.19.11.

una aclaración que especifica su aplicabilidad: «*Impossibile est id quod contra bonos mores est*»<sup>4</sup>.

No es evidentemente una definición de lo que significa «*impossibile*», sino la concreción de un tipo de imposibilidad. De modo que, si se dice *impossibile* lo que supera las posibilidades o fuerzas físicas absoluta o relativamente por falta de fuerza, potencia, tiempo espacio o medios, no es ésta la única aplicación del adagio<sup>5</sup>. La imposibilidad es también aplicable a lo que según la ley moral no se debe hacer, aunque esté en la mano del hombre el poder realizarlo físicamente. También aquello que no se debe hacer entra dentro de lo que no se puede hacer, y en tales casos la estipulación no tiene valor.

El Derecho canónico desarrollará la distinción entre la prohibición (la ley) que prohíbe solo bajo la ilicitud y la norma que prohíbe con la sanción de nulidad: las leyes irritantes o inhabilitantes. Solo en estos últimos casos, la contravención de la imposibilidad moral conllevará la nulidad de la acción o la estipulación.

En la Decretal se trataba de la contravención del precepto: «*sponsam fratris fratrem habere non potest*». Un padre desposó a su hija con el hijo de un amigo con el juramento de que, si ese matrimonio no se producía, la desposaría con otro de los hijos de aquel. Como el prometido se desposó con otra, ahora pretendía el padre cumplir su juramento contra la prohibición. La Decretal concluye: «*Mandamus, quatenus eum suum implere propositum, quod canonicae rationi obviet, non permitas*». Así sobre esa promesa del padre concluirá la glosa: «*Preterea eius quod esse non potest, nulla est promissio*». De ahí sacará la conclusión de que los esponsales primeros de la hija fueron nulos y en consecuencia: «*Ergo hoc obtentu, ista a fratris matrimonio non excluditur*»<sup>6</sup>.

## II. *SUCCUMBIT OPINIO VERITATI*<sup>7</sup> [LA OPINIÓN (CREENCIA) CEDE ANTE LA VERDAD]

En la glosa a la misma decretal, que da ocasión al adagio anterior, el glosador aprovecha la ocasión para otra reflexión.

4 Fundado esta vez en el Derecho Romano Dig. 28. 7. 13; también en el Derecho Canónico, C. 22 q. 2 c. 15: «*Cum autem ad hoc ventum fuerit, ut tali salutis nisi peccando consulere non possit iam se existimet non habere quid faciat.*»

5 Glosa a Comp. I 4 1 1: v. «*non posset*»: «*Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat*»

6 Para corroborarlo cita a Comp. I 4 2 5 y 6 (X 4 2 4 y 5).

7 Glosa a Comp. I 4 1 1: v. «*non posset*»

Este adagio tiene un valor general evidente, que aquí adquiere especial relevancia al tratarse de decisiones con trascendencia jurídica, basadas en un presupuesto falso. De modo que el poseedor de la opinión toma decisiones con trascendencia jurídica basadas en un supuesto erróneo. Contrastada una verdad frente a una opinión (creencia) errónea, lo que vale es la verdad, de lo que se deduce, que consecuencias jurídicas basadas en la opinión errónea no puedan en modo alguno prevalecer, ni tal *opinio* puede ser el módulo, ni la base para sostenerlas, ni para juzgar, y ello cualquiera que sea el sujeto que mantuvo tal opinión<sup>8</sup>.

El principio es peculiarmente interesante cuando el agente actúa en nombre de la iglesia y con su autoridad: en este caso se aplicaron las derivaciones jurídicas de unos esponsales, que resultaron no ser válidos. Por eso dirá el glosador: «*Nec nocet quod ecclesia tunc ea tenere credebat...*» e.d. ni empece el que la autoridad de la Iglesia creyera que (los esponsales) eran válidos.

Esta doctrina tiene una aplicación concreta, especialmente en el derecho procesal, en relación a las presunciones jurídicas y se expresa en la conocida fórmula: «*praesumptio cedit veritati*».

Son varios y de interés los adagios sobre la presunción jurídica: los tres adagios siguientes aparecen en el mismo contexto<sup>9</sup>:

- III. *STATUR PRAESUMPTIONI DONEC PROBETUR CONTRARIUM* [MIENTRAS NO SE DEMUESTRE LO CONTRARIO LA PRESUNCIÓN PREVALECE].
- IV. *PRAESUMPTIO CONTRARIAM ADMITTIT PRAESUMPTIONEM* [LA PRESUNCIÓN ADMITE PRESUNCIÓN EN CONTRARIO].
- V. *IMMO PRAESUMPTIO PRAESUMPTIONE RESCINDITUR* [MÁS AÚN UNA PRESUNCIÓN ES ELIMINADA POR OTRA PRESUNCIÓN].

Los tres adagios, recogen parte de la teoría sobre la presunción jurídica: la conjetura de una cosa probable, reconocida como cierta por el derecho para facilitar el tráfico jurídico y especialmente la marcha del litigio o la prueba.

8 Para confirmarlo cita la Distinción VIII del Decreto en que Graciano habla de la superioridad del Derecho Natural a toda costumbre o ley. Cita además la decretal de Celestino III, Comp.III 4 12 1 (X 4 17 12), donde afirma el Papa: «*Nos autem attendentes, quod plus est quod in veritate agitur, quam quod simulate concipitur...*». Si el principio es claro, el decretalista no deja de observar que en circunstancias se atiende a la opinión, como en algunos casos de adulterio o respecto a los hijos legítimos.

9 Glosa a Comp. I 4 18, 3:v. «*testibus*».

El primero recoge el efecto principal: la presunción no necesita prueba.

Sin embargo, un negocio puede tener tal complejidad en sus extremos que pueden surgir diversas presunciones que se excluyen y ello es posible, porque la presunción es una conjetura de algo probable. Una probabilidad no excluye que exista otra probabilidad: se opone no la certeza a la certeza, que sería contradictorio, sino una probabilidad a otra. Hay indicios de que lo sucedido, el hecho, sea así, pero los hay para pensar y deducir que sea de otro modo. Cuando estos indicios son base de una presunción, entonces pueden encontrarse dos posiciones avaladas por presunciones, que en circunstancias normales no necesitarían probarse. En este caso se aprecia que una presunción no tiene el valor de la certeza y precisamente esto exige una relativización de su fuerza.

Así surge el tercer adagio: una presunción puede ser eliminada por otra presunción. Esto sucedería cuando en la confrontación una tenga mayor peso que la otra: será una apreciación del <mayor> derecho, si da pie a ello o, si no, del juez: «*Si alia obviaverit stabitur magis violente, quia fortius vinculum optinebit*».

En todo caso no se puede olvidar que toda presunción «*cedit veritati*», principio que está como iluminando todo este discurso.

#### VI. PRINCIPALI SUBLATO, TOLLITUR ET ACCESSORIUM<sup>10</sup> [ELIMINADO LO PRINCIPAL, LO ACCESORIO NO SE SOSTIENE]

El principio había sido ya formulado en las *Regulae Iuris* del Digesto: «*Cum principalis causa non consistit, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur locum habent*» (Dig 50. 17. 158)

En cualquier negocio jurídico hay elementos que son el núcleo del interés perseguido y derivaciones accidentales o accesorias. Estas últimas no tienen ningún interés cuando el negocio principal desaparece; se desvanecen porque solo interesan, si el negocio principal ha lugar, son dependientes de él. En el caso se cuestionan unos sponsales, pero resulta que el matrimonio, al que se refieren, es un matrimonio prohibido.<sup>11</sup> Naturalmente eliminado el interés principal los dependientes y derivados de él dejan de tener consistencia. La aplicación al caso es clara para la glosa: «*Ubi nuptie prohibentur, sponsalia non tenent*».

<sup>10</sup> Glosa a Comp. I 4 1 1: v. «*non posset*».

<sup>11</sup> Se cita en la glosa: «*Eius quod esse non potest, nulla est promissio*», Inst. Iust. 3. 19. 1.

El principio tendrá gran aplicación en los litigios, muy particularmente en el derecho procesal. Dejando aquí de lado las excepciones dilatorias, que no se refieren al mérito de la causa, en los conflictos de intereses llevados al foro judicial, sucede que algunos conflictos son derivaciones o consecuencias de otro negocio jurídico, del que dependen y que los condiciona. En tales casos lo normal es que, incoado un litigio, se presente una contradicción o una causa incidental por parte del convenido, de cuya solución depende la solución del mismo. Esta causa incidental, que prejuzga la principal, iniciadora del proceso, lógicamente deberá ser tratada antes que aquella, porque, resuelta, arrastrará la solución de la causa inicial, como dependiente o derivada de ella. Por ello se llamará a estas causas: prejudiciales.

VII. *ALTERI PACISCI VEL STIPULARI NEMO POTEST*<sup>12</sup> [NADIE TIENE CAPACIDAD DE PACTAR O ESTIPULAR POR OTRO]

Las raíces del adagio están en el Derecho Romano:

«*Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest...*» (Cod. 8.18.3);  
«*Alteri ... stipulari nemo potest*» (Inst. 3.19.19).<sup>13</sup>

Los negocios personales han de ser resueltos personalmente, y en concreto nadie tiene sin más capacidad de hacer para otro pactos o estipulaciones, que obliguen a éste, lo cual será muy particularmente aplicable tratándose del pacto o alianza matrimonial. Si bien es cierto que lo que uno puede hacer por sí, puede hacerlo por otro, debidamente legitimado. Hasta la potestad en la Iglesia, la misma potestad de jurisdicción, observando las normas canónicas, puede ser delegada.

En derecho canónico algunos actos, no meramente internos y con ciertos elementos de pacto o estipulación con o ante la Iglesia, son considerados eminentemente personales, como la profesión de fe, la recepción de los sacramentos, la profesión religiosa, el juramento y por eso no pueden ser prestados válidamente por otro.

Aplicada al matrimonio<sup>14</sup> la afirmación de la sentencia tiene una relevancia peculiar, puesto que esta afirmación da por supuesto y reafirma que

12 Glosa a Comp. I 4 1 3 («*Consultit*»): v. «*tua*». Ver infra p. 15, nº. 18 (Comp. 1 4 1 9: v. «*patres*»).

13 Ver también concreciones en Dig.45. 1. 126 § 2.

14 En el caso que trata la Decretal (que no fue recogida en las Decretales de Gregorio IX) parece que el compromiso lo tomó el interesado ante el Obispo probablemente sin presencia de la mujer, y por ello no debía dejar a la segunda mujer, aunque tendría que hacer penitencia por haber faltado a su compromiso.

el consentimiento ha de ser de ambos: el hombre y la mujer han de expresar personalmente su voluntad o consentimiento matrimonial. Como en ningún otro negocio jurídico el pacto o la estipulación, que compromete toda la vida de ambos interesados, pertenecen intrínsecamente a la esfera de lo personal e irrenunciable.

Según anota la glosa, ello no impide, que uno se pueda servir de otros para la transmisión de la propia voluntad negocial, por eso aquí mismo sin retocar el principio se añade: «*nuntio mediante, potest alteri adiri obligatio*», pero el «*nuntius*» solo es transmisor de la voluntad de quien le envía. La aclaración tiene igualmente las raíces en el Derecho Romano<sup>15</sup>.

En relación al matrimonio la posibilidad de la prestación de la propia voluntad, e. d., del consentimiento matrimonial, mediante la transmisión sin más de la misma por medio de un «mensajero» (*nuntius*), no ha sido aceptada sin discusión por la doctrina canónica; la gravedad de este negocio jurídico y el hecho de tratarse de un sacramento ha exigido aquí ciertas matizaciones y garantías. Así en concreto tanto el CIC17 como el Código vigente, recogen estas preocupaciones y en principio exigen la presencia física a la vez de ambos contrayentes para la prestación válida del consentimiento, sin embargo no dejan de reconocer situaciones atendibles peculiares que justifican la excepción de la presencia del mismo contrayente y, de ahí, que acepten la posibilidad del matrimonio por poderes. El Código da esta posibilidad con la debida cautela, que queda patente en la detallada y rigurosa regulación sobre el mandato procuratorio de quien presta el consentimiento en nombre de otro, su valor y su uso (CIC 83 c. 1104 y c.1105).

#### VIII. (*SPONSA*) *NON ENIM SPONSUM VAGABUNDUM SEQUI TENETUR*<sup>16</sup> [LA PROMETIDA NO ESTÁ OBLIGADA A SEGUIR AL PROMETIDO QUE EMIGRA]

Una de las situaciones a las que no llega la vinculación de unos esposales es la del abandono de la propia patria.

El matrimonio, «*conortium totius vitae*» o «*communio omnis vitae*», conllevaba como una de sus consecuencias y exigencias inherentes, que la mujer casada, en circunstancias razonables, tenía que seguir al marido, que cambia el lugar de residencia o ha de emigrar de su patria. Bien sabido además que,

15 Para ciertos contratos estaba así previsto en el Derecho Romano, Cod. 4. 50. 9.

16 Glosa a Comp. I 4 1 4 («*De illis*»): v. «partes».



en los casos en que no quería seguirlo o no estaba obligada a ello<sup>17</sup>, no podía, sin embargo, contraer matrimonio con otro<sup>18</sup>.

Tratándose, en cambio, de los esponsales, la vinculación esponsalicia, la situación es diferente: esta discrepancia demuestra la clara diferencia que existía entre el compromiso esponsalicio, aún el fijado por juramento, que incluía ya una manifestación de consentimiento matrimonial, aunque pendiente y el «*ducere*» explícito, o implícito mediante la cópula después de los esponsales, que conducirá a tantas situaciones conflictiva complejas. El caso precisamente clarifica la diversidad del compromiso: asunto tan importante como el abandono de la propia forma de vida sedentaria o el abandono innecesario de la propia patria se consideraban como causa de rotura de los esponsales, de tal manera que la prometida podía abandonar al prometido y casarse con otro. Los esponsales no crean en los prometidos obligación respecto a la residencia, de modo que la prometida deba seguir al prometido que emigra, tanto si lo hace por justa causa, como si lo hace por libre decisión de recorrer mundo.

La decretal clarificará un tema concomitante: «hecha penitencia, si hay perjurio», es decir, si los esponsales se hicieron con juramento (X 4 1 5 in fine). Hay que ser más prudentes con estas prácticas y evitarlas muy especialmente en compromisos, cuya consistencia no es absoluta y que por su naturaleza pueden ser infringidos por una causa justa.

IX. *SPONSUM DE PRESENTI (UXOR), QUOUSQUE CERTA SIT DE EIUS MORTE, TENENTUR EXPECTARE*<sup>19</sup> [LA ESPOSA, MIENTRAS NO ESTÉ SEGURA DE LA MUERTE DEL MARIDO, DEBE ESPERAR]

El glosador aprovecha la oportunidad que le da la misma decretal a que se refiere el punto anterior, para referirse a otro aspecto del tema, la situación de la mujer cuando se da de hecho la ausencia en caso de matrimonio.

Tratándose de los esponsales, en ausencia dilatada del prometido, en coherencia con lo dicho, la prometida podía tomar la decisión de romper los esponsales y contraer matrimonio con otro hombre. Según el derecho civil, sin embargo, en tal caso había que esperar tres años (Cod. Iust. 5. 17. 2); el Derecho Canónico parece que no prescribía un tiempo.

17 Sobre ello, Causa 34 q. 2 c. 4.

18 Así C. 34, q. 2, c.4 («Si quis»).

19 Glosa a Comp. I 4 1 4 («*De illis*»): v. «*liberum*».

La situación de la mujer casada en relación a la ausencia prolongada del marido era distinta. Cuando el marido se ausentó y no aparece, no hay tiempo preestablecido para que la mujer pueda pasar lícitamente a nuevas nupcias, si así lo desea. El glosador resume aquí la doctrina del Papa Lucio III: la esposa deberá esperar hasta tenga certeza de la muerte del marido.<sup>20</sup> La doctrina fue confirmada por Clemente III, ante una consulta en que se hacía notar que la ausencia duraba ya siete años: el Papa mantuvo la prohibición mientras no tuvieren noticia cierta de la muerte del marido.<sup>21</sup> Esta es una solución maximalista, sin acudir a prudentes presunciones, como establecerá el derecho posterior y lo hace el vigente, que puedan conducir al Obispo a la certeza moral, que le permita proceder a la declaración de muerte presunta (c. 1707). Esta declaración permitirá al cónyuge pasar lícitamente a nuevas nupcias, sin que ello suponga la disolución del vínculo, quedando por ello tal decisión expuesta, a pesar de la prudencia, a futuros riesgos y conflictos.

X. *FURIOSI CONTRAHERE NON POSSUNT*<sup>22</sup> [LOS «FURIOSOS» NO PUEDEN CONTRAER MATRIMONIO]

La base de esta doctrina está en Graciano<sup>23</sup>. La prohibición del matrimonio de los furiosos en el Decreto no tuvo el sentido de una prohibición inhabilitante con efecto de separación de los cónyuges, e. d., de un impedimento dirimente. El Dictum de Graciano, que sigue al canon, era explícito, tratándose de un matrimonio contraído: «*Ut ergo ex premissis colligitur, no licet huic dimissa uxore sua aliam ducere. Manet enim inter eos quoddam vinculum coniugale, quod nec ipsa separatione dissolvitur.*»

Por su parte la decretal afirma que, contraído el matrimonio, no se debían separar: «*Sed si contractum fuerit, non separentur.*» La glosa trata de completar la respuesta del Papa. A la consulta de un obispo sobre qué es lo que hay que hacer, si una de las partes no entiende, cuando se formulan los esponsales, lo que la otra le está proponiendo, el Papa da la interesante y muy racional respuesta: «*Inspiciendum est iudici, si matrimonium contracturi, ad id faciendum, sint idonei ciencia et aetate.*» Es decir, que cuando se trate de contraer matrimonio, si existe sospecha, habrá que examinar si la persona que va a

20 X 4 21 2: el Papa advierte que, si a pesar de ello se casara permaneciendo la duda, no podrá pedir el débito, pero sí rendirlo y, si apareciera el marido, deberá volver a él.

21 Comp. II 4 1 3 (X 4 1 19).

22 Glosa a Comp. I 4 1 6 («*De muliere*») v.: «*idonei.*»

23 C. 32, q. 7, c. 26 (Decretal del papa Fabián): «*Neque furiosus, neque furiosa matrimonia contrahere possunt.*»

contraer matrimonio tiene la capacidad mental o no para entender lo que se le propone: el matrimonio. La cuestión, por tanto, a pesar de las limitaciones de los conocimientos en este campo, se está derivando hacia la capacidad de consentimiento.

La glosa en la sentencia, que nos ocupa, ampliará la posición preventiva del Papa con una toma de posición clara, pero con posibles excepciones, los furiosos no pueden contraer: «*nisi per intervalla dilucida.*» (C. III q. IX c. 14). La doctrina había formulado ya la distinción entre furiosos *sin* y *furiosos con* lúcidos intervalos.<sup>24</sup> Pero no es nada fácil, ni claro delimitar qué se entendía por entonces cuando se hablaba de intervalos lúcidos, ni tampoco cuál era la evaluación de sus diversas formas y grados en relación al uso de razón de los pacientes. De ahí la ambigüedad, al menos para nosotros, del verdadero valor y sentido de esta excepción en aquellos que la formulan. Pero la afirmación es significativa «*non possunt*», y la excepción habrá de ser cuidadosamente justificada.

XI. *AETAS LEGITIMA AD CONTRAHENDUM SPONSALIA EST VII ANNORUM, AD CONTRAHENDUM MATRIMONIUM XII ANNORUM IN PUELLA, IN MASCULINO XIII*<sup>25</sup> [LA EDAD LEGÍTIMA DE LOS ESPONSALES SON LOS 7 AÑOS, LA DEL MATRIMONIO 12 PARA LA MUJER Y 14 PARA EL VARÓN]

El decretista aprovecha la oportunidad que le da la decretal al mencionar la edad, para sintetizar la doctrina sobre los esponsales y sobre el matrimonio, y recoge en su comentario ambas disposiciones, que aparecerán en sendas decretales: la primera, la de los esponsales en Comp. I 4 2 5 (X 4 10 4); la segunda la del matrimonio en Comp. I 4 2 11 (-).

La distinción es clara entre los esponsales y el matrimonio: para proceder a los esponsales basta la edad en la que se presume el uso de razón; para que se pueda contraer el matrimonio, en cambio, es necesario al menos la discreción que se presume en la pubertad. En estas distinciones se siguen pautas antiguas tomadas del Derecho Romano, basadas en presunciones jurídicas.

Hay que tener en cuenta que los esponsales, contraídos en general por iniciativa y bajo control del padre, debían después ser ratificados por los interesados, también por la mujer. Como dejará claro la doctrina en otros comentarios, en todo caso se necesitaba para contraer matrimonio el con-

<sup>24</sup> La distinción ya aparece insinuada en Graciano en otro contexto (la sustitución del obispo), C. 7, q. 1, c. 14 («*nisi intervalla egritudinis habere est solitus*»).

<sup>25</sup> Glosa a Comp. I 4 1 6 («*Ex litteris*»): v. «*etate*».

sentimiento de presente, explícito, o de forma implícita (mediante la cópula), que transformaba los esponsales de futuro en esponsales de presente, o el llamado *matrimonium praesumptum*.

XII. *AD COMMUNEM VERBORUM SIGNIFICATIONEM ESSE RECURRENDUM NEC AB EIS SINE CAUSA MANIFESTA EST RECEDENDUM*<sup>26</sup> [HAY QUE ATENERSE AL SIGNIFICADO COMÚN DE LAS PALABRAS Y NO HAY QUE ABANDONARLO SIN CAUSA MANIFESTA]

Así aclara el glosador la posición de la decretal.

Se arguye contra el matrimonio celebrado que una de las partes no entendió la proposición de la otra. El Papa advierte que, supuesto que quienes van a contraer el matrimonio «*sint idonei ciencia et aetate*», las palabras hay que entenderlas como se entienden comúnmente, por ello: «*et cogatur uterque verba prolata in eo sensu retinere, quem solent recte intelligentibus generare*».

La regla de la glosa es la primera y obvia regla de interpretación de la ley y de cualquier negocio o estipulación: las palabras utilizadas se ha de entender según el significado que se les da comúnmente, dicho en otra fórmula de la doctrina «*secundum propiam verborum significationem*»<sup>27</sup>. El sentido propio de las palabras no es otro que el que se les da comúnmente. Pero ya el hecho de hablar de un sentido propio o común indica que las palabras pueden tener otro sentido por la misma naturaleza de la lengua variable y por la capacidad que tienen las palabras de matizar su sentido al combinarse con otras.

Esta posibilidad de crear ambigüedades es precisamente la que urge la formulación de esta norma. Por eso, cuando existe una razón manifiesta, podrá justificarse el que una palabra no se entienda estrictamente según el sentido propio y común. Ni la malicia podrá confundir<sup>28</sup>.

Así, si a las palabras que se van a utilizar se les quiere dar un significado matizado, habrá que tenerse éste en cuenta desde el inicio, cuando se establece el negocio jurídico, para evitar toda confusión<sup>29</sup>.

26 Glosa a Comp. I 4 1 6 («*Ex litteris*»): v. «*recte*». Son numerosas las citas en este sentido del Derecho Romano: Dig. 12 69: «*Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*». Curiosa por otra parte la cita de Graciano: De cons. D. 4 c. 48, sobre los errores materiales en las palabras de la fórmula del bautismo, que no afecten al sentido claro.

27 Así en el c.17 del Código vigente.

28 Véase C. 22 q. 5. c. 9.

29 A este respecto ver Cod. Iust. 6. 38. 4.

Por otra parte, si se pretende que a las palabras del precepto o del acuerdo, se les tiene que dar otro significado distinto del común, éste habrá de justificarse, por el contexto, por el uso variante de la legua u otras causas más convencionales.

La norma de interpretación ha sido permanente en el Derecho Canónico y sigue vigente.

XIII. *IUS NON EXPRIMIT QUOD (IN CONTRAENDO) TESTIS VOCATUS ESSE DEBEAT*<sup>30</sup> [PARA EL MATRIMONIO EL DERECHO NO EXIGE QUE DEBA SER CONVOCADO EL TESTIGO]

El hecho referido en la decretal es que se llamó expresamente al sacerdote y diácono y otros clérigos y laicos para expresar ante ellos el consentimiento, y de hecho se manifestó consentimiento ante ellos.

El glosador aprovecha, sin embargo, la ocasión para advertir que no es necesario convocar ex profeso al sacerdote y otros (testes) para la manifestación del consentimiento, bastaría por tanto el hecho de su presencia para que produjera la celebración. Cita a Graciano: C. 4 q. 3 c. 3 § 25, un dictum sobre los testigos, que se apoya en el Derecho Romano (Dg. 22. 5. 11): «*Ad fidem rei gestae faciendam etiam non rogatus testis intelligitur*».

Hay que notar por otra parte que, en ese tiempo, si bien es cierto que se preceptuaba la celebración «*coram ecclesia*»,<sup>31</sup> no se existía aún la exigencia de una forma jurídica canónica para la validez de la celebración del matrimonio, podía éste constituirse sin esa solemnidad ante el sacerdote.

Más aún la doctrina era consciente de que no se requería una presencia activa del sacerdote.

XIV. *MATRIMONIUM CONTRACTUM, LICET ILLA VERBA NON INTERVENIANT: ACCIPIO TE IN MEUM ET ACCIPIO TE IN MEAM*<sup>32</sup> [SE CONTRAE EL MATRIMONIO, AUNQUE NO SE USEN LAS FÓRMULAS: TE RECIBO COMO MÍO, TE RECIBO COMO MÍA]

No solo no existía una forma jurídica obligatoria para la prestación válida del consentimiento, sino que tampoco existía una fórmula verbal necesaria

30 Glosa a Comp. I 4 1 8 («*Ex parte*»): v. «*convocatis*».

31 Clara era la prohibición de los matrimonios clandestinos, Graciano dedica a ello la C. 30. q. 5.

32 Glosa a Comp. I 4 1 8 («*Ex parte*»): v. «*pro coniuge*».

y única para la expresión del mismo. Aunque la fórmula más común era la dicha en el *dictum*, directa y clara<sup>33</sup>.

Como la formalidad de estas palabras no era necesaria para expresar el consentimiento había la posibilidad de utilizar otras para contraer válidamente. Este es el caso que recoge la decretal, según la cual se utilizaron las siguientes palabras: «...*coram sacerdote et diácono... iuramentum praestitit quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret et ei sicut uxori suae fidem servaret. Ipsa quoque eidem... iuravit se illum pro marito habituram et fidem ei tanquam viro proprio servaturam*».

La glosa, vista la categórica posición del Papa en el caso, establece, sin concretar, un principio general, dando por descontado, que lo que se expresa en la fórmula utilizada, es contraer matrimonio.

Las fórmulas solo afectarán a la validez de un negocio jurídico cuando estén expresamente establecidas y exigidas como necesarias. Una formulación que recogiera claramente el sentido de lo que se quiere, en este caso el matrimonio, era pues considerada suficiente. Esta es la postura de la decretal en asunto tan importante como el matrimonio; entonces, como se ha dicho, no existía la obligatoriedad de una forma, y aunque existían ya formulaciones usuales de expresión del consentimiento matrimonial, ni siquiera éstas eran consideradas como imprescindibles para la validez del matrimonio.

De ahí la determinante posición de la Decretal sobre el individuo que abandonó a la esposa con la que contrajo en la forma predicha y se unió a otra mujer: «*superinducta quam habet, prius dimissa, ad uxorem suam redeat, et eam maritali affectione pertractet, et reatum suum condigna satagat poenitentia expiare...*».

Otros dos adagios, además de los anteriores tienen relación con el tema de las formas o solemnidades en la expresión del consentimiento.

XV. *QUONIAM MATRIMONIUM IDEM EST, SI SINE SOLLEMNITATE, DUMMODO PROBARI POSSIT*<sup>34</sup> [PORQUE EL MATRIMONIO EXISTE IGUALMENTE, AUNQUE SE PRODUJO SIN SOLEMNIDADES, CON TAL QUE PUEDA PROBARSE]

La validez del matrimonio, como repetidamente dicho, no dependía de la observación de una determinada forma o determinadas solemnidades jurídicas en la expresión del consentimiento, no existía la obligatoriedad de una

33 Claramente expuesta en la decretal de Alejandro III, mencionada en la n. siguiente.

34 Glosa a Comp. I 4 4 3 (X 4 4 3, «*Licet praeter*»): v. «*sollemnitate*».

forma canónica. Por ello para la validez del matrimonio bastaba que se utilizara una forma pública, es decir una forma externa, que pudiera probarse y de la que se dedujera claramente que de lo que se trataba era de casarse y estas expresiones o formas de contraer podían ser diversas.

Sin embargo, la decretal, en que se encuentra la glosa, es además de gran interés, porque deja bien claro que ya entonces la publicidad de la expresión del consentimiento era decisiva y que además era común observar en la celebración del matrimonio algunas solemnidades: *«si inter virum et mulierem legitimus consensus sub ea sollemnitate, quae fieri solet, praesente scilicet sacerdote aut etiam notario, sicut etiam in quibusdam locis adhuc observatur, coram idoneis testibus interveniat de presenti, ita quidem, quod unus alterum in suo mutuo consensu verbis consuetis expresse recipiat... non licet mulieri alii nubere»*<sup>35</sup>. A estas acostumbradas solemnidades se unían además las palabras rituales corrientes del consentimiento: *«accipio te in meam.»*

Diversas costumbres según los pueblos y el uso de ciertas fórmulas concretas constituían ciertamente la prueba de la existencia del matrimonio, pero no estaban impuestas para la validez del mismo; fórmula pública era necesaria, pero cualquiera de ellas que lo fuera era suficiente.

#### XVI. *NON NOCERE SOLLEMNITATES ABESSE*<sup>36</sup> [LA AUSENCIA DE LAS SOLEMNIDADES NO INVALIDA]

Para entender correctamente el adagio habrá que tener en cuenta que se dan distintas clases de solemnidades en los actos jurídicos; la misma glosa se ocupa de sistematizarlas y distinguirlas. Así cuando se trate de las solemnidades necesarias (*«que in necessariis actibus consistunt»*), sin ellas no se producirá el negocio jurídico. Cuando se trate, sin embargo, de aquellas solemnidades que sean solo ritos o costumbres, entonces el que falte una solemnidad no influirá en la validez de los actos. Esto es, precisamente lo que se aclara en la decretal, respecto a ciertas solemnidades en la celebración del matrimonio, que son costumbre en la Iglesia de Inglaterra.

La aplicación del principio tiene su interés, porque en el caso tratado en la Decretal una mujer contrae sucesivamente dos matrimonios: el primer matrimonio se celebra sin las solemnidades, el segundo en cambio con ellas. Esta circunstancia no impedirá, que si en el primer caso se dio consenti-

<sup>35</sup> La Decretal concluye: *«Et si nupserit etiamsi carnalis copula sit secuta, ab eo sepatrari debe, et, ut ad primam reddeat...compelli».*

<sup>36</sup> Glosa a Comp. I 4 4 6. (-): v. *«sollemnitas».*

miento matrimonial, exista el matrimonio (aunque no haya habido entre ellos la cópula carnal), y como consecuencia de ello el segundo matrimonio será inválido; la mujer, pues, deberá volver con el primer marido, y eso aunque entre ella y el segundo supuesto marido haya tenido lugar la cópula. Con lo cual quedó clara la doctrina de que el matrimonio lo constituye el consentimiento matrimonial perfecto, sin que sea por lo demás necesario para la constitución del mismo ningún tipo de prestación: por ejemplo, la cópula carnal. Para contraer válidamente cualquier forma constatable era de sí suficiente, aunque haya formulas oficiales o consuetudinarias que hacen las cosas más fáciles y comprensibles. En este momento de la historia, como ya hemos observado, aún no existe la exigencia de una forma canónica para expresar el consentimiento: es decir solemnidades jurídicas que se exijan para que el consentimiento matrimonial naturalmente suficiente sea jurídicamente eficaz. Ciertas solemnidades eran costumbre e incluso se mandaron bajo penas, pero no bajo nulidad del acto de expresión del consentimiento (que en todo caso debía ser siempre válido como acto interno psicológico). Esta exigencia, de una forma jurídica, introducida por el Tridentino, cuando por entonces se introdujeron distintos sistemas de matrimonio, en los derechos civiles que regularon el matrimonio, quedó recogida unánimemente la necesidad de una expresa forma, como una exigencia social del bien común, completamente racional.

Por otra parte la no consumación será progresivamente considerada una situación jurídica en que el matrimonio válido podrá ser dispensado por decisión papal<sup>37</sup>. Además ya entonces podía un contrayente, cuyo matrimonio no se había consumado, incluso con oposición del otro esposo, entrar en religión, y por el hecho de la profesión el esposo que quedaba en el siglo podía contraer nuevas nupcias<sup>38</sup>. La aplicación y el uso de tales disoluciones, tanto la producida por profesión solemne como la dada por rescripto papal, fue aumentando con el tiempo y quedó normalizada en el derecho, siendo recogida en el CIC17 y modificada coherentemente en el código vigente.

XVII. *SECUNDUM LEGES TRADUCTIO FACIAT DE SPONSA UXOREM, SED SECUNDUM CANONES SOLUM CONSENSUM FACERE MATRIMONIUM*<sup>39</sup> [SEGÚN LA LEY (CIVIL) POR LA

37 Aunque doctrinalmente esta disolución es conocida en el s. XIII, la práctica de esta disolución se inicia en el s. XV con los papas Martín V y Eugenio IV.

38 Comp. I 3 28 2 (X 3 32 2, de Alejandro III, 1159-81): v. *post*.

39 Glosa a Comp. I 4 1 10 (*Super eo*): v. *consenserit*.



ENTREGA SE CONVIERTE LA PROMETIDA EN ESPOSA, PERO SEGÚN LOS CÁNONES BASTA EL CONSENTIMIENTO]

No habiendo sido entregada o llevada a casa del marido, no se tenía aún la situación por matrimonio a tenor de la legislación civil<sup>40</sup>. Esta entrega o conducción, sin embargo, no era necesaria en Derecho Canónico, según el cual era suficiente el intercambio de consentimientos, sin necesidad de ninguna prestación o entrega, siguiendo la enseñanza de Isidoro que recogerá Graciano<sup>41</sup>: «*Coniuges verius appellantur a prima desponsationis fide, quamvis adhuc inter eos ignoretur coniugalibus concubitus.*» La que según el derecho Romano no era considerada «*uxor*», sí lo era según el canónico.

Esto no impedía que según el Derecho Canónico no se pudiera decir que también se puede contraer matrimonio con la «*traductio*», siempre que ello presuponga y contenga et consentimiento<sup>42</sup>.

XVIII. *ALIENUM FACTUM PROMISSISSE ET ITA NULLA (VIDEATUR) OBLIGATIO ESSE*<sup>43</sup> [PROMETIÓ POR OTRO Y ASÍ NO SURGIÓ OBLIGACIÓN]

El problema en el fondo fue ya visto en un adagio anterior semejante (supra p. 4: tit. 1. 3 «*Conuluit*», v. «*tua*»)<sup>44</sup>

El caso tratado en la decretal descubre diversos aspectos, que provoca el intento de rotura de un juramento de contraer matrimonio. Unos padres pretenden que sus hijos adolescentes contraigan entre si matrimonio, y tanto los padres como los hijos prometen y juran que así será. Pasado el tiempo uno de los hijos prometido con una de las hijas pretende no atenerse al juramento.

La glosa aprovecha la situación para aclarar y precisar la intervención de los padres en los sponsales de futuro matrimonio. A los compromisos asumidos por los padres, la doctrina aplica el dicho considerando que actúan en un hecho ajeno y en consecuencia tales sponsales no engendran en ellos ninguna obligación ni reato en el caso en que sus hijos no contraigan el matri-

40 Dig 23. 2. 6 y Cod Iust 5. 3. 6.

41 C. 27. q. 2 c. 6; ver también C. 27. q. 2, initium Pars I : «...Fuit enim inter eos consensus, qui est efficiens causa matrimonii iuxta illud Ysidori: *Consensus facit matrimonium*». Es de notar que Graciano se preguntará inmediatamente, en el *dictum post* C. 27 q. 2.c. 2: *Sed quaertitur quis consensus facit matrimonium, an consensus cohabitacionis, an carnalis copulae, an uterque?*

42 Ver Comp. 1 4 4 7 (X 4 4 4), aunque la parte de la decretal referente a la *traductio* fue omitida en las Decretales de Gregorio IX; y Comp. 1 4 7 3 (X 4 8 3).

43 Glosa a Comp. 1 4 1 9 («*Ex litteris*»): v. «*patres*».

44 Ver supra n° 7, p. 6.

monio. Con ello lo que en realidad se afirma es que el matrimonio es un acto eminentemente personal de lo que el *dictum* no es sino una evidente consecuencia. La sentencia tiene sus raíces también en el Derecho Romano, Dg. 45. 1. 38: «...*nemo autem alienum factum promittendo, obligatur*».

Por su juramento no quedaban comprometidos a obligar a sus hijos a contraer el matrimonio, el glosador, sin embargo, observará que quedan obligados a lo que, a tenor de su compromiso, estaba en sus manos: «*Tamen suum potius promiserunt videlicet, quod operam adhibeant quod filii eorum inter se contrabant*», dirá el glosador<sup>45</sup>.

Para esta posición dio pie al glosador un paso del Decreto de Graciano, C. 31 q.3 c.1, en el que se afirmaba que los padres no tienen derecho a romper los esponsales de los hijos: «*Ecce, quod non licet parentibus sponsalia filiorum suorum frangere*». Disposición clarificadora, por su parte, de la naturaleza personal de los esponsales, a pesar de que se requería en los menores en dependencia de los padres, su consentimiento. Esta dependencia comportaba, según la opinión de Graciano, que cuando los esponsales se habían formalizado sin el consentimiento de los padres pudieran estos darlos por no válidos: «*Verum hoc de illis intelligendum est, que illorum consensu contrabuntur*»<sup>46</sup>.

XIX. *ETSI NONDUM OPERE EST TRASGRESSUS, IAM TAMEN VOLUNTATE TRASGRESSUS ERAT, QUAM LEX PUNIT*<sup>47</sup> [AUNQUE DE HECHO NO HAYA AÚN VIOLADO LA LEY, DE TAL MODO, SIN EMBARGO (LA PERSONA) HA EXPRESADO SU VOLUNTAD DE HACERLO, QUE LA LEY LA REPRUEBA]

En la misma decretal en que está el adagio anterior se trata de otro aspecto del caso: el no cumplimiento del juramento en los esponsales. Este problema de la rotura del juramento ocupó la atención de los decretalistas repetidamente con opiniones encontradas<sup>48</sup>.

Según parece por el texto de la decretal, todavía no se había producido definitivamente la trasgresión del juramento, pero ya se ha manifestado la voluntad de hacerlo y el Obispo conmina la excomunión, no la impone, más

45 Apoyándose igualmente aquí en el Derecho Romano, Dig. 45. 1. 8.

46 Final del *dictum*; así parece debe entenderse la frase teniendo en cuenta C. 32 q. 2 c. 14 (*in fine*).

47 Ibid. 1, 9: v. «*compellas*».

48 Véase Comp. 1 4 2 9 y glosa al v. «*separari*».

aún toda la posición del Obispo está condicionada a la revisión, que se va a hacer de la causa.

La justificación de la actitud del Obispo en el caso la expresa con hesitación el glosador con las palabras que preceden a su afirmación: *«forte ideo»*. La voluntad, al parecer repetida, aunque no definitivamente contrastada, de transgredir la ley, en este caso el juramento, ha sido ya expresada por él interesado. En esta reiterada posición está sin duda la razón de la conminación de la pena. En realidad, no se pena el delito no definitivamente cometido, existe una esperanza de rectificación de la posición del renuente, más bien se persigue con ello doblegar la actitud de desdén del juramento de matrimonio repetidamente y comprometidamente prestado, aludiendo algunas razones.

En el supuesto de que, convocadas y oídas las dos partes, el esposo sin ninguna causa razonable, por pura veleidad, no quisiera cumplir su juramento deberá ser castigado con la pena de excomunión, con graves consecuencias. Todo ello tiene una función eminentemente pastoral por el grave mal espiritual que puede sobrevenir a quien no cumple sin razón un solemne juramento y por el escándalo subsiguiente. Esa función preventiva es al parecer el sentido de la cita que el glosador hace de Graciano: *«Voventibus virginitatem non solum nubere, sed etiam velle damnabile est»*<sup>49</sup>.

Al mismo tiempo se prevé también en la decretal, que si hubiera causa razonable: *«si obstititit causa rationabilis»*, se debe resolver el caso sin más trámite y sin apelación: *«eam cum omni diligentia et studio audias, et fine canonico, omni appellatione cesante decidas»*. Se entiende pues que una causa razonable liberaría del compromiso adoptado por el juramento, es decir, el contraer el matrimonio. Esta posición indica que el compromiso matrimonial, por muy grave que sea, no crea una obligación absoluta, sino que está siempre supeditado a que nada razonable se oponga a aquel matrimonio, por ello, si después del compromiso surgiera una causa razonable que justificara la rotura del compromiso, quedaría la rotura justificada.

De tal posición se deduce una tutela y reconocimiento de la libertad del consentimiento matrimonial de los que van a casarse, cuando exista en cualquiera de los que se comprometieron una causa razonable que justifique que tal matrimonio no se contraiga.

Es un paso más en la tutela de la santidad del sacramento del matrimonio y de la libertad de los contrayentes.

49 D. 22, c.4.

XX. *MULTI CONTRACTUS EX UNA PARTE POSSE TENERE EX ALTERA NON, SECUS (EST) IN MATRIMONIO: ILLUD ENIM VINCULUM AUT IN DUOBUS EST AUT IN NULLO*<sup>50</sup> [EXISTEN CONTRATOS QUE PUEDEN OBLIGAR A UNA DE LAS PARTES Y A LA OTRA NO, NO ASÍ EL MATRIMONIO: PUES EL VÍNCULO (MATRIMONIAL) O AFECTA A LOS DOS O A NINGUNO]

Las distintas posibilidades en que pueden resolverse unos esponsales hechos antes de la pubertad cuando los prometidos distintamente van llegando a la edad núbil y van prestando su consentimiento dan ocasión a la glosa a formular este principio, teniendo presente el hecho de que en los esponsales puede nacer obligación en una parte, pero no en la otra, estableciendo en qué casos se podían infringir los esponsales.

Cuando se trata en cambio del matrimonio el vínculo matrimonial no puede nacer para una parte y no para la otra: si nace el vínculo matrimonial es para los dos. Dicho de otro modo, se expresó con la frase: «*Matrimonium non potest claudicare*», a saber, el matrimonio no puede ser cojo, de modo que sea para una de las partes válido y para el otro contrayente no.

Lo mismo habrá que afirmar respecto al sacramento del matrimonio: el matrimonio válido entre dos bautizados es sacramento para ambos contrayentes. Pero si el matrimonio no puede ser sacramento para una de las partes, porque no es bautizada, entonces tampoco es sacramento para la parte bautizada (el matrimonio no sería «*ratum*») aunque sea verdadero matrimonio. Es este un caso (el único) en que el matrimonio de un bautizado puede ser verdadero matrimonio, sin ser sacramento.

XXI. *MATRIMONIALITER NON POSSE CONSENTIRE, NISI ETATE MATURA*<sup>51</sup> [EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL NO SE PUEDE PRESTAR, SINO EN LA EDAD MADURA]

Con esta afirmación quedaba justificado, que quien, en edad anterior a la edad núbil, se uniera en matrimonio (expresara las palabras del consentimiento) no por ello contraía matrimonio, que era la cuestión propuesta al Papa y resuelta.

50 Ibid., v. «*disentire*». Sobre la primera parte del adagio el glosador cita a Inst. Iust. 1. 21.1.

51 Comp. 1 4 2 10 («*A nobis*»), v. «*non habent*».

Se apoya el glosador en Graciano, en un texto que directamente trata de la profesión de virginidad<sup>52</sup>, y en una decretal de Alejandro III<sup>53</sup>.

El discurso de la glosa es interesante: en el caso en que un impúber profríese las palabras usuales: «*accipio te in meam, etc.*», se pregunta, ¿hay matrimonio? Pues bien, ni hay matrimonio porque no pueden contraer en edad inmadura, ni hay esponsales porque eso no es lo que quiere.<sup>54</sup> Aunque Alano sostiene<sup>55</sup> como probable que, en tal caso, en virtud del derecho, se puede entender que contrajo esponsales.

Este tema, que subyace en el tratamiento del caso de la decretal, lo completa el comentario con el adagio siguiente.

XXII. *MATRIMONIUM PRIUS INUTILE RETIHABITIONE TACITA VEL EXPRESSA CONFIRMATUR*<sup>56</sup> [UN MATRIMONIO INICIALMENTE SIN VALOR, POR RATIFICACIÓN TÁCITA O EXPRESA, QUEDA CONFIRMADO]

El principio tiene aquí aplicación muy matizada: es para el caso de quienes utilizaron palabras de matrimonio «*accipio te in meum, accipio te in meam*» en tiempo en que no estaban en edad madura y por ello no contrajeron matrimonio. Pero si perseveraran en esa misma voluntad hasta cumplir la edad, entonces quedaría su matrimonio ratificado<sup>57</sup>. No sucedería esto sin embargo por el mero paso del tiempo, sino en el supuesto de la permanencia de tal voluntad y esto consta explícitamente, porque se manifiesta y se da una nueva expresión del consentimiento, o tácitamente, por los hechos, como puede ser con la convivencia marital<sup>58</sup>.

No hay que olvidar, como se ha repetido, que entonces no existía obligatoriedad de forma canónica. Lo llamativo es que se reconociera la manera implícita de manifestar el consentimiento como suficiente (la convivencia marital subsiguiente); si bien hay que tener en cuenta que no era una pura

52 *Dictum ante C.* 20. q.1. c. 1. El c. 1 hará referencia indirecta a la edad de las nupcias: «*Firma autem tunc erit professio virginitatis, ex quo adulta iam aetas esse ceperit, et que solet apta nuptiis deputari ac perfecta.*»

53 *Comp.* I 4 16 3 (X 4 15 2). El razonamiento, sin embargo, en la decretal, está en relación a la impotencia: «*Sicut enim puer no potest reddere debitum, non est aptus conjugio...*».

54 Apoyado en *Dig.* 23. 1. 9.

55 Citando a *Comp.* 1 4 5 4 (X 4 5 5).

56 *Comp.* I 4 2 10 («*A nobis*»), v. «*non habet*».

57 Citando a *Dig.* 23 2 4: «*Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.*»

58 Puede verse la casuística en *Comp.* 1 4 2 9 (X 4 2 7).

manifestación implícita del consentimiento, sino que a ésta había precedido la manifestación explícita<sup>59</sup>.

El derecho vigente tiene también una situación parecida, análoga, en la revalidación simple, cuando la repetición el consentimiento puede ser privada, c. 1159 § 2.

XXIII. *UBI MATRIMONIUM LEGITIMUM EST ET PROLES LEGITIMA CENSETUR, ET NON SOLUM UBI EST LEGITIMUM SET ETIAM UBI REPUTATUR LEGITIMUM*<sup>60</sup> [NO SOLO SE CONSIDERA A LA PROLE LEGÍTIMA CUANDO EL MATRIMONIO ES LEGÍTIMO SINO (TAMBIÉN) CUANDO SE LE TIENE POR LEGÍTIMO]

La legitimidad de los hijos ha tenido importantes consecuencias en el derecho familiar y en el estado civil, y en algunos casos en canónico, de las personas. Las obligaciones naturales con los hijos son fundamentales y existen y subsisten, aunque los hijos no sean frutos de un legítimo matrimonio. La primera parte del adagio está basada de Graciano<sup>61</sup>, la segunda en decretales posteriores<sup>62</sup>.

En cierto sentido las normas sociales restrictivas de los derechos de los hijos ilegítimos, en otras épocas tendían a tutelar ciertos valores de la familia como elemento básico del equilibrio social. Los posibles desequilibrios, sin embargo, no pueden ni deberían resolverse de modo que la solución afecte a la dignidad de las personas y la igualdad ante la ley. Los hijos por otra parte como ciudadanos, y como miembros de la Iglesia estantes por sí mismos, con la propia dignidad y personalidad no tienen que sufrir en los derechos fundamentales las consecuencias de la moralidad o no de los actos de los padres. La evolución en el Derecho ha sido constante y determinadas situaciones jurídicas dependientes de la situación social o cultural han ido evolucionando hacia una mayor justicia y equidad. De modo que en la cultura social y familiar cristiana apenas restan indicios de la misma,

En el ordenamiento canónico aparece y permanece un aspecto testimonial de la tendencia, enunciado en el viejo adagio, en relación al matrimonio putativo: cuando las partes o al menos una de ellas contrae el matrimonio de buena fe, creyendo que a tal matrimonio nada se opone, el efecto sobre

59 Por otra parte, aquella primera voluntad si se trataba de esponsales, con la convivencia y cópula, serían esponsales de presente.

60 Comp. 1 4 2 6 (X 4 2 5, «Accessit»): v. «prolem».

61 D. 34 c. 23 «Siquis viduam»; C. 32 q. 3 c. 9 «Dicat aliquis».

62 Ver Comp. 1 4 18 2 (X 4 17 2, «Cum inter») y la glosa.

la legitimidad de los hijos es categórico<sup>63</sup>. Eliminado en su raíz el origen del problema o la fundamentación de la ilegitimidad, desaparece ésta radicalmente.

XXIV. *TRANSIT FIDES PACTI IN FIDEM CONSENSUS DUOBUS MODIS, SCILICET PER CARNALEM COPULAM VEL CONSENSUM*<sup>64</sup> [DE DOS MODOS SE CONVIERTE EL COMPROMISO DE PACTO EN COMPROMISO CONSENSUAL, POR LA CÓPULA CARNAL O POR EL CONSENTIMIENTO]

En un tiempo en que no está ligado el matrimonio a una forma concreta para la expresión del consentimiento y en el que los esponsales, que conllevan la voluntad de un futuro matrimonio concreto, son práctica extendida, y frecuentemente en edad inmadura, hubo que resolver en que situación moral y jurídica quedaban, quienes conscientes de su promesa, en edad hábil realizaban el acto al que legitimaba el matrimonio. Este es el resumen de esta sentencia.

Con ello se puntualiza que los esponsales, la voluntad pública y promesa de contraer en el futuro nupcias (*fides pacti*), se convierten en verdadero matrimonio de dos maneras: o bien con la realización de la cópula entre los prometidos (esposos en sentido etimológico), o bien por la prestación expresa del consentimiento matrimonial.

En la primera hipótesis tenemos uno de los casos del llamado matrimonio presunto: esponsales más cópula equivalen a constitución del matrimonio. Es matrimonio presunto puesto que la convivencia marital hace presumir el consentimiento actual, cuando ya son capaces de prestarlo, en base a que no se puede pensar que dos cristianos, que expresaron ya públicamente su voluntad de contraer matrimonio entre sí en los esponsales, quieran realizar una acción inmoral y pecaminosa, que deja de serlo si están unidos maritalmente. En consecuencia, se presume en tales circunstancias que existe esa la voluntad de casarse de hecho, que queda expresada implícitamente mediante la relación marital completa. Esta presunción hace que el matrimonio se tenga por real y válido entre ellos, mientras no se demuestre otra cosa. El hecho de la convivencia matrimonial prolongada (el *tractu temporis*), de quienes estuvieron prometidos con los esponsales, será la constancia y evidencia de la existencia del matrimonio.

<sup>63</sup> Ver sin embargo puntualizaciones en X 4 3 3 («*Cum inhibitio*»). Decretal en que se prescribieron la proclamas antes de la celebración y la presunción que pueden engendrar.

<sup>64</sup> Comp. 1 4 4 1 (X 4 4 1 «*Duobus*»): v. «*si promiserit*».

En la segunda hipótesis, con el consentimiento expreso de matrimonio de dos personas ya hábiles, evidentemente los esponsales o promesa de matrimonio, desaparecen y se constituye la realidad matrimonial.

En ambos casos se decía que los esponsales de futuro pasan a ser esponsales de presente, que es lo mismo que decir matrimonio.

XXV. *QUOD AB INITIO NON VALET, CUM TRACTU TEMPORIS NON CONVALESCIT*<sup>65</sup> [LO QUE ES NULO, NO SE REVALIDA CON EL PASO DEL TIEMPO]

El principio aquí enunciado, ya formulado con distintas palabras en el Decreto<sup>66</sup>, se refiere a que el transcurso del tiempo no elimina la exigencia de presupuestos que se requieren para la validez, ni suple los elementos esenciales o constitutivos de un negocio jurídico: si le faltaron al inicio, el negocio es y permanece nulo, no existe como tal.

El caso tratado en la decretal, referido al matrimonio, era muy claro: una mujer ya casada es desposada por otro. Ni este hecho, ni la convivencia matrimonial con este segundo marido, revalida la invalidez de la segunda unión. El varón debe separarse de esa mujer. La decisión confirma el dicho y éste es la racionalización de la decisión.

Naturalmente hay que exceptuar del dicho todos aquellos negocios a los que se aplica la *prescripción*, que suelen nacer de la necesidad de seguridad y de la presunción de que el interesado en el objeto del negocio renuncia a él: «*volenti non fit iniuria*.» Se trataría en el caso de una colisión de intereses que se resuelve con este instituto jurídico que debe garantizar la seguridad jurídica y la equidad en el uso de los bienes y derechos.

También se dan situaciones en que el paso del tiempo o el cambio la ley puede eliminar los presupuestos o elementos requeridos para la validez de un acto o negocio y en consecuencia nada impediría que el negocio inválido pudiera ahora ser válidamente contraído.

Estas situaciones son muy distintas y pueden ser muy complejas; la solución de ellas está en general prevista en la ley, que puede optar por una solución automática, por una repetición del negocio o una sanación con diversas opciones, o simplemente por el rechazo de solución positiva, declarando la

<sup>65</sup> Comp.1 4 4 2 (X 4 4 2, «*Accepisti*»), v. «*tibi fieri*.» Cita, para confirmar la afirmación, Comp. I 3 9 3 (X 3 10 3, «*Quum nos*»), que trata de una donación inválida, si no se ratifica convenientemente.

<sup>66</sup> *Dictum Gratiani post C.* 16. q. 3 c. 15 : «*Quae ab initio de iure effectum sortiri non possunt, tractu temporis non conualescunt*».



nulidad del negocio con todas las consecuencias de la misma. Tales problemas y soluciones irán apareciendo a medida que surjan las diversas situaciones, La glosa se ocupará de este tema repetidamente y el adagio aparecerá, en alguna de sus semejantes formas, al comentar o clarificar nuevas y muy distintas situaciones.

XXVI. *QUOD AB INITIO NON VALET, NEC POSTEA CONVALESCIT*<sup>67</sup> [LO QUE ES INVÁLIDO EN EL ORIGEN, NO SE CONVALIDA SIN MÁS]

La formulación del principio es prácticamente idéntica a la del anterior.

En este nuevo caso, igualmente de posible bigamia, la situación es, sin embargo, más compleja y el Papa exige un examen judicial clarificador de los hechos: si el primer matrimonio fue válido y consumado, y antes de la muerte de esa esposa se contrajo un segundo matrimonio, la cosa es clara; pero si el primer matrimonio no fue válido, la situación del segundo es diversa.

El adagio se trae aquí para aclarar que la mera facticidad no convierte los actos nulos en válidos. Esto por una parte es lo que garantiza el que haya interés en el cumplimiento de una ley; es por otra lo que ayuda a quien las circunstancias de fuerza o engaño condujeron a un acto nulo, a que pueda en cualquier momento eliminar de su vida esa anomalía, en cuanto las circunstancias de fuerza y engaño causantes dejen de tener la virtualidad suficiente. Y, además, en quien vive en una situación querida y sabida inválida, radicalmente injusta o falsa, es lo que mantiene en él viva y despierta la conciencia de la falsedad o de la palpable injusticia de su situación o de su actitud.

Cierto que existe algún instituto jurídico que por la seguridad y para fomentar el interés y defensa del orden jurídico y moral, se utiliza y sirve para acabar con situaciones fácticas falsas por el bien común y la seguridad jurídica<sup>68</sup>; pero eso es, en cierto sentido, excepcional y requiere un tiempo bastante largo en la vida de un hombre.

En la decretal se trata de un caso matrimonial: el matrimonio nacido nulo se dice, no se sana por el hecho de la convivencia de la pareja como matrimonio. Y esto, aunque hayan cambiado las circunstancias y ahora la relación

67 Comp. 1 4 7 2 («Significavit»): v. «revertatur.» El principio se presenta en otras formas y expresiones, así aparecerá posteriormente en la Decretales de Gregorio IX, X. 3. 39. 3: «*Quod ab initio non fuerat, etiam labentibus temporibus noviter non permittas imponi*», y en la RJ 18 del Liber Sextus: «*Non firmatur tractu temporis quod de iure ab initio non subsistit*», y en otras también del derecho profano.

68 Naturalmente se piensa aquí en aquellos negocios, en que se aplica la prescripción, del que se tomó cuenta en el adagio anterior.

fáctica no tuviera ningún impedimento para constituirse jurídicamente como matrimonio *«licet (post) perveniat ad casum a quo incipere poterit.»* Ahí es donde el principio tiene su aplicación.

Por eso la decretal para el supuesto de que las declaraciones y pruebas aportadas fueran ciertas y en consecuencia el primer matrimonio fuera válido, afirma lógicamente que no está casado con la segunda mujer, con la que tuvo los hijos, ni puede volver con ella (por el impedimento vigente entonces de adulterio): *«Quod autem perpetuo fieri prohibetur, quovis casu incidente, prohibitio perseverat.»* Por eso además de refilón se constata en la decretal que, dado que la primera mujer ha muerto, (y su segundo matrimonio es inválido), podría el marido, si lo quiere, tomar otra esposa.

Esa es, sin embargo, la cuestión a dilucidar: si el primer matrimonio fue o no válido. En efecto, pues si por las pruebas el primer matrimonio no fuera válido, la situación sería igualmente clara, pero distinta, ahora a favor del segundo matrimonio. Siendo eso así, advierte también la decretal: no se podría prohibir al esposo volver a la mujer, con la que después se casó. porque este matrimonio sería válido.

Planteado con claridad el problema, se proceda.

Ignacio Pérez de Heredia y Valle