

DESARROLLO Y TRIUNFO DEL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO MATRIMONIAL DE LA IGLESIA

‘Consensus facit nuptias’, así se reproduce a menudo un brocardo de Ulpiano en el Digesto, brocardo que él ha utilizado para solucionar una cuestión específica del derecho hereditario: cuando un legado a una mujer ha sido instituido para el caso de que ella haya entrado por vía matrimonial en la familia, entonces ¿se cumple ya la condición cuando haya contraído matrimonio aun cuando no haya habido relaciones sexuales? Ulpiano contesta en sentido afirmativo, pues las relaciones sexuales no crean el matrimonio, sino el consentimiento (Dig. 35.1.15 y 50.17.30). No deja lugar a duda la influencia de estas formulaciones u otras parecidas del derecho romano en el derecho canónico matrimonial. Aquí no podemos, como se comprenderá, investigar sobre la cuestión previa de si esta formulación podría representar quizá una interpolación más tardía bajo influencias cristianas, ya que al menos en el derecho romano clásico el matrimonio no era propiamente dicho una situación de derecho, sino que era una convivencia de los cónyuges basada y mantenida en un consentimiento perpetuo. Esta es la opinión preponderante de los romanistas desde hace apenas un siglo¹. Con motivo de la disertación de Josef Huber, un alumno de O. Robleda, respecto del consentimiento matrimonial en el derecho romano, se levantaron al menos preguntas sobre los fundamentos de esta opinión dominante², como lo admite Mayer-Maly en su reseña del libro³. Pero hasta el momento estas cuestiones apenas se han puesto de relieve o discutido más detenidamente.

1. En una cierta radicalización, el principio del consentimiento se hizo importante en la respuesta del Papa Nicolás I en el año 866 replicando a consultas provenientes de Bulgaria⁴, donde se cruzaron influencias orientales y

1 En la abundante literatura véase p.e. G. D’Ercole, ‘Il consenso degli sposi e la perpetuita del matrimonio nel diritto romano a nei padri della Chiesa’, SDHI 5 (1939) 18-75; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, 2 ed. (München 1971) 2 (München 1959) passim; O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano* (Roma 1970).

2 J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsinhalt in der Klassik und zur Frage seines Wandels in der Nachklassik* (Analecta Gregoriana 204; Roma 1977).

3 Reseña del libro citado por Huber en AKKR 147 (1978) 617-619.

4 El amplio escrito está editado como carta 99 de E. Perels en: *Monumenta Germaniae Historica, Epistolae* 6 (1925) 568-600, el texto en cuestión se halla en p. 570.