

EL MATRIMONIO CANONICO EN LIBERTAD:

Reflexiones al hilo de las fuentes históricas de su regulación

DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE D. ANTONIO PEREZ RAMOS

1. INTRODUCCION: EL DERECHO ROMANO, PRIMER ABANDERADO DE LA LIBERTAD MATRIMONIAL

Es justo, en efecto, reconocer a Roma y a su sabio derecho la condición, el mérito, de haber sido primer abanderado o adalid de la más antigua proclamación solemne, dentro de nuestra área occidental, del derecho de todo hombre y de toda mujer a contraer matrimonio en libertad: “ Libera esse matrimonia antiquitus placuit” (L. 2. Cod. de inutil. stipul VIII, 39).

Una proclamación fundamental, enraizada en el derecho natural, o si se prefiere en el derecho ideal, entendiéndose por tal el conjunto de ideales jurídicos (Juan Igartua).

Y una declaración institucional, la romana, que en lo que tiene de positivación, es anterior al derecho específico matrimonial de la Iglesia católica. En otras palabras, Roma es nuestro precedente legal inmediato de la libertad, como exigencia del matrimonio, sin otras connotaciones o matizaciones. O sea del matrimonio nacido del consentimiento. ¿ Continuo o inicial ? Poco importa bajo el punto de vista estrictamente teórico o asépticamente puro de la libertad. Y en tal sentido repetimos que precedió, se adelantó, a la regulación canónica del matrimonio “in subiecta materia”.

Contemplamos, por ende, un fenómeno histórico-jurídico, que tiene su explicación obvia como jurídico y como histórico, pues no se olvide que el derecho es una realidad histórica. En efecto, la institución eclesial se implantó, originariamente, dentro de las fronteras del Imperio Romano. Y la incipiente preceptiva canónica, nacida tras la paz constantiniana, anduvo, en opinión de Piero Bellini, atenta, como siempre, a la valoración de los actos humanos “sub specie peccati” o “sub specie scandali”; y, en consecuencia, en

cuanto halló cualificaciones civiles —entiéndase del derecho romano vigente— que eran invalidantes legales de conductas anómalas de sus fieles, las acogió con un positivo aprecio . Postura que adoptó la Iglesia, al encontrarse, dentro del tejido social en que iba penetrando, con la dura realidad de la violencia de unos contra la libertad de otros, en algo tan intrasferiblemente personal y definitivo como el contrato nupcial (Wernz). Entonces el legislador eclesiástico hizo suyo, bautizándolo con ambas manos, el principio de la libertad, y lo declaró indispensable para poder casarse debidamente. Al tiempo que tomó el meritado principio del Digesto como “ratio”, junto al principio de la injusticia subyacente en la coacción, para regular el impedimento “vis et metus”. Una prohibición de contraer perteneciente, en expresión del Prof. Victor Reina, “al patrimonio más antiguo de la legislación canónica”. Y apostillamos, junto con el rapto, cuyo introductor en la categoría de óbice legal a la libertad nupcial, se debía ya probablemente a Constantino, quien la sancionó con pena de muerte para el raptor y para los cooperadores del delito, e incluso para la raptada, aunque hubiese luego consentido. Se diría que se castigaba entonces la injuria cometida contra la propia institución matrimonial. Asimismo, en aquel derecho romano cristianizado se buscaba tutelar otros valores superiores como la fe y la fidelidad, al establecerse el impedimento de disparidad de religión, primeramente entre judío y cristiana, por mandato de Constancio; y por el de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, al de cristiano y judía, calificando el supuesto de adulterio y aplicando a la adúltera la pena capital, pena que Justiniano, en 566, sustituyó por la de encierro de la mujer en un convento, no sin antes ordenar que la azotaran (Robleda).

Y todo esto, con ser otra la preocupación prioritaria en la legislación matrimonial de Constantino, o sea la de determinar, desde el enfoque del derecho y la teoría del consentimiento la cuestión de cuándo empezaba a vincular la realidad de la relación conyugal, así como, por influjo de la fe cristiana, mientras el gran protector de la Iglesia miraba de inculcar la idea de la indisolubilidad, desde la perspectiva dogmática (Arecherrena).

Refrendos y apoyos desde la vieja, sabia y lapidaria expresión del derecho romano a favor de la libertad de casarse, con que la Iglesia echó a andar; y que durante diecisiete siglos ha venido manteniendo, traspasando incontables fronteras culturales, encrucijadas ideológicas las más diversas, e inspirando legislaciones de la densidad y trascendencia como la matrimonial. Si bien hay que reconocer que el “*ius connubii*” o derecho natural de casarse sobre el cual se funda el derecho de los fieles al sacramento del matrimonio (Turnaturi), hasta épocas recientes no ha desplegado un desarrollo generoso en sede canónica (cc. 219, 1058). Y, lógicamente, menos aún se había proyectado con tanta fuerza sobre el mundo secular (J. Maldonado).

Nos referimos, con categoría y dimensión de derecho humano fundamental (Turnaturi) admitido entre los constitucionales canónicos, de nuestra material que no formal Constitución. ¿Exponentes? Ahí están el canónico-justiniano, el medieval o derecho de las Decretales; la normativa del CIC-17, cuyas normas se quedaron cortas, faltas de creatividad, sin pasar por la conveniente catarsis y liberarse de adherencias inútiles del pasado. Evidentemente les faltó una mayor inspiración evangélica y el que el Espíritu suscitara un Concilio Vaticano II por cuyo conducto se nos diera a entender que el elemento jurídico pacticio está puesto en el consentimiento personal e irreversible (GS, 48) y, por supuesto, libre (Parisella). Que también esta libertad específica forma parte de la genérica inherente a los hijos de Dios, y que se enmarca, con todas las consecuencias, en la esfera “libertatis” de todo bautizado (Hervada-Lombardía).

Ideal que, desgraciadamente, no siempre o no del todo se ha logrado; mientras se registran no pocas deficiencias, que los turistas somos propensos a disculpar, de acuerdo con el brocardo “distingue tempora et concordabis iura”. Y que hacemos en un saludable ejercicio de comprensión, tanto para con el derecho romano, como para con el canónico histórico. Fundamentalmente porque en lo que tienen de humano, han pagado tributo a la fragilidad y a la incoherencia, que bien plasmara Terencio, en su “humanus sum”... Y, todo bien mirado, por otra parte, a ambos derechos no se les podía pedir más. Esto es, el primero ya hizo bastante con ser signo, bandera, surcador de caminos. Y el segundo, con que defendiera, en sus albores, la institución misma y más directamente a los propios nubentes frente a la coacción, empezando por la que provenía de los padres y del contexto de una sociedad cerrada.

Otra cosa —y por cierto no menos sugerente— sería la consideración de la libertad en el matrimonio no confesional o civil. Es decir, en aquel sistema que naciera de la conjunción romano-canónica del Medioevo. Que luego se sacralizó en el siglo X. Y que desde la reforma protestante sufrió un proceso de secularización cada vez más desbordante. De esto haremos una sencilla alusión, al final, a modo de escolion.

De momento, nos quedamos, en unas reflexiones al hilo del correspondiente estudio de fuentes, planeando como primer frente por los juristas romanos y con sus esfuerzos, que son de agradecer, aunque fueran limitados en los resultados. Para continuar y detenernos en los Canonistas que, aunque abundaron en muchas sutilezas, las comprendemos, dadas las coordenadas en que se movía la concepción del hombre en el pasado, cuando se conocía tan poco sobre su libertad, principalmente por no haber penetrado todavía los progresos de las ciencias humanas en la complejidad del misterio humano.

¡Curiosas sutilezas de unos interpretando a los otros!. Como por ejemplo, el derecho romano prohibió “coniugia inter liberum et ancillam”. La ley canónica en un principio no se atrevió a rehusar tal prohibición y la mantuvo incluso en la primera Codificación, incrustándola en el can. 1083, en sede del error “condicionis servilis”. Pero la doctrina justificaría tan anacrónica y discriminatoria prescripción argumentando que no puede ejercerse una auténtica dilección entre aquellas personas de las cuales una reduce a la otra en servidumbre.

Igualmente, sirve de botón de muestra de ese talante hecho de respeto y conformismo esterilizante, de un talante felizmente ya periclitado, la no menos artificiosa interpretación del texto bíblico: “Lo que Dios ha unido, que no lo separe el hombre”. La literatura canonística acudiría a la hábil interpretación de Ivo de Chartres, para legitimar la separación canónica, pues: “ Quien separa, en el contrato, no es el hombre, sino la justicia (Bellini).

Son éstas, como es de ver, sencillas pinceladas y meras glosas en torno a la inscripción que da título a este Discurso nuestro. Un texto que, por su amplia formulación, propicia a lo ecuménico, a lo universal y hasta a lo planetario, bien pudiera lucir en el frontispicio de cualquier foro internacional de derechos humanos, o como leyenda en un Instituto multidisciplinar sobre el matrimonio o, a un nivel más modesto, en la antesala de cualquier vicaria o en la de un juzgado de familia, o quién sabe si presidiendo un paño de pared en un despacho matrimonialista.

En todo caso, la frase, enjundiosa y emblemática, nos ha servido, Excmos. Señores, de introducción al tema escogido para optar al ingreso en esta prestigiosa Academia, que me designara electo, como miembro de número, el 30 de junio del año pasado.

Útil, iluminadora, sugerente como la que más. Pues impacta a modo de indicador o referente de una cantera doctrinal y jurisprudencial de calado y de extensión a la vida personal, a la relación interpersonal dual que es el matrimonio, y a la misma sociedad en que vivimos. Así como, a fuer de mensaje que arranca, resuena y revierte a la entraña del pensar y actuar de hoy. Hasta el punto de que la libertad de elección matrimonial es, en el presente, uno de los signos de los tiempos, englobado en el más amplio de la libertad en general. Que goza de su momento estelar, como principio programático, que es elemento integrante de lo mejor de nuestro de nuestra cultura, y que se estructura como eje de nuestro sistema matrimonial, subsistema del canónico. Amén de figurar entre los más preciados valores, en la axiología de este fin de siglo. Un valor superior que muestran orgullosos los ordenamientos de los Estados democráticos, al autodefinirse en sus

respectivas cartas magnas, al sobreentenderse, como es en el caso de nuestra Constitución de 1978, la libertad matrimonial del art. 32, implícita en la libertad del art. 1.

Volvemos, por lo demás, en este introito, como en una especie de “ritornello”, a insistir en que la libertad de elegir matrimonio, que estimamos, a pesar de todo, constante histórica y que presentamos como luminosa en la defensa del hombre mismo, en el derecho eclesial, no empece la existencia de sombras, de oscuridades, de lagunas y baches en su seno, a través de los tiempos, tanto como formulación de un principio esencial del instituto matrimonial, como sobre todo si se bucea en la efectividad de la tutela real de los casos concretos o en la aplicación a personas, y a circunstancias, muchas de ellas sangrantes.

Datos negativos que no deben sorprendernos, si caemos en la cuenta una vez más de que la tensión y hasta la incoherencia y la confrontación pertenecen al propio ser eclesial. Que esa casi constante proclama de libertad es coordinada ideal de otra que se mueve con tendencia a bajar a ras del suelo. De donde no siempre son convergentes lo ideal con lo real. He ahí el “punctum pruriens” de este misterio divino y humano por el que navegamos. El lastre, consustancial, que acompaña a esta singular institución. El contrapunto. Y la dialéctica entre ley y libertad, entre pecado y gracia. La antinomia que busca, finalmente, la armonía escatológica. De todo esto nos ocupamos, de conjunto, en el epígrafe que sigue.

II. LA AUTOCOMPRESION DE LA LIBERTAD EN LAS DISTINTAS DISCIPLINAS JURIDICAS ECLESIASTICAS

Empecemos por unas someras consideraciones sobre la naturaleza del derecho en la Iglesia y sobre el puesto relevante que en el mismo ocupa la libertad: Para eso haremos un breve apunte de qué se entiende por libertad en las diversas disciplinas jurídicas que configuran nuestro Derecho confesional. No sin antes señalar que, dentro de este ordenamiento jurídico, el concepto de ley relacionado con el de libertad apunta de inmediato a lo que es correlativo, poliédrico o equivalente. Diversificándose tal relación según lo peculiar de cada rama del saber jurídico eclesial.

1) Así, desde la óptica del Derecho público eclesiástico interno, el binomio denota la existencia de una tensión con un poder al más alto nivel, que exige sumisión; de una autoridad en el vértice que impone obediencia incondicional; y de una jerarquía que pide orden y subordinación, en ocasiones desde una estricta visión de fe o en otras, gravando la conciencia. Por tanto, en dicha disciplina, antiguo corolario de la Teología

Fundamental, están estrechamente ligados y marcados de correlación y de interacción lo que, por un lado, es institucional o “ius cogens”; y lo que, por otro, es personal y opcional.

2) Mientras que para el Derecho publico externo la “libertas Ecclesiae”, contenido esencial de la tesis de la personalidad jurídica de la propia institución, se revela como requisito imprescindible de su ordenamiento primario, autosuficiente e independiente de los ordenamientos estatales, por voluntad de su Fundador. Libertad que es proclamada y reivindicada en las grandes declaraciones introductorias de determinados documentos de iglesia y, por descontado, en los Concordatos o Acuerdos de la Santa Sede con los diversos Estados.

3) Se da una tercera acepción de libertad que es la contemplada desde el ángulo del Derecho constitucional eclesiástico, o sea, como equivalente al carisma que estructura al pueblo de Dios (libertad institucional), y que lo configura en la vertiente de la espontaneidad y en línea con la igualdad fundamental entre todos los bautizados (libertad fundamental del fiel). Esto nos sitúa, por ende, ante un derecho publico subjetivo y un libertad pública, que es “erga omnes” y que ha de respetar y tutelar la autoridad social religiosa.

4) Con lo que nos acercamos al subsistema del Derecho matrimonial, dentro del marco general del sistema canónico, de naturaleza pública y de ámbito universal, como derecho común ordinario y cuyos principios son, según Llamazares, de un lado, el de equidad, como informador del sistema de normas y, de otro, el de sacramentalidad, según el cual la Iglesia aparece configurada como una institución sacramental de comunión, en tanto que principio informador del sistema de relaciones canónicas. En efecto, al ser configurado el matrimonio como la más pequeña, pero verdadera Iglesia –Iglesia doméstica, según los Padres y el Vaticano II– y, dada la analogía de la sacramentalidad, resulta que la relación entre la institución matrimonial y la Iglesia en la que se inserta es similar a la que el propio Concilio predica de la relación entre Iglesia particular e Iglesia universal. De donde habrá de concluirse que la institución matrimonial es, asimismo, el sacramento del amor divino y que en el deberá manifestarse el principio de equidad como expresión de la ley del amor.

Principio capital de sacramentalidad del que derivan directamente otros que, jerarquizados, son el institucional, el del consentimiento, el del “favor iuris” y el de la forma de celebración.

Y, a propósito de sistematización del derecho, de tiempo atrás venimos preocupados por la conveniencia de una axiomatización del sistema matrimonial, del que anda falto la Canonística respecto de la normativa

codicial, especialmente en el campo de la patología del consentimiento. Al tiempo que nos estimula la tarea, por cuanto que la sistematización es un buen instrumento metodológico para la búsqueda de la verdad y es una mediación, dotada de potente dinámica interna cuyo proceso dialéctico enriquece progresivamente la malla apresadora de la verdad. Aun a riesgo, bien lo sabemos, primeramente de que podemos caer en la exageración hegeliana de identificar verdad y sistema; y de que el previsible enriquecimiento conlleve un permanente enfrentamiento entre dato teológico y dato sociológico, como criterios últimos de contrastabilidad del sistema jurídico-canónico, concretamente del matrimonial.

III. LA ESPECIAL TUTELA DE LA LIBERTAD NUPCIAL EN LAS FUENTES DEL MIEDO INVALIDANTE

Puestos a investigar lo que estimamos el exponente más claro de la normativa canónica en defensa de la libertad, con método adecuado, nos autolimitamos, “prima facie”, a la patología del consentimiento meticoloso, por ser lugar preferente de encuentro del binomio libertad / coacción, donde el legislador protege con sanción de nulidad el quebrantamiento de la voluntad matrimonial en cuanto no libre. Avanzaremos como por un hilo conductor y, a grandes rasgos, veremos las fuentes históricas, así la extraeclesial más emblemática o el derecho romano, como las intraeclesiales más importantes y señeras. Haciendo del concepto “fuente” una lectura extensiva, es decir, no sólo abarcando las “essendi” sino las “cognoscendi”, incluido el propio magisterio, la enseñanza de los Santos Padres, la filosofía y teología escolásticas; también el llamado derecho litúrgico, en su acepción más generosa; amén de los criterios marcados por la doctrina científica y por la jurisprudencia.

A este propósito, no podemos menos de citar –siendo quien les habla fundamentalmente un juez– las palabras, en su texto original, de Cicerón, en el *De legibus*, III, 1: “*Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus; vereque dici potest magistratum legem esse loquentem; legem autem mutum magistratum*”.

Y aquellas otras de Carnelutti, en su “*Trattato del proceso civile*”, también originales, y apropiadas como las que más a una Academia de Jurisprudencia y Legislación: “*La dignità del giudice non cede nulla a quella del legislatore e le raccolte di legge non hanno maggiore importanza che quella della giurisprudenza. La giurisprudenza è, appunto, sullo stesso piano della legge perché non è altro che la legge interpretata*”.

Abrimos, pues, nuestro caminar investigador, de la mano de seguros guías; y presididos en todo caso por el “*leiv motiv*” del texto de portada, en

su doble dimensión enunciativa, o sea en razón de que los matrimonios han de ser libres; y de que esta voluntad del legislador “placuit” se pronunció así porque quiso; y “antiquitus”, o sea desde casi la noche de los tiempos.

1) **La fuente extraeclesial por antonomasia, el derecho romano**

Lo dijimos inicialmente. El Derecho canónico es tributario del romano. Ahora precisamos que éste influyó sobre el derecho canónico sobre todo indirectamente, esto es, a través del Decreto de Graciano y de las Decretales. Una influencia a tres bandas: La de suplencia de las lagunas de la norma canónica; la inspiración de elementos romanos, operantes en el subsuelo de diversas instituciones canónicas; y determinadas reminiscencias metodológicas que asimiló un sector de la doctrina canónica tradicional. Vayamos por partes:

A) Aportaciones romanas en el campo de las lagunas canónicas:

a) Descubrimos la primera en la interpretación del “vis metusve causa” como una hendiadis o un “metus ex vi”, conocida como “teoría unitaria”, la más común entre los romanistas. De donde resultaría que la “vis” es la clase única de la violencia moral. Con lo que quedaría descartada la “teoría dualista”, que parece desprenderse de la lectura “vis ac metus”, o de dos supuestos de violencia, que ya es actual; y en que el “metus” sería un estado de ánimo producido en la víctima a través de la amenaza, por causa de un peligro presente o futuro (Crisquoli).

b) La segunda aportación se cifra en que la “vis physica” sería el equivalente de la “vis corpori illata”, al tenerse en cuenta el medio de presión ejercido y el objeto al que la fuerza va dirigida. Una presión que puede conseguir “ab extrinseco” una declaración de voluntad, que causaría en la víctima una situación aflictiva y que al final acabaría por provocar una declaración viciada. Es lo que parece desprenderse de la lectura del punto del Digesto “quamvis si liberum esse noluissem, tamen coactus volui” (D. 2, 421). Mas, como observa Gordillo, el resultado terminal de esta violencia no es siempre de total exclusión de la voluntad o “vis impulsiva o ablativa”; sino que se quedaría en vis relativa, compulsiva, viciante o moral. Opinión que apoya Alvaro D’Ors, al entender que la “vis absoluta” es extraña al derecho romano, de modo que el principio de que la “voluntas coacta” sigue siendo voluntad es doctrina tomada, no del Derecho de Roma, sino de la Escuela de los estoicos. Lo que, igualmente, avala Hartkamp: El genuino concepto de violencia para el Derecho Romano era la situación de estar sometido a un “dominus”

c) Otro punto de interés interpretativo es si el impedimento de vis et metus era dirimente o no en el período clásico. Pues bien, para los

seguidores de la teoría del consentimiento continuo, en que matrimonio y coacción pueden coexistir, el matrimonio así contraído sería válido (Orestano) También para los seguidores del consentimiento inicial (Robleda), puesto que la cesión ante la coacción moral no anula el matrimonio. En todo caso, el matrimonio así contraído es rescindible, al amparo de la autoridad de Celso y de Paulo, configurándose entonces la acción / excepción “quod metus causa”. Mas el común de los romanistas afirman que en el periodo postclásico el matrimonio meticuloso, o afectado de fuerza o miedo era inválido fundados en el parecer de Ulpiano.

B) Elementos del miedo romano incorporados al canónico

a) En el derecho antiguo: Fueron la “actio metus”, la “restitutio in integrum” y la “exceptio metus causa”. Tomados como otros tantos remedios jurídicos para reprimir la violencia y tutelar a las víctimas de ésta.

b) En el derecho canónico medieval: Las Decretales incorporaron la teoría de la identificación o sea entre “vis et metus”. Mientras los glosadores desarrollaron la doctrina de la “vis compulsiva” Destacaban la famosa glosa “Accursiana” sobre un texto del Digesto (D. 4.2.9 pr.), en que el glosador, explicando el edicto del Pretor “Quod metus causa” introdujo, al adjetivar “metus” con “illatus”, un nuevo elemento configurador de la exterioridad, a saber, que el miedo lo causara precisamente una persona.

c) La canonística medieval prestó mas atención a la “vis phisica”, llevando al campo de la gravedad el módulo absouto del “vir constantissimus” del derecho de Roma; y haciendo hincapié en los requisitos legales cuyo objeto era el estudio de la actividad coaccionante del sujeto amenazante.

d) Menguada, sin embargo, fue la influencia romana en la doctrina canónica de los siglos XVI al XVIII, pues aunque se respetaron los principios de los juristas romanos, se tuteló más, según Dossetti, el elemento volitivo en los negocios jurídicos importantes como es el matrimonio. Dicho de otro modo, frente a la consideración puramente delictiva de la violencia, contemplóse el fenómeno coactivo desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, y no como acciones puramente penales.

e) Por último, en la época de la primera codificación, la Jurisprudencia de la Rota dio una gran acogida al principio tantas veces citado del Digesto, sobre la libertad nupcial. Y al mismo tiempo, entre los años 1940 - 1950 Doctrina y Jurisprudencia repetían a menudo la definición de Ulpiano sobre el miedo, como “instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio”; y recurrían al principio de fuerza mayor, vertido por Paulo, a propósito del “Quod metus causa”; o sea se echaba mano al “maioris rei impetus qui repelli non potest”. Mientras la propia estructura del can. 1087 acusaba la

impronta del derecho romano, en cuanto que los varios elementos de dicha norma, yuxtapuestos, venían a conformar, en expresión de López Alarcón, una especie de tipo penal donde se tenía más en cuenta la violencia que produce el miedo que el miedo producido por la violencia.

2) Las **fuentes intraeclesiales**

Tales fuentes, las escritas –claro está– arrancan del siglo IV. Pues en los tres primeros siglos cristianos no se hallan leyes eclesiásticas sancionadoras de nulidad de los matrimonios coaccionados. De ahí que algún autor como Schmalzgrueber haya afirmado que el impedimento de fuerza y miedo es de origen consuetudinario; y que Wernz sostuviere que la falta de legislación primitiva, tuteladora de la libertad matrimonial, se ha de atribuir a que su fundamento es el mismo derecho natural, o por lo menos se explica tal laguna por la existencia del derecho imperial, que la Iglesia asumió, según dejamos sentado en los preámbulos de esta disertación.

A) Algunos cánones conciliares de la antigüedad

a) Son harto significativos los Concilios habidos en los siglos IV y V, como el de Ancira, can. 11 (año 314) y de Calcedonia, can. 27 (año 451), que dictaron disposiciones de carácter penal para proteger a las mujeres que fuesen raptadas con el fin de contraer matrimonio;

b) Y los celebrados en el siglo VI en España y Francia, como el Aureliano IV, can. 22 (año 541), el de Paris III, can. 6 (año 557), y el III de Toledo, can. 10 (año 589), castigaban con excomunión o con interdicto los abusos, especialmente de los nobles, por obligar a las vírgenes y a las viudas, e incluso a las monjas, a contraer matrimonio con determinadas personas.

B) El derecho litúrgico de los siglos IX a XI

Aporta, a través de la preceptiva sobre los ritos nupciales, una ayuda valiosa para conocer los criterios de la jerarquía sobre los requisitos exigidos en la preparación de los candidatos al matrimonio. Se trataba, claro está, de medidas indirectamente preventivas de nulidades, afianzando a los nubentes por los diferentes aspectos que encuadran la relación matrimonial, entre ellos los de justicia, los de libertad, y los de amor en libertad (“dilectio”):

a) Así el can. 10 del Sínodo de Pavía (año 850) urgía, tomándolo del simbolismo del velo que el sacerdote imponía a los contrayentes, el deber de entregar la “nupta” al varón, con el que había sido velada;

b) Las Falsas Decretales (siglo IX), al tiempo que reforzaban la necesidad de la bendición nupcial, abogaban por el derecho de los Obispos a regular las nupcias, remarcaban la indisolubilidad del vínculo, y proscribían el incesto y el raptó;

c) Hincmaro de Reims (siglo IX), si bien enseñaba, con toda la tradición, las desigualdades de roles en el conyugio, o sea que al varón toca la “praelatio”, y a la mujer la “subiectio”, atenuaba tal diferencia diciendo que, ello no obstante, la “dilectio” es la que constituye la verdadera relación de los sentimientos;

d) E Ivo de Chartres (siglo XI), deducía de los gestos y palabras de la bendición nupcial, entre otras cosas, el predominio del acuerdo de las voluntades de aquéllos que se unen deliberadamente. Para lo cual veía conveniente que ya para entonces hubieren llegado los contrayentes al uso de razón.

3) **La Patrística**, testimonio cualificado de la tradición eclesial de esta época, contribuyó más bien escasamente a la construcción de la dogmática jurídica o principios fundantes de la libertad de elección matrimonial. Efectivamente, las “razones de conveniencia” que emitieron a tal fin, desde su oficio teológico-moral y pastoral, se centraron, en virtud de las circunstancias de aquella hora histórica en que vivieron, en una labor de salvar, por un lado, la legitimidad de las nupcias, desafiando la “ratio peccati” de los puritanos montanistas; y, por otro, de destacar las excelencias del estado de la virginidad, como un don del Reino de los cielos, que había de ser reconocido sin ambages.

Y en esa coyuntura y confrontación dialéctica, en esa liza en que se apostaba por la primacía entre dos estados de vida cristiana, el matrimonio quedó en segunda posición, o sea en la fría categoría conceptual de vínculo y éste indisoluble, en el sentido de atadura, de renuncia. Es más, de pérdida de libertad personal, aun en el supuesto de que fuera un matrimonio por amor. “Tout court”, la persona, su libertad, su felicidad quedaban bastante en la penumbra, como bajo un hálito de pesimismo antropológico. Es lo que se desprende de tales “auctoritates”:

a) San Ambrosio vino a sentenciar que las nupcias, aunque por “amor”, no dejan de ser vínculo;

b) Y San Jerónimo, el Crisóstomo y el mismo San Agustín, llevados de su alto ascetismo de corte escatológico, se limitaron simplemente a justificar la bondad de la institución, en mérito a sus bienes intrínsecos, que el de Hipona cifró en tres; y que más tarde San Isidoro de Sevilla los identificó con los fines de la institución.

4) **Teología y filosofía escolásticas**

Vinieron, ciertamente, en ayuda del derecho matrimonial, por cuanto que se abrieron paso a la diagnosis de la patología del miedo. Pero caminaron, por lo general, por una vía estrecha, puesto que entendieron el acto humano en un sentido reduccionista. Tal sería la bipolar vertiente del voluntario

“simpliciter” y del voluntario “secundum quid”. Fue un engendro pobre y una técnica alicorta. Sin duda, por la influencia de la Patrística, tan lejana del hombre en dimensión tan humana como la matrimonial. La de entonces era otra mentalidad; otros intereses; otra preocupación. No se olvide que, de cara a la elección del estado matrimonial, éste era tenido como un asunto de familia; que, en particular para la mujer, el matrimonio era un destimo y casi una predeterminación, al que había que dejarse llevar preferentemente por el parecer de los padres. ¡Estaba todavía tan lejos la consideración del matrimonio como un ideal de vida, como una opción vocacional, y como una camino de santidad!

5) El pensamiento de Santo Tomás

Con lo dicho en el número precedente no hemos pretendido descalificar ni siquiera minusvalorar lo que de objetiva contribución a la causa de la libertad nupcial significó, excepcionalmente, para su época y para su escuela, el pensamiento de Santo Tomás. Ahí están textos que denotan cómo entendió el “Doctor Angélico” el acto voluntario, sin duda recogiendo enseñanzas de Aristóteles y de San Gregorio Niceno. Aludimos, pues, a ese particular, en una sencilla aproximación:

a) Efectivamente, el aforismo que adujimos y criticamos en nuestra introducción general, lo acuñó el de Aquino” (Sum. Theol, I-II, q. VI, art. 6): “Quod per metum fit simpliciter voluntarium est; secundum quid autem voluntarium”.

b) En cambio, es impecable y enjundiosa la expresión tomista “tener el dominio o el señorío de sí mismo” (“dominus suipisius”), especialmente aplicándola al matrimonio. De forma que, como recalca el Santo, para matrimoniar hace falta el libre albedrío o gozar de señorío sobre uno mismo por la razón y por la voluntad; de lo contrario, no hay verdadero acto humano de consentir.

c) Y un tercer texto tomista merece, igualmente, recordarse, relacionándolo con el temor reverencial. Y eso, aunque implique una concepción negativa, muy propia de entonces. Era la tensión dialéctica que él veía entre servidumbre perpetua, tal como se entendía el matrimonio, y la condición de toda persona, aun siendo libre y porque es libre precisamente. Reproducimos:

“Como en el matrimonio se da una cierta servidumbre perpetua, el padre no puede obligar al hijo, mediante mandato, para que contraiga matrimonio, en el supuesto de que el hijo sea de condición libre; sin embargo, puede inducirlo por una causa razonable. Nunca es lícito a los padres, en virtud tan sólo de la patria potestad, el uso del mandato absoluto y pertinaz para

coaccionar a los hijos al matrimonio, porque esto sería condenarlos a una especie de esclavitud irredimible” (Sum. Theol. Suppl. q. 47, art. 6).

6) El Decreto o “Concordia discordantium canonum”, de Graciano

Hay dos datos a considerar en la patología jurídica del “metus”, como:

a) La desautorización de la praxis de que las hijas sean prometidas en matrimonio por sus padres, sin contar con el consentimiento de aquéllas (C. XXXI, Q. II, c. 1); y

b) La urgencia de que se cumpla la norma de que los contrayentes no accedan al matrimonio contra su voluntad (C. XXXI, Q. II, c. 3).

7) Las Decretales

Contienen una preceptiva importante:

a) Primeramente, la llamada carta magna de la libertad matrimonial, debida a Alejandro III. Se encuentra en el cap. 14 “De Spons. et Matr.”, y se titula “Quum locum”. Reza: “No tiene lugar el consentimiento donde interviene miedo o coacción. Por eso hay que investigar en el ánimo de quien lo presta, no sea que alguien, por temor diga que quiere aquello que en realidad aborrece”;

b) En los capítulos 15 y 28 del mismo título se deja bien sentado que es inválido el matrimonio cuando intervenga vis - metus “qui cadere potuit in constantem virum”;

c) Del principio de libertad matrimonial, reproducido del Digesto, unido a una máxima de experiencia, fue autor el Papa Gregorio IX, en el Cap. 17 “De sponsalibus”, y se acuñó en estos términos: “Cum libera debeant esse matrimonia et coactiones difficiles solent frequenter exitus habere”;

d) El establecimiento de la condición de sexo como elemento diferenciador en la estimación de la gravedad del miedo: La mujer es más fácilmente influenciable que el hombre (Gregorio IX, cap. 5, III, 4, 28);

e) La introducción del miedo indirecto, si bien no invalidante del matrimonio, a no ser que el sujeto paciente quedase reducido a la esclavitud como consecuencia de la coacción (Inocencio IV);

8) Los decretalistas

Sobre todo los más conspicuos en el conocimiento del capítulo de la “vis et metus”, contribuyeron con elementos tan significativos como:

a) El introducido por Enrique de Susa (“El Hostiensis”), quien enseñó, fiel al Derecho romano, que el miedo accidental violento ha de ser provocado por obra de hombre (acción humana, causa libre);

b) Sin embargo, dicho autor rompió con el precedente romano, en la consideración subjetivista que hizo acerca de la relevancia jurídica de la sospecha de males;

c) San Ramón de Peñafort y Bernardo de Pavia, por su parte, dieron a entender, por el hecho de no mencionar la “vis et metus” por separado o excluir estos términos de la lista de los impedimentos, que optaban por la tesis de la identificación de uno otro miembros del binomio;

d) Asimismo, el propio Peñafort, al tocar el aspecto de la justicia, se ciñó a la regla del miedo “cadens in virum constantem”; y con él se plasmó el dístico penal “stupri, sive raptis status, verberis atque necis”. Justo el paradigma o la regla para estimar a uno como “homo constans”, o sea como el que sólo se deja amedrentar por males muy graves como los expresados en el mentado verso latino (González del Valle). Si bien el célebre canonista dejó a salvo la relatividad del miedo infligido a la mujer, y admitió una cierta diversificación, según fuere la clase o condición de las personas víctimas de la coacción moral;

e) Y Juan de Andrés afirmó con rotundidad: “Ubi est vis non est consensus, ergo nec matrimonium”.

9) La normativa de Trento

Este Concilio, en su afán reformador, abordó tres puntos que ya habían sido objeto de atención legislativa en el Derecho antiguo. Esto es:

a) En el capítulo “Tametsi” proclamó los principios de consensualidad y el de indisolubilidad, ambos en el eje del sistema matrimonial católico;

b) Prohibió y sancionó con graves penas a los señores y magistrados que forzasen a sus subordinados al matrimonio, circunstancia que venía produciendo un sinnúmero de matrimonios nulos;

c) Un grupo de Padres y teólogos conciliares se esforzaron en defender especialmente la libertad de los hijos menores de edad para poder contraer matrimonio, con independencia de la voluntad de sus padres. Sólo si aquéllos eran libres su matrimonio era válido;

d) Desglosó también la Asamblea los impedimentos del miedo respecto del de raptó, al presumir también en este supuesto la invalidez de contrato matrimonial, cabalmente por inexistencia de consentimiento. Sería el modo de tutelar la libertad de la raptada, aun suponiendo que ésta hubiese emitido un consentimiento matrimonial en la celebración nupcial.

10) Los canonistas más notables de los siglos XVI a XX

a) Tomás Sánchez

Fue el principal defensor del miedo directo, restando toda relevancia al

indirecto; pues en este caso es el propio contrayente quien se impele a sí mismo al matrimonio, y por tanto no es inducido por otro;

Interpretó la regla “*vir constans*” para medir la gravedad de la voluntad coaccionada, atendiendo a la edad, al sexo, a la condición de la víctima;

Queriendo salvar, sin duda, el pensamiento de Ambrosio de que la indisolubilidad hace perder la libertad personal, señaló que tal pérdida es recompensada por el amor mutuo esponsalicio, hecho a semejanza del de Cristo a su Iglesia;

Y en cuanto al “*metus suspicionis*”, advirtió que, si la sospecha es fundada o probable, constituye un verdadero miedo “*ab extrinseco*”.

b) Juan de Lugo

Dejó escrito, entre otras cosas:

El miedo que anula el matrimonio ha de ser grave e injusto, pero no es preciso que sea directo, sino que basta el indirecto, pues el resultado de ambos es el mismo en quien lo padece;

El requisito de la gravedad se ha de atribuir al temor, no a la violencia;

El miedo hace nulo el matrimonio porque con él se causa una injusticia al sujeto paciente, y no precisamente una falta de libertad de elección;

Para el autor cabe la relatividad en la injusticia, de modo que en la prueba del miedo se ha de atender tanto a las cualidades de la víctima, como también a su estado de ánimo, que a veces solamente se ve alterado eventualmente a la hora de casarse, hasta el punto que un miedo teóricamente leve pudiera en tal supuesto convertirse en grave.

c) Schmalzgrueber

Siguiendo al Cardenal De Lugo, defendió la teoría del miedo indirecto como invalidante del matrimonio;

También, que el fundamento del impedimento de “*vis et metus*” no está en que la violencia quite la libertad del nubente; sino en la injusticia cometida por haber causado tal violencia de un modo no permitido por la ley;

En esta línea llegó a defender que, como el miedo injusto trae consecuencias desastrosas para la convivencia conyugal, procede que se haga rescindible el contrato en que operó dicho miedo;

Así como profesó el voluntarismo escolástico, al afirmar que el matrimonio celebrado por miedo regularmente es válido, toda vez que de sí no quita el voluntario, “*cum coacta voluntas adhuc sit voluntas*”.

d) Coscius

Al ocuparse de la patología de la separación conyugal, escribió: “Para irritar el matrimonio, que significa la unión de Cristo con la Iglesia, fundada en el amor libre y voluntario, no en la coacción, basta un miedo menor que en los demás contratos, debido a la máxima libertad que se desea en el matrimonio”.

e) Van Espen

Con haber sido jansenista, gran teórico del “placet” y del “exequatur” regalistas, defendió, coincidente con Coscius, la libertad matrimonial, basándose en la superioridad del contrato conyugal sobre los demás contratos, por ser una unión de amor, incompatible con cualquier tipo de coacción. Y, a la vez, por ser un contrato indisoluble;

Aunque voluntarista, entendió que “en una acción hecha por miedo interviene un cierto involuntario contrario a la libertad”;

En el requisito de la gravedad extendió la tradicional regla del “vir constans” a la “constans foemina”;

Invocó la autoridad de las Decretales, para hacer suyo el “Cum libera debeant esse matrimonia”;

Y, con Schamalzgrueber, consciente de que “coacciones difficiles soleant frequenter exitus habere”, abogó por la nulidad del matrimonio coaccionado.

11) **Las fuentes jurisprudenciales de los siglos XVIII a XX**

Estudiadas magistralmente por V. Reina, a saber, las Resoluciones de la S.C. del Concilio, del Santo Oficio y de la S.C. de Propaganda Fide, referenciadas en las “Fontes” del can. 1087 del CIC-17, a su comentario, por lo acertado, nos remitimos, y remitimos a la distinguida Audiencia. Mas no sin antes recoger aquí y hacer nuestra la conclusión global del prestigioso Profesor. Una conclusión valorativa, por cierto, que ensombrece la hasta ahora luminosa panorámica histórica del Derecho en defensa de la libertad nupcial. Pero que no nos debe extrañar, si recordamos lo que prevenimos en el comienzo de nuestro estudio.

Se trata, en opinión del autor citado, de unas fuentes que no se refieren propiamente al miedo producido por la violencia absoluta, física o extrínseca. “Y ello, aparte de ser absolutamente decepcionante y de comprometer el sentido mismo de los principios asentados por el Decreto y las Decretales, produce una gran perplejidad, porque si para declarar la nulidad de un matrimonio en nombre de la libertad de las nupcias es preciso afirmar las brutalidades y violencias físicas a que siempre se refieren estas fuentes jurisprudenciales, entonces no valdría la pena investigar más”.

12) La Encíclica “Arcanum” de León XIII

Es el primer documento magisterial sobre el matrimonio cristiano, que vio la luz ya en las postrimerías del siglo XIX, y que cierra como clave del arco la bóveda de las fuentes del can. 1087, fuente única a su vez del actual can. 1103.

Unas enseñanzas pontificias que tocaron nuestra materia, pero tímidamente, como de puntillas, con haber sido el mismo papa un buen liberal y autor también de la avanzada, para entonces, Encíclica “Libertas”. En nuestro campo actuó con humildad, sin triunfalismos, marchamo de lo auténtico: “La Iglesia –observó– hizo cuanto pudo para desterrar del matrimonio la fuerza... y limitó hasta un punto conveniente la potestad de los padres respecto de los hijos”. Palabras textuales. De las que quizá alguien deducirá que la Iglesia hasta finales del siglo XIX hizo poco por la causa de la libertad para casarse. Puede ser que, bajo una severa y acerada crítica, habría que aceptar el juicio. Pero eso no enerva que la Iglesia ya “antiquitus”, o sea desde que tomó el relevo al Derecho de Roma, o defendiera la libertad con tesón y constancia, en la teoría y en la práctica, con más o menos dosis de “humanitas” o de personalismo, siquiera al legislar sobre las nupcias de sus fieles. Diríamos, en todo caso, que aun dando por bueno que no hiciera bastante, lo cierto es que nadie hizo en el pasado tanto como ella. Y, desde luego, que nadie hace tanto en el presente.

IV ESCOLION: SOBRE LA IRRELEVANCIA DE LA LIBERTAD EN EL MATRIMONIO CIVIL

Para convencerse de este aserto baste asomarse, al sistema español matrimonial vigente, y ver cómo el matrimonio civil está configurado, una vez que ha culminado su proceso de secularización por la ley de 7 de julio de 1981. Pues tenemos un matrimonio en el Código que, aunque tenga por eje el consentimiento, prescinde de adjetivaciones y explicitaciones tan ricas como la de la libertad; si bien es verdad que el art. 73, 5º enumera escuetamente la nulidad del “contraído por error o miedo grave”. Y en el articulado se evita el señalamiento de fines y propiedades o de bienes o valores, elementos igualmente esenciales y que connotan la bondad moral de los contrayentes y de la institución. Por lo que no es de extrañar que el matrimonio civil reciba el trato legislativo de un contrato más (L. Alarcón);

Hay que añadir, abundando en que es un contrato consensual, que se parte del principio del consentimiento. Pero, a todas luces, “rebajado”, puesto que no se corresponde con una específica protección del instituto en toda su integridad, de modo que en algún caso hasta cabe la revalidación automática. O sea que se prescinde de la voluntad personal y libre del sujeto para dar vida al matrimonio;

Y como, por lo demás, es un sistema divorcista, con un matrimonio, por tanto, que no forma parte de la indisolubilidad (Failde), la reforma estatal ha conllevado una ausencia de sólidos presupuestos metajurídicos; y no hay en dicho cuerpo legal un transpositivismo que inspire la consiguiente regulación jurídica, sino que el matrimonio se concibe más sobre base sociológica, o sea como una resoluble comunidad de convivencia entre hombre y mujer (L. Alarcón);

Entonces se trivializa prácticamente el pacto, del que uno puede desdecirse sin grandes complicaciones, reducido a un trámite social de cara a la obtención de un permiso para poder tener relaciones sexuales o hijos con honorabilidad social (Viladrich). En realidad se trata de vínculo que no vincula. Lo relevante es la persistencia de la voluntad de los cónyuges de vivir en matrimonio. Casarse equivale a manifestar la voluntad de vivir en matrimonio como situación fáctica, con relevancia jurídica; y divorciarse es manifestar que esa voluntad ha cesado. Como en la época romana (G. del Valle).

En definitiva, en legislaciones civiles como la nuestra, con presupuestos ideológicos tan diluidos –en contraste con los de la Iglesia Católica– el matrimonio no se entiende más allá de una unión estable entre varón y mujer, normalmente origen de la familia. Y, por ende, los contrayentes se consideran con muy pocas exigencias de carácter psicológico, de profundidad y radicalidad cual es la libertad de elección de cónyuge de cara a formar una comunidad de vida y amor, fiel y para siempre.

V. CONCLUSION

Cerramos nuestro recorrido de fuentes históricas, o procedemos a la clausura de la vuelta realizada al pasado, y que emprendimos por parecernos una tarea útil y, de seguro, aleccionadora.

Hemos intentado hacer en nuestro empeño un chequeo a normas y a criterios doctrinales y jurisprudenciales que, por lo general, fueron coherentes, cual observara Reina, en un momento histórico, y no en otro u otros más evolucionados, como venturosamente es el nuestro en la amplitud de su marco canónico.

También nos hemos asomado, como de pasada, a nuestro matrimonio civil y lo hemos confrontado, a grandes rasgos con el canónico, “sub specie libertatis”.

Ahora ya terminamos, Excmos. Señores. Y os decimos: Ahí están unos datos investigados, de los que hemos desentrañado unas razones, preferentemente jurídicas, que explican el devenir y el sentido direccional de la institución matrimonial, tal como se entiende y se enseña desde los orígenes; y tal como se vivió en el ayer o se pretende vivir en el hoy en la

Iglesia Católica. O sea hemos presentado la historia del matrimonio vista desde el ángulo del consentimiento en libertad o de la libertad para casarse. Y de todo ello hemos elaborado unas acotaciones, pensando que así contribuimos a allanar la inteligencia de nuestro sistema canónico vigente, y concordado todavía con el del Estado.

Puesta, por lo demás, nuestra esperanza en poder acercarnos al actual Derecho comparado, especialmente a ordenamientos matrimoniales civiles tan próximos a nuestro entorno cultural como el italiano y el español, tributarios que fueron, en gran medida, del Derecho canónico. Ordenamientos seculares que, por obra y gracia de destacados juristas de ambos bandos – cito a Perego, Paleari, Gordillo, Gete, Clavería, Alvarez Cortina etc. – dan la impresión de que quieren llamar, claro está, con los nudillos de la especulación teórica y técnica, a nuestras puertas, afanados como van en la búsqueda de perfeccionar el instituto matrimonial, en sus respectivos países, tanto en la concepción de la constitución del matrimonio, como en la regulación e interpretación de cada una de sus patologías consensuales.

En todos ellos intuimos una cierta añoranza por volver a la mejor de las ciencias de nuestro derecho matrimonial. Y eso nos alegra enormemente. Sobre todo por lo que puede suponer de un trabajo conjunto, en un futuro próximo, para bien, en definitiva, de la ciudadanía. En defensa de la libertad en sus tres acepciones, a saber, como dice Peces Barba, psicológica o libertad de elección; moral o el rasgo más característico de la dignidad humana; y jurídica, cuyo ámbito de acción es la sociedad civil, el poder y su derecho, raíz de los derechos humanos y de los principios de organización del ordenamiento jurídico.

Me gustaría que civilistas y canonistas nos diésemos pronta cita en este campo tan apasionante de la antropología personalista, cual es el matrimonial, convocados por las perennes proclamas del derecho de Roma, cuyo eco ha llegado hasta el mismo Vaticano II, resonando singularmente en la constitución sobre la Iglesia en el mundo actual, “*Gaudium et Spes*”, 26, 29 y 52. Una resonancia última de tan potentes ondas se ha estacionado en el vigente Código de Derecho canónico de 1983, en el canon 219, que tiene al mencionado documento conciliar como fuente misma de su ser, y donde aquellos sendos apartados se han fundido, cantando a coro, a guisa de verso - mensaje: “En la elección del estado de vida todos los fieles tienen derecho a ser inmunes de cualquier coacción”.

Palma, 8 de abril de 1996.