

UN CONSORCIO PARA TODA LA VIDA. ELEMENTOS DEL DERECHO MATRIMONIAL ROMANO EN LA LEGISLACIÓN CANÓNICA.

ESTEBAN ALFÓN*

Agradezco la invitación del Dr. Haroldo Gavernet, Director del Instituto, y la presencia de ustedes.

No podemos afirmar en sentido estricto que el Derecho Romano haya sido una fuente del Derecho Canónico. No es que elementos del ordenamiento jurídico de la Roma del siglo primero d. C. y los siguientes siglos antes de la Paz constantiniana hayan desembocado directamente en la ley de la Iglesia como instituciones jurídicas ya configuradas. Pero sí es posible advertir como las leyes canónicas fueron asimilando algunos principios jurídicos del Derecho Romano a la luz de la Teología cristiana que, para los tiempos en que Constantino y Licinio proclaman el Edicto de Milán (a.313), ya contaba con notables exponentes, tanto teólogos como juristas.

La Iglesia, que encontraba ahora un momento más propicio para su desarrollo, para pensar en una organización más estable, no hizo un rechazo en bloque del mundo pagano, sino que supo extraer de él lo mejor, lo que no era incompatible con el Evangelio, lo que denotaba virtud y sabiduría, y que, en definitiva como afirmaba el mártir San Justino, contenía las *semina verbi* (semillas del Verbo) esparcidas por Dios en el alma humana como "vestigios" o "rayos" de su verdad.

Precisamente su carácter de catolicidad es el que le permite a la Iglesia no ser extraña a ningún pueblo. Al inculturarse, reconoce y favorece los verdaderos valores de todas las culturas, asumiéndolos, e impregnándolos de principios cristianos.

También en el campo del derecho, la teología se enriquece con los bienes de las diversas culturas considerando todo lo bueno y verdadero que los hombres descubren en la búsqueda sincera del bien practicado según los dictámenes de la conciencia (Cf. Concilio Vaticano II *Ad Gentes* 3; *Lumen Gentium* 16; *Gaudium et Spes* 57), y los valores propios de las culturas: el patrimonio moral y espiritual, las costumbres, tradiciones, doctrina, artes e instituciones propias de cada pueblo (*Ad Gentes* 9; 11; *Lumen Gentium* 17; *Gaudium et Spes* 58; *Nostra Aetate* 2).

Ante esta riqueza, la Iglesia propone su reconocimiento y conservación, su estudio y promoción sincera, alegre y respetuosa (cf. *Ad Gentes* 11 y 18). Decía el Papa Benedicto XVI al Parlamento Alemán: *“Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios. Así, los teólogos cristianos se sumaron a un movimiento filosófico y jurídico que se había formado desde el siglo II a. C. En la primera mitad del siglo segundo precristiano, se produjo un encuentro entre el derecho natural social, desarrollado por los filósofos estoicos y notorios maestros del derecho romano. De este contacto, nació la cultura jurídica occidental, que ha sido y sigue siendo de una importancia determinante para la cultura jurídica de la humanidad”*¹.

1. La doctrina jurídica del matrimonio. Elementos

En relación al matrimonio, uno de los bienes preciados para la comunidad eclesial, y uno de los temas de mayor estudio en la teología cristiana, y especialmente en el campo de la ciencia canónica, los aportes del derecho romano y de otros pueblos han sido de apreciable significación.

* Sacerdote de la Arquidiócesis de La Plata (Parroquia San José), Docente UCALP, Doctor en Derecho Canónico (UCA), Presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico.

¹ BENEDICTO XVI, *Discurso al Parlamento Federal de Alemania*, Berlín, 22 de septiembre de 2011.

En rigor, esta temática, nos obligaría a tener que considerar más detalladamente el desarrollo de las leyes romanas sobre el matrimonio y la familia en los diversos períodos de la historia del imperio, dado que también estos conceptos relativos al instituto familiar tuvieron su propio *iter* evolutivo entre los antiguos autores romanos. Pero la metodología que rige esta exposición, me impide abundar al respecto.

Creo que la definición que ofrece Modestino, el célebre jurista del s. III, recoge con autoridad y síntesis los elementos esenciales de la institución matrimonial romana y nos puede servir como punto de referencia y de partida a la vez. En el texto del Digesto leemos: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*², es decir, el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, en un consorcio en todas las cosas de la vida, comunicación de derecho divino y humano. Son tres elementos interesantes: *unión, consorcio y comunicación.*

A. Unión de un hombre y una mujer

Sin duda el matrimonio aparece en primer lugar como una institución de base antropológica, aunque la doctrina jurídica romana no lo haya expresado así. Es una institución que dice algo acerca del hombre, de lo humano, de algo que le es posible y propio a nuestra especie. Hoy parece una ofensa a la razón tener que afirmar que el matrimonio supone esta dimensión eminentemente humana, lo mismo que decir que el matrimonio implica la heterosexualidad, dato que para los antiguos y para toda la humanidad ha sido por siglos indiscutible.

Nosotros quedamos perplejos al ver como en las últimas dos décadas el positivismo jurídico dominante, haciéndose eco de la ideología de género y sin escrúpulo alguno, le ha ofrecido a los legisladores su arrogado poder de “crear derechos” que ontológicamente no existen, porque no responden a las exigencias auténticas de la naturaleza humana ni brotan de ella, que es su fundamento. Tales supuestos “derechos” proclamados con otros intereses, provocan un profundo daño en el orden social, generando confusión y corrompiendo ese carácter modélico que tiene la ley. Y, en el colmo del abuso, se procura hacer obligatoria su universal aplicación y, como una burla antropológica, su enseñanza.

La unión de dos personas de diferente sexo, constituye la base natural del matrimonio. Precisamente esa índole natural propia, orienta a los sujetos del matrimonio a expresar el amor con todo su significado humano, significado que la misma ciencia y la sana razón descubren en la complementación entre la masculinidad y la femineidad la cual, al conocer y entender la fisiología, anatomía y psicología propia de cada sexo, entiende que la diferencia sexual no es un factor de competencia o rivalidad entre uno y otro, sino para alcanzar la mutua perfección. Este fue uno de los temas apasionantes del santo Papa Juan Pablo II desarrollado en su magnífico estudio sobre la *Teología del cuerpo.*

El ordenamiento canónico matrimonial, precisamente se estructura sobre la base de la índole natural del matrimonio (can. 1055), teniendo presente siempre que la naturaleza del matrimonio *es* la naturaleza humana, y no puede ser otra o contraria. Y es ese dinamismo natural el que la ley protege y describe con sumo respeto, consciente de que esta naturaleza creada por Dios es anterior a toda ley humana, y ella misma nos enseña qué es el matrimonio, su significado, sus posibilidades, sus fines y bienes³.

En la doctrina canónica, la unidad no solo se refiere a un contenido espiritual, la unidad de voluntades (consentimiento), sino que también hace referencia a la cooperación física, unidad de la

² Cfr. A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, pág. 43.

³ “...el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo. El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza, y su voluntad es justa cuando él respeta la naturaleza, la escucha, y cuando se acepta como lo que es, y admite que no se ha creado a sí mismo. Así, y sólo de esta manera, se realiza la verdadera libertad humana” (Benedicto XVI, *Discurso al Parlamento Federal de Alemania, Berlín*, 22 de setiembre de 2011).

carne que expresa esa “*una caro*” (la totalidad de la persona, cuerpo y alma) realidad más profunda a la que hace mención el autor del Génesis al relatarnos la creación del hombre⁴.

La teología subyacente en la normativa canónica no entiende la unidad del matrimonio como la “suma de dos” personas (dos consortes, o cónyuges), o “uno más uno”. El matrimonio es *uno*, en definitiva un *nosotros*, no sólo jurídico sino ante todo moral, sin menoscabo del necesario aporte de cada uno de los esposos, con sus características propias, con su protagonismo y su compromiso personal.

B. *Consortio de toda la vida*

El segundo elemento que señala Modestino es el *consorcio de toda la vida*.

El amor humano, que encuentra todo su espacio original en el matrimonio, se expresa perfectamente, a su *modo proprio* decimos, cuando se proyecta en la integridad y permanencia misma del amor. Para decirlo de un modo más llano, el amor no calcula, no pone fecha de vencimiento, no asume solo lo que agrada y descarta lo desagradable, no se dirige a un aspecto sí y al otro no de la persona amada, no es de una parte sino del todo⁵. La persona humana, con toda su complejidad y misterio, es una unidad y por tanto, es esa unidad misma la que se asume al amar.

Esta mirada es un aporte del cristianismo, pero no significa ello que sea un dato exclusivo de la fe cristiana. No hay, podríamos decir, una confesionalidad sobre la indisolubilidad. Es un concepto inteligible a la recta razón.

Los romanos no reconocían la indisolubilidad del matrimonio, entendían el *consortium omnis vitae* como la coparticipación en una misma suerte (*cum – sorte*) en todas las cosas de la vida que el destino les depare, felices o infelices, propicias o adversas. Pero me imagino que si dos jóvenes romanos se amaban realmente, si no estaban presos de su egoísmo, si tenían la responsabilidad propia de una persona adulta y buscaban el bien de la persona amada como inevitable para la propia felicidad, naturalmente vivían ese carácter indisoluble del matrimonio, que luego acentuó el cristianismo. Estoy convencido que lo mismo sucedería con los novios de hoy si les ayudáramos a comprender la verdadera naturaleza del matrimonio, y no se lo presentara reductivamente como algo transitorio, como las leyes actuales lo conciben. La manera como el derecho ha desprotegido al matrimonio, y sobre todo a los hijos, ha ido borrando la conciencia de un compromiso, de un esfuerzo vital, de toda dimensión de entrega y cuidado mutuo. La fórmula cristiana hace triunfar al matrimonio por sobre la adversidad, la enfermedad, el tiempo (cf. Fórmula del consentimiento). Pero son justamente las palabras compromiso, adversidad, sacrificio las que se quieren borrar del contenido del concepto *amor*.

El consorcio *para toda la vida* o de *toda la vida* era precisamente eso: afrontar juntos toda adversidad. La estabilidad del matrimonio no era solamente una cuestión temporal o de duración, sino que guardaba una referencia a la integridad de la persona, y cuando eso era querido, procurado sin reservas, el mismo querer humano así lo asumía, lo hace de suyo *indisoluble*.

La legislación canónica, con un lenguaje jurídico, asimila un concepto teológico muy valioso, que enriquece la visión filosófico-jurídica del *consortium* romano, definiendo al matrimonio como una *communio vitae et amor*: comunión de vida y amor. La palabra comunión involucra también la dimensión *vocacional* del amor, cuya fuente es Dios Creador, la dimensión *existencial* del amor en la vida concreta de dos personas, y la dimensión *eterna* del amor en la comunión final *con y en* Dios.

Por eso, la noción canónica de matrimonio aparece definida en el canon 1055 teniendo como contexto el acontecimiento de la Alianza de Dios con los hombres, plenamente realizada en la entrega amorosa de Cristo, llevada a cabo en su Pascua. Es con esta misma expresión, *alianza*, como la ley canónica se refiere al signo nupcial entre el varón y la mujer.

⁴ Cfr. GÉNESIS 1 y 2.

⁵ Cfr. CORINTIOS 13, 4-7.

C. Comunicación de derecho divino y humano

El tercer elemento de la definición que consideramos es la *communicatio divini et humani iuris*.

Entiendo que esta expresión “*comunicación de derecho divino y humano*” alude a la idea de la colaboración o cooperación mutua que tienen el hombre y la mujer así unidos, en cuanto “hacen causa común” y se entregan recíprocamente en cuerpo y espíritu. Sin duda, esta intención o voluntad de acción mutua estaba contenida en el hecho de formar el matrimonio, aunque no tenía una manera definida para exteriorizar tal intención.

En el derecho romano no existían formas específicas a través de las cuales debía manifestarse la voluntad de los cónyuges. La *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus* no eran formas de celebrar el matrimonio, sino formas de *conventio in manum*, encaminadas a hacer entrar a la mujer en la familia del marido. Estas ceremonias tenían, sin duda, una importancia social pero no eran jurídicamente relevantes. Los actos sociales que inician la convivencia, como por ejemplo la cena en la casa de los padres de la novia, donde la joven era “entregada” oficialmente al novio, y posteriormente trasladada en cortejo hasta su nueva casa, no eran imprescindibles. En todo caso, tenían como finalidad probar que se había dado el consentimiento (*consensus*) pero sin una formalidad exigida o acto simbólico alguno como, por ejemplo, la presencia de un magistrado.

Tampoco en el tiempo del emperador Justiniano se requería una determinada solemnidad para celebrar el matrimonio. Fue recién en la época cristiana que se incorpora la presencia (en principio no obligatoria) de un referente de la comunidad, concretamente de un sacerdote, el cual bendecía la unión.

Este uso se mantuvo hasta el Concilio de Trento, siglo XVI, luego de la reforma protestante, cuando se consideró necesario establecer para la validez del matrimonio la presencia de un “testigo cualificado”, con el fin de evitar la celebración de un acto que no *significara* aquello que la Iglesia hacía al celebrar el Matrimonio de sus hijos.

La presencia de este testigo competente, dotado de la correspondiente autoridad, aportaba un elemento jurídico formal, a la vez que tutelaba con autoridad y daba fe de la sincera voluntad de los esposos (expresión del consentimiento) de asumir libre y conscientemente los derechos y obligaciones propios del matrimonio en cuanto ese “*hacer común*” o *communicatio*.

Por otra parte, la *convivencia conyugal*, como elemento objetivo del matrimonio, decía relación al *honor matrimonii*, a la forma en que los cónyuges debían comportarse y respetarse mutuamente, y en relación a la mujer, ponía de manifiesto socialmente su condición de esposa, haciéndola partícipe de la dignidad y rango del marido. Este valor significativo se prolongaba en la descendencia.

La voluntad recíproca de permanecer unidos como marido y mujer (*consensus*) aparece como el elemento más importante, lo que produce o constituye el *consortio* mismo. Ulpiano sostenía que el matrimonio no lo hacía la cópula sino el consentimiento⁶. Tal principio, a través de la doctrina canónica medieval, va a impregnar el moderno derecho matrimonial canónico, según el cual, la esencia del matrimonio la constituye el consentimiento, y no la cópula carnal.

En el derecho clásico no tenía demasiada relevancia la voluntad *inicial*, sino la voluntad *continuada* de permanecer unidos en matrimonio. El acento se ponía en la *affectio maritalis* más que en el *consensus*, porque la existencia del matrimonio dependía de si perduraba esa recíproca voluntad de permanecer unidos. Bastaba con que uno de los cónyuges la perdiera para considerar disuelto el matrimonio. En esta época, el divorcio no era un acto jurídico, ni revestía una forma especial: la interrupción de la *affectio maritalis* llevaba consigo automáticamente el divorcio.

Posteriormente y en especial con Justiniano, si bien el matrimonio se asienta sobre el principio del *consensus facit nuptias*, tal *consensus* o *affectio* pasó a indicar la voluntad inicial de los cónyuges dirigida a la constitución del matrimonio, el cual permanecía independientemente de la *affectio maritalis*, y sólo se consideraba disuelto luego de la realización formal del divorcio.

⁶ “*Nuptias non concubitus, sed consensus facit*”

2. Los esponsales o compromiso matrimonial

Algo que, hasta no hace mucho, creímos había desaparecido, y que resurge tímidamente con una positiva constancia, son los esponsales. Con o sin formalidades y ritos caseros (regalo de anillos, promesa pública, presentación de las familias) los novios que ya vislumbran la posibilidad de su matrimonio reviven lo que en la antigua roma era la promesa de matrimonio, que consistía en un acuerdo precedente mediante el cual los futuros esposos, o sus respectivos padres si estaban sometidos a su potestad, se comprometían a contraer matrimonio. Si bien ya en la época clásica no era necesario una forma especial de celebración, al principio, esta clase de acuerdo tomaba la forma de una *sponsio* (palabra derivada del verbo *spondeo* = prometer), de allí los *sponsalia* (esponsales) para indicar la promesa de matrimonio, y los relativos *sponsus* (esposo) y *sponsa* (esposa) para designar a los futuros contrayentes, términos que aún perduran.

La revisión del texto canónico de 1917 no ha querido abolir la praxis de los esponsales, sino que ofreció con el canon 1062 § 1 la posibilidad de acomodar su práctica “*teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay*”, remitiendo su regulación al derecho particular, es decir, al ámbito legislativo que la Ley Universal confiere a las Conferencias Episcopales para su territorio.

Los esponsales en la Roma antigua daban lugar a un vínculo más bien social que jurídico. Sin embargo, de su celebración se derivaban algunos efectos legales, especialmente si se habían entregado arras (monedas) de por medio. Quien no cumplía la promesa perdía las arras que entregó, o debía devolver al *duplum* las que había recibido.

3. Requisitos para celebrar el matrimonio

Para finalizar, podríamos hacer una alusión a los requerimientos que los antiguos consideraban necesarios para la celebración del matrimonio, al menos referirnos a los más frecuentes. Este es un tema que en la legislación canónica fue adquiriendo un extenso desarrollo y aún hoy continúa en estudio. Y ello, no porque anime a los juristas canónicos la intención de abrumar con exigencias a los que desean unirse en matrimonio, sino porque es posible detectar con anterioridad aquellas causas que pueden amenazar -y de hecho lo hacen- el desarrollo armónico del matrimonio y del fruto que este está llamado a producir en los esposos y en la comunidad toda. La relevancia de esas causales aparece expuesta en la abundante jurisprudencia del Tribunal de la Rota Romana, que les invito, consulten alguna vez, porque es fuente doctrinal vinculante para las sentencias en nuestros Tribunales.

Sobre el campo de los requisitos para la celebración del matrimonio, algunos de los ya considerados en el derecho romano, así como también elementos del ordenamiento germánico, se incorporaron luego en la legislación canónica matrimonial, dando lugar al desarrollo doctrinal sobre los “impedimentos” y los llamados “vicios del consentimiento”.

Entre los romanos, no existía la noción jurídica de *impedimento*, no al menos como aparece en el *Códex Iuris Canonicum*. En cambio, se consideraba, más bien aquello que tenía relación a la capacidad de las personas (*capacitas*), tanto en el ámbito natural como jurídico, necesario para acceder al matrimonio.

Podríamos señalar como más significativas:

- La *edad*: no podían contraer matrimonio los varones menores de 14 años y las niñas menores de 12 (impúberes), porque se entendía que aún no habían alcanzado el desarrollo necesario para procrear.
- La *condición*: debían ser personas libres y ciudadanos romanos. Era un requisito propio de una sociedad que admitía la desigualdad entre sus miembros: los individuos pertenecían a diversas categorías y clases, y los esclavos carecían de toda personalidad. Fue recién a partir de la época postclásica (a. 212) y por influjo del cristianismo que predicaba la igualdad entre las personas, que se otorgó la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio. Tal requisito fue desapareciendo paulatinamente.

- La *libertad* del consentimiento⁷, el cual no era válido si se emitía bajo coacción. Si se trataba de personas *alieni iuris* se exigía también el consentimiento (o al menos la no oposición) de sus *paterfamilias*. Si estos se oponían sin motivo suficiente, los esposos podrían recurrir a un magistrado.
- El *matrimonio preexistente*, ya que el matrimonio romano era esencialmente monogámico; la bigamia se castigaba con la pena de infamia.
- La *consanguinidad* o parentesco de sangre (*cognatio*). En línea recta entre ascendientes y descendientes, el matrimonio estaba prohibido hasta el infinito. Lo mismo sucedía en línea colateral, entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro, por ejemplo entre tíos y sobrinos.
- La *afinidad*: estaba prohibido el matrimonio entre afines (suegro y nuera, suegra y yerno). Por influencia cristiana, y a partir de Constantino (a. 324), también se prohibió entre cuñados.
- La *viudez antes de transcurrido un año* a contar desde la muerte del marido: para evitar dudas acerca de la paternidad. Esto no aparece como causa invalidante en la legislación eclesiástica.
- La *complicidad en adulterio*: prohibición de matrimonio entre la adúltera y su cómplice (que aparece prevista en la *Lex Iulia de adulteriis* de Augusto). Justiniano extiende esta norma luego a los matrimonios entre *raptor* y *raptada*.
- Ni el tutor ni su hijo podían contraer matrimonio con su antigua pupila, hasta que no haya tenido lugar la rendición de cuentas.

4. A modo de conclusiones

Si miramos la normativa que regula hoy este instituto jurídico, podríamos constatar cuan alejada está de aquella visión más personalista y antropológica que tenían los antiguos. Podríamos admitir un cambio de lenguaje en las leyes, pero no un cambio (subversión) de valores, de bienes.

Ciertamente, a la mirada de la ley canónica, el matrimonio y la familia han quedado como bienes jurídicos prácticamente desprotegidos en los fueros civiles. La equiparación del matrimonio a otras formas de unión, inclusive la de personas del mismo sexo, ha borrado toda su identidad original de la doctrina del derecho, para darle un contenido ideológico totalmente distinto y falso.

No tengo duda que esto “cambio” no le aporta equidad y orden de justicia al derecho matrimonial, más bien le implica un empobrecimiento del significado y del valor que el acontecimiento nupcial tiene para la vida de las personas. Hoy vemos los resultados: el desprecio por el matrimonio.

Recordar la comprensión sobre algunos elementos del derecho que tenían los romanos de entonces, puede permitirnos redescubrir las fuentes de un humanismo jurídico que por muchos siglos nos hizo valorar el matrimonio como algo bueno, algo que cuidar y tutelar, necesario a nuestra sociedad.

Desde los comienzos del ordenamiento jurídico-canónico, los cristianos buscaron proteger con sus normas las obligaciones y derechos propios de la vida conyugal no solo por un respeto a la Ley Suprema Divina, sino como garantía del respeto de la dignidad de la persona y de la familia que surgía del vínculo matrimonial. Había una clara conciencia que la comunidad humana se estaba reforzada con la solidez de la comunidad familiar, apoyada en la estabilidad del matrimonio.

⁷ En relación a la libertad de casarse, en el mundo romano no existían disposiciones que presionaran a los ciudadanos a celebrar matrimonio. Pero a finales de la República, ante la decadencia de las costumbres, y los bajos índices de natalidad, el emperador Augusto hizo aprobar en los comicios la *ley Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. y la *lex Papia Poppaea* del 9 d.C. Estas leyes establecían de forma indirecta la obligación de contraer matrimonio para todos los romanos comprendidos entre los 25 y 60 años y para las romanas mayores de 20 y menores de 50. La obligación incluía a los viudos y divorciados. Como sanciones indirectas y como estímulo a la procreación se prevenían graves desventajas para los célibes y casados sin hijos (*orbi*), sobre todo en el ámbito del derecho de sucesiones, y se concedían premios y ventajas a los matrimonios prolíficos. Tales disposiciones fueron derogadas paulatinamente por influencia del cristianismo, que no cree conveniente coacción o injerencia alguna en la libre voluntad para contraer matrimonio.

Quizás, en un clima humanitario distinto al de los últimos decenios, el desarrollo del derecho internacional en la línea de valoración de un derecho común, el derecho natural y sus enunciados, permita a los que tienen a su cargo la autoridad para legislar rescatar estos valores, redescubrir su significado y reconocer su obligatoriedad sin caer en los abusos de la ideología, que es una forma de injusticia.

Agradezco la amable atención que me han brindado.