

LAS CLAVES DE UNA CONTROVERSI A DOCTRINAL  
(C. Th. 3. 16. 2)

JUAN ALFONSO ORERO REVERT  
*UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID*

A. EMPLAZAMIENTO HISTÓRICO DE LA CONSTITUCIÓN ANALIZADA

Roma hizo gala de su genialidad aún en los momentos más críticos de su Historia. Buena prueba de ello es el contenido de la ley cuyo examen nos ocupa. El año en que tuvo lugar su entrada en vigor -421-, el Imperio se desmembraba entre grandes convulsiones. El saqueo en 410 por las tropas de Alarico de la Ciudad Eterna, supuso sin duda un duro golpe para el ya depauperado estado de ánimo en el que se encontraba sumida la población del Estado. Piganiol, ha expuesto sucinta, pero magistralmente, los motivos que, a su juicio, provocaron irremediamente esa ruina. De entre ellos, creemos que en referencia al tema que nos ocupa, deben destacarse los siguientes: La acuciante crisis económica que en esas tierras se padecía; el caos insostenible que atravesaba la sociedad, y la decadencia moral en que aquellas gentes vivían<sup>1</sup>. Todos estos aspectos negativos se conjugaron en la consecución de una sola finalidad: socavar los pilares fundamentales sobre los que reposaba esa milenaria civilización. En un primer acercamiento con la realidad en la que se desenvolvía la vida cotidiana de las gentes que habitaban el otrora poderoso Estado romano, puede percibirse que la tasa demográfica había retrocedido considerablemente. Esta afirmación no debe extrañar, pues fue el fruto de un proceso de creciente erosión de todos los recursos que precisaban aquellos individuos para procurar su subsistencia. Sin esperanzas en un futuro estable, lo lógico en estos casos era que la relación matrimonial fuese contemplada como una unión sin alicientes, como una carga que había que evitar. Lo mismo cabría decir de la generación de la prole, o, si se prefiere, de la creación de la familia después de quedar establecido el vínculo conyugal.

<sup>1</sup> A. PIGANIOL, *L'Empire chrétien*, París, 1972, p. 459 ss.

Mas, a pesar de este ambiente adverso, nos percatamos de que hubo en todo momento quien creyó en la capacidad de recuperación de Roma y en la regeneración de su tejido económico y social. A nuestro juicio, la iniciativa para la realización de esta meta corrió a cargo de una serie de individuos e instituciones que obraron en la creencia de que el Imperio romano tenía asignada por la Providencia una misión de alcance universal, por lo que permitir su fenecimiento implicaba incurrir en una gravísima responsabilidad histórica, en una traición. Por lo tanto, fueron esencialmente ellos los que con denuedo lucharon por hacer prevalecer los ideales de una cultura y de un pueblo que se habían mostrado ejemplares ante los demás en su desenvolvimiento a lo largo de los siglos, superándose cuando afrontaron todas y cada una de las adversidades que se les presentaron.

Con todo, somos también del parecer de que el peso de la resistencia no descansó, básicamente, sobre aquéllos a quienes correspondía la exclusiva responsabilidad de gobierno del Estado, sino que de esto más bien se hicieron cargo los sujetos que encabezan la familia, en cuanto grupo social menor por excelencia, y ello a pesar de que su capacidad anímica se encontraba más bien extenuada por culpa de todos aquellos sinsabores que se vieron obligados a encarar sin apenas, por no decir, nula, ayuda de los poderes públicos. Si se deseaba sinceramente culminar con éxito la tarea de reflotar el Imperio romano, esto sólo podía hacerse contando con ellos activamente, además del colectivo sobre el que ejercían su autoridad. Pretender una reforma con profundidad de las instituciones fundamentales que sostenían la sociedad romana sin su concierto, sería una tarea utópica e infructuosa. Partir de esa base era una exigencia innegociable en aquellos años cruciales del siglo V, acosada como estaba Roma por sus más encarnizados enemigos, ya dispuestos como nunca a asestarle el golpe definitivo, poniendo así el punto y final a la prolongada agonía que su Imperio venía soportando. Sólo desde un sentimiento genuino de unidad y solidaridad que naciera de los corazones de todos y cada uno de sus habitantes, juzgamos sería viable una mínima esperanza de triunfo. Pero este ambiente idóneo donde tanta buena voluntad únicamente podía germinar, venía de la mano de instituciones como el matrimonio, y, junto a él, la familia de lazos cognaticios, que surgía desde el momento en que ese vínculo quedaba establecido. Sólo modelando adecuadamente la piedra angular sobre la que se asentaba el colectivo humano que configuraba la textura del Estado romano, habría alguna posibilidad de vencer a tantos detractores, reponiendo a Roma al puesto que merecía en la Historia, y que nunca debió abandonar.

Nuestra impresión es que fue ahí donde los Emperadores, a partir de Constantino, se percataron del peligro que implicaba el divorcio en la satisfactoria consecución de esos planes, pero su prohibición o, por lo menos, su restricción, también chocaba con una tradición fuertemente arraigada en la civilización romana, y, por supuesto, en el espíritu de cuantos permanecían fieles a esa cultura para la que el matrimonio es una relación humana que nace del acuerdo de voluntades de un hombre y de una mujer, y a la cual, por una

decisión libre de los esposos, se le pone fin. Con todo, el legislador romano va a contar con la Iglesia Católica como una sólida aliada para ir implantando, por lo menos, paulatinamente, aunque de modo inexorable, ese nuevo régimen jurídico en el que se condene la disolución del vínculo conyugal por el mero deseo de uno de los consortes. La promulgación de C. Th. 3.16.2, será un paso adelante en esa política, pero también hay que reconocer que su aparición en la escena legislativa no es resultado de la improvisación ante una necesidad inesperada, sino que nació a resultas de un largo proceso de meditación en el que sin duda influyó el peso que con su presencia ejercía esa Iglesia.

**B. LA REPRESIÓN DE LA MENTALIDAD DIVORCISTA DESDE LOS CÍRCULOS DE PODER Y DECISIÓN CRISTIANOS. PRECEDENTES INFORMATIVOS DE C. TH. 3. 16. 2.**

Es un hecho incontestable que a comienzos de la segunda década del siglo V, el Estado romano se hallaba sumido en una posición, tanto interior como exterior, de desventaja, de extrema debilidad, siendo necesario que se acometieran todas aquellas sustanciales reformas de las que venimos hablando. Hacía falta encontrar un apoyo firme, que otorgara a los órganos de dirección y gobierno la seguridad que se precisaba para no fracasar en el empeño. Y ese respaldo se encontró en el otro gran Poder de la época: La Iglesia Católica, en cuanto entidad considerada en su naturaleza como sobrenatural. Los Emperadores cristianos— desde luego, ya en el siglo IV, pero con más fervor, incluso, juzgamos, los del siglo V, por las delicadas circunstancias a las que su suerte se hallaba supeditada—, confiaban plenamente en las palabras de sus Doctos Padres y en las decisiones que se adoptaban en sus concilios. No en vano, estaban en su ánimo absolutamente convencidos de que en esos tiempos se encontraban viviendo la denominada *Era cristiana* en toda su plenitud. Pero es que, además, este fenómeno se veía agudizado por la convicción que sentían los partidarios de esta confesión de que eso era realmente lo que estaba ocurriendo, y que la venida de Cristo iba a producirse en un espacio breve de tiempo. Así, se comportaban siguiendo unos modelos de vida que alimentaban el crecimiento de esa expectativa. Algunos escritos de la Patrística jugaron un papel decisivo en este asunto, hasta que San Agustín replicó afirmando que la venida de Cristo no iba a producirse en un espacio de tiempo tan inmediato. Sin embargo, pese a esa actitud que básicamente pretendía apaciguar la inquietud que muchos individuos empezaban a experimentar, lo cierto es que todo cuanto guardaba relación con los preceptos eclesiásticos en los que se exhortaba a los hombres a guardar la moral cristiana empezaron a ser escuchados, estudiados, o, si se prefiere, abordados, con suma atención. De este modo, se hizo mucho más asequible la propagación del Evangelio entre el grueso de la población, a la vez que la Iglesia conseguía imponer con mayor facilidad los principios de convivencia que tanto anhelaba inculcar entre los súbditos del Imperio. Y es que, el control que finalmente logra asumir de la maquinaria legislativa del Estado le hizo viable vencer, a través de la coacción pareja a ella, hasta la mayor de las resistencias que cualquier sector social le pudo oponer. De esta

actitud se ha percatado con gran agudeza un estudioso de prestigio como es MARKUS, que al respecto ha manifestado lo siguiente: *Christianity had become conscious of its power to impose itself on Roman society*<sup>2</sup>.

Los albores del siglo V resultan, pues, tiempos de una gran incertidumbre. Sobre esta circunstancia histórica no hemos detectado que haya discrepancias en el seno de la doctrina romanística contemporánea. Como tampoco creemos que la haya en cuanto nos detengamos a valorar la preferencia que el Cristianismo sentía por todo cuanto guardase relación con valores de la dimensión del matrimonio y la familia. El estudio de los escritos de los Doctores de la Iglesia revela una misma impresión: En las Sagradas Escrituras, se postula el principio de que ambas instituciones deben su existencia a la intervención Divina. Son fruto de su Voluntad. Por lo tanto, compete su regulación a la entidad que tiene la misión de interpretar en beneficio de los hombres el querer Celestial. La Iglesia Católica recabará de continuo esta función, y no cejará en su empeño hasta conseguirlo. Mostrará, sí, en todo momento, su apoyo al Estado romano para que éste sea capaz de superar las asechanzas de los que buscan su destrucción, su aniquilamiento, desde dentro y desde afuera. Pero a cambio, demandará que el Poder imperial reconozca su protagonismo en cuantos asuntos Ella juzgue de su incumbencia, aunque guarden relación con el rutinario desenvolvimiento de la vida política y social de Roma.

Cuestión aparte es el camino que va a seguir el desarrollo práctico de esa alianza, pues para algunos expertos de la actualidad que con sus tratados se han aproximado a examinar el desenlace de la trama, el Cristianismo lo que persiguió fue un cambio radical de la mentalidad que imperaba en aquella sociedad, transformándola sensiblemente, hasta el punto de hacer de ella la sociedad cristiana por excelencia. Otros autores, sin manifestarlo explícitamente, no comparten, sin embargo, esta corriente de pensamiento. A juicio de estos últimos, lo que los Santos Padres pretendían, junto a cuantos secundaban las afirmaciones que ellos recogían en sus escritos, no era otra cosa que consolidar la simbiosis que se había forjado entre ambas fuerzas, o sea, la material o terrenal –encarnadas por las figuras de los monarcas romanos–, y la espiritual, que descansaba en la Iglesia Católica. Al fin y al cabo, las consecuencias de ese pacto iban a tener como destinataria a la población romana, colectivo del que formaban parte los mismo cristianos, tan supuestamente resueltos a lograr la penetración total de los dogmas con los que se habían propuesto reformar la cultura de la que ellos mismos eran, innegablemente, herederos. Por esta segunda tesis se ha decantado un romanista del prestigio de Gaudemet, para quien no resultaría ajustado a la realidad histórica pretender llevar a cabo una separación o un enfrentamiento entre la Iglesia y la sociedad de aquellos tiempos: *Tenir l'Eglise et la société romaine pour deux groupes parfois affrontés et pour le moins distants serait schématiser, substituer à la réalité vivante l'entité*

<sup>2</sup> R.A. MARKUS, *Christianity in the Roman World*, London, 1974, p. 124.

*abstraite, trahir la complexité des phénomènes sociaux. Eglise et Société sont faites des mêmes hommes. L'appartenance à la première n'exclut pas la fidélité à la seconde. Entrant dans l'Eglise, les chrétiens, même les clercs, ne rompent pas tout lien avec le monde laïc. Ils conservent traditions, modes de penser, genre de vie, que leur a transmis l'héritage antique*<sup>3</sup>.

Sin embargo, por lo que se refiere a la primera concepción, Markus se revela decidido partidario de sus fundamentos. Su punto de partida viene de la mano, precisamente, de la caótica situación en la que el Imperio romano se hallaba incurso hacia el año 400. Reprocha a los cristianos de entonces, y, muy especialmente, a los que ejercían el liderazgo intelectual y espiritual, que volvieran la espalda casi de forma irremediable a la rica herencia cultural que hasta sus tiempos había pervivido; sobre todo, a la que era debida a la labor de los clásicos, por tener un indiscutido origen pagano. Sostiene además el escritor anglosajón, que él observa una gran precipitación por parte de los cristianos en la consecución de esa meta, es decir, en el querer borrar con un nuevo sistema educativo todo vestigio del pasado: "The period around 400 was one of the momentous turning points in European civilization, and it could have been catastrophic. The impatience of Christians, in a hurry to create a Christian society, opposed by a whole venerable tradition, could easily have entailed a brutal rejection of the whole classical past. Leading Christian intellectuals sometimes came very near to turning their backs on it. Augustine devoted a special treatise to sketching a syllabus for a Christian education to replace the current round of studies. The unifying principle of his educational scheme was the Word of God"<sup>4</sup>.

A nuestro juicio, el inclinarse a favor de una u otra afirmación es asunto de suma trascendencia, especialmente por lo que concierne a las materias objeto de nuestro estudio, esto es, el matrimonio, la familia y el divorcio. Hay, con todo, otros argumentos de los mencionados investigadores que finalmente hacen que tomemos partido por los postulados de Gaudemet, pues en esta ocasión lo tenemos por más ecuánime, riguroso en su planteamiento científico y ajustado a la realidad de los hechos. Este cúmulo de circunstancias nos lleva a decantarnos por sus tesis, al considerar que su autoridad es prevalente a la hora de resolver la problemática generada por la incidencia del Cristianismo y sus dogmas en la evolución del mundo romano. Y es que, ahí está la distinta percepción que hacen de una doctrina como la de San Agustín, cuando se adentran con sus disquisiciones a averiguar el grado de intensidad con la que ese pensador logró implantar la moral cristiana en la civilización romana valiéndose de sus escritos. Markus, por ejemplo, dice que tanto ese Doctor de la Iglesia como su contemporáneo, San Jerónimo, son los dos personajes mayormente comprometidos en liberar a Roma de lo que él denomina el hechizo

<sup>3</sup> J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain (IV<sup>e</sup> – V<sup>e</sup> siècles)*, París, 1958; mise à jour 1989, p. 22.

<sup>4</sup> R.A. MARKUS, *Christianity...*, op. cit., p. 131 ss.

de la civilización pagana; un enclave en el que el Cristianismo, precisamente, se había desarrollado hasta alcanzar su madurez: *Jerome and Augustine belonged to the generation of Christian intellectuals which was deeply engaged in the struggle over the pagan Roman past... Their aim was to liberate Christianity from the spell of the civilization in which it had grown to maturity*<sup>5</sup>. Pero el romanista francés no tiene el mismo concepto. Del Santo de Hipona piensa – aunque en su crítica incluye también, en cierta medida, a San Jerónimo –, que no condenó la obra de Roma en su totalidad por el hecho de que en el pasado sus gentes practicaran los cultos paganos, sino que supo distinguir, elogiando sin reservas las grandes aportaciones que los personajes más destacados de ese pueblo hicieron a la *civitas*. Por eso, Gaudemet llega a la conclusión de que en el fuero interno de San Agustín se produjo un apasionado debate, en el cual medió su profunda convicción religiosa frente a su no menos acendrado sentimiento de amor por cuanto simbolizaba Roma: *“Les provinciaux, comme Jérôme ou Augustin, aussi bien que d’anciens fonctionnaires romains comme Ambroise, sont sensibles au prestige de Rome. Même quand ils en dénoncent les torts, ils lui restent fidèles. D’Augustin, on a pu dire qu’il y avait en lui deux hommes, le polemist et le patriote. S’il condamne le paganisme de la vieille Rome, s’il étale ses violences et ses vices, il reste l’admirateur de Rome et donne ses grands hommes en exemple*<sup>6</sup>.

Así es que, San Agustín, con sus escritos, no pretendía poner fin a la familia romana, ni al matrimonio romano de ese mismo origen, aunque, por supuesto, condenara la disolución del vínculo conyugal por medio del divorcio. A nuestro juicio, antes que nada, lo que hizo el Doctor de Hipona por medio de sus tratados, fue exponer las razones que le llevaban a oponerse al divorcio, transmitiendo sus impresiones a sus compatriotas, especialmente a los bautizados, haciéndoles saber por qué él no consideraba este acto en cuanto relacionado con el matrimonio, como algo intrínsecamente bueno. Son prácticamente todas aquellas obras en las que aborda estas materias donde dice, por ejemplo, que el marido no debe repudiar a su mujer *nisi ex fornicationis causa*, y que si por alguna desavenencia que no sea la mencionada se separan, deben procurar por todos los medios la reconciliación. Con todo, la Iglesia, a través de sus concilios, se muestra siempre con la mujer mucho más exigente en el cumplimiento de los preceptos sobre el matrimonio que con el varón. En cuestiones relacionadas con el adulterio y el repudio, se la persigue más y se la sanciona con mayor severidad cuando en alguno de estos aspectos ella desempeña el ignominioso papel protagonista. De los testimonios que las fuentes de la época nos han dejado, se puede deducir perfectamente cuál fue la actitud que siguió la Iglesia: primero, los cánones sinodales declaran sin cortapisas el principio de la indisolubilidad del matrimonio para los bautizados, y castigan con penas de

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 138 ss.

<sup>6</sup> J. GAUDEMET, *L’Eglise dans l’Empire...*, op. cit., p. 23.

naturaleza espiritual – excomunión, penitencias, por ejemplo –, a quienes atenten contra este precepto. En segundo lugar, la Entidad de corte Divino presiona con su poder e influencia a los Emperadores romanos, que desde el punto de vista espiritual la obedecen como feligreses. Atendidas sus exigencias, en tercer lugar, el legislador civil reformará restringiendo, a través de sus disposiciones normativas, la omnímoda libertad de la que antaño gozaba cada uno de los cónyuges para disolver el vínculo nupcial por medio del repudio. El fin último buscado es, por consiguiente, la prohibición del divorcio, pero esta era una meta que aún estaba lejos de lograrse, pues la mentalidad de las gentes que habitaban el Imperio no estaba preparada para asimilar un cambio tan profundo sobre lo que hasta entonces habían sido sus esquemas a propósito de las relaciones nupciales.

A nuestro juicio, este fue el camino que la Iglesia Católica tomó para hacer efectiva su contribución al sostenimiento del Imperio romano, a su cultura y a su unidad. Unidad que concibió debía partir, antes que nada, de la indisolubilidad del matrimonio, y cuya consecuencia inmediata era la estabilización del grupo familiar. No en vano, constituciones imperiales posteriores, de mediados del propio siglo V, harán de continuo manifestaciones declarando que para el legislador tiene más preferencia el interés de los hijos que las egoístas pretensiones de los progenitores buscando la manera de poner fin a su vínculo conyugal por medio del divorcio<sup>7</sup>.

Mas, retornando a los precedentes de esa legislación civil, que, por supuesto, informó previamente la concepción, redacción y entrada en vigor de C. Th. 3. 16. 2, estimamos conveniente detenernos someramente en ella, recalando en aquellas disposiciones eclesiásticas y en aquellos escritos de la Patrística donde se pone más de manifiesto la influencia que con el tiempo ejerció la moral cristiana sobre la materia que nos ocupa. Decir con carácter previo que Gaudemet, cuando ha estudiado la labor que desarrollaron las asambleas sinodales en este ámbito desde principios del siglo IV, ha destacado que es común denominador en las mismas *leur hostilité au remariage du vivant du conjoint adultère, mais ne prohibent pas formellement cette union*<sup>8</sup>. Si nos adentramos en el meollo de este asunto, comprobaremos cómo se hace necesaria una matización a tan rotunda afirmación. Y es que, como vamos a poner de manifiesto, la severidad con la que se condena el divorcio por los concilios no es del todo igual. Así, en los primeros compases que se siguen de los Edictos de tolerancia cuyo artífice fue Constantino el Grande, las condenas de las asambleas sinodales no cuentan con el mismo estilo categórico que las que se celebraron un siglo más tarde, después de que el Cristianismo a través de la

<sup>7</sup> Es el caso de Nov. Th. 12; Impp. Theodosius II et Valentinianus III AA, a 439, y de aquella otra ley recogida en C. 5. 17. 8 promulgada por los mismos monarcas el año 449: *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio dissolvi praecipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum.*

<sup>8</sup> J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire...*, op. cit., p. 543.

constitución *Cunctos populos*, fuese declarada la religión única y oficial de todo el Estado romano. Es entonces cuando se hace visible la intención última de aquellos hombres por operar una mutación que dejara su impronta en el régimen civil, trascendiendo el cometido espiritual que, en un primer momento, parecían haber perseguido. He aquí alguna de las muestras más relevantes:

La referencia de partida vendría de la mano del Sínodo de Elvira, celebrado entre los años 305 – 306. En su canon 8, castiga con la pena de excomunicación a la esposa cristiana que abandona a su esposo sin causa justificada. Una interpretación rigurosa de la norma, ha llevado a la conclusión de que su artífice tuvo presente que el cónyuge también estaba bautizado. No exime de la sanción el hecho de que ella tenga la intención de unirse a otro hombre en matrimonio:

CAN. VIII. *De foeminis quae relictis viris suis aliis nubunt.*

*Item foeminae, quae nulla praecedente causa reliquerint viros suos et alteris se copulaverint, nec in finem accipiant communionem*<sup>9</sup>.

El canon 9, sin embargo, ya hace referencia al caso en que la mujer abandona al cónyuge porque éste le da un grave motivo: haber cometido adulterio. A comienzos del siglo IV, no obstante, el Derecho romano estaba lejos de reconocer esta circunstancia como causa para que las esposas pudiesen acusar de crimen a sus consortes. Con todo, y, volviendo a la regulación eclesiástica, si la agraviada después de dejar al adúltero, fuese tomada por otro hombre con fines matrimoniales, el canon prescribe que no se le prohíba casarse. Mas, si esto se consumara, a ella se le negará la comunión, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la mujer esté dispuesta a recogerse, abandonando la vida mundanal, o que por una enfermedad que pusiese en peligro su vida, fuese necesario administrarle el sacramento. En la práctica, aquí se está forzando a la esposa cristiana a no volver a casarse, por las drásticas medidas de índole espiritual de las que será sujeto pasivo. Una persona bautizada que viva fervorosamente su fe, desistirá de una nueva relación conyugal. El contenido de la norma reza del siguiente modo:

CAN. IX. *De foeminis quae adulteros maritos relinquunt et aliis nubunt.*

*Item foemina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibantur ne ducat; si duxerit, non prius accipiat communionem, nisi quem reliquit de saeculo exierit, nisi forsitam necessitas infirmitatis dare compulerit.*

<sup>9</sup> La disposición, en cuanto alude en su contenido al abandono sin motivo por la mujer, ha suscitado una discusión entre los investigadores ante la posibilidad de que no fuese castigada si, por el contrario, contara con un motivo fundado en Derecho para divorciarse. Al respecto, nos adherimos a las tesis de C. J. HÉFÉLÉ, *Histoire des Conciles*, París, 1869, p. 139, donde se dice que la expresión *nulla praecedente causa* no quieren decir “*qu’il y a des cas où l’on peut abandonner son mari et en épouser un autre*”, y que lo que pretende la norma sancionando a la *uxor* que deja a su marido es decretar “*seulement une peine plus grave pour le cas où elle abandonne son mari sans motif*”.

Héfélé ha puesto de manifiesto la gran correspondencia que existe entre este último canon y aquél otro que aparece en el Concilio de Arlés, celebrado al cabo de una década. De su canon 10 dice que es un ejemplo de regulación que se aparta de la rutina establecida por el Derecho civil que por entonces se hallaba en vigor<sup>10</sup>, ya que en dicho ordenamiento no se presentaba ninguna traba contra el consorte inocente. Ahora, en cambio, y mientras permanezca la *uxor* que ha delinquido con vida, se prohíbe al hombre –imaginamos que, bajo pena de excomunió–, tomar otra esposa:

CAN. X. *Ut si cujus uxor adulteraverit aliam illa vivente non accipiat. De his qui conjuges suas in adulterio deprehendat, et iidem sunt adolescentes fideles et prohibentur nubere, placuit ut in quantum possit consilium iis detur, ne viventibus uxoribus suis licet adulteris alias accipiant.*

Hacia el año 407, tuvo curso, en fin, el undécimo Sínodo de Cartago. Igualmente, el investigador galo al que nos estamos refiriendo, hizo una descripción del mandato que se recoge en su disposición 8ª. En ella se dice que si los cónyuges toman la determinación de separarse, a partir de ese instante sólo podrán vivir de dos maneras: Una, así, es decir, separados para siempre; la otra, juntos, después de haber sellado su reconciliación. Pero no se les permite contraer un nuevo enlace con terceras personas. Lo que nos ha parecido más significativo de esta norma es que se exhorta a los Emperadores a que promulguen un decreto que se haga eco de esta resolución<sup>11</sup>.

Por otra parte, tenemos la impresión de que la doctrina de San Agustín estuvo ahí inspirando, hasta cierto punto, la elaboración de esa pauta. Sus postulados más sobresalientes están sintetizados en ese contenido. Tampoco debe extrañar que el canon contuviera ese inciso solicitando el respaldo del monarca, sobre todo si se piensa que la actitud es pertinente dado el marco político y jurídico en el que se desenvuelve. Insistimos una vez más en la idea de que ya habían transcurrido casi 30 años desde que el Cristianismo quedara definitivamente encumbrado en el vértice de la pirámide que representaba el ejercicio del poder dentro del Estado romano. Con todo, estimamos que la disposición eclesiástica no hace más que reflejar cuál era el grado de compenetración, e incluso, de complicidad, que se daba entre ambas fuerzas, la que encarnaba el Emperador y la que simbolizaba la Iglesia Católica. Por eso, como han subrayado algunos autores, la coyuntura fue aprovechada por esta última para operar un recrudescimiento en las medidas que se aplicaban a los bautizados que decidían divorciarse<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>12</sup> Dentro de la doctrina, destacamos en este punto la opinión de E. RUIZ FERNÁNDEZ, *El divorcio en Roma*, Madrid, 1992, p. 119. En su tratado, este Profesor ha puesto de manifiesto la evolución que siguió la Iglesia hacia posiciones más severas, si se compara su postura a comienzos del siglo V con las medidas que, sin embargo, había adoptado en los concilios de Elvira y Arlés.

Mas, haciendo nuevamente hincapié en la obra de San Agustín por la decisiva aportación que su pensamiento ejerció en la legislación represiva del divorcio desarrollada a lo largo del siglo V, creemos necesario traer a colación algunas observaciones suyas en las que, entendemos, se podría divisar el valor de precedente en la elaboración de C. Th. 3. 16. 2:

*Credo, simili forma, ut si dimiserit non ducat aliam, aut reconcilietur uxori. Fiere enim potest ut dimittat uxorem causa fornicationis, quam Dominus exceptam esse voluit. Jamvero si nec illi nubere conceditur viro viro a quo recessit, neque huic alteram ducere viva uxore quam dimisit*<sup>13</sup>.

*Non licet dimittere uxorem, nisi causa fornicationis; cogit retinere uxorem, si causa fornicationis non fuerit; si autem fuerit, non cogit dimittere, sed permittit: sicut dicitur, non liceat mulieri nubere alteri, nisi mortuo viro; si ante viri mortem nupserit, rea est: si post viri mortem non nupserit, non est rea; non enim jussa est nubere, sed permissa. Si ergo par forma est in isto jure conjugii inter virum et mulierem, usque adeo ut non tantum de femina, idem Apostolus dixerit, "Mulier non habet potestatem sui corporis, sed vir"; sed etiam de illo non tacuerit dicens, "Similiter et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier" si ergo similis forma est, non oportet intelligi licere mulieri virum dimittere, nisi causa fornicationis, sicut et viro*<sup>14</sup>.

*Auditae, charissimi, membra Christi et matris Catholicae filii... Non vobis licet habere uxores, quarum priores mariti vivunt. Adulterina sunt ista conjugia, non jure fori, sed jure coeli. Nec eam feminam quae per repudium discessit a marito, licet vobis ducere a marito. Solius fornicationis causa licet uxorem adulteram dimittere: sed illa vivente non licet alteram ducere. Et vobis, feminae, nec illos viros a quibus per repudium discesserunt uxores eorum, maritos habere conceditur; non licet: adulteria sunt, non conjugia*<sup>15</sup>.

La perspectiva del Doctor de Hipona se mantuvo invariablemente a lo largo de los años en los trabajos que publicó con posterioridad a los reseñados. Tanto en *De bono coniugali*, como en *De adulterinis coniugiis*, que vieron la luz entre el 400 y el 419, se hace una exhortación constante a la entereza de la familia y a la continuidad de los lazos entre nupturientes. La disolución que comporta el divorcio, siquiera por mutuo acuerdo, es vituperada con palabras en las que se reprocha la inconsciencia de los esposos que se inclinan por esa alternativa de vida. Queda así abonado el campo para que en 421 se imponga el coto definitivo sobre quienes aún se creían facultados para poner fin a sus matrimonios con la realización de otro posterior.

<sup>13</sup> San Agustín, *De Sermone Domini monte*, 1. 14. 39; Migne, P. L., 34, 1249.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 1. 16. 43; Migne, P.L., 34, 1251.

<sup>15</sup> San Agustín, *Sermo* 392. 2; Migne, P.L.; 39, 1710.

C. PUESTA EN PRÁCTICA DE LA NUEVA NORMATIVA ANTIDIVORCISTA POR EL LEGISLADOR ROMANO. VALORACIÓN CRÍTICA DE C. TH. 3. 16. 2 POR LA LITERATURA ROMANÍSTICA MODERNA: EL PROBLEMA DE LA AUSENCIA DE CONSENSO DOCTRINAL EN LA DETERMINACIÓN DE SU MAGNITUD COERCITIVA.

Generado por la Iglesia Católica, pues, el clima político y social propicio para que el poder legislativo ejerciera un incremento aún mayor si cabe, de la presión que ya desde épocas precedentes se venía llevando a cabo sobre los ambientes prodivorcistas para eliminarlos, los Emperadores cristianos intervinieron tomando cartas en el asunto. Sin embargo, a la hora de desempeñar su autoridad, calibraron el alcance de las medidas que iban a adoptar. Resulta innegable que se movieron impulsados por sus sentimientos religiosos. Ellos, antes que nadie, estaban obligados a dar públicamente ejemplo de su ferviente adhesión a los dogmas de la fe que habían jurado guardar y defender. Pero, por otra parte, también eran hijos de la civilización romana, dentro de la cual, la opción reconocida a los cónyuges de poder poner fin a su relación por medio del divorcio, era un principio arraigadísimo, anclado en su cultura desde tiempos inmemoriales, presente en la *civitas* tal vez desde el preciso instante que marcó el inicio de su existencia. Y es que, la permanencia ininterrumpida durante toda su Historia de la libertad de divorciar, no hacía más que demostrar que otro principio tan intrínseco al espíritu de aquellas gentes, como era el de autonomía de la voluntad de la persona, seguía vivo. Estamos seguros de que los Emperadores en ningún momento dejaron de sopesar lo que ocurriría en el supuesto de que tolerasen tuviese lugar la ruptura radical, absoluta, con una práctica tan asentada entre sus súbditos. Ciertamente fueron conscientes de que esto podría acarrear consecuencias gravísimas e imprevisibles a la ya maltrecha convivencia que reinaba entre ellos, por lo que tenemos la impresión de que buscaron una solución intermedia: Continuar con la tendencia represiva que ya había sido introducida por su predecesor, Constantino el Grande, sancionando a los esposos que unilateralmente decidían poner fin a su matrimonio, especialmente cuando el repudio era enviado a la pareja *sine iusta grave causa*; introducir nuevos motivos que permitieran a los casados divorciarse, bajo el pretexto de incurrir el cónyuge que da pie a la disolución en una circunstancia de las tipificadas como graves; recrudescer el régimen de castigos sobre la mujer, a la que se discrimina en relación con el varón, tanto al solicitar el divorcio por las causas que le corresponden, o al querer volver a casarse después de repudiar conforme a Derecho, o, cuando por su culpa tienen lugar los presupuestos para ser repudiada. El divorcio, si es fruto del mutuo acuerdo de los interesados, se mantiene como hasta entonces, o sea, sin sometimiento a ninguna clase de limitación. El contenido de la norma promulgada por Honorio, Teodosio II y Constancio II en Rávena –C.Th. 3. 16. 2–, reza del siguiente modo:

*Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, si nullas probaverit divortii sui causas, abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda suppliciiis: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus. Sin vero morum vitia*

*ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus. Restat, ut, si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem; tunc enim videbitur sui magis viri id exsecratione quam alieni adpetitione fecisse. 1. Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiat et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium. Si vero morum est culpa, non criminum donationem recipiat, dotem relinquat, aliam post biennium ducturus uxorem. Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu nullisque vitiis peccatisque gravetur exclusa, et donationem vir perdat et dotem ac perpetuo caelibatu insolentis divortii poenam de solitudinis maerore sustineat, mulieri post anni metas nubtiarum potestate concessa. 2. Super retentionibus autem dotium propter liberos iuris antiqui praecipimus causa servari. Dat. VI Id. Mart. Rav Eustathio et Agricola cons.*

A nuestro juicio, la constitución contiene una desautorización para los esposos de divorciarse si no se cumple alguna de las graves causas que su redacción contempla. Si uno de ellos incumple su mandato enviando al otro el repudio, la disolución del matrimonio es válida, pero sujeta a una fuerte represión. Otro aspecto del texto que entendemos importante recalcar, es el de la valoración que hacen los autores modernos a propósito de su impacto entre los destinatarios de la norma. En este punto, observamos que en el seno de la doctrina centrada en examinar el régimen jurídico matrimonial de la época, ya se producen las primeras discrepancias y matizaciones.

Así, por ejemplo, y por mencionar a uno de los expertos que en sus tratados con mayor detenimiento ha centrado su trabajo en esclarecer el fondo de la cuestión, traemos a colación a Robleda, que basa sus planteamientos, en primer lugar, en la comparación que hace de las repercusiones que tuvo esta ley con los efectos que se derivaron de la promulgación de aquella otra que presuimos fue su precedente, y a la que da cuerpo C. Th. 3. 16. 1, concebida noventa años atrás por los asesores del Emperador Constantino. La impresión inicial que le causa al romanista español la lectura de ambas disposiciones, le lleva a afirmar que la del siglo V entró a regular las causas de divorcio “de modo, sin embargo, más benigno que lo hiciera Constantino Magno”<sup>16</sup>. Sin embargo, casi a continuación, se ve forzado a puntualizar sus palabras, por cuanto reconoce que para la mujer las cosas se pusieron más difíciles por el régimen punitivo al que quedaban sujetas, y por la discriminación que sufrían respecto a los varones cuando, consumado el divorcio, se las obligaba a obser-

<sup>16</sup> O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano*, Roma, 1970, p. 265.

var unos plazos dentro de los cuales no podían contraer nuevo matrimonio<sup>17</sup>. Volterra, es también del criterio que percibe un endurecimiento de la represión, y que se concretiza en el régimen al que se somete, tanto a la mujer que divorcia por causa, pero no calificada como grave, como a la que repudia sin fundamento<sup>18</sup>

Pero es que, si se trata de corroborar la impresión que tenemos de que C. Th. 3. 16. 2 implicó, efectivamente, un paso adelante en el objetivo de acabar con la libertad de divorciar que habían disfrutado los *cives romani* en general, y las mujeres en particular, consideramos que esto se puede llevar a cabo procediendo al análisis comparativo de algunos pasajes de ambas constituciones, donde se describen las penas que aguardan a aquellas esposas que repudiaron *solo dissensu*. A todas luces, creemos que la sanción personal que debían soportar – la deportación –, es contemplada desde una perspectiva mucho más estricta, mucho más severa, en la ley del año 421 que como fue recogida por su predecesora. Esto lo deducimos del examen de los términos, del contexto en que el castigo se recoge, tanto en una como en la otra. Obsérvese el tenor de las palabras, primero en la regulación más antigua; después, en la más moderna:

*Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet... pro tam magna sui confidentia in insulam deportari.*

*Mulier... si nullas probaverit divortii causas, ... deportationis addicenda supplicii: cui non solum secundi viri copulam, verum etiam postliminii ius negamus.*

Independientemente de la depuración del estilo jurídico - literario que tiene lugar entre las dos disposiciones, C. Th. 3. 16. 2 contiene una regulación represora del régimen del divorcio mucho más precisa que C. Th. 3. 16. 1. En el punto concreto que nos ocupa, esto significa que en el año 331 la mujer deportada podía, en la práctica, eludir o relegar el castigo con muchísima más facilidad que otra en su misma situación cuando la ley de 421 entró en vigor. Esta es la impresión que nos genera la primera toma de contacto con tan delicada materia. A nuestro juicio, el *quid* de la cuestión descansa en la adecuada aproximación al mensaje que el texto de C. Th. 3. 16. 2 encierra cuando hace hincapié en los términos en los que el destierro ha de ser comprendido por los destinatarios de la norma. En este campo, juzgamos igualmente esencial para su justa comprensión reparar en las referencias contenidas en la *Interpretatio* que acompañaba al conjunto de la propia norma. En lo que ahora interesa se dice que bajo ningún concepto la penada se beneficie del *ius postliminii*: *Si mulier repudium marito prior intulerit et statutas lege non docuerit causas, ... insuper exilio relegata nec nubendi locum habeat nec ad propria revertendi.*

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>18</sup> E. VOLTERRA, *Lezioni di Diritto romano. Il matrimonio romano*. Roma, 1961, p. 293.

Extremo que, sin embargo, no llegaba a ser contemplado en la propia redacción de C. Th. 3. 16. 1, ni en su respectiva *Interpretatio*, donde simplemente se dice que se tenga a la persona relegada en el exilio: *...nam si haec crimina mulier non potuerit adprobare... amittat atque etiam exilii relegatione teneatur*. Y esto es lo que nos conduce, finalmente, a reafirmarnos en nuestras sensaciones.

Con todo, hay otra cuestión más peliaguda, de la cual ha surgido lo que nos parece un profundo desconcierto doctrinal. Desavenencias que nacen de la falta de acuerdo entre los autores más significativos de la literatura romanística, cuando se han detenido a dilucidar el alcance y las consecuencias que podrían derivarse de la desobediencia de los preceptos contenidos en esa constitución, por parte de los divorciados que deseaban contraer nuevo matrimonio antes de que transcurrieran los plazos que ahí se les había impuesto de abstinencia para su realización. Se trata de clarificar si la infracción de la ley hubiera tenido como resultado que el vínculo conyugal fuese nulo, careciendo de efectos jurídicos, o, si por el contrario, las nupcias, aun siendo ilícitas, pervivirían, teniendo lugar conforme a Derecho, los efectos que en otro caso, se producen. Este conflicto tiene su base en la ausencia por parte de la ley de una respuesta explícita y específica que disuada a los contraventores de infringirla. Mas, ello no quiere decir que implícitamente sus dictados estuvieran, en ese sentido, presentes.

Tentados de cometer ese tipo de infracción estarían, por ejemplo, las casadas que hubiesen logrado el divorcio después de haber hecho prosperar una acusación demostrando que su pareja había realizado el tipo de alguno de los *magna crimina*. Y es que, la mujer, en su libertad para volver a casarse, quedaba condicionada al imponérsele un tiempo de carencia de cinco años. Cuando, sin embargo, concurrían los mismos presupuestos en un varón, éste no estaba obligado a soportar esa carga, ya que se le autorizaba a tomar esposa de inmediato, si así lo quería. Nos encontramos, pues, ante un agravio comparativo en la persona de la *uxor*, que trae causa de su condición femenina. La discriminación se vislumbra con mayor nitidez si entresacamos los respectivos pasajes de la ley que contienen la prescripción:

*Mulier, quae repudii a se dati oblatione discesserit, ... si graves causas atque involutam magnis criminibus conscientiam probaverit quae recedit, dotis suae compos sponsalem quoque obtineat largitatem atque a repudii die post quinquennium nubendi recipiat potestatem.*

*Sane si divortium prior maritus obiecerit ac mulieri grave crimen intulerit, persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta et dote potiatur et suam recipiat largitatem et ducendi mox alteram liberum sortiatur arbitrium.*

También a las mujeres que se divorciaban después de haber demostrado que el marido cumplía el requisito de un comportamiento *morum vitia ac mediocres culpas*, se les sancionaba con la privación perpetua del matrimonio:

*Sin vero morum vitia ac mediocres culpas mulier matrimonio reluctata convicerit, perditura dotem viro donationem refundat, nullius umquam penitus socianda coniugio: quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus.*

Las premisas sobre las que ofrecer una solución científica a la problemática que a través de estas líneas hemos planteado, fueron puestas inicialmente, a nuestro juicio, por Volterra. Cuando en alguno de sus numerosos tratados ha hecho comentarios a la regulación jurídica contenida en C. Th. 3. 16. 2, no ha dudado en subrayar que la norma fue diseñada por la Cancillería Imperial con el fin supremo de combatir el divorcio: *Le costituzioni contro il divorzio cercano di impedire con ogni mezzo il secondo matrimonio, colpendo con gravissime sanzioni chi lo compie e rendendo praticamente impossibile di costituire con persona diversa dal primo coniuge un nuovo rapporto legittimo di matrimonio*<sup>19</sup>. Esta tesis viene a ser reforzada por otra idea que nos deja un tanto perplejos: los cónyuges, a la hora de divorciarse, ya no disfrutaban de la misma libertad que antaño tenían, cuando alguno de ellos se decidía unilateralmente a poner fin al matrimonio. A partir de entonces, la mujer, dispondría de una capacidad de decisión mucho más restringida, si la comparamos con la que iba a gozar el varón; también sometida a restricciones, pero que no iban, ni de lejos, a alcanzar los niveles que a ellas se les deseaba imponer. Cuando la *uxor* quisiese disolver su vínculo conyugal – sigue diciendo Volterra –, éste quedaría así en una suerte de estado latente, porque su capacidad para poder contraer nuevas nupcias estaría muy restringida, de tal modo que daría la sensación de que aún permanecería unida a su primitivo marido: *Non si giunge ancora a proclamare nella legislazione imperiale il principio dell'indissolubilità del matrimonio, ma si pone di fatto la donna divorziante nella condizione di colei che è ancora unita in matrimonio e non può quindi passare ad altre nozze*<sup>20</sup>.

La interpretación del pensamiento de Volterra de ese punto de su exposición, resulta bien compleja. La impresión que nos ha transmitido es que en una situación como la que aborda el legislador, éste trató de crear una especie de ficción por la que, a pesar de haberse consumado el divorcio con el envío del repudio por la esposa, la disolución no tendría lugar plenamente. La cuestión es que consideramos que el Derecho romano contemplaba la producción de todos los efectos que caracterizan a este negocio jurídico, desde el preciso instante en que se cumplían las exigencias que sus normas recogían al respec-

<sup>19</sup> E.VOLTERRA, *Matrimonio (diritto romano)*. Enciclopedia del Diritto, Milano, 1975, vol.XXV, p. 795. Precisamente, en n. 156, alude a C. Th. 3. 16. 2 como un claro ejemplo de esa política legislativa, buscando la manera de dar satisfacción a una inquietud que sin lugar a duda le habría sido formulada al legislador por la jerarquía de la Iglesia Católica – ortodoxa. Junto a la ley de referencia, se habla de otras disposiciones que vinieron a concretar o, por lo menos, a completar el objetivo establecido, las cuales fueron promulgadas a lo largo de un periodo cronológico que nunca superó el marco del siglo V: C. 5. 17. 8; C. 5. 17.9.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 795.

to. Si el divorciante omitía alguno de los requisitos, sus expectativas declinaban ante la falta de reconocimiento por el ordenamiento. Pero éste no era el caso. Con mucho, la doctrina de Volterra sería admisible si el legislador hubiese contemplado en su mente que, por lo menos, la mujer, ya no pudiese quebrantar la relación matrimonial; que las nupcias fuesen para ella indisolubles. Esperarían así los Emperadores la reconciliación de los antiguos esposos y el retorno a la vida en común. Sea como fuere, de lo que estamos seguros es de que desde el Poder se hacían votos porque, en caso de ulterior matrimonio, éste tuviera lugar entre los primitivos consortes.

Como puede verificarse, determinar la finalidad perseguida con la imposición de ese compás de espera tras el divorcio descrito por C. Th. 3. 16. 2, es una labor espinosa, que entraña profundas dificultades. Es por lo que creemos que otros destacados expertos de la romanística, se han abstenido de profundizar en la cuestión. O bien se han limitado a hacer referencia a los postulados de Volterra mostrando implícitamente su acuerdo con ellos<sup>21</sup>, o bien le aluden sin entrar en el fondo del asunto; es decir, sin declarar que estén a favor o en contra de su doctrina<sup>22</sup>.

Hay otra corriente de estudiosos para los que la finalidad buscada por C. Th. 3. 16. 2 era la indisolubilidad de las uniones conyugales. Su planteamiento, sin embargo, es defendido valiéndose de una argumentación mucho más extrema. El autor más significativo es Biondi. A su juicio, la infracción de las limitaciones temporales que operaban sobre la libertad para contraer nuevo matrimonio, suponía la comisión del delito de bigamia por el interesado. Creemos que este experto defiende esa idea partiendo de las referencias que hace la *Interpretatio* de la ley a las acusaciones por adulterio que el antiguo esposo podía dirigir hacia quien había sido su mujer, cuando, sentenciada a no poder volver a contraer matrimonio, desobedecía dicha prescripción: *Si vero postea maritum dimittens adulterio se forte miscuerit, maritus etiam post repudium habeat licentiam persecuendi*. Tal vez Biondi consideró que esta represalia era indicativa de un repudio que no surtía todos los efectos, pues Constantino I ya había establecido en su momento que era principalmente al esposo a quien correspondía llevar a cabo las acciones legales oportunas cuando su honor quedaba mancillado por la traición de la esposa: *In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet, cui quidem ex suspicione etiam ream coniugem facere, nec intra certa tempora inscriptionis vinculo contineri veteres retro principes annuerunt*<sup>23</sup>. Con lo cual, había que ser consecuente: obrando así el varón, o estando facultado para reaccionar de este modo, si él quería contraer otro matrimonio, incurriría en bigamia: *Si dichiarava che il repudiante non*

<sup>21</sup> Por ejemplo, A. MONTAN, *La legislazione romana sul divorzio: Aspetti evolutivi e influssi cristiani*. Apollinaris, n° 53. Roma, 1980, p.180 ss.

<sup>22</sup> Así es como hemos comprendido la postura de O. ROBLEDA, *El matrimonio...*, op. cit., p. 265 ss, cuando expone su pensamiento a propósito del régimen jurídico de esa constitución.

<sup>23</sup> C. Th. 9. 7. 2; *Imp. Constantinus A. ad Evagrium Pf. P.*, a. 326 = C. 9. 9. 30 pr.

*può contrarre nuovo matrimonio e non può contrarlo se non trascorso un certo periodo di tempo... Si potrebbe osservare che se la legge proibisce le seconde nozze al ripudiante, vuol dire che il matrimonio sussiste e quindi il ripudiato non può contrarre nuove nozze senza incorrere nel reato di bigamia<sup>24</sup>.*

La réplica a una concepción del divorcio postclásico tan drástica como la que acabamos de transcribir, ha venido, a nuestro juicio, esencialmente, del pensamiento de Gaudemet. Para el romanista francés, es menester puntualizar una serie de aspectos básicos presentes en la redacción de la norma, y, que según su entender, podrían ser útiles para aclarar los malentendidos a los que ciertos silencios de la ley han podido conducir.

Afirma así, en primer lugar, que con el divorcio el vínculo matrimonial quedó verdaderamente disuelto, y que no hubo lugar a crimen de bigamia si, por ejemplo, el marido, durante el tiempo en que tenía vetado el acceso a nueva unión conyugal legítima, la intentaba. En segundo lugar, reconoce que la disposición normativa adolece de cierto oscurantismo, pero que éste es superficial, aparente, y que es posible salvar las dificultades que el mismo acarrea si tenemos en cuenta los antecedentes legislativos, además del ámbito en que se desenvuelve la vigencia de C. Th. 3. 16. 2. Señala que si durante el tiempo que duraban las susodichas limitaciones para volver a casarse, se considerara que el vínculo se mantendría de una u otra forma vivo, la constitución lo hubiera proclamado expresamente, que ésta no podía permanecer muda ante la previsión de las gravísimas represalias que recaerían sobre las personas de los infractores: *Si la femme contracte une nouvelle union, le mari répudié pourra la poursuivre comme adultère. Si cette dernière disposition semble impliquer la persistance du lien matrimonial, on ne peut être aussi affirmatif dans l'interprétation de l'interdiction du remariage. Il faudrait en connaître la sanction<sup>25</sup>.*

En tercer lugar, pide a sus lectores que fijen la atención en un detalle que podría ser crucial a la hora de esclarecer toda confusión emergente en torno a este asunto: de la acusación de adulterio, en sí misma, sólo se habla en el texto de la *Interpretatio*, que como se sabe, es algo posterior cronológicamente a la fecha en que se promulgó la ley. Si tomamos ésta, comprobaremos que en lo referente a las sanciones que aguardan a la esposa que repudia *morum vitia ac mediocres culpas*, sólo se dice lo siguiente: *... quae ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus*. Además, subraya Gaudemet, que si somos rigurosos cuando procede examinar las distintas maneras con que era empleada la palabra *adulter* en el Bajo Imperio, nos percataremos de que su uso comprendía otras acepciones – peyorativas también, por supuesto –, pero que no se quedaban en el primitivo significado de *uxor* infiel al marido: *“... le terme adulter ne se trouve que dans l'Interpretatio*

<sup>24</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, vol. 3, Milano, 1954, p. 175.

<sup>25</sup> J. GAUDEMET, *Justum Matrimonium*, Mélanges De Visscher, Bruxelles, 1949, p. 358.

*de la constitution et que, d'autre part, les Constitutions du Bas – Empire assimilent parfois à l'adultère des situations matrimoniales irrégulieres, qui n'impliquent aucune violation du lien conjugal*<sup>26</sup>. En cuarto lugar, el jurista francés duda –partiendo de la idea de supervivencia del primitivo vínculo nupcial–, de que el segundo enlace, si se hubiera celebrado antes de transcurrir los plazos prescritos, fuera nulo. Gaudemet sostiene que una sanción de esa magnitud habría sido indicada expresamente por el Emperador, y que si la constitución no dice nada hay que entender que debe seguirse lo que en C. Th. 3. 16. 1 –de paternidad constantiniana–, ya estaba previsto por la propia naturaleza que caracterizaba a esa ley: que se trataba de una norma *menos que perfecta*.

La impresión, no obstante, de que la mujer con Honorio, Teodosio II y Constancio II no era considerada adúltera por una segunda unión, vendría refrendada por el desenvolvimiento con el que se produce el régimen jurídico de la materia a través de la constitución recogida por Justiniano en C. 5. 17. 8, promulgada el año 449. En ésta, si la prohibición impuesta a la mujer de casarse hasta que transcurran los cinco años desde el repudio fuese infringida, el legislador no declaraba a la relación nula de forma taxativa, pero le negaba la condición de matrimonio, y anotaba a la mujer de infamia, por su insolencia. He aquí el planteamiento de Gaudemet: *Or la constitution est muette sur ce point et l'exemple de celle de Constantin prouve qu'une telle défense n'était pas nécessairement sanctionnée par la premier lien conjugal. L'interdiction du remariage est une mesure repressive bien plus que la conséquence juridique nécessaire du maintien de la première union. L'empereur en joue comme d'une sanction pénale, qu'il proportionne à la gravité de la faute... La réforme de la législation du divorce par Théodose en 449 (C.J. 5. 17. 8), interdira à la femme de se remarier avant cinq ans,... si la nouvelle union intervenait avant l'expiration de ce délai, Théodose ne la déclare pas expressément nulle; il lui refuse le titre de mariage et frappe la femme d'infamie*<sup>27</sup>.

A la doctrina argumentada por este investigador se ha sumado Vannucchi También está convencida de que en C. Th. 3. 16. 2, el repudio realizado atendiendo a lo establecido por la norma implicaba el divorcio, y éste daba por finalizado el matrimonio indiscutiblemente. Sin embargo, nada dice en el sentido de si acepta o rechaza los planteamientos de Gaudemet, a propósito de la validez de aquella unión celebrada durante los plazos en los que los excónyuges tenían, según la letra de la constitución, prohibido contraer. Simplemente, se dedica a subrayar que appare evidente che il divieto di sposarsi, permanente o temporaneo, è unicamente una pena di carattere personale che si aggiunge alle sanzioni patrimoniali<sup>28</sup>. También se echa en falta una réplica sólidamente fun-

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 358 n. 159a.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 358 ss.

<sup>28</sup> O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV – V secolo in tema di divorzio*, SDHI, n° 48, 1982, p. 303.

dada en Derecho a los postulados que en su momento expuso Volterra. Si bien es cierto que afirma, en relación con la disolución por divorcio del matrimonio inicial, que *il rapporto matrimoniale però viene meno poichè si concede all'altra parte la possibilità di contrarre una nuova unione*<sup>29</sup>, se omite cualquier crítica con la que rebatir la pretensión de Volterra de una pervivencia del vínculo primitivo al privarse a la mujer que ha repudiado de capacidad inmediata para acceder a nuevo matrimonio<sup>30</sup>.

A nuestro juicio, efectivamente, el divorcio puso punto final a la relación entre marido y mujer, lo que implica, al mismo tiempo, la posibilidad para ambos individuos de celebrar un nuevo enlace. En el caso de la esposa, la presión que se ejerció sobre su persona alcanzó cotas que no tuvieron parangón por cuanto tuvo que ver con el hombre. Con todo, también hemos de añadir que con aquella política legislativa se intentó poner freno a los caprichosos ímpetus de muchos divorciados que rompían sus relaciones sin atenerse a las graves consecuencias que ello acarrearía de desorden social y moral, simplemente por el placer de tomar otra pareja. Lo que nos deja un tanto perplejos es la posibilidad de aceptar que en aquel delicado momento de la evolución histórico – jurídica del Derecho romano, este ordenamiento permitiera el fraude de ley; es decir, que las prohibiciones temporales para contraer otro matrimonio prescritas por C. Th. 3. 16. 2, y referentes a la contención por parte de los antiguos esposos en el acceso a posteriores nupcias, caso de no ser observadas, quedarán libres de cualquier tipo de sanción. Bien es verdad que la ley examinada nada dice de la imposición de una pena – multa, infamia, tormento...–, a quienes la desobedecieran, pero eso no es óbice para que intrínsecamente, por lo que hace a su propia naturaleza de disposición jurídica, esté dotada de los pertinentes mecanismos coercitivos que disuadan a cuantos sintieran el impulso de conculcar sus dictados. Por eso, entendemos que cualquier actuación contraria a lo ordenado en su texto, es automáticamente susceptible de ser castigada con vicio de nulidad, careciendo, en consecuencia, de efectos jurídicos.

#### D. TOMA DE POSTURA

Después de haber sido expuestas las teorías que sobre esta materia hemos juzgado más significativas y con mayor calado en su argumentación, obra de aquellos autores de prestigio que con sus trabajos han intentado dar una explicación a tan enjundiosa incógnita, entendemos llegado el momento de realizar una crítica acompañada de reflexión que se haga eco de nuestro particular punto de vista, a la vez que intentamos aportar ciertas sugerencias con las que

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Consideramos de interés, igualmente, destacar que la adhesión de VANNUCCHI a la teoría de GAUDEMET se hace de un modo apenas perceptible, con una cautela que excede lo usual, recogiendo su opinión en una sucinta nota a pie de página: O. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV– V secolo...*, op. cit., p. 303 n. 29.

contribuir al esclarecimiento de las incertidumbres que han sido presupuesto de una polémica tan prolongada.

Y es que, las soluciones ofrecidas por los distintos expertos se caracterizan por su profunda disparidad. La opinión de Gaudemet nos ha parecido, con todo, la mejor fundamentada. Pero aún así, hay puntos de su doctrina con los que sentimos no podemos llegar a conformarnos. Recordemos que, según sus impresiones, entre C. Th. 3. 16 2 y su predecesora, la constitución constantiniana consagrada en C. Th. 3. 16. 1, hay grandes similitudes, una de las más importantes consistiría en su naturaleza de leyes *menos que perfectas*. Esa era la razón por la que la norma del año 331 ya prevenía, caso de ser infringida por el exmarido que no atendía a la prohibición de no volver a casarse, las pertinentes represalias de carácter patrimonial que ya conocemos. Pero sostener la igualdad entre ambas normas en ese aspecto implica lo que, según nuestra opinión, habría por entonces supuesto una grave problemática: En primer lugar, que entre la promulgación de una y otra disposición normativa había transcurrido casi un siglo, con la consiguiente transformación de la mentalidad de la sociedad de la época, acompañada, además, por el enraizamiento que ya para entonces había operado la moral cristiana. Y en segundo lugar, que si C. Th. 3. 16. 2, también hubiese sido concebida por los legisladores con la misma naturaleza de ley *menos que perfecta*, lo lógico, creemos, habría sido que también hubiera contenido una explícita referencia a las fatídicas consecuencias que, a modo de sanción o represalia, aguardaban a quienes se atrevieran – ya el varón, ya la *uxor*, ambos divorciados –, a atentar contra lo por ella mandado. Decir también que no deberíamos olvidar que, a la postre, se estaba faltando a la voluntad declarada por los Emperadores y por su poder absoluto, rector de los destinos del Estado romano. Una audacia de ese calibre, no podía quedar exonerada de algún tipo de castigo.

Pensamos, igualmente, que el contenido de C.Th. 3. 16. 2, está conformado por un entramado jurídico de una gran riqueza y profundidad que, sin embargo, no ha encontrado el reflejo que merecía en los comentarios que ha suscitado entre la literatura romanística moderna. Incluso cuando algún autor ha reparado en la trascendencia que tuvo su aparición en la vida del Imperio y para la institución matrimonial, la norma ha sido abordada de un modo disperso, sin que su peculiaridad haya podido ser contemplada dentro de una misma unidad expositiva<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Tal es el caso, entendemos, de ROBLEDA, cuyo manual objeto de nuestro estudio se aproxima a la ley de modo extraordinariamente sucinto, tanto al examinarla por su propio protagonismo histórico – jurídico en materia de divorcio, como al ponerla en relación con otras normas anteriores o posteriores a su promulgación con las que le une algún fin común. Las referencias a la bigamia y su presunta consideración de delito, precisamente a partir de la entrada en vigor de C.Th. 3. 16. 2 – *El matrimonio...*, op. cit., p. 126 –, también es otro asunto tratado siquiera tangencialmente. Pensamos que todo lo que esa ley importa merece un trato más profundo, de tal manera que se dé oportunidad para conocer toda la dimensión que en su época tuvo su entrada en vigor.

Dentro de esa complejidad de la que hacemos mención, Volterra, desde su particular visión del curso que siguieron los acontecimientos, subraya que esta ley marcó el hito a partir del cual la bigamia alcanzó la consideración de conducta delictiva. Añade que los partícipes quedaban privados del *conubium*, por lo que cualquier matrimonio que se intentara celebrar sin que se hubieran respetado los plazos restrictivos que constituyen el objeto de nuestro debate, serían declarados inválidos: ... *è dichiarata apertamente l'invalidità del secondo matrimonio ove fatto contro il divieto o prima del termine fissato dopo il ripudio... con questa legge del 421 sia reso praticamente impossibile che al matrimonio sciolto ne segua immediatamente un secondo. In tutti i casi è prescritta la perdita del conubium, oppure l'obbligo di attendere un biennio od un anno. Il marito nel solo caso, in cui ripudi la moglie per un grave crimen, può passare subito a seconde nozze, ma deve prima aver perseguito criminalmente la prima moglie ed avere impetrato la vindicta. Evidentemente anche qui deve correre un intervallo fra il momento dello scioglimento del primo matrimonio e il costituirsi del secondo... il fatto di un secondo matrimonio, che sorgendo scioglie ipso iure il primo, qui è praticamente reso impossibile*<sup>32</sup>.

Volterra, pues, habla de invalidez, como puede comprobarse de la lectura del texto que acabamos de transcribir. Pero el insigne romanista italiano parte de un enfoque de la problemática que, con todo, no es el que esperábamos de él en un asunto tan delicado como el que nos ocupa. En todo momento, nos ha transmitido la sensación de estar persuadido de que el divorcio, con la regulación introducida por C. Th. 3. 16. 2, ya no volvió a acarrear la quiebra absoluta, propia, del vínculo que hasta entonces había existido entre el marido y la mujer. La cuestión es que él enfoca esos efectos hacia el campo de la bigamia. Compartimos con él la idea de que, en efecto, a partir de ese momento ya no fue posible disolver un matrimonio con la posterior celebración de otro, pero en lo que no estamos de acuerdo es en su afirmación de que hubo que esperar el paso de casi tres décadas –hasta que en 449 se promulgó C. 5. 17. 8–, para que fueran sancionadas de nulidad las transgresiones de los controvertidos plazos puestos por las constituciones, y en los que se impedía la celebración de ulteriores nupcias a los individuos trabados por tales prohibiciones: ... *una costituzione di Teodosio e Valentiniano del 449, inserita nel Codice giustiniano afferma la nullità del matrimonio compiuto entro i termini prescritti dopo il divorzio*<sup>33</sup>. Con todo, nosotros insistimos ser partidarios de una tesis en la que esa consideración sea tenida en cuenta para C. Th. 3. 16 2. Realmente, no se comprende en caso contrario que, en apenas 28 años, el legislador cambie de parecer, y en la norma posterior se reconozca, cuando en el año 421 su contenido lo está declarando implícitamente. La norma objeto de nuestro estudio no

<sup>32</sup> E. VOLTERRA, *Lezioni...*, op. cit., p. 319 ss.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 320. El texto de la ley que es traído a colación por el autor, reza del siguiente modo: *Quod si (scil. Mulier) praeter haec nupserit, erit ipsa quidem infamis, conubium vero illud nolumus nuncupari: insuper etiam arguendi hoc ipsum volenti concedimus libertatem.*

hace más que transmitir, incesantemente, la inquietud del legislador ante el fraude de ley, además de remachar que no caben *iustae nuptiae* atentando contra determinadas prescripciones. C. 5. 17. 8. 4, nace como consecuencia de la falta de declaración explícita por parte de C. Th. 3. 16. 2, de esa prohibición de contraer matrimonio en el tiempo que marca de abstinencia. Esa circunstancia fue aprovechada para burlar las prescripciones que contenía. Pero con todo, el espíritu de la constitución lo está diciendo: será nulo el matrimonio para quien intente realizarlo.

Pese a las dificultades que nacen de la complejidad que comporta una interpretación que tiene por base el estudio detenido del espíritu de la ley, estimamos que nuestros postulados quedan reforzados desde el preciso instante en que contamos con otros testimonios, también de índole jurídica, que de modo indirecto pero valiosísimo vendrían a confirmar que, efectivamente, el fin último perseguido con aquellas limitaciones impuestas por los Emperadores artífices de C. Th. 3. 16. 2, era impedir la celebración de un posterior enlace. Y es que, si estamos de acuerdo con que las prescripciones imperiales estaban catalogadas entre las normas que conforman el *ius civile*, no podremos negar que cualquier acto que las conculcara era, por sistema, declarado nulo de pleno Derecho. Esta es una observación que, en puridad, no necesitaría ser objeto de aclaración concreta, por ser algo que todos conocemos, pero que aquí, en esta exposición juzgamos interesa ilustrar con ejemplos por la particular idiosincrasia del texto que estamos tratando. Es así como en primer lugar traemos a colación una constitución del tiempo del Emperador Gordiano, en la que advierte quedarán sin valor los acuerdos patrimoniales alcanzados por los nupturientes en cuanto se tenga noticia de que el consentimiento para las nupcias fue prestado por ellos faltando, precisamente, a las exigencias consignadas en cualquier texto con rango de ley:

*Manifestum est, nuptiis contra mandata contractis, dotem, quae data illo tempore, quum traducta est, fuerat, iuxta sententiam divi Severi fieri caducam, nec si consensu postea coepisse videatur matrimonium, in praeteritum commisso vitio potuit mederi<sup>34</sup>.*

Remontándonos un poco más en el tiempo, Papiniano, a través de sus escritos, nos ofrece un magnífico testimonio del modo de reacción del Derecho clásico cuando los ciudadanos transgredían las normas no atendiendo a las prohibiciones que les eran impuestas. Sancionados con la nulidad de sus nupcias resultaban, tanto el prefecto de cohorte como el de caballería, lo mismo que el tribuno, si decidían casarse con las mujeres de la provincia donde estaban destinados. La nulidad es fruto de su desprecio por la prescripción:

*Praefectus cohortis vel equitum, aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat; matrimonium non erit<sup>35</sup>.*

<sup>34</sup> C. 5. 4. 8; *Imp. Gordianus A., Rationalibus*, a. 239.

<sup>35</sup> *Papinianus, libro I. Definitionum*; D. 23. 2. 63.

La función del impedimento como su propio nombre indica, es no permitir, no dejar que algo se consuma. Y lo que no está permitido, entonces es porque ha sido prohibido por una ley. El respaldo que le brindan, tanto el Derecho como la ley, lo dota de coactividad en su observancia. Y todo acto que se oponga a esa ley – desacato –, es carente de efectos, es decir, nulo. De lo contrario, el fraude al Derecho y a la autoridad de la que emana, sería una práctica a la orden del día. Por otra parte, si los transgresores quedaran impunes, ello daría pie a un gravísimo trastorno social.

Por otra parte, y, volviendo al examen de C. Th. 3. 16. 2, pensamos que es de gran interés resaltar las observaciones manifestadas por el genio de Robleda en su manual, cuando, a propósito de la represión del divorcio durante el Bajo Imperio, aborda la constitución objeto de nuestro estudio, y la pone en relación con la normativa precedente y con la posterior. Habla, entonces, de la “*imposición del celibato perpetuo al divorciante*”, para luego añadir que más tarde se introducirán modificaciones “*mitigando sobre todo lo referente a impedir perpetuamente (quinquenio) nuevo matrimonio...*”<sup>36</sup>.

Todo este cúmulo de circunstancias, nos lleva a la conclusión de que con esta ley del año 421, el legislador deseaba acabar con los resquicios que permitían a los súbditos que no se distinguían por un comportamiento leal y honesto, burlar la imposición de celibato que les afectaba cuando se divorciaban *praeter crimina*. En cuanto a otros fines prácticos que pudieran perseguirse con esta medida, hemos de decir que este asunto ya se nos antoja más complicado de esclarecer, pero en lo que a intereses se refiere, pensamos que ahí tuvo que ver la pujanza de la que gozaba la moral cristiana, y a partir de ahí nos viene a la mente la repugnancia que a sus principios ocasionaba el ayuntamiento físico entre distintos individuos que habían quebrado el Divino mandato de la unidad de la carne.

Sea como fuere, lo que nos parece más ajustado a la realidad es que C. Th. 3. 16. 2, constituye otro botón de muestra de los mecanismos coercitivos de los que se sirvió el Derecho romano para disuadir a los casados de sus desmesuradas ansias de divorcio, al tiempo que se ponían los medios para evitar que la ley resultase minusvalorada en sus objetivos, perdiendo, en última instancia, todo su poder coactivo, quedando de este modo condenada a un prematuro desuso. Por eso, estimamos que la fijación de aquellos plazos en los que se vetaba a aquellos individuos el acceso a una nueva unión conyugal legítima, fue concebida para que actuara a modo de impedimento dirimente. Su eficacia descansaba en la obligación impuesta por los Emperadores; obligación que se tradujo, en principio<sup>37</sup>, en la nulidad de ese matrimonio posterior, caso de que los interesados pretendieran realizarlo, pues el acto de desobediencia implicaba un ataque a lo dispuesto en una norma del *ius civile*.

<sup>36</sup> O. ROBLEDA, *El matrimonio...*, op. cit., p. 116, n. 158.

<sup>37</sup> Decimos “en principio”, porque también creemos, con Robleda, que el monarca desde su poder absoluto estaba en condiciones de dispensar en aquellas situaciones que él, discrecionalmente,

---

considerase oportunas. Conculcar las limitaciones que explícitamente estaban descritas por esta ley, supondría ponerse del lado contrario a la voluntad imperial. Los planteamientos esgrimidos por el autor de referencia se expresan en *El matrimonio...*, op. cit., p. 218, así: "...No veo, en primer lugar, cómo si el Príncipe hubiese introducido – digo, a través de su *rogatio* – un impedimento de nulidad, no hubiese podido luego en buen gobierno abrogarlo, exigiéndolo así circunstancias nuevas, y, mucho más, no pudiese dispensar de él en casos particulares... A la verdad, tampoco entiendo por qué una prescripción propuesta (¡impuesta!) por el Príncipe que induzca la nulidad del matrimonio constituya *ius civile*; en cambio, aquella que limite la capacidad matrimonial, no lo constituya. Ambas son *ius civile* en el sentido de D. 1. 1. 7 Pap.; por lo que la posibilidad o imposibilidad de dispensar de él debe ser igual".