



LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA ANGLOAMERICANO*

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN

Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN

Si hay un sector del derecho occidental en el que se reconoce indiscutidamente la influencia producida por el ordenamiento canónico, es el derecho matrimonial y —a través de él— buena parte del derecho de familia. Con independencia de la personal valoración que pueda merecer esa influencia, y al margen de las profundas incertidumbres por las que actualmente atraviesa el derecho occidental¹, es indudable que, en nuestro ámbito cultural, la configuración esencial del matrimonio aún responde al entramado de valores judeo-cristianos, que sería articulado jurídicamente por el derecho de la Iglesia católica, especialmente desde los siglos XII a XVI.

La razón de ello no es menos conocida: el dominio que el poder eclesiástico ejerce sobre esa rama del Derecho durante toda la Baja Edad Media, hasta entrada la Edad Moderna. Al menos desde el siglo XI, la jurisdicción sobre causas matrimoniales en Europa será prácticamente coto exclusivo de los tribunales eclesiásticos². Jurisdicción que se justifica a sí misma recurriendo a la peculiar concepción católica del matrimonio, considerado a un tiempo como sacramento y como negocio jurídico. Por ser sacramento —se afirma—, el control del matrimonio de los bautizados debe ser competencia del poder espiritual; y por ser —inseparablemente— un contrato, esa competencia posee carácter propiamente jurisdiccional.

1. Vid. al respecto el sugerente ensayo de M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Chicago 1989.

2. Sobre la historia de la jurisdicción eclesiástica en Occidente, vid. A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique* (2.ª ed.), Paris 1929, pp. 1-66. Esa jurisdicción no se limitaba al enjuiciamiento de la validez del matrimonio, sino que se extendía a otras cuestiones: separación conyugal, relaciones pecuniarias entre los esposos, legitimidad de los hijos, etc. En estos últimos aspectos, sin embargo, la jurisdicción de la Iglesia no fue igualmente intensa en todos los lugares; por ejemplo, en Francia hubo una cierta concurrencia con la jurisdicción civil en materia de bienes económicos y de legitimidad.

Durante largo tiempo, ese planteamiento es aceptado sustancialmente por el poder civil, en el contexto de un pontificado fuerte y de una sociedad que presenta una monolítica unidad religiosa. El panorama comenzará a cambiar a partir de la nueva perspectiva del matrimonio y de la Iglesia aportada por Lutero, y de su asentamiento en los países que apoyan las ideas de los reformadores. Pero, para entonces, las decretales pontificias y la obra de los canonistas medievales habían ya construido una completa doctrina jurídica matrimonial, que marcaría profundamente la legislación de aquellos países donde el matrimonio pasaba a ser contemplado como institución civil. De ahí que Esmein haya escrito, con referencia al matrimonio de las naciones protestantes, que «ce fut comme un rameau détaché du tronc et planté dans une terre nouvelle»³.

2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL INGLÉS HASTA EL SIGLO XIX

En Inglaterra, la intensidad de la influencia canónica fue todavía más radical. Prescindiendo de la situación anterior a la Conquista normanda (1066), resulta claro que la separación de ámbitos jurisdiccionales operada por Guillermo I fue el hito que señaló el comienzo de la definitiva apropiación de la competencia sobre el matrimonio por parte de las cortes eclesiásticas⁴. Y la duración de esa competencia exclusiva iba a ser mucho mayor que en el resto de las naciones europeas.

En efecto, en el Continente, el proceso de secularización del matrimonio se inicia en el siglo XVI con la reforma protestante, y proseguirá sin interrupción bajo el impulso del regalismo, primero, y del racionalismo y del positivismo jurídico, más tarde. En el reino inglés, en cambio, a excepción de la efímera instauración del matrimonio civil por Cromwell⁵, el matrimonio continuará siendo una cuestión religiosa hasta el siglo XIX: sólo en 1857 la *Matrimonial Causes Act* transferirá a un nuevo tribunal civil —la *Court for Divorce and Matrimonial Causes*— la jurisdicción que anteriormente habían detentado las cortes eclesiásticas⁶.

En teoría, esa jurisdicción se limitaba a las cuestiones referentes a la relación matrimonial en sí misma, mientras que a los tribunales de *common law* corres-

3. *Ibid.*, p. 34.

4. Ya en el tratado de Glanvill (*Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, escrito en torno al año 1187) se indica que la validez de un matrimonio sólo puede ser determinada por la jurisdicción eclesiástica (cfr. J. JACKSON, *The Formation and Annulment of Marriage*, London 1951, p. 7).

5. Vid. al respecto E. STOCQUART, *Le mariage civil en Angleterre sous Cromwell et son institution dans le Nouveau-Monde en 1665*, en «Revue de L'Université de Bruxelles» (1909) 441 ss.

6. Que el matrimonio fuera una cuestión religiosa en Inglaterra no significaba que se reconociera únicamente el matrimonio de la Iglesia anglicana: en el siglo XVIII, los tribunales eclesiásticos admitieron la validez del matrimonio de judíos y cuáqueros (cfr. J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* [2.ª ed.], London 1979, p. 391).

ponderaría enjuiciar los problemas conexos con la propiedad de las partes. En la práctica, sin embargo —se verá enseguida—, la intervención de las instancias eclesiásticas fue mucho más amplia. Con frecuencia alcanzó, no sólo la propiedad de los esposos —salvo que estuviera en juego la propiedad de la tierra—, sino también la legitimación y tutela de los hijos; e incluso llevaría a cabo, por la vía penal, una represión de ciertas actividades de alguna manera relacionadas con el matrimonio.

Sobre ese soporte jurisdiccional, el derecho canónico aportará a Inglaterra —como al resto de Europa— toda una construcción jurídica del matrimonio, enraizada a su vez en la doctrina teológica que elaborase la escolástica del medioevo⁷. Ello comprendía una noción de matrimonio como contrato de derecho público, primordialmente consensual, sometido —desde Trento, *ad validitatem*— a una determinada forma de celebración, objetivamente dirigido a la procreación, y con una tendencia intrínseca hacia la estabilidad del vínculo y de la sociedad conyugal. En torno a esas coordenadas iría surgiendo un diseño progresivamente sistemático de las condiciones de validez y, paralelamente, de las causas que provocaban la nulidad, disolución o separación del matrimonio.

Tal concepción del matrimonio irá calando paulatinamente en la vida jurídica británica, al ritmo de la intervención de los tribunales eclesiásticos por espacio de casi ocho siglos de jurisdicción indisputada en la materia. Como ha hecho notar Helmholz expresivamente, durante ese tiempo el derecho canónico sobre el matrimonio es el derecho matrimonial de Inglaterra⁸. No es simplemente un derecho extranjero que se impone con mayor o menor fuerza, y por una época más o menos prolongada: es propiamente parte —y parte importante— del derecho inglés. Afirmación que puede resultar sorprendente para una mentalidad modelada por las categorías del positivismo jurídico, pero no por ello menos exacta en el contexto histórico de un sistema habituado a reconocer la existencia de otros cuerpos normativos, independientes y complementarios de la *common law* del reino⁹.

Ciertamente, no fue fácil la implantación de esas nuevas ideas sobre el matrimonio en la conciencia social inglesa. Es verdad que la jurisdicción eclesiástica matrimonial se impuso con rapidez. Pero de lo que se trataba, en definitiva, era de cambiar el concepto mismo de matrimonio en la población: sustituir la visión precristiana, que lo consideraba como una unión privada —y no necesariamente indisoluble—, por una nueva perspectiva que lo contemplaba como un negocio jurídico de carácter público, definido en sus rasgos esenciales por normas de *ius cogens*, y

7. En relación con el fundamento escriturístico, teológico y jurídico de la noción canónica de matrimonio, vid. M. LOPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado* (2.ª ed.), Madrid 1987, pp. 23 ss.

8. Cfr. R.H. HELMHOLZ, *Marriage Litigation in Medieval England*, Cambridge 1974, p. 3.

9. Piénsese, por ejemplo, en la *equity* y en la *law merchant*, con sus respectivas jurisdicciones autónomas, que mantuvieron hasta finales del siglo XIX.

sometido ineludiblemente a la actuación del poder judicial. Y esa tarea tuvo lugar lentamente, a través de un proceso que se prolonga hasta finales del siglo XV¹⁰.

A la larga, no obstante, la concepción canónica acabaría por imponerse, tanto en las Islas como en el Continente. Y con tal profundidad que su diseño jurídico del matrimonio sobreviviría en gran medida el empuje de las corrientes secularizadoras postrevolucionarias: básicamente, el aparato del poder estatal reemplazaría la maquinaria jurisdiccional eclesiástica, aunque, al cambiar el sustento ideológico que lo sustentaba, se acentuarían en consecuencia los aspectos disolutorios del matrimonio¹¹.

Incidiría en lugares comunes si pretendiera describir aquí cómo el derecho canónico clásico es asimilado por las cortes eclesiásticas británicas, y posteriormente integrado en la actual regulación civil del matrimonio en los países anglo-americanos: el fenómeno es similar al que ha tenido lugar en los demás ordenamientos occidentales.

A ese respecto, conviene advertir que, indudablemente, durante la Baja Edad Media la actuación de la jurisdicción eclesiástica inglesa presenta algunas peculiaridades, sobre todo en el ámbito procesal, que suponen una cierta desviación respecto del modelo teórico trazado en el Continente por canonistas y pontífices. Peculiaridades que se producen, sobre todo, por razones de eficacia, al tratar de adaptar la práctica judicial a las necesidades de la vida real¹². Pero sustancialmente

10. Helmholz ha llamado la atención sobre este hecho, al preguntarse por las causas de que, en las cortes eclesiásticas de la Inglaterra medieval, el mayor número de litigios estuviera dirigido, no a declaraciones de nulidad, sino a la declaración de la existencia de un matrimonio y, consiguientemente, a que se obligara a la otra parte al cumplimiento del contrato. Tratando de responder a ese interrogante, concluye que, naturalmente, una de las causas era la ausencia de una forma determinada como condición de validez. Pero, a su juicio —con el que concuerdo—, el principal motivo sería la resistencia la antigua concepción del matrimonio como un contrato privado, que frecuentemente era incumplido; resistencia que sólo paulatinamente cedería el paso a la perspectiva publicista propia del derecho canónico. La situación no parece haber sido exclusiva de Inglaterra, sino más bien común a toda Europa. Por ello, el mismo Helmholz añade que, si el concilio de Trento pudo exigir la obligatoriedad de una forma pública de celebración, fue porque la mentalidad social había ido cambiando durante los siglos anteriores. Ciertamente, esto último concuerda con los datos extraídos de los archivos eclesiásticos, en los que se observa cómo en el siglo XV, las demandas relativas a la validez del matrimonio decaen considerablemente, al tiempo que aumentan las demandas de nulidad matrimonial (cfr. *Marriage Litigation...*, cit., pp. 72 ss. y 167 ss.).

11. A pesar de ello, la flexibilización del divorcio en numerosos países occidentales, y la noción de familia extramatrimonial, permiten detectar un cierto retorno a la consideración privatística de matrimonio, e incluso a su concepción romanística como unión de hecho con efectos jurídicos.

12. Cfr. R.H. HELMHOLZ, *Marriage Litigation...*, cit., pp. 112 ss. Una de las peculiaridades más pintorescas se refería al heterodoxo medio de prueba para el impedimento de impotencia que a veces fue utilizado por los tribunales de algunas diócesis inglesas, y que consistía en la inspección del varón por un grupo de «mujeres honestas». Vale la pena transcribir la descripción que de uno de tales casos realiza un documento de 1433, perteneciente al archivo de la diócesis de York: «Ipsa iurata ostendebat mamillas suas nudatas ac manibus suis ad dictam ignem calefactis virgam et testiculos dicti Johannis palpavit et tenuit ac eundem Johannem amplexabatur et sepius osculabatur ac eundem Johannem ad ostendendum virilitatem et potentiam suam in quantum potuit exci-

el derecho que se aplicaba era el canónico romano: el común a toda la cristiandad, a la que Inglaterra pertenecía.

La dependencia del derecho de Roma pervivió también tras la separación de la Iglesia anglicana efectuada por Enrique VIII. La Corona mantuvo la competencia matrimonial de los tribunales eclesiásticos, y las normas canónicas —tanto sustantivas como procesales— apenas sufrieron modificaciones. Incluso el concreto aspecto del divorcio —admitido por los reformadores frente a la posición de la Iglesia romana— permaneció siempre fuera del ámbito jurisdiccional de las cortes eclesiásticas inglesas: sólo podía otorgarse por acta del Parlamento. Únicamente a partir de 1857 se establecería que la disolución del vínculo podía llevarse a cabo en la vía judicial: y no ante las *Church courts*, sino ante la recién creada *Court for Divorce and Matrimonial Causes*¹³.

Pero no se trató sólo de una pervivencia del derecho anterior a la reforma. Las innovaciones posteriores del ordenamiento canónico romano continuaron ejerciendo atracción sobre la Iglesia anglicana, como lo muestra el tema de la forma de celebración del matrimonio. Cuando en Trento se impone esa forma como condición de validez, el decreto *Tametsi* ya no tiene fuerza obligatoria en Inglaterra. Aun así, los tribunales eclesiásticos británicos seguirán las pautas tridentinas en la medida de sus posibilidades: sobre todo, tratando de forzar la celebración *in facie Ecclesiae* de matrimonios previamente contraídos en forma irregular. Esa presión conduciría a que, en 1753, el Parlamento aprobara una ley exigiendo la necesidad de que el matrimonio tuviera lugar en una iglesia, ante la presencia de un ministro debidamente ordenado¹⁴.

3. LA JURISDICCIÓN ECLESIASTICA SOBRE MATERIAS CONEXAS AL MATRIMONIO

Antes he aludido a que la jurisdicción eclesiástica en Inglaterra desbordó el estricto marco de la relación entre personas en que el matrimonio estrictamente

tavit, precipiendo sibi quod pro pudore tunc ibidem probaret et redderet se virum. Et dicit examinata et diligenter requisita quod toto tempore supradicto predicta virga vix fuit longitudinis trium pollicium..., absque incremento vel decremento aliquali permanens»; cumplido lo cual —continúa el informe—, «mulieres, ut dicit, tunc una voce maledicebant eo quod ipse presumeret ducere in uxorem aliquam iuvenem mulierem ipsam defraudando nisi potuisset eidem melius deservire et placere». El procedimiento no siempre arrojaba resultados negativos. En otro documento de la misma época, también de York, una de las examinadoras testifica que «virga predicti Willelmi fuit melioris quantitatis in longitudine et grossitudine quam virga ipsius mariti unquam fuit» (cfr. R.H. HELMHOLZ, *Marriage Litigation...*, cit., p. 89).

13. Cfr. J. BRYCE, *Marriage and Divorce under Roman and English Law*, en «Select Essays in Anglo-American Legal History» 3 (Boston 1909) 822 ss. La única intervención de los tribunales eclesiásticos se reducía a dictar sentencia de separación *a mensa et thoro*, que constituía un requisito para que pudiera llevarse a cabo la tramitación de la solicitud de divorcio en la *House of Lords*. Indica Bryce que esa posibilidad disolutoria fue utilizada principalmente por varones: hasta 1801 no lograría ninguna mujer la obtención del divorcio por vía parlamentaria (p. 824).

14. Cfr. *ibid.*, pp. 814 ss.

consiste. Efectivamente, desde el principio, las cortes eclesiásticas mostraron una acusada tendencia expansiva, e intentaron situar bajo su competencia diversos aspectos de la vida jurídica que, de manera más o menos directa, se encontraban conectados con la relación matrimonial. Aunque con fortuna variable, obtuvieron buena parte de sus pretensiones, y consiguieron ampliar su ámbito jurisdiccional a no pocas materias, casi todas ellas encuadrables dentro de lo que hoy llamaríamos derecho de familia.

Por lo que se refiere al derecho sobre la propiedad de los bienes matrimoniales, es claro que el carácter formalmente canónico del matrimonio desempeñó un papel de importancia en cuanto a las reglas de *common law* relativas a la *dower*, la *dowry* y el *maritagium* y. En lo que atañe a la *dower* (la donación del marido a la esposa, el día de la boda, a la puerta de la iglesia), los tribunales reales sólo reconocerían las reclamaciones sobre *dowers* que habían sido constituidas en los matrimonios celebrados *in facie Ecclesiae*, denegando la protección de *dowers* realizadas con ocasión de matrimonios clandestinos¹⁵. Por otro lado, Glanvill menciona que, según la *common law*, la mujer adúltera separada de su marido perdía su derecho a recobrar la *dowry* (donación de la esposa a su marido en el matrimonio); esa regla seguía las pautas establecidas por algunas decretales pontificias, y sería más tarde confirmada por el segundo estatuto de Westminster, en 1285¹⁶. Respecto al *maritagium* (la donación del padre a la hija con motivo del matrimonio), es de nuevo Glanvill quien suministra una información interesante: el hecho de que el matrimonio canónico fuera acompañado de *pledge of faith* (acto de empeñar la fe) hacía que las cortes eclesiásticas pudieran desplegar su actividad judicial para proteger a los esposos contra el incumplimiento de la promesa por parte del donante o su heredero¹⁷.

La división de bienes en caso de nulidad o separación matrimonial era también un campo que la jurisdicción eclesiástica reclamaba como propio, con fundamento en diversas decretales, algunas de ellas dirigidas a destinatarios británicos. No es patente hasta qué punto esa jurisdicción fue ejercida efectivamente en la Inglaterra medieval. Desde luego —afirma Sheehan—, los tribunales de la Iglesia poseían de hecho competencia sobre algunos aspectos relativos a la porción de bienes inmuebles de la *dowry*. Y, aunque parece que su actividad fue mucho más amplia, es al menos seguro que los obispos ejercieron una importante presión mo-

15. Cfr. J.H. BAKER, *An Introduction...*, cit., p. 229; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law* (5.ª ed.), Boston 1956, p. 566.

16. Cfr. J.A. BRUNDAGE, *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago 1987, p. 408; F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I* (2.ª ed.), vol. 2, Cambridge 1968, pp. 394 ss.; M.M. SHEEHAN, *The Influence of Canon Law on the Property Rights of Married Women in England*, en «Medieval Studies» 25 (1963) 110 y 115.

17. Cfr. S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law* (2.ª ed.), London 1981, p. 202; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History...*, cit., pp. 547 ss. Todavía no ha sido investigado, sin embargo, y por lo que me consta, el alcance con que de hecho los tribunales eclesiásticos intervinieron en esa clase de cuestiones.

ral en defensa de los derechos de propiedad de la mujer casada cuando el matrimonio había sido disuelto o separado¹⁸.

La defensa de los derechos de la mujer casada por parte de la Iglesia todavía conocería en Inglaterra otras dos manifestaciones. En primer lugar, el esfuerzo desplegado por el poder eclesiástico para que se aceptara la libertad de testar de la esposa, sin duda motivado por la expectativa de que pudiera efectuar legados *in alms*. Las cortes de *common law*, en diversos momentos, rechazaron tajantemente esta posibilidad. Aun así, evidencias documentales de los siglos XIII y XIV muestran que, en la práctica, muchas mujeres redactaron testamentos, y que éstos fueron ejecutados regularmente¹⁹. La segunda manifestación es la constituida por el interés de las instancias eclesiásticas en afirmar los derechos de las viudas: su libertad para la elección de estado (para casarse de nuevo o no, y con quién), y su derecho a una parte de los bienes del marido difunto. La primera de esas pretensiones llegaría a ser notablemente reflejada por las disposiciones de la Magna Carta. La otra, en cambio, sería constantemente denegada por la *common law*, de manera que sólo en caso de sucesión intestada —supervisada por el obispo— se reservaría con seguridad a la esposa un porcentaje de los bienes del marido difunto²⁰.

Más allá de la propiedad de los bienes matrimoniales, los tribunales eclesiásticos trataron también de extender su acción a diversas cuestiones relacionadas con los hijos. Entre otras, la legitimidad y legitimación, sobre las cuales el derecho canónico medieval había desarrollado una serie de normas que las cortes eclesiásticas inglesas pretendieron hacer efectivas. En una de ellas, la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, los obispos ingleses obtuvieron una nítida derrota, cuando en el *Statute of Merton*, 1235, la nobleza inglesa rehusó la modificación de las tradicionales reglas de sucesión hereditaria —«*nolumus leges Angliae mutari*»— que hubiera supuesto la adopción de la doctrina canónica²¹. La legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio putativo, en cambio, fue aceptada por la *common law*, al menos durante un tiempo²². Y, en cualquier caso, las

18. Cfr. M.M. SHEEHAN, *The Influence of Canon Law on the Property Rights of Married Women...*, cit., pp. 115 ss.

19. Cfr. F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *History of English Law*, cit., vol. 2, pp. 428 ss.; M.M. SHEEHAN, *The Influence of Canon Law on the Property Rights of Married Women...*, cit., pp. 118 ss.

20. Cfr. M.M. SHEEHAN, *The Influence of Canon Law on the Property Rights of Married Women...*, cit., pp. 116 ss. y 122 ss.; y, del mismo autor, *Canon Law and English Institutions: Some Notes on Current Research*, en *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, E Civitate Vaticana 1965, pp. 394 ss.

21. Vid. al respecto F.W. MAITLAND, *Roman Canon Law in the Church of England*, London 1898, pp. 52 ss. La legitimación por matrimonio posterior no fue admitida por la ley inglesa hasta la *Legitimacy Act* de 1926. En los Estados Unidos se aceptaría con anterioridad, al no existir las consecuencias que esa regla implicaba en Inglaterra con respecto a cuestiones hereditarias (vid. H. MILTON COEVIN, *Roman and Civil Elements in Sources of the Law of the United States*, en «*Studi in memoria di Aldo Albertoni*» 3 (Padova 1938) 147.

22. A partir del siglo XIV, sin embargo, los *common lawyers* abandonaron la doctrina canónica, prescindiendo de la buena o mala fe de los padres respecto a la nulidad de su matrimonio, y ha-

cortes eclesiásticas detentaron hasta el siglo XIX una amplia competencia para determinar la bastardía, lo que obligaba a que las cortes de *common law* remitieran frecuentemente la cuestión a la jurisdicción eclesiástica cuando surgía de modo incidental en un proceso²³.

Además, los tribunales eclesiásticos desarrollaron, durante la Baja Edad Media, una amplia labor dirigida a conseguir que los padres mantuvieran económicamente a los hijos extramatrimoniales, resistiéndose a la tendencia —generalizada en la *common law*— a dejarlos desprotegidos en tanto que *filii nullius*. Para ello recurrieron a menudo a la vía de la conciliación, pero también a la utilización de remedios penales, especialmente la excomunión. Así, cuando en 1576 la *Poor Law* (ley de pobres) isabelina otorgó a los jueces de paz atribuciones para exigir de los padres el sostenimiento de sus hijos ilegítimos, no estaba en realidad creando un derecho inexistente en Inglaterra: simplemente daba vida a un nuevo mecanismo para obligar al cumplimiento de una obligación que con anterioridad había sido compelida por la jurisdicción eclesiástica, cuyo poder coercitivo había decrecido considerablemente por aquella época²⁴.

También en relación con la tutela de menores los tribunales eclesiásticos ejercieron una notable actividad jurisdiccional, especialmente entre los siglos XIV y XV, colmando el vacío que en este campo denotaba la antigua *common law*²⁵. El tradicional interés de la Iglesia por la protección de las *miserabiles personae*, y su extensa intervención en causas matrimoniales de todo tipo, ciertamente facilitaban una predisposición a incluir la *guardianship* dentro del marco de sus competencias. Sin embargo, fue la jurisdicción eclesiástica en materias testamentarias la que de hecho provocó su actuación respecto a la tutela²⁶. El derecho canónico no poseía una normativa original en la materia: de ahí que las *Church courts* aplicaran las reglas romano-justinianas sobre *cura y tutela*, en relación con el nombramiento y obligaciones de las personas responsables del menor.

ciendo depender la legitimidad del hecho de que los esposos no hubieran impugnado en vida la validez de su unión (cfr. F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *History of English Law*, cit., vol. 2, pp. 375 ss.).

23. Cfr. R.H. HELMHOLZ, *Bastardy Litigation in Medieval England*, en su colección de artículos publicada bajo el título *Canon Law and the Law of England*, London 1987, pp. 187 ss. Afirma Helmholtz que, en los conflictos entre tribunales reales y eclesiásticos concernientes a cuestiones de bastardía, los *common lawyers* permanecieron inflexibles, generalmente, sólo en los casos en que se ventilaba la sucesión hereditaria de las tierras.

24. Aunque la ley isabelina poseía algunos rasgos originales, muchas de sus características respondían a la práctica eclesiástica anterior: por ejemplo, el procedimiento sumario para la determinación de la paternidad, y la posibilidad de órdenes judiciales inmediatas para proveer al mantenimiento de los hijos (cfr., sobre este tema, R.H. HELMHOLZ, *Support Orders, Church Courts, and the Rule of «filius nullius»: A Reassessment of the Common Law*, en *Canon Law and the Law of England*, cit., pp. 169 ss.).

25. Maitland ha afirmado, a este propósito, que «no part of our old law was more disjointed and incomplete than that which deals with the guardianship of infants» (F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *History of English Law*, cit., vol. 2, p. 443).

26. Vid., en relación con todo este tema, R.H. HELMHOLZ, *The Roman law of Guardianship in England, 1300-1600*, en *Canon Law and the Law of England*, cit., pp. 211-245.

Por lo demás, la importancia de la actuación eclesiástica en este terreno no parece haberse limitado a suplir momentáneamente una laguna jurisdiccional de la *common law*: es presumible que su actividad haya determinado la asimilación de ciertos contenidos romanísticos por parte del ulterior derecho inglés sobre *guardianship*. En este sentido, se ha llamado la atención acerca del parecido entre la jurisdicción del pretor romano sobre menores y la ejercida por la Cancillería sobre *infants*, en los siglos XV y XVI²⁷. Y se ha indicado también que, frente a la situación anterior, la ley inglesa adoptaría en el siglo XVII la solución romana de permitir al padre que determinara la custodia de su hijo por disposición testamentaria²⁸.

En otro orden de cosas, y fuera ya del estricto derecho de familia, la multiforme jurisdicción que la Iglesia poseía sobre el matrimonio produjo una espontánea dilatación de sus competencias hacia el ámbito del derecho penal. Por su relativa conexión —más o menos próxima— con la ética matrimonial, casi todas las cuestiones conectadas con la moralidad sexual se consideraban reservadas a la intervención de la autoridad eclesiástica, con la peculiaridad de que las infracciones morales resultaban punibles externamente en el foro jurídico. Así, durante toda la Edad Media, la fornicación, el adulterio, el incesto o la bigamia se califican como delitos cuya represión corresponde al poder espiritual más que al civil (lo cual suponía una mitigación del régimen anterior²⁹). Las cortes eclesiásticas inglesas castigaban esos delitos de diversas maneras: a veces con penas corporales, con frecuencia mediante sanciones pecuniarias, e incluso —en ocasiones— utilizando el matrimonio como una peculiar especie de remedio penal.

Este último es el caso de la llamada *abjuratio sub poena nubendi*, que declinaría a partir del siglo XIV, y que constituye una de las más claras desviaciones de la práctica local británica respecto de los modelos canónicos del derecho de las decretales³⁰. En síntesis, su objetivo era obligar a las personas convictas de forni-

27. Cfr. T.E. SCRUTTON, *The Influence of the Roman Law in the Law of England*, Cambridge 1885, pp. 158 ss.; G. SPENCE, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, vol. 1, Philadelphia 1846, pp. 605 ss.

28. Cfr. R.H. HELMHOLZ, *The Roman Law of Guardianship...*, cit., p. 244. Comentando estas analogías entre la legislación inglesa y las normas de derecho romano aplicadas por los tribunales eclesiásticos, y la resistencia de algunos historiadores a admitir la influencia canónica, escribe Helmholz: «to exclude the possibility that the influence of Roman law principles came through the Courts of the Church seems as incautious as to adopt the idea automatically once the similarities are noted» (p. 245).

29. Maitland hace notar que la sanción de tales delitos por los tribunales eclesiásticos era más suave que el que se hubiera impuesto por parte del poder civil: entre los pueblos germánicos y anglosajones, esas conductas no raras veces se castigaban con penas de mutilación —castración y ceguera, principalmente— o incluso de muerte (cfr. F. POLLOCK-F.W. MAITLAND, *History of English Law*, cit., vol. 2, pp. 543 ss.).

30. Vid. al respecto R.H. HELMHOLZ, *Abjuratio «sub poena nubendi» in the Church Courts of Medieval England*, en *Canon Law and the Law of England*, cit., pp. 145 ss. El hecho de la progresiva desaparición de la *abjuratio*, por otra parte, ilustra la tendencia de los tribunales eclesiásticos ingleses a conformar su práctica con las pautas del derecho canónico universal impulsado desde Roma.

cación a abstenerse de futuras relaciones sexuales. Para ello, en ciertas circunstancias, se forzaba a varón y mujer a contraer matrimonio condicional mediante una fórmula del siguiente tenor: «Hic accipio te in uxorem meam [in virum meum] si ex nunc cognoscam te [cognoscas me] carnaliter». Si la unión sexual se reiteraba, la condición se cumplía y las personas quedaban automáticamente vinculadas por un matrimonio canónico. Con ese sistema —al menos en teoría—, la Iglesia conseguía, o bien evitar la reincidencia, o bien regularizar canónicamente la situación.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El contenido de las páginas anteriores ilustra suficientemente una evidencia histórica: durante un periodo considerable de tiempo, el derecho de Inglaterra sobre el matrimonio y —en gran medida— la familia fue el derecho administrado por las instituciones canónicas. Es cierto que muchas de las soluciones eclesiásticas sólo tenían sentido en el marco de una sociedad feudal y, por ello, quedarían enterradas con el medioevo. Pero lo mismo puede afirmarse de numerosos aspectos de la *common law* —especialmente sobre bienes inmuebles—, y nadie duda de que son parte de la historia del derecho angloamericano, contribuyendo a darle la forma que actualmente posee, a través de ese enigmático proceso en que consiste siempre el crecimiento de un sistema jurídico.

Por otra parte, pese al profundo cambio que en esta materia han experimentado las actitudes sociales en Occidente, el aroma de las construcciones canónicas permanece en no pocos sectores de los ordenamientos angloamericanos. En tal sentido, no está de más mencionar aquí los restos de la doctrina canónica medieval que Brundage ha detectado en algunas legislaciones estatales de los Estados Unidos: la inspiración de numerosos aspectos del divorcio en la nulidad canónica —como se comprueba al observar las causas que lo provocan y las normas de procedimiento—, la pervivencia de la teoría consensual del matrimonio, la *spousal exception* en casos de violación³¹, así como la represión penal de la prostitución y la sodomía³².

Es posible que la permanencia de esos elementos reciba una valoración negativa desde una perspectiva actual, que probablemente prefiera su eliminación a

31. Significa esa excepción que la conminación violenta a la realización del acto sexual no es punible cuando tiene lugar entre personas unidas en legítimo matrimonio.

32. Cfr. J.A. BRUNDAGE, *Law, Sex, and Christian Society...*, cit., pp. 611 ss. Brundage acierta al trazar esas analogías entre el actual derecho estadounidense y las concepciones canónicas medievales. Pero no es igualmente exacto al establecer el nexo causal entre ellas. Por ejemplo, la presencia de la teoría consensual del matrimonio en Estados Unidos difícilmente pudo ser debida al derecho canónico romano, que modificó sustancialmente su posición al respecto en el concilio de Trento: más bien parece provenir de la Inglaterra protestante que, por su desvinculación de Roma, permaneció ajena al progreso del ordenamiento canónico en ese tema.



su mantenimiento. En cualquier caso, son un dato que no puede ignorarse. Y por otra parte, no se olvide que en otros aspectos, la jurisdicción canónica adoptó una actitud notablemente más avanzada que el derecho inglés, anticipando soluciones que sólo mucho más tarde serían incorporadas por la *common law*: piénsese, por ejemplo, en la legitimación por subsiguiente matrimonio, en la libertad de testar de la mujer casada, o en el deber de sostener económicamente a los hijos extramatrimoniales.