



INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL
CAUTIVERIO DE GUERRA EN ROMA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS
INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA: EL MATRIMONIO

Fecha de recepción: 15 febrero 2019 / Fecha de aceptación: 15 abril 2019

AMPARO MONTAÑANA CASANÍ

Universitat Jaume I

(España)

mcasani@dpu.uji.es

Abstract: The Christianity entered indirectly into the imperial legislation by promoting the adaptation of the imperial laws to the Christian doctrine. The influence of the Christian principles is evident in the legal treatment given to the marriage of prisoners of war. In the sources the evolution from the classical principle *dirimitur matrimonium captivitate* to the indissolubility of marriage of prisoners of war is clear.

Key words: prisoners of war; marriage; Christianity.

Resumen: El cristianismo penetró por vía indirecta en la legislación imperial, promoviendo la adecuación de las leyes imperiales a la doctrina cristiana. La impronta de los principios cristianos resulta manifiesta en el tratamiento dado al matrimonio del prisionero de guerra. En las fuentes es patente la evolución desde el principio clásico *dirimitur matrimonium captivitate*, hasta la declaración de indisolubilidad del matrimonio por prisión de guerra.

Palabras clave: prisión de guerra; matrimonio; cristianismo.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo fue presentado en el IV Congreso organizado por la Catedra Inocencio III en torno al tema “*Migrantes y refugiados en el Derecho*”. En él nos proponemos abordar, en el contexto de las consecuencias que la prisión de



guerra tenía sobre el estatus jurídico del ciudadano romano¹, la influencia que el cristianismo² tuvo en la consideración del matrimonio del cautivo de guerra.

¹ Partimos de unas premisas indiscutidas por la doctrina:

1- La esclavitud ha sido una característica constante en la Historia de la Humanidad. En cuanto al momento histórico que nos atañe podemos afirmar que la esclavitud es común a todos los pueblos de la antigüedad.

2- La mayor parte de la esclavitud en el mundo antiguo tiene su origen en la prisión de guerra.

El Derecho de captura de la persona o de los bienes del enemigo es una regla universalmente admitida en la antigüedad.

Dicha captura produce efectos jurídicos en el estatus personal del capturado.

3- El prisionero de guerra pierde la libertad y la ciudadanía sufriendo una *capitis deminutio*.

El prisionero de guerra se convierte en esclavo, no sólo para el pueblo que lo ha capturado, sino también para su propio ordenamiento jurídico.

El prisionero de guerra deja de ser sujeto de Derecho para su propio ordenamiento. Y tal pérdida afecta a sus derechos públicos y a sus relaciones jurídico-privadas.

4- Se considera prisionero de guerra sólo a aquel que ha sido capturado por el enemigo (*venire ad hostes*).

El tráfuga, el desertor y el vencido no es considerado prisionero de guerra.

Se exige de los soldados no sólo su lealtad a Roma, sino también su victoria.

5- La situación de esclavitud en la que se encuentra el prisionero finaliza con el retorno del prisionero a la ciudad (*redire ab hostibus*) en determinadas circunstancias. Esta institución se conoce con el nombre de postliminio.

Se exigirá un requisito material: volver a Roma o pueblo amigo durante la misma guerra o pendiente el estado de guerra.

Se exigirá un requisito intencional: tener la voluntad de retomar su anterior estatus y permanecer en Roma.

Las razones del funcionamiento de dicha institución hay que buscarlo en principios de justicia y equidad

Al prisionero que regresa debe dársele una solución jurídica a su nueva situación en la ciudad. El Derecho no puede dar la espalda al hecho del regreso, es más el Derecho debe premiar el regreso. Por equidad y por razones éticas, Roma no puede abandonar a su suerte a quien tan valerosamente expuso su vida por la patria.

6- El postliminio y la *captivitas* se nos presentan como las dos caras de una moneda. Ambas instituciones no pueden entenderse por separado, el postliminio viene a negar los efectos de la *captivitas* y ya desde antiguo los juristas vieron la necesidad de dar solución al problema.

En Derecho arcaico, el postliminio viene a reconocer una situación de hecho, el regreso. La jurisprudencia opuso frente a la idea de extinción de los derechos que supone la *captivitas*, la idea de recuperación automática de los mismos con el regreso. La jurisprudencia no se plantea qué ocurre con los derechos durante el tiempo que se estuvo en prisión.

Con el tiempo la esperanza del retorno (*spes postliminii*) pasa a ocupar un primer plano, la jurisprudencia abordará el problema desde esta nueva perspectiva y lo hará en primer lugar en aquellos derechos que tiene una mayor trascendencia en el orden social como son las instituciones de Derecho de familia.

El prisionero pierde sus derechos, pero atendiendo a la posibilidad del regreso y retrayendo los efectos del postliminio al momento de la *captivitas*, se considerará que sus derechos no se extinguen con el cautiverio sino que quedan en suspenso. Tal estado de incertidumbre tendrá su fin con el regreso de la prisión o con su eventual muerte *apud hostes*.



La prisión de guerra provocaba en Derecho arcaico y en Derecho clásico la disolución o extinción del matrimonio y su no recuperación *iure postliminii*. El matrimonio romano requiere una voluntad efectiva, constante y continuada, cuando esa voluntad cesa por la *capitis deminutio* del prisionero, el matrimonio no sólo se pierde sino que se extingue y por tanto no se recuperará *iure postliminii*³.

En Derecho justiniano, de acuerdo con una concepción del matrimonio y del propio estatus del prisionero de guerra más acorde con los principios cristianos, el matrimonio no se disuelve por cautiverio y por tanto se recuperará *iure postliminii*⁴.

En Derecho postclásico y justiniano las condiciones socio-económicas y políticas de Roma provocan un cambio en el régimen jurídico de la institución. Las nuevas condiciones de Roma en materia de política internacional exigen nuevas soluciones. Además por influencia del cristianismo tiende a humanizarse la institución.

Los emperadores se ven obligados a fomentar el retorno en la medida en que el Imperio ha pasado ahora a estar a la defensiva. Las guerras son ahora más largas y se producen en escenarios más lejanos, esto hace más incierto la posibilidad del retorno y ante esto hay que suavizar las consecuencias de la prisión, no sólo para el prisionero, sino también para su familia, su mujer y sus hijos.

A tal fin se establecen en ocasiones presunciones de muerte en relación con el matrimonio del cautivo y presunciones de consentimiento en relación al matrimonio de los hijos.

Al prisionero se le reconoce durante el cautiverio personalidad jurídica y deja de tratarse como esclavo y se le trata como libre.

² Para el cristianismo la institución de la esclavitud no es objeto de valoración ética, y tampoco es criticada o atacada. Debemos tener presente que la esclavitud en el mundo antiguo es una institución socialmente admitida y constituía una parte esencial del sistema económico productivo. Pero sí que encontramos en la doctrina cristiana desde sus orígenes una condena abierta a la injusticia de muchas estructuras de la sociedad.

El cristianismo afirmaba un principio básico: la igualdad ante Dios de todos los cristianos. Fundándose en la recomendación del principio cristiano del amor al prójimo, enseña a los cristianos dueños de esclavos a no tratarlos con dureza. Fija criterios y límites morales a la obediencia debida de los esclavos cristianos. Todas estas enseñanzas y principios influirán finalmente en la legislación de los emperadores cristianos. Hemos seguido en este punto a

IMBERT, J., «Réflexions sur le christianisme et l'esclavage en Droit Romain», en *RIDA* 2 (1949), pp. 445-476; CHURRUCA, J., «La actitud del Cristianismo ante la esclavitud en los primeros siglos (I-IV)», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 12 (2000), pp. 31-67.

³ El matrimonio y la posesión se presentan como excepciones a la recuperación *iure postliminii*. Ambas instituciones jurídicas basadas en situaciones de hecho están sometidas a un régimen especial.

⁴ Sobre la definición del matrimonio y la causa eficiente del matrimonio romano ver. OLIS ROBLEDA, S. J., *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma 1970, pp. 59-130. El autor repasa las diversas teorías a lo largo sobre la causa eficiente del matrimonio romano, admitiendo como válida la tesis de ORESTANO y VOLTERRA, *consensus facit nuptias*, lo que da vida al matrimonio es el consentimiento. En Derecho clásico, dicho consentimiento debe ser continuo. El consentimiento matrimonial no da vida al vínculo, sino que está y tiene que estar en cada momento sosteniendo el vínculo. Entre otros argumentos sostenidos por VOLTERRA, en un sistema de libre divorcio como es el sistema clásico, el



2. ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL IMPERIAL A LA DOCTRINA CRISTIANA

La doctrina⁵ pone de relieve como el Derecho matrimonial sufre una gran evolución del *Corpus iuris* a las Novelas. Esta evolución está sin duda relacionada con la presencia, cada vez más importante, que el cristianismo va teniendo en los distintos estratos de la sociedad, y a través de ésta, penetrará en la legislación por vía indirecta. El cristianismo presionaba sobre la legislación de los emperadores cristianos para que se llegará por los hechos a la indisolubilidad del matrimonio y a la adecuación perfecta entre las leyes imperiales y la doctrina cristiana⁶.

Observamos como esto se manifiesta en una serie de aspectos típicos de la legislación matrimonial de los emperadores cristianos.

- a. Así, se exigirá para la existencia del matrimonio la voluntad de los dos cónyuges; aun siendo este principio similar al del matrimonio romano clásico, *consensus facit nuptias*, la doctrina cristiana, basándose en dos textos del evangelio, Mateo 19, 1-9; Marco 10, 1-12, afirma que el matrimonio nace de un vínculo sagrado e indisoluble, destinado a subsistir independientemente de la voluntad de los cónyuges. Así, a diferencia del matrimonio pagano basado en el consentimiento continuado; el matrimonio cristiano se funda en el consentimiento inicial⁷.

matrimonio había de estar en cada momento sostenido por el consentimiento. Por contra, en Derecho postclásico la libertad de divorcio cae y nos encontramos ante un divorcio causal. Será necesario incurrir en causa de divorcio para que el matrimonio que de disuelto, y por tanto basta el consentimiento inicial para que se cree y exista y se sostenga el matrimonio, mientras no se emita un nuevo acto contrario.

⁵ D'ERCOLE, G., «Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa», en *SDHI* (1933), pp. 18-75; GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, Napoli 1984, pp. 507-508; PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino 1990, pp. 816-817; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 1990, p. 136.

⁶ D'ERCOLE, G., «Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa», cit., p. 33.

⁷ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 816-817.



- b. La influencia cristiana se manifestará también en la exigencia de un divorcio causal y la abolición del divorcio por mutuo consenso. Será necesario incurrir en causa de divorcio para que el matrimonio quede disuelto, y por tanto basta el consentimiento inicial para que el vínculo se cree, exista y se sostenga, en tanto no se emita un nuevo acto contrario⁸.
- c. La doctrina cristiana se manifestará también en la nueva regulación del delito de adulterio. El Emperador Constantino restringirá la posibilidad de acusar por adulterio sólo al marido y a los parientes próximos, estos últimos serán los únicos legitimados para promover la *accusatio iure extranei*. Se trata de proteger la fe conyugal, no de luchar contra la disolución moral. La finalidad es tutelar la integridad familiar, el bien jurídico protegido es la familia, pues el matrimonio no es sólo un ligamen material sino espiritual⁹.
- d. La nueva concepción del matrimonio inspirada en principios cristianos, ya no exige el *connubium* como requisito necesario para contraer matrimonio, sino que se reconoce a todos los seres humanos capacidad para contraer matrimonio a salvo de la existencia de un impedimento matrimonial¹⁰.
- e. En el nuevo ambiente social, religioso y jurídico el cautiverio no será causa de *iusta servitus*. Justiniano se muestra contrario al concepto pagano de que el ingenuo pueda convertirse en esclavo y por tanto la prisión de guerra no acarreará la consecuencia de la disolución del matrimonio¹¹.

⁸ ACCARIAS, C., *Précis de Droit Romain*, Paris 1886, p. 246.

⁹ VOLTERRA, E., «In tema di Accusatio Adulterii», en *Studi in Onore di Pietro Bonfante* vol. II, Milano 1930, pp. 109-126; PANERO, P., *Ius occidendi et ius accusandi en la lex Iulia de adulteriis coercendis*, Valencia 2001, pp. 261-312.

¹⁰ VOLTERRA, E., «Matrimonio en Diritto Romano», en *NNDI* 330-335, en concreto p. 335.

¹¹ LONGO, G., «Affectio maritalis», en *BIDR* 46 (1939), pp. 119-141.



3. EL MATRIMONIO DEL PRISIONERO DE GUERRA A LA LUZ DE LA DOCTRINA CRISTIANA. DEL PRINCIPIO *DIRIMITUR MATRIMONIUM CAPTIVITATE* A LA INDISOLUBILIDAD DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

3.1. CONCILIACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO CLÁSICO *DIRIMITUR MATRIMONIUM CAPTIVITATE* Y LAS REFORMAS JUSTINIANEAS

Este nuevo ambiente social y religioso que afecta, como hemos visto a la institución matrimonial, se percibe en las fuentes relativas al matrimonio del prisionero de guerra.

Un primer paso que podríamos calificar de transición lo encontramos en el Digesto. Dos textos, D. 24.2.6¹² y D. 49.15.8¹³ en los que aun manteniéndose el principio *dirimitur matrimonium captivitate*, se permite que ante la incertidumbre de la vida o muerte del cónyuge cautivo puede el cónyuge que permanece en la ciudad volver a contraer nuevo matrimonio sin estar sometido a las penas del divorcio, respetando un plazo de cinco años, plazo durante el cual el matrimonio se considera no disuelto.

El primer texto, de Juliano, incluido en el título II, del libro 24, “*De divortiis et repudiis*”, contempla el supuesto de prisión del marido o la mujer y distingue entre si se sabe con certeza que el cónyuge permanece vivo en cautiverio, en cuyo caso se

¹² D. 24.2.6, “*Julianus libro sexagesimo secundo digestorum. Uxores eorum, qui in hostium potestate peruenerunt, possunt uideri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. et generaliter definiendum est, donec certum est maritum uiuere in captiuitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. sin autem in incerto est, an uiuus apud hostes teneatur uel morte praeuentus, tunc, si quinquennium a tempore captiuitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nupcias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum uideatur pristinum matrimonium et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in ciuitate degente et uxore captiua obseruando*”.

¹³ D. 49.15.8 *Paulus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam. “Non ut a patre, filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et uoluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interueniente, poenis discidii tenebitur*”.



prohíbe contraer nuevas nupcias, y el caso que se desconozca si el cónyuge vive o ha muerto en poder de los enemigos, en cuyo caso se establece un plazo de cinco años desde que se inició el cautiverio, a partir del cual, el cónyuge que permanece en la ciudad tiene derecho a contraer nuevo matrimonio¹⁴.

El segundo texto de Paulo, del título 15, “*De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus*”, enuncia el principio clásico que no puede recuperar el marido a su mujer por derecho de postliminio¹⁵, salvo que la mujer consienta y no se haya casado con otro transcurrido el plazo legal. Pero si no consiente sin causa aceptable quedará sometida a las penas del divorcio.

Para la doctrina ambos textos han sido objeto de interpolaciones, pues en ellos se recoge tanto la regla clásica como la concepción justiniana. Sin duda los textos reflejan un momento de transición entre el principio *dirimitur matrimonium captivitate* y la consideración de la subsistencia del matrimonio que luego establecerá Justiniano en la Novela 22.7 de acuerdo con la *humanitas* cristiana y el nuevo concepto del matrimonio basado en el consentimiento inicial.

D’Ercole¹⁶, llama la atención sobre que en D. 24.2.6 el matrimonio subsiste pese a que han desaparecido los dos elementos que conforman el matrimonio en Roma: la *affectio maritalis* y la convivencia; ahora el matrimonio se fundamenta en el consenso inicial. Para el autor el texto expresa mediante interpolaciones el proceso de cambio iniciado por Justiniano que culminará en la Novela 22.7.

¹⁴ La doctrina estima que el texto está interpolado. Es evidente que el texto no responde a la concepción clásica del matrimonio. En contra de la tesis interpolacionista, AMIRANTE, L., *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, p. 191 sostiene que D. 24.2.6 responde al criterio clásico de que la *captivitas* disuelve el matrimonio, pues se obliga al cónyuge que permanece en la ciudad a respetar un plazo para contraer nuevo matrimonio.

¹⁵ La misma regla la encontramos enunciada en D. 49.15.14, 1, sin someterla a condiciones “... *non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium*”.

¹⁶ D’ERCOLE, G., «Il consenso degli sposi e la perpetuità del matrimonio nel diritto romano e nei Padri della Chiesa», cit., p. 34.



De la misma opinión es Pugliese¹⁷, para el autor D. 24.2.6 habría sido objeto de alteraciones a fin de responder a la nueva concepción del matrimonio sostenida por Justiniano. Longo¹⁸, sostiene también que el texto está alterado pero en este caso para adaptarlo a la idea de Justiniano de tratar al cautivo como libre, partiendo del principio, contrario al mundo pagano y de influencia cristiana, de que un ingenuo no puede nunca convertirse en esclavo.

Di Marzo¹⁹, resalta que en D. 24.2.6 se mantiene vivo el principio *dirimitur matrimonium captivitate*, pues permite al cónyuge del cautivo, ante la incertidumbre de la vida o la muerte del cautivo pasar a nuevo matrimonio, pero después de dejar pasar un plazo de cinco años, tiempo durante el cual el matrimonio se considera no disuelto. Mantiene este autor que el texto recoge una reforma que Justiniano ya había introducido antes de la compilación del Digesto; lo afirmado en el texto entra en contradicción con el fragmento 1, del mismo título, que sigue afirmando el principio clásico de *dirimitur matrimonium captivitate*; por esto, los compiladores añadieron la limitación “*eo solo, quod alii temere nubere non possunt*” que concilia el principio clásico con la reforma justiniana. El matrimonio continuo en cuanto la mujer no puede temerariamente pasar a nuevas nupcias sin incurrir en un divorcio sin causa y por tanto *cum poena*. Pero esta solución, dada por los compiladores, no resulta lógica pues si la mujer no puede pasar a segundas nupcias, sufriendo las penas de un divorcio sin justa causa es, por lógica, porque el matrimonio con el cautivo no se ha disuelto y por tanto no puede afirmarse, como afirman los compiladores en el fragmento 1 que da comienzo al título, que el matrimonio se disuelve por cautividad.

¹⁷ PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 817, pone de relieve que el texto está interpolado a fin de acercarlo a la solución justiniana que da por sobreviviente el vínculo matrimonial en caso de cautiverio por prisión de guerra, basándose en la necesidad del consenso inicial.

¹⁸ LONGO, G., «*Affectio maritalis*», cit., p. 135.

¹⁹ DI MARZO, S., «*Dirimitur matrimonium captivitate*», en *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1949, pp. 1-5, en concreto p. 2.



Sigue Di Marzo afirmando que el principio *dirimitur matrimonium captivitate* ya había sido superado con anterioridad, como lo demuestra la Novela 22.14 en la que se hace referencia a una ley de Constantino por la que la mujer de aquel que estando en una expedición no da noticias durante cuatro años puede pasar a segundas nupcias *sine poena*. Amplia Justiniano el plazo a 10 años y además considera injusta la ley de Constantino pues entiende que privar en esas circunstancias al marido de su mujer es una pena no menor que el cautiverio.

Llama la atención Di Marzo²⁰ sobre como el segundo de los textos aludidos, D. 49.15.8 funde con gran habilidad el Derecho clásico y el Derecho justiniano. Efectivamente, en D. 49.15.8, llama nuestra atención, que tras enunciar el principio clásico: el marido no recupera a su mujer por Derecho de postliminio, acepta que pueda recuperarse el matrimonio si la mujer consiente en ello, si la mujer no consiente, sin tener causa para negarse, quedará sometida a las penas de un divorcio culpable. Respondiendo esto último a la legislación justiniana en materia de divorcio.

La otra razón descrita en el texto, por la que no se recuperará el matrimonio *iure postliminii* es que la mujer, respetando el plazo legal haya pasado a nuevas nupcias. Responde esta afirmación a la regulación sobre la materia introducida por Justiniano en la Novela 22.

La regulación dada en estos textos para los cautivos de guerra coincide con C. 5 17.7²¹ que plantea el supuesto en que el marido ha marchado al servicio militar.

²⁰ DI MARZO, S., «Dirimitur matrimonium captivitate», cit., p. 5.

²¹ C. 5.17.7: “*Imp. Constantinus A. ad Delmatium. Uxor, quae in militiam profecto marito post interventum annorum quattuor nullum sospitatis eius potuit habere indicium atque ideo de nuptiis alterius cogitavit nec tamen ante nupsit, quam libello ducem super hoc suo voto convenit, non videtur nuptias inisse furtivas nec dotis amissionem sustinere nec capital poenae esse obnoxia, quae post tam magnitemporis iugitatem non temere nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur. Ideoque observandum est, ut, si adulterii suspicio nulla sit nec coniunctio furtiva detegitur, nullum periculum ab his quorum coniugio erant copulatae vereantur, cum, si conscientia maritalis*”



El texto recogido bajo el título “*De repudiis et iudicio de moribus sublato*”, del Emperador Constantino, nos dice que la mujer cuyo marido marchó al servicio militar, pasados cuatro años sin tener noticias de su marido, y tras comunicarlo al General, puede pasar a segundas nupcias, sin ser acusada de adulterio.

El texto es corregido por Justiniano en la Novela 22.14²² “*De nuptiis*” Justiniano alega que el texto de Constantino está poco meditado, pues privar al soldado de su mujer es pena mayor que el cautiverio enemigo. Establece Justiniano que la mujer no debe pasar a segundas nupcias hasta transcurridos diez años, durante los cuales debe hacer lo posible por tener noticias del marido. Pasado el tiempo sin noticias, pondrá esto en conocimiento de aquel bajo cuyas órdenes estaba el marido y podrá pasar a segundas nupcias sin incurrir en delito de adulterio

La Novela 117.11²³ que trata también el caso del marido que ha marchado al servicio militar establece los mismos requisitos que en C. 5.17.7 pero afirma que

tori furtim esset violata, disciplinae ratio poenam congruam flagitaret. D [...] Naisso Feliciano et Titiano cons. (a. 337)”.

²² Nov. 22,14: “*Novimus autem et huius nostrae felicissimae civitatis conditorem, divae memoriae dicimus Constantinum, scripsisse legem secundum quam, si quis in expeditione fuerit et tacuerit ad uxorem per quadriennium, et nullum ei fiat ab illo signum eius circa eam affectus, tunc licentia sit mulieri ad secundas nuptias veniendi, (libellum) offerenti prius militiae principi et hoc ipsum testificanti: et si hoc fiat, inculpabiliter mulier ad virum alterum transiet et non damnificabitur quidem dote, non tamen antenuptialem donationem lucrabitur. Haec itaque sacratissimus Constantinus: vehementer autem nobis in mature habere illa constitutio videtur. Actibus enim bellicis occupato marito uxoris inferre privationem non minor est poena quam ab hostibus capi. Ideoque non prius ad virum veniat secundum huiusmodi mulier qualem legislator iste proposuit, quam etiam decennii transcat tempus, et haec importuna quidem sit viro mittens litteras aut per aliquos verbis utens ad eum, ille vero aut aperte renuat nuptias eius aut absolute conticcat, tunc quoque libellum offerat aut gloriosissimo magistro militum aut spectabili duci aut clarissimo tribuno, sub quibus miles ille est. Tunc licentiam enim ei damus et preces porrigere imperatori et inde hoc promereri. Sciat autem quia, si citra hoc aliquid egerit, tamquam temerarie nubens subiacebit legitimis poenis. Mitoiores itaque nuptiarum solutiones, tamquam generali quadam ratione sub bona gratia factis disiunctionibus, sciendum tales esse quodammodo*”.

²³ Nov. 117,11: “*Quod autem a nobis sancitum est de his qui in expeditionibus sunt et in militiis constituti. Sive milites sint sive foederati sive scholares sive alii quidam sub alia quacumque militia armata constituti, melius ordinare perspeximus. Et iubemus quantoscumque annos in expedito manserint, sustinere horum uxores, licet nec litteras nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi prius accesserit mulier per se aut per suos parentes aut per aliam quamcumque*



bajo ningún supuesto la mujer debe pasar a segundo matrimonio salvo que haya oído que murió (entendemos que tenga firme sospecha de que murió), en cuyo caso se dirigirá al General bajo cuyas órdenes servía para que éste le certifique bajo juramento que ha muerto, certificado esto podrá casarse después de un año sin incurrir en pena de adulterio.

Si el General juró en falso será destituido de su cargo, deberá pagar una multa, y el soldado podrá recobrar a su mujer.

Vemos que la Novela exige más cautelas para que la mujer pueda pasar a segundo matrimonio y en cualquier caso, su primer matrimonio se considerará no disuelto si el marido quiere recobrarlo.

3.2 CONSIDERACIÓN JURÍDICA DEL CAUTIVERIO DE GUERRA Y EL MATRIMONIO DEL PRISIONERO A LA LUZ DEL HUMANITARISMO CRISTIANO

En esa misma línea de corregir y mejorar disposiciones anteriores que afectan al matrimonio, encontramos la Novela 22.⁷²⁴ que trata el supuesto concreto de la prisión de guerra.

personam ad priores numeri et cartularios, in quo huius maritus militabat, et eos seu tribunum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus est eius coniux, ut illi sanctis evangeliiis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate vir mortuus est. Et postquam haec gesta monumentorum confecta mulier pro suo testimonio perceperit, etiam post haec iubemus manere eam unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum liceat legitimas contrahere nuptias. Si autem praeter hanc observationem mulier praesumpserit ad aliud venire matrimonium, et ipsa et qui ducit eam uxorem velut adulteri puniantur. Si autem qui sub gestis monumentorum cum iureiurando testati sunt convicantur etiam postea false deposuisse testimonium, ipsi quidem militia nudati X auri librarum poenam compellentur exsolvere illi quem mentiti sunt mortuum esse, ipse vero licentiam habeat, si voluerit, suam uxorem recipere. Si vero scholaris tuerit ille de cuius morte dubitatio est, a primis scholae et actuario, si autem foederatus, ab optione eius memoratam depositionem accipere eius uxorem. His observandis et circa alios omnes qui in armata militia referuntur”.

²⁴ Nov. 22.7: “*Sed etiam captivitatis casus talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium. Sive enim contingat tale infortunium viro, mulier in republica manente, sive rursus mulier quidem in captivitate ducatur, maneat, autem vir in republica, scrupulosa quidem et subtilis ratio transigit nuptias: servitute namque semel superveniente alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit. Attamen humanius talia contemplantes, donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus, et non venient ad secundas*



La Novela 22, “*De nuptiis*”, en el marco de una serie de disposiciones que como el mismo Justiniano afirma en el prefacio, van dirigidas a corregir y mejorar algunas disposiciones anteriores relativas al matrimonio, incluso algunas de las dadas por el mismo. En el capítulo 7, trata el caso del matrimonio del cautivo de guerra. Afirma que en tales casos la desigualdad de condición entre el cautivo, esclavo, y el otro cónyuge hace que se disuelva el matrimonio. Pero añade, que considera más humano que quede sin disolverse el matrimonio mientras sea manifiesto que vive el marido o la mujer y por tanto en tales casos no deben pasar a segundas nupcias.

Más si fuera incierto que vive la persona que cayó en poder de los enemigos, se ha de esperar un quinquenio, después del cual, tanto se haya adquirido evidencia de la muerte o está permanezca incierta, será lícito volverse a casar.

El texto es una prueba clara de la nueva regulación que en Derecho justiniano se da al matrimonio del cautivo. Justiniano apela a criterios de humanidad para mantener vivo el matrimonio por encima de criterios estrictamente jurídicos como la desigualdad de condición entre los cónyuges, esto mientras haya certeza de que el cautivo vive.

Justiniano, de acuerdo con esos principios de humanidad, se muestra contrario a la idea de que la prisión de guerra sea causa de esclavitud, y no comparte el principio pagano de que un ingenuo pueda convertirse en esclavo²⁵, así Justiniano,

nuptias neque mulieres neque viri, nisi volunt videri ausu temerario hoc egisse et poenis succumbere, ille quidem ante nuptias donationis dicimus exactioni, illa vero dotis. Si vero incertum sit, utrum superest an non quae ad hostes persona devenit, tunc quinquennium expectandum est sive a viro sive a muliere, post quod, sive manifestum fiat de morte sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo. Et hoc enim nuncupatis bona gratia transactionibus a praecedentibus connumeratum est, nos quoque in hoc consentimus, ut hic neque repudio fiat opus, ita personis distantibus ab alterutris, et nullus ex hoc lucrabitur, neque vir dotem neque mulier antenuptialem donationem, sed unusquisque in suis manebit”.

²⁵ LONGO, G., «Affectio maritalis», cit., p. 135. Cf. en este sentido Nov. 22.8 y Nov. 22.13 en las que Justiniano afirma respectivamente que ni la pena del *metallum*, ni el interdicto de agua y fuego disuelven el matrimonio del condenado, pues un ingenuo no puede convertirse en esclavo.



aun teniendo presente la concepción clásica de la disolución del matrimonio por la pérdida de la capacidad de uno de los cónyuges, como expresamente referencia en la Novela²⁶, atendiendo a esta nueva interpretación de acuerdo con el nuevo ambiente social, religioso y jurídico que considera que el cautivo no puede ser tratado como un esclavo, considera no disuelto el matrimonio del cautivo mientras se tenga certeza de que vive.

3.3 LA INDISOLUBILIDAD DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y EL MATRIMONIO DEL CAUTIVO DE GUERRA

Siguiendo con la evolución del tratamiento dado en las fuentes al matrimonio del cautivo, nos encontramos con la Constitución 33 del Emperador León²⁷, recogida bajo el título “*Ne captivorum uxoris aliis nubere liceat*”.

²⁶ BONFANTE, P., *Corso di Diritto Romano*, Vol. I, Roma 1963, p. 240, pone de manifiesto que exactamente Justiniano se refiere de modo vago y oscuro a la disolución del matrimonio que provocaba la diferencia de rango de los cónyuges y que él ha abolido.

²⁷ Novellae Constitutiones, Const. 33: “*Ne captivorum uxoris aliis nubere liceat, Imp. Leonis Augusti Styliano [...] sed reipublicae commoda curae habentes, leges edidere age, quae et reipublicae conducant [...] cum deo curemus. Inter cetera, ubi de captivis sanxerunt [...] stricta quidem et subtilis ratio solvit matrimonium. Semel enim servitute alteri superveniente, conditionis inaequalitas aequalitatem, quae in nuptiis spectatur, permanere non patitur. Nos tamen humanius talia contemplantes, quamdiu certum est, superesse vel maritum vel uxorem, intacta matrimonia manere sinimus, neque ad secundas veniant nuptias nec mariti, nec uxores, nisi praepropere id egisse videri velint, et in poenas incidere, ille quidem exactionis donationis ante nuptias, haec vero dotis... Nobis autem neque causa, quam stricta, ut ipsi loquuntur, subtilisque ratio suppeditat, ratione esse consentanea, neque humanitas, quae dirimendi matrimonii facultatem praebet, dum ipsos damno subiicit, sincera videtur [...] Quae vero illa sincera humanitas, quae amicissimorum quidem membrorum subtractione damnum inferre, aliorum vero bonorum substitutione damnum sarcire conatur? [...] Quid igitur ego dicam? Si altera parte in captivitate constituta, altera, quae a captivitate libera mansit, ad alterius coniugium respexerit, revertatur vero quae in captivitate detenta fuit, liceat illi, si velit suum membrum recipere, ac nequaquam, quoniam alteri coniunctum fuerit, prius matrimonium innovetur. Si enim coniugium cum altero postea initum videatur aliquibus dissolvi non oportere, quomodo non aequius fuerit, si primus matrimonii nexus in suum statum revertatur?”.*

(Hemos transcrito sólo aquellos fragmentos que consideramos relevantes, dado lo extenso del texto).



El Emperador León comienza explicando que su propósito es corregir las leyes que no estuvieran bien establecidas, con la ayuda de Dios, en beneficio de la República.

El Emperador León, hace expresa referencia a la Novela 22.7 y a los argumentos que en ella se aducen para considerar disuelto el matrimonio del cautivo (“*Semel enim servitute alteri superveniente, conditionis, inaequalitas aequalitatem, quae in nuptiis spectatur, permanere non patitur*”). E incluso a las razones humanitarias aludidas por las que se consideró que el matrimonio no se consideraba disuelto mientras viviera el marido o la mujer, castigando a los cónyuges que en tal circunstancia pasaran a segundo matrimonio con la pérdida de las donaciones antenuupciales y la dote respectivamente.

Resuelve el Emperador León que no es conforme a la razón una causa tan estricta como la desigualdad de la condición de los cónyuges; pues, recuperando el cautivo la libertad, recuperaría la igualdad y por tanto su matrimonio.

Tampoco es conforme a criterios de humanidad cuando lo que se hace es inferir un daño con la disolución del matrimonio e intentar resarcirlo con bienes materiales.

Por estas razones, el cautivo recuperará su matrimonio aunque constante cautiverio el cónyuge que permaneció en la ciudad se hubiese unido a otro, matrimonio posterior no disuelve el anterior.

Critica la solución dada en la Novela 22.7 de la compensación por el daño sufrido a través de bienes materiales (dote, donaciones ante nupcias); pues no es compensable con dinero la infelicidad producida por el hecho de la disolución del matrimonio.

Para terminar prohibiendo que el cónyuge que permanece libre pase a una segunda unión; salvo que cumpla con los requisitos exigidos a las mujeres de los que



están en expedición para poder contraer segundo matrimonio, tal y como se refiere en la Novela 117.11 que exige en estos casos que se obtenga juramento de los primeros cartularios del cuerpo en que militaba el marido o del tribuno que atestigüe que el marido ha muerto²⁸.

4. CONCLUSIONES

1. Los textos nos evidencian la evolución en la consideración dada al matrimonio del cautivo de guerra, desde los textos compilados por Justiniano en el Digesto, hasta las Nuevas Constituciones del Emperador León, pasando por las Novelas de Justiniano.
2. Los textos compilados por Justiniano en el Digesto afirman la disolución del matrimonio del prisionero de guerra, pero condicionan la posibilidad de contraer nuevas nupcias al cumplimiento de un plazo de tiempo de cinco años desde el cautiverio.
3. Justiniano en su Novela 22.7 apela a razones humanitarias por encima de criterios jurídicos para considerar no disuelto el matrimonio del cautivo en tanto viva.

²⁸ Se exige además un año de espera desde la prueba jurada para contraer nuevas nupcias.

Llama en este punto nuestra atención la prueba que se exige para acreditar la muerte del soldado (Nov. 117.11), como del prisionero de guerra (Nov. 22.7), el juramento de los mandos bajo cuyas órdenes militaba el marido. Como pone de relieve LAÍN CASADO, C., *La ausencia en el Derecho civil y en el Derecho militar: Estudio histórico y comparado*, Tesis Doctoral dirigida por PERIÑAN GÓMEZ B., Curso 2015-2016, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Publicada en abierto, pp. 191-192. “En la época romana muchos de los supuestos de ausencia ordinaria, simples desapariciones, se resolvieron mediante la aplicación de un sistema de prueba flexible, el cual permitía acreditar con cierta facilidad la muerte del ausente. Como contrapartida, este mismo sistema impedía o al menos dificultaba fijar unos plazos legales con carácter general, transcurridos los cuales, pudiera declararse el fallecimiento de una persona. Por ello se acudió a una práctica estrictamente casuística, con la problemática que plantea la falta de un régimen jurídico de ausencia, como tal”. En el mismo sentido SERRANO, I., *La ausencia en Derecho español*, Madrid 1943, p. 8; CORONAS, S. M., «La ausencia en el Derecho histórico español», en *AHDE* 52 (1983), pp. 289-332, en concreto p. 295, citados por la autora, nt. 423 y 424 en los que los mencionados autores refieren que la flexibilidad del sistema probatorio romano, basado en elementos de convicción, no necesita acudir a términos o presunciones fijas.



4. En Derecho Justiniano conviven los principios clásicos con los nuevos criterios sociales y morales del cristianismo.
5. El Emperador León, crítica la Novela 22.7 de Justiniano por argumentar con razones estrictamente jurídicas y reducir la solución a una compensación material, considerando el Emperador León esta solución contraria a criterios de humanidad, y estableciendo el principio de la no disolución del matrimonio, de acuerdo con los principios del matrimonio cristiano.
6. El Emperador León de acuerdo con la doctrina cristiana reconoce la indisolubilidad del vínculo matrimonial.