

EL DIVORCIO EN EL DERECHO BIZANTINO Y POSBIZANTINO¹

Spyros Troianos²
Universidad de Atenas

La libertad absoluta para la disolución unilateral del matrimonio, que caracterizó inicialmente al derecho romano, comenzó a ser seriamente cuestionada por los emperadores cristianos, quienes se vieron bajo la influencia del principio (cristiano) sobre el carácter excepcional de la disolución del matrimonio. Después de sucesivas regulaciones, suyas y de sus antecesores, Justiniano promulgó su Novela 117 en la que enumera restrictivamente las causas de divorcio para varones y mujeres separadamente. Como causas de divorcio para el varón señala: a) crimen de alta traición que conocía la mujer y que no reveló, b) que la mujer sea convicta de adulterio c) atentado directo o indirecto contra la vida del marido, d) actos moralmente sospechosos contra la voluntad del marido (como pasar la noche fuera del hogar, participar en banquetes o baños colectivos con otros hombres, etc.) (Novela 117.8). Las causas de divorcio para la mujer son: a) la participación del marido en crimen de alta traición, b) atentado directo o indirecto contra la vida de la mujer, c) atentado contra la personalidad moral de la mujer si el marido la provocó (o promovió) o si la acusó falsamente de adulterio, d) relación extracon-

¹ Texto traducido por Manuel José Vial-Dumas (UOC).

Esta conferencia fue impartida por el profesor Troianos en el ciclo de seminarios «Πανεπιστήμιο Πολιτών», de la Unión de Profesores Eméritos de la Universidad de Atenas, y fue publicada en «Πανεπιστήμιο Πολιτών. Εκδήλωση νομικών. 17-18/03/2016», en 2017. Manuel José Vial-Dumas quiere agradecer expresamente a la Sra. Elina Vlachou, discípula del profesor Troianos, su amable disposición para resolver las inevitables dudas a las que se ve enfrentado el traductor de un texto.

² Una presentación del Dr. Spyros Troianos, la referencia a las ediciones críticas de las fuentes citadas en esta traducción y una introducción a los estudios bizantinos puede verse en este mismo volumen de *Ius Fugit*.

yugal estable del marido en la misma ciudad, si persiste en ella a pesar de las repetidas recomendaciones de los padres o terceros (Novela 117.9).

Además de estas causas de divorcio culpable, Justiniano estableció tres más que no son debidas a la culpa de ninguno de los cónyuges (Novela 117.12): a) incapacidad del marido para el coito preexistente desde el inicio del matrimonio, b) elección de vida monástica, sea la determinación conjunta o unilateral (Novela 123.40), c) cautiverio de larga duración. En este último caso, deben transcurrir, de acuerdo con la Novela 22.7, cinco años desde la última noticia de encontrarse el cautivo con vida.

La mención restrictiva de las causas de divorcio no significaba, sin embargo, que la disolución injustificada del matrimonio careciera de resultado. En efecto, uno de los elementos constituyentes del matrimonio era la *affectio maritalis*³, la cual debía existir no solo en el momento de su celebración, sino también durante el matrimonio. Por esta razón, si uno de los cónyuges manifestaba al otro por escrito su voluntad de disolver el vínculo matrimonial (*repudium mittere*⁴, en Oriente predominó progresivamente la comunicación del repudio en forma escrita), dicha manifestación no constituía un acto jurídico eficaz, pero era una prueba solemne de la ausencia de *affectio maritalis*, por lo que no podía quedar sin efectos. Causaba pues la disolución del matrimonio, pero esa ruptura venía unida a severas sanciones pecuniarias en contra de aquel que disolvió el matrimonio sin justa causa. En el caso de que el causante fuera la mujer, además de las penas pecuniarias, la legislación preveía su confinamiento en un monasterio (Novela 117.13); sanción que luego, con la Novela 134.11, se extendió también al marido. No obstante, esta última Novela confiere a los cónyuges la posibilidad de evitar las mencionadas consecuencias desfavorables si continúan la convivencia matrimonial.

Con los emperadores sirios, conocidos como Isauros, la disolución del matrimonio devino aún más dificultosa. Las breves disposiciones de la *Ecloga* (2.9) son precedidas por un largo proemio. Allí, la influencia de la Iglesia es evidente desde el primer párrafo en el que remarca la indisolubilidad de la unión matrimonial. A continuación, el legislador expresa las siguientes causales de divorcio: a) Relaciones extraconyugales de la mujer o impotencia del marido, b) Atentado a la vida de uno de los cónyuges por parte del otro, y c) lepra de uno de los cónyuges. En esta disposición de origen incierto no se señala un marco temporal para la manifestación de la enfermedad. Mas allá de estas causas ninguna podía conducir a la disolución del matrimonio. Para evitar cualquier interpretación torcida,

³ Para mejor comprensión uso la expresión *affectio maritalis* cuyo equivalente griego empleado por el autor en el texto original es *γαμική διάθεση*. N. del T.

⁴ Para mejor comprensión uso esta expresión, en el texto original aparece como en los textos bizantinos: *ρεπούδιον πέμπειν*. N. del T.

por disposición expresa se excluyó la locura de uno de los cónyuges como causa de divorcio si se manifiesta durante el matrimonio.

La legislación de los emperadores de la dinastía de los macedonios retorna al derecho justiniano. En especial la *Eisagoge* (21.1-6), una compilación legislativa que publicó Basilio I, reitera las disposiciones de la Novela 117 con algunas adiciones de la Novela 22.15 (p. ej., si resulta probado que alguno de los cónyuges es culpable de hechicería, asesinato, violación de sepulcros, profanación de lugares sagrados u otros crímenes graves). Por su parte el *Prochiros Nomos* (11.1-18) se limita a las causas de divorcio de la Novela 117, tal como ya se expusieron. Las disposiciones de esa misma Novela se codifican en los Basílicos.

A las causales de divorcio están dedicadas cinco novelas de León VI. Con las novelas 30 y 31 se confirman disposiciones de la *Eisagoge* (21.5 in fine) que repetían normas de la Novela 22 de Justiniano derogadas tácitamente por la Novela 117. De acuerdo con estas, se establece una causa de divorcio en perjuicio de la mujer que contrae un nuevo matrimonio mientras aún está casada y vive el marido o si comete aborto sin que él tenga conocimiento. Con la Novela 33, el legislador retorna a la cuestión del cautiverio como causa de divorcio derogando las disposiciones de Justiniano al respecto. Según la nueva regulación, el matrimonio no se disuelve y el cónyuge libre se encuentra obligado a esperar la repatriación del cautivo, excepto si existe certeza de su muerte confirmada a través del procedimiento previsto para los militares en tiempo de guerra. Finalmente, con las novelas 111 y 112, León establece como causa de divorcio la locura de uno de los cónyuges si se manifestó durante la convivencia matrimonial. La disposición no es uniforme, pues se prevén diferencias en los pormenores de su aplicación en función de si es el hombre o la mujer quien sufre una psicopatía. En cualquiera de los dos casos, no obstante, la disolución del matrimonio no puede promoverse inmediatamente después de la manifestación de la enfermedad, sino que debe transcurrir un tiempo determinado con el fin de realizar tratamientos al paciente. El tiempo mínimo es tres años en el caso de locura de la mujer y cinco en el caso del marido. Es interesante observar que, en la segunda Novela, se tiene en cuenta la carga hereditaria que podrían heredar los hijos que nacieran de dicho matrimonio.

Luego de la consecución de la competencia exclusiva para resolver diferencias matrimoniales por parte de los tribunales eclesiásticos, predominó la costumbre, desde el siglo XII, de que la concesión de los divorcios (o la anulación de los matrimonios viciados) se realizara a través de decisiones de los órganos jurisdiccionales de la Iglesia. De los testimonios jurisprudenciales que se ha conservado se desprende que se procuró respetar la letra de la ley, en la medida en que la enumeración de las causas de divorcio era limitada. Al mismo tiempo, no obstante, se intentaba satisfacer el sentimiento de justicia acorde con las circunstancias sociales de cada época y los especiales problemas personales de las partes. En el

marco de estos esfuerzos, en el periodo tardobizantino comienzan a aparecer –y se multiplican durante la Turcocracia– decisiones de los tribunales que alegan como causa de divorcio el «ακατάλλακτον μίσος»⁵ de los cónyuges. Considero que esta causal sustancialmente enmascaraba divorcios por consentimiento.

En cuanto a estos últimos –los divorcios por consentimiento– es preciso señalar lo siguiente: en el derecho prejustiniano regía el conocido principio según el cual el matrimonio se disolvía libremente por el consenso de los cónyuges. En los primeros años de su gobierno Justiniano no se alejó de dicho principio, tal como se desprende de las novelas 22.4 y 98.2.1 (536 y 538 d.C. respectivamente). Poco después, en el año 541, probablemente por presión de la Iglesia, en la Novela 117.10 se prohibió la disolución consensuada del matrimonio, con la única excepción del caso en el que esto sucedía *διὰ σωφροσύνην*⁶, es decir, por causa de elección de vida monástica. Sobre los infractores recaían serias sanciones pecuniarias, pero la disolución del matrimonio tenía efecto por falta de *affectio maritalis*⁷, por lo tanto, podían los cónyuges celebrar un nuevo matrimonio. Este defecto condujo al emperador, quince años más tarde, a la renovación de las prohibiciones con una adición que condenaba al infractor a la clausura en monasterio y a adquirir con tonsura la condición monacal, lo cual le impedía contraer un nuevo matrimonio (Novela 134.11 de 556 d.C.).

Esta estricta regulación no tuvo gran duración. Poco después de su ascensión al trono, Justino II, sobrino de Justiniano, tuvo que reponer, el año 566, el divorcio por consenso. El proemio completo de dicha novela 140 está dedicado a la justificación de esta acción que, como disimuladamente confiesa, se debió a la presión de la opinión pública. Con esta disposición se liberaba expresamente de las sanciones establecidas en las novelas 117 y 134 a quienes habían disuelto su matrimonio.

En el prólogo de su Novela, Justino atribuye la decisión tomada por los cónyuges de disolver su matrimonio, cuando no concurre ninguna de las causas que prevé la ley, a un «σκαίου δαίμονος»⁸ cuya intervención les provocó «αδιάλλακτον μίσος»⁹. La reiteración uniforme en los papiros bizantinos que contienen disoluciones convencionales de matrimonios (después de la publicación de la Novela) y que señalan la acción de este demonio como causa del divorcio, crean la certeza de que, en todos estos casos, se trata de divorcios por consenso. Con la invocación de esta causa, que se convirtió en un lugar común, las partes aparentemente pretendían garantizarse las ventajas de la regulación de Justino.

⁵ Odio insuperable, N. del T.

⁶ En el texto latino se expresa como *castitatis concupiscentia* (Nov. 117.10) N. del T.

⁷ Véase n. 3.

⁸ *demonio siniestro*, N. del T.

⁹ *odio implacable*, N. del T.

Esta Novela debió regir por un periodo prolongado de tiempo, pues la táctica descrita se observa durante todo el siglo VII. Hacia finales de dicho siglo, la Iglesia reaccionó enérgicamente contra esta práctica través del Canon 87 del Concilio Quinisexto¹⁰. Dicha norma amenaza con graves penas a quienes disolvieran sus matrimonios sin una causa (legal) concreta. Más adelante, nos encontraremos en la *Ecloga* con la derogación de la Novela de Justino, la cual, no obstante, se daba de forma indirecta. Se estableció, como ya se explicó, un reducido número de causas y se especificó que, más allá de ellas, no era válida ninguna otra. Al parecer, después de la promulgación de la *Ecloga*, todo intento de disolución de matrimonio por consenso era en vano. De modo que los afectados tuvieron que idear un ardid para poder eludir la ley. Pocos años antes, el Canon 53 del mismo Concilio Quinisexto había ampliado el alcance del impedimento de matrimonio por causa de parentesco espiritual y la *Ecloga* había convertido dicha norma canónica también en derecho civil¹¹. En vista de esto, los cónyuges se hacían padrinos de bautizo de sus propios hijos y, de esta forma, se creaba un impedimento matrimonial absoluto sobrevenido que funcionaba como causa de divorcio.

Durante un tiempo, tal vez algunas décadas, reinó un cierto espíritu de tolerancia. Existen indicios de intentos de reponer otra vez el divorcio por consentimiento. No obstante, con posterioridad el emperador León y su hijo Constantino promulgaron una Novela en la que se establecieron sanciones más rigurosas para quienes se refugiaran en el mencionado ardid; también lo hicieron de forma general contra quienes contrajeran segundas nupcias habiendo conseguido disolver las anteriores a través de cualquier mecanismo que se basara en el consenso. La opinión dominante estima que esta Novela fue promulgada por León V en 819/820. Hace dos semanas, sin embargo, se publicó una investigación que, con sólidos argumentos, sostiene que la novela fue promulgada el año 912 por León VI poco antes de su muerte¹². Esta versión exige reconsiderar nuestras nociones sobre las sucesivas fases de la institución del divorcio en la época mesobizantina.

Hacia el final del siglo IX, la *Eisagoge* del emperador Basilio I contenía una disposición (21.4) que permitía el divorcio por consenso. Esa misma disposición (con algunas adiciones que recuerdan el texto de la Novela de Justino, como por ejemplo la mención de un demonio misántropo) aparece en varios manuscritos como una novela aislada de un emperador cuyo nombre no se expresa. Este texto

¹⁰ También conocido como Concilio Trulano, en griego Πενθέκτη Οικουμενική Σύνοδος, fue celebrado en Constantinopla el año 692. N del T.

¹¹ El parentesco espiritual como impedimento para el matrimonio aparece con Justiniano que prohíbe el matrimonio entre el padrino y la ahijada. N. del T.

¹² ANDREAS SCHMINCK, "Zur Deutung der eherechtlichen Novelle der Kaiser Leon und Konstantinos", *Επετηρίς του Κέντρου Ερεύνης της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου της Ακαδημίας Αθηνών* 46 (2016) 179-189.

trasmitido en manuscritos de forma independiente genera bastantes incertidumbres sobre la efectividad de las medidas legislativas sobre el divorcio por consentimiento de la época mesobizantina, en especial en el siglo IX. En cualquier caso, lo más probable parece ser que nunca se dictara una ley especial sobre el particular, sino que la única disposición relacionada fuera aquella contenida en la *Eisagoge*. Su aislamiento y su presentación como novela se debe seguramente a intentos por revivir la regulación, pues esta fue derogada al poco de su promulgación por el Prochiron Nomos (11.4). Este último texto, por consiguiente, se apega a la Novela 117 de Justiniano permitiendo el divorcio por consentimiento sólo «διὰ σωφροσύνην»¹³, es decir, para asumir ambos cónyuges la vida monástica. El mismo principio prevaleció en los Basílicos (28.7.6) que registraron sólo la Novela 134.11 con su rigurosa prohibición y no la Novela 117.10, mucho menos las Novelas 22.4 y 140 que permitían la disolución del matrimonio por consenso. Así, el divorcio por consenso desaparece en la vida jurídica bizantina después del siglo X. Dicha desaparición es corroborada por el canonista del siglo XII, Alexio Aristino, en una interpretación al canon 9 de Basilio Magno relativo a la disolución del matrimonio. El canonista señala, respecto del derecho civil, que en el siglo IV la ley proporcionaba a los cónyuges la posibilidad de disolver el matrimonio por medio del envío de un escrito y sin expresión de justa causa, pero que en su época (siglo XII) no se disuelve el matrimonio si no concurre alguna de las causas que expresamente prevé la Novela de Justiniano.

Sin embargo, como se apuntó, en las causas de divorcio ventiladas en los tribunales eclesiásticos, desde el periodo tardobizantino y durante toda la época postbizantina, aparece con frecuencia como causa de divorcio el «ακατάλλακτον μίσος»¹⁴ de los cónyuges, que a su vez recuerda al «αδιάλλακτον μίσος»¹⁵ del preámbulo de la Novela de Justino y de su variante en la «novela» del emperador desconocido. Predomina así la idea de que esta causa supuso una recuperación (o, eventualmente, una supervivencia) del divorcio por consenso, con la diferencia de que en las Novelas el odio mutuo y la enemistad de los cónyuges fue un argumento para introducir el divorcio por consenso, mientras que en la jurisprudencia se elaboró como una causa autónoma de disolución.

¹³ Nota 6.

¹⁴ Nota 5.

¹⁵ Nota 9.