

NÉSTOR-VICENÇ ABELLÁN COELHO

**EL MATRIMONIO ROMANO CLÁSICO Y SU CONFIGURACIÓN
EN EL DIGESTO DEL EMPERADOR JUSTINIANO**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por la Dra. ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

GRADO DE DERECHO



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

Mujer, si quieres casarte, aunque ambos tengáis prisa, ten paciencia: un breve aplazamiento trae consigo grandes ventajas. Las armas llaman a las peleas y las peleas son contrarias a los maridajes; cuando hayan sido guardadas las armas, el presagio será más favorable.

Publio Ovidio Nasón, *Fastos*, Liber III, 393-396.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	8
II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO.....	10
2.1- El consentimiento en los esponsales y en las nupcias	10
2.2- La configuración del matrimonio romano clásico según Herennio Modestino ...	13
- Consortium omnis vitae:	14
- Divini atque humani iuris communicatio:.....	15
2.2- Los efectos del <i>ius postliminii</i> en la relación matrimonial:	16
2.3- El matrimonio y la convivencia: nacimiento de la relación matrimonial:.....	17
III. CONDICIONES PARA LA EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN MATRIMONIAL: <i>MATRIMONIUM IN FIERI / IUSTUM MATRIMONIUM</i>.....	19
3.1- Consentimiento matrimonial inicial:	20
3.1.1- <i>Consensus parentum</i> en las personas <i>alieni iuris</i> :.....	20
3.1.2- <i>Consensus tutoris</i> en las mujeres <i>sui iuris</i> :	22
3.2- <i>Affectio maritalis</i> : consentimiento continuo	23
3.3- Capacidad física:	24
3.4- Capacidad jurídica o <i>conubium</i> :.....	25
IV- OBSTÁCULOS AL NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE <i>IUSTUM MATRIMONIUM</i>: <i>INIUSTUM MATRIMONIUM</i> Y PROHIBICIONES MATRIMONIALES	27
4.1- El parentesco cognaticio natural:	27
4.2- Adopción:	29
4.3- Afinidad:	32
4.4- Tutela:	33
4.5- Impotencia: <i>spadones</i>	34
4.6- <i>Contra mandata</i> :	35

4.7- Prohibiciones establecidas por la <i>Lex Iulia de maritandis ordinibus</i> y de la <i>Lex Papia Poppaea nuptialis</i> :	35
4.8- Servicio militar:.....	37
4.9 – La <i>turbatio sanguinis</i> :.....	37
V- LA PROMESA DE MATRIMONIO: SPONSALIA	39
5.1- Las <i>sponsalia</i> como preludeo al nacimiento del <i>iustum matrimonium</i> :.....	39
5.2 – La materialización de los esponsales y modos de manifestar el consentimiento: <i>tabulae</i>	41
5.3 – Manifestación externa y publicidad de los esponsales: el <i>anulus pronubus</i>	41
5.4- Consecuencias del incumplimiento de los esponsales:	42
5.5– El cese de las esponsales:.....	43
VI – EL CONCUBINATO.....	45
6.1- El concubinato y su diferenciación con el matrimonio:	45
6.2 – El concubinato y el delito de <i>stuprum</i> : mujeres de baja condición social o mujeres <i>ingenuae et honestae</i> :	45
6.3- El concubinato como relación análoga al matrimonio:	47
VII- EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, FORMAS DE CONTRAERLO Y RITUALIDADES.....	48
7. 1- El matrimonio <i>conventio in manum</i> :	48
7. 2- Modos de adquirir la <i>manus</i> y otras ritualidades:	49
- La <i>confarreatio</i> :.....	49
- La <i>coemptio</i> :.....	51
- El <i>usus</i> :.....	52
7.3 – La <i>deductio in domum mariti</i> : elementos fácticos, religiosos y mágicos.....	52
7. 4- La <i>deductio in domum mariti</i> : elementos sociales y jurídicos	53
VIII. EL MATRIMONIO EN LA LEX IULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS Y EN LA LEX PAPIA POPPAEA	55
8.1- Contexto social y motivación de la <i>Lex Iulia de maritandis ordinibus</i> y de la <i>Lex Papia Poppaea nuptialis</i> :	55

8.2- La situación jurídica del <i>caelebs</i> :.....	56
8.3- La fecundidad como principio rector de las <i>Leges Iuliam et Papiam Poppaeam</i> :	57
8. 4- Los <i>orbi</i> : casados sin hijos.....	57
8.5- Los <i>solidi capaces</i> : personas impúberes o demasiado maduras para engendrar .	58
8.6 – Los <i>caelebs</i> y los <i>orbi</i> en la sucesión testamentaria:	59
IX- EL MATRIMONIO EN SU ESFERA PATRIMONIAL: LA DOTE Y LOS BIENES PARAFERNALES	60
9.1 – La dote: concepto y función	60
9.2- Los bienes extradotales o parafernales:	61
9.3- La restitución de la dote tras la disolución del matrimonio:.....	62
9.4 – La <i>Lex Iulia de fundo dotali</i> :.....	63
X. EL ADULTERIO Y SU REPRESIÓN	65
10.1- El <i>iudicium domesticum</i> :	65
10.2 – El adulterio en la <i>Lex Iulia de adulteris coercendis</i> :	65
10.3- Presupuestos necesarios para la existencia del adulterio:.....	66
10.4- La obligación de repudiar a la esposa adúltera a fin de evitar la acusación de lenocinio:	67
XI. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ROMANO CLÁSICO.....	69
11.1 – Divorcio y repudio: concepto y distinción:	69
11.1.1 – El <i>divortium</i> en los tiempos del emperador Octavio Augusto:.....	72
11.1.2 – El divorcio de la liberta:	73
11.2 – Otras causas de disolución del matrimonio romano clásico:	73
11.2.1- Disolución del matrimonio por cautividad:	74
11.2.2 – Disolución del matrimonio por <i>alia contingente servitute</i> :	75
11.2.3- Disolución del matrimonio por <i>deportatio</i> :.....	75
11.2.4- Disolución del matrimonio por un impedimento sobrevenido:	76
XII- CONCLUSIONES FINALES.....	77

XIII. NOTA FINAL	80
APÉNDICE - LA MATRONA ROMANA EN EL OCASO DE LA REPÚBLICA Y EL ROL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD.....	81
BIBLIOGRAFÍA	84

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la institución matrimonial en la época del Derecho Romano clásico, especialmente en tiempos del emperador Octavio Augusto, bajo cuyo imperio dicha institución se vio notablemente alterada con la promulgación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), la *Lex Iulia de adulteris coercendis* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d.C.)

Para la realización de este trabajo ha sido necesario sumergirse en el ordenamiento jurídico clásico reflejado en el Digesto de Justiniano gracias a los comentarios de jurisconsultos como Gayo, Ulpiano, Modestino, Papiniano, Paulo, Trifonino, Terencio Clemente, Calistrato, Celso y otros juristas romanos que, partiendo de las interpretaciones de los juristas que les precedieron y con la ley y la costumbre, trataron de dar respuesta a los conflictos que se les presentaron. Gracias a ellos, algunos elementos del matrimonio romano clásico han perdurado a lo largo del tiempo hasta llegar a nuestros días, perviviendo en la actualidad algunos de ellos.

Sin lugar a dudas, son muy relevantes las aportaciones de estos juristas romanos que han despertado en autores como Riccardo Astolfi, Edoardo Volterra, Salvatore Di Marzio y otros el interés por tratar de desvelar algunas lagunas y penumbras en relación a las fuentes jurídicas clásicas, todo ello partiendo de la comparación con algunos hechos históricos y literarios que hemos heredado de autores clásicos como Publio Cornelio Tácito (*Annales*) y Publio Ovidio Nasón (*Fastos*).

He heredado de mi padre el interés por el mundo clásico y en varias ocasiones he tenido oportunidad de viajar a Roma y apreciar de cerca el patrimonio histórico que de los romanos el mundo actual ha recibido. Por estas razones, me resultan familiares estos autores clásicos a los que me refiero en algunas ocasiones a lo largo de este trabajo, además del italiano que a fuer de tratarse de una lengua románica es la lengua en la que están escritas las obras de los autores más importantes en la materia y que ut supra he mencionado.

La materia que nos ocupa es compleja y la extensión de este trabajo limitada, razones por las cuales trataremos de abordar con la mayor precisión posible los elementos necesarios para el nacimiento de la situación matrimonial, los efectos personales y

patrimoniales, la disolución del vínculo matrimonial y la configuración jurídica del mismo.

En relación al nacimiento de la relación matrimonial, veremos en sentido negativo cuáles eran los elementos cuya ausencia se requería para que la unión entre dos personas pueda ser considerada matrimonio. Por otra parte, en sentido positivo, veremos cuáles eran las condiciones que debían concurrir para ello.

Desvelaremos cómo la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii* eran los principales pilares que subyacían bajo la institución matrimonial, en la mayoría de ocasiones notablemente influenciada por el patriarcado y otras instituciones del Derecho Romano como la *patria potestas* del paterfamilias o la tutela.

Veremos cómo el incremento de manumisiones, paralelo a un auge del mercado de esclavos fruto del éxito de nuevas conquistas, llevó a Augusto a encauzar sus políticas al fomento del modelo tradicional de familia, a la procreación y a poner freno a las uniones matrimoniales entre miembros de distintas clases sociales.

Todas estas materias son las que abordaremos a grandes rasgos y desde la óptica de un humilde y aún bisoño estudiante, probablemente con ciertas incorrecciones e imprecisiones propias de alguien todavía profano en esta rama del Derecho.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

En este apartado analizaremos la significación del matrimonio en las épocas arcaica y clásica, pero nos centraremos más detenidamente en el estudio de ésta última puesto que es la más tratada por los jurisconsultos cuyas citas aparecen recogidas en el Digesto.

En primer lugar, debemos distinguir el matrimonio como acto (matrimonio *in fieri*) del matrimonio como estado (matrimonio *in facto esse*). Ahora bien, cuándo hay matrimonio legítimo? Según el profesor Joan Miquel, hay *iustae nuptiae* cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que han alcanzado la pubertad y reúnen las demás condiciones legales conviven con apariencia conyugal honorable (*honor matrimonii* y *affectio maritalis*).

En segundo lugar, conviene tener en cuenta que como todo pacto, el matrimonio puede ir precedido de una situación anterior conocida como *sponsalia* como veremos en el capítulo V, aunque precisaremos aquí un poco sobre ella especialmente por lo que refiere a la manifestación del consentimiento.

En tercer lugar, juega un papel importante la manifestación del consentimiento inicial mediante la *deductio in domum mariti*, rito de origen arcaico que pervivió durante la época clásica y del cual haremos unas pinceladas en el presente capítulo, si bien lo analizaremos con mayor profundidad en el capítulo VII.

2.1- El consentimiento en los esponsales y en las nupcias

Astolfi establece que el consentimiento de los contrayentes que da lugar al matrimonio es comparable al pacto mediante el cual se constituye la hipoteca y así lo hace refiriéndose a una cita de Gayo recogida en el Digesto de Justiniano. Ahora bien, ¿qué elementos de la hipoteca pueden relacionarse con el matrimonio romano clásico? Según Gayo (s.II d.C.), la hipoteca es un negocio jurídico que puede nacer de un pacto con existencia de una causa y con independencia de forma, bastando solamente la existencia

del consentimiento de las partes que intervienen en él¹. Lo mismo sucede con el matrimonio, razón por la cual Astolfi lo relaciona con la hipoteca.

Constitúyese la hipoteca por pacto convenido, cuando alguno pacte que sus bienes estén obligados a título de hipoteca por causa de alguna obligación; y no hace al caso con qué palabras se haga, así como sucede también en las obligaciones, que se contraen por el consentimiento. Y por esto, también si se convino sin escritura que haya hipoteca, y se pudiere probar, quedará obligada la cosa sobre que conviene; porque se hacen escrituras sobre estas cosas, para que más fácilmente pueda probarse sobre ellas lo que se trató, pero también sin ellas vale lo que se trató, si tuviera prueba, así como también subsisten las nupcias, aunque los testimonios no se hayan consignado por escrito.

Los requisitos que menciona Gayo para la constitución de la hipoteca son exactamente los mismos que cita el jurisconsulto Julio Paulo (s. III d.C.) en relación a los esponsales, especialmente cuando dice que *nada importa que se interponga atestación o que alguno prometa sin escritura*². Nótese la importancia que tiene el nudo consentimiento de quienes se prometen unirse futuramente en matrimonio que Ulpiano únicamente hace referencia al nudo consentimiento de ambos³. También al celebrarse las nupcias lo esencial es el consentimiento, así lo expresa Paulo cuando dice que *las nupcias no pueden subsistir si no consintieran todos, esto es, los que se unen, y aquellos bajo cuya potestad están* (paterfamilias o tutor).

Respecto al *consensus* ya Ulpiano distingue entre el consentimiento prestado por los propios contrayentes si son *sui iuris*, o el de las personas bajo cuya *potestas* se encuentran si son *alieni iuris*. En realidad, éste último tiene el carácter de requisito propiamente dicho siendo además susceptible de interpretación y dispensa mientras que el de los contrayentes es elemento esencial sin el cual no existe el matrimonio.

¹ D. 20, 1, 4 (Gayo, *De la fórmula hipotecaria, libro único*); D. 22, 4, 4 (Gayo, *De la fórmula hipotecaria, libro único*).

² D. 23, 1, 7 (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

³ D. 23, 1, 4 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXV*)

Es decir, la característica del matrimonio en el Derecho romano desde sus inicios y hasta el siglo IV d.C. es que no está basado en ningún elemento externo o formal que le de vida sino que se configura como un estado de hecho basado en un elemento interno, la *affectio maritalis*, lo que lo distingue de otras uniones como el concubinato -del que hablaremos más adelante- y que hace que el Derecho tenga que deducir a veces la existencia o persistencia de esa voluntad de datos externos como el *honor matrimonii*, es decir, la participación de la mujer en el rango social del marido⁴ siendo la convivencia no un requisito necesario sino una mera presunción de la existencia del mismo, al igual que ocurre con otros elementos como los *sponsales*, la *deductio in domum mariti*, la *testatio* o solemne juramento ante los censores u otra autoridad de convivir con una mujer *liberorum quaerendorum causa*⁵.

Esta *affectio maritalis* lleva implícita una idea de consentimiento continuado - *consensus facit nuptias*-, de manera que el matrimonio existe mientras no haya constatación de la cesación del mismo por parte de uno o de ambos cónyuges, lo que puede hacerse libremente sin perjuicio de que aquellos repudios que fuesen contrarios a las buenas costumbres o injustificados pudieran tener alguna sanción moral por parte del censor. Esto resultará modificado a partir del siglo IV d.C., pues convertido el matrimonio en un negocio jurídico éste surgirá de un acto de voluntad inicial mientras no concurra una causa justificada para la cesación del mismo.

Por lo que concierne al segundo elemento, el *conubium*, éste era propio del mundo antiguo donde no existía un principio de igualdad de *status* jurídico de los hombres por lo que no le era concedido a cualquiera el derecho a contraer matrimonio sin más con persona del distinto sexo sino sólo con quien tuviese este *ius conubii*, requisito relativo y dinámico en el ordenamiento jurídico en función de la realidad social de cada momento.

⁴ D. 24, 1, 32, 13 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXIII*).

FALCAO, MIGUEL: *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. , Pamplona, 1973 (pp. 7 y 8).

⁵ ASTOLFI, RICCARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006 (pp. 4 y ss.).

Quisiera hacer especial mención de esta cita de Paulo puesto que no habla de “constitución” sino de “subsistencia”, una vez más encontramos una referencia indirecta a la *affectio maritalis*, es decir, de la doble naturaleza del consentimiento que se manifiesta en un primer momento en la celebración del matrimonio –si ésta tiene lugar *in fieri* y posteriormente en el matrimonio *in factum esse* siempre y cuando exista ese consentimiento duradero derivado de la *affectio maritalis*.

Estas y otras causas son las que abordaremos en el capítulo dedicado a las condiciones necesarias para la existencia de la relación matrimonial.

2.2- La configuración del matrimonio romano clásico según Herennio Modestino⁶

Dicho esto, no tenemos ninguna definición con fuerza de ley inmutable en el tiempo que estableciera entonces qué debía entenderse por matrimonio pero sí ha llegado a nuestros días una cita de Modestino según la cual: *nuptiae sunt coniuncto maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (Trad. *Las nupcias son unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano*).

- *Coniuncto maris et feminae: finalidad del matrimonio:*

En relación a la “unión del varón y de la mujer”, debemos tener en cuenta que en la época clásica el matrimonio parte de una unión caracterizada por la *affectio maritalis* y el libre consentimiento por parte de los contrayentes y, si procede, de aquellos bajo cuya potestad estén sometidos. No obstante, como todo contrato jurídico - si bien es cierto que en esa época el matrimonio no era un contrato sino un estado socialmente reconocido-, según Riccardo Astolfi éste viene acompañado de una causa que no es otra que la procreación y el cuidado de los hijos, si bien la procreación pasó en la época clásica a un segundo plano al admitirse el matrimonio entre personas de edad avanzada, sin embargo como veremos más adelante, la procreación pasa a ser uno de los intereses políticos en los tiempos de Augusto. En la misma línea coincide María Isabel Núñez

⁶ D. 23, 2, 1 (Modestino, *Reglas, libro I*)

Paz, quien asegura que el término *coniuncto* no puede entenderse en el sentido de *commixtio* o *copulatio* puesto que cabe la posibilidad que dos personas estériles (espadones no castrados) puedan contraer matrimonio (*incapaces generandi*)⁷. Núñez Paz comenta que el matrimonio se cimenta sobre dos pilares: por una parte el consentimiento y por otra la convivencia, sin embargo es cierto que a la vez hace referencia a las aportaciones de Orestano y Volterra, según los cuales el único requisito constitutivo del matrimonio es el consentimiento⁸.

- *Consortium omnis vitae:*

Por lo que refiere al *consorcio para toda la vida* es preciso destacar que ello no significa que en la época clásica el matrimonio no se pudiera disolver sino que éste se constituía con vocación de permanencia. Hay distintas interpretaciones sobre este elemento de la unión, fuentes literarias como las de Tácito en sus *Annales* nos dicen que este *consortium omnis vitae* no era propiamente un consorcio para toda la vida – como era interpretado en tiempos de Justiniano y por el Derecho canónico- sino que ello refería más bien a la “suerte común” (cosas prósperas y adversas). Asimismo se refiere Cayo Cornelio Tácito en su obra cuando narra el debate entablado en el Senado entre Cecina y Valerio Mesalino al discutir si los gobernadores provinciales debían partir a ellas con o sin la compañía de sus mujeres.

En vano vamos procurando dar otros nombres a nuestra flojedad, si la culpa de que las mujeres excedan de sus límites la tienen sólo los maridos, por lo cual sería sin justicia privar a todos del consuelo y recíproca participación en las cosas prósperas y adversas, por la bajeza de ánimo de algunos, y no menor temeridad el dejar aquel sexo naturalmente débil y flaco en poder de sus excesos y de los deseos desordenados de los otros. Si apenas con la vigilante guardia del marido vemos que se conservan sin ofensión los matrimonios, ¿qué será si por discurso de los años, casi como en forma de

⁷ NÚÑEZ PAZ, MARÍA ISABEL: *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988, (p. 25).

⁸ VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961 (p. 189).

divorcio, las desamparamos y nos olvidamos de ellas? Remédiese, pues, los excesos que se cometen en otras partes de tal manera que no nos olvidemos de los que se hacen en Roma.

Tácito, *Annales*, Libro III, 34⁹

Apréciase en el texto qué trato se daba a las mujeres aún en la época clásica al considerarlas pertenecientes al sexo débil, propensas a los excesos, condescendientes con los hombres impíos con “deseos desordenados” y algo que el marido debía custodiar.

Así pues, el matrimonio no se trata de una unión indisoluble, como pasó a ser luego con la llegada del cristianismo, sino una unión con vocación de permanencia supeditada a la voluntad de los cónyuges de permanecer o no unidos, es decir, a la *affectio maritalis*.

- ***Divini atque humani iuris communicatio:***

Por lo que respecta a la “comunicación de Derecho divino y humano” debemos precisar otra vez qué significación tiene en la concepción clásica del matrimonio. Como hemos dicho ya, el matrimonio viene caracterizado por el *consensus* (consentimiento) y la *affectio maritalis*.

El primer elemento refiere a un consentimiento matrimonial inicial que da lugar al matrimonio *in fieri*, es decir, al matrimonio todavía no consumado pues no ha tenido lugar aún la *deductio in domum mariti*. La *deductio in domum* era según Riccardo Astolfi un modo arcaico de manifestar la voluntad de contraer matrimonio, un rito mediante el cual tiene lugar el rapto de la esposa o bien la entrada de la esposa al domicilio conyugal donde cohabitará con su marido¹⁰.

El segundo elemento, refiere al consentimiento posterior al *consensus* inicial y que se manifiesta en el día a día en el matrimonio junto con el deseo de convivencia. La

⁹ TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo del Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930 (Libro III, 39).

¹⁰ Ver epígrafes 7.3 y 7.4

affectio maritalis es pues el consentimiento continuo y duradero posterior al nacimiento de la situación conyugal. Ahora bien, ¿el hecho de vivir separados supone la quiebra de esta situación? Ulpiano, hablando de la eficacia de las donaciones que más adelante trataremos, da a entender que no pues *quasi duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*¹¹. El matrimonio no obtiene su formalización en el coito entre los esposos sino en la *affectio maritalis*.

Dicho esto, ¿en qué momento nace el matrimonio? Según Ulpiano, la situación de matrimonio no nacía con la cópula carnal sino con el libre consentimiento de los contrayentes: *Si a una se le hubiere legado bajo esta condición: “ si se hubiese casado en la familia”, se considera cumplida la condición inmediatamente que fue tomada por mujer, aunque todavía no hubiere ido a la casa del marido*¹²; *porque no el concúbiteo sino el consentimiento constituye las nupcias*¹³. Ahora bien, ¿cuál es el origen de la *divini et humani iuris communicatio*? Según Volterra, ello tiene su origen en el matrimonio romano en la época arcaica, cargado de un fuerte componente religioso, bajo la forma de la *confarreatio*, ceremonia religiosa constitutiva de la *conventio in manum*¹⁴ que estudiaremos más adelante. Por esta razón, por *divini atque humani iuris communicatio*, debemos entender que los cónyuges se hacen socios en las cosas humanas y divinas y participan en los mismos cultos.

2.2- Los efectos del *ius postliminii* en la relación matrimonial:

Mediante el *ius postliminii* el ciudadano romano que conseguía huir de su cautiverio podía recuperar todos sus antiguos derechos que quedaron en suspenso mientras duró su cautividad. No obstante, recuperaba todos sus derechos excepto los concernientes al

¹¹ D. 24, 1, 32, 13 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXIII*).

¹² (*Deductio in domum mariti*).

¹³ D. 35, 1, 15 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXV*).

¹⁴ VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961 (pp. 92-95)

matrimonio y la posesión, ya que al tratarse de dos situaciones de hecho, a su regreso se iniciaba una nueva relación¹⁵.

2.3- El matrimonio y la convivencia: nacimiento de la relación matrimonial:

Hemos precisado anteriormente que el consentimiento es el elemento esencial que da lugar al nacimiento de la relación matrimonial, por lo que ni la convivencia de los cónyuges ni la *deductio in domum mariti* - de la que hablaremos más adelante en el capítulo VII – determinan el matrimonio.

El nacimiento y la extinción de la relación matrimonial fueron cuestiones especialmente estudiadas por los juristas romanos a fin de tratar sobre la validez de una donación u otros aspectos matrimoniales, ya que debemos tener en cuenta que el Derecho Romano clásico prohibía las donaciones entre cónyuges¹⁶ e incluso cuando intervenía un tercero entre ambos¹⁷.

La determinación del nacimiento de la relación matrimonial es una cuestión abordada por el jurisconsulto Escévola quien, al tratar sobre la validez de una donación efectuada con anterioridad a la *deductio in domum*, en motivo del matrimonio entre Seya y Sempronio, determina la invalidez de dicha donación si ésta fue efectuada después de haberse manifestado el consentimiento matrimonial¹⁸. No obstante, el comentario de Escévola parece contradecir lo que comenta Pomponio, al admitir que una mujer pueda casarse con un ausente mediante carta o mensajero de éste pero sin embargo, no admita que la mujer ausente pueda casarse con otro mediante carta o mensajero. La razón que alega Pomponio para dicha prohibición es que es la mujer la que es llevada a casa del marido (*deductio in domum mariti*) y no el marido a casa de la esposa¹⁹. Así pues,

¹⁵ Ver 11.2.1

¹⁶ D. 24, 1, 1, (Ulpiano, *Comentarios a Sabini, libro XXXII*); D. 24, 1, 3, 10 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*).

¹⁷ D. 24, 1, 5 pr. (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*).

¹⁸ D. 24, 2, 66 pr. (Escévola, *Digesto, libro IX*).

¹⁹ D. 23, 2, 5 (Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro IV*).

conviene aquí tener en cuenta que sólo el consentimiento determina el nacimiento de la relación matrimonial, por lo que sólo en caso de ausencia del marido era necesaria la *deductio in domum* para manifestar el consentimiento al matrimonio.

Recordemos que la sociedad romana era una sociedad en la que la mujer ocupaba un rol inferior al del varón, por lo que era inconcebible que el traslado del marido a la casa de la esposa fuera una forma válida para manifestar el consentimiento. No obstante, otras formas de manifestación del consentimiento podrían ser las mismas ceremonias nupciales.

III. CONDICIONES PARA LA EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN MATRIMONIAL: *MATRIMONIUM IN FIERI / IUSTUM MATRIMONIUM*

Analizadas las fuentes referentes a la definición del matrimonio romano, procedemos ahora a estudiar las condiciones que necesariamente deben darse para la apreciación de toda situación matrimonial. Dicho esto, el matrimonio existe cuando un hombre y una mujer libres, que tengan el *conubium*, y siempre que entre ellos no exista ningún impedimento legal, establecen una relación conyugal, con la voluntad efectiva y continua de estar unidos duraderamente en matrimonio.

Hasta ahora hemos hablado *a grosso modo* del nudo consentimiento de los cónyuges como elemento esencial para el nacimiento de la situación matrimonial, aunque conviene analizar otros elementos esenciales cuya existencia o inexistencia era necesarios para que esta situación pudiera ser reconocida socialmente como *iustum matrimonium*. Así pues, la pubertad de los contrayentes, el *conubium* y otros elementos que veremos a continuación, eran los elementos cuya preexistencia a la manifestación del consentimiento era necesaria para el encaje social del *iustum matrimonium*.

El profesor Joan Miquel se refiere al *conubium* como la capacidad jurídica de los cónyuges, la cual supone la posesión del *status libertatis* y se ciudadano romano (*cives*) o bien *latini prisci*²⁰ (antiguos latinos aliados de Roma en virtud del *foedus Cassianum* del s. V a.C.). Otra definición nos ofrece Edoardo Volterra, según el cual el *conubium* era *un requisito positivo consistente en la capacidad jurídica, reconocida por el ordenamiento, y recíproca de constituer entre ellos una relación conyugal válida*. Conviene destacar aquí la reciprocidad que Volterra exige para el nacimiento de la situación matrimonial, pues ello se manifiesta, por ejemplo, en la imposibilidad relativa al nacimiento de una relación conyugal entre un hombre libre y una esclava ya que ésta última no tenía la capacidad jurídica necesaria para ello.

Dicho esto, tal y como señala García Garrido, la consecuencia más importante del *conubium* era la atribución de la condición jurídica del padre a los hijos nacidos en el

²⁰ MIQUEL, JOAN: *Derecho Privado Romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992 (pp. 66-68).

matrimonio, el nacimiento del parentesco cognaticio y la sucesión en la condición social del progenitor²¹.

3.1- Consentimiento matrimonial inicial:

En primer lugar, conviene tener en cuenta el consentimiento, el cual se trata del elemento básicamente constitutivo del matrimonio romano. Los otros dos requisitos, capacidad física y *conubium* cumplen la función de servir de base al elemento realmente generador del matrimonio, que es el consentimiento.

Las fuentes jurídicas y literarias romanas utilizan los términos *consensus* y *affectio maritalis* para referirse al consentimiento. Ahora bien, la diferencia entre ambos términos es que el *consensus* refiere a un elemento jurídico de la relación conyugal y la *affectio maritalis* refiere a un elemento más bien ético de la misma. El término *affectio maritalis* es el más adecuado para expresar la duración y continuidad de la relación conyugal. No obstante, también cabe decir que hay autores que utilizan indistintamente los términos *consensus* y *affectio maritalis* para referirse al consentimiento.

No se persevera en el amor de los cónyuges, ya que el amor es un elemento completamente externo y cuya existencia no es necesaria para la relación conyugal, sino en el consentimiento de compartir juntos un proyecto de vida²².

3.1.1- *Consensus parentum* en las personas *alieni iuris*:

Una diferenciación de dichos términos – *consensus* y *affectio maritalis*-, utilizada por parte de la doctrina, parte de la significación del *consensus* como el consentimiento que debía otorgar el *paterfamilias* en el matrimonio de los hijos o agnados. En estos casos se hace referencia al *consensus* del *paterfamilias* que era necesario tan sólo en el momento

²¹ GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS: *Derecho Privado Romano: acciones, casos e instituciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991 (p. 301).

²² D. 35,1,15 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXV*); D. 24,1,32, 13 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXIII*).

inicial de la relación. Esta realidad, junto a la nueva concepción del consentimiento inicial que surge en la época postclásica, induce a algunos autores a marcar excesivamente la diferenciación entre *consensus* y *affectio maritalis*.

Como regla general, fue siempre necesario, tanto en el tiempo clásico como en el postclásico, el consentimiento del *paterfamilias*. Así lo expresa el jurisconsulto Paulo cuando dice que las nupcias no se pueden constituir si no consintieran los que se unen y aquellos bajo cuya potestad están²³. Ello valía aunque se tratara de segundas nupcias - en el hipotético caso de un previo divorcio- entre las mismas personas²⁴.

Tal consentimiento venía expresado en las fuentes con términos varios: *auctoritas*²⁵, *iussus*²⁶, *voluntas*²⁷, *concessio*²⁸, etc.

Esta prescripción no derivaba de la necesidad de proteger las personas *alieni iuris* del peligro de uniones no convenientes para ellos sino que se debía al interés del *paterfamilias* de que no entrasen sin su voluntad en la familia, personas que habían de ser sujetos pasivos de su *potestas* y herederos de su patrimonio. Ahora bien, este consentimiento era necesario más bien para los varones, ya que los hijos de éstos serían los que entrarían a formar parte de la familia; sin embargo, no sucedía lo mismo respecto a las hijas, cuyos hijos formarían parte de la familia a la que ellas pasaren a estar sometidas. Por esta razón, en el matrimonio de los varones *alieni iuris* era necesario un consentimiento expreso por parte del *paterfamilias* de éste, mientras que en relación a las mujeres *alieni iuris* bastaba que el *paterfamilias* no se opusiera a dicha unión²⁹, si bien así lo establece el jurisconsulto Paulo al decir que *el paterfamilias da siempre su consentimiento mientras no muestre su disenso*.

²³ D. 23, 2, 2 (Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV).

²⁴ D. 23, 2, 18 (Juliano, *Digesto*, libro XVI).

²⁵ D. 23, 2, 3 (Paulo, *Comentarios a Sabino*, libro I).

²⁶ D. 3, 2, 1;

²⁷ D. 23, 2, 18 (Juliano, *Digesto*, libro XVI); D. 23,2,35 (Papiniano, *Respuestas*, libro IV).

²⁸ D. 48, 5, 14, 2 (Escévola, *Reglas*, libro IV).

²⁹ D. 23, 1, 7, 1 (Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV).

Conviene destacar que también era requerido dicho consentimiento del *paterfamilias* para el matrimonio de los nietos, tal y como lo precisa también Paulo en otro comentario³⁰, con la excepción de que debía concurrir también con el consentimiento del padre (progenitor) aunque fuera *alieni iuris*. No obstante, dicho consentimiento pasaba a ser innecesario cuando la persona (varón) era emancipada, pues pasaba a ser una persona *sui iuris*³¹.

Ahora bien, ¿qué sucedía cuando el *paterfamilias* negaba su consentimiento o no podía darlo por no encontrarse en posesión de sus plenas facultades mentales o bien hallarse ausente o en cautividad?

Procedemos a explicar cómo se daba respuesta a la ausencia de consentimiento caso por caso.

En primer lugar, en virtud de una constitución de Septimio Severo y Antonino Caracalla y según un comentario de Marciano, cuando un *paterfamilias* negaba su consentimiento sin razón que lo justificara, se podía recurrir al procónsul o presidente de la provincia, quien obligaba al *paterfamilias* a dar su consentimiento si no ofrecía alguna justificación suficiente a su negativa³².

En segundo lugar, en relación a la ausencia de consentimiento o falta de aptitud necesaria para otorgarlo o denegarlo, no tenemos fuentes clásicas que den respuesta a esta cuestión, por lo que parte de la doctrina considera que era también de aplicación la constitución a la que hace referencia Marciano.

3.1.2- Consensus tutoris en las mujeres *sui iuris*:

Hemos dicho que con la emancipación de los hijos (varones) quedaba sin efecto el requisito de contar con el consentimiento del *paterfamilias*, pero en el caso de las mujeres *sui iuris* era necesario el consentimiento del tutor si se trataba de un matrimonio *cum manu*. Así pues, la actuación del tutor en lo que refiere a matrimonio

³⁰ D. 23, 2, 16, 1 (Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV).

³¹ D. 23, 2, 25 (Modestino, *Reglas*, libro II).

³² D. 23,2, 19 (Marciano, *Instituta*, libro XVI).

tan sólo era necesaria cuando se transmitía la *manus* de la mujer y ésta dejaba de ser *sui iuris* para pasar a estar bajo la potestad de un tercero.

3.2- *Affectio maritalis*: consentimiento continuo

En la época clásica el consentimiento se entendía como continuo, no como inicial u originador de un vínculo jurídico. De este modo, la subsistencia del matrimonio romano clásico recaía por su esencia en el consentimiento, entendido éste último como la *affectio maritalis* consistente en la persistencia de la voluntad de continuar con la relación matrimonial³³.

Ahora bien, como es obvio, la *affectio maritalis* da pie a la existencia de la relación matrimonial siempre y cuando ésta tenga su origen en el consentimiento inicial del *paterfamilias* (varón) o ausencia de disenso (mujer), en caso de personas *alieni iuris*, o bien los cónyuges así lo hubieren manifestado en un inicio o al menos no se hubieren opuesto a manifestar la apariencia pública de la relación conyugal.

Un comentario de Modestino nos expone cómo el consentimiento era el único elemento necesario para el nacimiento de la relación conyugal. Así pues, en él Modestino establece que *en el consorcio con una mujer libre no se ha de entender que hay concubinato, sino nupcias si no hubiere hecho comercio con su cuerpo*³⁴.

Dicho esto, ¿cómo cerciorarnos de que la mujer no hizo comercio con su cuerpo? Esto es una presunción, por lo que puede darse el caso que una relación tenga apariencia matrimonial y sin embargo no lo sea, como por ejemplo, el concubinato.

¿Qué elementos distinguen entonces el concubinato del matrimonio? Más adelante lo estudiaremos con mayor profundidad en un capítulo dedicado exclusivamente a ello, mas es conveniente aquí señalar una cita del jurisconsulto Papiniano en la cual trata de la revocabilidad de las donaciones hechas a una concubina. En este sentido, podían revocarse las donaciones hechas a una concubina, aun cuando a éstas le siguieran el

³³ VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961 (pp. 189-193)

³⁴ D. 23, 2, 24 (Modestino, *Reglas, libro I*).

nacimiento de una relación matrimonial con ella. No obstante, Papiniano hace referencia aquí a la posibilidad de que la relación matrimonial surgiera con anterioridad a la donación al examinar el momento *en que precedieron antes la consideración y el afecto del marido (...) comparando las personas y considerando la unión de vida, porque no son los instrumentos los que constituyen el matrimonio*³⁵.

Siguiendo con el análisis de la *affectio maritalis*, nos preguntamos lo siguiente: ¿Bastaba la desaparición de la *affectio maritalis* para disolver el matrimonio e iniciar una nueva relación matrimonial? ¿Cómo se trataba en la época clásica lo que hoy podría calificarse como un delito de bigamia?

Es preciso tener en cuenta que el matrimonio romano es ante todo monogámico, por lo que no podía nacer un nuevo matrimonio sin que se disolviera previamente el anterior. Así pues, la *affectio maritalis* con otra mujer distinta no daba lugar al nacimiento de un nuevo matrimonio si no se disolvía el primer matrimonio mediante divorcio de mutuo acuerdo o *repudium* – figuras que analizaremos con mayor detenimiento en el capítulo dedicado exclusivamente a la disolución del matrimonio romano clásico-.

3.3- Capacidad física:

Para que las mujeres pudiesen contraer matrimonio, debían tener la edad de doce años. En relación a ello es interesante la aportación de Pomponio³⁶ cuando dice que la casada menor de doce años será mujer legítima cuando haya cumplido los doce años en poder del varón. Por esta razón, conviene tener en cuenta que una niña podía ser ofrecida a un varón como futura esposa, pero la relación no podía ser considerada *iustum matrimonium* mientras la niña no cumpliera los doce años. Caso relevante es el matrimonio entre Nerón y Claudia Octavia, de 11 y 9 años respectivamente³⁷.

³⁵ D. 39, 5, 32 pr. (Papiniano, *Respuestas, libro XII*).

³⁶ D. 23, 2, 4 (Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro III*); D. 24, 1, 32, 27 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXIII*).

³⁷ TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo del Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930 (libro XII, 9).

Dicho esto, el problema surgía con los varones, para los cuales se exigía la *capacitas generandi*, aunque otras fuentes contrariamente fijan una cierta edad para la celebración del matrimonio, así pues, Modestino lo hace en un sentido negativo al no admitir ni los sponsales ni el matrimonio entre personas menores de siete años³⁸.

Así pues, en relación a la fijación de una edad correspondiente a la *capacitas generandi*, la cuestión resulta más compleja, al menos hasta que en tiempos de Justiniano se zanjó el debate sostenido entre los proculeyanos y los sabinianos sobre el momento en que el hombre alcanza la pubertad, pues mientras los primeros sostenían que el hombre alcanzaba la edad púber a los catorce años, los segundos creían necesario recurrir a la *inspectio corporum* para determinar la llegada a dicha edad.

3.4- Capacidad jurídica o *conubium*:

En relación al *conubium*, este requisito vendría a ser la capacidad jurídica requerida para poder contraer matrimonio. No obstante, no es un concepto fácil de definir, motivo por el cual ha sido y es objeto de un constante debate doctrinal.

Ahora bien, si definimos el concepto de *conubium* como el hecho de tener la capacidad jurídica necesaria para el matrimonio, ¿quiénes podemos afirmar que eran titulares del *conubium*?

El *conubium* era la capacidad jurídica matrimonial que se reconocía en relación a la otra persona con la que se pretendía formar un matrimonio, razón por la cual el hecho que la otra persona perteneciese a una clase social determinada (esclavos) obstaculizaba dicha unión, de modo que respecto a esta persona (esclavo/a) no se podía formar un matrimonio aun estando en posesión del *conubium*. Otros obstáculos lo podían ser ciertas condiciones como por ejemplo el parentesco, por cuya razón dos hermanos, ambos ciudadanos romanos, libres y púberes, no podían formar un matrimonio ya que no estaban en posesión del *conubium* el uno respecto al otro pero sí respecto a terceros.

Dicho esto, podemos afirmar que el *conubium* era un elemento relativo y bilateral en función de quienes pretendían formar un matrimonio. Así pues, antes de la *Lex*

³⁸ D. 23, 1, 14 (Modestino, *Diferencias*, libro IV).

Canuleia (445 a.C.) se decía que no había *conubium* entre un patricio y una persona de la plebe; tampoco había *conubium* entre el tutor y la pupila o entre la pupila y el hijo del tutor³⁹; como tampoco había *conubium* entre un magistrado y una mujer natural o residente del territorio donde éste desempeñaba sus funciones.

³⁹ D. 50, 17, 202 (Javoleno, *Obras póstumas de Labeón, libro VI*).

IV- OBSTÁCULOS AL NACIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE *IUSTUM MATRIMONIUM*: *INIUSTUM MATRIMONIUM* Y PROHIBICIONES MATRIMONIALES

Una vez analizados los requisitos esenciales para el nacimiento de la situación de *iustum matrimonium*, procedemos ahora a estudiar el concepto de *iniustum matrimonium* y en qué situaciones es aplicable. Dicho esto, cuando una unión matrimonial carece de uno de estos elementos esenciales, no merece la consideración de matrimonio, aunque en determinadas ocasiones puede que concurren los tres elementos pero sin embargo el matrimonio deba ser calificado de *iniustum* por contravenir otras prescripciones del Derecho romano como las que ahora veremos.

Ahora bien, ¿cuáles eran las consecuencias de un matrimonio *iniustum*? Principalmente, el *iniustum matrimonium* fue una unión no reconocida jurídicamente, por lo que al carecer de reconocimiento jurídico no producía efectos jurídicos válidos, de entre los que podemos destacar la legitimidad de los hijos y la sucesión de éstos en la condición social del padre.

Así pues, ciñiéndonos a las exigencias del Derecho romano clásico, la situación de *iustum matrimonium* debía apreciarse partiendo de la ausencia de los obstáculos legales al nacimiento de la relación conyugal que veremos a continuación. Conviene señalar que es idóneo el uso del término “obstáculos” ya que el término “impedimentos” refiere a la concepción postclásica del Derecho romano.

4.1- El parentesco cognaticio natural:

En primer lugar, es preciso analizar el concepto que de la cognación se tenía en el Derecho Romano clásico. Así pues, una cita del jurisconsulto Modestino nos dice lo siguiente:

Mas se considera que se llaman cognados, porque son como nacidos juntamente o en común, o nacidos o engendrados de uno mismo. La esencia del parentesco se entiende

*entre los romanos de dos modos; porque unos parentescos unirán por el derecho civil, y otras por el derecho natural*⁴⁰.

Modestino habla de dos tipos de cognaciones, pero ¿qué debemos entender por “parentesco de derecho natural” y “parentesco de derecho civil”?

Respecto a la cognación natural, Modestino habla de los hijos que la mujer ha parido; mientras que en relación a la cognación civil, ésta sería la derivada del vínculo de la adopción y que más adelante trataremos.

Por lo que concierne al parentesco cognaticio (natural), no estaba permitido el matrimonio entre ascendientes y descendientes, es decir, entre un padre y una hija, nieto y abuela, etc. Tampoco estaba permitido el matrimonio entre parientes consanguíneos hasta el tercer grado incluido, esto es, el matrimonio entre hermanos o el matrimonio entre tíos y sobrinos⁴¹. No obstante, encontramos raras excepciones a esta prohibición, como el matrimonio habido entre el emperador Claudio y su sobrina Agripina (Tácito,

El jurisconsulto Paulo, en una de sus citas, habla del obstáculo matrimonial que supone el parentesco cognaticio referido al ámbito servil, concretamente cuando un padre y una hija esclavos querían casarse tras haber sido manumitidos. En este sentido, Paulo alude a razones de Derecho natural y pudor a fin de garantizar que dicha unión no pueda ser considerada matrimonio y lo mismo respecto al esclavo que tras su manumisión quiere desposar a su madre, hermana o sobrina (hija de su hermana)⁴². Las mismas prohibiciones rigen en los supuestos anteriores a la manumisión, es decir, a aquellas situaciones análogas al matrimonio que por la condición social de los miembros (esclavos) merece la consideración de *contubernio*. Así pues, en relación al parentesco de afinidad – que luego trataremos-, el hijo no podía casarse con la mujer que estuvo unida en contubernio con su padre y tampoco el padre podía casarse con la nuera, unida ésta en contubernio con su hijo.

Otra cita de Gayo refiere a la prohibición de tomar por mujer a la tía paterna o materna, así como a la hermana del abuelo o de la abuela, aunque el vínculo sea de adopción y

⁴⁰ D. 38, 10, 4, 2 (Modestino, *Digesto, libro XII*).

⁴¹ IGLESIAS, JUAN: *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1979 (p.553).

⁴² D. 23, 2, 14, 2 (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

aunque la hermana del abuelo o de la abuela se hallare en el cuarto grado de consanguinidad⁴³. Ahora bien, en otra cita el jurisconsulto Gayo trata también la inexistencia de matrimonio entre ascendientes y descendientes hasta el infinito⁴⁴.

De nuevo una cita de Paulo refleja la prohibición matrimonial entre parientes consanguíneos al establecer la prohibición de tomar por esposa a la biznieta de una hermana, hecho que el mismo jurisconsulto califica de relación incestuosa⁴⁵. Dicho esto, en relación al incesto, Paulo niega expresamente el efecto jurídico relativo a la dote y establece la supresión de lo que se hubiere podido percibir⁴⁶.

Son muchas las referencias a las prohibiciones matrimoniales por razón de parentesco cognaticio. En otra cita distinta, Paulo no sólo afirma el carácter ilícito de la unión matrimonial entre ascendientes y descendientes sino que eleva la relación a delito de incesto, además de reafirmar también el carácter ilícito de las uniones entre parientes colaterales o afines, quienes son castigados levemente en caso de matrimonio público o con mayor severidad en el supuesto de matrimonio clandestino. Dicho esto, ¿por qué razón la publicidad de dichas uniones conllevaba una pena menor a que si dichas uniones hubieren sido clandestinas? Paulo entiende que quienes manifestaban públicamente dicha unión era por error, mas quienes se ocultaban él los calificaba como contumaces⁴⁷.

4.2- Adopción:

Este impedimento se daba en línea recta entre adoptante y la hija adoptiva o las hijas de los adoptados *in infinitum*⁴⁸; en tal modo que aun con la emancipación de la adoptada o de las que por causa de la adopción hubieren estado sometidas a la *potestas* del

⁴³ D. 23, 2, 17, 2 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XI*).

⁴⁴ D. 23, 2, 53 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XI*).

⁴⁵ D. 23, 2, 39 (Paulo, *Comentarios a Plaucio, libro VI*).

⁴⁶ D. 23, 2, 53 (Paulo, *Comentarios a Sabino, libro VI*).

⁴⁷ D. 23, 2, 68 (Paulo, *Comentarios al Senadoconsulto Turpiliano, libro único*).

⁴⁸ Gayo 1,59

paterfamilias, no cesaba el impedimento. Modestino lo establece expresamente en uno de sus comentarios: *El que fue dado en adopción o emancipado, conserva todas las cognaciones o afinidades que tuvo, y pierde los derechos de la agnación; pero en la familia, en la que entró por la adopción, nadie es cognado de él salvo el padre, y aquellos de quienes se hace agnado; mas nadie absolutamente es afín de él en aquella familia*⁴⁹.

Por lo que refiere a la adopción, es preciso señalar que ésta tenía los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, aun si bien es cierto era un vínculo que podía disolverse mediante la emancipación. No obstante, en ciertos supuestos determinados obstáculos perduraban pese a la emancipación del adoptado. Así pues, vemos como el jurisconsulto Paulo establece en una cita la prohibición que recae sobre el hijo adoptado posteriormente emancipado, el cual no podía tomar por esposa a la mujer del que había sido su padre debido a su condición de *madrastra*. La misma prohibición es aplicable al padre en relación a su nuera, ésta es la esposa de su hijo adoptivo ya que *en algún tiempo fue su nuera*⁵⁰. En otra cita similar, Gayo destaca el carácter ilícito derivado del hecho de tomar por mujer a la que por adopción hubiere pasado a tener la condición de hija o nieta y ello aun emancipándola posteriormente y quedando disuelta la adopción⁵¹.

El jurisconsulto Gayo comparte el criterio de Paulo al establecer que la fraternidad adquirida por la adopción impedía las nupcias mientras subsistía la misma. Ahora bien, el adoptado que posteriormente era emancipado podía desposar una mujer que estuviera adoptada por su padre y lo mismo sucedía al revés, es decir, si la adoptada era emancipada y el adoptado permanecía aún bajo la potestad del padre adoptivo de ambos⁵². La cuestión es que no podían casarse si uno de ellos no se emancipaba, por lo que bien apunta Gayo al expresar que para adoptar al yerno era necesario emancipar a la hija o bien para adoptar a la nuera era necesario emancipar al hijo⁵³.

⁴⁹ D. 38, 10, 4, 10 (Modestino, *Digesto*, libro XII).

⁵⁰ D. 23, 2, 14, 1 (Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV).

⁵¹ D. 23, 2, 55 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial*, libro XI).

⁵² D. 23, 2, 17 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial*, libro XI).

⁵³ D. 23, 2, 17, 2 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial*, libro XI).

Recordemos que los obstáculos mientras subsiste la adopción son similares a los obstáculos derivados del parentesco cognaticio, razón por la cual Gayo reitera la prohibición al adoptado de tomar por esposa a la madre de su padre adoptivo, tía materna o nieta de un hijo suyo mientras subsiste la adopción. No obstante, señala una excepción y es la disolución del vínculo adoptivo producido mediante la emancipación, hecho que convertía al adoptado en una persona ajena a la familia, razón por la cual desaparecía la relación de parentesco habida entre ellos. Pese a lo dicho aquí, conviene tener en cuenta que el parentesco adoptivo nacía en línea ascendente y descendente pero no en línea colateral, razón por la cual el jurisconsulto Ulpiano consideraba lícito el matrimonio habido entre un hombre y la hija de su hermana adoptiva al no ser ésta una pariente cognaticia⁵⁴.

4.3- Agnación:

Por lo que refiere a la agnación, debemos tener en cuenta que venía caracterizado por el vínculo jurídico que unía a todas aquellas personas que se encontraban bajo la *potestas* del *paterfamilias*. No obstante, el epicentro del parentesco agnaticio recaía sobre los varones, por quienes se transmitía el parentesco agnaticio. Así pues, nos encontramos ante un parentesco distinto al que venía dado por la consanguinidad o la afinidad, pero estrechamente relacionado con lo que hemos comentado respecto a la adopción.

La mujer casada *cum manu* con un hombre *alieni iuris* pasaba a estar bajo la *potestas* del *paterfamilias* al que estaba sometido. Del mismo modo, en el supuesto que éste fuera el padre del esposo (suegro), la esposa (nuera) pasaba a tener la consideración de hija.

⁵⁴ D. 23, 2, 12, 4 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXVI*).

4.3- Afinidad:

En relación a la afinidad, conviene tener en cuenta que dentro de ésta categoría se encuadran todos aquellos obstáculos relativos a la relación que media entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge⁵⁵.

Una definición original del concepto de afinidad nos la ofrece el jurisconsulto Modestino:

*Mas como también hay algunos derechos entre los afines ¿es acaso ajeno a este lugar tratar aunque brevemente de los afines? Afines son los cognados del marido y de la mujer, llamados así, porque por las nupcias se unen dos cognaciones que son entre sí diversas, y una se aproxima al fin de la otra cognación; porque la afinidad proviene de las nupcias*⁵⁶.

Dicho esto, no se permitía, por ejemplo, que un hijo se casara con la esposa de su padre aunque ésta no fuera su madrastra, así como tampoco la esposa del hijo podía casarse con el padre de éste independientemente de su condición de nuera⁵⁷.

Por otra parte, vemos como en algunas ocasiones – como hemos visto anteriormente en la adopción- persisten ciertos obstáculos a pesar de haber sido disuelto el vínculo jurídico. Así pues, Ulpiano refiere a la opinión de Juliano cuando cuenta que no se permitía que un hombre se casara con la hija habida de su ex mujer y otro hombre aun no siendo ésta su hijastra. No obstante, en el caso hipotético que ésta fuera considerada hijastra suya, ¿cabría la posibilidad de matrimonio con ella? Pomponio, parafraseando a Aristón, entiende que no era posible desposar a la hijastra ni a la hija de ésta⁵⁸.

Por último, nos remitimos a lo analizado anteriormente en relación a las prohibiciones matrimoniales referentes a las relaciones de *contubernio* habidas entre esclavos con carácter previo a su manumisión. A tenor de lo dicho, precisamos de nuevo que el hijo

⁵⁵ IGLESIAS, JUAN: *Derecho romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1979 (páginas 542 y 543).

⁵⁶ D. 38, 10, 4, 3 (Modestino, *Digesto*, libro XII).

⁵⁷ D. 23, 2, 12 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino*, libro XXVI).

⁵⁸ D. 23, 2, 40 (Pomponio, *Doctrina de Plaucio*, libro IV).

no podía casarse con la mujer que estuvo unida en contubernio con su padre y tampoco el padre podía casarse con la nuera, unida ésta en contubernio con su hijo.

4.4- Tutela:

Referente a la tutela, conviene señalar que según el jurisconsulto Paulo, ni el tutor ni el curador podían desposar a la mujer que tuvieran como pupila en edad adulta. No obstante, bien es cierto que podía operar la excepción mediante la cual sí podía desposarla si ello venía precedido de unas *sponsalia* pactadas con el *paterfamilias* o bien venía así estipulado en el testamento de éste último⁵⁹. Ahora bien, ¿a qué se debía la motivación de dicha prohibición? Según el jurisconsulto Calistrato (s. III d.C.) la motivación de semejante prohibición recaía principalmente en los eventuales engaños relativos a los bienes de la pupila⁶⁰.

También Modestino da fe de dicha prohibición cuando dice que el tutor no puede tomar por mujer a su pupila ni unirla en matrimonio con un hijo suyo. Ahora bien, bien es cierto que Modestino ofrece un matiz distinto a dicha prohibición al enfocarlo tanto en lo que concierne a las nupcias como a los esponsales. No obstante, otra cita de Paulo viene a establecer ese doble enfoque del que parte Modestino, concretamente viene a decir que no pueden celebrarse esponsales entre el tutor y la pupila *ya que sólo se puede prometer en derecho la que puede ser tomada por mujer*⁶¹.

Dicho esto, ambas citas de Paulo parecen un tanto contradictorias, pues en la primera se admiten los esponsales si vienen pactados con el *paterfamilias* o preestablecidos mediante disposición testamentaria, mientras que en la segunda cita niega rotundamente que entre el tutor y la pupila puedan prometerse en matrimonio.

Por último, ¿qué hay del hijo adoptivo del tutor en relación a un hipotético matrimonio con la pupila de éste? ¿Qué consideración merecería la relación conyugal si éste fuera emancipado? Paulo refiere aquí a un vacío legal en relación a los adoptados

⁵⁹ D. 23,2, 36 (Paulo, *Cuestiones, libro V*).

⁶⁰ D. 23,2, 65 (Calistrato, *Cuestiones, libro II*).

⁶¹ D. 23,2, 60, 5 (Paulo, *Comentarios a la Oración del Divino Antonio y de Cómodo, libro único*).

posteriormente emancipados, hecho del cual responsabiliza al Senado⁶². Así pues, Paulo considera en este caso que la emancipación del adoptado rompe el vínculo con la familia del adoptante, motivo por el cual el matrimonio debe ser considerado válido. Caso distinto sería si el hijo fuera biológico o no hubiera tenido lugar la emancipación, pues en este caso permanecería el vínculo con la familia del adoptante y la unión entre el adoptado y la pupila no podría merecer la consideración de *iustum matrimonium*.

4.5- Impotencia: *spadones*

Anteriormente hemos precisado que la situación de *iustum matrimonium* requiere la concurrencia de tres elementos esenciales sin los cuales el matrimonio carecería de reconocimiento jurídico y, por lo tanto, sin efectos jurídicos. Hablamos del consentimiento, de la capacidad jurídica (*conubium*) y de la capacidad física.

Por el término *spado*, el diccionario lo traduce del latín como “castrado” o “eunuco” o sencillamente “espadón”. Por lo que refiere a los espadones, Ulpiano habla de espadones castrados y espadones no castrados y lo relaciona con la dote y la acción de dote. Así pues, nos preguntamos lo siguiente: ¿En qué supuestos existía el matrimonio?

Ulpiano acepta el matrimonio entre espadón no castrado (impotente) y una mujer, en el cual existen la dote y la acción de dote. No obstante, no acepta el matrimonio de un espadón castrado, por lo que no acepta tampoco la existencia de la dote ni de la acción de dote⁶³. En relación a ello, vemos como el diccionario no ofrece una traducción exacta del término *spado* ya que la traducción que de ella hace al diccionario no corresponde de un modo fidedigno a su concepción clásica y original, ésta es la ausencia de *incapacitas generandi* por disfunción eréctil o castración.

⁶² D. 23,2, 60, 6 (Paulo, *Comentarios a la Oración del Divino Antonio y de Cómodo, libro único*).

⁶³ D. 23, 3, 39, 1 (Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro XXXIII*; D. 28, 2, 6 pr. (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro III*))

4.6- *Contra mandata*:

Tal y como precisa Paulo, esta prohibición afectaba a los magistrados y otros funcionarios que ejercían su oficio en las provincias y a los cuales se les prohibía casarse con mujeres oriundas o residentes en la provincia donde ejercían sus funciones. No obstante, se les prohibía formar un matrimonio pero no contraer los esponsales, motivo por el cual tras cesar del cargo podía contraer las nupcias con la mujer de cuyo territorio estuvo por él administrado⁶⁴.

Ahora bien, ¿qué sucedía cuando el magistrado o funcionario asumía sus funciones en un territorio concreto y se encontraba previamente vinculado mediante esponsales con una mujer oriunda del mismo? Paulo entiende que puede desposar la mujer con la que se hubiere prometido sin que devenga caduca la dote entregada⁶⁵, es decir, sin que esta pueda estar fuera de la disposición del marido.

4.7- Prohibiciones establecidas por la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y de la *Lex Papia Poppaea nuptialis*:

En cuanto a las prohibiciones establecidas por la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea nuptialis*, conviene tener en cuenta que ambas leyes, aprobadas en el 18 a.C. y el 9 d.C. respectivamente, forman un solo cuerpo jurídico que, aprobado en tiempos de Octavio Augusto, pretendía fomentar la natalidad y el modelo tradicional de familia romana ante el creciente número de manumisiones y de gentes de otras razas que adquirirían la ciudadanía romana.

Con la *Lex Iulia et Papia* – tal y como era y ha pasado a ser conocida- Augusto fijó una serie de prohibiciones matrimoniales mediante las cuales se pretendía proteger las clases altas de la mezcla con clases sociales más bajas. No procederemos a hacer un análisis extenso de estas prohibiciones ya que de ellas hablaremos más adelante en un capítulo

⁶⁴ D. 23, 2, 38 (Paulo, *Sentencias, libro II*).

⁶⁵ D. 23, 2, 38, 1 (Paulo, *Sentencias, libro II*).

íntegramente dedicado a la configuración del matrimonio en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea nuptialis*⁶⁶.

La primera de esas prohibiciones, se refería al matrimonio entre senadores, sus hijos y ulteriores descendientes hasta el tercer grado, tanto ellos como ellas⁶⁷, por una parte, y libertos, actores y prostitutas, por la otra. Otro comentario de Paulo refiere a una *Oratio* del emperador Marco Aurelio mediante la cual se preveía la nulidad de las nupcias contraídas entre un liberto y la hija de un senador⁶⁸. Si bien el contenido de esta *Oratio* no es innovador en relación a la legislación de Augusto, sí que complementa y precisa al menos el contenido de ésta.

La segunda prohibición la establecen la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* entre los ingenuos por una parte, y las personas que practican el lenocinio, o los libertos de ellas, las condenadas en juicio como adúlteras y las mujeres involucradas en “diversiones públicas”, por otra.

Como se puede advertir, no se da en modo alguno impedimento entre ingenuos y libertos en virtud de esas leyes. No obstante, sí es cierto que hasta el ocaso de la república dicho impedimento pudo existir, tal y como lo manifiesta un comentario de Celso⁶⁹. Ahora bien, si dicho impedimento existió o no antes del Principado es algo que forma parte del debate doctrinal.

Estas y otras prohibiciones matrimoniales previstas en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y en la *Lex Papia Poppaea nuptialis* son las que analizaremos más adelante con mayor profundidad.

⁶⁶ D. 23, 2, 44 (Paulo, *Comentarios a la Lex Iulia et Papia*, libro I).

⁶⁷ D.23, 2, 47 (Paulo *Comentarios a la ley Julia y Papia*, libro II); D. 23, 2, 44, 8 (Paulo, *Comentarios a la ley Julia y Papia*, libro I).

⁶⁸ D. 23,2,16, Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV

⁶⁹ D. 23, 2, 22 (Celso, *Digesto*, libro XXX).

4.8- Servicio militar:

Hay un extenso debate doctrinal en relación a la existencia de este supuesto, principalmente debido a las contradicciones entre los autores clásicos Dión Casio y Tácito⁷⁰.

Los soldados en Roma pudieron, a partir de los tiempos del emperador Augusto, mantener su matrimonio contraído antes de ser reclutados en el servicio militar y pudieron igualmente contraerlo durante él, de no ser con mujeres oriundas o domiciliadas en la provincia donde prestasen el servicio, de cuyo último caso ya hemos hablado anteriormente en el punto 4.6.

A tenor de lo dicho, es importante tener en cuenta la regla general que regía entonces, recogida por Papiniano⁷¹ según la cual *el hijo de familia, militar, no contrae matrimonio sin la voluntad de su padre*. No obstante, encontramos una excepción a la regla general, comentada por Paulo, según la cual *no se considera que los que ejercen la milicia en su patria toman contra lo mandado mujer de la misma provincia*. Dicho esto, debemos tener en cuenta que la regla general rigió hasta tiempos del emperador Septimio Severo, quien permitió a los soldados cohabitar con mujeres, fueran esposas o concubinas, durante el servicio militar.

4.9 – La *turbatio sanguinis*:

En virtud de esta causa, la viuda no podía – en época clásica- contraer matrimonio durante los diez meses siguientes a la muerte de su marido. Eso, sin embargo, hasta el año 382 d.C. pues a partir de esa fecha el impedimento paso a durar un año a contar desde la muerte del marido. Este impedimento afectaba a la viuda y no al viudo, pues la

⁷⁰ TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo de Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930 (XIV, 27).

⁷¹ D. 23,2,35, Papiniano, *Respuestas, libro VI*

razón de este impedimento era evitar la *turbatio sanguinis* o atribuir correctamente la prole en el caso de hijos póstumos al fallecimiento del padre⁷².

⁷² ASTOLFI, RICCARDO: *La Lex Iulia et Papia*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Modena, 1995 (pp. 161 y ss.).

V- LA PROMESA DE MATRIMONIO: *SPONSALIA*

5.1- Las *sponsalia* como preludio al nacimiento del *iustum matrimonium*:

En el Derecho Romano, previo al paso de contraer matrimonio, la *affectio maritalis* y la convivencia marital parten de una previa promesa recíproca de futuro matrimonio. Como sucede en la actualidad, las esponsales vendría a ser la etapa de “noviazgo” en la que la pareja libremente ha decidido dar paso al comienzo de la situación conyugal. Así pues, cada parte presentaba a la otra su *sponsio* (del latín, *spondeo, spopondi, spoliatum – prometer solemnemente*) en virtud de la antigua costumbre de prometer para sí sus futuras mujeres.

En el período clásico, los esponsales nacen del *consensus* libremente manifestado y sin formalidad alguna, al igual que el matrimonio. En época republicana, si nos atenemos a la terminología y a las fuentes literarias, encontramos que el instituto proviene de la *sponsio* mencionada, más tarde *stipulatio*, como recuerda Ulpiano⁷³, de cuya promesa derivan, según Florentino, las palabras *sponsus* y *sponsa*, para referirse a los prometidos⁷⁴.

Si la capacidad natural de quienes querían contraer matrimonio coincidía con la edad de madurez sexual, por lo que refiere a las esponsales el jurisconsulto Modestino cuenta que no había requisito de edad alguno, si bien es cierto que destaca que a partir de los siete años de edad las esponsales se hacían por una y otra persona, es decir, de modo libre⁷⁵. Otra aportación relevante la hace Ulpiano al referirse a una cuestión planteada por Juliano relativa a la validez de los esponsales contraídos antes de los doce años – edad mínima requerida a las mujeres para contraer matrimonio-; en este sentido, Ulpiano comparte la opinión de Labeón al considerar que son válidos aunque la niña haya empezado a cohabitar con el marido en calidad de casada⁷⁶.

⁷³ D. 23, 1, 2 (Ulpiano, *De los esponsales, libro único*).

⁷⁴ D. 23, 1, 3 (Florentino, *Instituta, libro III*).

⁷⁵ D. 23, 1, 14 (Modestino, *Diferencias, libro IV*).

⁷⁶ D. 23, 1, 9 (Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

Por lo que refiere a la formalización de esta promesa de matrimonio, Fritz Schulz señala que como partes intervenían el futuro esposo y la futura esposa o el respectivo *paterfamilias* en defecto de uno o de ambos futuros contrayentes⁷⁷, aunque precisa que la intervención de éste último tenía lugar con mayor frecuencia cuando se trataba de representar a la futura esposa. No obstante, entre los requisitos para constituir los sponsales no figuraba el deber de concurrencia de los futuros cónyuges, siendo necesario solamente el nudo consentimiento de ambos contrayentes. Ahora bien, Pomponio precisa un poco más sobre ello en otro comentario, en el que exige que los contrayentes tengan conocimiento de éstos o, en caso de desconocimiento, sean luego por ellos ratificados⁷⁸.

Otro comentario de Ulpiano precisa que en la constitución de los sponsales poco importaba si se hacía personalmente o presentes las partes, pudiendo intervenir en ellos un intermediario, mensajero o un tercero con capacidad suficiente como para manifestar la voluntad del sujeto representado⁷⁹.

Siguiendo con la formalización de la promesa, tampoco se requería que ésta se materializara en documento alguno, pues así lo destaca el jurisconsulto Paulo al hacer referencia únicamente al consentimiento de los contrayentes sin importar la forma, aunque también hace referencia al consentimiento tácito del padre de la futura esposa. Respecto a esto último, es notable la evolución del matrimonio en el Derecho Romano Clásico, el cual ha abandonado sus raíces arcaicas ligadas a la posesión de la *manus* de la esposa para constituir una unión libre pero en la que la mujer aún se encuentra condicionada. Dicho esto, en relación a la formalización de la promesa matrimonial, Juliano parte de la analogía al establecer el consentimiento de los contrayentes y expresamente hace referencia al consentimiento que debe prestar la hija de la familia en los sponsales⁸⁰.

⁷⁷ SCHULZ, FRITZ: *Derecho romano clásico* (Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), Ed. Bosch, Barcelona, 1960 (p. 189).

⁷⁸ D. 23, 1, 4 (Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro XVI*).

⁷⁹ D. 23, 1, 18 (Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro VI*).

⁸⁰ D. 23, 2, 11 (Juliano, *Digesto, libro XVI*).

5.2 – La materialización de los esponsales y modos de manifestar el consentimiento: *tabulae*

Era común en Roma, durante la república y el comienzo del principado, celebrar públicamente los esponsales y concluyéndolos con un banquete. Intervenían los parientes y amigos, los cuales a su vez hacían de testigos. No obstante, hemos dicho anteriormente que no se requería ninguna formalidad específica, bastando el mero consentimiento de los prometidos. Así lo expresa Paulo al no exigir atestación ni escritura⁸¹ Ahora bien, durante el principado de Augusto se propagó la costumbre de extender documentos escritos (*tabulae*) a fin de dar prueba de los esponsales. Ello no era una exigencia formal sino una mera sugerencia atendida la importancia los esponsales y la relevancia que tenía la constitución de la dote cuando se celebraban⁸².

5.3 – Manifestación externa y publicidad de los esponsales: el *anulus pronubus*

Hemos dicho que no se requería ninguna formalidad específica para que las *sponsalia* tuvieran eficacia jurídica, aunque ello no atenta contra la idea de que este acto pudiera ir acompañado de otros actos propios del *ius sacrum* y /o de la costumbre. Así pues, se podía llevar a cabo una ceremonia en la que el novio agasajaba con regalos a la novia y le entregaba un anillo simbólico.

Tanto si era un anillo de hierro bañado en oro como si era un anillo de oro auténtico parecido a las alianzas actuales, la novia debía ponérselo en el dedo en el que nosotros acostumbramos a llevar las alianzas, es decir, el dedo anular izquierdo.

La razón por la cual los romanos eligieron este dedo para llevar el anillo nos la explica Aulo Gelio, un escritor romano del siglo IV d.C con un laborioso razonamiento⁸³:

⁸¹ D. 23, 1, 7 pr. (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

⁸² ASTOLFI, RICCARDO: *Il fidanzamento nel Diritto Romano*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992 (p. 52).

⁸³ SÁNCHEZ ELVIRA, F; LLOPIS TOLEDO, L.I.: *Llatí-2*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 2009.

Cuando abrimos el cuerpo humano como lo hacen los griegos, encontramos que hay un nervio muy fino que parte del dedo anular y llega al corazón. Hemos creído conveniente conceder a este dedo el honor de llevar el anillo, preferentemente sobre los demás dedos, a causa de la estrecha conexión del lazo que lo une con el órgano principal.

Con esta relación directa entre el corazón y el anillo de las *sponsalia*, Aulo Gelio quiso señalar una serie de causas: la importancia de la ceremonia, la solemnidad del compromiso y lo más importante: la expresión voluntaria y pública que constituía la parte esencial de la realidad jurídica del matrimonio.

5.4- Consecuencias del incumplimiento de los sponsales:

Volviendo atrás, un comentario del jurisconsulto Ulpiano nos recuerda que la razón de ser de los sponsales recaía sobre el hecho de “prometer” (*spondere*), aunque en tiempos arcaicos era de mayor costumbre el hecho de “estipular” (*stipulare*).

Los sponsales que venían concluidos bajo la forma de estipulaciones o promesas recíprocas daban origen a la *actio ex sponsu*, por la cual, la parte que no cumplía sin justa causa estaba obligada a pagar a la otra una suma de dinero. Lo principal de esta institución es que los sponsales generaban la obligación de pagar una cantidad monetaria en caso de incumplimiento⁸⁴.

Así pues, los sponsales gozaban de la protección de una acción, siempre que haya voluntad seria en las declaraciones ejecutadas mediante la *sponsio*, entre la obligación de entregar a la hija o responder pecuniariamente del incumplimiento, según el criterio de equidad.

A pesar de lo dicho, conviene tener en cuenta que mientras en la época arcaica los sponsales creaban un vínculo jurídico entre los novios, posteriormente en la época clásica los sponsales pasaron a gozar de un mero valor moral y social al afirmarse el

⁸⁴ ASTOLFI, RICCARDO: *Il fidanzamento nel Diritto Romano*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992 (P. 133).

concepto clásico de matrimonio basado en la *affectio maritalis* y en el *honor matrimonii*.

El futuro marido se comprometía a casarse, mientras que el *paterfamilias* asumía dar en matrimonio a la hija; en otros términos, el padre se obligaba a entregar la hija al hombre que se convertiría en su marido si ella quería, y duraba el matrimonio mientras ella y su marido quisieran, de modo que aquel se comprometía jurídicamente a dar su consentimiento inicial para el matrimonio de la hija, indispensable para su validez, dado que la mujer era plenamente libre para constituir las nupcias y, por esa razón, las estipulaciones realizadas no creaban ningún vínculo jurídico entre el futuro marido y la futura mujer. La *actio ex sponsu* que generaban no perseguía la formación del matrimonio, sino una suma de dinero a título de indemnización en razón de que la mujer no había sido entregada por su *paterfamilias* o no había sido aceptada por el hombre. En esta misma línea argumental se interpreta un comentario de Paulo⁸⁵, para entender que en la época clásica las estipulaciones penales no venían prohibidas por el *ius civile* y en caso de incumplimiento se podía ejercitar la acción correspondiente para obtener el pago de la pena convencional, pero ésta venía paralizada por la *exceptio doli*, la cual pretendía garantizar la libertad del matrimonio⁸⁶.

A tenor de las fuentes jurídicas conservadas, los esponsales no tenían más que un valor ético, pues carecen en época clásica de un significado jurídico entre los novios, como lo demuestra que los prometidos puedan libremente romper el compromiso adquirido y celebrar el matrimonio con otras personas diferentes.

5.5– El cese de las esponsales:

Los esponsales podían disolverse por muerte de los prometidos, por el advenimiento de algún impedimento matrimonial o bien por voluntad de los prometidos. No analizaremos la disolución de los esponsales por causa de muerte, por lo que pasaremos a comentar directamente las siguientes causas.

⁸⁵ D. 45, 1, 134

⁸⁶ ASTOLFI, RICCARDO: *Il fidanzamento nel Diritto Romano*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992 (p. 134).

En relación a los impedimentos matrimoniales, obviamente son también de aplicación a los esponsales, pues carece de lógica el hecho de contraer las *sponsalia* sin que éstas puedan dar lugar a una relación matrimonial lícita. Ahora bien, Gayo menciona expresamente un impedimento que no arranca de la situación matrimonial sino de los previos esponsales. Así pues, Gayo determina la locura como impedimento en relación a los esponsales si ésta es anterior a la celebración de los esponsales, por lo que la locura sobrevenida no invalida los esponsales ya celebrados⁸⁷.

Por lo que refiere al cese de los esponsales por decisión de un tercero, esto es distinto en el caso de las mujeres *sui iuris* y en las mujeres *alieni iuris*. Así pues, la hija *alieni iuris* estaba sometida a la *potestas* del paterfamilias, razón por la cual éste tenía la facultad de disolver los esponsales mediante carta enviada al esposo. No obstante, no sucedía lo mismo respecto a la hija emancipada (*sui iuris*), cuyo matrimonio no podía disolverse por el paterfamilias ya que con su emancipación ésta dejó de estar bajo su potestad⁸⁸. Tampoco, en este último caso (mujer *sui iuris*), el tutor estaba legitimado para extinguir los esponsales ni para constituirlos⁸⁹.

⁸⁷ D. 23, 1, 8 (Gayo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXV).

⁸⁸ D. 23, 1, 10 (Ulpiano, *Disputas*, libro III).

⁸⁹ D. 23, 1, 6 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino*, libro VI).

VI – EL CONCUBINATO

6.1- El concubinato y su diferenciación con el matrimonio:

Hemos dicho anteriormente que el matrimonio romano era una unión monogámica, heterosexual, con vocación de permanencia y caracterizada por la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*. Así pues, el matrimonio romano clásico los cónyuges debían compartir un proyecto de vida común (*affectio maritalis*) y constituir una dote para dar así honorabilidad a la unión.

El concubinato, a diferencia del matrimonio, era una unión que carecía de *affectio maritalis* y *honor matrimonii*, reducida exclusivamente a la cohabitación y a la relación sexual.

Esta práctica no fue perseguida ni rechazada socialmente, por lo que experimentó una notable difusión con la aprobación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d.C.). La razón de esta expansión fueron las restricciones que dichas leyes impusieron al *ius conubii*, prohibiendo el matrimonio con determinadas mujeres (libertas, prostitutas, esclavas...) pero con las que sí se podía mantener una relación de concubinato.

6.2 – El concubinato y el delito de *stuprum*: mujeres de baja condición social o mujeres *ingenuae et honestae*:

Por otra parte, la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a.C.) estableció el delito de *stuprum*, es decir, el delito derivado de mantener relaciones carnales con una mujer *ingenuae et honestae* -mujer que haya nacido libre, sea ciudadana romana y de buena consideración social -.

El concubinato no puede apreciarse como una situación jurídica ya que en caso de existir ésta es ignorada por el Derecho privado romano. No obstante, debemos tener en cuenta que toda relación de concubinato debe ser con una mujer de baja condición social, pues de intervenir en ella una mujer *ingenuae et honestae*, se incurriría en el delito de *stuprum* (mujeres solteras, viudas...) o bien *adulterium* (casadas). De otro

modo, Ulpiano dice que cometía *stuprum* el hombre que contraía matrimonio con una mujer condenada por adulterio de conformidad con la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, sin embargo no cometía este delito en caso de concubinato con ella⁹⁰. Por esta razón, conviene no olvidar el carácter conservador y restrictivo del matrimonio presente en la legislación de Augusto y aún presente en el Digesto de Justiniano. Un caso notorio de estupro lo encontramos en los *Annales* de Tácito, al hacer referencia a la relación entre Agripina la Mayor, nieta de Augusto y esposa del emperador Claudio, y Marco Emilio Lépido⁹¹.

Las mujeres que podían mantener una relación de concubinato eran, según Marciano⁹², las libertas, las libertas ajenas, las mujeres *ingenuae* (entendemos por ello, “mujeres ingenuas pero no honestas”), las que nacieron de *oscuro linaje* y las que hicieron ganancia con su cuerpo (prostitutas, bailarinas...).

Respecto al matrimonio, no todo son diferencias, Paulo establece que una concubina debía tener al menos la edad de doce años, es decir, la misma edad que se exigía para poder contraer matrimonio⁹³.

A la concubina, aun tratándose de una mujer de dudosa reputación, se le reconocían derechos como el de separarse de su patrono en caso de ser ésta una liberta ligada a él por el concubinato. No obstante, el jurisconsulto Ulpiano precisa que debe ser privada del *ius connubii* en caso de separación contra la voluntad del patrono para unirse con otro, pues *es más honroso para el patrono tener a la liberta como concubina que como madre de familia*⁹⁴.

Ahora bien, ¿hasta cuándo el concubinato fue una relación ignorada por el ordenamiento jurídico clásico?

⁹⁰ D. 25, 7, 1, 1 (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro II*).

⁹¹ TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo de Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930 (XIV, 2).

⁹² D. 25, 7, 3 (Marciano, *Instituta, libro XII*).

⁹³ D. 25, 7, 2 (Paulo, *Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro XII*).

⁹⁴ D. 25, 7, 1 pr. (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro II*).

En el año 313 d.C. es promulgado el Edicto de Milán por el emperador Constantino y con ello el cristianismo deja de ser una religión perseguida en el Imperio y empieza su expansión. Tiempo más tarde, en el año 380 d.C. es promulgado el edicto de Tesalónica y con él el cristianismo se convierte en la religión oficial del Imperio Romano.

A pesar de la condena del concubinato por la moral cristiana de entonces, a mediados del siglo VI d.C., Justiniano, emperador del Imperio Romano de Oriente (Bizantino) elevó el concubinato al nivel de matrimonio morganático. El matrimonio morganático venía caracterizado por la unión de dos personas pertenecientes a status sociales distintos, razón por la cual los hijos de esta unión no podían heredar los títulos y condición social del progenitor perteneciente al status social más elevado.

6.3- El concubinato como relación análoga al matrimonio:

Hemos dicho que el concubinato se diferenciaba del matrimonio por el hecho de tratarse de una unión sin *affectio maritalis* ni *honor matrimonii* y por participar en ella una mujer de baja condición social. Dicho esto y teniendo en cuenta las prohibiciones que la *Lex Iulia et Papia* imponía a los senadores, quienes no podían contraer matrimonio con libertas, el concubinato fue una opción alternativa pero a la vez análoga al matrimonio que sí les permitía establecer un vínculo jurídico con mujeres de menor consideración social.

Tampoco los soldados, durante el servicio militar, podían contraer matrimonio, motivo por el cual también en este caso el concubinato fue una alternativa para quienes querían establecer un vínculo semejante al matrimonio.

VII- EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, FORMAS DE CONTRAERLO Y RITUALIDADES

7. 1- El matrimonio *conventio in manum*:

El matrimonio romano clásico constituía la unión de dos personas de distinto sexo con la intención de iniciar una convivencia marital. El matrimonio era entendido como una situación fundada en la en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*, aunque no era estrictamente necesario que ambos cónyuges cohabitaran en la misma casa pues bastaba que ambos compartieran el deseo de tener un proyecto de vida común.

En la antigüedad era frecuente que el matrimonio conllevara el sometimiento de la mujer a la *manus –conventio in manum-* del marido, en el sentido que pasaba a formar parte de la familia del esposo. No obstante, conviene precisar que no nos encontramos ante dos tipos de matrimonio *–cum manu o sine manu-* sino ante una sola figura de matrimonio cuya doble manifestación se proyecta en la posición de la mujer respecto a la del marido *– uxor in manu o sine in manum conventione uxor-*⁹⁵.

La *conventio in manum* era el negocio jurídico por el cual la mujer (*uxor*) pasaba a formar parte de la familia agnaticia del esposo (*vir*), como si se tratara de una hija suya y pasando a estar bajo la tutela del *paterfamilias* que bien podía ser el marido, por el hecho de no estar sometido a la tutela de nadie (*sui iuris*), o bien un tercero respecto el cual el marido estaba sometido (*alieni iuris*). La *manus* pasaba a ser absorbida por la *patria potestas* a la que el marido se hallaba sometido. Así pues, si el marido se hallaba sometido a la *patria potestas* de su padre, mujer casada *cum manu* pasaba a estar sometida a la *patria potestas* de su suegro por ser su esposo un hombre *alieni iuris*, de modo que los efectos de esta unión eran análogos a los de la adopción. Por otra parte, si el marido era un hombre *sui iuris* – no sometido a la *patria potestas* de nadie- , la mujer pasaba a tener la consideración de “hija” de éste.

⁹⁵ ASTOLFI, RICARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006 (p. 43).

A diferencia de lo que acontece con el matrimonio en la actualidad, el matrimonio romano clásico era una situación de hecho que no requería necesariamente celebración alguna. Ahora bien, sí que se llevaba a cabo una serie de actos que constituían el prelude de la convivencia marital. El más importante de todos estos actos era la *deductio in domum mariti*, por medio del cual el novio se llevaba a la novia a su casa acompañado de una comitiva; ello constituía una especie de rapto teatralizado aludía al episodio mitológico del rapto de las sabinas. Al llegar al umbral de la casa, la novia era entrada a cuello para que no tropezara, pues cualquier tropezón hubiera significado un mal presagio. El marido, que ya se había avanzado, la esperaba dentro y le ofrecía agua y fuego, símbolo del rescoldo de la nueva etapa fuera de la casa de sus padres.

Otro acto relevante era la constitución de la dote, del que hablaremos más adelante y el cual indicaba la existencia del *honor matrimonii*, es decir, el hecho de guardarse consideración y respeto mutuos.

No había requisitos de forma en cuanto a la iniciación de la relación marital, aunque los cónyuges podían requerir la asistencia de testigos e incluso redactar un documento si así lo deseaban. Conviene precisar que por lo que concierne a la dimensión del *Ius Civile*, el matrimonio es válido igualmente a pesar de la ausencia de testigos o de documento. Caso distinto es que el *Ius Sacrum* requiriera ciertos requisitos o formalidades - como los que a continuación analizaremos - para que el matrimonio tenga efectos en la dimensión sagrada o religiosa, pero pasan a ser irrelevantes a raíz de la separación del *Ius civile* y el *Ius sacrum*.

7. 2- Modos de adquirir la *manus* y otras ritualidades:

- *La confarreatio*:

El consentimiento de los esposos, como ya hemos destacado anteriormente en el capítulo segundo de este trabajo, es un requisito general del matrimonio que se especifica y se distingue de la voluntad de iniciar la relación matrimonial. La voluntad inicial de empezar dicha relación no requiere necesariamente un consentimiento inicial ya que como veremos más adelante lo fundamental es la existencia de un

consentimiento continuo que se irá proyectando en el día a día. A pesar de ello, la concepción preclásica del matrimonio tiene sus raíces en el *ius sacrum*. Ello requería la celebración de un sacrificio para asumir solemnemente ante los dioses las obligaciones de la relación matrimonial para dar así publicidad a dicho negocio jurídico. Así sucedía, por ejemplo, en la *confarreatio*, acto mediante el cual los novios manifestaban su voluntad de dar comienzo al estado conyugal.

Aunque en la edad preclásica la *confarreatio* era una forma de matrimonio (no categoría) reservada a los patricios e indisoluble, posteriormente el *ius sacrum* admitió la disolución del matrimonio mediante la *difarreatio*, un acto por el cual el marido repudiaba a la mujer alegando razón de culpabilidad⁹⁶.

A la voluntad de de contraer matrimonio se añadía la voluntad de continuarlo (*affectio maritalis*). Esa voluntad constante toma especial relevancia a partir del siglo II a.C. cuando el *ius sacrum* es desplazado por el Derecho laico y la *confarreatio* va cayendo en desuso.

Una de las principales ventajas de contraer matrimonio mediante *confarreatio* era que los hijos de esta unión podían acceder al flaminado (clase sacerdotal), aunque es cierto que, como acabamos de decir, esta ceremonia fue cayendo en desuso debido a que el *flamen* dejaba de estar subyugado a la *patria potestas* del *paterfamilias* para pasar a estar bajo la potestad del emperador, que a su vez era el *Pontifex Maximus*⁹⁷. Tácito da prueba del desuso de esta ceremonia al narrar las dificultades en las que se encontró Tiberio para elegir a los tres candidatos a ocupar el cargo de *Flamen Dialis* (sumo sacerdote, pues la *confarreatio* pasó a ser algo tan poco común que apenas quedaban hijos vivos de dichas uniones⁹⁸).

Ahora bien, ¿podía el matrimonio contraído mediante la *confarreatio* verse invalidado por un consentimiento inicial viciado o defectos de forma en el rito? Astofi distingue

⁹⁶ ASTOLFI, RICARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006 (p. 53).

⁹⁷ OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991 (I, 588).

⁹⁸ TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo de Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930 (IV, 16).

dos tipos de Derecho: por una parte el Derecho sagrado (*ius sacrum*) y por otra parte el Derecho profano (*ius civile*). Un defecto de forma en el rito o un consentimiento viciado de los contrayentes conllevaría la invalidez del matrimonio en la esfera sagrada, por lo que los hijos de esta unión no podrían ostentar en la esfera religiosa ningún ministerio sagrado (vestales, *flamines* de Júpiter...) y no tendría lugar la *conventio in manum*. No obstante, en la esfera civil el matrimonio venía determinado por la convivencia – esto es, el deseo de compartir un proyecto de vida común- y la *affectio maritalis*-, por lo que un matrimonio podía ser considerado válido civilmente aun siendo inválido en la esfera sagrada.

Por último, en relación a la ceremonia y a los elementos rituales, la celebración y manifestación del consentimiento tenían lugar ante la presencia del *Flamen Dialis* (sumo sacerdote de Júpiter) y del *Pontifex Maximus* – quienes presidían el acto- y diez testigos; la ceremonia en sí consistía en la ofrenda de un pan (*panis farreus*) a Júpiter⁹⁹.

- ***La coemptio:***

En la *coemptio* encontramos una doble naturaleza, por una parte civil y por otra religiosa. La forma de manifestar el consentimiento inicial – que recordamos no tiene efectos constitutivos- se manifiesta mediante la escenificación de una compraventa como sucede en la *mancipatio*, un *gestum per aes et libram*, por el cual la mujer se somete a la *manus* del marido.

En este rito, la ceremonia transcurría en presencia del *librepens*, que sostenía una balanza, y ante cinco testigos. El marido golpeaba la balanza con un trozo de cobre (*redusculum*) que posteriormente entregaba al que simbólicamente vendía la mujer: su tutor (en caso de tratarse de una mujer *sui iuris*) o *paterfamilias* (en caso de tratarse de una mujer *alieni iuris*).

A pesar de tratarse de una forma matrimonial que cayó en desuso en el ocaso de la República, lo cierto es que estuvo reconocida hasta comienzos del siglo V d.C.

⁹⁹ OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991 (VI, 15).

Dicho esto, volvemos a preguntarnos lo siguiente: ¿podía el matrimonio contraído mediante la *coemptio* verse invalidado por un consentimiento inicial viciado o defectos de forma en el rito? Si el rito por el cual se manifiesta el consentimiento inicial contiene defectos de forma, el matrimonio es válido en la esfera civil ya que lo único que importa en ella es el consentimiento diario y el deseo de compartir un proyecto de vida común. No obstante, en la dimensión sagrada la *conventio in manum* no sería válida.

- ***El usus:***

Aquí ya desaparece por completo la dimensión religiosa que hasta ahora caracterizaba en mayor (*confarreatio*) o menor medida (*coemptio*) la adquisición de la *manus* sobre la mujer. Técnicamente la adquisición de la *manus* mediante el *usus* no parte de celebración alguna ya que aquí la adquisición de la *manus* tiene lugar tras un año de convivencia marital continuada.

Esta adquisición de la *manus* deriva de la adquisición de la propiedad mediante la usucapción prevista en las XII Tablas, es decir, por medio del uso continuado durante dos años en caso de bienes inmuebles o durante un año en las demás cosas (*ceterae res*). Dicho esto, el ejercicio continuado de las facultades derivadas de la *manus* durante un año provocaba la adquisición de la misma. No obstante, ello se podía evitar si la mujer se ausentaba durante tres noches consecutivas de la casa de su esposo (*usurpatio trinocitii*)¹⁰⁰.

7.3 – La *deductio in domum mariti*: elementos fácticos, religiosos y mágicos

Una manera de dar publicidad a la iniciación de la relación matrimonial era la *deductio in domum mariti*. Este rito antiquísimo posee un significado histórico muy importante al tratarse de una manifestación pública del matrimonio mediante el cual la esposa era conducida a la casa del marido. Ahora bien, por lo que refiere a la forma en la que la

¹⁰⁰ VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961 (p. 94 y ss.)

esposa era conducida, la naturaleza del rito es compleja, de modo que encontramos elementos mágicos, religiosos, jurídicos y sociales que individualmente considerados adquieren o pierden protagonismo a lo largo del tiempo en función de la mayor o menor influencia del *ius sacrum*.

En relación a los elementos religiosos de este rito, la esposa llevaba el pelo recogido en seis trenzas¹⁰¹ e iba acompañada de dos niños impúberes, nacidos de padres aún vivos y unidos mediante matrimonio bajo la forma de *confarreatio*. Uno de estos niños portaba una antorcha hecha de espino blanco, una planta apotropaica que era encendida para rendir honores a la diosa Ceres¹⁰². Acto seguido, la esposa adornaba con vendajes de lana y ungía con óleo la puerta de la casa del esposo. Luego era entrada a la misma en brazos para evitar cualquier caída o tropiezo, pues de producirse era considerado un mal presagio para el matrimonio. Finalmente, la esposa ofrecía una ofrenda a los dioses lares del marido y éste le ofrecía el agua y el fuego (*ignis et aquae comunicatio*), elementos esenciales de toda comunidad de vida.

Otra manifestación de la *deductio in domum* es la que tiene lugar mediante la sustracción de la esposa a la madre. Todo ello pretendiendo evocar al mítico episodio del rapto de las Sabinas narrado por Tito Livio. El velo nupcial utilizado por la esposa eclipsaba el rapto en presencia de la familia y ésta era conducida a casa del esposo.

7. 4- La *deductio in domum mariti*: elementos sociales y jurídicos

Por lo que refiere a los elementos sociales de la iniciación de la convivencia marital, toma especial relevancia el uso de la fórmula *ubi tu Gaius ego Gaia* (“que seas tú Gayo y sea yo Gaya”) en el umbral de la futura residencia conyugal, a menudo la casa del marido. Ahora bien, esta fórmula tiene sus raíces en la época arcaica, vemos como ambos nombres son iguales pero en forma masculina y en forma femenina, ello

¹⁰¹ OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991 (II, 559).

¹⁰² OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991 (I, 33)

significaba – en tiempos arcaicos- que la mujer adquiriría no sólo el status social del marido y el domicilio sino también su nombre de pila en forma femenina.

Dicho esto, apreciamos cómo el marido asume una posición dominante al ser él el que acoge a la esposa al ofrecerle el agua y el fuego, símbolos de vida. Podemos apreciar que este ritual viene cargado de numerosos elementos simbólicos, aunque reiteramos de nuevo que no se requiere su observancia para la constitución de la situación marital pues únicamente están orientados a dar publicidad de su iniciación.

Por lo que concierne a la significación jurídica de la *deductio in domum* podían darse dos casos. El primero de ellos era que la *deductio in domum mariti* podía ser un acto de publicidad sucesivo a la manifestación del consentimiento inicial (por ejemplo, un acto posterior a una *confarreatio*); así lo atestigua Escévola en la época clásica¹⁰³.

El segundo caso, partía de la idea de recurrir directamente al rito de la *deductio in domum* para así manifestar el consentimiento inicial de los contrayentes sin que ello viniera precedido por ningún otro acto¹⁰⁴.

Ahora bien, conviene señalar en sendos casos que el matrimonio se formaliza desde el mismo momento en que los cónyuges dan su consentimiento a iniciar la relación matrimonial. Respecto a esto, Ulpiano da fe de ello al precisar que el matrimonio se constituye mediante el consentimiento y no mediante la consumación o concúbito¹⁰⁵.

Hasta tiempos de Augusto, rigió la libertad de forma en cuanto a la iniciación de la relación conyugal, pero la *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.) ligada a la sucesiva *Lex Iunia Norbana* (19 d.C) y probablemente la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) ligada a la *Lex Papia Poppaea nuptialis* (9 d.C.), establecieron que el matrimonio, para ser considerado válido, debía formalizarse ante la presencia de siete testigos, púberes y titulares de la ciudadanía romana. No obstante, en caso de no haberse observado este requisito, el matrimonio podía probarse a través de otras vías probatorias.

¹⁰³ D. 24, 1, 66 (Escévola, *Digesto, libro IX*).

¹⁰⁴ ASTOLFI, RICARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006 (p. 56).

¹⁰⁵ D. 35, 1, 15 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXV*).

VIII. EL MATRIMONIO EN LA LEX IULIA DE MARITANDIS ORDINIBUS Y EN LA LEX PAPIA POPPAEA

8.1- Contexto social y motivación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y de la *Lex Papia Poppaea nuptialis*:

Existe una denominación singular para designar la reglamentación que a comienzos del siglo I d.C. tuvo por objeto promocionar el matrimonio y la procreación, por diversos cauces. Nos referimos a la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y a la *Lex Papia Poppaea nuptialis*, la cual siempre tuvo una consideración unitaria a pesar de que en origen fueron dos leyes distintas.

Son diversos los motivos que indujeron a Octavio Augusto a emanar dicha legislación. Por una parte, el deseo de restaurar los *mores* es decir, las costumbres derivadas del *ius sacrum* que acompañaron la celebración de todo acto jurídico con relevancia social. Por otra parte, lograr el incremento demográfico, sanear las arcas imperiales con ingresos derivados de las sanciones ordenadas y abandonar de una vez por todas el clima de degeneración moral que castigaba la sociedad romana¹⁰⁶.

Como hemos dicho antes, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea* formaron un cuerpo jurídico que trajo consigo una reforma del sistema matrimonial y de los requisitos e impedimentos para contraerlo. De acuerdo con la legislación de Augusto, los hombres de entre 25 y 60 años de edad y las mujeres de entre los 20 y los 50, que gozaran del *ius connubi*, debían contraer matrimonio. No existía ninguna forma en especial para contraer matrimonio, tan sólo el consentimiento de los contrayentes era el elemento esencial para contraerlo, aunque los demás elementos relativos al rito (anillos, epitalamios, *deductio in domum*, festín de bodas...) eran accesorios y muy importantes en cuanto a la relevancia social y publicidad del matrimonio. Ahora bien, debían contraer matrimonio si querían huir de las sanciones que preveían la *Lex Iulia et Papia* para los *caelebes*, sin embargo es cierto que aun existir sanciones aplicables a

¹⁰⁶ OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991 (II, 138).

quienes no contrajeran matrimonio, el hijo de familia no estaba obligado a casarse como bien menciona el jurisconsulto Terencio Clemente¹⁰⁷.

Conviene también tener en cuenta que la *Lex Iulia et Papia* dispuso que todos los ingenuos, excepto los Senadores y sus hijos salvo “indulgencia” del emperador¹⁰⁸ pudieren desposar una liberta¹⁰⁹. No obstante, estaba previsto que éstos pudieran formar un matrimonio con una liberta tras perder la dignidad que les venía conferida por pertenecer al orden senatorial¹¹⁰.

Augusto trata de promover el matrimonio entre los ciudadanos de tal manera que se impulsa el matrimonio compulsorio, es decir, se trata de instaurar un sistema de sanciones para despertar en los ciudadanos el interés y deseo de contraer matrimonio y tener hijos. Así pues, todo ciudadano libre que gozara del *ius connubi* podía contraer matrimonio por sí mismo (*sui iuris*) o por intervención y consentimiento del *paterfamilias* (*alieni iuris*).

8.2- La situación jurídica del *caelebs*:

Como hemos dicho, la legislación de Augusto traía consigo duras sanciones para quienes no contrajeran matrimonio en la edad específica o quienes aun habiendo contraído matrimonio, no se tratase de un matrimonio según la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea nuptialis*, es decir, no se hubiere celebrado entre ciudadanos libres.

Ahora bien, ¿cuáles eran estas sanciones?

Los sujetos que se hallaban en las situaciones descritas *ut supra* eran considerados *caelebs* y como sanciones se encontraba con restricciones testamentarias, gubernamentales (no podía acceder a ningún cargo público), sociales y políticas

¹⁰⁷ D. 23, 2, 21 (Terencio Clemente, *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro III).

¹⁰⁸ D. 23, 2, 31 (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro VI).

¹⁰⁹ D. 23, 2, 23 (Celso, *Digesto*, libro XXX).

¹¹⁰ D. 23, 2, 27 (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro III).

(desprestigio público debido a su dudosa situación conyugal). La pérdida de ciertas porciones hereditarias (*bona caduca*) revertían en la mayoría de casos a favor del tesoro público¹¹¹.

8.3- La fecundidad como principio rector de las *Leges Iuliam et Papiam Poppaeam*:

La amenaza de sanciones – especialmente en la incapacidad sucesoria- y la promesa de ciertos beneficios – premios a la maternidad- fueron los instrumentos de los que Augusto se valió para promulgar dichas leyes. Como medida promotora de la fecundidad, Augusto aprobó el *ius liberorum*, gracias al cual una mujer nacida libre que hubiera tenido tres hijos y una liberta con cuatro, estaban libres de la tutela.

El principal objetivo de las leyes *Iuliam et Papiam* fue – como ya hemos dicho antes- la perpetuación de la familia romana y aumento de la natalidad debido. Si un *paterfamilias* establecía en su testamento que el heredero fuera *caelebs*, esta condición pasa a ser entendida como no puesta ya que nadie puede contradecir la voluntad del emperador Augusto ante la necesaria promoción de la natalidad.

8. 4- Los *orbi*: casados sin hijos

Dichas leyes imponían duras sanciones a los *caelebs* pero también a los matrimonios que no tuvieran hijos, más comúnmente conocidos en aquella época como *orbi*. Se consideraba *orbs* a la persona que, habiendo contraído matrimonio válido, no tuviera hijos¹¹². No obstante, tampoco escapaban de esta consideración quienes tan sólo eran padres de un hijo, aunque obviamente quienes no se hallaban entre las edades comprendidas para contraer matrimonio no podían entrar dentro de esta clasificación.

¹¹¹ FALCAO, MIGUEL: *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. , Pamplona, 1973 (p. 11).

¹¹² ASTOLFI, RICCARDO: *La Lex Iulia et Papia*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Modena, 1995 (p. 23).

Los *caelebs*, los *orbi*, los impotentes, los hijos de culpables de alta traición, los castrados, los de mala reputación... pasaron a formar parte de la categoría de los *incapaces*.

La sanción más relevante para quienes se encontraran dentro de este grupo era la incapacidad de adquirir por testamento de una persona que no fuera pariente consanguíneo del cual pudieran heredar *ab intestato*, es decir, la incapacidad de ser nombrado heredero, legatario o fideicomisario por parte de una persona ajena a la familia.

En relación a los *orbi*, por vía testamentaria un cónyuge sólo podía adquirir del cónyuge difunto la décima parte de la herencia, aunque hay que exceptuar el *legatum dotis* y la asignación por usufructo que puede llegar hasta un tercio del total. Ahora bien, si el cónyuge *superstite* tenía hijos de otro matrimonio, su situación mejoraba ya que podía adquirir una décima parte más de la herencia por cada hijo que tuviera. En el caso de hijos premuertos, si vivieron al menos nueve días, el cónyuge *superstite* tenía derecho a adquirir una tercera parte de la herencia por cada hijo premuerto.

8.5- Los *solidi capaces*: personas impúberes o demasiado maduras para engendrar

Aún deberíamos hablar de un grupo intermedio, el de los *solidi capaces*, formado por aquellas personas que adquieren la capacidad para recibir la herencia, porque por alguna razón se les ha excluido del ámbito de aplicación de estos duros castigos sucesorios que imponía la ley. Dentro de este grupo encontramos aquellas personas que se encuentran en una edad demasiado temprana para contraer matrimonio o procrear y aquellas personas que se encuentran en edad tan avanzada que no pueden engendrar. Tanto la extrema juventud como la extrema madurez llevaban aparejada la exclusión de la categoría de *caelibes* y *orbi*, adquiriendo en consecuencia la preceptiva *solidi capacitas* para suceder.

Dicho esto, era necesario excluir a estas personas de las sanciones previstas en la *Lex Iulia et Papia* debido a que el propio *ius civile* les prohibía el matrimonio por su corta o avanzada edad. Ello nos conduce a señalar lo que dice Ulpiano sobre el *iustum*

matrimonium: “es *iustum matrimonium* aquél en el que el varón es púber y la hembra fértil¹¹³.”

Dentro del matrimonio, se entendía que el esposo podía ser *solidi capax* respecto de su cónyuge, incluso en defecto de un hijo común hasta la edad de 25 o 20 años según fuera hombre o mujer. Dicho esto, entre los cónyuges no se produce la condición de *orbi* hasta pasada esa frontera en la edad.

8.6 – Los *caelebs* y los *orbi* en la sucesión testamentaria:

Los bienes que no podían ser adquiridos por los herederos o legatarios por ausencia de algún requisito legal se consideraban bienes caducos (*bona caduca*) y se ofrecían a los demás herederos y/o legatarios que sí cumplieran con los requisitos legales de las leyes *Iuliam et Papiam*; de no haber más herederos o legatarios, éstos bienes pasaban a pertenecer al erario.

Así pues, para asegurarse que dichas exigencias legales se llevaban a cabo, Augusto creó un sistema de delaciones que premiaba con *bona caduca* a quienes denunciaban que algún heredero o legatario estaba incapacitado para adquirir bienes de la herencia.

¹¹³ Ulpiano 5, 2

IX- EL MATRIMONIO EN SU ESFERA PATRIMONIAL: LA DOTE Y LOS BIENES PARAFERNALES

9.1 – La dote: concepto y función

En relación a la dote, ésta estaba constituida por un conjunto de bienes que la mujer, u otra persona por ella, entregaba al marido en propiedad¹¹⁴. La mujer en la sociedad romana nacía para el matrimonio y por ello debía contribuir a él no sólo con su aportación personal, sino también económica; en este sentido, la dote se configuró desde sus orígenes como una contribución a las cargas del matrimonio¹¹⁵ pero también como una garantía patrimonial de la mujer en caso de disolución del matrimonio.

En principio, no existió la obligación legal de dotar, pues la única fuerza y valor real de la dote venían dados por la costumbre. Se trataba simplemente de una cuestión de dignidad familiar, de que la hija no se sintiera humillada en la casa del marido¹¹⁶.

En la época republicana y especialmente durante el principado, se atenúan considerablemente los principios que habían configurado la estructura eminentemente patriarcal y marital propia de la época arcaica. Así pues, el Derecho romano clásico da una nueva configuración a la dote, en el sentido que la propiedad de la dote la tiene el marido pero la mujer se convierte en acreedora del mismo en caso de disolución del matrimonio¹¹⁷. La dote, como bien menciona Javoleno, podía pactarse antes o después de las nupcias¹¹⁸ y constituía un signo de *honor matrimonii*.

¹¹⁴ D. 23, 3, 1 (Paulo, *Comentarios a Sabino, libro XIV*).

¹¹⁵ D. 23, 3, 56 pr. (Paulo, *Comentarios a Plaucio, libro VI*).

¹¹⁶ ASTOLFI, RICARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006 (p. 221).

¹¹⁷ D'ORS, ÁLVARO: *Derecho privado romano*, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004 (p. p. 295-296).

¹¹⁸ D. 23, 4, pr (Javoleno, *Doctrina de Cassio, libro IV*).

Un comentario de Modestino nos muestra interés de distinguir la dote del peculio, en cuanto ésta estaba formada por todos los bienes que el padre había entregado a la hija y no le retiraba al contraer matrimonio¹¹⁹.

Cuando la hija salía de la potestad paterna, dejaba de tener un peculio y los bienes que habían formado parte de éste se convertían en bienes propios y extradotales; de este modo, si la hija era emancipada y el padre no le retiraba expresamente el peculio, se consideraba que le hacía donación de él.

Merecen especial atención las limitaciones a los poderes de gestión del marido, como las que veremos a continuación en relación al fundo dotal. La *Lex Iulia de maritandis ordinibus* prohibió al marido manumitir el esclavo dotal sin la voluntad de la mujer y atribuyó a la mujer el derecho a exigir el dinero que ella deseara en concepto del esclavo que indebidamente fuera manumitido por el esposo para convertirse en liberto suyo¹²⁰. No obstante, también era posible que la mujer donara un esclavo dotal a su marido para que éste lo manumitiera, si bien así lo expresa Paulo¹²¹

Una vez constituida la dote, ésta pasa a estar bajo la disposición del marido, en época clásica en propiedad y en tiempos de Justiniano en usufructo. No obstante, los bienes dotales regresan a la disposición exclusiva de la esposa una vez disuelto el matrimonio mediante la *actio rei uxoriae*¹²².

9.2- Los bienes extradotales o parafernales:

Los bienes extradotales o parafernales han planteado algunos problemas tal y como lo expresa el jurisconsulto Ulpiano, pues la misma palabra “parafernales” parece ser fruto de una interpolación del griego¹²³.

¹¹⁹ D. 23, 2, 24 (Modestino, *Reglas, libro I*)

¹²⁰ D. 48, 10, 14, 2 (Paulo, *Quaestiones, libro 22*).

¹²¹ D. 24, 3, 63 (Paulo, *Comentarios a la Lex Iulia et Papia, libro II*).

¹²² ASTOLFI, RICCARDO: *La Lex Iulia et Papia*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Modena, 1995 (p. 157 y ss.).

¹²³ D. 23, 3, 9, 3 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXI*).

No existe una concepción muy definida de los bienes extradotales ya que los autores han venido definiéndolos de una forma puramente negativa: los que no son dote. Concretamente se trataba de bienes de uso privativo de la mujer, la cual se consideraba propietaria de ellos. La finalidad de los bienes extradotales parece concretarse cuando se sintió la necesidad de proteger el patrimonio de la mujer, facilitando a ésta la separación de sus bienes de uso del patrimonio familiar en caso de disolución del matrimonio.

Se va liberalizando poco a poco a la mujer en la esfera patrimonial. Así pues, la mujer pasó a disponer de su patrimonio cada vez con mayor independencia.

9.3- La restitución de la dote tras la disolución del matrimonio:

Disuelto el matrimonio, la mujer disponía de la *actio rei uxoriae*, a través de la cual la mujer podía exigir la restitución del patrimonio entregado al marido en concepto de dote y respecto el cual el marido era propietario. Así pues, la mujer no exigía al marido la restitución de la dote en calidad de propietaria sino en calidad de acreedora, teniendo su crédito una posición privilegiada en relación a los demás acreedores del marido. Javoleno precisa que los pactos que se hacían sobre la devolución de la dote debían hacerse entre todos los que pudieran exigir su restitución y aquellos a quienes se pudiera exigir la restitución. Todo ello en función del tipo de personas ante las que nos encontremos (*sui iuris / alieni iuris*)¹²⁴.

Juliano precisa un poco más sobre la restitución de la dote al decir que durante el matrimonio no se puede convenir entre marido y mujer la devolución de la dote, sino únicamente después del divorcio si hubiere habido justa causa para tal convención¹²⁵.

Por lo que refiere a los efectos de la *actio rei uxoriae*, el marido debía devolver la dote a su esposa pero no podía su patrimonio no podía verse afectado de acuerdo con el

¹²⁴ D. 23, 4, 1, 1 (Javoleno, *Doctrina de Cassio, libro IV*).

¹²⁵ D. 23, 4, 18 (*Digesto, libro XVIII*).

*beneficium competentiae*¹²⁶, de modo que el marido podía deducir de la dote ciertos gastos familiares como los que veremos a continuación.

En relación a los hijos, si el matrimonio se disolvía muerte de la mujer, tenía derecho el marido a retener una quinta parte de la dote por hijo habido (*retentio propter liberos*); si por el contrario el matrimonio se disolvía por divorcio por culpa de la mujer o de su *paterfamilias*, el marido podía retener una sexta parte de la dote por hijo habido sin que ello pudiera superar el límite de tres sextas partes independientemente del número de hijos.

Por lo que refiere a actos inmorales, el esposo tenía el derecho a retener una parte de la dote si la mujer incurría en alguna inmoralidad (*retentio propter mores*) como el adulterio, la cual era calificada de grave. La justificación recaía en la preservación de las buenas costumbres, por cuya razón una restricción pública no podía ser suprimida por un pacto privado¹²⁷. Así pues, tenía derecho el marido a retener una sexta parte de la dote o una octava parte si la mujer incurría en alguna conducta inmoral grave o leve respectivamente.

También los gastos de conservación de los bienes entregados en concepto de dote se debían deducir de la misma en caso de restitución, siempre y cuando éstos hubieren sido necesarios (*retentio propter impensas*)¹²⁸.

Por último, también tenía derecho el marido a retener de la dote el valor equivalente a los bienes que le hubiere podido sustraer la mujer (*retentio propter res amotas*).

9.4 – La *Lex Iulia de fundo dotali*:

La dote se constituía antes del matrimonio y durante los esponsales, de modo que los esponsales y la constitución de la dote se fusionaban en un mismo acto. Dicho esto, la dote podía tener por

¹²⁶ IGLESIAS, JUAN: *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Esplugues de Llobregat, 1979 (p. 573).

¹²⁷ D. 23, 4, 5 (Paulo, *Comentarios a Sabino, libro VII*).

¹²⁸ D. 25, 1, 1 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXVI*).

objeto un fundo y el adquirente del fundo era el prometido, de modo que se convertía en su propietario.

En relación al fundo dotal, el marido no podía enajenarlo¹²⁹ ni crear en él cualquier tipo de servidumbre sin el consentimiento expreso o tácito de la esposa¹³⁰. Ahora bien, una interpretación literal de un comentario de Gayo y de la que es partidario Astolfi, extiende también esta prohibición a un momento previo al nacimiento de la situación matrimonial, es decir, a los esponsales¹³¹.

Durante los esponsales, para hacer entrega del fundo, quien constituía la dote debía hacer uso de la *mancipatio* ya que se trataba de una *res mancipi*. Ahora bien, conviene tener en cuenta que según Astolfi el prometido se convertía en propietario del fundo por su uso continuado (*usucapio pro dote*) y éste podía tener lugar después del matrimonio o bien después de los esponsales, ya que los esponsales permitían que el prometido pudiese convertirse en propietario del fundo dotal sin haberse contraído aún el matrimonio.

¿Qué sucedía si finalmente no se cumplía la promesa de matrimonio o bien se disolvía el matrimonio? El marido o prometido debía restituir la dote a la esposa o prometida, ya que se podía convertir en propietario pero a título de dote. Por una parte, la prometida disponía para ello del *privilegium exigendi inter personales actiones*, pero no disponía de la acción reivindicatoria ya que ella no era la propietaria del fundo dotal sino acreedora del mismo. Por otra parte, la esposa disponía de la *actio rei uxoriae*, cuyos efectos eran los mismos que los del *privilegium exigendi inter personales actiones* de la prometida.

¹²⁹ D. 23, 5, 3 (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXVI*).

¹³⁰ D. 23, 5, 6 (Ulpiano, *De los adulterios, libro V*).

ASTOLFI, RICCARDO: *Il fidanzamento nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992 (p. 127).

¹³¹ D. 23, 5, 13, 2 (Ulpiano, *De los adulterios, libro V*).

X. EL ADULTERIO Y SU REPRESIÓN

10.1- El *iudicium domesticum*:

Ya desde tiempos arcaicos el adulterio fue causa de represión para aquella mujer que engañaba a su marido con otro hombre, el cual también era condenado en virtud de la *Lex Iulia de adulteris coercendis*. Durante estos tiempos, la mujer *in potestate* o *in manu* estaba sometida al *iudicium domesticum*, es decir, era ajusticiada en el mismo seno de la familia, por lo que fácilmente podemos imaginar la severidad y la gravedad de las sanciones impuestas.

Ahora bien, a medida que fueron decreciendo los matrimonios *cum manu*, el ámbito de aplicación de los juicios domésticos quedó notablemente limitado y al mismo tiempo, pero con un efecto paralelamente contrario, el clima de degeneración moral, por lo que las costumbres inmorales pasaron a cobrar mayor permisividad¹³².

10.2 – El adulterio en la *Lex Iulia de adulteris coercendis*:

Esta ley fue promulgada a instancias de Augusto con el objeto de regenerar las costumbres, de incrementar el número de matrimonios, así como el hacer que estos fueran prolíficos y reinstaurar los *mores* tradicionales y familiares, pero si las otras ya representan una gran injerencia en el ámbito familiar regulando todos los aspectos del matrimonio, entre otros temas familiares, esta injerencia se agrava si cabe con la *Lex Iulia de adulteris coercendis*.

La *Lex Iulia de adulteris coercendis* representa el complemento ideal de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* a fin de conseguir un mayor número de matrimonios. No podemos determinar si se trata de una ley singular o bien forma parte de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* puesto que ambas son del mismo año (18 a.C.) No obstante, la estudiaremos aquí como una ley singular.

¹³² FALCAO, MIGUEL: *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. , Pamplona, 1973 (p. 37).

En relación a la calificación del adulterio, la ley incluía en este concepto, no sólo las relaciones extramatrimoniales propiamente dichas, sino también aquellas mantenidas al margen de las buenas costumbres como el *stuprum*¹³³.

El *adulterium* en su sentido estricto, debería referirse solamente a la violación de la fe conyugal, mientras *stuprum* indicaría cualquier otra relación sexual ilícita¹³⁴. No obstante, en las fuentes, a pesar de la delimitación legal que del adulterio se hace¹³⁵, también se reconoce en el mismo fragmento la imprecisión en la utilización del término adecuado a las características de cada relación, llegando a comprender bajo la denominación del adulterio, como hemos dicho, relaciones con mujeres no unidas *iustae nuptiae*. Ahora bien, este cambio está relacionado con la *accusatio iure extranei* libre a todos, que se podía intentar tanto para el adulterio como para el *stuprum*, mientras que por lo que se refiere a la *accusatio iure mariti*, no era posible en la época clásica su ejercicio más que en el sentido técnico, es decir, para la relación extramatrimonial con la mujer unida, en el momento de la comisión del crimen, en *iustae nuptiae* y la cual podía ser ejercitada por el marido o bien por el *paterfamilias* de la adúltera.

10.3- Presupuestos necesarios para la existencia del adulterio:

El primer presupuesto para la existencia del adulterio era que éste se cometiera en coexistencia con un matrimonio legítimo de la mujer adúltera. Era la cualidad de *nupta* de la mujer, que mantenía relaciones punibles, la que atribuía a esas relaciones la calificación de relaciones adúlteras ya que la misma circunstancia en el varón no daba lugar por sí misma a este crimen, sino que aquel sólo era contemplado en la ley en su consideración de cómplice o coautor – con independencia de que estuviera casado o *caelebs*- o bien como encubridor, por acto u omisión, de las relaciones punibles.

Esta circunstancia por su evidencia, resulta incuestionable, pero no por menos evidente es menos determinante otro presupuesto para que pueda hablarse de adulterio. Se trata

¹³³ D. 48, 5, 14 (Escévola, *Reglas, libro IV*).

¹³⁴ D. 48, 5, 35 (Modestino, *Reglas, libro VIII*).

¹³⁵ D. 48, 5, 6, 1 (Papiniano, *De los adulterios, libro I*):

del elemento *dolus malus* que en definitiva, era el elemento común a tener en cuenta por el ordenamiento jurídico romano en cualquier acto punible.

De cualquier forma, por lo que al adulterio concierne, esta exigencia del dolo venía expresamente en el Título que el Digesto dedica a la *Lex Iulia de adulteris coercendis*.

Otro presupuesto era la voluntariedad en la comisión del crimen. Así como la apreciación del dolo hay que referirla al varón, cómplice en el adulterio, por cuanto no es factible considerar de falta de conocimiento necesario en la circunstancia del matrimonio de la mujer, ya que es de ella de quien se predica la condición de *nupta*, el elemento de la voluntariedad, para la efectiva realización del adulterio, hay que referirlo especialmente a la mujer. Son diversas las fuentes que excluyen la calificación de adulterio en aquella relación que una mujer casada ha tenido con persona distinta de su marido, cuando ha concurrido en el acto la violencia¹³⁶.

10.4- La obligación de repudiar a la esposa adúltera a fin de evitar la acusación de lenocinio:

El marido que era engañado con otro por su mujer estaba obligado a divorciarse de ella cuando el adulterio es conocido.

La *Lex de adulteris coercendis* para la represión de los adulterios y otras relaciones ilícitas prescribía el divorcio en determinadas circunstancias y la razón de esta imposición, que atenta gravemente contra la individualidad y la libertad imperante hasta entonces, se ve justificada por la imposibilidad de acusar a la mujer de adulterio mientras que perdura el matrimonio contra el que fue cometido¹³⁷. Ello supondría la impunidad total de los adúlteros mientras se dieran las mismas circunstancias, es decir, la existencia del matrimonio en constancia del cual se cometió el acto, si no quedara el marido expuesto a su vez a la acusación de un crimen que, en cuanto a las penas derivadas del mismo, es semejante al adulterio, esto es, el lenocinio¹³⁸.

¹³⁶ D. 48, 5, 40 (Paulo, *Respuestas, libro XIX*) ; D. 48, 5, 14 (Escévola, *Reglas, libro IV*).

¹³⁷ D. 48, 5, 12 (Ulpiano, *De los adulterios, libro I*).

¹³⁸ D. 48, 5, 27 (Ulpiano, *De los adulterios, libro III*).

Es constante en las fuentes el principio de que el marido de la adúltera que retiene a ésta en el mismo matrimonio puede ser acusado del crimen de lenocinio si no procede a repudiar a la misma. Hay dos cuestiones relevantes en relación a esta obligación de divorciarse que recae sobre el esposo engañado si no quiere incurrir en el delito de lenocinio: por una parte, deben existir las circunstancias legales que den pie a la situación de adulterio; por otra parte, el marido deberá elegir un modo fehaciente de repudio a fin de garantizar la suficiente publicidad del mismo si no quiere incurrir en el delito de lenocinio¹³⁹.

Observamos una cita de Ulpiano recogida en el Digesto¹⁴⁰ que hace referencia a dos supuestos en los cuales el marido sería reo de lenocinio. El primero de ellos, si dejaba libre al cómplice de la mujer en caso de adulterio flagrante; el segundo de ellos, si no repudiaba a su esposa.

¹³⁹ D. 24, 2, 9 (Paulo, *De los adulterios, libro II*).

¹⁴⁰ D. 48, 5, 20 (Papiniano, *De los adulterios, libro I*).

XI. LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ROMANO CLÁSICO

Al igual que sucede en la actualidad, el matrimonio romano clásico era una unión monogámica, heterosexual y con vocación de permanencia. Este último elemento no conllevaba necesariamente la indisolubilidad del mismo, como sucedió con la llegada del cristianismo en Europa. Ahora bien, ¿cuáles eran las causas que originaban la disolución del matrimonio en tiempos clásicos?

Un breve comentario de Paulo establece que *el matrimonio se disuelve por el divorcio, por la muerte, por el cautiverio o por otra servidumbre que sobrevenga a cualquiera de los cónyuges*¹⁴¹.

Estas y otras causas son las que trataremos seguidamente en el presente capítulo.

11.1 – Divorcio y repudio: concepto y distinción:

El matrimonio, entre los romanos, era un acto referido por completo al orden privado. Ninguna autoridad intervenía en su celebración ni hacía falta solemnidad alguna. Simplemente el consentimiento recíproco entre los contrayentes producía el matrimonio.

Paralelamente a ello, el divorcio se presentaba con el mismo carácter privado, para el que bastaba la voluntad unilateral, en los primeros tiempos, con relación al marido, y después la decisión de ambos cónyuges; pero sin que fuese tampoco necesaria la presencia de ningún funcionario público.

El matrimonio romano en la época clásica se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, bien por divorcio o bien por alguna de las otras causas que veremos a continuación. Respecto a esto último, Ruíz Fernández se sirve de una cita del poeta Virgilio para explicar el significado fáctico de este término¹⁴²:

¹⁴¹ D. 24, 2, 1 (Paulo, *Comentarios al Edicto*, XXXV).

¹⁴² RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO: *El divorcio en Roma*, Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992 (p. 23)

Obiciunt equites sese ad diuortia nota hinc atque hinc omnemque abitum custode coronant.

Ahora bien, en relación al significado jurídico, el término *divortium* supone la ruptura del vínculo matrimonial derivada de la cesación de la voluntad por parte de uno de los cónyuges, poniendo fin así a la *affectio maritalis* necesaria para poder apreciar la existencia de la situación matrimonial. No obstante, pese al eterno debate doctrinal, el divorcio según algunos intérpretes refiere a la cesación de la situación matrimonial por mutuo acuerdo de los cónyuges, aunque es cierto que otros autores establecen dos subcategorías del divorcio al hablar indistintamente del divorcio bilateral (*divortium*) y del divorcio unilateral (*repudium*).

La voluntad de cese de la *affectio maritalis* debe ir acompañada del elemento de la perpetuidad, es decir, no se admiten aquellas situaciones de divorcio que tienen lugar durante un plazo determinado puesto que el divorcio requiere la perpetua separación de los cónyuges. Así lo expresa el jurisconsulto Paulo al hablar de aquellos actos o declaraciones efectuados *en el calor de la ira*, los cuales no son considerados válidos si no van acompañados del elemento de la perpetuidad¹⁴³.

Por lo que refiere al *repudium*, bastaba la notificación fehaciente del marido a la esposa, pero en relación al *divortium*, no existía ningún requerimiento de forma ni manifestación expresa para disolver el matrimonio, de modo que cualquier acción que públicamente diera a conocer el cese de la *affectio maritalis* era suficiente para que la disolución del matrimonio tuviera lugar (por ejemplo, mediante la convivencia del marido con otra mujer libre e ingenua)¹⁴⁴. El divorcio no precisaba ningún requisito de forma ya que la condición fundamental era el cese de la *affectio maritalis*, sin embargo, cuenta Papiniano que el arrepentimiento por parte de quien envió demanda de divorcio no disuelve el matrimonio salvo si el receptor de la misma decide disolverlo una vez conocido el arrepentimiento de su cónyuge¹⁴⁵.

¹⁴³ D. 24, 2, 3 (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

¹⁴⁴ C. GÓMEZ RUIZ: *El divorcio y las leyes augusteas*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987 (pp. 21 y ss.).

¹⁴⁵ D. 24, 2, 7 (Papiniano, *De los adulterios, libro I*).

Etimológicamente el término *divortium* refiere a una bifurcación en la vida común de los cónyuges y así lo expresa Gayo cuando dice que la disolución del matrimonio por voluntad de los cónyuges recibe el nombre de *divortium* puesto que *van a partes diversas los que disuelven el matrimonio*¹⁴⁶. Así pues, nosotros hablaremos del *divortium* y del *repudium* como si se trataran de categorías distintas puesto que siguiendo lo que dice Gayo, Paulo hace esta misma distinción al admitir el repudio de un matrimonio futuro¹⁴⁷, por lo que *stricto sensu* no se puede considerar el *repudium* exclusivamente como la voluntad unilateral de una situación matrimonial existente. También Modestino hace esta distinción al hablar del divorcio entre marido y mujer por mutuo acuerdo y del repudio de la esposa por voluntad unilateral¹⁴⁸.

En base a los mismos argumentos de Paulo, también Florentino dice que el *repudium* puede aplicarse a los que se han prometido los esponsales, cuya disolución no puede venir acompañada de divorcio puesto que no ha tenido lugar aún el nacimiento de la situación matrimonial¹⁴⁹. Ahora bien, Florentino no usa el término *repudium* sino el de *renuntiationem*, aunque ambos términos conllevan el hecho de renunciar a una situación jurídica. No obstante, Ulpiano utiliza el término *repudium* únicamente cuando el divorcio se produce a instancias del marido sin mediar acuerdo y *divortium* cuando tiene lugar por deseo de la mujer o de mutuo acuerdo¹⁵⁰. A tales efectos, esta doble categoría surgió cuando la disolución del matrimonio dejó de ser exclusivamente una potestad del marido. En cuanto a términos sintácticos se refiere, Ruíz Fernández hace una precisión: el divorcio se “hace” (*divortium facere*) y el repudio se “envía” (*repudium mittere*)¹⁵¹.

¹⁴⁶ D. 24, 2, 2 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XI*).

¹⁴⁷ D. 50, 16, 191 (Paulo, *Comentarios al Edicto, libro XXXV*).

¹⁴⁸ D. 50, 16, 101.1 (Modestino, *Diferencias, libro IX*).

¹⁴⁹ D. 23, 1, 1 (Ulpiano, *Comentarios a Sabino, libro XXXII*).

¹⁵⁰ D. 40, 9, 14, 2 (Ulpiano, *De los adulterios, libro IV*).

¹⁵¹ RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO: *El divorcio en Roma*, Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992 (p. 26)

11.1.1 – El *divortium* en los tiempos del emperador Octavio Augusto:

Como hemos comentado anteriormente, la actividad legislativa de Augusto comprendió especialmente el fomento de la natalidad y la divulgación del modelo tradicional de familia romana. La razón de dichas medidas recayó en el aumento de extranjeros que adquirirían la ciudadanía romana y al creciente número de manumisiones paralelo a un incremento del mercado de esclavos fruto de las exitosas conquistas de Oriente. Así pues, conviene recapitular y recordar lo que hemos comentado en el capítulo dedicado al matrimonio en la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y en la *Lex Papia Poppaea nuptialis*.

Ahora bien, el divorcio estuvo presente en la sociedad romana ya antes de tiempos de Augusto, por lo que se hizo común un concreto modo de manifestar el divorcio y que aparece recogido por el jurisconsulto Gayo: - *ten para ti tus cosas- o – cuídate de tus cosas-*¹⁵². No obstante, no se puede negar, sí que tales palabras fuesen de uso corriente; pero los autores sostienen comúnmente que ninguna de tales fórmulas era necesaria para la validez del divorcio.

Más tarde, Augusto fijó una forma de divorcio unilateral que se concretaba en la presencia de siete testigos, un liberto y los cónyuges quienes se divorciaban¹⁵³. Ahora bien, ¿realmente era necesario el uso de esta forma para que el divorcio pudiera ser considerado válido? Volterra y Di Marzio entienden que no era necesario pero sí conveniente en el repudio, ya que la manifestación del repudio mediante esta forma era la más comúnmente usada por el marido que quería divorciarse de su mujer por adulterio. Dicho esto, ¿por qué razón podemos afirmar que el uso de esta forma se hizo común entre los romanos? Sencillamente se requirió la presencia de testigos a fin de dar publicidad al *repudium*, ya que si el esposo no se divorciaba de su esposa adúltera de un modo fehaciente, éste podía incurrir en el delito de lenocinio¹⁵⁴.

¹⁵² D. 24, 2, 2, 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial, libro XXXV*).

¹⁵³ D. 24, 2, 9 (Paulo, *De los adulterios, libro II*).

¹⁵⁴ DI MARZIO, SALVATORE: *Lezioni sul matrimonio romano*, Ed. "L'Erma di Bretschneider" (Ed. Anastasica), Roma, 1972 (pp. 80-81).

11.1.2 – El divorcio de la liberta:

Conviene destacar que el *divortium* es un derecho restringido ya que la liberta casada con su patrono no tiene el derecho a divorciarse de él y, en caso de hacerlo, no dispone del ejercicio de la *actio rei uxoriae*¹⁵⁵ por el hecho que no hay dote en el matrimonio contraído entre liberta y patrono. Así pues, la liberta que a efectos fácticos se divorcia de su patrono, a efectos jurídicos seguirá casada con él mientras éste quiera que ella sea su mujer y no podrá volver a contraer matrimonio salvo consentimiento de su patrono¹⁵⁶. En todo caso, será necesario que entre ambos exista esta relación de servidumbre, en el sentido que este impedimento matrimonial de la liberta subsistirá mientras subsista esta relación jurídica entre la liberta y su patrono y a la vez esposo, por lo que el día que su patrono fallezca la liberta podrá contraer de nuevo matrimonio.

11.2 – Otras causas de disolución del matrimonio romano clásico:

Hemos comentado *ut supra* que las principales causas de disolución del matrimonio romano en la época clásica eran la muerte, la servidumbre y el divorcio, entendido éste último partiendo de su doble proyección: divorcio bilateral o de mutuo acuerdo y divorcio unilateral o *repudium*. A estas causas de disolución es preciso añadir otras que aunque fueran menos usuales tenían la misma eficacia jurídica en cuanto a la disolución del vínculo matrimonial. Así pues, acto seguido analizaremos las siguientes:

VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961 (p. 149).

¹⁵⁵ D. 24, 3, 11 (Pomponio, *Comentarios a Sabino, libro XVI*).

¹⁵⁶ ASTOLFI, RICCARDO: *La Lex Iulia et Papia*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Modena, 1995 (pp. 173 y ss.).

11.2.1- Disolución del matrimonio por cautividad:

En relación a la cautividad, es preciso tener en cuenta que la disolución del matrimonio tenía lugar tanto en caso de cautividad de uno como de ambos cónyuges, ello con independencia de que siguieran cohabitando durante el tiempo que durara el cautiverio¹⁵⁷.

Ahora bien, recapitulando recordamos que la disolución del matrimonio era siempre definitiva pero, ¿qué sucedía cuando uno de los cónyuges (o ambos) regresaba de su cautiverio? En virtud del ya estudiado *ius postliminii*, si los cónyuges quisieran continuar con el matrimonio, debían iniciar una nueva relación como si no hubieran estado casados con anterioridad¹⁵⁸. No obstante, la disolución del matrimonio por mera causa cautividad sólo se dio en la época clásica hasta tiempos del emperador Justiniano. Así pues, a partir de esa época conviene añadir ciertos matices, pues el matrimonio se disolvía mediante *divortium bona gratia* al cabo de cinco años de cautiverio o mediante *repudium*, ello si se tuviera desconocimiento de si el cónyuge cautivo seguía o no en vida¹⁵⁹.

Asimismo, ya en tiempos de Justiniano, se consideraba adúltera a la mujer que durante la cautividad de su marido faltase al deber de fidelidad respecto del mismo¹⁶⁰.

Por último, es preciso señalar que encontramos raras excepciones en las que el matrimonio no es disuelto por la cautividad. Una de ellas es la comentada por el jurisconsulto Ulpiano, al tratar el caso del patrono que, estando casado con una liberta, es cogido en cautividad. Excepcionalmente en este caso, Ulpiano no

¹⁵⁷ D. 49, 15, 25 (Marciano, *Instituta, libro XIV*); D. 49, 15, 26 (Florentino, *Instituta, libro VI*).

¹⁵⁸ D. 49, 15, 8 (Paulo, *Comentarios a la Ley Julia y Papia, libro III*),

¹⁵⁹ D. 24, 2, 6 (Juliano, *Digesto, libro LXII*).

¹⁶⁰ D. 48, 5, 15, 7 (Ulpiano, *De los adulterios, libro I*).

admite la disolución del matrimonio sino la subsistencia del mismo por *reverencia* de la liberta hacia su patrono¹⁶¹.

11.2.2 – Disolución del matrimonio por *alia contingente servitute*:

La disolución del matrimonio romano clásico se daba también en aquellos supuestos de esclavitud, además de la cautividad. El comentario de Paulo, citado al comienzo del presente capítulo, da fe de ello al hablar de *cualquier servidumbre que sobrevenga a cualquiera de los cónyuges*.

El último comentario citado de Ulpiano¹⁶², nos decía que el matrimonio entre una liberta y su patrono subsistía aun cuando éste era tomado en cautividad. No obstante, es preciso tener en cuenta que sí tenía lugar su disolución si el patrono era sometido a una servidumbre, por lo que la liberta tendría derecho a casarse con otro aun sin el consentimiento del que fue su marido.

11.2.3- Disolución del matrimonio por *deportatio*:

En relación a la disolución del matrimonio por destierro, no tenemos fuentes directas en el Digesto pero sí es cierto que Di Marzio lo menciona como una causa de disolución del vínculo matrimonial ya que el destierro traía como consecuencia la pérdida de la ciudadanía romana y la adquisición de la condición de “apátrida”¹⁶³.

El destierro era a menudo la consecuencia de la *interdictio aquae et igni*, sanción de uso común en la Roma antigua y relativa a la privación simbólica del agua y el fuego, aunque la consecuencia jurídica real de entonces era la pérdida de la

¹⁶¹ D. 23, 2, 45, 6 (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro III).

¹⁶² D. 23, 2, 45, 6 (Ulpiano, *Comentarios a la Ley Julia y Papia*, libro III).

¹⁶³ DI MARZIO, SALVATORE: *Lezioni sul matrimonio romano*, Ed. “L’Erma di Bretschneider” (Ed. Anastasica), Roma, 1972 (p. 94).

ciudadanía romana como consecuencia de haber cometido un delito. No obstante, conviene tener en cuenta que se perdía la ciudadanía romana, no en cambio la libertad.

Aunque la *interdictio aquae et igni* sea una figura procedente de tiempos arcaicos, ésta es mencionada por una Constitución de Constantino del año 321 d.C. para dar lugar a la disolución del matrimonio y a la restitución de la dote.

11.2.4- Disolución del matrimonio por un impedimento sobrevenido:

En relación a la disolución del matrimonio por un impedimento sobrevenido, es preciso tener en cuenta los distintos supuestos en los que ello podía darse.

Un primer supuesto hace referencia a la disolución del matrimonio al ser adoptado por el padre el marido de la hija o cuando era adoptada la mujer por el padre del marido¹⁶⁴. Ahora bien, para evitar esto y como ya hemos comentado en el capítulo dedicado a los obstáculos al nacimiento de la relación de *iustum matrimonium*, se aconsejaba emancipar al hijo en caso de querer adoptar a la nuera o emancipar la hija en caso de querer adoptar al yerno¹⁶⁵.

Un segundo supuesto derivaba del hecho que el marido de una liberta fuera elevado al cargo de senador, por lo que se disolvía el matrimonio al darse la prohibición matrimonial entre un senador y una liberta, tal y como venía establecido por la *Lex Papia Poppaea nuptialis*.

¹⁶⁴ D. 23, 2, 67, 3 (Trifonino, *Disputas*, libro IX).

¹⁶⁵ D. 23, 2, 17, 1 (Gayo, *Comentarios al Edicto provincial*, libro XI).

XII- CONCLUSIONES FINALES

Hemos llegado ya a la conclusión de dicho trabajo, por lo cual es preciso hacer una síntesis de todo lo que en él hemos comentado y de cómo ha influido el matrimonio romano clásico en la concepción actual del mismo.

A lo largo de la lectura hemos precisado sobre los elementos más característicos del matrimonio, elementos tales como su nacimiento, condiciones necesarias para que el vínculo merezca la consideración de *iustum matrimonium*, obstáculos a su consideración, disolución, relaciones análogas al matrimonio como el concubinato, etc. Todo ello tratando de realizar un análisis jurídico y a la vez sociológico partiendo de fuentes primarias - como los comentarios de los juristas clásicos que hemos ido citando y las referencias a obras de autores clásicos - y fuentes secundarias - las demás referencias a insignes romanistas como Astolfi, Volterra y Di Marzio-.

Dicho esto, este trabajo me ha permitido conocer los orígenes de la institución matrimonial y a la vez comprender la subsistencia de algunos de sus elementos en nuestro ordenamiento jurídico actual. Por otra parte, también es cierto que el Derecho Civil actual rompe con el Derecho Canónico por el cual hemos heredado la tradición romanística en materia matrimonial al admitirse la disolubilidad del matrimonio mediante el divorcio, elemento éste último originario del matrimonio romano clásico.

No sólo el divorcio está presente en nuestro ordenamiento, algunos actos que en el Derecho Romano clásico precedían al matrimonio aún perviven en la actualidad, si bien con una menor relevancia jurídica y social que entonces. Claro ejemplo lo es la promesa de matrimonio prevista en el artículo 42 del Código Civil, que al igual que en el Derecho Romano clásico no conlleva necesariamente su cumplimiento, ni admite la ejecución forzosa ni la estipulación de ninguna cláusula penal en caso de incumplimiento. No obstante, el artículo 43 del Código Civil sí prevé el resarcimiento por aquellos gastos y obligaciones contraídas con carácter previo al matrimonio, como por ejemplo podrían serlo el pago anticipado del banquete de nupcias, las invitaciones enviadas o el viaje de luna de miel.

En relación al matrimonio, a día de hoy sigue siendo monogámico y con vocación de permanencia, con la novedad que a día de hoy tanto heterosexuales como homosexuales

pueden contraerlo en España (art. 44 del Código Civil modificado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio). Ahora bien, especial relevancia y atención merece el artículo 45 del Código Civil, en el cual aún subsiste el elemento sobre el cual recae la esencia del matrimonio: el consentimiento. El consentimiento sigue estando presente en la legislación actual, si bien no se trata del consentimiento continuo manifestado mediante la *affectio maritalis* sino de un consentimiento inicial y paralelo a un acto jurídico que da lugar al matrimonio. No obstante, si en la época clásica éste podía manifestarse de cualquier modo, en la actualidad debe atenderse a la forma prevista en la legislación vigente, teniéndose por no puestos la condición, el término o el modo a él referidos.

Por lo que refiere a la edad para contraer matrimonio, recordamos que el Derecho Romano clásico exigía a las mujeres haber cumplido la edad de doce años, aunque en el caso de los varones la cuestión ya era más compleja en atención al debate entre los sabinianos y los proculeyanos, pues mientras los primeros atendían a una *inspectio corporum* para determinar la llegada a la pubertad, los segundos exigían que el varón hubiere cumplido la edad de catorce años. Dicho esto, también en la actualidad los menores de edad (hombres y mujeres), previa dispensa del Juez de Primera Instancia, pueden contraer matrimonio a partir de los catorce años (arts. 46 y 48 del Código Civil), si bien es cierto que en la actualidad el Gobierno tiene la intención de elevar dicha edad los dieciséis.

En cuanto a los impedimentos matrimoniales, por una parte a día de hoy y al igual que sucedía en el Derecho Romano clásico, tampoco los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción ni los colaterales hasta el tercer grado pueden contraer matrimonio (art. 47 del Código Civil), aunque este último impedimento puede ser dispensado por el Juez de Primera Instancia (art. 48 del Código Civil). También conviene tener en cuenta que en la actualidad los hermanos adoptados pueden contraer matrimonio entre sí. Por otra parte, desaparecen los impedimentos matrimoniales relativos a la capacidad física –que impedían a los castrados contraer matrimonio- y al *conubium* – que en algunos casos impedía que dos personas pudieran contraer matrimonio por razón de su condición social-.

En conclusión, estos son algunos ejemplos de cómo algunos elementos del matrimonio romano clásico perviven a día de hoy en nuestro ordenamiento aunque con algunas

modificaciones superficiales. Todo ello dando lugar a una comunidad de vida como es el matrimonio, célula básica de la sociedad y epicentro del núcleo familiar.

XIII. NOTA FINAL

En primer lugar, agradezco encarecidamente a la Dra. Encarnació Ricart Martí, catedrática de Derecho Romano de la Universidad Rovira i Virgili y Vicerectora de Sociedad y Relaciones Institucionales, el apoyo docente y académico que me ha brindado desde el día en que aceptó ser mi tutora y guiarme en la realización de este trabajo con el que culmino mis estudios de Derecho.

En segundo lugar, quiero tener presente a mi padre, de quien he heredado la pasión por el mundo clásico que ha despertado en mí el interés por esta materia.

Por último, quisiera manifestar mi dicha por haber finalizado el Grado de Derecho coincidiendo con la conmemoración del bimilenario de la muerte del emperador Octavio Augusto, *Princeps* – primer ciudadano- que residió por un tiempo en la ciudad de Tarraco y a quien se debe en gran parte el contenido jurídico que sobre materia matrimonial versa el presente trabajo.

APÉNDICE - LA MATRONA ROMANA EN EL OCASO DE LA REPÚBLICA Y EL ROL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD

La mujer en la sociedad romana vivía subyugada a la *potestas* del *paterfamilias* o a la tutela del tutor. Ahora bien, cierto es que muchas mujeres romanas tuvieron un rol importante en la sociedad e incluso de algunas de ellas dependieron relevantes decisiones políticas y sucesiones en el poder, si bien en la mayoría de casos ocultadas por la sombra de algún varón¹⁶⁶.

Una matrona romana que destacó por su ejemplaridad y poder de decisión fue Cornelia, hija de Escipión el Africano y esposa de Tiberio Sempronio Graco y madre de doce hijos. Cuenta la historia que, una vez fallecido su esposo, siguió ocupándose de la educación de sus hijos pero también de los asuntos políticos y militares en los que se había incumbido su fallecido esposo. No obstante, el importante papel que desempeñó en la política y gobierno de la sociedad romana fue tras la sombra de sus hijos Cayo y Tiberio Graco, tanto que se la acusó del asesinato de su yerno Escipión el Africano el Joven.

Observando la descripción de Cornelia, encontramos una larga historia de legislación romana relativa a las mujeres especialmente en las áreas de la tutoría, el matrimonio y la herencia.

Otra historia interesante sobre el papel de la mujer en la sociedad Romana es la de Hortensia. Después del asesinato de Julio César, los triunviros, que necesitaban dinero para hacer frente a las necesidades de la guerra, promulgaron un edicto el año 42 a.C. por el cual exigían una aportación especial a las mujeres más ricas de Roma. Hortensia era hija del orador Quinto Hortensio Hortal i pronunció un discurso en el Foro en defensa de los intereses de las mujeres afectadas por esta medida.

El historiador Apiano nos cuenta lo que parece un discurso que pronunció Hortensia, una de las mujeres romanas que osó intervenir públicamente en defensa de los intereses de las mujeres.

¹⁶⁶ SARA B. POMEROY: *Diosas, ramerías, esposas y esclavas: mujeres en la antigüedad clásica*. Ed. Akal Universitaria, Madrid, 1990.

Hortensia no fue la única mujer que intervino en política, Terencia, nacida el año 98 a.C., fue la esposa de Cicerón. Se casaron en el año 77 a.C. y tuvieron dos hijos, Cicerón y Tulia. Al cabo de treinta años, el matrimonio se divorció. Según Plutarco, *Terencia no era encogida ni de carácter cobarde, sino una mujer ambiciosa y, como dice el mismo Cicerón, solía tomar parte en las preocupaciones políticas de su esposo.*

Agripina la Menor (15-59 d.C.), hija del emperador Germánico y de Agripina la Mayor, fue una mujer de gran belleza y ambición pero también una de las más alocadas de Roma. Sufrió el exilio durante el reinado de su hermano Calígula, pero tras regresar a Roma después del ascenso al poder de su tío Claudio, se casó en terceras nupcias e introdujo en la sucesión imperial a su hijo Nerón, fruto de su anterior matrimonio con Domicio Ahenobarbo.

Agripina la Menor tuvo un poder muy influyente en su época y envenenó a su tío y esposo Claudio y más adelante ella misma fue asesinada por orden de su hijo Nerón, harto de sus conspiraciones.

Como vamos viendo, no fueron pocas las mujeres de la Roma clásica que, ostentando o no la condición de matronas, intervinieron en política y diversos asuntos públicos de gobierno. Faustina la Menor (s. II d.C.) era hija del emperador Antonino Pío y de Faustina la Mayor. Se casó con el emperador y filósofo Marco Aurelio, del cual tuvo muchos hijos. Quiso colaborar con su esposo en las tareas de gobierno y en las campañas militares, de tal modo que lo acompañó en la guerra de Germania y en muchos otros viajes, como el de Capadocia, donde murió en el año 175 d.C.

Los soldados le pusieron el sobrenombre de *Mater castrorum*, por el amor y la solicitud que mostraba ante las necesidades y sufrimientos de los soldados.

Marco Aurelio, por su parte, fundó en honor suyo la ciudad de Faustinópolis (Capadocia) y la asociación de ayuda a chicas pobres llamada *Novae puellae Faustinae*.

Julia Domna, nacida en Siria (158 d.C.) fue la esposa del emperador Septimio Severo. Julia Domna acompañó a su esposo en las campañas militares y a menudo organizaba tertulias literarias a las que acudían escritores y filósofos como Filostrato y Diógenes Laercio.

Ejerció una gran influencia sobre su esposo y después sobre su hijo Caracalla quien a partir del año 214 d.C. la hizo partícipe de los asuntos de gobierno del Imperio.

Hemos visto hasta aquí los roles que desempeñaron algunas de las mujeres más importantes de la historia del Imperio Romano, aunque debe tenerse en cuenta que el papel que ellas jugaron no correspondía con la idea generalizada de la mujer que existía entonces –hablamos de los siglos I a.C. – s. II d.C.-. La matrona romana acostumbraba ser una mujer con notable influencia en las decisiones de familia y a menudo eran mujeres de la aristocracia.

BIBLIOGRAFÍA

MIQUEL, JOAN: *Derecho Privado Romano*, Ed. Marcial Pons Editoriales Jurídicas S.A., Madrid, 1992.

MIQUEL, JOAN: *Historia del Derecho Romano*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S. A., Barcelona, 1995.

SCHULZ, FRITZ: *Derecho romano clásico* (Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro), Ed. Bosch, Barcelona, 1960

NÚÑEZ PAZ, MARÍA ISABEL: *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1988.

SANNA, MARIA VIRGINIA: *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel Diritto Romano Classico: Matrimonium iustum ☒ Matrimonium iniustum*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Cagliari, Ed. Jovene Editore, Napoli, 2012.

FALCAO, MIGUEL: *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A. , Pamplona, 1973.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS: *Derecho Privado Romano: acciones, casos e instituciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

IGLESIAS, JUAN: *Derecho Romano*, Ed. Ariel, Esplugues de Llobregat, 1979.

RUIZ FERNÁNDEZ, EDUARDO: *El divorcio en Roma*, Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

ASTOLFI, RICCARDO: *La Lex Iulia et Papia*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Modena, 1995.

VOTERRA, EDOARDO: *Instituciones de Derecho privado romano*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

ASTOLFI, RICCARDO: *Il matrimonio nel Diritto Romano Classico*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 2006.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL JESÚS: *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil: tradición romanística*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Barcelona, 1982.

KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN (traducción de D. Ildefonso L. García Del Corral): *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Digesto*, Ed. Jaime Molinas, Valladolid,

PIERRE GRIMAL: *El amor en la Roma antigua*, Ed. Paidós Orígenes, Barcelona, 2000.

C. GÓMEZ RUIZ: *El divorcio y las leyes augusteas*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1987.

ASTOLFI, RICCARDO: *Il fidanzamento nel Diritto Romano*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992.

VOLTERRA, EDOARDO: *Lezioni di Diritto Romano – Il matrimonio romano*, Ed. Ricerche, Roma, 1961.

DI MARZIO, SALVATORE: *Lezioni sul matrimonio romano*, Ed. “L’Erma di Bretschneider” (Ed. Anastasica), Roma, 1972.

ROTONDI, GIOVANNI: *Leges publicae populi Romani*, Ed. Casa Editrice Dottore Antonio Milani, Padova, 1992.

TÁCITO, PUBLIO CORNELIO: *Annales* (Traducción a cargo de Dr. Ferran Soldevila), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1930.

OVIDIO NASÓN, PUBLIO: *Fastos* (Traducción de Jaume Medina), Ed. Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1991.

D’ORS, ÁLVARO: *Derecho privado romano*, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.

SÁNCHEZ ELVIRA, F; LLOPIS TOLEDO, L.I.: *Llatí-2*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 2009

SARA B. POMEROY: *Diosas, ramerías, esposas y esclavas: mujeres en la antigüedad clásica*. Ed. Akal Universitaria, Madrid, 1990.