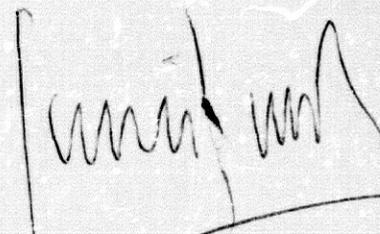


FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO ROMANO Y DERECHO MERCANTIL
(AREA DE DERECHO ROMANO)

MARIA-EVA FERNÁNDEZ BAQUERO
PROFESORA COLABORADORA DE DERECHO ROMANO

REPUDIUM - DIVORTIUM (ORIGEN Y CONFIGURACION
JURIDICA HASTA LA LEGISLACION MATRIMONIAL DE AGUSTO)

TESIS DOCTORAL DIRIGIDA POR EL
DR. FERMIN CAMACHO EVANGELISTA
CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO



GRANADA, 1.987

ABREVIATURAS

AESJ.....	Anuario de Estudios Sociales y Juridicos. Escuela Social de Granada.
AG.....	Archivio Giuridico "Filippo Serafini", Bologna, Pisa, Modena.
AHDE	Anuario de la Historia del Derecho Español, Madrid.
Annali, Genova	Annali della Facoltà de Giurisprudenza della Università di Genova.
Annali Macerata	Annali della R. Università di Macerata.
Athenaeum	Studi peridici di lettere, e storia dell'antichità. Pavia.
BIDR	Bulletino dell'Istituto di diritto romano, Milano
CJ	Classical Journal. Univ. Georgia.
DI	Digesto Italiano. Torino.
D.S.	Darembert - Saglio, Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines. Paris.
F.I.R.A.	Fontes Iuris Romani Anteiustiniani.

- HELMANTICA Helmantica. Revista de Filología clásica y hebrea. Salamanca.
- Hermes Hermes, Zeitschrift für klassische Philologie, Berlin.
- INDEX Index. Quaderni carmeti di studi romanistici, Napoli.
- IURA Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico, Napoli.
- JP Journal of Philology. London.
- JRS Journal of Roman Studies. Londo.
- LABEO Labeo. Rassegna di diritto romano. Napoli.
- LQR The law Quarterly Review. London
- LATOMUS Revue d'études latines. Bruxelles-Berchem.
- NDI Nuovo Digesto Italiano. Torino.
- NNDI Novissimo Digesto Italiano. Torino.
- NRHDFr Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Etranger. Paris.
- Oikumene Oikumene. Studia ad historiam antiquam classicam et Orientalem spectantia. Budapest.
- PW Pauly-Wissowa. Real-Encyclopädie der Klassische Altertumswissenschaft.

- REL Revue des Etudes Latines. Paris .
- R.H. Revue Historique. Paris.
- RHD/TR/TRG/Tj Revue d'histoire du droit. Bruxelles-La Haye.
- RHDFr Revue Historique de Droit Français et Etranger.
Paris.
- RIDA Revue Internationale des Droits de l'Antiqueté.
Bruxelles.
- RIL Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e
Lettere. Milano.
- RISG Rivista italiana per la scienze giuridiche. Milano
- ROMANITAS Revista de cultura jurídica. Rio de Janeiro.
- SDHI Studia et documenta historiae et iuris. Roma.
- SMSR Studi e materiali di storia delle religioni. Roma.
- TEMIS Revista de ciencia y técnica jurídicas. Facultad
de Derecho Universidad de Zaragoza.
- TR./TRG./Tj./RHD . Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Groningen-
Djakarta.
- ZSS Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Reschtsges-
chichte. Romanistische Abteilung. Weimar.

INTRODUCCION

Trataremos de exponer, en esta introducción, el motivo de haber elegido este tema como objeto de investigación, así como los criterios de orden metodológico y práctico que nos han guiado para la realización de este trabajo.

Como hemos intentado expresar en el título, el tema que nos ocupa es el estudio de la configuración jurídica que tuvo la institución del **repudium-divortium** desde los orígenes del Derecho romano hasta la legislación de Augusto. El haber cometido el estudio de esta figura sólo durante dicho período histórico, tiene para nosotros su justificación e incentivo.

A nuestro entender, es uno de los temas que requiere una nueva reflexión debido a que las monografías más frecuentes que lo tratan se deben a autores de finales del siglo XIX, como son KARLOWA, REIN, VOIGT, SCHUPFER, MARQUARDT, BRINI, LANDUCCI, ..., cuando era opinión común que la **conventio in manum** era una forma de matrimonio y, por tanto, se mantenía la creencia de que en los primeros tiempos del Derecho romano existían dos tipos bien diferenciados de matrimonios: Matrimonio **cum manu** y matrimonio **sine manu**, el primero de carácter formal ya que se constituía mediante la **confarreatio**, la **coemptio** y el **usus**, mientras que el segundo carecía de forma alguna. De

ahí que, toda la discusión doctrinal referente a su disolución, a través del **repudium-divortium**, girase en torno a tal configuración del matrimonio, considerando que sólo el matrimonio **sine manu** se podía disolver libre de formalidades jurídicas, mientras que para la disolución del matrimonio **cum manu** se requería que se efectuase por medio de la **diffarreatio**, la **remancipatio** o bien la **usurpatio trinoctii**. Y en base a ello, toda la polémica se centraba sobre la relevancia y el desenvolvimiento de un tipo de matrimonio u otro, en concreto, sobre el carácter contractual del primero y la situación de hecho que implicaba el segundo.

Sin embargo, a partir de que MANENTI, en 1.889, comenzase a hablar de que el consentimiento en el matrimonio no podía ser entendido como un acto inicial de voluntad, sino que se configuraba como un consentimiento continuo que hacía en todo momento al matrimonio, de manera que si dicho consentimiento cesaba el matrimonio se disolvía, se desarrolló todo un movimiento doctrinal intentando ampliar y fundamentar tal presupuesto, sobre todo para el período histórico que va a partir de la época clásica pues, para el tiempo precedente, aunque se defendía la importancia del consentimiento continuo, sin embargo se consideraba que la **conventio in manum** servía para realizar el matrimonio, tal y como se puede apreciar en BONFANTE, LEVY, ALBERTARIO... entre otros.

En este sentido, un romanista que marcó una línea de investigación que ha contado con las mayores adhesiones, fue VOLTERRA cuando, a comienzos de los años treinta, dedicó sus esfuerzos en demostrar que, efectivamente, el matrimonio era una situación de hecho donde sólo el **consensus** o **affectio maritalis** era lo que daba vida y

disolvía el matrimonio, señalando, además, que esta institución tenía una configuración plenamente diferenciada de la **conventio in manum**, es decir, que el matrimonio y la **conventio in manum** eran dos instituciones con total independencia y, entre otros razonamientos, alegaba que el **repudium-divortium** sólo implicaba la disolución del matrimonio pero no de la **conventio in manum**, al contar esta institución con sus cauces propios para disolverse.

Por otro lado, la razón que encuentra VOLTERRA para que las fuentes que hacen referencia a los primeros tiempos de Derecho romano hagan continuas alusiones a la **conventio in manum** en conexión con el matrimonio, lo fundamenta en base a que al ordenamiento jurídico de la **civitas** sólo le importaba la regulación de los lazos agnaticios de la familia, en conformidad con el carácter agnaticio de la misma que imperaba en aquellos momentos históricos, mientras que el matrimonio se desarrollaba dentro de la esfera privada del grupo familiar y por medio de los **mores maiorum**. De ahí que, conforme vayan decayendo la importancia de los lazos agnaticios y con ellos la **conventio in manum** -sigue interpretando éste autor-, entonces será cuando el matrimonio comience a ser objeto de regulación. Momento histórico que lo hace coincidir a partir de la época clásica, al ser más frecuentes las fuentes jurídicas que disciplinaron al matrimonio, en general, y al **repudium-divortium**, en particular.

Esta teoría de la plena distinción entre la **conventio in manum** y el matrimonio, como antes mencionamos, fue ampliamente seguida por la doctrina, concretamente por autores como ORESTANO, AMBROSINO, DANIELI, ROBLEDA, entre otros; de manera que, a partir de ese momento, las expresiones matrimoniales **cum manu** o **sine manu** no serían

utilizadas para expresar dos tipos diferentes de matrimonio, sino para indicar aquellas situaciones en las que la **conventio in manum** podía o no acompañar al matrimonio, como expresamente lo puso de manifiesto ORESTANO (*La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano (1.951), págs. 14 ss.).

Así las cosas, este sector doctrinal encauzó sus investigaciones en torno a la configuración que tuvo la concepción del matrimonio y del divorcio a partir de la época clásica. Aunque, en todo momento, reconocieron que el **repudium-divortium** fue una institución que existió desde los orígenes del Derecho romano, sin embargo por ser fundamentalmente fuentes literarias las que nos informan de su existencia y por ser consideradas poco fiables ante la ausencia de una regulación normativa, la doctrina más reciente se limita a contemplar el tiempo precedente al período clásico como una época donde en un inicio el **repudium-divortium** no fue frecuente, mientras que el momento de su apogeo se situó en los últimos siglos de la República e, incluso, llegando a incluir dentro de lo que llaman concepción clásica del matrimonio y el divorcio la situación acaecida en dicho momento histórico, como tendremos ocasión de analizar cuando veamos que utilizan fuentes de la época republicana para confirmar o aclarar cualquier cuestión de difícil interpretación que pudiera darse en época propiamente clásica. Siendo esta falta de concreción y distinción entre un momento histórico y otro, uno de los motivos primordiales que nos han llevado a delimitar nuestra investigación sobre el **repudium-divortium** entre el período más antiguo del Derecho romano hasta el siglo I a.C. y, en concreto, hasta la legislación matrimonial de Augusto.

Por otro lado, nos animó a seguir en nuestro empeño las nuevas inquietudes que algunos autores, como GIOFFREDI y FALCHI, han resaltado en torno a la conexión que nuevamente se están planteando del matrimonio y la **conventio in manum**, denunciando también el riesgo que supone anticipar a una época preclásica o anterior, concepciones que sólo pudieron suceder en tiempos posteriores. E, incluso, las discrepancias que autores como ROBLEDA han puesto de manifiesto en torno a si, efectivamente, el matrimonio era o no una **res facti**, o si más bien se constituía y disolvía mediante un acto positivo o contrario de voluntad.

A pesar del reconocimiento que se merecen éstos últimos romanistas por mostrarnos que las investigaciones referentes a la institución matrimonial no han quedado concluidas, sin embargo observamos que no nos ofrecían una solución al problema que nos planteamos, lo que fundamenta la razón de nuestro estudio.

Ahora bien, somos conscientes del problema que supone enfrentarse a estudiar una institución en unas etapas del Derecho romano donde los **mores** fue la principal fuente de regulación de la misma y, cuando dichos **mores**, los encontramos recogidos por autores que, en su mayoría, pertenecieron a una época posterior, con lo cual muchas de sus noticias podrían encontrarse viciadas al no reflejar, suficientemente, la verdadera configuración histórico-jurídica que pudo tener el **repudium-divortium**. Sin embargo, nuestra tarea está precisamente encaminada a investigar hasta qué punto tales testimonios encierran parte de verdad o de leyenda, para lo cual nos debemos apoyar de cuantos datos nos puedan ofrecer los presupuestos arqueológicos, así como de los distintos factores

económicos, políticos, sociales, en definitiva, culturales, que acontecieron en cada momento histórico.

De esta manera, estimamos que podremos desprendernos de algunas concepciones dogmáticas ya establecidas por la doctrina y que, desde nuestro punto de vista, requieren una nueva reflexión, sin perjuicio de que nos atrevamos a elaborar otras obedeciendo a la necesidad de una mejor ordenación metodológica; pues, como opina GIOFFREDI ("Dogmatica e sistematica nello studio del diritto romano", en **SDHI**, 18 (1.952), págs. 248 ss.), el propio método histórico-jurídico requiere el empleo de un esquema sistemático fundado sobre conceptos fundamentales, a fin de poder dar un orden a la exposición y reproducir de la mejor manera la comprensión de una realidad histórica.

En este sentido, la sistemática que nos hemos propuesto seguir, es la de dividir nuestro estudio en dos partes:

En la primera, trataremos de reflexionar sobre las distintas teorías que han girado en torno al matrimonio y su conexión con la **conventio in manum**, para pasar a analizar sobre la concepción del matrimonio romano que pudo darse durante dicho período histórico. La razón de ello, consideramos que no exige ninguna justificación a tenor de la propia interdependencia que existe entre el matrimonio y el **repudium-divortium**, al ser éste último uno de los medios para disolver al primero.

En cuanto al contenido de la segunda parte, vendrá determinada por la exposición de cual pudo ser la configuración histórico-jurídica que tuvo el **repudium-di-**

veritium, como institución jurídica, desde sus orígenes durante el período monárquico hasta la legislación matrimonial de Augusto. Por ello, hemos incluido en esta parte el capítulo dedicado a la distinta terminología que reza en las fuentes, sirviéndonos de premisa para una mejor comprensión de lo que aconteció en un primer momento, en época monárquica y, en un segundo momento, durante el período republicano hasta la legislación matrimonial de Augusto que coincide con los momentos iniciales del Principado.

Finalmente, hacemos la observación de que hemos prescindido de realizar un estudio comparativo de la legislación existente en otros pueblos de la Antigüedad, porque siguiendo con los criterios metodológicos que marca la doctrina dominante, como es el caso de **VOLTERRA** (*Diritto romano e diritto orientali*, Bologna (1.937), reimp. (1.983), págs. 110 ss.), la institución del matrimonio y del **repudium-divortium** representa uno de los ejemplos más característicos de la autonomía que presenta el Derecho romano en esta materia con respecto a los otros ordenamientos jurídicos de la Antigüedad, con independencia de que en algún momento hagamos referencia a alguna cuestión determinada que nos sirva para confirmar dicha autonomía.

P A R T E I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MATRIMONIO COMO BASE
DEL REPUDIUM - DIVORTIUM

CAPITULO I

TEORIAS SOBRE EL MATRIMONIO EN DERECHO ROMANO

I.1.- TEORIAS A FAVOR DE LA HIPOTESIS DE DOS CLASES DE MATRIMONIOS:

I.1.1.- Matrimonio *cum manu*:

A) Forma de constitución: *Confarreatio*,
coemptio y *usus*.

B) Forma de disolución: *Diffarreatio*,
remancipatio y *usurpatio trinoctii*

I.1.2.- Matrimonio *sine manu*:

A) Forma de constitución

B) Forma de disolución

I.2. TEORIA DE VOLTERRA EN TORNO A LA DISTINCION ENTRE EL MATRIMONIO Y LA *CONVENTIO IN MANUN*.

No podemos tratar el tema del **repudium - divortium**, aún desde el punto de vista de su causa y forma, sin que previamente expongamos cómo existió el matrimonio en Derecho romano y, más concretamente, durante el período histórico anterior a la época clásica. Pero, conseguir este cometido supone que tengamos presente lo siguiente:

a).- Que no contamos, entre las fuentes, con unas obras propiamente romanas que nos muestren cómo se reguló jurídicamente el matrimonio romano en sus orígenes. Las fuentes jurídicas que lo tratan son de épocas posteriores y con unas concepciones adecuadas al momento histórico de su producción (1).

b).- Por otro lado, los textos que encontramos en dichas fuentes haciendo referencia a los primeros tiempos del Derecho romano, tratan el matrimonio no de forma unitaria sino en relación con otras instituciones familiares. Así GAYO, en sus Instituciones, más que hablar del matrimonio en sí (2), alude a aquellas uniones que no son consideradas como **iustae nuptiae**. o bien en relación a las personas que se encuentran bajo la potestad paterna como es el caso de los hijos habidos de legítimo matrimonio, o bien a las mujeres sometidas a la potestad marital para esclarecer su verdadero **status familiae**.

Tales circunstancias nos prueban que en el seno

familiar se podrían resolver de una manera efectiva todas aquellas cuestiones que, como el matrimonio, hoy denominamos materia propia del Derecho privado y, sobre la cual, el Estado permanecía al margen de cualquier regulación en profundidad.

Por consiguiente, como dice GARCIA GARRIDO: "Para remontarnos a los orígenes del matrimonio romano necesariamente hemos de referirnos a aquella fase primitiva en que todo el régimen matrimonial se encontraba comprendido y confundido, sin substantividad propia, en las relaciones originadas por la potestad suprema del **pater familias** sobre las cosas y personas que le estaban sometidas" (3). Y ello es así, pues las fuentes que tratan de este período histórico hacen reiteradas menciones a la **conventio in manum** más que al matrimonio mismo. De ahí que la doctrina romanística, en su afán de reconstruir el régimen jurídico del matrimonio, haya construido diversas teorías, siendo ellas objeto de nuestro análisis a fin de desentrañar nuestra propia concepción.

1.1. TEORIAS A FAVOR DE LA HIPOTESIS DE DOS CLASES DE MATRIMONIOS:

Después del descubrimiento, a principios del siglo XIX, del Palimpsesto de Verona que contenía las Instituciones de GAYO, cuyo libro primero muestra importantes noticias en torno a la *conventio in manum*, surgió en la romanística la convicción de que en Derecho romano existieron dos tipos de matrimonio: Uno, *cum manu* y otro, *sine manu* (4). Para la defensa de su postura alegaron, fundamentalmente, lo siguiente:

- En primer lugar, intentando buscar una fundamentación en la regulación matrimonial que se dio en otros derechos de la antigüedad. En este sentido, la difusión que alcanza tal corriente de pensamiento es manifestada, de forma muy clara, pero GLÜCK diciéndonos que ya IHERING había propiamente observado que no sería nada extraño que los Romanos hubieran conocido diversas formas de matrimonio. El derecho mosaico, el derecho indiano, el derecho eslavo -sogue diciendo- presentan el mismo fenómeno de las diversas formas de conclusión del mismo, es decir, el matrimonio. La poca cohesión entre los diversos elementos que componen el pueblo, en los inicios de su civilización -termina diciendo-, la división entre las clases sociales, que tanto se sentía en tales períodos iniciales, explican y justifican una variedad de instituciones sociales y jurídicas que irán desapa-

reciendo poco a poco con el progreso de la civilización y con afirmarse cada vez más la idea del Estado (5).

- En segundo lugar, realizando una reconstrucción doctrinal sobre el tema, en base a los distintos textos de las fuentes que tratan de la manus en relación con el matrimonio (6).

Así las cosas, para este sector doctrinal, se daban dos especies o formas de matrimonio, como muestra QUINTILIANO, (Inst. Orat., V,10,62):

...at si quis cum legatum sit ei quae viro materfamilias esset neget deberi ei, quae in manum non convenerit, specie, quoniam duae formae sint matrimoniorum. (7).

Para esta doctrina, ambos tipos de matrimonios existieron, sobre todo en los primeros períodos del Derecho romano, y con posterioridad el *matrimonium cum manu* acabaría por desaparecer ante la frecuencia del *sine manu* (8); sin embargo las diferencias entre ambos son evidentes ya que sus efectos son distintos tanto desde el punto de vista de su constitución como el de su disolución.

I.1.1.- Matrimonio cum manu.

Mediante este tipo de matrimonio, la mujer dejaba de pertenecer a su familia para entrar a formar parte en la del marido, de ahí la expresión de PAULO, *familiam mutabat* (D.4,5,2), sufriendo ella una *minima capitis deminutio* (GAYO, Inst., I,162; ULPIANO, Reg., XI,13) ya que

potestate parentis liberabatur (GAYO, Inst., I,136) participando, incluso, en los sacra del marido (DION.HAL. Ant. Rom., II,25).

Autores como BONFANTE (9) han considerado que los efectos que producía la *conventio in manum* presentaban caracteres afines con los de la *adoptio* pues la mujer, en su nueva familia, estaba en una situación de *filiae loco* o *neptis loco* según su nuevo *paterfamilias* fuese, respectivamente, el marido de ella o bien el *paterfamilias* de éste por encontrarse el marido en una situación de *alieni iuris* y, por tanto, *in patris potestate*. Con relación a sus hijos, se encontraba a una situación de *loco sororis*, adquiriendo una expectativa de derecho en materia de sucesión pues se convertía en heredera legítima, al mismo nivel que los demás miembros del grupo familiar. Todo esto se desprende de las distintas fuentes que nos dan noticia de ello y, entre otras, podemos mencionar textos de GAYO, tales como.

GAYO, Inst., I,148:

(Uxori) quae in manu est, proinde ac (si) filiae, item nurui quae in filii manu est, proinde ac nepti, tutor dare potest.

GAYO, Inst., II, 159:

Idem iuris est et (in) uxoris persona quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est.

GAYO, Inst., III,14:

...sororis autem nobis loco est, etiam mater aut novera quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae necta est.

Esta situación de heredera legítima se justifica en cierta medida por el hecho de que, desde el punto de vista patrimonial, todos los bienes que ésta poseyese pasaban a ser, de forma definitiva, propiedad del marido, así nos dice CICERON, *Top.*, IV,23:

Cum mulier viro in manum convenit omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine (10).

Para estos autores que defienden la teoría de la doble existencia de matrimonios, otro dato que aportan para fundamentar sus argumentos es que, a diferencia del matrimonio *sine manu*, la mujer que celebraba un matrimonio *cum manu* obtentaba una importante consideración social, pues se la distinguía con el nombre de *matrona* o *materfamilias* frente a la simple *uxor*, esto es, aquella que *sine in manum conventionem* (11); para lo cual aportan las siguientes fuentes:

CIC., *TOP.*, III,14:

Genus est uxor, eius duae formae, una matrum familias, eae sunt quae in manum convenerunt; altera earum quae tantummodo uxores habebantur.

A.GEL. *Noct.Att.*, XVIII, 6,9:

matremfamilias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset, quoniam non

in matrimonium tantum sed in familiam quoque
mariti et in sui heredis locum venisset.

NON.MARC. v. matremfamilias:

matremfamilias (dictam esse existimant) quae in
familia mancipioque sit patria, etsi in mariti
matrimonio esset.

SERV., ad Aen., XI,476:

alii matremfamilias illas (dicunt) quae in ma-
trimonium per coemptionem convenerunt.

S.ISIDORO, *Etymologiae*, IX,7,13:

matresfamilias quia per quandam iuris solemn-
tatem in familiam mariti transierunt.

Por todo lo expuesto y por el protagonismo que
ejerció la familia agnaticia en los primeros períodos del
Derecho romano, podemos concluir este apartado diciendo
que, es opinión mayoritaria entre los autores (12) que, el
matrimonio *cum manu*, era el único que en un principio tuvo
plena relevancia jurídica, al menos con anterioridad a la
lex XII Tabularum ya que, con la regulación en ella de la
usurpatio trinoctii, a partir de ese momento histórico el
matrimonio *sine manu* comenzaría a ganar terreno en el ám-
bito jurídico.

Por nuestra parte, sin embargo, consideramos
que en base a los estudios realizados por VOLTERRA, no se
puede hablar de dos tipos diferentes de matrimonios, ya
que ello responde a una construcción más doctrinal que

jurídica. El matrimonio y la **conventio in manum** fueron dos instituciones plenamente diferenciadas, cosa muy distinta es que, dada la estructura y carácter de la familia romana, en un inicio la **conventio in manum** y no el matrimonio, como institución jurídica, acaparase toda la atención, pues su regulación estaba plenamente configurada. Sólo cuando la familia romana vaya evolucionando, en el sentido de que el vínculo de cognación adquiere una mayor importancia que el vínculo agnaticio, entonces será cuando el legislador poco a poco sienta la necesidad de dar orden jurídico a lo que hasta el momento había estado regulado por la costumbre **mos**.

Ahora bien, creemos que es necesario exponer la postura de aquéllos que defendieron la doble existencia de matrimonios pues, aunque con una concepción distinta del mismo, sí creemos que resuelven algunos puntos controvertidos referentes a la **conventio in manum**. Por ello, nuestra postura referente a sus posiciones doctrinales estará, en todo momento, basada en la concepción de que la **conventio in manum** es tan sólo un modo de entrar la mujer en la familia del marido pero no en una forma o manera específica de matrimonio.

A) Forma de constitución: **Confarreatio, coemptio y usus**.

De la existencia de estas tres formas de constituir la **conventio in manum**, así como de los ritos que la comprendían, nos da GAYO, (Inst. I, 110-113) debida cuenta de ello:

Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione. Uso in manum convenie-

bat quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat ...Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificit quod Iovi Farreo fit; in quo farreus panis adhibetur unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostri temporibus in usu est; nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quamdam imaginariam venditionem; nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit eam mulierem (is), cuius in manus convenit.

Ahora bien, en torno a estas tres formas de conventio in manu, (confarreatio, coemptio y usus), la doctrina se mostró discrepante, principalmente, en dos aspectos: Uno, con respecto al orden cronológico de aparición y, el otro, sobre el carácter que encierran tales tipos y si todos han servido, formalmente, para la constitución del matrimonio o sólo de la manus.

En cuanto al primer aspecto, esto es, sobre el orden cronológico de aparición, en GAYO (Inst., I,110) podemos ver que, las formas de conventio in manum, son enunciadas de la manera siguiente: usu, farreo, coemptio. De ahí que, algunos autores (13), consideren al usus como la

forma más antigua del matrimonio. Sin embargo, la opinión más extendida es que la **confarreatio** es la más originaria y la única propiamente romana, por el hecho de que era un rito sacro reservado a la clase patricia mientras que las otras dos, **coemptio** y **usus**, consistían en unas ceremonias civiles adoptadas por los plebeyos sobre el modelo de la **mancipatio** y la **usucapio** (14). Frente a ello, NOAILLES consideró que la **confarreatio** es la forma más reciente de matrimonio ya que esta no pudo ser anterior al establecimiento de los Tarquinos en Roma y, por tanto de su religión: así, con anterioridad a la **confarreatio**, dice éste autor: "il y a un ensemble complet de rites qui se rattachent au fond le plus ancien des idées religieuses romaines et qui sont cas fixés avant la création de la cité, donc avant la **confarreatio**" (15).

Mayor problema presenta restablecer la antigüedad entre la **coemptio** y el **usus** ya que mayor es la variedad de opiniones que muestran los autores. Así, para un sector de la doctrina (16), la **coemptio** fué anterior al **usus** ya que este vino a subsanar la ausencia o los defectos de aquella, puesto que manifiesta es la relación que tiene la **usucapio** con la **mancipatio** e, incluso, MITTEIS señala que dicha función del **usus**, no se limitó solo en la esfera de la **coemptio**, sino que también con respecto a la **confarreatio**; provocando, llegado el caso, que surgiese un matrimonio **ex novo** en ausencia de aquellos negocios formales (17). Sin embargo, otros autores (18), se inclinan por defender que el **usus** fue anterior a la **coemptio** en base a que no encuentran esa relación entre ambas instituciones, considerando que el **usus** pudo ser una forma de matrimonio intermedia entre el matrimonio **cum manu** y el **sine manu** y, cronológicamente, entre la **confarreatio** y la **coemptio** pues, como señala GAYO (*Inst.*, I,111) cuando alude al **usus**

y a su disolución, *sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum*, referencia que no aplica a la *coemptio* y que, por tanto, esta surgió después como forma de adquirir la *manus*.

Por nuestra parte, consideramos que la opinión más acorde con la realidad que muestran las fuentes es la expuesta por GARCIA GARRIDO, la cual no podemos ubicar dentro de algunas de las ya mencionadas sino como respuesta a todas ellas y a la que nos adherimos también nosotros, dice éste autor: "Ante todo, Gayo hace referencia a los tres modos con que antiguamente tenía lugar la *conventio in manum*. La antigüedad a la que alude es indeterminada, porque el adverbio *olim* es utilizado en tres lugares de su obra: una vez refiriéndose a cuando el pueblo romano fundaba colonias en las regiones latinas (I,131); otra, al tiempo en que los patricios pretendían no estar obligados por los plebiscitos (I,3), y otras varias al tiempo en que se utilizaban las *legis actiones* (I,184; IV,82; 94; 108). Por otra parte, el mismo jurisconsulto dice que la *confarratio* todavía se practicaba en sus tiempos (*quod ius etiam nostris temporibus iu usu est*), por consiguiente nada se puede deducir acerca de la época en que se introdujeron los modos que describe. Además el orden de enumeración que Gayo utiliza no implica tampoco prioridad temporal, como veremos. Es característico además en Gayo el uso de la expresión *modis* como criterio de distinción y clasificación"(19).

En cuanto al segundo aspecto que mencionábamos, esto es, sobre el carácter que encierran tales tipos de *conventio in manum* y si todos han servido para la constitución del matrimonio o sólo de la *manus*, la doctrina romanística se manifiesta del siguiente modo:

Con referencia a la **confarreatio**, el carácter que se le atribuye es el de ser un matrimonio, en parte, endogámico y, en parte, exogámico, es decir, según PEROZZI (20) este tipo de matrimonio fue utilizado por los patricios de forma obligada siempre y cuando se contrajese dentro de una misma **gens**, de ahí que fuese un matrimonio endogámico, pero si se realizaba entre personas de distinta **gens** entonces tomaba el carácter de exogámico; aunque, este último, responde a un momento posterior, cuando el **ius conubii** fue progresivamente concediéndose a individuos de la clase plebeya así como a los habitantes que se les otorgase de los distintos territorios conquistados. Contraria a esta opinión es la postulada por CUQ considerando que, efectivamente, la **confarreatio** era una forma de matrimonio reservada a la clase patricia pero siempre que se celebrase fuera de una misma **gens**, como se desprende de la intervención de representantes del culto público y de la **detestatio sacrorum**, por parte de la esposa, que supone una diversidad de culto gentilicio entre ambos contrayentes, dice éste autor: "L'intervention des représentants du culte public suppose un mariage que interesse la cité, parce qu'il a lieu entre personnes appartenant à des cités différentes, les cités fédérées d' Palatin et dell'Esquilin" (21). Esta opinión es seguida de MONIER pero declarando de forma expresa que sólo los patricios podían acceder a este tipo de matrimonio (22).

Efectivamente, de las distintas fuentes que hablan de la **confarreatio** (23) se desprende claramente el carácter religioso de la misma y, por tanto, no es de extrañar que fuese un tipo de matrimonio reservado en los primeros tiempos a la clase patricia, puesto que a ella estaba reservado el sacerdocio y sólo se podía acceder a él si se había realizado la **confarreatio** y si el que as-

piraba a ello había nacido de un matrimonio en el que se hubiese realizado tal acto (24). Como resultado de ello, la **confarreatio** producía dos efectos simultáneos: Uno, la unión matrimonial de los esposos y, el otro, la adquisición de la **manus** sobre la mujer.

Con respecto a la **coemptio**, la doctrina se muestra más discrepante a la hora de trazar el carácter de la misma y, concretamente, sobre los siguientes aspectos:

a) ¿Fue un tipo de matrimonio reservado a los plebeyos?

b) El contenido de la **coemptio** ¿fue una venta real o simplemente forma?

a) Con respecto al primer aspecto, cierto sector (25) sostiene que, en un inicio, sólo fue la plebe la que utilizó esta forma de matrimonio al no tener ella ningún culto propio y ser la **coemptio** un matrimonio no religioso. Otros, en cambio, sostienen que desde un principio fue utilizada indistintamente entre patricios y plebeyos (26) por ser, precisamente, un rito no sacro. E, incluso, hay quien piensa, como PEROZZI (27), que en su origen fue propia de los patricios a fin de contraer matrimonios exogámicos, es decir, en un momento posterior cuando fue permitido entre las distintas **gens**, y sólo la plebe accederá a él cuando obtuvo el **ius conubii** con los patricios.

Lo cierto es que, hasta la promulgación de la **lex Canuleia**, en el 445 a.C., el matrimonio entre patricios y plebeyos no fue plenamente reconocido como legítimo y, en consecuencia, la **coemptio matrimonii causa** sería realizada sólo entre patricios como una alternativa más

entre ella y la *confarreatio* o el *usus*. A partir de dicha *lex* no vemos objeción alguna para que dicha forma de *conventio in manum* fuese realizada indistintamente por ambas clases.

b) En cuanto al segundo aspecto que enunciábamos, una parte de la doctrina (28) es partidaria de ver en la *coemptio* el origen de una venta real de la mujer, similar a la de otros Derechos de la Antigüedad; y, por tanto, la *imaginaria venditio*, de la que nos habla GAYO, haría alusión a la evolución que sufrió posteriormente dicha institución. Sin embargo, adquiere hoy una mayor fuerza la postura de aquellos autores que tratan de ver en la *coemptio* una venta formal, esto es, una *imaginaria venditio* tal y como lo expresa GAYO, diciendo en este sentido VOLTERRA: "ma non può attribuirsi a queste parole un senso diverso da quello che il giurista classico dava loro. Egli vuole infatti far rilevare che la *mancipatio* della donna era una formalità puramente imaginaria. Difatti, nel diritto romano, a differenza dei diritti orientali, manca ogni traccia del prezzo della donna"(29). Por otro lado, la diferencia entre la *coemptio* y la *mancipio*, en cuanto a los efectos que produce, es expuesta de forma manifiesta por el propio GAYO (Inst. I,123):

...ea quidem quae coemptionem facit, non relictur in servilem condicionem; a parentibus autem et a coemptionatoribus mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur, adeo quidem ut ab eo cuius in mancipio sunt, neque hereditales neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona servorum. Sed differentia ratio manifesta est, cum a

parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis
mancipio accipiantur quibus servi; quod non si-
militer fit in coemptione.

Controvertida es también la cuestión de si nos
encontramos ante una imaginaria venditio por parte sólo
del marido o también por parte de la mujer, es decir, si
se trata de una coemptio mutua o no.

La que encuentra un mayor respaldo en la doc-
trina es la primera, esto es, la que se pronuncia por la
compra imaginaria sólo del marido; encabezada por STUDE-
MUND (30) que, interpretando el texto del código gayano
veronés (I,113): **emit eum mulierem**, lo rectificó leyendo:
emit is mulierem, los argumentos aducidos por sus segui-
dores son que, en base a otros textos de GAYO (I,115b;
I,123; II,159; III, 41), se deduce que es uno sólo el que
obtiene la manus, uno sólo el comprador **coemptionator** y
una sola la **mancipatio** (31).

Frente a ellos, la interpretación menos acogida
es la representada por HUSCHKE (32), el cuál enmendó el
citado texto del código gayano de la siguiente manera:
emit eum mulier et is mulierem, lo que daba pie a entender
de que se trataba de una **coemptio mutua** y ello, más aún,
si se alegan las siguientes fuentes:

SERVIO In Virg. Georg., I,31:

ritus, quo se maritus et uxor invicem emebant.

SERVIO ad Aen., IV,103:

Coemptio enim est ubi libra atque aes adhibe-

tur, et mulier atque vir inter se quasi emptionem faciunt: quod ait etiam in primo Georgicorum teque sibi generum Thetys emat omnibus undis Quoniam coemptione facta mulier in potestatem viri cedit atque ita sustinet (liberis) conditionem liberae servitutis, ait (enim) liceat Phrygio servire marito et in georgicis tibi serviat ultima Thule.

ISIDORO, Or., V, 24, 26:

ritus quo se maritus et uxor invicem emebant.

BOECIO, ad Top, III, 14:

...et sese in coemendo invicem interrogabat, vir ita: an sibi mulier materfamilias esse vellet? Illa respondebat velle. Item mulier, interrogabat: an vir sibi paterfamilias esse vellet. Ille respondebat velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum.

Este último texto es matizado por BONFANTE, diciendo que estas dos interrogantes recogidas por BOECIO pueden representar los preliminares, no el acto y la fórmula de la *mancipatio*, pues el acto de la *coemptio* consistía en una sola interrogación del marido a la mujer: *quae-nam vocaretur?*, con la respuesta simbólica: *quanto tu Gaius et ego Gaia*, según reza en CIC. (*Pro Mur.*, XII, 27) (33).

Ante tal enfrentamiento de fuentes y doctrina, nos parece que la solución más pausable es la manifestada por FALCHI, quien intentando conciliarlas y con una con-

cepción muy actual del matrimonio así como de la **conventio in manum**, nos muestra que la estructura jurídica de la **coemptio**, es decir, una **imaginaria venditio** en la que con la **vindicatio**, como acto unilateral del esposo, era adquirida la mujer; y, con respecto a las fuentes aducidas que podían hacer pensar en una **coemptio** mutua, interpreta que ellas lo que vienen a representar es la causa de la **coemptio** misma, es decir las **nuptiae**, de ahí esa recíproca adquisición como algo que deriva de los propios ritos **nuptiae**; concluye éste autor diciendo: "...in essa si fondavano la **mancipatio** e la cerimonia nuziale: la prima rappresentava un negocio acquisitivo di potere sulla donna (e l'atto veniva compiuto solamente dallo sposo sulla base della **auctoritas** del suocero), mentre la seconda ne era la causa giustificativa e doveva essere contestuale (ad essa partecipavano su un piede di parità entrambi gli sposi e ciò giustifica appunto la rappresentazione della **conventio in manum** come azione cui partecipava la donna" (34).

Por último, queda por señalar que tampoco existe unidad de criterios a la hora de determinar sobre quien era el que realizaba la **mancipatio** o venta imaginaria de la mujer en la **coemptio**, es decir, si era ella o su **paterfamilias** en el caso de que ésta fuere **alieni iuris**.

Algunos autores se pronuncian en favor de ser el **paterfamilias** el sujeto activo en dicha venta imaginaria. Así, MARQUARDT nos dice: "La **coemptio**, ou vente symbolique par laquelle le père mancipait sa fille au futur époux..." (35), argumentando su opinión con las palabras de LAUDATIO TURIAE, 1,15: **quod emancupata esset Cluio**, sosteniendo que **emancupata esset** sólo puede hacer referencia al **paterfamilias**. En este sentido, también CUQ nos dice: "Le père de la femme la mancipe au mari pour un prix

fictif" (36) citando al respecto el texto de GAYO, I, 113. E incluso, autores más recientes, como SANFILIPPO considera: "La coemptio consisteva in una **mancipatio**, ossia in una compravendita simbolica della donna, che si effettuava tra lo sposo e il **paterfamilias** della sposa". (37).

Sin embargo, la opinión que encuentra mayores seguidores es aquella que propugna que la mujer, tanto **sui iuris** como **alieni iuris**, era el sujeto activo de la venta en su **coemptio** con el marido. Así el **paterfamilias**, si la mujer era **alieni iuris**, o el tutor, en caso de encontrarse ésta en una situación de **sui iuris**, lo único que prestaban era su **auctoritas** pero no realizaban el acto de la **coemptio** (38). Esta postura es fundamentada en base a las siguientes fuentes:

GAYO, Inst., I,114:

Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitendae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.

GAYO, Inst., I,137a:

Inter eam vero quae cum extraneo et eam quae cum viro suo coemptionem facerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coemptionatorem potest,

ut se remancipet cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem (virum) repudio misso proinde compellere potest arque si ei numquam nupta fuisset.

GAYO, Inst., I,115:

Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere et alium nancisti, illis tutoribus (auctoribus) coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.

GAYO. Inst., I,195a:

Item si (sit a) masculo manumissa et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem a quo manumisa est, qui fiduciarius dicitur.

En los dos primeros textos de GAYO se aprecia, claramente, que la mujer actua como sujeto activo en la **coemptio** sin que aparezca la figura del **paterfamilias** o del tutor; mientras que, en los dos últimos textos citados, sí aparecen pero únicamente para prestar su **auctoritas** a la mujer. Esta **auctoritas** también se observa en dos textos de PAULO y PAPINIANO, transmitidos por la **Collatio**, a propósito de la **conventio in manum** realizada con la **auctoritas** del **paterfamilias** de la mujer:

COLL., (PAULO, libro singulari de adulteris),
IV,2,3:

Secundo vero capite permittit patri, si in filia sua, quam in potestate habet, aut in ea, quae eo auctore, cum in potestate esset, viro in manum convenerit, adulterum domi sua generive sui deprehenderit isue in eam rem socerum adhibuerit, ut is pater eum adulterum sine fraude occidat, ita ut filiam in continenti occidat.

COLL., (PAPINIANO, libro singulari de adulteris), IV,7,1:

Quaerebatur, an pater emancipatam filiam iure patris accusare possit. Respondi: occidenti quidem facultatem lex tribuit eam filiam, quam habet in potestatem, aut quae eo auctore in manum convenit: sed accusare iure patris ne quidem emancipatam filiam pater prohibetur.

Con respecto al **usus**, según nos dice GAYO: **usu in manum conveniebant quae anno continuo nupta perseverabat** (39) las cuestiones que mayor controversia doctrinal han suscitado, podemos decir que son las siguientes:

A) En primer lugar, su analogía con la **usuca-
pio**.

Efectivamente, GAYO nos dice que el **usus** se adquiere: **veluti annua possessione usucapiebatur**; de ahí que algunos autores hayan señalado la posibilidad de establecer una analogía entre esta forma de adquirir la **manus** con

la usucapio. Así BONFANTE, aunque no muy conforme con su propia proposición, nos dice respecto al *usus*: "Che ha serbato il nome antico dell' *usucapio*, surrogato della *mancipatio*, nello stesso modo e per lo stesso motivo che la potestà sulla donna ha serbato il nome arcaico di *manus*; quando la donna, senza quella cerimonie legali (*sine legibus, sine legitimis sollemnitatibus*), convivera per un anno col marito, exxa veniva ad essere aggregata alla famiglia del marito (*in familiam viri transibat*) e assoggettata alla *manus*. E fissato l'anno perchè la donna non poteva esser assimilata ai fondi, ma rientrava naturalmente nella categoria non qualificata e non definita delle *ceterae res*, opposte ai fondi nel termine decemvirale dell'*usus*" (40).

Por su parte, WESTRUP, después de señalar que el *usus* es una vieja institución jurídica que se remonta a los tiempos más lejanos de Roma, establece la analogía del *usus* con la *usucapio* pero con una *usucapio* más antigua que no requería más que un año de *possessio* tanto para los fundos como para los muebles. En este sentido, termina diciendo éste autor: "el il n'est nullement invraisemblable que, par voie d'analogie, le plus ancien droit romain l'ait également appliquée, en certains cas, à l'acquisition de la *manus*. De récentes recherches historiques ont de plus montré que l'*usucapio* primitive exigeait tout auxsi peu la Bona fides que la *justa causa possessionis* et que la *possessio* purement physique suffisait, sauf, bien entendu, dans le cas de *res furtivae*. Il est donc permis de croire que l'*usus uxoris* de la Rome primitive ne supposait comme condition juridique qu'une *quasi possessio* poursuivie *anno continuo*". (41).

Sin embargo, la opinión que ha contado con mayor acogida es la de aquellos autores, como LEVY-BRUHL

(42) y GARCIA GARRIDO (43), que han sostenido que el *usus* es una institución *sui generis* con un contenido y efectos propios. Así GARCIA GARRIDO fundamenta esta postura en base a dos razones:

- Porque no se pueden usucapir las personas libres, entre las que se encuentra la mujer, según nos dice GAYO, (Inst., II,48):

Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.

- Y, por otro lado, la *usucapio* no se produce porque esas personas, y concretamente la mujer, no pueden ser objeto de posesión; de ahí que, el mismo GAYO, (Inst., II,90) señale:

Per eas vero personas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

Por consiguiente, como señala GARCIA GARRIDO, "la usucapión exige siempre la posesión continuada mientras que en el *usus* no puede darse la posesión. Esto nos lleva a la consideración de que el *usus* es una institución *sui generis* configurada *ad exemplum usucapionis*, pero con un contenido y unos efectos propios y especiales"(44).

B) El segundo aspecto que suscita controversia es el referente a si la mujer estuvo legalmente casada an-

tes de que transcurriese el año que exige el **usus** para su constitución.

La opinión más extendida es la de considerar que sí existía matrimonio, aún antes de que transcurriese el año e incluso después en caso de que ocurriese el **trinoctium**, pero se trataría de un matrimonio **sine manu**, en este sentido se manifiesta BRINI (45). Sin embargo otros como WESTRUP (46), defendieron la idea contraria por interpretar que la mujer no adquiría el título de esposa legítima hasta cumplido dicho año, lo que existía con anterioridad al mismo era, según WESTRUP, un concubinato. En contra de esta opinión se manifiesta abiertamente LEVY-BRUHL (47).

Por su parte, BONFANTE, en base a que en la época primitiva todos los matrimonios fueron **cun manum**, estima: "il matrimonio anterior era condizione dell'acquisto per usus, una specie di iusta causa dell'usus, nè l'usus ci è mai rappresentato altrimenti che come un puro modo di acquisto della manus" (48).

Una postura similar, aunque con mayores matizaciones, es la señalada por GARCIA GARRIDO considerando que, la principal dificultad para admitir una originaria indistinción entre la **manus** y el matrimonio, parece ser la forma del **usus** por la que ya en época de las XII Tablas el matrimonio se concebía independientemente de la **manus** aunque, dice éste autor: "Estimamos, sin embargo, que puede distinguirse a este respecto una consideración social del matrimonio de una estricta concepción jurídica" (49). Los textos que aporta para fundamentar esta afirmación son: Uno de GAYO (**Inst.**, I,111) que ya hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, otro de MACROBIO y otro de A.GELIO,

veámos estos dos últimos:

MACROBIO, Saturn., I,3,9:

Quintum quoque Mucium iure consultum dicere sollicitum, lege non ipse usurpatum mulierem, quae, cum Kalendis Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ad diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isse. Non enim posse impleri trinoctium, quo abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet: quoniam testiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

A.GEL., Noc.Att., III,2,12-13:

Quintum quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatam mulierem, quae Kalendis Januariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum kalendas Januarias sequentium usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet: quoniam testiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

A tenor de tales fuentes, GARCIA GARPIDO se pregunta: "¿No puede tener el **nupta** utilizado por GAYO o el **apud virum matrimonii causa** de Q.Mucio el significado de una convivencia matrimonial sin relevancia jurídica?", cuya respuesta es la siguiente: "Sin pretender una identidad de soluciones que la diversidad de supuestos excluye,

esta comparación puede servirnos para una posible interpretación del texto de Gayo en el sentido de que la convivencia matrimonial no tendrá efectos jurídicos hasta que no transcurra un año después de iniciada, que es cuando la mujer entra bajo la **manus** del marido" (50).

Por nuestra parte, consideramos que el matrimonio antes de constituir la **manus** sobre la mujer mediante el **usus**, e incluso no dándose el mismo por el **trinoctium** existió válidamente. Así, la **nupta** de la que hablan las fuentes tuvo en todo momento la consideración o rango de mujer legítima. Las teorías expuestas están fundadas sobre la base de la indistinción entre el matrimonio y la **conventio in manum**, al menos con anterioridad a la **lex XII Tabularum**; afirmar que el matrimonio anterior era condición de la adquisición del **usus**, como dice BONFANTE, o que se trataba de una convivencia matrimonial sin relevancia jurídica, como defiende GARCIA GARRIDO, nos lleva a desfigurar el propio contenido de las fuentes y, concretamente, a desfigurar la concepción de que el matrimonio y la **conventio in manum** fueron instituciones con plena autonomía. Distinto es el intento que tratan de esbozar, los romanistas antes mencionados, de que con el **usus** del que habla Gayo se iba a determinar que el matrimonio, a partir de la **lex XII Tabularum**, iba a ser tratado de modo distinto pues su configuración jurídica iba a quedar asentada definitivamente, tal como muestran las concepciones jurisprudenciales. Pero ello no implica que, con anterioridad a ese momento histórico, el matrimonio no tuviese ya su propia configuración, llamémosla jurídico-religiosa puesto que todo el Derecho anterior a la **lex XII Tabularum** estuvo fundido con la religión, ya que los deberes jurídicos-religiosos eran las únicas normas que regularon los comportamiento de aquella sociedad.

En consecuencia, a partir de la época republicana con la aparición de la **lex XII Tabularum**, el Derecho fue sufriendo un proceso de secularización que marcaría la ruptura de viejas concepciones y la consiguiente evolución de muchas instituciones como la del matrimonio o como la **conventio in manum**, hiladas con la transformación de la propia estructura familiar.

Finalmente señalar que, tanto en la **confarreatio** como en la **coemptio** como en el **usus**, se dieron unos ritos y ceremonias nupciales, algunos de los cuales pudieron extenderse a los matrimonios libres o **sine manu**, pero que revistieron el carácter de accesorios o no esenciales ya que no fueron requisitos indispensables para que pudiese llevarse a término un matrimonio legítimo (51). Por otro lado, y como prueba de su accesoriedad, estas ceremonias se referían al matrimonio de las doncellas pues las segundas nupcias se efectuaban con gran sencillez al ser estos matrimonios no muy bien aceptados, en un inicio, en la sociedad romana como se aprecia en los distintos testimonios referidos a los elogios de las **univirae**. (52).

En primer lugar se realizaban los auspicios (53) a fin de escoger cuidadosamente el día oportuno en el que se debía celebrar el matrimonio. Así, el padre de la novia ofrecía un sacrificio de cuya víctima habían de tomarse los auspicios: si estos resultaban favorables, era señal de que los dioses bendecían aquella unión y por consiguiente se podía proceder a los correspondientes ritos nupciales.

SERV., Ad Aen., IV, 45:

Nuptiae enim captatis fiebant auguriis.

CIC., De div., 1,16,28:

Nihil fere quondam maioris rei nisi auspicate
ne privatim quidem gerebatur, quod etiam nunc
nuptiarum auspices declarant, qui re omissa
nomen tantum tenent (54).

En presencia de diez testigos se firmaban las
tabulae nuptiales (55) y, seguidamente, la **pronuba** ponía
la mano derecha de la mujer sobre la derecha del marido
destratum iunctio, realizándose distintas elegias a los
dioses (56). Cuando el matrimonio se celebraba por **confa-**
rreatio, se requería la presencia del **Pontifex** y del **fla-**
men Dialis, mientras que en la **coemptio** estaba presente el
libripens sujetando la fianza.

Pero el acto que revestía mayor importancia era
el de la **deductio in domum**, es decir, la conducción de la
mujer hasta la casa del marido figurando un acto de vio-
lencia, perpetuando quizás el recuerdo del rapto de las
sabinas ya que la novia, fingiendo lágrimas y lamentos, se
echaba en brazos de su madre, o de quien hiciera sus ve-
ces, buscando su protección, mientras que el novio se di-
rigía a ella arrancándola violentamente del regazo materno
(57). Concluido este ritual, el cortejo se dirigía hasta
la casa del novio, adelantándose éste para recibirla en la
puerta de su casa. La novia iba en medio de la comitiva
acompañada de un amigo del esposo, **paraninfo**, y de la **pro-**
nuba, siendo aclamada por los gritos de la gente que la
presenciaba, **Talasse! Talassio!** (58). Tres jóvenes, cuyos
padres no hubiesen muerto, portaban el huso y la rueca
como símbolos del trabajo doméstico, así como una antorcha
de espino blanco que fuese encendida en el hogar del padre
de la novia (59). Una vez que hubiesen llegado al umbral

de la casa del novio, entregaba éste a la esposa una redoma de aceite con que ungía los goznes de la puerta y un copo de lana como símbolo del trabajo que en el hogar desarrollaban las antiguas **uxores**. Después de ello, el marido interrogaba a la esposa: **quaenam vocaretur?**, a lo que ella respondía: **quando tu Gaius et ego Gaia** (60); siendo, entonces, levantada en peso por los que la acompañaban para que no tocara el umbral con el pie (61). El marido, finalmente, la recibía entregándole el agua y el fuego **aquae et ignis communicatio** (62) y la **pronuba** la hacía sentar sobre el **lectus genialis**, frente a la puerta, donde la nueva esposa pronunciaba las preces rituales a los dioses de la nueva casa, bajo cuya protección entraba (63).

Junto con estas ceremonias o rituales pudieron existir otros, de los cuales contamos con escasas noticias (64). Lo que sí sabemos es que concluidos todos ellos el cortejo se disolvía y la **pronuba** conducía a los nuevos esposos a la cámara nupcial (65) y, al día siguiente, la esposa vestida ya de matrona hacía una ofrenda a los Lares y Penates de su nuevo hogar, recibiendo algunos regalos de su marido (66), terminando todo el rito de la boda con un banquete en casa del esposo al que sólo asistían los más íntimos de ambas familias, los **repotia** (67).

La interpretación doctrinal a tales ritos ya apuntamos que fueron considerados, no como requisitos esenciales para la validez del matrimonio, pero sí muy representativos de la importancia que tenían las concepciones religiosas, así como la relevancia de la fecundidad de la mujer a fin de conservar y perpetuar el grupo familiar (68). De todos estos actos se encuentran supervivencias abundantes en el matrimonio libre o **sine manu**, como se aprecia en la **deductio in domum** que sirvió muchas veces de

base a los jurisconsultos para presumir el inicio o existencia de un matrimonio, como se puede ver en este texto de ULPONIO (D.23,2,5):

Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii (69).

B) Forma de disolución *Diffarreatio*, *remancipatio* y *usurpatio trinocitii*.

Siguiendo la teoría de aquellos autores que afirman la existencia de dos tipos distintos de matrimonio romano, uno *cum manu* y otro *sine manu*, la disolución del primero requería al igual que para su constitución, una serie de actos o formalidades.

Así, si el matrimonio se había celebrado por medio de la *confarreatio*, su disolución sólo podía ser realizada por medio de una *diffarreatio*, consistente en un acto solemne o ceremonia religiosa donde también se empleaba el pan farreo, según nos dice FESTO, (v. *Diffarreatio*):

Diffarreatio genus erat sacrificii quod inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta *diffarreatio*, quia fiebat farrec adhibitio (70).

Sin embargo, ante este tipo de disolución matrimonial *diffarreatio*, algunos autores como LANDUCCI (71), se mostraron reacios en concebirlas como tal, es de-

cir, consideraron que el matrimonio por **confarreatio** fue indisoluble por su carácter eminentemente religioso ya que junto a las fuentes que hablan de la **differreatio** existen otras que, de manera más o menos expresa, aluden a la indisolubilidad del mismo (72). Esta supuesta contradicción de noticias es resuelta por LANDUCCI interpretando que los textos que hablan de la **differreatio** se refieren, no a los tiempos más antiguos, sino a la época de Augusto cuando en la sociedad romana se había producido una profunda transformación en la institución de la **confarreatio**, de tal forma, que ya en tiempos de Domiciano no había conservado más que el nombre pues, el mismo matrimonio **cum manu**, había quedado en un mero recuerdo histórico (73).

Quando el matrimonio se había constituido mediante una **coemptio**, el acto para su disolución era la **remancipatio** consistente en una **mancipatio** realizada por el marido a un tercero, el cual o la retenía en su poder o la emancipaba y adquiriendo, entonces, su independencia según nos dice GAYO (Inst. I, 137):

In manu autem esse mulieres desinunt isdem modis, quibus filiae familias potestate patris liberantur; ...ita eae quae in manu sunt una mancipatione desinunt in manu esse, et si ex ea mancipatione manumissae fuerint, sui iuris efficiuntur (74).

La diferencia entre esta forma de **remancipatio**, es decir, **cum viro**, de la realizada **cum extraneo**, también es señalada por GAYO (Inst., I, 137 a):

Inter eam vero quae cum extraneo et eam quae cum viro suo coemptionem facerit, hoc interest,

quod illa quidem cogere coemptionatorem potest, ut se remancipet cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem (virum) repudio misso proinde compellere potest atque si ei numquam nupta fuisset.

Evidentemente, este texto de Gayo muestra la distinción entre la **conventio in manum** y el matrimonio ya que la mujer repudiada por su marido podía exigirle a éste la **remancipatio** a fin de extinguir la **manus** sobre ella. Pero la doctrina que afirma la existencia de dos tipos distintos de matrimonios: **cum manu** y **sine manu**, interpreta que este texto sólo venía a poner de relieve que la disolución del matrimonio no podía realizarse sin la cesación de la **manus** ni la cesación de ésta sin la disolución de aquel. En este sentido nos dice BRINI: "Sicchè poi, da tali due cose insime, parrebbe risultare che, ivi almeno, nè lo scioglimento del matrimonio portasse senz'altro la cessazione della **manus**, nè la cessazione di questa lo scioglimento di quello" (75).

Por último, cuando el matrimonio se había constituido por el **usus**, el modo de disolverlo era a través de la **usurpatio trinoctii** consistente en que la mujer se ausentase cada año durante tres noches a fin de interrumpir el **usus** y no tener que quedar sometida a la **manus** del marido y, con ello, evitar ocupar en la familia de éste una situación de **filia**, según nos dice GAYO, (Inst., I,111):

...Itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti conve-

nire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuius que anni (usum) interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est (76).

Ahora bien, la interpretación doctrinal en torno a la función e importancia que encerraba la **usurpatio trinoctii** va dirigida en el sentido de que, más que la disolución del matrimonio, era la disolución de la **manus** ya que, interrumpido el **usus**, el matrimonio seguía siendo válido aunque, entonces, estaríamos en presencia de un matrimonio **sine manu**; de ahí que, la mayoría de los autores vean en dicha **usurpatio** el reconocimiento jurídico de que en Derecho romano existieron ambos tipos o formas de matrimonio (77). Otros, se sirven del mismo para apoyar de que el **usus** fue simplemente una forma de adquirir la **manus** y, en consecuencia, la **usurpatio trinoctii** el medio para su disolución (78). Y. otros, resaltan que al ser el **usus** una institución eminentemente del Derecho plebeyo, como el reconocimiento jurídico del matrimonio realizado entre ellos, así con la **usurpatio trinoctii** se venía a regular sus matrimonios sin **manus**; por otro lado, sabemos que su desaparición fue rápida, tal y como informa GAYO, debido a que a partir de la **lex Canuleia** el matrimonio entre patricios y plebeyos fue desde entonces posible. El más representativo de esta última opinión es WESTRUP (79).

I.1.2.- Matrimonio sine manu

Siguiendo esta concepción doctrinal de que en el Derecho romano existieron dos tipos de matrimonios: **cum manu** y **sime manu**, consideran de forma unánime que la característica primordial de este último consistía en la

singular posición jurídica que la esposa ocupaba dentro del grupo familiar, es decir, al no producirse la **manus** sobre ella era considerada como un miembro extraño en la familia del marido ya que ahora no ocupa el lugar de **filia** en la misma, al permanecer inalteradas sus relaciones jurídicas con su familia de origen.

La concepción que se tiene sobre este matrimonio es, según BRINI: "era tutto maritale; la famiglia, chene usciva, pur tutta paterna" (80); cuya finalidad era la de procurar descendencia a la familia del marido, de ahí que la fórmula **uxorem habere liberum quaerendum gratia** sea considerada como propia de tales matrimonios (81) y, por otro lado, los hijos habidos del mismo y su madre se estiman que pertenecen a familias diferentes, al ser ellos herederos legítimos en la del padre pero no la mujer (82).

Ahora bien, las cuestiones que se plantean en este tipo de matrimonio libre o **sine manu**, con independencia de su ausencia de forma tanto desde el punto de vista de su constitución como de su disolución de los que luego hablaremos, son los referentes a cuál fue el origen del mismo y cuándo consideraron, éstos autores, que este tipo de matrimonio tuvo su reconocimiento jurídico.

En este sentido, atendiendo a los criterios de su origen, la opinión más extendida es el origen plebeyo del matrimonio **sine manu**, buscando el fundamento de su especial y diferente carácter en unos posibles vestigios de un sistema familiar de matriarcado frente al patriarcal propio de los antiguos ciudadanos o **patres** (83). Así, nos dice COSTA: "...e appunto uno stadio di transizione fra la famiglia matriarcale, di cui rimarrebbe nel matrimonio **sine manu** un vestigio nella persistenza della donna nella

familia sua propria, e la familia patriarcale, sopra la quale si atterrebbe nel detto matrimonio l'appartenenza dei figli all'uomo e padre" (84). Sin embargo, BRINI, sin rechazar del todo un sistema familiar de matriarcado entre la plebe, reconoce que: "Non vi ha dubbio, che la spiegazione più comune della genesi de' matrimonii liberi, sia una semplice congettura; senza base nelle fonti, nè forse abbastanza adeguata e verosimile" (85); ahora bien, de lo que sí está seguro éste autor es que el matrimonio **sine manu** fue propio entre los plebeyos mientras que el matrimonio **cum manu** correspondió, al menos con anterioridad a la **lex Canuleia**, a la clase patricia, señalando una serie de caracteres bien diferenciados entre ambos, los cuales podemos resumir en los siguientes:

- Mientras que en el matrimonio **cum manu** la mujer, por raptó o compra, entra a formar parte de la familia del marido de forma absoluta, los plebeyos en sus matrimonios **sine manu** la mujer era, en palabras de BRINI, "solo concessa e locata" (86), ya que su principal finalidad en el patrimonio era la de procurarle el marido hijos; de ahí que, éste autor, considere la fórmula **uxorem habere liberum sibi quiaerendum causa** como propia de este tipo de matrimonio (87).

- En base a distintas fuentes (88), en el matrimonio **cum manu** la mujer es la denominada **materfamilias**, mientras que en el **sine manu** es reconocida como **uxor** para, a su vez, distinguirla de la simple **pellex**: **quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat o uxoris loco sine nuptiis in domo sit** (89)

- Por otro lado, dado el carácter unilateral de los esponsales, ya que la mujer era prometida por su **paterfamilias** o tutor al marido o bien a su **paterfamilias**, y además por el formalismo que encerraban, ya que se adoptaba la forma de la **sponsio** (90), fueron considerados como propios de los matrimonios **cum manu**, mientras que en las uniones libres o **sine manu** celebradas entre la plebe se daría, en todo caso, una **pactio**. Ello lo deducen, a propósito del discurso pronunciado por **Canuleio**, referente a su **rogatio** a fin de conseguir el **ius conubii** entre patricios y plebeyos, recogido por **TITO LIVIO**, (**Ad. urb. con. IV,2,4:**)

Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret; patriciorum ista lubido est. Nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset..... quod privatorum conciliorum ubique semper fuit, ut in quamcumque convenisset domum nubere, ex qua pactus esset vir domo in matrimonium duceret, id vos sub legis superbissimae vincula coniicitis, qua dirimatis societatem civilem, duasque ex una civitate faciatis.

Son precisamente estas palabras en las que se centran para fundamentar la existencia de dos tipos de matrimonios; así **BRINI** adheriéndose a la postura manifestada por **ESMEIN** señala: "queste parole sembrano appunto rilevare due diversi modi di matrimoni. Dei patrizi, da un lato, il **convenire in domum**; dei plebei, dall'altro, l'**in matrimonium ducere**, dietro e una **pactio**, non **sponsio** (ch'è ciò che **Esmein**

rileva)" (91). E, incluso, BONFANTE apunta que la decadencia jurídica de los esponsales se debió a la propia decadencia que sufrió la **manus** (92).

- Y por último, otro rasgo que caracteriza a los matrimonios **sine manu** es la institución de la dote o **rei uxoria**, ya que era el único modo posible para que la mujer, aún siendo **sui iuris**, contribuyese en cierta medida a participar en las cargas familiares; de forma análoga a lo que ocurría en el matrimonio **cum manu**, donde todo el patrimonio de la mujer pasaba a formar parte del matrimonio de la familia del marido aunque, en compensación a ello, la mujer se convertía en heredera legítima del mismo. De ahí que, más tarde y por lo frecuente que se hizo el divorcio, se sintiese la necesidad de regular su restitución a través de las **cautiones** y la **actio rei uxoriae** (93), máxime cuando ella no tenía otra expectativa, desde el punto de vista jurídico, con respecto al patrimonio familiar del marido a efectos sucesorios, puesto que su situación en esa familia era la de **uxor** y no de **filia**.

En consecuencia, para BRINI como para los autores que siguen esta doble concepción del matrimonio, ambos tipos o formas contenían sus características propias, porque ambos tenían sus sedes en clases sociales diferentes.

Respondiendo a la segunda cuestión que se planteaba, referente a cuál fue el momento histórico en que los matrimonios **sine manu** tuvieron su reconocimiento jurí-

dico, la respuesta más generalizada nos la ofrece también BRINI (94) del modo siguiente:

El matrimonio **cum manu** fue el único que, en un inicio, se encontraba regulado jurídicamente, a través del **ius civile**; mientras que el **sine manu**, al ser una simple relación de hecho, su regulación se debía a las propias costumbres. Sólomente, en la medida que la plebe vaya adquiriendo un mayor protagonismo en la vida social y política de Roma y con ello la familia evolucione, será entonces cuando el Derecho pretorio venga a convertir en relación jurídica conyugal esa relación de hecho que constituyó el matrimonio **sine manu** (95). Pero con anterioridad a este Derecho pretorio, BRINI considera que ya en la **lex XII Tabularum**, mediante la **usurpatio trinoctii**, comenzó este tipo de matrimonio a ser reconocido aunque la prohibición del **ius conubii** entre patricios y plebeyos sancionada en la misma, impidió su definitiva fijación jurídica. Por ello, cuando la **lex Canuleia** venga poco tiempo después a derogar tal limitación, será entonces cuando el matrimonio **sine manu** adquiera una importancia decisiva al posibilitar su desenvolvimiento jurídico (96).

Efectivamente, de las interpretaciones que defienden la existencia de dos tipos distintos de matrimonios, creemos que la de BRINI muestra una mayor claridad. Sin embargo dicho pensamiento hubiese adquirido mayor coherencia si hubiese partido de la base de que el matrimonio y la **conventio in manum** son dos instituciones plenamente diferentes, ya que la **manus** sobre la mujer mostraba simplemente la situación en que se iba a encontrar con respecto a la familia del marido, de tal manera que su importancia cederá ante el momento histórico-social en que la mujer vaya adquiriendo una mayor independencia económi-

ca, consiguiendo una emancipación imposible de imaginar cuando la familia agnativa era la única que actuaba en el ámbito jurídico a través de la figura del **paterfamilias** como jefe supremo de la misma, resolviendo todas las controversias que en el interior de la misma suscitasen entre los individuos que la componían.

Por tanto, no es que el matrimonio **sine manu** fuese adquiriendo una mayor importancia, como señala BRI-
NI, sino que el matrimonio como institución dependiente de la **conventio in manum**, fue paulatinamente ejerciendo un mayor protagonismo en el ámbito jurídico a tenor de que los lazos agnaticios como la **conventio manum**, fueron perdiendo su fuerza.

a) Forma de constitución.

Al ser el matrimonio **sine manu** una situación de hecho, fundada en la voluntad de los esposos de tener una vida en común, no exigía el Derecho para su reconocimiento el empleo de determinadas formas solemnes ni incluso tenía que intervenir ninguna autoridad pública para otorgar una validez jurídica al mismo (97); de ahí que, los mismos ritos o ceremonias religiosas a las que aludimos con anterioridad, aunque sin añadir los actos propios de la **conventio in manum**, fuesen suficientes para probar de que se había iniciado un matrimonio **iustae nuptiae**, aunque en el caso de que tales ceremonias no se diesen también ese matrimonio era **iustum** siempre y cuando la mujer fuese honorable o bien no existiese ningún impedimento legal para el mismo, como podía ser la prohibición del **ius conubii** entre ellos.

Por tanto, el simple consentimiento de los es-

poses era suficiente para la formación de este matrimonio. Sin embargo, BRINI observó que, partiendo de que el matrimonio **sine manu** intentó asimilarse al **cum manu**, de adoptar alguna formalidad sería aquella que se realizaba en la **coemptio** y en el **usu**, diciendo al respecto "e forse, per talune formalità, furono la **coemptio** e le unioni, che **usu** giungevano alla **manus**, la scala onde poi si applicarono alle unioni libere" (98).

En base a las distintas fuentes donde aparece la **deductio in domum mariti** (99), es decir, que la mujer sea conducida a la casa del marido, LEVY interpretó que ello fue el elemento formal esencial para la constitución del matrimonio (100). Aunque otros autores como CUQ estiman que: "Mais cette formalité n'est pas essentielle: elle n'est imposée que dans le cas où le mari est absent" (101); e, incluso, BONFANTE lo considera como un modo de probar que se ha iniciado la vida conyugal (102).

B) Forma de disolución.

La opinión dominante entre los romanistas, a la hora de enfrentarse con la disolución del matrimonio **sine manu** mediante el **repudium** o **divortium**, es que al ser este tipo de matrimonio una **res facti** su disolución era algo inherente al mismo, es decir, no requería ninguna solemnidad en cuanto a su forma ni con respecto a su causa. Baste, en este sentido, las palabras de BRINI; "Voglio subito riconoscere io medesimo, che niun rapporto giuridico protebbe presentarsi quale più facilmente e quasi essenzialmente dissolubile, del matrimonio **sine manu**, e massimamente nella prima sua vita...quella condizione, in che i coning: **sine manu** si trovavano o che in sè offrivano doveva essere della più pronta, aperta, connaturale disso-

lubilità" (103).

Mientras que la disolución del matrimonio **cum manu** es unilateral, las palabras **divortium** y **divertere** que encontremos en los textos de GAYO y PAULO (104) no expresan un acto ni una figura o institución jurídica, sino un hecho, propio del matrimonio libre o **sine manu**, cuyo consentimiento estaba configurado y mantenido por el **animus, honor, affectio maritalis** o **uxoris** (105).

Ahora bien, aunque todos se muestran de acuerdo en considerar que a partir de finales de la República y comienzos del Principado el divorcio se hizo frecuente, como consecuencia del progresivo triunfo del matrimonio **sine manu** frente al **cum manu**, sin embargo con respecto al todo período histórico anterior las opiniones se muestran divergentes en dos sentidos:

- La que encuentra menos acogida entre los autores es aquella que, como LANDUCCI, defiende la teoría en base a que el texto de PLUTARCO (**Rom.**, XXII), hacía referencia a los matrimonios **sine manu** y, por tanto, este tuvo siempre la posibilidad de disolverse a través del repudio del marido (106).

- Otra opinión, más seguida, es la propuesta por BRINI, quién consideró que el texto de PLUTARCO se refería a los matrimonios **cum manu** obedeciendo al carácter del repudio marital que siempre fue practicado por el marido. Mientras que el matrimonio **sine manu**, daba su naturaleza de situación de hecho, su disolución correspondía al verdadero sentido de divorcio, enten-

diéndolo este como **vel a diversitate mentium dictum, vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium** (107); ahora bien, hasta el divorcio de Sp. Carvilio Ruga, como el primer divorcio de un matrimonio **sine manu**, no se puede decir que en Derecho romano tal forma de disolución fuera posible (108).

En cuanto a las palabras de CICERON anunciándonos la existencia en la **lex XII Tabularum** de unas determinadas palabras como forma de **fecit divortium...etsi iam negat: nolite quaerere. Frugi factus est. Illan suam suas res sibi habere iussit ex duodecim tabulis claves admittebat. Quam porro spectatus vir !Quam probatus! cuius ex omni vita nihil est honestius, quam quod cum mima fecit divortium.** (CIC., Phil., II,28). BRINI las interpreta de escaso valor dado el tono irónico de todo el discurso (109), más aún cuando SÜETONIO dice que fue AUGUSTO el primero que **divorciis modum imposuit** (Aug.,XXXI) siendo desde entonces cuando se fijó una forma legal necesaria inexistente con anterioridad y, por otro lado, las disposiciones de la **lex XII Tabularum**, dice éste autor: "...si riferisse ai soli scioglimenti de'matrimoni cum manu, ai loro repudi" (110) aunque no duda que tales palabras también se utilizaran con posterioridad, concretamente, cuando CICERON escribió su discurso, de igual manera que en **De Orat.**, I,40 dice: **...certis quibusdam verbis...feri...divortium...**

BRINI, no obstante, considera que después del supuesto de Sp. Carvilio Ruga, el divorcio como modo de disolver el matrimonio **sine manu** se hizo frecuente, aunque aún de carácter unilateral similar a la propia concepción de los matrimonios **cum manu**, de ahí las expresiones que

encontramos en las fuentes literarias *i foras, vade foras* (111), *beate foras* (112), *res tuas tibi habeto o agito* (113), la cual también en el Digesto como *comprovata verba*:

D.24,2,2,1 (GAYO, lib. XI ad ed. prov.):

In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: 'tuas res tibi habeto', item haec: 'tuas res tibi agito' (114)

Todas estas expresiones nos muestran que con anterioridad a la legislación matrimonial de Augusto el divorcio del matrimonio *sine manu* no requería ninguna forma legal (115), aunque con el tiempo se sintió la necesidad de establecerla, como lo demuestra los testimonios de CICERON (*De orat.*, I,40; I,56); de ahí que, la *lex Iulia de adulteriis* señalase una forma para el divorcio unilateral consistente en la presencia de siete testigos ciudadanos romanos púberes y la participación de un liberto que transmitiese a la otra parte la voluntad de divorciar (115), surgiendo, en consecuencia, desde esta época en adelante una regulación jurídica del divorcio.

Efectivamente, a partir de Augusto se aprecia que un cambio profundo se había producido en materia de divorcio, pues este salía de la competencia estrictamente familiar para ser objeto de regulación por parte del ordenamiento jurídico romano, viéndose claramente en la misma que en ningún momento se aludió al divorcio o repudio de un matrimonio *cum manu* o *sine manu*, sino que fue tratado, con mayor o menor rigor, de manera general aludiendo al matrimonio como a una institución única y no porque el matrimonio *sine manu* triunfase definitivamente, como tra-

an de señalar éstos autores que defienden la existencia de dos clases de matrimonios, sino porque el matrimonio fue en todo momento una institución única y diferente de la **conventio in manum**, tal como veremos que subraya VOLTE-
RRA y con él la doctrina más actual sobre el tema.

Por otro lado, en las fuentes clásicas y post-clásicas que se refieren a l **conventio in manum**, aún siendo escasas, muestran siempre problemas o cuestiones en cuanto a la situación que ocupa la mujer en la familia del marido **loco filiae** pero no en cuanto a la existencia de dos tipos diferentes de matrimonios.

Por consiguiente, el decaer de la **conventio in manum** no es consecuencia del triunfo que obtuvo el matrimonio **sine manu**, sino el resultado lógico de la profunda transformación que fue acaeciendo en el carácter de la familia romana, es decir, la evolución de una familia donde su razón de ser estaba impuesto por los lazos agnaticios, a una familia donde los vínculos naturales o cognaticios adquirieran paulatinamente un valor jurídico.

I.2.- TEORIA DE VOLTERRA EN TORNO A LA DISTINCION ENTRE EL MATRIMONIO Y LA CONVENTIO IN MANUM.

Hoy es aceptada por la mayoría de la doctrina romanística que las reflexiones de VOLTERRA (118) sobre el matrimonio y la **conventio in manum**, en orden a su plena diferenciación como instituciones jurídicas, han dado la luz definitiva sobre un tema que ya desde principios de siglo se había puesto en "tela de juicio". Uno de los primeros que expresaron su inquietud fue DI MARZO que en 1.919 escribía lo siguiente: "Nell'antico diritto romano soleva col matrimonio andar cogiunta la **conventio in manum**, e cioè, l'assoggettamento della donna al nuovo **paterfamilias**. Ma giova subito avvertire che non per questo concepirono i Romani due specie diverse di matrimonio, l'uno con **in manum conventione**; l'altro **sine in manum conventione**. Il matrimonio fu sempre nell'età storica uno e il medesimo. Variò soltanto la posizione della donna che ora fu di una **uxor in manu**, ora di una **uxor sine manu** (119). Sin embargo, como dice ROBLEDA, "no precisó perspicuamente todos los extremos del problema" (120) o, al menos, con la minuciosidad y claridad con que VOLTERRA lo llevó a cabo.

En líneas generales, podemos decir que la teoría de éste romanista se concreta en los siguientes términos: La **conventio in manum** y el matrimonio son dos instituciones plenamente diferenciadas, atacando duramente a aquellos que, por el contrario, postulan la existencia de dos tipos o clases de matrimonio, tal y como hemos tenido

ocasión de exponer. La diferencia entre la **conventio in manum** y el matrimonio la defiende tanto desde el punto de vista de su formación, como por sus efectos y, así, como desde el punto de vista de su disolución:

- Desde el punto de vista de su formación. Mientras que la **conventio in manum** se constituye a través de la **confarreatio**, la **coemptio** y el **usus**, es decir, por actos propiamente formales, el matrimonio, por el contrario, no implica un acto inicial de voluntad (al menos hasta la época postclásica) sino que lo único que lo crea es un recíproco y continuo consentimiento, **affectio maritalis**, de cualquier modo manifestado, **honor matrimonii**, de ser marido y mujer, siempre y cuando fuesen púberes y estuviesen en posesión del **ius conubii**.

- Desde el punto de vista de sus efectos. Mientras que la **conventio in manum** tiene por objeto poner a la mujer bajo la **manus** de un hombre y si éste es el marido, pues también se podía realizar con un extraño cuando se tratase de la **coemptio** (GAYO, *Inst.*, I,114), el efecto que producía era el de equipararla a cualquier otra hija legítima de su nueva familia y, en consecuencia, de someterla a la **patria potestas** del marido, si éste era **sui iuris** o bien al **paterfamilias** de él, cuando el marido se encontraba en una situación de **alieni iuris**. Sin embargo, no produce otra cosa que la unión de un hombre y una mujer a fin de que surja una sociedad doméstica fundada en una vida en común donde la mujer participa del rango social del

marido y dirigida a la procreación y educación de unos hijos.

- Desde el punto de vista de su disolución. Si bien la *conventio in manum* se disuelve por la realización de otros actos formales, tales como la *difiarreatio*, la *remancipatio* y la *usurpatio trinocitii*, sin embargo, el matrimonio se disuelve, además de por la pérdida del *conubium*, porque en cualquier momento haya cesado entre los cónyuges la *affectio maritalis*, es decir, la intención de seguir siendo marido y mujer.

La credibilidad de la tesis de VOLTERRA está, precisamente, en los textos que interpreta para su argumentación; los cuales, por su parte, fueron aducidos anteriormente por aquéllos que quisieron ver en los mismos la doble distinción de matrimonios. Los textos a los que nos referimos son los siguientes:

En primer lugar, es objeto de su interpretación el siguiente texto de CICERON (*Top.*, III,14):

Si ita Fabia, pecunia legato est a viro, si ei viro materfamilias esset et si ea in manum viri non convenerat, nihil debetur. Genus enim est uxor; eius duae formae, una matrumfamilias, (eae sunt quae in manum convenerunt), altera earum quae tantummodo uxores habentur. Qua in parte cum fuerit Fabia, legatum ei non videtur.

Como muy bien aprecia VOLTERRA (121), CICERON examina el caso de un legado dispuesto a favor de Fabia

con la condición de que ella fuese *materfamilias* respecto al marido, no pudiendo recibir en caso de que *in manum viri non convenerat*, es decir, a lo que se está haciendo referencia es a dos situaciones distintas de *uxor*, aquella que ha realizado la *conventio in manum* y a aquella otra que no, de ahí que CICERON diga expresamente *genus enim est uxor*, pero en ningun lugar del fragmento aparece indicada la expresión del matrimonio *cum manu* y *sine manu*.

Es verdad que, autores posteriores que interpretaron a CICERON como QUINTILIANO y BOECIO hablan expresamente de *duae formae sint matrimoniorum*, o bien de *certa erat species nuptiarum* (122), sin embargo VOLTERRA dice de QUINTILIANO: "...che il retore parafrasa, testo il quale non parla affatto di *duae formae matrimoniorum*, ma di due *formae uxorum*"(123) y con respecto a BOECIO lo siguiente: "All'epoca di Boezio non esisteva più l'istituto della *conventio in manum*, la cui menzione veniva accuratamente soppressa nei testi giuridici. Sembra pertanto che lo scrittore nel VI secolo, quando era scomparsa la *conventio in manum* ed era profondamente mutata la nozione giuridica del matrimonio, basato ormai su una manifestazione iniziale di volontà, non fosse più in grado di intendere il pensiero di Cicerone espresso nel passo in parola ed abbia pertanto attribuito alle tre forme della *conventio in manum* l'effetto di costituire il matrimonio" (123).

Efectivamente, como señala VOLTERRA, se desprende que ambos autores realizaron una interpretación inexacta de CICERON, sin embargo nos llama la atención que QUINTILIANO siendo un retórico de la época clásica, concretamente del siglo I d.c., cuando la concepción del matrimonio que se tenía en este período era, según VOLTERRA, la de un consentimiento continuo y no inicial de tal mane-

ra que el cese efectivo del mismo provocaba su disolución (124), y digo que nos causa extrañeza porque QUINTILIANO, aunque no interpreta debidamente a CICERON, sí está hablando de forma clara de **duae formae sint matrimonium**, es decir, no de un matrimonio **cum manu**, y **sine manu** puesto que como dice VOLTERRA el matrimonio fue una institución distinta de la **conventio in manum**, pero sí nos está dejando ver la íntima conexión que la **conventio in manum** ejercía en aquellos matrimonios donde se acompañaba, de tal forma que dudamos en los postulados de VOLTERRA en cuanto que se limita a precisar en el matrimonio romano dos únicas concepciones romanas: Una, clásica de consentimiento continuo y, otra, postclásica, cuyo consentimiento es un acto inicial de voluntad. Esta polarización de concepciones la consideramos insuficiente a tenor de que en ella no se observa la configuración histórico-jurídica que tuvo el matrimonio desde los tiempos más primitivos hasta el período clásico en donde se inicia, a su vez, un nuevo sistema político el Principado; y, más aún, cuando durante el periodo histórico anterior ocurrieron profundos cambios políticos, jurídicos y sociales que, inevitablemente, tuvieron que incidir en el matrimonio como institución que da vida y refleja la situación por la que atraviesa en cada momento la familia romana.

Ahora bien, por todo lo expuesto, no queremos mostrar la idea de que estemos hablando de dos tipos diferentes de matrimonio, porque ya hemos dicho que la tesis de VOLTERRA es definitiva en este sentido, sin embargo lo que queremos denunciar es la escasa relevancia que se ha dado a las etapas históricas anteriores a la clásica ya o.e, en definitiva, si podemos hablar de concepción clásica del matrimonio o del divorcio es desde el punto de vista del resultado o fruto obtenido de otras precedentes.

Y creemos que, en este sentido, el texto de QUINTILIANO es un reflejo vivo de nuestra postura, esto es, de que el matrimonio acompañado de la **conventio in manum** en tiempos anteriores tuvo un cariz muy diferente a la concepción clásica del matrimonio que vivió en su tiempo.

Por tanto, lo que propugnamos es que con anterioridad a la legislación matrimonial de Augusto, existió una concepción del matrimonio distinta a la de la época clásica y postclásica, en donde el matrimonio solía ser acompañado de la **conventio in manum** dado que la familia agnaticia era la que ejercía un verdadero protagonismo jurídico, siendo el matrimonio una institución que, como tal, quedaba ensombrecida su relevancia jurídica por el acto formal de **conventio in manum**. Por otro lado, esta **manus** adquirida sobre la mujer era el reflejo más evidente de que las relaciones de poder coherentes con ese carácter del organismo familiar, eran lo único que importaba en los tiempos más primitivos del Derecho romano y, más aún, cuando el ordenamiento jurídico de la **civitas** no entraba a regular de manera minuciosa materias que hoy conoceríamos o ubicaríamos como idóneas del Derecho privado y, más concretamente, del Derecho familiar; sólo cuando algún comportamiento afectase a la **pax decorum**, el **ius sacrum** vendría a regularlo como se puede apreciar en las distintas materias que son reguladas en las **leges regiae**. De todas formas, no queremos en este momento pasar a analizar con mayor profundidad esta idea ya que será objeto de nuestro estudio en el capítulo siguiente cuando tratemos el tema de la concepción del matrimonio romano; de ahí que ahora lo dejemos sólo apuntada.

Siguiendo con la teoría de VOLTERRA podemos ver que, además de los textos mencionados, considera que AULO

CELIO expresa claramente la plena distinción entre el matrimonio y la conventio in manum:

A.GEL., Noct.Att., IV,3,3:

Paelicem autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam Numae regis fuisse accipimus: 'Paelex aram Iunonis ne taginto: si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito'.

A.GEL., Noct.Att., XVIII, 6,9:

...matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.

Tales noticias son interpretadas por VOLTERRA en el sentido de que A.GELIO, conforme al pensamiento de CICERON, "mostra come il matrimonio pone la donna nella condizione di moglie, mentre la **conventio** non influisce sul matrimonio, ma pone la donna nella condizione di **filiafamilias** del marito con le conseguenze giuridiche inerenti a tale qualità compresa quella di **heres suus**. Anche questo passo dell'erudito latino mostra come i classici non conoscessero affatto due diversi tipi di matrimonio" (126).

Efectivamente, no dudamos como señala VOLTERRA

que el matrimonio y la **conventio in manum** fuesen dos instituciones plenamente diferenciadas a tenor de los textos arriba mencionados, ya que en el primer texto se está aludiendo a una **paelex** que **manu mancipioque alia matrimonii causa foret**, es decir, que puede existir una **conventio in manum** sobre una mujer con la que no se ha realizado matrimonio, mientras que en el segundo texto existiendo matrimonio está calificando como **matrem** a aquélla que además se encuentra **in mariti manu** y, por consiguiente, **in sui heredis locum venisset**. Por ello, no comprendemos cómo FALCHI en una reciente interpretación del primer texto considera lo siguiente: "Indubbiamente la fonte cui attinge Gellio è antichissima. La fedeltà con la quale è riportato il testo sacrale ci riconduce ai **mores maiorum**. Si deve tenere presente, poi, che Gellio spiega ai lettori della sua epoca quale fosse la situazione, che avrebbe richiesto il **piaculum**, con termini ad essi accesibili. A tal proposito l'unico modo per esprimere compiutamente la posizione della donna sposata, che era sempre nel periodo antedecemvirale **in manu mariti**, che il **piaculum** sarebbe stato necessario solamente nel caso in cui la moglie dell'adultero fosse **in manu**" (125).

Si bien estamos de acuerdo de que la noticia referente a las **leges** de Numa nos remonte a **mores maiorum** y que GELIO intentase explicar a los lectores de su época de que se tratase de un **piaculum** el hecho de que una **paelex** ...**si tangit, Iunoni crinibus demissis agnūn feminam caedito**, sin embargo no compartimos con él el hecho de que en función de tal texto se pueda afirmar de que en el período antedecemviral toda mujer casada tuviese que encontrarse **in manu mariti**. Y, ello, porque en dicho texto se está aludiendo a una **paelex** y no a una mujer casada, lo único que se expresa en el mismo es que dicha mujer había realizado

la **conventio in manum**, lo que demuestra la autonomía de esta institución frente al matrimonio, pero en definitiva no era una mujer casada ya que el mismo GELIO nos dice a continuación **alia matrimonii causa foret**. Cosa distinta es que la **conventio in manum** fuese frecuentísima en dicha época dado el carácter agnático de la familia y que interesase, desde el punto de vista jurídico, la situación legal de cada miembro dentro del grupo familiar, de ahí que GELIO nos lo indique diciendo **in cuius manu mancipioque** pero en ningún momento nos está diciendo de que se trate de una mujer casada, no existía por tanto matrimonio ya que expresamente se está diciendo **quae iuncta consuetaque esset cum eo**.

En cuanto al segundo texto de GELIO (**Noct.Att. XVIII, 6,9**) que ya expresamos, si estamos de acuerdo con la interpretación de FALCHI ya que, como VOLTERRA también opina, GELIO nos venía a decir simplemente la distinta posición en que se podía encontrar una mujer según hubiese o no realizado la **conventio in manum**.

Pero donde encuentra VOLTERRA el apoyo decisivo para defender su opinión es en las Instituciones de GAYO donde examina minuciosamente los textos en ellas contenidos y demuestra claramente que el matrimonio y la **conventio in manum** eran dos instituciones plenamente diferentes. De la firmeza de sus afirmaciones se demuestra por el gran número de seguidores (128) que la han apoyado; sin embargo también es verdad, que sobre ella se han vertido críticas por autores que aún siguen creyendo ver que tal distinción no puede considerarse del todo válida para los tiempos más antiguos del Derecho romano, esto es, para todo el período comprendido hasta la legislación decemviral (129). Por nuestra parte consideramos que la tesis de VOL-

TERRA es en términos generales válida para estimar que, en todo momento de la Historia del Derecho romano, el matrimonio y la **conventio in manum** fueron dos instituciones diferentes y que, por tanto, en ningún momento se puede afirmar de la existencia de dos tipos diversos de matrimonio: Uno, **cum manu** y, otro, **sine manu**.

Efectivamente, en las Instituciones GAYO expone las tres formas en que los individuos libres se pueden encontrar sometidos a **potestas**, aludiendo entre ellas a la **manus** pero sin decir que esta sea un tipo específico de matrimonio.

GAYO, Inst. I,49:

Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.

Seguidamente, cuando trata del **usus, farreo** y **coemptio** nos dice que son tres modos de constituirse la **conventio in manum**, sin decir de que tales modos sean formas determinadas de matrimonio.

GAYO, Inst. I,110:

Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptio.

En cuanto al **usus**, del que GAYO (Inst., I,111) nos da noticias, VOLTERRA considera que es la prueba más evidente de que el **usus** no era un modo de matrimonio **cum manu** ya que, según el texto de GAYO, la mujer después de un año de matrimonio cae bajo la **manus** del marido, confir-

mando que desde la época de las XII Tablas el matrimonio se formaba independientemente de la existencia de la **manus**, diciendo: "Les phrases **anno continuo nupta et in manum mariti convenerit** ne laissent aucun doute que la femme est restée une année en mariage. Gaius parle ici du mariage dans le sens juridique qu'il donne toujours à ce mot, sans la moindre allusion à un mariage spécial. Il est bien certain que pour le juriste, le mariage est une institution différente de la **conventio**: cette dernière ne transforme pas le mariage, mais change seulement la condition juridique de la femme mariée" (130). De ahí que, por otro lado, el **trinotium**, del que nos informa GAYO en aquel mismo texto, impidiese la formación de la **conventio in manum**, pero dejaba intacto el matrimonio.

Esta postura de VOLTERRA, a la que nosotros también nos adherimos, sin embargo ha encontrado por parte de GARCIA GARRIDO algunas observaciones al respecto, en el sentido de que no cree que, con anterioridad a las XII Tablas, existiese una originaria distinción entre el matrimonio y la **conventio in manum**, puesto que parte de la idea de distinguir entre la consideración social del matrimonio de una estricta concepción jurídica. De ahí que, con anterioridad a la **Lex XII Tabularum**, la única institución que tiene consideración jurídica es la **conventio in manum** mientras que el matrimonio la adquirirá en un momento posterior, diciendo expresamente GARCIA GARRIDO: "Sólo a partir de la época de las XII Tablas, probablemente, el matrimonio comienza a ser considerado independientemente para terminar en el derecho clásico, siendo el centro de las concepciones jurisprudenciales. Las etapas de esta evolución histórica serían, pues: 1º, régimen único e indeferenciado de la **conventio in manum**; 2º, introducción del matrimonio libre; 3º, definitiva generalización del matri-

matrimonio libre y desaparición de la **conventio in manum**" (131)

Partiendo de este presupuesto, GARCIA GARRIDO critica la teoría de VOLTERRA diciendo: "El ilustre maestro al que nos venimos refiriendo, VOLTERRA, defiende, sin embargo, una diferenciación también originaria de ambas instituciones, si bien afirma su contemporaneidad. Conforme en que esta diferenciación exista, quizá desde las XII Tablas, pero en la primitiva etapa nos inclinamos más por la hipótesis del régimen indiferenciado de la **manus**. El argumento de que todo matrimonio, si así fuera, se transformaría por el **usus** en **conventio in manum**, cuando lo que sucede es lo contrario, es decir, que lo que se generaliza es el matrimonio libre, nos parece puede superarse si se piensa que el matrimonio libre se generaliza precisamente cuando ya han desaparecido el **usus** y la forma de evitarlo Por otra parte, no negamos que pudiera darse el caso de una unión matrimonial entre personas sometidas a la misma **patria potestas**, pero sí que esta unión tuviese algún efecto jurídico en una etapa primitiva en la que solamente las relaciones interfamiliares eran reguladas por el derecho de la **civitas**" (132). Hemos creído necesario transcribir con amplitud las palabras de GARCIA GARRIDO porque de ellas, creemos, se pueden obtener importantes observaciones:

En primer lugar, si bien estamos de acuerdo con GARCIA GARRIDO que, a diferencia de VOLTERRA, distingue la concepción del matrimonio en el período anterior a la **lex XII Tabularum** y la que se dió con posterioridad a las mismas, sin embargo le objetamos la escasa importancia que, desde el punto de vista jurídico, le da a lo que él denomina "consideración social del matrimonio", hasta tal punto, de defender la indiferenciación de este con la **conven-**

tio in manum, durante el período comprendido, desde los orígenes más remotos hasta la **Lex XII Tabularum**.

Por otro lado, GARCIA GARRIDO reconoce que pudo darse una unión matrimonial entre personas sometidas a la misma **patria potestas**, pero sí niega que esta unión tuviese algún efecto jurídico en una etapa primitiva en la que solamente las relaciones interfamiliares eran reguladas por el derecho de la **civitas**. Sin embargo, consideramos que éste autor olvida que es el **conubium** y no la **conventio in manum** la condición necesaria para que pueda existir matrimonio, siendo además el **conubium** un derecho de matrimonio otorgado por el ordenamiento jurídico de la **civitas** y no por el seno del grupo familiar, de tal manera que no comprendemos cómo se puede privar de eficacia jurídica a una unión conyugal cuyo condicionante para ser un **iustum matrimonium** está dependiendo del consiguiente reconocimiento del **ius conubii** por parte del Estado. Los textos de GAYO, en este sentido, no dejan lugar a duda alguna:

En primer lugar, GAYO (*Inst.*, I, 58) nos dice que el matrimonio, sin distinguir entre el matrimonio libre o **sine manu** y el matrimonio **cum manu**, no está permitido con cualquier mujer:

Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus.

Es, en consecuencia, el **ius conubii** lo que reviste de verdaderos efectos jurídicos a cualquier unión conyugal que se intente pues, en caso contrario, sería una unión sacrílega e incestuosa, no siendo **uxor** la mujer que participase en dicha unión ni los hijos tendrían la condición de legítimos sino de **spurii**, como se desprende del

misimo GAYO (Inst., I, 4):

Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique; nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi quos mater vulgo concepit; nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is et incertus sit; unde solent spurii appellari....

Por otro lado, el *ius conubii* era un derecho otorgado por la *civitas* no sólo a los ciudadanos propiamente romanos, sino también a habitantes de otros pueblos que, encontrándose en una situación de sometido a Roma o bien por el efecto de alianzas, se le habían expresamente otorgado tal prerrogativa aún siendo extranjeros, tal y como se aprecia en distintas fuentes:

En el discurso pronunciado por CANULEIO, a propósito de la prohibición del *ius conubii* entre patricios y plebejos, les reprocha precisamente las antiguas uniones matrimoniales con los habitantes de Alba o de Sabina.

T. LIVIO, IV,4,5:

...hoc si polluit nobilitatem istam vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis, aut ab regibus lecti aut post reges exactos iussu populi, sinceram servare privatis consiliis non poteratis nec ducendo ex plebe neque vestras filias sororesque enubere sinendo e patribus?. nemo plebeius patriciae

virgini vim adferret: patriciorum ista lubido est. nemo invitum pactionem nuptialem quemquam face.re coegisset...

En términos parecidos se muestra CICERON cuando manifiesta el carácter inhumano de la prohibición del *ius conubii* entre patricios y plebeyos, a pesar de que era normal concederlo incluso entre miembros de pueblos diferentes:

CICERON, De Rep. II, 37:

...inhumanissima lege sanxerunt; quae postea plebiscito Canuleio abrogata est: libidino seque omni imperio, et acerbe, et avare populo prae-fuerunt.

Y, por supuesto, GAYO hace continuas alusiones a la posibilidad de contraer matrimonio entre ciudadanos romanos y extranjeros en virtud del *ius conubii*, sin que en ningún momento haga una distinción entre dos clases o tipos diferentes de matrimonios; entre los distintos textos recogemos el siguiente:

GAYO, Inst., I, 76-77:

Loquimur autem de his scilicet (inter) quos conubium non sit; nam alioquin si civis Romanus peregrinam cum qua ei conubium est uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex his qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit. Itemque si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane

procreatur et is iustus patri filius est...

Así las cosas, no podemos negar la eficacia jurídica del matrimonio romano que, con independencia total de la **conventio in manum** y aún en los tiempos más originarios del Derecho romano, esto es, con anterioridad a la **Lex XII Tabularum**, tuvo que ser reconocido su efecto jurídico de legítimo o no, a tenor de la existencia del **ius conubii**. Por otro lado, la indiferenciación entre el matrimonio y la **conventio in manum**, que trata de defender GARCÍA GARRIDO, tampoco se sostiene si nos paramos a apreciar que, si bien el **ius conubii** era otorgado a ciudadanos romanos y extranjeros, sin embargo la **conventio in manum** sólo se podía llevar a cabo entre los ciudadanos romanos como un derecho propio de ellos:

GAYO, Inst., I,108:

Nunc de his personis videamus quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est.

Si tal indiferenciación hubiese sido cierta, en ningún momento hubiese sido posible la celebración de matrimonios entre ciudadanos romanos y miembros de pueblos extranjeros.

En cuanto a la **confarreatio**, de la que también nos da noticias GAYO (Inst., I,112), VOLTERRA señala que esta era simplemente una forma más de constituir la **manus** sobre la mujer, pero que en modo alguno se puede estimar que se tratase de una forma de matrimonio. Después de rechazar la credibilidad de algunas fuentes que hablan de indisolubilidad de matrimonio confarreado, como DION.HAL.,

(Ant. rom. II,25), por considerarlo no concedor en profundidad de la institución matrimonial romana, o bien interpretando de forma diversa otros textos que fueron objeto de apoyo para los defensores de que la **confarreatio** era una forma de matrimonio; así del siguiente texto:

PLINIO, *Hist.nat.*, XVIII,3,10:

In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat, novaeque nuptae farreum praeferebant.

VOLTERRA lo interpreta del modo siguiente: "nel quale lo scrittore latino non dice che la **confarreatio** costituiva giuridicamente le **iustae nuptiae**, ma che si sceleva far coincidire la cerimonia de la **confarreatio**, il cui effecto giuridico era la costituzione della **manus** sulla donna, con l'inizio delle **iustae nuptiae**, le quali, come abbiamo visto, erano costituite dall'esistenza di altri elementi indipendenti della **confarreatio** (133).

Por tanto, para VOLTERRA, el texto de GAYO es el que se puede considerar como más seguro, cuyo contenido lo ve confirmado en el siguiente texto de ULPIANO:

ULP., IX (De his qui in manu sunt):

Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus x praesentibus et sollemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.

También encuentra su confirmación en TACITO cuando habla del **senatusconsulto** que estableció que la **confarreatio** sometía a la **flaminica dialis** a la **manus** del

marido, pero sólo a efectos del culto pues, para otras relaciones podía ser considerada *sui iuris*.

TACITO, *Ann.*, IV,16:

Sub idem tempus de flamine Diali in locum Servi Maluginensis defuncti legendo, simul raganda nova lege disseruit Caesar. Nam patricios confarreatis parentibus genitos tres simul nominari, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse ut olim, eam copiam, omissa confarreandi adsuetudine aut inter paucos retenta: (pluresque eius rei causa adferebat, potissiman penes incuriam virorum feminarumque; accedere ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur) et quod exiret e iure patrio, qui id flamenium apisceretur quaeque in manum flaminis conveniret. Ita medendum senatus decreto aut leges, sicut Augustus quaedam ex horrida illa antiquitate ad praesentem usum flexisset. Igitur tractatis religionibus placitum instituto flaminum nihil demutari: sed lata lex, qua flaminica Dialis sacrorum causa in potestate viri, cetera promisco feminarum iure ageret.

VOLTERRA considera que, si la *confarreatio* hubiese sido una forma de matrimonio, esta norma de la que nos habla TACITO parecería inconcebible y, concluye diciendo: "Como può constatarsi, il pensiero del giurista e dello storico è concorde: la condizione richiesta per essere flamine è di essere nato da persone che hanno partecipato al sacrificio del farreo e di avere lui stesso partecipato ad analogo sacrificio: la conseguenza giuridica che l'ordinamento recolleghava a questa cerimonia era

il sorgere della **manus** sulla donna; gli effecti propri delle **iustae nuptiae** e il vincolo coniugale non dipendevano dalla **confarreatio**, bensì dal persistere della volontà reciproca dei coniugi e degli altri requisiti tra i quali il **conubium**. Da rilevare che l'effecto giuridico della **confarreatio** cioè la **manus** sulla donna, può essere sciolta dalla misteriosa **diffarreatio**, mentre le **iustae nuptiae** si sciolgono per il cessare della volontà reciproca dei coniugi e del **conubium** fra essi" (134).

Efectivamente, estamos de acuerdo con VOLTERRA que la **confarreatio** no fue una forma de matrimonio, pero si estimamos que es importante resaltar que la **confarreatio**, como un modo más de constituir la **manus** sobre la mujer, no puede ser considerada de igual manera durante toda la historia del Derecho romano, es decir, que esta institución sufrió importantes transformaciones a lo largo de su historia que, cuando GAYO, ULPIANO y TACITO nos hablan del mismo, nos están diciendo, sobre todo GAYO y TACITO, que había sido objeto de transformaciones, por otro lado coherentes, si pensamos que tampoco fue igual la concepción más primitiva del matrimonio que la que fue configurándose con el tiempo. Aquí el factor religioso es imprescindible tenerlo en cuenta a la hora de tratar una y otra institución, es decir, si nos situamos en la etapa más primitiva del Derecho romano nos encontramos con una total fusión entre la norma jurídica **ius** y la norma religiosa **fas**, lo que implicaba que cualquier comportamiento público o privado tendría que estar presidido por los predicados jurídicos-religiosos **ius sacrum** y por **mores maiorum**, muestra de ello son los distintos ritos que nos encontramos a la hora de celebrar los esponsales o bien las propias **nuptiae**, los cuales se consideran por la doctrina como elementos no necesarios para la constitución del matrimonio,

al menos para el tiempo clásico y, efectivamente, eso era así. Sin embargo, no podemos negar que, dichos ritos en su inicio no sirvieron simplemente para dar publicidad a una unión conyugal, sino que a través de ellos se intentaba buscar la conformidad de aquellos dioses que iban a proteger la vida del matrimonio, celebrándose no como un recuerdo del pasado sino de acuerdo con las costumbres y creencias que eran vivas en dicho momento histórico.

Por todo ello, el matrimonio romano en sus orígenes tuvo que tener una concepción distinta a la que se dió en la época clásica, de igual manera que esta fue distinta a la que se dió en época postclásica, como repetidamente señala VOLTERRA, de ahí que no estemos de acuerdo con éste autor en limitar la concepción del matrimonio romano a la consideración clásica y postclásica, sino que condicionemos su concepción conforme a los distintos elementos políticos, religiosos y sociales que fundamentaron su distinta configuración jurídica, esto es, durante la época monárquica plenamente fundida con la religión y a partir de la República con la **Lex XII Tabularum** separada de la misma ya que, el Derecho en términos generales comenzó a obtener un carácter laico.

Así las cosas, y centrándose en la **confarreatio** tenemos que decir que esta no fue un tipo de matrimonio, ya que este tuvo su configuración propia en cada momento histórico del Derecho romano, fue una forma de **conventio in manum** que dado su carácter eminentemente religioso tuvo una importancia especial en los tiempos más primitivos, siendo la institución que mayor transformación sufrió, puesto que de ello las fuentes nos informan de manera expresa como hemos tenido ocasión de ver en GAYO y TACITO. De ahí que, cuando DIONISIO DE HALICARNASO (**Ant.Rom.**, II,

25,3) hable de indisolubilidad de la **confarreatio**, fuente que es rechazada en cuanto a su credibilidad por VOLTERRA, se está refiriendo al acto religioso que se realizaba entre cónyuges y que nacía con un carácter de indisolubilidad, aunque ello no quiere decir que ante determinados comportamientos que fuesen contra los principios religiosos, este acto que acompañaba al matrimonio necesitase de un sacrificio **piaculum**, cuyo fundamento encuentra aquí la **diffarreatio**, como acto contrario de la **confarreatio**, celebrado entre el marido y la mujer tendente a disolver dicha forma de **conventio in manum** pero sin que implique o se quiera entender como un repudio marital. Así, cuando FESTO (*De verborum significatu*, v. *Diffarreatio*) nos habla de la **diffarreatio** nos dice lo siguiente:

Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio; dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito.

Este **sacrificii**, como lo llama FESTO, implicaba que el **status** de **flamen** y **flamenica** adquirido por los cónyuges tras la **confarreatio** decaía o se extinguía por otro acto contrario, cesando también la **manus** que el marido tenía sobre la mujer; ahora bien, ello no era una disolución del matrimonio por repudio. Cosa distinta es que, tras una **diffarreatio**, el matrimonio, al ser una relación de hecho que se desenvolvía en el interno familiar, se disolviese por un cese de la **affectio maritalis**, pero este cese de la **affectio maritalis** no consistía en un sacrificio contrario a un acto religioso, sino simplemente la interrupción de la relación conyugal cuya causa emanaba de la voluntad y no de una norma religiosa.

Esta separación entre la norma religiosa y la

norma jurídica sólo se puede apreciar con mayor claridad en momentos históricos posteriores, como son las fuentes de GAYO y TACITO. En un inicio, tal distinción también se dio, pero al ser la **conventio in manum**, y no el matrimonio, el que ejercía un mayor protagonismo en las relaciones interfamiliares, ocurría que el matrimonio quedaba configurado en la costumbre. Ahora bien, también podía ser observado por las normas de la **civitas**, como las causas de repudio que nos relata PLUT. (Rom. XXII), en tanto en cuanto su desenvolvimiento afectase a los principios del **ius sacrum**, regulando un repudio como si de una sanción se tratase y no como un simple cese de la **affectio maritalis**.

Por esta razón, insistimos en la necesidad de aceptar que en Derecho romano no hubo simplemente dos concepciones de matrimonio: Clásica y postclásica, sino que en cada momento histórico el matrimonio estuvo configurado de manera distinta, de tal forma que si no se acepta tal premisa se puede caer en el error de interpretar que, con anterioridad a la **Lex XII tabularum**, el matrimonio y la **conventio in manum** estaban plenamente indiferenciados; en este sentido ya vimos la interpretación que GARCIA GARRIDO mostraba a tenor del **usus**, pero también en relación con la **confarreatio** encontramos posturas semejantes. Así escribe, por ejemplo, CANTARELLA: "Mi pare quindi, in conclusione, che non vi sia alcun ostacolo a ritenere che, nel primo periodo della storia di Roma, matrimonio e **conventio in manum** siano stati la stessa cosa, se e in quanto, ripeto, si facesse ricorso alla **confarreatio**" (135), o bien BOZZA cuando se refiere a la "inscindibilidad" de la **conventio in manum** y del matrimonio, de tal forma que considera la **confarreatio** y la **coemptio** como "aspetti diversi dell'unico fenomeno **nuptiae** (136), teoría esta que fue ampliamente

criticada VOLTERRA (137).

Por último, en cuanto a la **coemptio** y, a tenor de los textos de GAYO, VOLTERRA demuestra de manera definitiva que, esta forma de **conventio in manum**, no puede ser considerada en ningún momento como una forma de matrimonio, los argumentos que fundamentan su postura son los siguientes:

En primer lugar, GAYO (Inst., I,113) nos está diciendo que la **coemptio** es un modo de crear la **manus** sobre la mujer, no a través del matrimonio, sino a través de una **mancipatio**:

Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem.

Pero es más, esta **mancipatio** realizada con ocasión de la **coemptio** tiene una identidad propia, es decir, el efecto que produce sobre la mujer, a diferencia de la **mancipatio** realizada con otras personas libres, es que ella se sitúa **in manu mariti** y no **in servilem conditionem**:

GAYO, Inst., I,123:

...ea quidem quae coemptionem facit, non redigitur in servilem conditionem...

Por otro lado, esta forma de crear la **manus** podía ser celebrada por la mujer con su marido, o bien con un extraño, hablándose entonces de **coemptio matrimonii causa** y de **coemptio fiduciae causa**, la primera realizada siempre con el marido y la segunda celebrada con un ex-

traño e incluso con el propio marido cuando el objeto o causa de la misma no fuese **matrimonii** sino **alterius rei causa**, es decir, cuando por ejemplo se quería evitar la tutela:

GAYO, Inst., 1,114:

Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae vero alterius rei causa facit coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.

Adheriéndonos plenamente a la interpretación que da VOLTERRA a este texto (138), consideramos que, efectivamente, la **coemptio matrimonii causa** no puede ser considerada en manera alguna una forma de matrimonio ya que, con aquel acto, GAYO no habla de constitución de matrimonio sino de **apud eum filiae loco sit**. Sin embargo, tampoco podemos eludir las discrepancias doctrinales que existen al respecto.

Así BOZZA considera que la noticia de GAYO sobre la **coemptio** es, en palabras de la propia nomanista, una "degenerazione", añadiendo: "E evidente, infatti, che delle due forme esistenti all'epoca di Gaio, quella **fiduciae causa**, essendo un espediente per sfuggire alla tutela agnatizia, non può aver costituito la funzione originaria dell'istituto. Quindi deve necessariamente essere un

derivato di quella **matrimonii causa**" (139); la fuente en la que se apoya, principalmente, para tal interpretación es de BOECIO, (*ad Top.*, III,14), por lo que, la réplica de VOLTERRA no se hizo esperar contestándole del siguiente modo: "Boezio non era più in grado di comprendere lo scopo e le finalità dell'istituto della **conventio in manum**, tanto è vero che proprio questo autore, contrariamente a quanto dimostra la Bozza, considera anche l'**usus** una forma di matrimonio (**tribus modis uxor habebatur, usu, farreo, coemptione**). Ora, se seguendo l'opinione della Bozza, è giocoforza ammettere non vi è alcun motivo di ritenere che sia invece esatta per quanto riguarda la **coemptio** e la **confarreatio**" (140), y más adelante sigue diciendo VOLTERRA: "Del pari gratuita è l'affermazione della Bozza che l'indipendenza della **coemptio** dal matrimonio sia una degenerazione dell' istituto. Noi non solo non abbiamo alcun elemento concreto che ci permetta di giustificare tale ipotesi, ma il testo di Gaio è su questo punto chiarissimo e non lascia dubbi. Il giurista tiene infatti a rilevare sin dall'inizio che la donna può fare la **coemptio**, sia con lo stesso marito, -quindi quanto il matrimonio è già avvenuto- sia con un estraneo" (141).

Con todo, la polémica en torno al tema no ha cesado pues, en un trabajo más reciente, concretamente de 1.984, FALCHI vuelve a insistir en la idea de que en época antedecemviral la **conventio in manum** era un efecto necesario de todo matrimonio, produciéndose con el transcurso de un año de vida conyugal o inmediatamente si se había contraído el matrimonio con la **confarreatio** o con la **mancipatio** nupcial, es decir, la **coemptio**. De ahí que, dice FALCHI: "Detto effetto necessario è collegabile con la stabilità del matrimonio in detto periodo storico, essendo limitati i casi di divorzio, considerata la compattezza

della struttura della famiglia agnatizia e la scarsa tutela sia della famiglia di diritto comune che della donna" (142).

No compartimos en absoluto el planteamiento mostrado por FALCHI ya que si, efectivamente, la **conventio in manum** era un efecto necesario del matrimonio, este solamente se hubiera tenido que celebrar entre ciudadanos romanos pues, como vimos en GAYO, (Inst., I,108), la **manus** es **ius propium civium Romanorum**, mientras que, como también tuvimos ocasión de exponer, el matrimonio se realizó además con otros habitantes extranjeros siempre y cuando estuviesen en posesión del **ius conubii**.

Por otro lado, las fuentes que utiliza para sus argumentos se deben a SERVIO y BOECIO, principalmente, autores que, como ya señaló VOLTERRA, muestran desconocer en profundidad la institución de la **conventio in manum** ya que, sin distinguir en el tiempo, distinción que por el contrario sí hace FALCHI, consideran que el **usus**, la **confarreatio** y la **coemptio** eran formas determinadas de matrimonio.

Y, donde encontramos una mayor confusión de conceptos por parte de FALCHI, es en la relación que intenta establecer entre el efecto necesario de la **conventio in manum** sobre el matrimonio con la estabilidad que este presenta en dicho período histórico, diciendo expresamente "essendo limitati i casi di divorzio", a esto tenemos que decir lo siguiente:

- 1º. No se puede confundir la disolución de la **conventio in manum** con la disolución del matrimonio por medio del repudio o divorcio.

Siendo el propio GAYO (Inst., I, 137a) el que deja bien establecida dicha distinción cuando de la *remancipatio* como forma de disolver la *coemptio*.

Inter eam vero quae cum extraneo et eam quae cum viro suo coemptionem facerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coemptionatorem potest, ut se remancipet cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem (virum) repudio missio proinde compellere potest atque si ei nunquam nupta fuisset.

Como se puede ver, GAYO nos está diciendo que la mujer puede compeler al marido para que haga la *remancipatio* cuando ella ha sido previamente repudiada.

- 2º. Por otro lado, fundamentar su postura diciendo que en la época antedecemviral los casos de divorcios fueron muy limitados, nos da una muestra clara de su desconocimiento en torno a esta figura jurídica. Pues, en primer lugar, tendríamos que saber qué entiende FALCHI por divorcio, suponiendo que se refiera al concepto que da GAYO (D.24.2.2), habría que decir que, no es que fuesen limitados los casos que se dieron del mismo, sino que el divorcio así entendido no se pudo dar en ningún momento en la época antedecemviral, ya que en este período

de histórico lo que se dió fue un repudio que, a diferencia del divorcio clásico, su configuración jurídico-religiosa venía determinada por la obligación que existía a realizar el mismo ante determinados actos, realizados por la mujer, que afectaban a los **boni mores** de la familia y al propio **ius sacrum**. Era, en definitiva, un repudio-sanción y no un divorcio cuyas causas emanase, simplemente, del cese de la **affectio maritalis**. aunque fuese de carácter unilateral, tal y como se verá ampliamente a lo largo de este trabajo.

En consecuencia, estos últimos intentos de la doctrina romanística por demostrar que, en algún período histórico del Derecho romano, esto es, con anterioridad a la **Lex XII Tabularum**, el matrimonio y la **conventio in manum** fueron una misma cosa, no han servido para dar nuevas luces en torno al tema. De ahí que, la teoría de VOLTERRA, a nuestro juicio, siga siendo hoy válida para explicar que, el matrimonio y la **conventio in manum**, fueron en todo momento dos instituciones plenamente diferenciadas.

Ahora bien, separando ambas instituciones, consideramos que su teoría sobre la **conventio in manum** nos convence plenamente, aunque con la salvedad de que la **confarreatio**, como institución independiente del matrimonio, sufrió importantes transformaciones a lo largo de su historia, como ya tuvimos ocasión de ver. Sin embargo, en su construcción jurídica sobre el matrimonio, nos encontramos una excesiva bipartición de concepciones, es decir, VOLTERRA en todo momento está diferenciando la concepción clásica del matrimonio con respecto a la que se dió en el

período postclásico, abarcando en lo que llama concepción clásica del matrimonio todo el período comprendido desde los orígenes más remotos del Derecho romano hasta la legislación, efectuada sobre el tema, por los emperadores cristianos. Siendo, precisamente, en este punto nuestra discrepancia con el prof. italiano. Incluso, estamos convencidos de que las objeciones últimas expuestas a su teoría por parte de algunos romanistas, se deben a que no encuentran una respuesta idónea a la concepción que existió sobre el matrimonio hasta la época clásica. Veámos algunas opiniones recientes:

FALCHI muestra esta inquietud: "Per la verità diverse impostazioni della problematica relativa al matrimonio preclassico presenti attualmente tra i romanisti non mi paiono del tutto convincenti...infatti si corre il rischio, così operando, di anticipare al periodo preclassico le concezioni dei giuristi del periodo sucesivo. Né si deve cedere alla suggestione di trasportare di peso figure ed idee dei classici nell'epoca precedente. Invece si deve attribuire la giusta rilevanza alla struttura della famiglia romana repubblicana (y añadiríamos también a la de la época monárquica), alla posizione della donna nel medesimo periodo, alle funzioni giuridiche e sociali assicurate in quel contesto dall'istituto della *manus* agli istituti alternativi alla *manus* introdotti nell'ordinamento per il conseguimento di alcune delle funzioni di essa, al rito nuziale come atto costitutivo dell'unione coniugale" (143).

Otro romanista que se hace eco de este problema es GIOFFREDI diciendo: "Uno dei problemi fondamentali è quello, proprio del diritto preclassico, che riguarda i rapporti tra rito matrimoniale e *conventio in manum*: la

principale difficoltà di soluzione di questo problema crediamo dipenda del fatto che non viene preso esattamente dagli studiosi come il matrimonio si inserisca tra gli altri atti del complesso giuridico romano (144).

Si bien, estamos de acuerdo con el planteamiento del problema, sin embargo no compartimos las soluciones que se ofrecen al mismo, ya que el mismo GIOFFRÉDI considera que la **confarreatio** y la **coemptio**, en su origen, además de ser formas de constitución de la **manus**, son al mismo tiempo actos matrimoniales (145).

Por esta razón, pretendemos exponer cuál fue la concepción del matrimonio romano durante los distintos períodos históricos, ya que mostrar una postura generalizada sobre el mismo supone limitarnos a planteamientos dogmáticos, corriendo el peligro de olvidar los distintos factores políticos, jurídicos, sociales, religiosos, en suma, culturales que configuraron plenamente dicha concepción. De ahí, el fundamento del capítulo siguiente.

NOTAS

- (1) En este sentido, nos dice VOLTERRA: "Materiale proveniente da opere di giuristi classici e da costituzioni di imperatori anteriori a Costantino riguardanti il matrimonio così come concepito nei secoli I, II e III, insieme a materiale tratto da costituzioni di imperatori cristiani, è invece raccolto nella compilazione giustiniana, in un periodo e in un ambiente nel quale la regolamentazione degli istituti famigliari è dominata dall'influenza ecclesiastica.", vid. v. "Matrimonio", en **Encicl. del diritto**, XXV (1.975), pág. 730.
- (2) Sin embargo, podemos ver una definición del matrimonio en el Epitome de Gayo, I, 4pr.: **Legitimae sunt nuptiae, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus vel consensu ducat uxorem.** Ahora bien, sabemos que esta obra tuvo que ser alterada por los visigodos ya que sólo la conocemos a través del **Breviarium Alaricianum** o **Lex Romana Wisigothorum** y, como señala HITZIG, fue corregida en el sentido de omitir lo que en aquellos momentos no estaba vigente, en "Über die Handschrift Nr. 82 des Domcapitels zu Vich", **ZSS.** 14 (1.983), pág. 221. De ahí que, **ARCHI**, **L' Epitome Gai. Studio sul tardo diritto romano in Occidente**, Milano (1.937-XV), cuando interpreta este texto nos diga: "Ma il vero è che qui **consensus** non vuole avere il significato di **maritalis affectio**, ma altro, che deve venir determinato. Scrive l'epitometore: **nuptiis intervenientibus vel consensu.** Il **consensus** qui è posto sullo stesso piano delle **nuptiae**: ma che valore ha quest'ultimo termine? Che significato? Non vi può essere dubbio che esso si riferisce a certe formalità, che dovevano usualmente accompagnare il matrimonio, formalità che ci vengono attestate

anche da altre fonti. Si veda ad es. L'interpretatio a Paul. Sent. 2,20,5 e quella soprattutto a C. Th. 3,7,3", pág. 144.

(3) GARCIA GARRIDO, "La convivencia en la concepción romana del matrimonio," separata del Libro Homenaje al prof. Giménez Fernández, Sevilla (1.967), págs. 5 ss.

(4) Es amplísima la bibliografía en torno al tema, siendo casi imposible recopilarla en su totalidad. Ahora bien, podemos decir que, hasta los estudios realizados por MANENTI, *Della inapposibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena (1.989), donde al mostrar su concepción del matrimonio abrió nuevas luces sobre el tema, todos los estudios anteriores a él se manifiestan unánimemente en la creencia de la doble existencia de matrimonios; pues la concepción sobre el mismo era de carácter contractual y no como una situación de hecho tal y como propugnaba MANENTI. Por tanto, para la mención de los autores anteriores a éste, nos remitimos a la recopilada por GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, lib. XXIII, Milano (1.898), págs. 134 y 135, nt. a.

(5) GLÜCK, *op. cit.*, pág. 138.

(6) Además de las continuas referencias de GAYO sobre la *conventio in manum*, cfr., entre otras, CIC. *Top.*, III.14; QUINT. *Inst. Or.*, V, 10,2; BOECIO, *Int. Top. Cic. Commentaria*, 2.

(7) BOECIO. In *Top. Cic. Commentaria*, 2, utiliza la expresión *nuptiarum: Nunc de proposito videamus exemplo. Uxor species sunt duae, una matrumfamilias, altera, usu...haec autem certa erat species nuptuarum.*

(8) Cfr., GAUDEMET, "Observations sur la manus", *RIJA*. 2 (1.953), págs. 327 ss. (=Etudes de droit romain, III, Pubblicazioni della

Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino. Jovene Editore (1.979), págs. 194 ss.

- (9) BONFANTE, **Corso di diritto romano, vol. I. Diritto de Famiglia** Roma (1.925), págs. 50 ss., Cfr. MONIER, **Manual élémentaire de Droit romain** col. 1. París (1.947) reimp. (1.954), págs. 283 ss.
- (10) Vid. PAULO, **Fragm. Vat. 115 (CIC Pro Flac.,XXXV, 86; SERV. Ad. Veg. Georg. I. 131; A. GEL. Noct. Att., X. 23.**
- (11) BRINI, **Matrimonio e divorzio nel diritto romano** vol. I., Bologna (1887), reimp. Roma (1.975) pág. 38 ss. Con un distinto planteamiento, LABBE, "Du mariage romain et de la manus" en **R.H.L.Fr.** 11 (1.887) págs. 13 ss.
- (12) Vid., entre otros, BRINI, **op. cit.**, I, págs. 37 ss.; SCHUPFER, **La famiglia secondo il diritto romano**, Padova (1.876), págs. 98 ss.; LONGO, **La manus e i rapporti fra i coniugi**, Palermo (1.885), pág. 17; PEROZZI, "Problemi di origine" **Studi giuridici**, vol. I Milano (1.948) pág. 534; ARANGIO RUIZ, **Istituzioni di diritto romano**, Napoli (1.949), págs. 435 ss.; VOCI, **Istituzioni di diritto romano**, Milano (1.948) pág. 464 ss.; CANTARELLA "Sui rapporti fra matrimonio e **conventio in manum**, **RISG.** ser. III, 10 (1.959-62) págs. 192 ss.; LEVY-BRUHL, **Nouvelles Etudes sur le très Ancien Droit romain**, Paris (1.947), págs. 63 ss; ID., "Les origines du mariage sine manu", **RHDF** 16 (1.937), págs. 545 ss.
- (13) Vid. los autores citados por GLÜCK, **op. cit.**, pág. 136. Incluso autores más recientes, con una concepción más avanzada del matrimonio, es decir, distinguiendolo de la institución de la **conventio in manum**, defienden esta originalidad del **usus**. Así, DI MARZO, **Lezioni sul matrimonio romano**, I, Palermo (1.919), pág. 23, donde deduce su anterioridad a la **confarreatio** en función al orden que en el texto de Gayo (I, 110) aparece, lo cual

es bien acogido por ROBLEDA al decir: "lo que no está desprovisto de toda verisimilitud, a causa, por ej., de la necesaria presencia de un **flamen Dialis**, que supone el culto público ya bien organizado", **El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad**, Roma (1.970) pág. 21, nt. 59.

- (14) Vid, entre otros ROSSBACH, **Untersuchungen über die römische Ehe**, Stuttgart (1.853), págs. 95 ss.; COSTA, **Storia del diritto romano privato**, Torino (1.911), págs. 10 ss.; KARLOWA, **Die Formen der römischen Ehe und Manus**, Bonn (1.868), reimp. Leipzig (1.972), pág. 71; ID., **Römische Rechtsgeschichte**, II, (1.901), pág. 165; WESTRUP, **Richerches sur les formes antiques du mariage dans l'ancien droit romain**, Copenhague (1943) págs. 6 ss.; LEONHARD, v. **Confarreatio**, en **PW IV** (1.900) pags. 198 ss.; MARQUART, **La vie privée des Romains**, I, Paris (1.892), pág. 430; SCHUPFER, **La famiglia**, op. cit., pág. 90; PARIBENI, **La famiglia romana**, Roma (1.929), pág. 227; MONIER, op. cit. pág. 283; KUNKEL, v. **Matrimonium** en **PW XIV** (1.930), pág. 2270; JOBS-KUNKEL-WENGER, **Römisches Recht** (Berlín (1.935), pág. 277, BUCKLAND, **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge (1.921), pág. 119; FOWLER, "Confarreatio. A Study of patrician Usage", en **Journal of Roman Studies** (1.916), pág. 186; BONFANTE, **Corso**, op. cit. I, págs. 43 ss.
- (15) NOAILLES, "Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains", en **Ius et Fas. Etudes de droit romain**, Paris (1.948), pág. 13, las ceremonias a las que alude están tratadas en "Junon. Déesse matrimoniale des romains", **Ius et Fas op. cit.** pág. 30 ss.
- (16) Vid, entre otros SCHUPFER, **La famiglia**, op. cit., pág. 97; KARLOWA, **Röm. Rechtsgeschichte**, II, op. cit., pág. 162; GIRARD, **Manuel élémentaire de droit romain**, Paris (1896), págs. 143 ss.; ARAN-

GIO RUIZ, *Istituzioni*, op. cit., pág. 425; BONFANTE, *Corso*, op. cit., 43 ss; PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*. Roma (1928) págs., 332 ss; CANTARELLA, op. cit., pág. 202.

(17) MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig (1.908), págs. 252 ss.

(18) Vid., entre otros, MARQUARDT, op. cit., págs. 44 ss; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris (1.928) , págs. 156 ss; VOCI *Istituzioni*, op. cit., págs. 367 ss; LEVY-BRUHL, *Nouvelles études*, op. cit., págs. 64 ss.; ID. *Les origines*, op. cit.; págs. 545 ss.

(19) GARCIA GARRIDO, op. cit., pág. 9. Sin embargo, recientemente BRUNELLA BIONDO, *Farreo coemptione usu en Sritti in onore di A. Guarino*, vol. 3 Napoli (1.984) considera que: "la progressione usu, farreo, coemptione debba essere corretta, en piano della storia, in farreo, coemptione, usu", pág. 1301 ss.

(20) PEROZZI, *Problemi di origine*, op. cit., págs. 529 ss.

(21) CUQ, op. cit., pág. 156.

(22) MONIER op. cit., pág. 283. Vd. NOAILLES, "Junon" op. cit., pág. 31.

(23) Cfr., GAYO, *Inst.*, I,112; I,136; DION. HAL., *Ant. Rom.*, II,25; TAC., *Ann.*, IV, 16; PLIN., *Hist. Nost.*, XVIII, 3; APUL., *Met.*, V,26; SERV., ad *Verg. Georg.*, I,31; ID., ad *Verg. Aen.*, IV, 103,374; ARN., *Adv. Gent.*, IV,20; BOEC., ad *Cic. Top.*, III,14; ULP., *Reg.*, IX,1.

(24) Ello es, al menos, lo que se desprende del texto de GAYO, *Inst.*, I,112. Por otro lado, sabemos que la plebe no tuvo acceso al pontificado hasta la aparición de la *lex Ogulnia de auguribus*

et pontificibus, año 454/300; vid. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano (1.912), reimp. Hildesheim (1.962), pág. 236.

- (25) Cfr. v. gr., SCHUPFER, *op. cit.*, págs. 94 ss; BONFANTE, *op. cit.*, págs. 43 ss.; CUQ, *op. cit.*, pág. 156; GIFFARD *Precis de droit romain*, I, Paris (1.948), pág. 227; WESTRUP, *Quelques observations sur les origines du mariage par Usus et du mariage sans Manus dans l'ancien Droit Romain*, Paris (1.926), pág. 19; SCHWIND, "Probleme des römischen Ehe-rechten", en *Scritti in onore Ferrini*, IV, Milano (1.949), págs. 133 ss.
- (26) Cfr. v. gr., DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, Firenze (1.957) pág. 237; KARLOWA, *Die Formen*, *op. cit.*, pág. 63; LONGO, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano (1.946), págs. 46 ss.; BURDESE, *Gli Istituti del Diritto privato romano*, Torino (1.962), pág. 111; KOSCHAKER, "Die Eheformen bei den Indogermanen", en *Zeitschrift für Auslen. und international Privatrecht* (1.937), pág. 77 ss; MANIGK, v. *Manus*, en *PW. XIV*, 28 (1.930) col. 1389.
- (27) PEROZZI, *Problemi di origine*, *op. cit.*, págs. 533 ss.
- (28) Cfr. v. gr., BRINI *op. cit.*, I, págs. 51 ss.; DECLAREUIL, *Roma y la organización del Derecho*, Barcelona (1.928), pág. 108 ss; HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris (1.927), págs 245 ss.; ROSSBACH, *op. cit.*, págs. 198 ss.; BONFANTE, *Corso, op. cit.*, págs. 46 ss; LONGO *op. cit.*, págs. 46 ss.; WESTRUP, *Quelques observations, op. cit.*, pág. 21; DÜLL, "Studien zur Manusehe", en *Festschrift für L. Wenger*, I, München (1.944), pág. 211; KOSCHKER, *Die Eheformen, op. cit.*, pág. 84; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni, op. cit.*, pág. 434; KASER, "Ehe und conventio in manum", en *IURA*, 1 (1.950), pág. 73; ID. *Das Römische Privatrecht*, München (1.955), págs. 274 ss.; BURDESE, *op. cit.*, pág. 111; PEROZZI, *Istituzioni, op. cit.*, pág. 332; WOLFF, *Trinoctium*, en *TRG.* 16 (1.939), págs. 153 ss.; MAYER-MALY, "Studien zur Frühgeschich-

te der usucapio II", en ZSS, 78 (1.961), págs. 260 ss, SÜLLNER, Zur Vogeschichte und Funktion der Actio rei uxoriae, Köln, Wein (1.969), págs. 14 ss., GARCIA GARRIDO, op. cit., pág. 16 ss.

- (29) VOLTERRA, *Diritto romano e diritto orientali*, Bolonia (1.973) reimp. ANTIQUA, 22 (1.983), pág. 111, Cfr., v. gr., KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, op. cit., pág. 166; CUQ, op. cit., pág. 156, LEVY-BRUHL, *Nouvelles Etudes*, op. cit., pág. 75; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, Bolonia (1.975), págs. 56 ss.
- (30) STUEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor codicis veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Accademiae Regiae scientiarum Berolinensis edidit*. Lipsiae (1.874), citado por ROBLEDA, op. cit., pág. 14, nt. 36.
- (31) Vid. ROBLEDA, op. cit., pág. 15, nt. 40, donde dice: "Si bien discrepen en el reproducir: *is* o, más bien, *vir*. Por el pronombre *is*, con STUEMUND están, por ej., KRÜGER, NOVELLIUS, BAVIERHA, REINACH; por el sustantivo *vir*, el primero, KUEBLER (con SECKEL), y con él ARANGIO RUIZ, GUARINO, D'ORS, GIRARD, ZULUETA, M.DAVID. Desde luego es mucho más admisible *vir* que *is*, una vez que el pronombre se había de referir a un nombre precedente (el marido), que no existe". Cfr., v. gr., BRINI, op. cit., I, págs. 51 ss; CARRELLI, "Coemptio matrimonii causa", en *Annali Macerata*, XI (1.933), págs. 189 ss; CANTARELLA, op. cit., págs. 205 ss.
- (32) HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae (1.886), citado por BONFANTE, op. cit., pág. 47, nt. 1. Vid., KNIEP, *Gai Institutionum commentarius primus*, Jena (1.911) pág. 45
- (33) BONFANTE, op. cit. págs. 48 ss.
- (34) FALCHI, "Osservazioni sulla natura della 'coemptio matrimonii

causa' nel diritto preclassico", en SDHI, 50 (1.984). págs. 378 ss.

(35) MARQUARDT, *La vie privée*, op. cit., págs. 40 ss.

(36) CUY, *Manuel*, op. cit., pág. 156.

(37) SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano (1.960), pág. 560.

(38) Cfr. v.gr., KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, op. cit., págs. 159 ss; WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtssordnung der Gegenwart*. Basel (1.949), pág. 40; PEROZZI, *Istituzioni*, op. cit., págs. 331 ss. KASER, *Ehe und conventio in manum*, op. cit., pág. 72 JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Röm. Recht*, op. cit., pág., 277; LEVY-BRUHL, *Les origines*, op. cit., pág. 476; VOLTERRA, "Nouve recherche sulla *conventio in manum*," en *ATTI Lincei*, ser. VIII, vol. 11 (1.966), págs. 302 ss.

(39) Cfr. CIC., *pro Flacco*, XXXIV, 84; SERV., *Ad Verg. Georg.*, I,31; MARCR., *Saturn.*, I,31; A.GEL., *Noct. Att.*, III,2.

(40) BONFANTE, *Corso*, op. cit., pág. 49.

(41) WESTRUP, *Quelques observations*, op. cit., pág. 29.

(42) LEVY-BRUHL, *Nouvelles perspectives*, op. cit., págs. 70 y 71.

(43) GARCIA GARRIDO, "La convivencia", op. cit., pág. 19.

(44) GARCIA GARRIDO, op. cit., pág. 19.

(45) BRINI, op. cit., vol. I, págs. 54 ss.

- (46) WESTRUP, *op. cit.*, págs. 31 ss.
- (47) LEVY-BRUHL, *op. cit.*, pág. 68.
- (48) BONFANTE, *Corso*, *op. cit.*, pág. 49.
- (49) GARCIA GARRIDO, "La *conventio in manum* y el matrimonio", en *AHDE*, 16 (1.956), pág. 783.
- (50) GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, págs. 784 y 785.
- (51) Cfr., BRINI, *op. cit.*, vol. I, págs. 58 ss.
- (52) PLUT., *Quaest. rom.*, CV; VAL. MAX., *Fact. et dict. memorab.* II, 1,3; IV,3,3; PLUT., *Tib. Grac.*, 1; T.LVIO,X,23;1-10; TAC., *Ann.*, II,86; SERV., *Ad Aen.*, IV,19; CIL., VI,3604; 12405;7732; 14404; III, 3572; VIII, 7384; IX,5142; X,3058; 3351; 7196. Es también de mencionar que la novia era en todo momento acompañada y asistida por una *matrona*, casada o viuda, pero que también fuese *univira*, es decir, que solo hubiese estado casada una vez, así FEST., v. *pronubae*, 282 L: *Pronubae adhibentur in nuptiis, quae semel nupserunt*; SERV., *Ad Aen.*, IV,166: *Varro pronuban dicit quae ante nupsit et quae uni tantum nupta est.*
- (53) Cfr., VAL.MAX., *Fact. et dict. memorab.*, II,1; CIC., *De div.*, I,104; OVID., *Fast.*, VI,225-234.
- (54) Tomados los auspicios, los augures anunciaban el resultado de sus observaciones a varios invitados. Cfr., SUET., *Claud.*, 26; TAC., *Ann.*, XI,27; XV,37; JUV., *sat.*, II,119 y 132; VI,200; X,336; MART., *Epigr.*, XII, 5; APUL., *Apol.*, 68.
- (55) Cfr., SERV., *Ad Aen.*, IV,166; ISIDOR., *Orig.*, IX,7,8.

- (56) TAC., *Ann.*, XI,27; PLUT., *Quaest.rom.*, II; VARR., *Rer. rust.*, II,4,9; VAL.FLAC., *Argon.*, VIII,243. Cfr., HUMPERT, *Le remariage à Rome. Etude d'Histore juridique et sociale*, Milano (1.972), pág. 16.
- (57) MACR., *Saturn.*, I,15,21; CAT., *Carm.*, LXI; LXII,20-25; LXV-LXVIII
- (58) PLUT., *Quaest. rom.*, XXXI; T.LIV., I,9,12; SERV., *Ad Aen.*, I,651; PLUT., *Pomp.*, 4; MART., *Epigr.*, XII,42,4; I,35,6-7; III,93,25.
- (59) Estos jóvenes que acompañaban a la novia se aprecia en distintas fuentes, tales como en FEST., 282 b.: *Patrimi et matrimi pueri praetextati tres nubentem deducunt, unus qui facem praefert, ex spina alba...duo qui tenent nubentem*; SERV., *Ad Georg.*, I,31; T. LIV., XXXVII,3,6. Por otro lado, eran considerados como protegidos de los dioses, por lo que su presencia era estimada como un buen augurio para la vida de ese nuevo matrimonio; cfr., PLAUT., *Cas.*, 798-800; MART., *Epigr.*, XII,42,3; CIC., *Cluent.*, XV.
- (60) CIC., *Pro Mur.*, XII,27; PLUT., *Quaest. rom.*, XXX.
- (61) CATUL., *Carm.*, LXI,159-161; PLUT., *Quaest.rom.*, XXIX; PLAUT., *Cas.* 815-816; SERV., *Ad Ecl.*, VIII,29.
- (62) FEST., *Aqua et igni: Aqua et igni tam interdicti solet damnatis, quam accipiuntur nuptae, videlicet quia hae duae res humanam vitam maxime continent. Itaque funus prosecuti redeuntes ignem supergrediebantur aqua aspersi; quod purgationis vocabant suffitionem.* Cfr., D.24,1,66,1 (SCEV. lib. IX dig.).
- (63) Cfr., GUILLEN, *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. I. La vida privada*, Salamanca (1.977), pág. 142.
- (64) De entre esos ritos GUILLEN nos menciona: "Las súplicas a los

dioses de la casa, el colocar a la nueva esposa sobre la representación del **Mutunus Tutunus**, para asegurar la fecundidad; y la ofrenda de los tres ases de la mujer: el uno a su marido, el otro a los Lares domésticos, y el tercero en el hogar de los Lares compitales más próximos", **op. cit.**, pág. 142.

(65) Cfr., **CATUL.**, **Carm.**, LXI,179 ss; **HOR.**, **Od.**, IV,5,23; **OVID.**, **Trist.**, IV,5,31-32.

(66) **JUV.**, **Sat.**, VI,204.

(67) **HOR.**, **Sat.**, II,2,60: **Repotia...secundus dies a nuptiis quo virgo ad muliebrem habitum componitur**; **A.GEL.**, **Noct.Att.**, II,24,14: **et aliis quibusdam festis trecenti, nuptiis autem et repotiis sextertii mille.**

(68) **BRINI**, **op. cit.**, vol. I, pág. 62, citando en la nt. 2 algunos de los autores que siguen esta opinión.

(69) Cfr., D.13,6,5,10 (**ULP.**, **lib. XXVIII ad ed.**); D.23,3,68 (**PAPIN.**, **lib. X quaest.**); D.23,3,69,3 (**PAPIN.**, **lib. IV resp.**); D.24,1,66 pr. (**SCEV.**, **lib. IX dig.**); D.48,5,14,8 (**ULP.**, **lib. II de adult.**); C.5,3,6.

(70) Cfr., **PLUT.**, **Quaest.rom.**, L; **C.I.L.**, X, 6662; **ORELLI**, **Inscript.**, nº 2648: **Sacerdos confarreationum et et diffarreationum.**

(71) **LANDUCCI**, "Indisolubilitá del matrimonio confarreato", en **AG.**, 57 (1.896), págs. 3 ss, con amplia bibliografía.

(72) Cfr, entre otros, **DION.HAL.**, **Antiq.Rom.**, II,25,2-3; **A.GEL.**, **Noct.Att.**, X,15,22; **FEST.**, v.**Flammeo**; **SERV.**, **In Verg. ad Aen.**, IV,29; IV,103; IX,374; **TERTUL.**, **De exhort. cast.**, XIII. **GAYO**, **Inst.**, I,136, sobre este último texto, cfr., **MESSINA**, "Le lacune

di Gai 1,136-137", en *Scritti in onore di A. Guarino*, vol. 2, Napoli (1.984) págs. 813 ss.

(73) El problema sobre la posible indisolubilidad del matrimonio de la que hablan las fuentes, y más concretamente en relación con la **confarreatio**, es tratada con mayor profundidad en el capítulo I de la parte II de esta tesis.

(74) FEST., v. **Remancipatam: Remancipatam Gallus Aelius esse ait, quae mancipata sit ab eo, cui in manum convenerit.** Cfr. GAYO, *Inst.*, I,115; 118; 136; ULP; *Reg.*, XI,5.

(75) BRINI, *op. cit.*, vol. II, pág. 128.

(76) Cfr., A.GEL., *Noct.Att.*, III,2,13; MACR., *Saturn.*, I,111.

(77) BRINI, *op. cit.*, vol. II, pág. 133 ss; FERROZZI, *op. cit.*, págs. 337 ss; MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, trad. esp. POU Y ORDINAS, Barcelona (1.892), pág. 8; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp. PRIETO CASTRO, Barcelona (1.937), págs. 398 ss.

(78) BOZZA, "Manus e matrimonio", en *Annali Macerata.*, 15 (1.941), págs. 16 ss; BONFANTE, *op. cit.*, págs. 42 y 49; GARCIA GARRIDO, *Conventio in manum*, *op. cit.*, págs. 784 ss; ID., "La convivencia", *op. cit.*, pág. 18; LEVY-BRUHL, *op. cit.*, págs. 66 ss.

(79) WESTRUP, *op. cit.*, págs. 24 ss; para ampliar sobre las diversas interpretaciones GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, *op. cit.*, págs. 137 ss.

(80) BRINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 113. Esta postura es seguida por todos los autores que defienden la existencia de dos tipos de matrimonios: **cum manu** y **sine manu** en el Derecho romano, al menos, en las primeras etapas históricas del mismo. Por ello, he-

mos tomado la opinión de BRINI por ser el autor que, conforme a dichos postulados, trata con mayor profundidad el tema en cuestión y, por otro lado, los demás autores acuden al mismo para adherirse a sus interpretaciones generales, discrepando solo en algunos puntos en concreto pero, en definitiva, sin alterar profundamente sus predicados.

(81) BRINI, *op. cit.*, vol. I, págs. 63 ss.

(82) Cfr., GAYO, *Inst.*, II, 139 y 159, donde se puede apreciar el lugar que ocupaba la mujer en la familia del marido cuando era adquirida la *manus* sobre ella; de ahí que, estos autores que defienden la existencia de dos tipos distintos de matrimonios, vean en dichos textos la alusión a un matrimonio *cum manu*. Vid., ESMEIN, "La manus, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain", en *Mélanges: l'histoire du Droit*, Paris (1.886), págs. 3 ss, (= en *R.G.D.* 7 (1.883), págs. 5 ss; CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, Giessen (1.870), págs. 37 ss; VOIGT, *Die XII Tafeln*, Leipzig (1.883), págs. 160 ss; BRINI, *op. cit.*, págs. 133 ss.

(83) Sobre las teorías del matriarcado, vid. BACHHOFEN, *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung ueber die Gynaikokratie der alten religiösen und rechtlichen Natur*, Basel (1.861), 2ª ed. (1.897) 3ª ed. (1.948); BERNHÖFT, *Staat und Recht der römischen Königszeit im Verhältnis zu verwandten Rechten*, Stuttgart (1882). reimp. Amsterdam (1.968), págs. 138 ss; BINDER, *Die Plebs*, Leipzig (1.909), págs. 401 ss.

(84) COSTA, *Storia*, *op. cit.*, pág. 16.

(85) BRINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 123.

(86) BRINI, *op. cit.*, vol. I, pág. 128.

(87) Cfr., BRINI, *op. cit.*, vol. 1, págs. 130 ss; COSTA, *op.cit.*, pág. 15. Las fuentes en las que se fundan para tal afirmación son: A.GEL., *Noct. Att.*, IV,3,2; CIC., *De Fin.*, III,20,68; PLAUT., *Capt.* 889, entre otras. Sin embargo, esta interpretación no convence del todo al resto de la doctrina, así se puede observar en FULCI, "Il divorzio nella prima epoca del diritto romano", *AG.* 53 (1.894), pág. 237 ss; FADDA que, realizando una recensión a la obra de BRINI muestra sus dudas al respecto, aunque sin argumentar nada que pueda rebatir lo contrario, *RISG.* 3 (1.887), pág. 122.

(88) Cfr., CIC, *Top.*, III,14; A.GEL., *Noct.Att.*, XVIII,6,9; ISID., *Or.*, V,24,26; NOM.MARC., 442; SERV., *In Aen.*, II,476; QUINT., *Inst.Orat.*, V,10,62.

(89) BRINI, *op. cit.*, vol. 1. págs. 134 y 139.

(90) Numerosas fuentes nos dan noticias de la existencia de los esponsales como promesa de las futuras nupcias (D.23,1,1), de donde venía a los prometidos el nombre de *sponsus* y *sponsa* (D. 23, 1,2 y 3; A.GEL., *Noct.Att.*, IV,4,2; SERV., *An Aen.*, XII,79), para los cuales no se necesitaba la presencia física de los prometidos (D.23,1,11; D.23,1,18) pero sí su consentimiento, presumiéndose en caso de que lo prestase el *pater* al no ser contradecido por los esposos (D.23,1,12 y 13). No está establecida claramente la edad que tienen que tener los contrayentes para celebrar los esponsales, aunque sí contamos con fuentes que nos indican que no deben ser antes de los siete años (D.23,2,14; SUET. *Caes.*, I; NEPOTE, *ATT.*, XIX). La fórmula empleada para los mismos, para su constitución, consistía en una pregunta seguida de una respuesta: *Sponden...? —Spondeo..* (PLAUT., *Trin.*, 571-573; y 1157; ID., *Aul.*, 255-256; ID., *Curc.*, 674-675; ID., *Poen.*, 1157; TER., *And.*, 99-103; ID., *Ad.*, 499-735; ID., *Phorm.*, 120; ID., *Eun.* 1036; A.GEL., *Noct. Att.* XII,8,4; VARR.,

De ling. lat., VI,71). En cuanto a los impedimentos para contraer los esponsales, se establece la imposibilidad de celebrarlos por aquellos que no podían contraer **iustae nuptiae** (D.23,1,16).

(91) BRINI, *op. cit.*, vol. 1, pág. 127.

(92) BONFANTE, *op. cit.*, págs. 225 y 226.

(93) BRINI, *op. cit.*, págs. 139 ss.

(94) BRINI, *op. cit.*, pág. 133.

(95) BRINI, *op. cit.*, pág. 134.

(96) BRINI, *op. cit.*, págs. 135 ss.

(97) Efectivamente para este sector doctrinal, es este tipo de matrimonio, frente al **cum manu**, el que no requiere ninguna solemnidad. Sin embargo, en la doctrina actual, cuando se habla del matrimonio lo configuran también como una institución sin formas ni solemnidades, pero sin calificarlo de **sine manu**.

(98) BRINI, *op. cit.*, pág. 145.

(99) Entre los textos invocados por aquellos que sostienen ser la **deductio** un elemento formal necesario para la formación del matrimonio, podemos mencionar: D.23,2,5; D.24,1,66,1; D.35, 1, 15; PAUL., *Sent.*, 2,19,8; TERT., *De virg. vel.*, II; NON. MARC., II, 115 y 143; ID. XII, 531; SERV. *In Aen.*, II,17; ISID., *Etym.*, III,10. Esta tesis fue ampliamente defendida por LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar (1.925), págs. 70 ss; encontrando importantes adhesiones, entre las que podemos destacar los estudios realizados por ALBERTARIO que,

partiendo de tales presupuestos, destacó la importancia del elemento espiritual del matrimonio **affectio maritalis** y de aquel exterior del **honor matrimonii**, así como la analogía entre el matrimonio y la posesión, cfr., "Honor matrimonii e affectio maritalis, en **Studi di diritto romano**, vol. 1, Milano (1.933), pág. 197 ss; "L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano", **op. cit.**, pág. 213 ss; "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", **op. cit.**, págs. 231 ss.

(100) LEVY, **Der Hergang**, **op. cit.**, págs. 74 ss.

(101) CUQ, **op. cit.**, pág. 157.

(102) BONFANTE, **op. cit.**, pág. 189.

(103) BRINI, **op. cit.**, vol. II, págs. 156 y 157.

(104) Cfr. D.24,2,2 (GAYO, **lib. XI ad ed. prov.**); D.50,16,191 (PAUL., **lib. XXXV ad ed.**).

(105) Vid., PERUZZI, **Istituzioni**, **op. cit.**, "Ne matrimoni liberi la facoltà di repudio fu sino dalle origini bilaterale", pág. 365; BRINI, **op. cit.**, vol. II, págs. 169 ss.

(106) LANDUCCI, "Indissolubilità", **op. cit.**, págs. 16 ss.

(107) D.24,2,2. (GAYO, **lib. XI ad ed. prov.**).

(108) BRINI, **op. cit.**, pág. 158.

(109) BRINI, **op. cit.**, pág. 218.

(110) BRINI, **op. cit.**, pág. 222; cfr., FULCI, "Il divorzio nella pri-

ma epoca del diritto romano", *op. cit.*, pág. 255.

(111) Cfr., *PLAUT.*, *Cas.*, 210; *MART.*, *Ep.*, XI,104,1.

(112) Cfr. *VARRO*, *Apud NON.MARC.* 77, v. *beatere*.

(113) Cfr., *PLAUT.*, *Amph.*, 928; *ID.*, *Trin.*, 266; *ID.*, *Cist.*, 768; *MART.*, *Ep.*, X,41; *APUL.*, *Metam.*, V,26.

(114) *BRINI*, *op. cit.*, págs. 216 ss.

(115) *BRINI*, *op. cit.*, vol. III, pág. 65.

(116) Cfr. D.24,2,9 (*PAUL.*, *lib. II de adult.*); D.38,11,1,1 (*ULP.*, *lib. XLVII ad ed.*); D.48,5,44 (43) (*GAYO*, *lib. III ad legem duodecim tabularum*).

(117) En cuanto a la decadencia de la *conventio in manum*, vid., *GAUDEMET*, "Observations sur la manus", *op. cit.*, págs. 325 ss; *ROBLEDA*, "Il matrimonio", *op. cit.*, págs. 55 ss; *VOLTERRA*, V. "Matrimonio", *Enc. del Diritto*, *op. cit.*, pág. 759 nt 70.

(118) Cfr., *VOLTERRA*, *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*. Pisa (1.931-32), pág. 184; *ID.*, *Diritto romano e Diritto orientali*, *op. cit.*, pág. 11; *ID.*, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova (1.940); *ID.*, *Diritto di famiglia*. Bologna (1.946) págs. 20 ss; *ID.*, "Quelques observations sur le mariage des filiifamilias", en *RIDA I* (1.948). págs. 213 ss; *ID.*, "Ancora sulla manus e sul matrimonio" en *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli (1.948), págs. 675 ss; *ID.*, "Nuove osservazioni sulla *conventio in manum*", en *ATTI Verona*, vol. III, Milano (1.948), págs. 27 ss; *ID.*, "La nozione giuridica del *conubium*" en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. II Mi-

lano (1.953), págs. 345 ss.; ID., "La conception du mariage à Rome", en RIDA 2 (1.955), págs. 365 ss; ID., *Istituzioni di Diritto romano*, Roma (1.961), págs. 82 ss. y 643 ss.; ID., "Nuove ricerche sulla *conventio in manum*", op. cit., págs. 253 ss.; ID., v. "matrimonio", en *Enc. del Dir.*, op. cit., págs. 726 ss.

(119) DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, op. cit., pág. 62.

(120) ROBLEDA, op. cit., pág. 26.

(121) VOLTERRA, v. "matrimonio", en *Enc. Dir.*, op. cit., pág. 761.

(122) BOECIO, In *Top. Cic.*, 2: *Nunc de proposito videamus exemplo. Uxoris species sunt duae, una matrumfamilias, altera, usu; sed communi generis nomine uxores vocantur. Fit vero id saepe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus et genera; mater vero familias esse non poterat, nisi quae convenisset in manum; haec autem certa erat species nuptiarum.* Por su parte, muestra un parecido comentario QUINT., *Inst. Orat.* V,10,62: ...at si quis cum legatum sit ei quae viro materfamilias esset neget deberi ei, quae in manum non convenerit, specie, quoniam duae formae sint matrimoniorum.

(123) VOLTERRA, op. cit., pág. 761.

(124) VOLTERRA, op. cit., pág. 761, nt. 74.

(125) Esta idea es repetidamente expuesta por VOLTERRA en cualquiera de los escritos que en la nota (117) hemos mencionado.

(126) VOLTERRA, op. cit., págs. 761 y 762 nt. 75.

(127) FALCHI, "Osservazioni sulla natura della *coemptio* matrimonii

causa nel Diritto romano", *op. cit.*, pág. 369.

(128) Efectivamente, hoy podemos facilmente comprobar tanto en estudios monográficos sobre el matrimonio, como en cualquiera de los manuales que traten del tema aún en un nivel más general, cómo la tesis de VOLTERRA es mayoritariamente seguida. Sin embargo, entre los primeros romanistas que mostraron su adhesión fueron ORESTANO, "La struttura giuridica del matrimonio romano", en *BIDR.* 47 (1.940) (este artículo fue más tarde integrado en el libro publicado en Milano (1.951) con el mismo título), pág. 159; AMBROSINO, "Rec. de VOLTERRA, "La conception du mariage", en *SDHI.* 11 (1.945), donde dice expresamente: "La dimostrazione del Volterra è su questo punto completa, e risulterebbe inconcepibile che la confusione sia stata fatta, se l'autore non mostrasse con ampie citazioni bibliografiche come sia diffusa nella più antica e recente letteratura", pág. 338; DANIELI, "Manus e conventio in manum", en *Studi Urbinati*, 19 (1.950- 51), pág. 177, nt. 26.

(129) Cfr., entre otros BOZZA, *op. cit.*, págs. 11 ss.; GARCIA GARRIDO, "La conventio in manum", *op. cit.*, págs. 781 ss.; FALCHI, *op. cit.*, págs. 355 ss.; GIOFFREDI, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma (1.980), págs. 113 ss.

(130) VOLTERRA, "La conception de mariage à Rome", *op. cit.*, pág. 369.

(131) GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 785.

(132) GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, pág. 786.

(133) VOLTERRA, v. "Matrimonio", en *Enc. Dir.*, *op. cit.*, pág. 763, nt. 80.

(134) VOLTERRA; *op. cit.*, pág. 765.

- (135) CANTARELLA, "Sui rapporti fra matrimonio e **conventio in manum**,
op. cit., pág. 224.
- (136) BOZZA, **op. cit.**, págs. 16 ss.
- (137) VOLTERRA, "Ancora sulla **manus** e sul matrimonio", **op. cit.**,
pags. 675 ss.
- (138) VOLTERRA, v. "Matrimonio", **op. cit.**, pág. 767.
- (139) BOZZA, **op. cit.**, pág. 118.
- (140) VOLTERRA, "Ancora sulla **manus**", **op. cit.**, pág. 685.
- (141) VOLTERRA, **op. cit.**, pág. 686.
- (142) FALCHI, **op. cit.**, pág. 382.
- (143) FALCHI, **op. cit.**, págs. 361 y 362.
- (144) GIOFFREDI, **Nuovi studi**, **op. cit.**, págs. 113 ss.
- (145) GIOFFREDI, dice concretamente: "Perciò porsi per questo periodo
più antico il problema se questi riti nuziali abbiano o meno un
valore giuridico è un tema mal posto per il motivo che in ques-
ta età la religione ha valore costitutivo e la ritualità è un
fatto proprio del matrimonio arcaico. Ciò è tanto vero che quan-
do, per le ragioni che si sono viste, si vogliono creare forme
più efficaci e rigide, come la **confarreatio** e la **coemptio**, che
facendo cadere la donna nel pieno potere del marito ne produca-
no il distacco dalla famiglia di origine, la stessa **confarrea-**
tio e la stessa **coemptio**, pur mirando alla costituzione della
manus, sono al tempo stesso atti matrimoniali. Questo fatto,
per quanto riguarda la **confarreatio** è del tutto indiscutibile

perchè essa è certamente un rito matrimoniale costruito sulla base delle antichissime solennità nuziale e poi perfezionato ed arricchito. Ma una affermazione non molto diversa si può fare anche per la **coemptio**. A questa i riti nuziali religiosi restano esterni, però essa stessa si ritualizza sia pure in forma laica: non è più soltanto una **mancipatio**, ma è una **mancipatio** nuziale come indicano alcuni particolari che in essa alludono chiaramente alle nozze. Dunque la ritualità non resta estranea al matrimonio, e conserverà un suo rilievo come manifestazione della volontà nuziale anche se esso più tardi sarà inteso non più come fatto religioso ma come fatto sociale", **op. cit.**, pág. 127.

CAPITULO II

LA CONCEPCION DEL MATRIMONIO ROMANO

II.1.- EN TORNO AL CONTENIDO DE LAS DEFINICIONES ROMANAS SOBRE EL MATRIMONIO.

II.2.- EN TORNO AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO CONTINUO O INICIAL, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL MATRIMONIO.

II.2.1.- Estado de la cuestión.

II.2.2.- Observaciones sobre la ausencia de una regulación normativa del matrimonio hasta la legislación de Augusto y su incidencia en el consentimiento.

II.2.2.1.- El matrimonio en una sociedad gentilicia romana. Importancia de la estructura agnaticia de la familia.

II.2.2.2.- El matrimonio configurado por el rito y la costumbre (*mos*).

II.2.2.3.- La disolución del matrimonio por *repudium* y *divortium*.

7

Una vez visto que el matrimonio y la **conventio in manum** eran dos instituciones plenamente diferenciadas, en este capítulo vamos a tratar de la concepción que Roma tuvo del matrimonio. Para ello, es inevitable tener presente las construcciones doctrinales que se han efectuado sobre la materia dado que, como ya adelantábamos en el capítulo anterior, en las fuentes romanas no se encuentra un **corpus** que, de una manera unitaria, nos de un conocimiento completo del matrimonio desde el punto de vista de su concepción a lo largo de su evolución histórico-jurídica, sino que contamos con diversas noticias sobre él debidas, en la mayoría de los casos, a referencias de otras figuras de Derecho familiar.

Efectivamente, entre las fuentes más antiguas, A. GELIO (**Noct. Att.**, IV,4) nos recuerda un libro de Servio Sulpicio titulado **de dotibus**, el cual trata difusamente los esponsales. El mismo escritor nos da noticias de la formación de los esponsales en la época de la **lex Iulia de civitate** (90 a.C.). La obra de Servio Sulpicio también es recordada por NERACIO PRISCO en un fragmento conservado en el Digesto (D.12,4,8). En el pasaje citado de A.GELIO también se menciona un libro **de nuptiis** de NERACIO PRISCO.

En las Instituciones de GAYO, no se recoge un tratamiento particular sobre el matrimonio, sino que menciona al mismo a tenor de las uniones que no pueden ser

consideradas con el valor jurídico de matrimonio legítimo *nefariae et incestae nuptiae*. Así mismo, sus referencias sobre el matrimonio son indirectas cuando trata de la *conventio in manum*, lo cual ha llevado, como vimos, a que durante mucho tiempo un importante sector doctrinal considerase a la *conventio* como una forma de matrimonio: *matrimonio cum manu*. En el Epítome de las Instituciones gyanas, en el lib. I, tit. IV bajo el título de *matrimoniis*, se da una breve noción de matrimonio pasando, seguidamente, a la exposición de aquellos casos de uniones ilícitas.

Ahora bien, en donde podemos encontrar mayores referencias es en las siguientes obras:

En los Digesta contamos con numerosos fragmentos que comentan la *lex Iulia et Papia*, título bajo el que se designan las *lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *lex Papia Poppaea*, y, cuyos autores principales son: GAYO, MAURICIANO, TERCENCIO CLEMENTE, MARCELO, PAULO y ULPIANO. También son frecuentes las alusiones a la *lex Iulia de adulteriis*, por las referencias de ULPIANO, PAPINIANO, PAULO y MARCIANO. Siendo de especial interés los libros 23, 24 y 25 del Digesto por recoger en ellos fragmentos sobre el matrimonio de la época pagana. Y de los juristas mencionados hay que destacar las obras de ULPIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani* y de PAULO *Sententiarum libri*, de las cuales encontramos varias partes en colecciones prejustinianas: *Collatio*, *Consultatio*, *Fragmenta Vaticana*, *Lex Romana Wisigothorum* y *Lex Romana Burgundionum*.

En cuanto al tratamiento del matrimonio post-clásico hay que acudir al *Codex*, donde se recogen las constituciones imperiales, y a las *Instituta* y las *Novelae leges*, para las referencias a la legislación justiniana

destacando, concretamente, el libro V del *Codex*, el lib. I. tit. 10 de las *Instituta* y las *Novelae* 12, 18, 22, 74, 78, 89, 117, 123 cap. 30, 127, 134, 139, 140, 143, 150 y 154, constituyendo una fuente esencial para el conocimiento del matrimonio en la legislación del siglo VI d.c.

A esta breve referencia de fuentes jurídicas, no podemos olvidar la importancia que encierran las distintas fuentes epigráficas, con numerosos diplomas militares, así como los distintos papiros griegos y latinos procedentes, en su mayoría, de Egipto, que contribuyen sin duda alguna a un mejor conocimiento de la institución matrimonial.

Como se puede apreciar, las noticias con que contamos se deben a autores que vivieron en un momento avanzado de la historia de Roma, es decir, mostrando al matrimonio como una institución que se dió en época clásica y postclásica, cuando ya la originaria estructura de la familia agnaticia había quedado superada a tenor de las profundas transformaciones sociales y políticas sufridas por Roma.

Por otro lado, los estudios de la romanística presentan diversos problemas:

- En primer lugar, a partir de los estudios realizados por MANENTI (1) se observó que, con anterioridad, el estudio del matrimonio romano estuvo dominado e influenciado por presupuestos que correspondían más a concepciones vigentes del matrimonio que a las propiamente romanas. De ahí todo ese movimiento doctrinal de considerar al matrimonio como un contrato (2).

- En segundo lugar, ya vimos que para períodos más antiguos del Derecho romano, cuando la **conventio in manum** estaba en plena vigencia en armonía con el predominio de una concepción agnaticia de la familia y por las distintas noticias que GAYO en sus Instituciones nos da, la romanística se obsesionó en realizar la construcción doctrinal de dos tipos diferentes de matrimonio: Uno, **cum manu** y otro, **sine manu**, en vez de formular cuál fue la verdadera concepción que, durante todo ese tiempo precedente, tuvo el matrimonio como institución única y diferente de la **conventio in manum**.

- En tercer lugar, si bien VOLTERRA dejó bien sentado que, en ningún momento, el matrimonio y la **conventio in manum** podían ser confundidos puesto que eran plenamente diferenciados, sin embargo a la hora de manifestar cuál fue la concepción romana del matrimonio centró su atención en distinguir la concepción clásica de aquella que se dió en el período postclásico, trasladando la concepción clásica del matrimonio para todo el tiempo precedente. Este aspecto, que no compartimos dado que al ser el matrimonio una institución que, en un principio, sólo estuvo regulado por las costumbres (**mores**) sociales, ajeno a cualquier regulación normativa, es lógico suponer que su carácter y desenvolvimiento tuvo que modelarse conforme a las costumbres que en cada momento fueron imperantes; por ello, la concepción del matrimonio romano en época precedente al período clásico tuvo que ser distinta porque distintas fueron

las circunstancias sociales y políticas que se dieron.

- Y en cuarto lugar, como prueba de lo denunciado anteriormente, las últimas críticas aparecidas en la doctrina, como la de BOZZA, GARCIA GARRIDO, FALCHI,... que, no convenciéndose de que la concepción clásica del matrimonio pudiese ser también aplicada en épocas anteriores, vuelven a los mismos postulados de confundir la *conventio in manum* con el matrimonio.

Así las cosas, en el capítulo que nos ocupamos vamos a intentar de exponer qué entendieron los juristas romanos por matrimonio, para lo cual será necesario interpretar las definiciones que elaboraron sobre el mismo y ver, en qué medida, expresan una concepción universal o no para todos los períodos históricos.

Por otro lado, el problema del consentimiento, como elemento esencial tanto, para constituir el matrimonio como para disolverlo, será objeto de nuestro análisis dado que, los últimos estudios de la romanística, limitando su campo de investigación a la época clásica y postclásica, intentan demostrar su carácter de continuo o de inicial a tenor de que, en la época clásica, el divorcio no estuvo revistido ni de causas ni de formas legales, limitando la eficacia jurídica de las normas implantadas por Augusto a los efectos penales de dicha legislación y, por otra parte, produciéndose en el período postclásico una transformación total de la institución matrimonial dado que el divorcio fue objeto de una estricta regulación normativa.

Por último, intentaremos probar la insuficiencia de tales postulados puesto que, ellos, reflejan sólomente una época del Derecho romano en la que el Estado comenzó a tomar decisiones propias en torno a temas que, como el matrimonio y el divorcio, en tiempos anteriores estuvieron regulados por las costumbres (**boni mores**) sociales y por las propias pautas de comportamiento del grupo familiar. De ahí, la necesidad de mostrar el error que supone el trasladar concepciones clásicas del matrimonio a períodos anteriores cuando las circunstancias sociales, políticas y jurídicas, eran del todo diversas.

II.1.- EN TORNO AL CONTENIDO DE LAS DEFINICIONES ROMANAS SOBRE EL MATRIMONIO.

De la compilación justiniánea, dos son los textos tomados por la doctrina para definir al matrimonio romano:

I.1.9.1:

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

D.23.2.1. (MODESTINO, lib. I *regularum*):

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

Aunque tales textos fueron considerados interpolados por algunos autores (3), sin embargo se admite hoy, con carácter general, que son válidos para mostrar cuál era el estado matrimonial o matrimonio *in facto esse* tanto en la época clásica como en la postclásica (4) e, incluso añadimos nosotros, también válido para el período anterior al propiamente clásico, al menos por el espíritu

que encierra el contenido de ambos textos, con independencia a que hubiesen o no sido objeto de interpolación en la letra de los mismos.

Esta última afirmación, no se contradice con el interés de mostrar la concepción del matrimonio romano, no en base a la simple distinción de la época clásica y post-clásica, sino en base a la distinta concepción que pudo existir conforme a las circunstancias sociales, políticas y jurídicas que se dieron en cada momento histórico, y decimos que no se contradice porque, como muy bien puso de manifiesto ORESTANO, en la noción del matrimonio se pueden distinguir dos aspectos: Uno, haciendo referencia a la relación de vida en común entre el hombre y la mujer producida a través del matrimonio y, otro, sería el determinar el momento constitutivo de tal relación conyugal; "aspetti -dice éste autor- che sono uniti da nessi strettissimi, mache è indispensabile tenere separati l'uno dall'altro, se non si vuole incorrere in una imprecisione di concetti che poi si riflette necessariamente sulla intera costruzione dommatica" (5). Siendo, precisamente, en el primer aspecto que mencionamos en el que mostramos nuestro acuerdo siguiendo a las actuales opiniones doctrinales, puesto que tales definiciones no se refieren al momento constitutivo del matrimonio, sino a la situación del matrimonio ya creada.

Efectivamente, la expresión **matrimonium est viri et mulieris coniunctio** o bien **coniunctio maris et feminae** se identifican perfectamente con el fin primordial del matrimonio, es decir, la procreación, la cual no se fundamenta simplemente en las normas del **ius civile** o del **ius gentium**, sino en el propio **ius naturale**. tal como reza en el siguiente texto de ULPIANO al que precisamente la pri-

mera definición que señalamos al inicio (1.1,9,1) le es atribuida (6).

D.1.1,1,3 (ULP., lib. I Inst.):

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio (6 bis).

Ahora bien, podía surgir el interrogante de ¿por qué tal fin no se recoge expresamente en dichas definiciones?. la respuesta a ello sería, como dice ROB.EDA, que "tales definiciones no quisieron serlo, ni de la causa eficiente, ...ni de la causa final, sino del estado de vida que sigue a la posición del **consensus** y produce el **consensus**" (7). Por otro lado, dada la brevedad del texto de las mismas, podría pensarse que no hacía falta reiterarlo al ser perfectamente asumido por la conciencia social, como se aprecia en las distintas fuentes jurídicas y literarias mostrando la importancia de ello; así, entre otras:

CICERON, expresandose en términos parecidos al anterior texto de ULPIANO, nos dice en *De off.*, I,17,54:

Nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia. Id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.

Incluso, exponiendo como justificación el realizar un divorcio ante la ausencia de prole en el matrimonio, en la *laudatio Turiae* (II,41-49) aparece el siguiente discurso:

Diffidens fedunditati tutae et dolens orbitate mea, ne tendo in mantrimonio / te spem habendi liberos deponerem atque eius causa essem infelix, de divortio / elocuta es, vocuamque domun alterius fecunditati te tradituram, non alia / mente nisi ut nota concordia nostra tu ipsa mihi dignam con/dicionem quaereres pareresque, ac futuros liberos te communes pro/que tuis habituram adfirmares, neque patrimoni nostri, quod adhuc / fuerat commune, separationem facturam, sed in eo dem arbitrio meo id / et si uellem tuo ministerio futurum: nihil seinctum, nihil separatum te / habituram, sororis socrae officie pietatemque mihi deinceps praestitutam.

También, en el supuesto del repudio de Sp. Carvilio Ruga, A.GELIO (*Noct.Att.*, IV,3,2) nos dice lo siguiente:

Atque is Carvilius traditur uxorem quam dimisit egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praevertisse quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum.

Finalmente, declaraciones análogas a la efectuada por Sp. Carvilio ante los censores, según A.GELIO, es

confirmada en diversas fuentes:

LIVIO, Epit., LXI:

Q. Metellus censor censuit, ut cogerentur omnes ducere uxores, liberorum procreandorum causa...

También GAYO comentando la manera de cómo los latinos podían acceder a la ciudadanía romana, señala al respecto lo que establecía la *lex Aelia Sentia*:

GAYO, Inst., I, 29:

Statim enim ex lege Aelia Sentia (cautum est ut) minores tringinta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint vel cives Romanas vel Latinas coloniarias vel eiusdem condicionis cuius et ipsi essent, idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus, et filium procreaverint, cum is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas per eam legem adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae, et adprobare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere; et si is, apud quem causa probata est, id ita esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor eius, si et ipsa eiusdem (condicionis sit, et filius, si et ipse eiusdem) condicionis sit, cives Romani esse iubentur.

Confirmando lo mismo, ULPIANO, Tit. ex corp., III, 3, en relación con la *lex Iunia Norbana*, nos dice:

Nam lege Iunia cautum est, ut si civem Romanam vel Latinam uxorem duxerit, testatione interposita, quod liberorum quarendorum causa uxorem duxerit,...

Que la procreación fue el fin del matrimonio, no deja lugar a dudas, cuando CALLISTRATO en D.50,16,220, 3, se expresa en los siguientes términos:

Praeter haec omnia natura nos quoque docet parentes pios, qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt, continere: nec enim dulciore nomine possumus nepotes nostros quam filii appellare: etenim idcirco filios, filiasve concipimus atque edimus, ut ex prole eorum carumve diuturnitatis nobis memoriam in aevum relinquamus.

E incluso, una const. del emperador PROBO, (C. 5,4,9) declaró que, aún no habiéndose redactado las **tabulae nuptiales**, en relación que mantenía un tal Fortunato, con una mujer, podrá ser considerada como legítima siempre y cuando esta fuese libre y, además de tener el **ius conubii** esa unión fuese **liberorum procreandorum causa**, así la hija nacida de ambos sería legítima y sometida a la **patria potestas** del padre:

Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domuni habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptialis tabulas...

Pero aún redactándose las **tabulae nuptiales** se

solía introducir en ellas tales fórmulas declarativas de la procreación, de ello nos da cuenta distintos documentos papiroológicos. Así, en un papiro del siglo I d.C. (P.S.I., 730) contiene un documento redactado entre ciudadanos romanos:

M.Antonius Marcellus (e) q (ues (?) dedit...
Anto (?) niam Thaisarion filiam s(uam virginem
(?) secundum legem Iuliam quae de maritandis)
ordinibus lata est libero (rum procreandorum
causa in matrimonio eam collocavit (?)).

Y en el P.Michigan inv. 508 del año 100 d.C., se lee la misma fórmula en unas **tabulae nuptiales** de un matrimonio entre romanos:

(...s Nomissianus filiam suam virginem (...
secundum lege Iulia)m quae de maritandis ordi-
nibus lat(a est liberorum procreando)rum causa
in matrimonio eam collo(cavit uxorem eam duxit)
M.Petronius Servilius,...

En consecuencia, creemos que con estas fuentes se puede afirmar la importancia de la procreación en el matrimonio y el hecho de que en las definiciones sobre el mismo, en un principio expuestas, no se vea reflejado de forma expresa que la procreación era fin del matrimonio, no prueba nada en contra de lo dicho, sino que tales textos querían únicamente reflejar cuál era el estado o situación matrimonial una vez constituido.

Pero siguiendo con la interpretación del contenido de tales definiciones, son también muy discutidas por la doctrina las expresiones **consortium omnis vitae** de MO-

DESTINO, así como aquella otra *individuum consuetudinem vitae* que aparece en el texto, atribuido a ULPIANO, y que consta en las Instituciones de Justiniano. En este sentido, el problema se centra en cuanto a la genuidad o no de la sentencia, pues para algunos autores (8), como consecuencia de la influencia ejercida por las ideas cristianas, dicha expresión de MODESTINO tuvo que ser interpolada al responder mejor a la concepción de perpetuidad e indisolubilidad que encierra el matrimonio cristiano.

Frente a ellos, otra postura, que prevalece, es la de aquéllos que se pronuncian a favor de la genuidad clásica de la misma, ya que la idea de perpetuidad hay que entenderla en el sentido no de indisolubilidad, sino de que el matrimonio no podía darse bajo una condición resolutoria o *ad terminum* (9). Por otro lado, es sabido que el matrimonio romano nunca fue indisoluble, ni aún en caso del matrimonio del *flamen Dialis* al que debía acompañar la *confarreatio* y que algunas fuentes, como DION.HAL., *Ant. Rom.*, II,25, y A.GEL *Noct.Att.*, X,15,23 que, aunque hablan de indisolubilidad, sin embargo a lo que hacían referencia era al carácter de indisoluble con que nacía la *confarreatio*, es decir, por lo que suponía ejercer dicho sacerdocio; ahora bien, que nazca con ese espíritu o intención de no disolverlo no significa que ante cualquier adversidad, como podía ser el mal desempeño de su cargo sacerdotal, no pudiese disolverse; así, la *diffarreatio* confirma el fundamento de su existencia, es decir, la disolución de la *confarreatio* (10).

En otros textos, también se puede ver expresiones análogas que muestran la idea que venimos apuntando, tales como:

QUINTILIANO, Declam., 277:

Matrimonium vero tunc perpetuum est, si mutua voluntate iungitur. Cum ergo quaeratur mihi uxor, socia tori, vitae consors, in omne saeculum mihi eligenda est...

TACITO, Ann., III,34:

Porro, ob unius aut alterius imbecillum animum male eripi maritis consortia rerum secundarum adversarumque.

COLUMELLA, De re rust., XII,7,8:

...apud Romanos usque in patrum nostrorum memoriam...nihil conspiciebatur in domo dividuum.

En consecuencia, podemos afirmar, siguiendo a la mayor parte de la doctrina romanística actual, que el *consortium omnis vitae* como la otra expresión *individuum consuetudinem vitae*, significan el estado matrimonial creado por la comunidad que constituían los cónyuges con su matrimonio. Comunidad que, por otra parte, encontramos referida en las fuentes no sólo a la institución matrimonial, sino también a otros, como podía ser la relación o comunidad creada por la *amicitia*, de ahí que, SENECA, (*Epist.*, XLVIII,2), diga lo siguiente:

Mihi vero idem expedit, quod Tibi: aut non sum amicus, nisi quidquid agitur ad te pertinens, meum est. Consortium rerum omnium inter se nos facit amicitia: nec secundi quidquam singulis

est nec adversi: in commune vivitur.

Finalmente, de la definición de MODESTINO nos queda por examinar la parte final, cuando dice **divini et humani iuris communicatio**, sobre la cual, los autores que defienden la interpolación en el texto, apoyan su postura diciendo que ella respondía a la exigencia cristiana de la igualdad de religión (11).

Sin embargo, entre los que niegan que existiera interpolación alguna, encontramos dos interpretaciones distintas: Una sería la de ALBERTARIO (12) que, en base a que cree en la existencia de dos tipos de matrimonios **cum manu** y **sine manu**, considera que, efectivamente, no existió tal interpolación dado que esa expresión pudo darse en todo momento histórico aunque con diversos matices. Así, para el tiempo más antiguo la **communicatio iuris divini et humani** vendría relacionada con los efectos que producía el matrimonio **cum manu**, es decir, por medio de la **manus** la mujer no se convertía simplemente en **filia** del marido y en una heredera más de ese grupo familiar, sino que además quedaba plenamente integrada en el culto de las divinidades privadas de la familia del mismo. Pero también tal sentencia sería válida para el tiempo postclásico, puesto que expresaría el nuevo pensamiento jurídico adquirido por las influencias cristianas.

La otra interpretación que aludíamos, dentro de los que no estiman que exista interpolación en dicho texto, es la de aquellos (13) que, siguiendo los predicados de VOLTERRA en torno a la plena distinción entre las instituciones del matrimonio y la **conventio in manum**, consideran que es válida para un tiempo y otro. El fundamento a ello es que, en un principio, obedecería tanto al culto

familiar como a los preceptos o creencias emanadas del **ius sacrum**, es decir, expresando un estado del matrimonio en el que existía, entre los cónyuges, una comunidad de vida y de culto, pero sin que para ello se requiera necesariamente la existencia de la **manus**. En este sentido, ROBLEDA, haciendo un comentario a las palabras de ALBERTARIO, dice lo siguiente: "Lo divino en que Modestino dice que participan o se comunican los esposos como tales, no es evidentemente lo divino en que participan los miembros de la familia jurídica. En lo divino de la familia como tal participan o se comunican, cuando ha tenido lugar la **conventio in manum**, el esposo con la esposa, no precisamente como esposos, sino como miembros de la familia; en el cual (último) sentido se comunican, no solo entre sí, sino, e igualmente, con los otros miembros de la familia, que pueden ser muchos" (14).

Lleva razón en parte ROBLEDA cuando, exponiendo su punto de vista en torno al tema, intenta matizar aún más la distinción de las instituciones del matrimonio y la **conventio in manum**, sin embargo, consideramos que su apreciación no es extensible al matrimonio que constituyen el **Flamen** y la **Flaminica** acompañado de la **confarreatio** pues, en razón al cargo de sacerdocio que ejerce el **Flamen Dialis**, su unión requiere un mayor rigor de compenetración en el culto entre los cónyuges, de ahí que la esposa sea considerada como **Flaminica** tal y como reza en abundantes fuentes (15).

Con todo, y dejando ahora fuera estas matizaciones pues serán objeto de un estudio más amplio en la parte siguiente de esta tesis, podemos decir que el texto de MODESTINO y, concretamente, la última sentencia del mismo, puede mostrar que el estado matrimonial implicaba

también una *communicatio divini et humani iuris*, aplicable tanto en la época en la que el cristianismo comenzó a ejercer su influencia como en aquellas anteriores en las que el factor religioso inspiraba, en todo momento, la vida de aquella sociedad y, más aún, en una institución como el matrimonio.

Por otro lado, confirman estos autores la genuinidad por el empleo de dicha expresión que encontramos en las fuentes y que, refiriéndose a otros temas ajenos al matrimonio, sin embargo, también son empleadas. Así, por ejemplo:

CICERON, (*Laelius*, I,20) cuando define lo que es la *amicitia*, dice expresamente:

Est enim amicitia nihil aliud nisi omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia et caritate consensio.

La expresión utilizada por MODESTINO se encuentra también en la *lex de imperio Vespasiani* (C.I.L., VI, p. 167 n. 930) para indicar el conjunto de poderes con que era investido el emperador:

Utique quacumque ex usu reipublicae maiestate divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse consebit...

Y, concretamente, en relación con el matrimonio son interesantes los dos siguientes textos:

Uno, de PAULO, (D.25,2,1) que, justificando la norma que prohíbe ejercitar la *actio furti* contra la mujer

dice:

...quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret.

Otro, una constitución del año 242 de GORDIANO, (C.9, 1.4 pr.), que hablando de la mujer con ocasión de no poder ir contra aquélla los sucesores del marido, tras el fallecimiento de éste, dice:

Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi sucesores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt.

Junto a las definiciones apuntadas que responden, no al momento constitutivo del matrimonio, sino a la situación creada por los cónyuges una vez establecido el mismo, nos encontramos con que los juristas romanos centran su atención en determinar cuando una unión puede o no ser considerada como *iustae nuptiae* o *iustae matrimonium*. De ahí que, en las fuentes romanas, encontremos los siguientes textos donde se expresan los elementos esenciales que debe contener todo matrimonio:

Una primera fuente, según la mayoría de los autores (16) estimada como clásica aparece en los *Tituli ex corpore Ulpiani*, V,2:

Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique con-

sentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

De donde se desprende, que el **conubium**, la capacidad natural y el consentimiento de los cónyuges o bien de los **parentes eorum, si in potestate sunt**, esto es, si se encuentran en una situación de **alieni iuris**, son los elementos esenciales del matrimonio.

Otro de los textos aducidos por la doctrina es el de I.1,10, eminentemente postclásico dado que se suprime el **conubium** por la expresión **secundum legum praecepta coeunt**:

Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotentes, sive patres familias sint sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt.

Efectivamente, como dice VOLTERRA (17), este texto expresa ya el cambio ocurrido con respecto al pensamiento de los juristas clásicos, al ser el requisito del **conubium** propio de la época clásica pero no de la legislación imperial cuando la noción de dicho término pierde su significado originario y se convierte en un sinónimo de matrimonio.

De todas maneras, el contenido de ambos textos tampoco expresan cual fue el momento o la relevancia que tuvo el acto constitutivo del matrimonio, sino que simplemente se limitan a indicar cuales son los requisitos nece-

sarios para que una unión conyugal fuese considerada como legítima.

Ahora bien, son de interés tales fuentes pues, en base a ellas, la doctrina romanística ha intentado de reconstruir las distintas teorías que versan sobre el carácter que pudo tener ese momento constitutivo del matrimonio y, en consecuencia, mostrar cual fue la concepción romana del mismo. Pero el pilar esencial en que basan sus fundamentos, es en el requisito del consentimiento que, junto al *conubium* y la capacidad natural, constituye un elemento esencial del *iustum matrimonium*.

Por otro lado, la razón de centrarse, fundamentalmente, en el problema del consentimiento obedece a que mientras los otros requisitos son impuestos sin que puedan los cónyuges hacer nada que pueda llenar de contenido su existencia, es decir, o son elementos connaturales a la persona, o le vienen impuestos por cualquier norma. Sin embargo, el consentimiento sí depende de una actividad del individuo, donde el Estado se limita a determinar su existencia pero el cuándo exista y de la forma qué exista es un tema que, a tenor de las fuentes romanas, se encontró desprovisto de una detallada regulación jurídica. Sólo a partir de las influencias del cristianismo y porque la concepción de la familia romana había evolucionado plenamente con respecto a la de tiempos más primitivos, se puede conocer con más seguridad la concepción postclásica del matrimonio, la cual resulta insuficiente para poder ser aplicada a tiempos procedentes, no sólo porque las circunstancias sociales, jurídicas y políticas son diferentes, sino porque muchas de las fuentes consideradas, aparentemente clásicas, fueron interpoladas y, las que no lo fueron, tratan el tema de forma indirecta o bien no se

concilian con las nuevas concepciones adquiridas en tiempo posterior, esto es, en época postclásica.

De ahí que, en el apartado siguiente de este capítulo, centremos nuestra atención en mostrar cuál ha sido la construcción doctrinal que se ha vertido en torno al problema del consentimiento y valorar hasta qué punto son o no válidas para conocer la evolución histórico-jurídica de la concepción del matrimonio romano.

II.2.- EN TORNO AL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL CONSENTIMIENTO CONTINUO O INICIAL, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL MATRIMONIO.

II.2.1.- Estado de la cuestión.

Podemos decir que la doctrina moderna sobre la concepción del matrimonio romano comienza a construirse a partir de la tesis de MANENTI que, en contra de posiciones anteriores que consideraron al matrimonio como un contrato, sostuvo la teoría de que el consentimiento en el matrimonio no podía entenderse como contractual, es decir, no era un acto inicial de voluntad generador de un vínculo jurídico, sino que tal consentimiento implicaba un acuerdo de voluntad no instantáneo sino continuando, de ahí su denominación de **affectus** o **affectio**. Así, el único límite que encuentra este consentimiento continuo está en la propia duración en el tiempo que al mismo se le quiera otorgar (18); en consecuencia, el matrimonio romano no podía ser concebido como un contrato sino como una relación de hecho.

Aunque los postulados de MANENTI encontraron una buena acogida entre los autores, sin embargo no podemos olvidar que algunos sectores de la romanística francesa, alemana e inglesa intentaron ignorarla (19). Con todo la aceptación fue generalizada de tal manera que, a partir de entonces, las definiciones que aparecieron por parte de los romanistas fueron expresadas del siguiente modo: Para SCIALOJA "il matrimonio è la convivenza dell'uomo e della donna con l'intenzione di essere marito e moglie" (20), por su parte, BONFANTE lo definió diciendo: "è la convivenza dell'uomo e della donna sotto l'autorità del marito con intenzione effettiva, continua di essere marito e moglie" (21). Y concretamente, refiriéndose al "consensus" dice que la **affectio**, como voluntad duradera y no momentánea es lo que da vida al matrimonio (22).

Como se puede apreciar, para estos autores, el consentimiento continuo que propugna MANENTI estaba configurado por dos elementos esenciales: la convivencia y la intención. De la esencialidad de la convivencia como factor objetivo que exterioriza el **consensus** y que, por consiguiente, llena de contenido al **honor matrimonii** sigue siendo, defendido en la actualidad por LONGO (23) y GARCIA GARRIDO (24), considerándolos válidos en la concepción romana del matrimonio de todos los tiempos, incluso en el justiniano.

Otras declaraciones manifestadas a la teoría de MANENTI son las de aquéllos que, siguiendo tales postulados, los matizan en el intento de mostrar una analogía entre el matrimonio con la **possessio**. Así LEVY consideró que la **deductio in domum mariti**, es decir, el antiguo rito de introducir a la mujer en la casa del marido, encontraba su paralelismo con la **aprehensio rei** que se daba en la posse-

ssio (25). En términos parecidos, ALBERTARIO, plantea la cuestión del modo siguiente: "I due istituti -il matrimonio e il possessio- hanno nel diritto romano analoga struttura: l'uno e l'altro generano diritti, ma sono rapporti di mero fatto" (26). Aunque no podemos negar que tales consideraciones encontraron un importante eco en la doctrina (27), sin embargo ambas fueron ampliamente contestadas por ORESTANO en el sentido de que solo el **consensus** era el único elemento a tener en cuenta como causa eficiente del matrimonio, esto es, como único elemento constitutivo del matrimonio clásico y justinianeo (28).

Pero quien dió un impulso definitivo al estado de la cuestión en esta materia fue, como hemos mencionado en otros apartados, VOLTERRA que además de estar en la línea de que el consentimiento fue el único elemento requerido, como constitutivo, del matrimonio señaló, además, la necesidad de diferenciar el distinto carácter del mismo en época clásica y en la postclásica, es decir, durante todo el período clásico el **consensus** había que entenderlo no como un acto inicial sino continuado, mientras que en el período postclásico sí había que considerarlo como un acto inicial de la voluntad, como consecuencia del cambio profundo que se produjo a tenor de la influencia ejercida por las ideas cristianas que marcaron definitivamente a la concepción romana del matrimonio (29). Sin embargo, no faltaron voces contrarias, así RASI no compartiendo la opinión de aquél, considera que el matrimonio clásico fue un negocio jurídico que nacía de una **stipulatio** y donde el **consensus** sería sólo inicial y, por consiguiente, estima que en los tiempos más antiguos del Derecho romano sí existió dos tipos de matrimonios; es decir, sigue manteniendo la distinción entre el matrimonio **cum manu** y el **sine manu** (30).

Este leve resurgimiento de la teoría contractualista del matrimonio no tuvo una acogida del todo favorable (31) y, menos aún, cuando al año siguiente de su publicación esta fue ampliamente contestada por VOLTERRA (32) defendiendo de nuevo su postura.

Sin embargo, la polémica no cesó pues hoy, con los estudios de ROBLEDA, se plantea de nuevo la cuestión. Concretamente, para éste autor, "el matrimonio no es un puro hecho, una **res facti**, sino que surge como un acto jurídico" (33). De ahí que, si bien se hace partícipe con VOLTERRA de que el matrimonio y la **conventio in manum** fueron dos instituciones plenamente diferenciadas (34), sin embargo, a la hora de enfrentarse al tema del **consensus**, a diferencia del anterior, propone que tanto en época clásica como en la posclásica había que entenderlo como un acto inicial de la voluntad y que la única diferencia entre ambos períodos históricos es un simple cambio disciplinar en la materia; rechazando en consecuencia, que en época clásica la concepción que existió del matrimonio fuese de un consentimiento continuo (35). No es que ROBLEDA intente rechazar de pleno los postulados de VOLTERRA, ya que en ningún momento de su obra se siente partidario de la opinión de RASI, pero sí muestra sus dudas, hasta el punto, de ir interpretando todos y cada uno de los argumentos que VOLTERRA da para demostrar que el consentimiento fue de carácter continuado, durante la época clásica, y no inicial.

Por otro lado, la importancia del pensamiento de ROBLEDA se aprecia en el hecho de que, la doctrina actual, reconoce en él un intento loable de enfrentarse ante el tema espinoso del consentimiento aunque, realmente, ninguno se pronuncia de manera definitiva en cuanto apoyar o no su posición (36).

Por nuestra parte, y como ya apuntamos en el capítulo anterior, consideramos que la doctrina, a la hora de realizar una construcción de cuál fue la concepción romana del matrimonio, se ha centrado excesivamente en la época clásica y postclásica olvidando la consideración que el matrimonio pudo tener en tiempos precedentes y, ello, a nuestro juicio, es un error pues, como ya vimos que anunciaron otros autores (37), se puede caer en la confusión de trasladar a períodos anteriores concepciones propiamente clásicas. Efectivamente, sabemos que hasta la legislación matrimonial de Augusto no contamos con un cuerpo de normas que, de una manera unitaria, regule dicha institución teniendo, entonces, que acudir a las distintas costumbres (**mores**) que en cada momento existieron para ver la configuración del matrimonio. **Mores** que, por otro lado, sufrieron cambios profundos según la evolución política y jurídica, que vaya acaeciendo en el pueblo romano.

En consecuencia, si el matrimonio fue una institución viva con la realidad social, política y jurídica que le rodeaba, necesariamente a dicha realidad tenemos que acudir para poder valorar la distinta configuración que tuvo. Así, el hecho de que la sociedad estuvo estructurada en un sistema gentilicio y su posterior evolución, como se aprecia en el problema patricio-plebeyo y su lucha por conseguir estos últimos el **ius conubii**, será un factor decisivo para comprender la situación del matrimonio en aquella época. Otro dato a tener en cuenta es el carácter agnaticio de la familia y cómo ésta va progresivamente evolucionando dando paso al predominio, en la misma, de los lazos de sangre, apareciendo la familia cognaticia, siendo esto decisivo para comprender el por qué la sede familiar fue, en un determinado momento, insuficiente para regular algunas cuestiones, como el matrimonio y de

qué manera el Estado tendrá paulatinamente que entrar a regularlo. Y, por último, no nos podemos olvidar del papel desempeñado por los ritos y la religión ya que, estos, tuvieron una importancia diferente según nos situemos en un período donde el marco jurídico esté determinado, como en la primitiva época monárquica, por la plena fusión del **ius** y del **fas**; o bien, donde el **ius** se encuentre separado de la norma religiosa, como empezó a ocurrir a partir de la época republicana con la publicación de la **Lex XII Tabularum** que, además de representar el primer intento de crear un cuerpo legal donde se recogiesen normas aplicables a patricios y plebeyos, supuso también uno de los primeros signos de que el Derecho comenzaba a tomar un carácter laico.

Por todo ello, no comprendemos que, teniendo en cuenta tales factores, autores como VOLTERRA que dedicó un amplio estudio en demostrar que la **conventio in manum** y el matrimonio, desde el origen del Derecho romano, fueron dos instituciones plenamente diferenciadas y, que después de tratar el tema de la **manus**, del cual nosotros nos hacemos partícipes, sin embargo a la hora de tratar el matrimonio lo estudie centrándose sólo a partir de la época clásica como si dicha concepción pudiese ser aplicable a tiempos precedentes.

Por otro lado, tampoco nos convencen los trabajos que ya vimos de CARCIA GARRIDO, GIOFFREDI, FALCHI, ... que, sin embargo en el momento de mostrar soluciones vuelven de nuevo a proponer postulados ya superados, como es el de la indistinción del matrimonio con las formas de **conventio in manum** como si de una misma institución se tratase.

Nuestra solución al respecto es que el matrimonio tuvo una concepción variable según en el momento histórico que nos situemos. De ahí que, si bien el consentimiento es el único elemento constitutivo del matrimonio cuya existencia, hasta la época clásica, no requería el respaldo de una norma legal, como por el contrario ocurre con la capacidad natural o el **ius conubii**, sin embargo dicho consentimiento tampoco puede ser configurado, con carácter general, en cuanto a si fue continuo o inicial.

Según parece, la doctrina empieza a estar de acuerdo con respecto a la época postclásica, en el sentido de que, efectivamente, durante aquella, el consentimiento matrimonial implicaba un acto inicial de voluntad (38). La discusión se plantea para el tiempo clásico y el precedente, donde VOLTERRA, siguiendo a MANENTI, propugna su carácter continuo y ROLEDA, comenzando a resucitar antiguas concepciones, defiende un acto inicial en el mismo. Discusión en torno a la cual giran nuestras interpretaciones y de la que pasamos a exponer en los siguientes apartados.

II.2.2.- Observaciones sobre la ausencia de una regulación normativa del matrimonio hasta la legislación de Augusto y su incidencia en el consentimiento:

Efectivamente, el hecho de que hasta la legislación matrimonial de Augusto no dispongamos de un conjunto de normas que, de forma unitaria, regulen el tema matrimonial, es la muestra más palpable de que dicha institución encontró su sede de regulación en las costumbres (**mores**) y, en consecuencia, su configuración estuvo en función del tratamiento e importancia que a las mismas se

le quisiera dar en cada momento histórico.

Por otro lado, no podemos despreciarlas por el hecho de que no nos ofrezcan la seguridad histórico-jurídica de una norma escrita, puesto que tanto unas como otras son fuentes del Derecho y, de ahí que, en las mismas fuentes escritas con las que hoy contamos se observe, repetidas veces, el valor e importancia de la costumbre como fuente del Derecho (39). Incluso, podemos decir que, dado el arraigo que en sus orígenes el pueblo romano mostró por ellas, no sería aventurado considerarlas como una fuerza aún más vinculante y respetada que cualquier otra norma escrita de tiempo posterior, cuya vigencia dependía de otra que la mantuviera o derogase, lo cual, a veces, no se hacía como resultado del convencimiento y salvaguarda popular.

Así las cosas, somos conscientes de la dificultad que presenta el enfrentarse al estudio de cualquier figura, como la del matrimonio y los temas anexos al mismo, en un período histórico caracterizado, fundamentalmente, por la ausencia de una legislación normativa escrita y cuyas fuentes que tratan de las costumbres entonces imperantes se deben a autores posteriores en el tiempo, por lo que en ocasiones puede resultar dudosa la veracidad de las mismas. De ahí que, nuestro esfuerzo se dirija en desentrañar en qué medida el contenido de las mismas es merecedor o no de ser tomado como seguro. Por ello, consideramos de vital importancia analizar los distintos factores que envolvieron al primitivo matrimonio romano para poder valorar la propia concepción con que estuvo configurado. En este sentido, los factores en los que nos hemos apoyado, y que desarrollaremos en este apartado de la tesis, son los siguientes:

- En primer lugar, intentaremos demostrar que la concepción del matrimonio, en esta primera época del Derecho romano, tuvo un carácter distinto a la de época clásica y postclásica, tomando como base la realidad histórica de que la sociedad se encontraba estructurada en un sistema gentilicio y la importancia que los vínculos agnaticios predominasen en la familia romana. Es ahí que, demos-tremos que la construcción doctrinal en torno al consentimiento continuo o inicial en el matrimonio en época clásica no pueda ser extendido a tiempos precedentes, como se puede comprobar en la distinta importancia y tratamiento que tuvieron otras figuras relacionadas directamente con el matrimonio, tales como: Los esponsales, la distinta noción del **ius conubii** y la diversa consideración que se tenía en cuanto a la capacidad natural requerida para que los individuos pudiesen contraer matrimonio.

- En segundo lugar, otro punto a tratar será el de que, como consecuencia de que el matrimonio estuviera configurado por el rito y la costumbre (**mos**), los términos **nuptiae** y **matrimonium**, que aparecen en fuentes jurídicas posteriores, adquieren un significado diferente según en el momento histórico en que nos situemos.

- Y, en tercer lugar, nos detendremos en analizar uno de los puntos esenciales, como es el tema del divorcio desde el punto de vista de su causa y forma, que la romanística actual ha concentrado sus esfuerzos para defender la construcción que realizan de la concepción clásica del matrimonio y confrontándola, simplemente, con la postclásica. Lo cual será objeto de nuestra crítica, pues consideramos que trasladan a tiempos precedentes concepciones que sólo pudieron darse en época clásica, o bien en la postclásica.

II.2.2.1. El matrimonio en la sociedad gentilicia romana.
Importancia de la estructura agnaticia de la familia.

Por ser el matrimonio una institución que, como dice FRANCIOSI, "non è nato col genere umano: esso (il matrimonio come istituzione) è il prodotto di determinate condizioni storiche, economiche, sociali, politiche, in una parola "culturali", che non rappresentano affatto una costante nella storia del genere umano" (40), se requiere, precisamente por ello, que atendamos a cual fue el marco social en el que pudo desenvolverse.

En este sentido, hay que decir que la estructura social, con que nos encontramos, en los primeros tiempos de Roma es desde todo punto diferente a la que se dió en épocas posteriores, tales como en la clásica. De ahí que, si el matrimonio es una institución en total acuerdo con la realidad que le rodea, es fácil comprender que no podamos hablar de una única concepción clásica del matrimonio, sino que atendamos a la que pudo existir en tiempos anteriores.

Así las cosas, sabemos que en los primeros tiempos de Roma la sociedad se encontraba estructurada en grupos gentilicios y, dentro de los cuales, la familia se presenta como un grupo parental constituido por descendientes de un **pater**; por su parte, éste no se caracteriza sólomente en la calidad de progenitor, sino que, principalmente, lo que representa es una posición potestativa de **dominus**, es decir, señor de la **domus**, cuyo poder sabemos que no se centraba simplemente en el patrimonio que integraba el grupo familiar sino también sobre las personas que, sometidos a su **potestas**, bien por razones de

sangre o bien lazos civiles (**agnati**) comprendían el mismo. De ahí que, no en vano, se considere a la familia antigua como una fuerte unidad resultante "del juego de fuerzas de naturaleza jurídica y extrajurídica" (41), en donde el **pater** ejerce su poder de manera semejante al realizado por el **rex** sobre los **cives** (42).

Pero para comprender en qué contexto se pudo dar el matrimonio en esta época, requiere que en primer lugar hagamos una breve alusión del alcance y contenido de este poder ejercitado por el **pater**. En este sentido, y a tenor de las distintas fuentes con que contamos, su autoridad se materializa en el **ius vitae ac necis** (43), es decir, en el derecho de vida y muerte que tiene sobre los individuos libres y esclavos de la casa; así como el derecho de exponerlos (**ius exponendi**) (44) y de venderlos (**ius vendendi**) (45) e, incluso, de entregarlos en el caso de que causen algún daño a otra familia (**ius noxae dandi**) (46).

Por otro lado, en el **paterfamilias** también recae la facultad de establecer quien va a entrar a formar parte del grupo familiar, ya que no sólo por el nacimiento se pertenecía al mismo. Así, mediante la **adrogatio** (47) una familia podía ser absorbida por otra, es decir, un **paterfamilias** de común acuerdo con otro se convertía, ficticiamente, en descendiente legítimo de éste tras sufrir una **capitis deminutio**, ya que pasaba a ser un **alienis iuris** más del grupo agnaticio. Con este acto, el arrogado y los individuos que, hasta el momento, habían estado sometidos a su **potestas** entran bajo el poder paterno del arrogante, adquiriendo además todos sus bienes, con lo cual se producía una verdadera sucesión universal **inter vivos**.

Otro modo de entrar en la familia era a través de la **adoptio** (48), esto es, cuando una persona **alieni iuris** ingresa como **filius** en una familia, convirtiéndose en descendiente legítimo del adoptante (**paterfamilias**).

Y, por último mediante la **conventio in manum** (49) efectuada con la **confarreatio**, la **coemptio** o el **usus**, la mujer entraba a formar parte de la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia de origen. La situación que adquiría en su nueva familia era la de **filia** del marido, si éste era **sui iuris**, o bien de **neptis** del **pater**, si el marido era un **filius familias** de éste. De esta forma, no sólo la mujer se convertía en un descendiente legítimo más del **pater**, sino también los posibles hijos que naciesen de ella, procurándose así la continuidad del grupo familiar al ser considerados como hermanos consanguíneos de la propia madre.

Desde el punto de vista religioso, y por contener la familia su propia **sacra privata**, el **pater** actuará como jefe religioso de la misma, representando al **lar familiar** y dirigiendo las distintas ceremonias (**auspicia privata, arae o caerimoniae privatae**) en orden a rendir culto a sus antepasados divinizados. Para comprender lo que representa en la familia romana este culto a los antepasados, recogemos las palabras de FUSTEL DE COULANGES diciendo al respecto: "Entre los vivos y los muertos de cada familia existía un cambio perpetuo de buenos oficios. El antepasado recibía de sus descendientes la serie de banquetes fúnebres, esto es, los únicos goces de que podía disfrutar en su segunda vida. El descendiente recibía del antepasado la ayuda y la fuerza que necesitaba en esta. El vivo no podía prescindir del muerto, ni el muerto del vivo. De donde se establecía un lazo poderoso entre todas las

generaciones de una misma familia, formando un organismo eternamente inseparable" (50).

De esta relación constante con sus antepasados, la familia adquiere su fuerza y unidad. Por ello, el **pater**, como jefe de la misma, procurará mantenerla viva no sólo intentando perpetuar la continuidad de la familia sino también vigilando los comportamientos de los miembros que integran su grupo y, mediante una rígida disciplina doméstica no dudará de expulsar o dar muerte a aquéllos que osen infringirla, a fin de romper esta armonía con los **diis Manibus** ya que éstos, como dice GAYO, constituían materia de **divini iuris** (51).

Así las cosas, mientras estuvo vigente este marco social y, concretamente, el carácter agnaticio de la familia, la concepción del matrimonio durante esta época tuvo que ser muy diferente a la del tiempo clásico que la doctrina actual se preocupa de exponer.

La solución a este problema está en dar respuesta a la siguiente cuestión que nos planteamos:

¿Existió diferencia entre el matrimonio contraído por un **paterfamilias**, como persona **sui iuris**, con respecto al que pudiera celebrarse por una persona sometida a **potestas**, es decir, **alieni iuris**?

La diferencia la situamos precisamente en el tema del consentimiento, como elemento indispensable para que se diera el **iustum matrimonium**, del que con posterioridad ULPIANO (V,2) mencionaba para definirlo. Concretamente, nos estamos refiriendo a que si un **paterfamilias** fuese a contraer matrimonio, el consentimiento por él mis-

no prestado era suficiente, puesto que era una persona **sui iuris**. Sin embargo, si se tratase de una persona **alieni iuris**, necesariamente su **pater** tendría que prestarlo, circunstancia esta que se dió también en época clásica como se aprecia en el contenido de los siguientes textos:

D.23,2,3 (MODEST., lib. I ad Sab.):

Si nepotem ex filio et nepotem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est.

D.23,2,16,1 (PAUL., lib.XXXV ad ed.):

Nepote uxorem ducente et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.

D.23,2,9 pr (ULP., lib. XXVI ad Sab.):

Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.

Y, como muy bien dice VOLTERRA, tal consentimiento emitido por el **pater** consistía en la **auctoritas** que debía prestar como expresión de su **potestas** (52). Hasta ahí, de acuerdo. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que los casos señalados por MODESTINO, ULPIANO y PAULO se están refiriendo a supuestos en donde dichas circunstancias concurren, es decir, conforme al momento histórico en donde el carácter agnaticio de la familia estaba perdiendo progresivamente su significado e importancia y,

en consecuencia, ya persona **sui iuris** no sólomente podía ser el hombre sino también la mujer, que, aunque asistida en esos casos por un tutor, su gradual emancipación es innegable tal y como defiende en la actualidad la doctrina romanística (53).

Sin embargo, cosa muy distinta ocurría en los tiempos más antiguos del Derecho romano, donde al estar la sociedad estructurada en un sistema gentilicio y la familia de carácter eminentemente agnaticio, esa **auctoritas** prestada por el **pater** para el matrimonio, de cualquiera de los sometidos a su **potestas**, era la tónica general en aquellos momentos pues, no podemos olvidar, que muy pocos eran los que se encontraban en una situación de **sui iuris**: sólo los **paterfamilias**; frente a la gran mayoría de la población que, de una manera o de otra, estaban sometidos a la **potestas** o a la **manus** de algún **pater**. Eran, en consecuencia, los **alieni iuris**.

La mujer en los tiempos más antiguos, en ningún momento pudo alcanzar una independencia semejante a la del hombre pues, siendo **uxor** de un **paterfamilias**, no participaba de la misma situación de **sui iuris** con la que podía gozar el marido ya que, en caso de haber realizado la **conventio in manum** quedaba sometida a éste como **filiafamiliae** y, en caso de no darse la **manus** sobre ella, ésta mantenía vigente su lazo potestativo con el **pater** de su familia de origen.

Así las cosas, no podemos considerar de igual modo el matrimonio que contrayese un **paterfamilias** con aquel que quisiese celebrar un miembro sometido a su **potestas** pues, mientras el primero con el consentimiento por él mismo prestado era suficiente para llevarlo a cabo, el

segundo, es decir, el individuo *alieni iuris*, necesitaba el consentimiento de su *pater*, de tal forma que, sin ese, su matrimonio no podía ser considerado como *iustum*. Por tanto, intentar trasladar la teoría del consentimiento continuo o inicial, que los autores intentan construir para el tiempo clásico, a épocas precedentes es, a nuestro juicio, imposible ya que ello supondría dejar a un lado toda una realidad social, jurídica y política que, desde un punto de vista histórico, no podemos prescindir a la hora de reconstruir la naturaleza de cualquier institución jurídica y, más aún, en un tema como el matrimonio o el divorcio cuya regulación normativa se dió sólo en una época bastante avanzada del Derecho romano.

En este sentido, los estudios realizados por FRANCIOSI sobre el matrimonio romano, en una sociedad donde la estructura gentilicia era la que se daba en los primeros tiempos de la historia de Roma, son muy enriquecedores para comprender la concepción del matrimonio que tuvo que darse en aquellos momentos. Efectivamente, él nos habla de prácticas de matrimonios colectivos entre las distintas gentes (54), es decir, que el matrimonio tuvo en un inicio un carácter exogámico ya que la *coniunctio viri et mulieris* que implicaba el matrimonio y que, con posterioridad reza en las fuentes, en un principio implicó utilizar el matrimonio para solucionar problemas económicos o de alianzas políticas de los grupos gentilicios y, donde el consentimiento de los cónyuges para el matrimonio, estaba supeditado a los diversos intereses a cumplir por la *gens* a la que pertenecían. E incluso, THOMAS, en función de dichos intereses de la organización gentilicia, nos muestra que también era usual realizar matrimonios endogámicos a fin de mantener una unidad interna de comunidad de bienes (55). De ahí que, en Derecho sucesorio, la misma

lex XII Tabularum, según encontramos en GAYO (Inst., III, 154a) y en D.28,2,11, reconocían en la **gens** como legítimo heredero en el supuesto de que un **pater** al morir no deje **sui heredes** ni **adgnatus proximus**. Unidad gentilicia que no sólo se manifiesta en un patrimonio común, sino también en la **sacra gentilicia** y en el **nomen gentilicium** del que son partícipes los miembros que la integran (56).

Atendiendo a tales circunstancias, el consentimiento en el matrimonio de una persona **alieni iuris** no puede ser calificado ni como continuo ni como inicial, sino como el resultado de todo un proyecto matrimonial previamente concertado y en donde la libertad de los cónyuges se encontraba plenamente condicionada por el marco social en el que se desenvolvían y, más aún, cuando no existía un marco legal en el que se les reconociera una personalidad jurídica independiente del grupo al que pertenecían. A todo ello hay que unirle la fuerza que, en este momento histórico, ejercían las creencias religiosas completamente arraigadas en el ámbito público y privado.

Sin embargo, en el matrimonio celebrado por un **pater**, al ser persona **sui iuris**, sí podemos encontrar una mayor autonomía en su consentimiento ya que en él sólo podía condicionar que los efectos de su unión no perjudicasen al grupo familiar que de él dependía. Ahora bien, incluso en este supuesto matrimonial los condicionantes que le envolvían, tales como que la mujer sí necesitase la **auctoritas** de su **pater** o de su tutor y que, en la mayoría de los casos la **conventio in manum** acompañase al matrimonio, provocaba que la concepción que pudiera tener, en esta época antigua, el matrimonio fuese desde todo punto diferente a la acaecida en época clásica. Sólo en la medida que el organismo de la **civitas** vaya limitando los

poderes del **paterfamilias**, adquiriendo el individuo un mayor protagonismo como sujeto del Derecho y, a su vez, la mujer obtenga una mayor emancipación económica haciéndola más dueña de su propio compromiso para el matrimonio, estaremos, entonces, en condiciones de hablar de la concepción clásica del matrimonio, pues, con anterioridad a este tiempo, el matrimonio encontró caracteres propios como se puede apreciar en las siguientes consideraciones:

1º.- Por el protagonismo que época antigua tuvieron los esponsales.

2º.- Por el distinto significado del **ius conubii**.

3º.- Y, por el distinto tratamiento en cuanto a la capacidad natural de los contrayentes para el matrimonio.

1º.- Efectivamente, atendiendo al primer punto que mencionábamos, el matrimonio pudo ser precedido por una convención denominada **sponsalia**, cuya forma verbal solemne era la **sponsio**, por la cual los futuros esposos se comprometían a celebrar el matrimonio. Ahora bien, su relevancia social y jurídica no fue la misma a lo largo de toda la historia del Derecho romano; de hecho, la doctrina es unánime en señalar la temprana decadencia jurídica que esta institución sufrió (57), así ULPIANO en D.23,1,2 nos recuerda la antigua formalidad de los esponsales diciendo:

Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

La razón de que ahora hagamos alusión a los esponsales no es por el hecho de que intentemos demostrar que, en época antigua, fuese una institución que obligase, necesariamente, a la celebración del matrimonio ya que, en ningún momento, de ellos surgió un vínculo jurídico sino, simplemente, un compromiso ético. Sin embargo, al no existir en época primitiva una regulación normativa escrita que regulase el matrimonio, dicho compromiso adquiriría su fuerza y respaldo en la costumbre por lo que, una vez creado, el deber (*officium*) que generaba dicho compromiso no podía tener la misma relevancia que en tiempos posteriores. En este sentido, es muy significativo un texto de PLAUTO (*Aul.*, v.781 ss), en donde se relata que Megadoro, después de haber celebrado los esponsales con la hija del avaro Euclión, le comunican a este último por medio de Licónides, sobrino de Megadoro, su deseo de renunciar a su hija en la víspera de la boda, a lo que Euclión reacciona deseándole a Megadoro la maldición de los dioses inmortales:

Lyc. *filiam ex te tu habes.*

Euc. *immo eccillam domi.*

Lyc. *eam tu despondisti, opinor, meo ancuro.*

Euc. *omnem rem tenes.*

Lyc. *is me nunc renuntiare repudium iussit tibi.*

Euc. *repudium rebus paratis, exornatis nutiis? ut illum di inmortales omnes deaque quantum est perduint, quem propter hodie auri tantum perdidit infelix, miser.*

Por otro lado, de este relato se desprende que la participación de la hija de Euclión, desde el punto de vista de su voluntad, es nula, ya que ella se atiene a la

de su *pater*. De ahí que, este fragmento nos sirva para comprender que el consentimiento que los cónyuges prestaban al matrimonio, en la mayoría de los casos, era el resultado de todo un proyecto matrimonial anterior, cuyo momento inicial de elaboración comenzaba con los esponsales y donde la autonomía de la voluntad de los contrayentes, a la hora de prestar su consentimiento, estaba muy limitada por los intereses que con el matrimonio se persiguiesen.

Así las cosas, centrándonos en las fuentes más antiguas que nos dan noticias de los esponsales, se deduce el carácter formal de los mismos, así como de su eficacia jurídica ya que, a través de la *actio ex sponsu*, si bien no se obligaba a celebrar el matrimonio concertado, sin embargo sí se podía obligar a la parte que los repudiase sin *iustae causae* al pago de una *pecunia aestimabat*. Concretamente, el principal texto que nos informa de ello se debe a A.GELIO (*Noct.Att.*, IV,4) que, recogiendo la opinión de SERVIO Sulpicio en su libro de *Dotibus* y confirmada por la de NERACIO en su libro de *Nuptiis*, después de relatar el antiguo régimen de los esponsales, nos dice, además, que estuvieron vigentes hasta que la *lex Iulia*, del año 90 a.C., concedió la ciudadanía a todos los habitantes del Lacio:

Sponsalia in ea parte Italiae quae Latium appellatur hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro quem inscripsit De Dotibus: "Qui uxorem", inquit, "ducturus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur, eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, id itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat 'sponsa' appellabatur, qui spo-

ponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur aut qui sponderat ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex quomobrem data acceptave non esset uxor quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eram uxorem accipi aut dari, eum qui sponderat aut qui stipulatus erat, condemnabat".

Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus quo civitas universo Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scripsit in libro quem De Nuptiis composuit.

Este carácter formal de los esponsales lo podemos ver confirmado también en:

VARRON De ling. lat., VI, 69-72:

Spondere est dicere 'spondeo'; a 'sponte', nam id valet et 'a voluntate'. -Ab eadem 'sponte', a qua dictum 'spondere', declinatum 'spondit' et 'respondet' et 'desponsor' et 'sponsa', item sic alia. spondet enim qui dicit a sua sponte 'spondeo' spondet est sponsor; qui idem faciat obligatur sponsu, consponsus; hoc Naevius significat, cum ait 'consponsi'. Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia et quae desponsa erat, sponsa; quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quo erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis. Qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat; non enim si

volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus, - quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. Sic despondisse animun quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem. A qua 'sponte' dicere cum spondere quoque dixerunt, cum ad 'spontem' responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit 'spondeo', si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: "Meministe te spondere mihi gnatam tuam?" quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Como se puede apreciar, la actuación del **paterfamilias** en la formación de los esponsales es de vital importancia, y, de manera especial, la del **pater** de la futura **uxor** ya que, como antes señalamos, la mujer en tiempos antiguos, en ningún momento, se encontró en una situación de plena independencia, su **pater**, forzosamente, tenía que actuar para la formación de los mismos. Sin embargo, el esposo como podía darse el caso de ser **sui iuris**, podría actuar él mismo pero, en el supuesto de ser **alieni iuris**, su **pater** sería entonces el que participara. De ahí que, la importancia de los esponsales en época antigua sea mucho mayor que ya en tiempo clásico, pues dicha institución es un reflejo indiscutible de la relevancia jurídica que los lazos agnativos que, como la **patria potestas**, ejercieron en la concepción antigua de la familia romana.

De este aspecto que mencionamos, la doctrina romanística también es consciente de ello. Así, GIRARD nos dice: "Les fiançailles des personnes en puissance ont,

comme leur mariage, probablement été conclus anciennement par leurs **patres familias** en dehors d'elles, et plus tard par elles avec le consentement de leurs **patres familias** (58). En los mismos términos se expresa HUVELIN al considerar que los esponsales eran celebrados por los **patres**, "absolument en dehors des intéressés" (59). Otros, como MONIER muestran una opinión menos radical al reconocer aquellos supuestos en los que al ser **sui iuris** el futuro esposo, éste directamente participaba en la conclusión de los mismos junto con el **pater** de la mujer, dice así: "Fiançailles conclues primitivement entre les deux chefs de famille ou entre le père de la fiancée et le fiancé" (60). Mientras que, GIFFARD se limita a destacar sólomente esta última posibilidad: "Les **sponsiones**, promesses de mariage, s'échangeaient anciennement entre le père de la jeune fille et le futur mari" (61).

Sin embargo, VOLTERRA, aunque reconoce la profunda transformación histórica de esta institución, cuando habla de la misma, sin embargo, se limita a decir lo siguiente: "mentre nell'epoca classica esso risulta avere importanza quasi esclusivamente sociale, nel periodo post-clasico e giustiniano per influenza cristiana si riconoscono agli sponsali nuovi ed importanti effetti, per i quali sotto vari rapporti i fidanzati sono equiparati ai coniugi" (62) y, en cuanto al contenido de las fuentes antes mencionadas, donde se hace referencia de los antiguos esponsales, considera: "Tali stipulazioni del **paterfamilias** della donna e del futuro marito non vincolavano giuridicamente la volontà della donna a compiere il matrimonio... perché questo esistesse e persistesse occorreva infatti che all'**auctoritas** iniziale del **paterfamilias** e al consenso continuato del marito si aggiungesse il consenso continuato della donna" (63).

Si bien el hecho de que los esponsales no crease un vínculo que, desde un punto de vista jurídico, obligase a contraer el matrimonio, entre otras cosas porque la **actio ex sponsu** evidencia la posibilidad y efectos de la ruptura de los mismos, en embargo, no compartimos el razonamiento de VOLTERRA para fundamentar su postura, es decir, si bien reconoce la transformación de la institución en orden a su evolución histórica, sin embargo no creemos que sea posible concebir dicha evolución partiendo de la concepción que tuvo en la época clásica pasando, seguidamente, a compararla con la postclásica sin detenerse a analizar la distinta relevancia que tuvieron en época antigua, con respecto al tiempo propiamente clásico, diferencia que, a nuestro juicio, es notoria.

Efectivamente, junto al hecho de que no puede ser medida con la misma fuerza el compromiso que un **paterfamilias** asumía en época antigua, de dar en matrimonio y mediante los esponsales a un miembro sometido a su **potes-tas**, que con respecto al tiempo clásico, ya que el rigor de los poderes con que se veía investido fueron variando conforme a la evolución que fue sufriendo la concepción de la familia romana, también hay que tener en cuenta la importancia originaria del factor religioso, marcando de forma clara, el distinto desenvolvimiento que dicha institución pudo tener en uno y otro momento histórico; de ahí que, FESTO (v. **spondere**) cuando trate de los antiguos esponsales nos los ponga en conexión con **rebus divinis**, diciendo:

Spondere Verrius putat dictum, quod 'sponte sua' id est voluntate, promittatur; deinde oblitus inferiore capite sponsu et sponsam ex Graeco dictam ait, quod ii σπονδῶς interpo-

sitis rebus divinis faciant.

En cuanto a la afinidad etimológica del término *sponsio* con el griego $\sigma\pi\omicron\nu\delta\acute{\iota}\eta$, según se aprecia en el texto de FESTO; es interpretada por los filólogos (64) en el sentido de que, si bien ambas voces pueden proceder de una misma raíz sanscrita *spand*, sin embargo consideran falso que una voz derive de la otra y que, por tanto, el significado propiamente originario de *sponsio* sería el de libación, es decir, formalidad religiosa que, en la antigüedad, implicaba un carácter de santidad tanto en aquellas convenciones públicas como privadas (65). Por otro lado, la autonomía y originalidad de las instituciones romanas y, en particular de los esponsales, fue puesta de manifiesto por VOLTERRA (66), así como por GAUDEMET (67) y, a cuya postura, también nos adherimos.

En consecuencia, como se desprende de su significado, los esponsales revistieron un carácter eminentemente religioso en época antigua (68). Ahora bien, la cuestión habría que centrarla en determinar, en primer lugar, hasta cuando se mantuvo dicho carácter y, en segundo lugar, qué eficacia desencadenaba el compromiso adquirido por el *paterfamilias*.

En cuanto al primer punto habría que conectarlo con el propio proceso de laicización que fue sufriendo el Derecho romano en general, es decir, no podemos señalar un momento o circunstancia exclusiva que nos determine su transformación. En este sentido, la aparición de la *lex XII Tabularum*, así como la evolución que fue sufriendo procedimiento romano, son, según VOIGT (69), datos a tener muy presentes para gradual el nivel del religiosidad de esta institución.

Por otro lado y, en relación con el segundo punto que mencionábamos, su eficacia había que ponerla en relación con la fuerza que desencadenaba, en los primeros tiempos, los deberes éticos o compromisos morales, (**officium**); de ahí que, COGLIOLLO, cuando hace alusión a la primitiva **sponsio**, considere que: "Questa convenzione devette essere per molto tempo garentita solo dalla morale positiva, cioè dalla buona fede e del rispetto degli Dei protettori del giuramento, ma non del diritto" (70). Efectivamente, al ser los esponsales una institución que no generaba un vínculo jurídico que obligase a contraer matrimonio sino, simplemente, un compromiso moral, en la medida que dichos principios religiosos vayan decayendo en la conciencia social, los esponsales irán perdiendo la eficacia y formalidad que en la antigüedad contenían.

Otro aspecto que no compartimos con VOLTERRA es el que, al igual que anteriormente hizo GIFFARD, a la hora de señalar los sujetos activos que celebran los esponsales limite el círculo entre el **pater** de la mujer y el futuro marido. Evidentemente, dicha situación sí pudo darse, pero sólo cuando el futuro marido gozaba de la condición de **sui iuris** y, por tanto, no necesitaba de la **auctoritas** de un **paterfamilias**, lo cual no podía calificarse, en tiempos antiguos, como situación generalizada ya que pocos eran los que se encontraban en dicha condición.

Por otro lado, el hecho de que VOLTERRA reste valor a las estipulaciones del **paterfamilias** en base a que el consentimiento continuado era el único elemento que daba vida y permanencia al matrimonio, tanto por parte del marido como por el de la mujer, es algo que, a nuestro juicio, sólo pudo ser posible en época clásica. Pero sin trasladar dicha concepción, como hace éste autor, al