

tiempo antiguo cuando el protagonismo del consentimiento de los cónyuges fue, simplemente, expresión de la propia voluntad de sus **patresfamilias**, en el caso de que ambos fuesen **alieni iuris** o, al menos, expresión de la voluntad del **pater** de la mujer ante el supuesto de que el futuro marido fuese **sui iuris**. De ahí que, los esponsales sea una institución que prosperó mucho más en tiempos antiguos, como reflejo de la importancia del sometimiento al **paterfamilias** y que, sólo en época clásica, mostrará su relajación; muestra de ello son las siguientes fuentes donde aparece que ellos eran usuales y donde el **paterfamilias** muestra un comportamiento activo:

SERV., Ad Aen., X,79:

propie sponderi puellae: est; ergo sponsus non quia promittitur, sed quia spondet et sponsores dat.

No cabe duda que, los esponsales, era una promesa que precedía al matrimonio y que, si bien en época clásica fue perdiendo vigencia, sin embargo durante todo el tiempo anterior tuvieron plena vigencia. De ahí que, en el teatro de PLAUTO también encontremos fragmentos que aludan a los esponsales, los cuales, si bien hay que observarlos con cautela por la contaminación que con los modelos griegos puedan presentar, sin embargo tampoco podemos olvidar que también fueron escritos para los espectadores romanos de su época, es decir, que su contenido no debía de ser del todo extraño a la realidad existente en la sociedad romana del momento. Así, volviendo a la obra de **Aulularia** (v.255ss) la **sponsio** es realizada por el padre de la joven hija con su futuro yerno:

Meg. ...etiam mihi despondes filiam

Euc. Illis legibus

cum illa dote quam tibi dixi

Meg. Sponden ergo?

Euc. Spondeo.

También en *Poen.*, (v.1155 ss.), vemos que quien actúa para la conclusión de los mismos es el futuro esposo sin que se vea asistido por su **pater**, lo cual nos da pie a pensar de que se tratase de un individuo **sui iuris**, nada extraño, por otro lado, en aquel momento histórico donde la vieja concepción de la familia romana había sufrido importantes transformaciones y el número de personas emancipadas comenzaba a aumentar:

Ag. audin tu, patre? dico, ne dictum neges:
tuam mihi maiorem filiam despondeas.

Ha. pactam rem habeto.

Ag. spondesne igitur?

Ha. spondeo.

En consecuencia, de dichos textos se puede deducir el carácter formal de los sponsales ya que ellos no eran competencia exclusiva de los futuros cónyuges, sino que al menos el **pater** de la mujer estaba presente en los mismos, el hecho de que el futuro cónyuge actuase o no asistido por un **pater** sólo depende del momento histórico en que nos situemos, es decir, en un inicio al ser más frecuente encontrarnos con individuos sometidos a **potes-tas**, el **pater** de los mismos requería su presencia a fin de mostrar su **auctoritas**, pero conforme los lazos agnaticios vayan perdiendo su fuerza estaremos ante sujetos que, con mayor frecuencia, se encuentran en una situación de **sui iuris**.

En este sentido, las opiniones de GIRARD, HUVELIN y MONIER, antes apuntadas, las consideramos más coherentes, con la realidad existente en aquellas etapas históricas, al subrayar el protagonismo e importancia de las **stipulationes** de los **patresfamilias**. E, incluso, MAGDELAIN (71), cuya opinión es compartida por GAUDEMET (72), nos muestra con mayor rigor la evolución de la relevancia de esta institución; esto es, para MAGDELAIN la diferencia fundamental entre los esponsales y el matrimonio es que, en este último, los esposos eran los que participaban directamente en los mismos, como se aprecia en los más antiguos ritos religiosos que se celebraban con ocasión del mismo; sin embargo, en los esponsales no ocurrió de igual manera pues, en un principio, eran obra de los ascendientes y no de los futuros cónyuges, de tal manera que, según MAGDELAIN (79), el consentimiento de éstos últimos no intervenía, al menos por lo que se refiere a la mujer ya que ella era prometida (**sponsa**) al futuro marido, mientras que éste participaba escasamente pues, al no ser objeto de ninguna promesa (**sponsus...non promittitur**, SERV., *Ad Aen.*, X,79) y su condición, en la mayoría de los casos, era la de un **alieni iuris**, su papel en los mismos era nulo mostrando, por otro lado, el triunfo de la **patria potestas** en dicho momento histórico.

Esta institución comienza a mostrar su evolución cuando, precisamente, el régimen de la **patria potestas** empieza a perder su fuerza como cualquier otro vínculo agnaticio que configuraba el carácter de la antigua familia romana. De ahí que, al aumentar el número de los individuos que gozaban de una situación de **sui iuris**, se le tenga que reconocer un papel activo en la celebración de los esponsales, como ya vimos que mostraba el texto de VARRON, o bien en los fragmentos citados de la obra de PLAU-

TO. Este régimen, señala MAGDELAIN, se mantuvo en rigor hasta finales de todo el período preclásico, pues en el derecho clásico podemos encontrar ya la participación de la mujer al menos bajo la forma pasiva de la no oposición, mientras que el consentimiento del futuro esposo será ya formalmente exigido.

Efectivamente, en el Derecho clásico se aprecia que el consentimiento en los esponsales, al igual que el matrimonio, debe ser manifestado por los futuros esposos, considerando sin efecto los celebrados contra la oposición del hijo o contra la voluntad de la mujer manifestada, bien con no oponerse a la voluntad de su pater, o bien oponiéndose de forma expresa ante el caso de que éste le elija un esposo indigno por sus costumbres o moral, tal como se puede ver en los siguientes textos del DIGESTO:

D.23,1,11 (JUL., lib. XVI Dig.):

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet:

D.23,1,12 (ULP., lib. sing. de spcns.):

sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.

D.23,1,13 (PAUL., lib. V ad edic.)

Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt.

2º.- En cuanto a la segunda consideración que señalábamos, para justificar la distinción entre la concepción clásica del matrimonio con respecto a la existente en tiempo precedente, es la referente al distinto significado del **ius conubii** según en el momento histórico en que nos situemos.

En este sentido, de nuevo es VOLTERRA (74) quien ofrece, a diferencia de otros romanistas (75), una mayor profundidad en sus investigaciones sobre el tema. Efectivamente, no se limita simplemente a mostrar una noción genérica del **conubium** sino que, en su afán de demostrar la distinción entre la **conventio in manum** y el matrimonio así como que la concepción de este último varía de la existente en época clásica con respecto al período postclásico, considera que el **conubium**, en un primer momento, es un requisito o condición positiva, necesaria e imprescindible para la existencia del matrimonio durante la época clásica ya que, esta institución es propia, del mundo antiguo, cuando no existía el principio de igualdad en la situación jurídica de los hombres, es decir, a cualquier individuo por el hecho de serlo no le estaba reconocido su derecho a contraer matrimonio, sino que dependía de la situación jurídica que en un determinado momento se encontrase. Este carácter del **conubium** se mantuvo en vigor hasta la época clásica pues, en el período postclásico, como consecuencia de las influencias que ejercieron las ideas cristianas en la legislación imperial y, en particular, en el concepto jurídico del matrimonio, la noción del **conubium**, dice éste autor: "Perde il suo significato originario e viene usato al plurale como sinonimo di matrimonio" (76), tal y como se aprecia en las fuentes postclásicas que, entre ellas, podemos mencionar a las siguientes:

En COLL., VI,4,2, recogiendo una constitución

de DIOCLECIANO y MAXIMIANO, (a. 295) se expresa lo siguiente:

Nefas enim credere est ea, quae in praeteritum a conpluribus constant esse commissa, cum pecudum ac ferarum promiscuo ritu ad inlicita conubia instinctu pudoris ac pietatis intruerint.

También en una constitución de CONSTANTINO (a.319) se puede apreciar el cambio producido en el lenguaje de los juristas del s. IV d.C., concretamente, dicha constitución está recogida en C.5,5,3 pr.:

Cum ancillis non potest esse conubium: nam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur.

En dicho texto, el término **conubium** es empleado como sinónimo de matrimonio y no como un requisito del mismo ya que, como VOLTERRA interpreta (77). ahora dicho término no vendría a significar **uxoris iure ducendi facultas**, tal y como sería en época clásica, sino que con él se expresa, simplemente, la idea general del matrimonio puesto que el texto dice, expresamente, que con la esclava no pudo existir matrimonio. En el mismo sentido, se puede leer en C.5,17,8,4a cuando los emperadores TEODOSIO y VALENTINIANO dicen en una constitución del año 449 lo siguiente:

Quod si praeter hoc nupserit, erit ipsa quidem infamis, connubium vero illud nolumus nuncapari.

Confirmándose dicho significado con JUSTINIANO, como se aprecia en C.5,20,2 (a. 530):

Si enim credendam mulier sese suamque dotem
parti mariti existimavit, quare fideussor vel
alius intercessor exigitur, ut causa perfidiae
in connubio eorum generetur?

Finalmente, en las Instituciones de JUSTINIANO, en el título de **nuptiis** (I,10), no aparece ni una sola vez el término **conubium** o la expresión **ius conubii**, lo que nos demuestra la degeneración que fue sufriendo su significado, hasta el punto de que, en ningún modo, podía ser ya considerado como requisito del matrimonio ni, incluso, en las Instituciones de JUSTINIANO reza como sinónimo de matrimonio.

Frente a este significado postclásico del **conubium**, en la época clásica, como también pone de manifiesto VOLTERRA (78), la noción del mismo no es la de sinónimo de matrimonio, sino la de requisito necesario para que se diese un **iustum matrimonium**, tal y como vimos expresada en el **Tituli ex corpore Ulpiani** (V,2). Del cual, por otro lado, no gozan exclusivamente los **cives** romanos sino también los **latinis et peregrinis**, cuando a éstos se les había previamente concedido. De ahí que, ULPIANO (V,4) nos diga: **Conubium habent cives Romani cum civibus Romanis: cum Latinis et peregrinis ita, si concessum est**, lo cual se confirma en GAYO, (**Inst.I,56**):

...si cives Romanas uxores duxerint vel etiam
Latinas peregrinasue cum quibus conubium ha-
beant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi
patris condicionem sequantur, evenit, ut non
(solum) cives Romani fiant, sed etiam in potes-
tate patris sint.

Por el contrario, ni a los esclavos ni a las personas ligadas por vínculos de parentela, le es concedido el *ius conubii*, como afirman ULPIANO y GAYO, ya que su unión sería considerada como *nefarias et incestas nuptias*:

ULPIANO, Tit. ex corp., V,5,6 y 7:

Cum servis nullum est conubium. Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus sint conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usquem ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: nunc autem etiam ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint. Eam, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, uxorem ducere non possumus. Si quis eam quam non licet uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit: ideoque liberi in potestate eius non fiunt sed quasi vulgo concepti spurii sunt.

GAYO, Inst., I,59.

Inter eas enim personas quae parentum liberorumque locum inter se optinet, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem: et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur.

Por consiguiente, si de esa nefarias et incestas

nuptias, como dice GAYO, o incestum matrimonium, según ULPIANO, naciesen hijos, éstos serían considerados como spurii, siguiendo la condición de la madre (GAYO, Inst., I, 67, 76 y 78).

Pero no sólo por razón de parentela o por la concesión del **conubium** que se otorga, en determinados casos, a **latini et peregrini**, sino que también encontramos, en las fuentes clásicas, algunos supuestos en los que la noción de **conubium** abarca situaciones concretas en donde, una vez contraído el matrimonio, se priva del mismo. Así podemos mencionar el supuesto del límite que encuentra la liberta cuando quiere divorciarse de su patrono ya que, en caso de intentarlo, sin el consentimiento de éste, es privada del mismo e, incluso, si el patrono hubiese caído en cautividad, como se aprecia en los siguientes textos:

D.24,2,11 pr (ULP., lib. III ad leg. Iul. et Pap):

...quandiu patronus eius eam uxorem suam esse vult, cum nullo alio conubium ei est, nam quia intellexit legis lator facto libertae quasi diremptum matrimonium, detraxit ei cum alio conubium... .

D.25,7,1 pr (ULP., lib. II ad leg. Iul. et Pap.)

...ego quidem probo in concubina adimendum ei conubium, si patronum invitum deserat, quippe cum honestius sit patrono libertam concubinam quam matrem familias habere.

C.5,5,1 (Imp. ALEJ.):

Liberta eademque uxor tua, si a te invito discessit, conubium cum alio non habet, si modo uxorem eam habere velis.

D.23,2,45,6 (ULP., lib. III ad leg.Iul.et Pap):

Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset, et qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium:

También cuando el marido de la liberta era nombrado senador y al no estar permitido, según la **lex Papia Poppea**, el matrimonio entre senador y liberta, este cesaba por falta del **conubium**.

C.5,4,28 pr. (Imp. JUST. a.531 ó 532):

Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum quarebatur, quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur.

Otro supuesto de pérdida del **conubium** era cuando cualquiera de los cónyuges, o bien ambos, caían en cautividad, por lo cual su matrimonio cesaba:

D,49,15,12,4. (TRIFON., lib. IV disp.):

Sed captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est (79).

Por último, tampoco podía darse el *conubium*, en aquellos supuestos, en los que el suegro adoptase al yerno, o bien cuando la adopción se producía entre personas en las que mediaba relaciones de tutela o bien de curatela. De todo ello, nos informan las siguientes fuentes:

D.1,7,23 (PAUL., lib. XXXV ad ed.):

...et ideo si filium adoptavero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit: item nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae es quem adoptavi frater fit, quoniam in familia mea est filia: 'nuptiis tamen etiam eorum prohibitis'.

D.23,2,17 pr. (GAYO, lib. XI ad ed. prov.):

Per adoptionem quaesita fraternitas eosque impedit nuptias, donec manet adoptio: ideoque eam, quam pater meus adoptavit et emancipavit, potero uxorem ducere. aequae et si me emancipatio illam in potestatem retinverit, poterimus iungi matrimonio.

D.23,2,67,3 (TRIFON., lib. IX disp.):

Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Tutium vel filium eius adoptaveris, an peremuntur nuptiae (ut in genero adoptato dictum est) an adoptio impeditur? quod magis dicendum est et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius

puellae, cuius curator est. nam finita iam tutela et nupta puella alii vereor, ne longum sit adoptionem mariti eius impedire, quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur, quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio divi Marci continet.

Por otro lado, también en determinadas circunstancias, era concedido el **ius conubii** a determinadas personas, como es el caso de aquellos veteranos que habían adquirido la ciudadanía romana y que les era otorgado dicho derecho para que sus matrimonios se transformasen en legítimos, desde el punto de vista del Derecho de Roma aunque, desde el punto de vista del **ius gentium** siempre lo fueron, tal y como VOLTERRA señala (80) a tenor de los distintos documentos con que contamos referentes a los diplomas militares.

Ahora bien, después de analizar el significado del **conubium** en época clásica, habría que analizar si fue de igual modo desde los tiempos más antiguos del Derecho romano. En este sentido, si bien VOLTERRA reconoce que esta institución existió desde los orígenes, incluso, señalando que también era común a otros derechos de la antigüedad (81). sin embargo no precisa el alcance que supuso su evolución histórica, así como su incidencia en la configuración de la concepción del matrimonio romano.

Efectivamente, una de las razones por la que fundamentamos que la concepción clásica del matrimonio no puede ser aplicada a tiempos precedentes es, precisamente, a tenor del **conubium**. Con anterioridad, habíamos visto que en época clásica dicha institución se configuraba como un requisito necesario para el matrimonio, el cual podía ser

concedido o denegado entre ciudadanos romanos y extranjeros e, incluso, entre los mismos ciudadanos romanos podía ser denegado, es decir, cuando su significado se extendía al tema de los impedimentos matrimoniales o a circunstancias concretas (como en el caso del divorcio de la liberta contra la voluntad del patrono, o bien en el supuesto de cautividad...). Sin embargo, en los tiempos más antiguos, dicho significado está relacionado, como señaló MÜNZER (82), con una política de alianzas matrimoniales que se inicia desde la época de los reyes romanos y que culmina, como resultado del fenómeno de la expansión romana, hasta el siglo III a.C.. De ahí que, desde la época monárquica, el **conubium** fuese aplicado a través de los distintos **foedus aequum** que Roma concertaba con otros pueblos vecinos, de los cuales nos informa DIONISIO DE HALICARNASO (83).

Ahora bien, dentro de este marco de política de alianzas matrimoniales, un dato a tener en cuenta es la prohibición del **ius conubii** entre patricios y plebeyos, según nos muestra la legislación decemviral y, su posterior derogación con la **lex Canuleia** (del 445 a.C.). Y ello, por dos razones principales: La primera, porque nos indica una pugna entre la clase patricia, que temía perder su predominio como clase aristocrática, frente a la plebe, como agrupación ciudadana en continua evolución (84). La segunda, porque era la primera vez que se elevaba a rango legal lo que hasta el momento estuvo regulado por la costumbre, ya que, la doctrina actual (85), habiendo superado las tradicionales opiniones de NIEBURH (86) y MOMMSEN (87), muestra que con anterioridad a la **lex XII Tabularum** la posibilidad de matrimonios mixtos entre patricios y plebeyos sí pudo darse, distinto es que dentro de las costumbres gentilicia y familiares se estableciesen sus propias pautas de comportamiento en el sentido de impedirlos,

pero sin que, hasta el momento, ninguna norma legal viniese a regularlos (88). De todas formas, tal prohibición estuvo poco tiempo en vigor, al ser derogada por la **lex Canuleia**, mostrando lo inadecuada de la misma.

En consecuencia, como dice FRANCIOSI, cuando después de estudiar este fenómeno histórico llega a la conclusión de que: "La storia di Roma cessava di essere storia di gentes per divenirse storia delle grandi famiglie" (89). Efectivamente, la transformación social era evidente pero, también es verdad, que la política de alianzas matrimoniales siguió produciéndose, entre las nobles familias romanas con otras de pueblos latinos, según nos informa TITO LIVIO (90), y, cuya nobleza estaba más en conexión con su posición económica que con el origen de su linaje, constituyendo la nueva **nobilitas** republicana.

Por otro lado, si bien observábamos que en época clásica la noción del **conubium** también se extendía a aquellas cuestiones referentes a impedimentos matrimoniales o a circunstancias donde a personas en concreto se les concedía o denegaba, sin embargo, en época antigua no encontramos ninguna fuente jurídica que aprecie una regulación de tales cuestiones ya que, entre las creencias religiosas y las costumbres, gentilicias y familiares, encontraban dicha regulación, las cuales podía ser aún más estrictas que cualquier otra norma legal escrita de tiempo posterior. Así, por ejemplo, en el tema de las relaciones incestuosas, si bien fueron observadas como una constante histórica, sin embargo, su regulación varía según en el tiempo en que nos situemos, porque los impedimentos matrimoniales, en razón de la parentela y afinidad, varían de contenido según nos encontremos en tiempos antiguos,

donde la estructura social estaba determinada por un sistema gentilicio y donde los vínculos agnaticios estaban en pleno áuge que, con respecto a la época clásica, cuando la familia cognaticia adquirió su esplendor y la antigua organización gentilicia había quedado en el recuerdo (91).

Así las cosas, podemos concluir diciendo que, esta distinta noción del **conubium** que observamos en su evolución histórica y dada su conexión con la institución matrimonial, nos confirma, una vez más, que la concepción del matrimonio romano no pudo ser configurada, simplemente, entre el período clásico y postclásico, olvidando que, con anterioridad a ellos, el matrimonio tuvo su propia concepción conforme a la realidad histórica que lo configuraba.

3º.- Por último, también desde el punto de vista de la capacidad natural requerida a los cónyuges para el matrimonio, nos sirve para demostrar que, la concepción del mismo, varía conforme al momento histórico en que nos situemos. De ahí que, atendiendo al contenido de las fuentes, podamos observar las distintas fases de evolución que sufrió dicha capacidad natural. En este sentido, la época que presenta menos dudas es la justiniana, ya que de manera expresa se declara que la edad establecida para determinar la pubertad y, por consiguiente, para poder contraer matrimonio era la de doce años para la mujer y catorce para el varón, tal y como aparece en C.5,4,24 (**Imp. JUST.**, a.530):

...et non esse tempus inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post decimum quartum annum completum...

y en C.5,60,3. (Imp.JUST. a.529)

Indecoram observationem in examinanda marum pu-
bertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae
post impletos duodecim annos omnimodo pubescere
iudicantur, ita et mares post excessum quattor-
decim annorum puberes existimentur, indagatione
corporis inhonesta cessante.

Por otro lado, esta noticia es confirmada en
las *Instituta* (I,22 pr.) pero con la matización de que, si
bien desde *ab antiquo* la edad de la mujer se fijó a los
doce años para determinar la pubertad y, por consiguiente,
con ella se fijaba el final de la tutela, sin embargo para
el hombre se dice que fue una *sancta constitutio* la que
estableció, definitivamente, la edad de los catorce años,
así reza en dicho texto de las *Instituta*:

Pupilli pupillaeque, cum puberes esse coepe-
rint, tutela liberantur. Pubertatem autem ve-
teres quidem non solum ex aninis, sed etiam ex
habitu corporis in masculis aestimari volebant.
Nostra autem maiestas dignum esse castitate
temporum nostrorum bene putavit, quod in femi-
nis et antiquis impudicum esse visum est, id
est inspectionem habitudinis corporis, hoc
etiam in masculos extendere; et ideo *sancta*
constitutione promulgata pubertatem in masculis
post quartum decimum annum completum ilico ini-
tium accipere disposuimus, antiquitatis normam
in feminis personis bene positam suo ordine re-
linquentes, ut post duodecimum annum completum
viripotentes esse credantur.

5

Efectivamente, sólo en época justiniana se terminó con claridad la edad requerida al varón pues, durante la época clásica existía disparidad de criterios entre las escuelas de Sabinianos y Proculianos ya que, los primeros, eran partidarios de concretarla en función del resultado de una inspección física realizada caso por caso mientras que, los segundos, la fijaban directamente cuando el hombre cumpliera los catorce años de edad, opinión esta última que, como hemos tenido ocasión de ver, fue la que siguió Justiniano ya que la inspección física de cada caso individual, la consideraba de *inhonesta indagatio* (C.5,60,3). Esta polémica entablada entre ambas escuelas es recogida por ULPIANO (Tit. ex corp. IX,28) al tratar cuándo cesa la *tutela masculi*:

Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit: Proculiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit: verum Priscus eum puberem esse, in quem untrumque concurrat et habitus corporis et numerus annorum. Feminae autem tutela liberantur...

Con todo, ROBLEDA prefiere, para el tiempo clásico, interpretar que la capacidad natural del hombre para contraer matrimonio es: "sencillamente, la de la pubertad, con su fijación meramente relativa, por parte de los sabinianos, y absoluta, según los proculianos" (92), entre otras razones, porque considera que tal disputa hace alusión al cese de la tutela pero no tuvo porqué existir en otros asuntos como asumir ciertos *munera*(93), o referente a la capacidad activa testamentaria (94) y, "quizá -sigue diciendo- a contraer matrimonio" (95). Por otro lado, UL-

PIANO (V,2) cuando habla de los requisitos del matrimonio y, concretamente, de la capacidad natural se limita a mencionar **masculus pubes quam femina potens**, pero sin hacer ninguna mención de la edad en concreto.

La verdad es que, las fuentes que hacen alusión al tiempo más antiguo, nos informan de que la pubertad era establecida, para los hombres, cuando abandonaban la toga **praetexta** para recibir la viril (96), mostrando el paso de la infancia a la vida pública. Ahora bien, la edad requerida para tal acontecimiento no estaba previamente establecida, sino que dependía de la voluntad del padre o de la persona que lo representaba (97) y la ceremonia tenía lugar durante el mes de marzo, con las fiestas de **Liberaria** (98). Después de todo un ceremonial en el que se incluían sacrificios a los dioses y, que se hacía con la mayor publicidad (99), acto seguido, el nuevo puber, era inscrito en la lista de los ciudadanos.

Así las cosas, se puede comprender la diversidad de criterios, entre las escuelas de Sabinianos y Proculeyanos, a la hora de determinar una edad en concreto para señalar el paso a la pubertad por lo que, el punto de vista de ROBLEDA nos parece en este sentido acertado, siempre y cuando concrete tal criterio para el tiempo clásico. Sin embargo, éste autor, acepta sin objeciones la edad de los doce años para considerar una mujer nubil para el matrimonio (100), lo cual no es que discrepemos con él, sino que en función de los distintos textos que encontramos en las fuentes donde se habla de la **minor XII annis nupta**, no interpreta la posibilidad de que pudiesen existir matrimonios con mujeres menores de dicha edad y las consecuencias que de ello se derivarían, concretamente, en la configuración jurídica que pudo tener el matrimonio y

especialmente, en la cuestión del consentimiento como elemento constitutivo del mismo. Los textos más importantes que aducen a esta cuestión son los siguientes:

En primer lugar, LABEON (D.24,1,65), respondiendo a una cuestión sobre donaciones, hace referencia a aquella **qua nondum viripotens nupserit**, es decir, a la que había celebrado nupcias antes de ser apta o capaz de varón:

Quod vir ei, quae nondum viripotens nupserit, donaverit, ratum futurum existimo.

En el mismo sentido, POMPONIO (D.23,2,4), nos dice que la menor de doce años será esposa legítima cuando, junto al varón, cumpliera dicha edad:

Minorem annis duodecim nuptam tunc legitiman uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.

También PAPINIANO (D.23,3,68), hablando de la **dotis promissio**, nos dice:

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. Nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse coeperit.

Por su parte, ULPIANO, en varios textos referentes a la dote y a la validez de las donaciones, habla de la **minor nupta**:

D.5,3,13,1 (ULP., lib. XV ad ed.):

Item pro dote titulus recepit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi.

D.42,5,17,1 y 19 pr. (ULP., lib.LXIII ad ed.):

Si sponsa dedit dotem et nuptiis renunciatum est, tametsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis is domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit... dabimusque ex his causis ipsi mulieri privilegium.

D.23,1,9 (ULP., lib. XXXV ad ed.):

Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. Quam sententiam Papinianus quoque probat.

D.24,1,32,27 (ULP., lib. XXXIII ad ed.):

Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit, cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus fatae valeant, videamus. et

Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti imatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro X quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt.

Y, de especial interés, es aquel texto, también de ULPIANO (D.48,5,14 (13), 8), donde se habla del posible adulterio de la minor duodecim annis:

Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit cooperitque esse uxor, non poterit iure viri accusari ex el adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatam est.

Pero junto a estos textos jurídicos, encontramos en fuentes literarias, concretamente en PLUTARCO (Comp. Lyc. et Numa, IV,1-3) la noticia de que, a diferencia de Licurgo, los romanos casaban a sus mujeres a los doce años e incluso antes pues, si bien los primeros atendían a que las mujeres estuviesen formadas para procrear, los segundos preferían atender a la cuestión de carácter, es decir, por su juventud irían al matrimonio, como unión de vida en común, sin vicios en el cuerpo ni en las costumbres; concretamente, dice así el texto:

Τῇ δὲ ἄλλῃ τῶν παρθένων ἀγωγῇ καὶ τὰ
περὶ τὰς ἐκδόσεις ὁμολογεῖ, τοῦ μὲν Λυκούργου
πεπείρους καὶ ὀργώσας νυμφεύοντος, ὅπως ἢ τε
ὀμλία, δεομένης ἤδη τῆς φύσεως, χάριτος ἢ
καὶ φιλίας ἀρχὴ μᾶλλον ἢ μίσους καὶ φόβου
παρὰ φύσιν βιαζομένων, καὶ τὰ σώματα ῥώμην
ἔχῃ πρὸς τὸ τὰς κινήσεις ἀναφέρειν καὶ τὰς ὠδί-
νας, ὡς ἐπ' οὐδὲν ἄλλο γαμουμένων ἢ τὸ τῆς
τεκνώσεως ἔργον. τῶν δὲ Ῥωμαίων δωδεκαετείς
καὶ νεωτέρας ἐκιδόιτων· οὕτω γὰρ ἂν μάλιστα
καὶ τὸ σῶμα καὶ τὸ ἦθος καθαρὸν καὶ ἄθικτον ἐπὶ
τῷ γαμοῦντι γίνεσθαι. δῆλον οὖν ὅτι τὸ μὲν
φυσικώτερον πρὸς τέκνωσιν, τὸ δὲ ἠθικώτερον
πρὸς συμβίωσιν.

De este elenco de fuentes apuntadas, que no supone una lista cerrada de las mismas pero sí son de las más conocidas, la doctrina mostró su parecer de la siguiente manera:

Para DURRY (101), en base a la información de PLUTARCO así como de los distintos textos de los juristas romanos que hablan de la **minor nupta**, llega a la conclusión de que no existía una relación entre la edad del matrimonio y la edad de la formación, esto es, la mujer pudo ser entregada en matrimonio antes de que hubiese podido alcanzar la edad que la possibilitase para la procreación. Esta postura la fundamenta en base a lo siguiente:

En primer lugar, considera que la mujer está plenamente formada, para poder procrear, a partir de los catorce años, según lo deduce de SORANOS, médico griego que ejerció su actividad en Roma en época de Trajano y Adriano, y, en cuyo manual de Ginecología se afirma que la formación de las mujeres se realiza a los catorce años (102), así como MACROBIO, en su comentario del **Somnium Scipionis** (I,6,71), al tratar del número siete, dice que después de dos veces siete años se llega a la pubertad y entonces comienza en los varones el poder de la

reproducción y en las hembras la menstruación, aunque las mujeres se liberan dos años antes de la tutela debido a la impaciencia de sus deseos, según traduce DURRY (103), el texto, en cuestión, es el siguiente:

Post annos autem bis septem ipsa aetatis necessitate pubescit: tunc enim moveri incipit vis generationis in masculis et purgatio feminarum. Ideo et tutela puerili quasi virile iam robur absolvitur, de qua tamen feminae propter votorum festinationem maturius biennio legibus liberantur.

En segundo lugar, como resultado de lo expuesto, los romanos practicaron, usualmente el consumir el matrimonio con mujeres no formadas plenamente aunque, los jurisconsultos, intentaron limitar dicha costumbre no reconociendo el título de **uxor** hasta que la mujer no hubiese cumplido los doce años, tal y como reza en los distintos señalados, aunque el matrimonio se celebrase con anterioridad a dicha edad; de ahí que, DURRY valore como esencial el texto (D.48,5,14(13), 8) donde se habla del adulterio de la menor **si minor XII annis in domum deducta adulterium commiserit...** ya que, según éste autor, demuestra que la mujer antes de los doce años podía estar casada, relacionándolo con el contenido del texto de PLUTARCO donde expresamente manifiesta esta idea (104).

Sin embargo REINACH (105) critica la postura de DURRY pero tomando como permisa las siguientes consideraciones, y que pasamos a resumir de esta manera:

1º) Que las nupcias, como conjunto de ceremonias, y el matrimonio, como situación o estado, son dos

cuestiones distintas; de ahí que, cuando las fuentes, incluyendo la de PLUTARCO, hablan de la **nupta minor**, a lo que se refieren es a la celebración de las nupcias, las cuales pudieron realizarse un poco antes o como momento anterior al del matrimonio.

2º) Si el consentimiento es la condición esencial del matrimonio, manifestado tanto por el hombre como por la mujer y, eventualmente -dice éste autor-, por aquellos a quienes se encuentran sometidos a su **potestas**, interpreta que la mujer cuando contrae su matrimonio debe encontrarse en una situación de nubil, es decir, apta para el matrimonio porque, en caso contrario, no estaría capacitada para manifestarlo. Por ello, presume REINACH, debía correr un corto período entre el momento de la celebración de las nupcias y el del matrimonio ya que, "sa cohabitation avec le mari ne peut remonter, pour cette même raison, à une époque de beaucoup antérieure à l'accomplissement de sa 12^e année" (106); por otro lado se explica que los juristas, según se recoge en los textos apuntados, dejen en suspenso el reconocimiento jurídico de los efectos del matrimonio una vez que la mujer haya alcanzado la edad mencionada.

3º) Finalmente, REINACH considera que la procreación es el fin primordial del matrimonio ya que tacha de interpolado el texto de MODESTINO (D.23,2,1) cuando al definir al matrimonio señala **divini et humani iuris communicatio**, interpolación que fundamenta, por un lado, como fruto de las concepciones cristianas y, por otro, dice concretamente: "En tout cas elle ne pouvait être généralisée à une époque où la femme n'entrait pas nécessairement dans la famille du mari" (107). De ahí que, al contrario de DURRY, interprete el texto de PLUTARCO, ya señalado, en

el sentido de que antes de los doce años se podía realizar la **deductio**, como una ceremonia de las nupcias, pero no que se pudiera dar el matrimonio propiamente dicho.

Pero DURRY, en otro de sus artículos (108), replica a REINACH e insiste en su postura aportando, además, documentación recogida en inscripciones (109) así como ejemplos históricos de matrimonios precoces entre las grandes familias romanas; por ejemplo, el matrimonio de Octavia a los once años con Nerón (110).

Por su parte, GARCIA GARRIDO (111), y tras haber analizado los estudios de los autores antes mencionados, centra su interpretación en la consideración, estrictamente jurídica, de la **minor nupta**, tal y como aparece reflejada en las resoluciones jurisprudenciales anteriormente expuestas. De ahí que, las expresiones de **quae nondum viripotens nupserit** (LABEON, D.24,1,65), o de la **nupta** (POMPONIO, D.23,2,4), o bien la **si minor annis duodecim ut maior deducta sit** (PAPINIANO, D.23,3,68), las cuales también podemos ver recogidas en los distintos textos de ULPIANO, vienen a significar no que se ha constituido un matrimonio, como defiende DURRY, sino que se habían celebrado las ceremonias nupciales no siendo todavía apta para el matrimonio.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones sexuales de la **minor nupta**, esto es, según GARCIA GARRIDO la que ha celebrado las ceremonias nupciales pero no la que se encuentra en una situación de casada, y que ULPIANO (D.48,5,14(13), 8) calificaba expresamente de adulterio (**si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit**) es interpretado por éste autor, siguiendo la opinión de VOLTERRA (112), en el sentido de que no es un adulterio desde

un punto de vista puramente técnico, sino de un delito de **stuprum**. Para su fundamentación se remite a lo manifestado por VOLTERRA, es decir, que en el caso de violación de la prometida, si por falta de edad no existen aún **iustae nuptiae**, no se concede al esposo el accionar la **actio iure mariti**, sino sólo la **actio iure extranei**, como cualquier otra persona ajena que entable una acusación pública. Por otro lado, según VOLTERRA (113), el hecho de que ULPIANO lo califique de **adulterium**, en vez de **stuprum**, no tiene mayor trascendencia ya que, como MODESTINO destaca (D.50,16,101) la **lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur**, es decir, que los términos **stuprum** y **adulterium** pueden ser utilizados indistintamente. Por otro lado, el mismo MODESTINO (D.48,5,35(34)) escribe que **stuprum** comete el que cohabita habitualmente con una mujer libre a la que no está unida en matrimonio ni en concubinato:

Stuprum committit qui liberam mulierem consuetudini causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.

Por consiguiente, para GARCIA GARRIDO, así como para VOLTERRA, las relaciones sexuales de la **minor nupta** y el futuro marido serían calificadas, no como adulterio, sino como **stuprum**, ya que ella no se considera ni casada ni tampoco se la califica de concubina.

Ahora bien, la diferencia entre la postura de VOLTERRA y la de GARCIA GARRIDO; está en que, el primero, mantiene en todo momento que sólo el **consensus** de ambos, es el elemento esencial y constitutivo del matrimonio, mientras que, el segundo, en base a los textos que hablan de la **minor nupta**, ya expuestos, los utiliza para demos-

trar que el **consensus** no es suficiente pues, en determinados supuestos, como el de la **minor rupta**, no se puede prescindir de la convivencia matrimonial ya que con la **deductio** se indica el momento inicial de la convivencia y, si la mujer es menor, tampoco está capacitada para consentir; por ello dice éste autor: "posteriormente, para que el matrimonio sea válido, los juristas sólo exigen un requisito: que la mujer cumpla la edad núbil; para nada se habla aquí de la manifestación del **consensus**" (114). En consecuencia, no es que niegue que el **consensus** o la **affectio maritalis** sea lo que mantiene vivo al matrimonio, sino que no comparte con VOLTERRA, ni con aquéllos que le siguen, que sea el único y decisivo elemento en la relación matrimonial, pues la convivencia también ha de ser tenida en cuenta.

Por nuestra parte, consideramos que, evidentemente, la convivencia es un elemento esencial como prueba de la existencia de la **affectio maritalis** pero, en este sentido, consideramos que la interpretación de VOLTERRA responde mejor a la concepción del matrimonio clásico (115). Por otro lado, observamos que la interpretación de GARCIA GARRIDO, al igual que VOLTERRA, aunque con sus propias matizaciones, se ciñe a una interpretación de cuál pudo ser la situación jurídica de la **minor nupta** en época clásica y extendiendo a tiempos precedentes todas sus conclusiones, lo cual, a nuestro juicio, es un error conforme a la postura que venimos defendiendo, es decir, que la concepción y configuración jurídica del matrimonio romano tiene que ser reconocida conforme al momento histórico en que nos situemos y que, en definitiva, no podemos trasladar a tiempos precedentes concepciones propiamente clásicas. Pero es que, la misma crítica, se la podemos aplicar a los otros autores ya señalados, es decir, a DURRY y a

REINACH, pues ellos también, aunque a la inversa, intentan extender, en base al texto de PLUTARCO, a época clásica cuestiones sobre el matrimonio que sólo pudieron tener razón de ser en tiempos antiguos, conforme a la concepción del matrimonio que en aquel momento pudo darse, en consonancia con una estructura gentilicia de la sociedad y con una configuración agnaticia de la familia, propia del tiempo antiguo y en plena decadencia en período clásico. Por ello, consideramos que, precisamente, en el tema de la **minor nupta** podemos encontrar otro punto de apoyo a nuestra postura.

Efectivamente, la noticia que nos da PLUTARCO no la interpretamos como contradictoria de la que observamos en los textos citados por los juristas que nos informan del Derecho clásico, sino que ambas son distintas porque expresan momentos históricos diferentes. En este sentido, PLUTARCO se limita a recoger, a diferencia de lo que ocurría en el pueblo griego, el carácter que tuvo el matrimonio en la primitiva época monárquica. Por otro lado, el hecho de que los romanos acostumbraban a casar a sus mujeres a los doce años e incluso más jóvenes, al contrario de lo que ocurría en los griegos, puede estar perfectamente en consonancia con el ambiente social y costumbres de aquella época. Muestra de ello es que, como tuvimos ocasión de exponer, a diferencia de la época clásica, las instituciones de los esponsales y de la **conventio in manum** tuvieron en la antigüedad su pleno apogeo y relevancia. De tal manera que, el matrimonio, como institución jurídica, sólo encontraba su sede de regulación en la costumbre y no en un cuerpo normativo. De ahí que, por ejemplo, la **conventio in manum** como resultado de las relaciones interfamiliares acaparase una mayor atención, como se puede apreciar en las Instituciones de GAYO donde dicha

institución se encuentra más regulada y, las noticias referentes al matrimonio son escasas y, en cualquier caso, relacionadas con aquella.

Por otro lado, que GARCIA GARRIDO diga que el matrimonio de la menor, de existir, no podría ser legítimo puesto que, la mujer, no estaría capacitada para manifestar su consentimiento, sólo podría ser viable cuando se tratase de la concepción clásica del matrimonio, pero no para el tiempo precedente.

Efectivamente, el consentimiento de la mujer para su matrimonio no puede ser valorado de igual manera en una época histórica o en otra ya que, su situación dentro del grupo familiar sufrió importantes transformaciones. En este sentido, la independencia que alcanza la mujer en época clásica, tanto desde el punto de vista personal como del patrimonial, no se dió en la antigüedad; muestra de ello, es el protagonismo e importancia que, en un principio, ejercieron los esponsales y la **conventio in manum** y que, sin embargo, en época clásica los encontramos en plena decadencia, tal y como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente. Y ello es importante destacarlo, porque el **consensus** que ella manifiesta variará, es decir, o como fruto de unos intereses familiares y donde la voluntad de su **pater** o tutor es decisiva, o bien un **consensus** como resultado de la propia voluntad de la mujer sin verse condicionada por otros factores externos, en definitiva, su consentimiento para el matrimonio estará en función del ambiente social y cultural en el que ésta se desenvuelva. De ahí que, ULPIANO (V, 2), cuando hable de los requisitos para el matrimonio trate tanto del consentimiento de los esposos con el del **pater**, en el caso de que alguno de los futuros cónyuges se encuentren sometidos

a potestas, claro está que, como señala la doctrina actual (116) ese **consensus** del **pater** o tutor no es más que la **auctoritas** para su constitución, pero también es verdad que ULPIANO está haciendo referencia a un momento más avanzado del Derecho romano, si se quiere, desde la época clásica, pero no alude a sus orígenes, cuando la posibilidad de prestar el consentimiento sin la **auctoritas** del **pater** era, realmente, escasa al ser muy pocos los individuos que disfrutaban la condición de **sui iuris** y, menos todavía en el supuesto de la mujer.

Por otro lado, de los textos anteriormente señalados, interpretamos que, si bien en época clásica podía existir una edad establecida por los juristas, sobre todo para el caso de la mujer, a fin de considerar legítima una unión entre hombre y mujer, sin embargo y, a tenor del contenido del texto de PLUTARCO, no ocurría así en tiempos antiguos. La razón está en el hecho de que el matrimonio era una institución que, por mucho tiempo, permaneció regulado por la costumbre y no por normas legales escritas; de ahí que, cuando una mujer había sido prometida, por su **paterfamilias**, a otro **pater**, según si el futuro marido se encontrase en una situación de **sui iuris** o **alieni iuris**, e incluso si se había celebrado la **conventio in manum**, ello suponía que la mujer ingresaba en la familia del futuro marido y, el inicio de su vida puramente matrimonial quedaba supeditada a las costumbres familiares y a la propia capacidad fisiológica de la mujer, es decir, cuando con su procreación demostrase que era **viripotens**. Así se comprende de que Labeon (D.24,1,65) diga **quae nondum viripotens nupserit**, esto es, prefiriendo utilizar dicha expresión antes que fijar, concretamente, la edad de los doce años.

En otros textos, sin embargo, sí encontramos

reflejada la edad de los doce años, en concreto, POMPONIO (D.23,2,4), PAPINIANO (D.23,3,69) y ULPIANO (D.5,3,13,1; 42,5,17,1 y 19; 23,1,9; 24,1,32,27; 48,5,14(13), 8), interpretado por DURRY como un límite que implantaron los juristas en contra de las antiguas costumbres que permitían los matrimonios prematuros (117), lo cual, desde nuestro punto de vista, más que una limitación lo interpretamos como un intento de regular con normas legales escritas una institución, como el matrimonio que, con anterioridad, había carecido de importancia al ser los esponsales y la **conventio in manum** los que acaparaban la atención, conforme a una época donde los vínculos agnaticios y las relaciones interfamiliares e intergentilicias eran lo que importaban.

Por ello, el hecho de que que PLUTARCO mencione que, en época antigua, fuese usual casar a las mujeres incluso antes de los doce años, se comprende si se tiene en cuenta de que el matrimonio, como institución estaba regulado sólo por la costumbre, y ello si atendemos a que la celebración de los esponsales se podía realizar desde muy temprana edad; así MODESTINO (D.23,1,14), nos dice que eran posibles desde los siete años:

In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, ut est, si non sint minores quam septem annis.

Por consiguiente, dado que los esponsales pudieron celebrarse antes de que la mujer estuviese capacitada fisiológicamente y dado que su consentimiento para el

matrimonio en época antigua, estuvo muy influenciado por los intereses gentilicios y la **auctoritas** del **paterfamilias**, se explica que la convivencia matrimonial surgiese a tan temprana edad y, sólo, el reconocimiento de matrimonio legítimo fuese regulado en un momento posterior, cuando al decaer los lazos agnaticios, como la **conventio in manum**, y otras instituciones propias de la antigüedad, como los esponsales, se sintiese la necesidad de regular, fuera de la costumbre, a dicha figura, hablándose ya en época clásica de matrimonio legítimo o, en su caso, de **iniustum matrimonium**.

En cuanto a los distintos ejemplos que DURRY aporta de las fuentes, como el matrimonio de Octavia con Nerón en el que ella no había cumplido la edad reglamentada ya en época clásica, así como otros ejemplos similares que cita, nosotros nos adherimos a la opinión de CARCOPINO (118) cuando éste autor los llama "mariages blancs", es decir, matrimonios excepcionales que no respondían a una práctica generalizada por el resto de la población, sino entre las familias gobernantes o en relación con el poder político pues, en caso contrario, no encontraríamos explicación al contenido de los textos clásicos que se recogen en las fuentes jurídicas. Eran, en consecuencia, matrimonios permitidos por unos intereses concretos y, seguramente, justificados por costumbres que regularon el antiguo matrimonio romano.

Por último, en cuanto al argumento de DURRY citando el texto de MACROBIO (I,6,71), anteriormente también expuesto, y conforme a los distintos estudios médicos, queriendo demostrar que la mujer no está formada hasta la edad de los catorce años y, por consiguiente, el matrimonio entre impúberes pudo darse en época clásica, es a

nuestro juicio de escaso valor ya que MACROBIO, por un lado, está refiriéndose a la cuestión de extinción de la tutela y, por otro, conocido es de todos la existencia de prematuras formaciones fisiológicas conforme a la propia naturaleza de cada mujer.

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

Ya tuvimos ocasión de exponer en el capítulo anterior, cuando tratamos del *usus*, que tanto en los matrimonios en los que se celebrase la *conventio in manum* como en los que no, era usual que la constitución del matrimonio estuviese precedida por una serie de ceremonias y ritos nupciales que, si bien no eran requisitos esenciales para la validez del matrimonio, sin embargo sí eran muy representativos de la importancia que tenían las concepciones religiosas en un momento histórico donde el *ius* y el *fas* se encontraban plenamente fusionados (119). Por esta razón, lo que nos proponemos ahora examinar es si, dichos ritos y ceremonias, tuvieron la misma relevancia en época clásica que en tiempos precedentes pues, ello es importante, para poder determinar si la discutida configuración jurídica del consentimiento matrimonial, como continuo o inicial, que los autores tratan en la época clásica e intentan extender a épocas anteriores, es realmente válida o responde simplemente al mismo tiempo clásico pero no a todo el anterior.

Conforme a la postura que venimos defendiendo, consideramos que es insuficiente limitarse al período clásico y postclásico para intentar construir la configuración jurídica del matrimonio romano y, menos aún desde el

punto de vista del consentimiento, ya que ello va en función del momento histórico en que nos situemos conforme a los distintos factores políticos, jurídicos y sociales que realmente le dieron vida y forma, especialmente en la antigüedad, cuando las normas que lo regularon se debieron a las costumbres (**mores**) entonces imperantes y no a un conjunto de normas escritas, como observamos que sí existieron en época clásica con la legislación matrimonial de Augusto.

Por otro lado, también vimos cómo a pesar de los estudios de VOLTERRA defendiendo que el matrimonio y la **conventio in manum** eran dos instituciones plenamente diferenciadas, postura a la que también nosotros nos adherimos, sin embargo aún seguía cierto sector doctrinal (120) insistiendo en la indiferenciación de ambas instituciones en época antigua, lo cual fue criticado por nosotros en el sentido de que tal confusión doctrinal se debía al hecho de no tener presente la distinta concepción del matrimonio que pudo existir en cada momento histórico pero que, en ningún modo, se podía considerar a la **conventio in manum** como un tipo concreto de matrimonio ya que, las fuentes eran claras en cuanto a su diversa constitución, efectos y disolución.

Pero dejando a un lado la cuestión de la **conventio in manum**, observamos que, nuestra postura de no querernos limitar a la época clásica y postclásica para conocer la configuración del matrimonio en Derecho romano pues, en época antigua, tuvo la suya propia, también la encontramos confirmada en la utilización que las fuentes reflejan en cuanto a los términos **nuptiae** y **matrimonium**.

En este sentido, es muy interesante la interpretación que ofrece DAZA (121) cuando denuncia que: "La

doctrina romanística común, basándose en los conocidos pasajes de las Instituciones y del Digesto de Justiniano en que se define el matrimonio...se limita a dar por supuesto que **nuptiae** y **matrimonium** fueron siempre términos sinónimos" (122). De ahí que, después de realizar un análisis de las fuentes jurídicas y literarias, concluye diciendo que: "Pensamos que **nuptiae**...son ritos religiosos-sociales... mediante los cuales se iniciaba la vida conyugal. **Matrimonium**, en cambio, supuesto que las **nuptiae** no se están haciendo continuamente ni se prolongan, en cuanto tales, en los momentos siguientes, sería el indicador de un **status** o situación nueva nacida de las **nuptiae** o que se sigue de ellas" (123). Por otra parte, él reconoce que tales ritos nupciales no pueden considerarse como requisitos jurídicos **ad substantiam matrimonii**, sin embargo, sí los considera importantes en la medida de poder fijar los efectos vinculados al matrimonio.

Ahora bien, nos interesa, de modo especial, los interrogantes que DAZA formula al final de su trabajo cuando, en base a que para él los términos **nuptiae** y **matrimonium** no tienen un sentido unívoco, sino que son dos denominaciones que pueden desglosarse y distinguirse entre sí, concluye planteándose las siguientes cuestiones: "a) Esta distinción terminológica, ¿no está suponiendo unas realidades también diversas? b) En este caso, ¿no habrá que revisar -desde nuevos supuestos- algunos conceptos quizá no suficientemente sometidos todavía a un análisis crítico? c) Y, finalmente, el carácter consensual del matrimonio, ¿no podría recibir, desde estas perspectivas, un nuevo esclarecimiento? (124)".

Efectivamente, estas cuestiones que DAZA deja en vía de solución nos muestra, una vez más, que las cons-

trucciones doctrinales en torno al matrimonio no están del todo resueltas y que justifican, en la medida de lo posible, el esfuerzo que venimos realizando a lo largo de estas páginas. De ahí que, nuestra respuesta a dichas preguntas se podrían resumir en los siguientes:

En cuanto a la primera cuestión, consideramos que existen dos realidades distintas: Una, el conjunto de ritos nupciales, que eran usuales para la constitución del matrimonio y, la otra, el estado o situación matrimonial surgida, como resultado de los mismos. Ahora bien, habría que distinguir la distinta importancia que, ambas realidades, tuvieron en cada momento histórico. Y ello porque, de un lado, las fuentes jurídicas clásicas cuando se refieren a los requisitos del matrimonio (ULPIANO,V,2) no incluyen a estos ritos nupciales entre los mismos, haciendo sólo referencia de ellos cuando necesitan probar que un determinado matrimonio se ha constituido, es decir, no son **ad substantiam matrimonii** sino **ad probationem matrimonii** (125), pero, por otro lado, observamos que de entre las distintas fuentes que DAZA menciona, para justificar su interpretación, no todas tienen el mismo sentido y, de ahí, se desprende la distinta relevancia de tales realidades. En este sentido, consideramos que del contenido de las fuentes se desprende lo siguiente:

Que con el empleo del término **matrimonium**, las fuentes hacen una alusión directa del estado o situación creada distinta del momento inicial del mismo, tal y como DAZA establece y, de los distintos textos que señala, tomamos a título de ejemplo los siguientes:

GAYO (D.24,1,8) resolviendo una cuestión relativa a la validez de las donaciones, dice expresamente:

Si, autenquam servus manumittatur, morte aut divortio solutum fuerit matrimonium, resolvitur donatio...ut manente matrimonio manumittatur.

También con relación a la validez de las donaciones ULPIANO (D.24,1,3,1) nos dice:

Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio... .

PAULO (D.24,2,1), cuando habla de las causas de disolución del matrimonio, se expresa así:

Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum.

De igual manera, en las fuentes literarias encontramos el empleo del término **matrimonium** en el sentido de estado o situación matrimonial ya constituida, tales como:

QUINTILIANO, (Declam., 247,10,17), cuando da una definición de **uxor**:

Uxor est, cuius cum viro matrimonium factum est.

Abundantes son los textos que encontramos en CICERON (126) pero, de entre ellos, podemos citar aquel supuesto en el que reprende a Antonio diciendo: **Sed cito**

Curio intervenit, qui te...in matrimonio stabili et certo collocavit (Philip., II,18,44), o bien cuando recuerda la estabilidad matrimonial de sus antepasados: **Firmiter enim maiores nostri stabilita matrimonia esse voluerunt** (De Rep., VI,2,2).

Ahora bien, de los textos que DAZA cita para demostrar que el término **nuptiae** es empleado, más bien, para referirse al momento inicial del matrimonio, sin embargo observamos que mientras las fuentes literarias, sobre todo, emplean dicho término para aludir a las ceremonias nupciales, tales como **ludi nuptiales** (127), **nuptialia carmina** (128), **nuptialia dona** (129), **Nuptialis dies** (130), **nuptia sacra** (131), **nuptialis flamea** (132), **nuptialis pactio** (133), etc... e, incluso, PLAUTO (134) y TERCENCIO (135) expresan el momento anterior a la celebración de estas ceremonias; sin embargo, en las fuentes jurídicas cuando utilizan dicho término no aluden al momento de las ceremonias ni al que antecede a las mismas, sino que su referencia está dirigida para indicar cuándo puede darse o no una unión matrimonial legítima, lo cual no implicaba un acto inicial del matrimonio sino la condición en la que se debían encontrar aquellos que quisiesen contraer matrimonio, así:

GAYO, Inst., I,58 y 59:

Non tamen omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. inter eas enim personas, quae parentum liberorumue locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt... et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxiste dicuntur.

Con el mismo significado, consideramos que deben ser interpretadas las palabras de ULPIANO (V,2) cuando, a la hora de hablar de los requisitos del matrimonio, contraponen los términos **matrimonium** y **nuptiae**:

Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt... .

De ahí que, en las fuentes jurídicas aparezcan una serie de expresiones que hacen referencia, no a aquellos ritos nupciales como veíamos que ocurría en los textos literarios, sino a condición anterior o posterior del matrimonio con la finalidad de establecer si dicha unión era legítima, a tenor del reconocimiento jurídico de los efectos que de la misma derivasen, tales como: **nuptias facere** (136), **nuptias renovare** (137), **nuptias simulare** (138), **nuptias concedere** (139), **nuptias conferre** (140), **nuptias impedire** (141), **nuptias copulare** (142) o **nuptiis abstinere** (143), entre otras.

Así las cosas, e intentando dar respuesta a las preguntas planteadas por DAZA, en cuanto a la segunda que formula, es decir, la necesidad de plantearse de nuevo conceptos no suficientemente sometidos a una análisis crítico, consideramos que, efectivamente, ello es así y, concretamente, en el tema del significado del término **nuptiae** es una prueba evidente ya que, en el contexto que esta aparezca, su significado varía, e incluso, por la degeneración de la propia lengua puede aparecer como sinónimo de **matrimonium**, ello se puede apreciar en las dos definiciones que encontramos en las fuentes sobre el matrimonio: **Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens** (I., 1,9,1) y aquella de MODESTINO (D.23,2,1): **Nuptiae sunt**

coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio, de las cuales, como tuvimos ocasión de ver, se están refiriendo a la situación matrimonial ya creada y no a los requisitos del mismo.

Ahora bien, la revisión de conceptos, que nos propone DAZA, creemos que hacen referencia al distinto valor o relevancia jurídica que tiene el término *nuptiae*, a tenor de los distintos sentidos que este encierra, es decir, atendiendo tanto al plano del conjunto de ritos y ceremonias con que algunos casos aparece, así como a la situación precedente al del estado o situación matrimonial ya constituida, como en otros supuestos reza.

En este sentido, atendiendo al momento histórico en que nos situemos podemos comprender que, en época antigua, tales ritos constituían una parte esencial del momento constitutivo del matrimonio ya que las creencias religiosas y las costumbres sociales eran las encargadas de su regulación; de ahí que, HUMBERT, cuando hable de los ritos nupciales diga que: *Mais la société accordait aux formes du mariage une valeur que le droit ignorait. On pouvait craindre qu'une union dénuée des formes traditionnelles ne fût considérée comme une union inférieure: pour le sentiment populaire, observer les rites, c'est affirmer un mariage légitime"* (144), no es que éste autor quiera expresar con ello que tales ritos fuesen una condición esencial para dar validez al matrimonio, ya que, previamente ello lo deja claro, sin embargo sí quiere resaltar su debida importancia.

Concretamente, HUMBERT considera que, a diferencia de tiempos posteriores, en época antigua el matrimonio se celebraba, en la mayoría de los casos, en prime-

ras nupcias pues, las segundas nupcias no gozaron en un principio de una aceptación general (145). Y, esta diferencia de matrimonios es importante, ya que el significado de los ritos nupciales varían de significado.

En este sentido, el esplendor y publicidad que reviste un matrimonio en primeras nupcias es ignorado en aquellos que son en segundas nupcias. El fundamento que da HUMBERT a ello es por la importancia que se le da a la virginidad de la nueva esposa, prueba de ello es el paso de **puella** o **virgo** a **uxor**, significando un cambio importante en la condición social de la mujer con motivo del matrimonio. Sin embargo, en las segundas nupcias, dice HUMBERT, "le remariage d'une femme ignore, il va de soi, tous les éléments de ces festivités qui ne sont justifiées que par la virginité de la fiancée" (146). Por otro lado, se explicà que existiesen unos días que eran considerados, por las antiguas costumbres romanas, como impropios para el matrimonio de las jóvenes vírgenes, eran los **dies feriati**, de ahí que, MACROBIO (*Sat.*, I,15.21), se refiera a ellos del modo siguiente:

Feriis autem vim cuiquam fieri piaculare est, ideo tunc vitantur nuptiae, in quibus vis fieri virgini videtur. Sed Verrium Flaccum iuris pontificii peritissimum dicere solitum refert Varro, quia feriis tergere veteres fossas liceret, novas facere ius non esset; ideo magis viduis quam virginibus idoneas ferias ad nubendum.

La razón de estas prohibiciones tenía un sentido marcadamente religioso pues, durante los mismos, se impedía el poder celebrar una serie de ceremonias, como los

repotia que, según HORACIO (*Sat.*, II,2,50) marcaban la entrada de la **virgo** a su nueva condición de **mulier**:

Repotia...secundus dies a nuptiis quo virgo ad muliebram habitum componitur.

Sin embargo, a los matrimonios en segundas nupcias no se les exigía que tuviesen en cuenta estas prohibiciones puesto que, en ellos, la solemnidad era menor al no darse ya la virginidad en la mujer. De ahí que, PLUTARCO (*Quaest.rom.*, CV) nos venga a decir que en tales **dies feriati** sí se pudiesen realizar dichos matrimonios puesto que las mujeres que los celebraban preferían que fuesen menos solemnes y sin tanta publicidad. Y ello, porque si la mujer era viuda, estaba mejor visto que respetase la memoria de su primer esposo, y si era divorciada, su segundo matrimonio no se estimaba tan honorable como el primero al estar aún vivo su primer esposo.

" Διὰ τίνα αἰτίαν ἐν ταῖς δημοσίαις ἑορταῖς ἔθος οὐκ ἔστι γαμείσθαι παρθένους, αἱ δὲ χήραι γαμοῦνται; "

Πότερον, ὡς ὁ Βάρρων εἶρηκεν, ὅτι λυπούμεναι μὲν αἱ παρθένοι γαμοῦνται, χαίρουσαι δ' αἱ γυναῖκες, ἑορτῇ δὲ δεῖ' μηδὲν λυπουμένους ποιεῖν μηδὲ πρὸς ἀνάγκην;

" Ἡ μᾶλλον ὅτι ταῖς μὲν παρθένοις καλὸν μ, ὀλίγων ταῖς δὲ χήραις αἰσχρὸν πολλῶν παρόντων γαμείσθαι; ζηλωτὸς γὰρ ὁ πρῶτος γάμος ὁ δὲ δεύτερος ἀπευκταῖος· αἰσχύνονται γάρ, ἂν ζώντων τῶν προτέρων ἐτέρους λαμβάνωσιν, ὀδύρονται δέ, ἂν ἀποθανόντων. ὅθεν ἡσυχίᾳ χαίρουσι μᾶλλον ἢ θορύβοις καὶ προπομπαῖς. αἱ δ' ἑορταὶ περισπῶσι τοὺς πολλούς, ὥστε τοῖς τοιούτοις μὴ σχολάζειν.

Efectivamente, estas noticias de las fuentes y el hecho de que el matrimonio en segundas nupcias, en época antigua, fuese menos frecuente o en caso de darse no revistiese la misma importancia y solemnidad que el primero, como pone de manifiesto HUMBERT, concuerda perfecta-

mente con aquella noticia de PLUTARCO (*Comp. Lyc. et Numa*, IV,1-3) donde nos decía que los romanos acostumbraban a casar a sus mujeres a muy temprana edad, a los doce años e incluso antes, puesto que la puridad en sus costumbres era lo que impulsaba a ello.

Por último, en cuanto a la tercera cuestión que DAZA plantea en su trabajo, es decir, si el carácter consensual del matrimonio ¿no podría recibir, desde estas perspectivas, un nuevo esclarecimiento? Nosotros, indudablemente consideramos que sí; ahora bien, no ciñéndonos a la configuración que pudo tener, simplemente, en época clásica y postclásica, sino atendiendo también al estado de la cuestión desde los tiempos más antiguos del Derecho romano pues, en caso contrario, no se puede comprender la propia evolución histórico-jurídica del mismo.

En este sentido, la trayectoria evolutiva que observamos en la concepción del matrimonio romano es la de un fenómeno en continua transformación con la realidad histórica que le rodea. De ahí que, en sus orígenes, al ser una figura que se encontraba regulada por los distintos **mores**, cargados de un fuerte carácter religioso, y al no existir una normativa escrita que emanase de un poder estatal, el matrimonio quedaba configurado en el propio tratamiento que las relaciones gentilicias y familiares le diesen en cada momento. Por otro lado, al situarnos en un ambiente histórico donde el **ius** y el **fas** se encontraban plenamente fusionados, no cabe duda que el respeto a dichos **mores** podían inspirar una mayor fuerza que cualquier otra norma de tiempo posterior, cuando se desvalorizan los principios éticos de la sociedad romana.

Por esta razón, intentar trasladar a esta época

la concepción clásica del matrimonio, en el sentido de considerarlo como aquella figura que nace y se mantiene con el sólo consentimiento de los cónyuges, nos parece inadmisibles. De ahí que, para nosotros, la antigua concepción del matrimonio romano, y a diferencia de la que observamos en las fuentes clásicas, viene caracterizada del siguiente modo:

En primer lugar, el matrimonio era un acto social donde la autonomía y la voluntad de los cónyuges se encontraba supeditada a los distintos intereses gentilicios y familiares. Por otro lado, su relevancia jurídica quedaba ensombrecida por el protagonismo de otras instituciones anexas al matrimonio, tales como los esponsales o el protagonismo de la **conventio in manum** que, si bien no era una forma de matrimonio, sí era una institución que solía acompañarlo cuando este acaecía entre **cives** romanos y que, a su vez, reflejaba la importancia que, en este momento histórico, tenían los vínculos agnaticios familiares.

En segundo lugar, el matrimonio era además un acto eminentemente religioso. De ahí que, los distintos ritos y ceremonias religiosas **nuptiae** sirviesen para indicar el momento inicial del mismo ya que, separar el plano religioso del jurídico, en estos momentos, era imposible. Ahora bien, no queremos decir que estos ritos fuesen requisitos esenciales del matrimonio, pero sí eran el elemento que marcaba, por un lado, el resultado de un proyecto matrimonial -comenzado con los esponsales y, a veces, la **conventio in manum**- y, por otro, indicaba el comienzo del estado o situación matrimonial en pleno acuerdo con la voluntad de los dioses públicos y privados. Así se comprende que, la celebración de todo matrimonio, comenzase

por una interrogación a los dioses **auspicia** (147) por medio del **auspex**, ceremonial que, junto con otros como la **dextrarum iunctio** o la **deductio in donum mariti**, o bien el significado del **aquae et ignis communicatio**, poco a poco irían perdiendo protagonismo e importancia.

Conforme el **ius** vaya separándose del **fas** y las costumbres sociales y religiosas vayan perdiendo su fuerza, el matrimonio irá sufriendo una lenta transformación. Así, por ejemplo, VALERIO MAXIMO (**Fact. dict. memor.**, II, 1) nos informa de cómo los **auspicia** fueron perdiendo su eficacia, en el sentido de que, si bien aún era frecuente la presencia de los **auspices** en la celebración del matrimonio, sin embargo los **auspicia** ya no eran consultados; quedando así el recuerdo de su antiguo significado.

Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumpto: quo ex more nuptiis etiamnum auspices interponuntur. Qui quamvis auspicia potere desierint, ipso tamen nomine veteris consuetudinis vestigia usurpant.

Por otro lado, no sólo el matrimonio como acto religioso irá perdiendo importancia, sino también como acto social, es decir, las **nuptiae**, como ceremonias nupciales en donde los esposos tenían ocasión de manifestar su consentimiento y a través de las cuales se exteriorizaba el inicio de la vida conyugal, tampoco significaran ya la culminación de todo un proyecto matrimonial, puesto que los esponsales fueron también perdiendo la importancia que en la antigua sociedad gentilicia gozaban; muestra de ello es, también, la progresiva decadencia de la **conventio in manum** como resultado de la transformación de los vínculos

agnaticios que caracterizaban a la antigua familia romana.

Así las cosas, el matrimonio, lentamente, pero de forma progresiva, irá surgiendo como institución jurídica desprovista de los antiguos factores sociales y religiosos, adquiriendo el carácter consensual con que se configura en la época clásica, a tenor del contenido de las fuentes jurídicas donde, por ejemplo, SCEVOLA (D., 24, 1, 66) resalta la importancia del consentimiento y resta valor a las **nuptiae**, como conjunto de ritos y ceremonias nupciales:

...itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intellegitur, donatio facta esset, non valere. Virgini in hortos deductae ante diem tertium quam ibi nuptiae fierent, cum in separata diaeta ab eo esset, die nuptiarum, priusquam ad eum transiret et priusquam aqua et igni acciperetur, 'id est nuptiae celebrentur', optulit decem 'aureos' dono: quaesitum est, post nuptias contractas divortio facto an summa donata 'repeti' possit. respondit id, quod ante nuptias donatum proponeretur, non posse de dote deduci.

Por último, esta decadencia de costumbres **mores** y la distinta evolución que fue sufriendo la concepción del matrimonio romano, se aprecia en el hecho de que los matrimonios en segundas nupcias fueron más usuales, como consecuencia de la proliferación del divorcio; mostrando, no sólo que la esfera familiar había quedado insuficiente para resolver tales cuestiones, sino también se veía la necesidad de una regulación normativa por parte del Estado, la cual surgiría con la legislación matrimonial de

Augusto, intentando poner orden a una institución como el matrimonio que, hasta el momento, se encontraba regulado por la costumbre y que, desde finales del período republicano, habían perdido su antigua eficacia.

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

Es, precisamente, en el tema del divorcio en el que la doctrina actual trata de demostrar que la concepción clásica del matrimonio romano estuvo configurada, bien por el consentimiento continuo de los cónyuges, mientras que en época postclásica se requirió un consentimiento inicial, según VOLTERRA (148), o bien para demostrar que tanto en época clásica como en la postclásica el matrimonio se configuró con el consentimiento inicial de los cónyuges y que la diferencia, entre ambos períodos históricos, se encuentra en un simple cambio disciplinar, esta postura es la que encontramos defendida por ROBLEDA (149). La diferencia fundamental entre ambos puntos de vista está en el hecho de que, para VOLTERRA, el matrimonio es una *res facti* o situación de hecho (150), mientras que, para ROBLEDA, es un acto jurídico (151).

Aunque ambos autores están de acuerdo en el hecho de que, en tiempo postclásico, el matrimonio se configura no por un consentimiento continuo sino por un acto inicial de voluntad, creador de un vínculo que permanece mientras no se emita un nuevo acto contrario (152), sin embargo, discrepan en torno a la época.

Concretamente, VOLTERRA considera que, conforme a los textos de los juristas clásicos, el matrimonio de un

hombre y una mujer se constituía y existía jurídicamente con la voluntad, no inicial, sino continua, efectiva y recíproca de ambos, de tal manera que: "Non appena mancava la volontà anche di uno solo dei conuigi o **conubium**, con il conseguente scioglimento immediato del matrimonio" (153). Siendo, precisamente, el tema del divorcio una de las pruebas, de las distintas que aporta (154), que, según VOLTERRA, confirman su posición.

De ahí que, en base a los siguientes textos, VOLTERRA considere la plena libertad del divorcio en época clásica y que, además, el matrimonio debía constituirse en cada momento por el consentimiento:

D.45,1,134 pr. (PAULO, lib. XV resp.):

...quia inonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

C.8,38,2 (Imp. ALEJ., a. 223):

Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogarentur si qui divortium fecisset, ratas non haberi constat

Por otro lado, su teoría del consentimiento continuo la considera confirmada por el hecho de que hasta tiempos postclásico, la bigamis no estuviese configurada como delito, (155), concretamente, con la const. de los emperadores HONORIO y TEODOSIO (C.9.9.34) del año 421, donde consta que el hecho de contraer un segundo matrimo-

nio, sin haber precedido el divorcio del primero, no disuelve sin más el primero:

Si mulier repudii oblatione sine ulla legitima causa a se dati discesserit, ne viduitatem stupri procacitate a se dati commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus.

De igual modo, en las *Instituta* de JUSTINIANO (I,1,10,6) se aprecia la imposibilidad de que pueda darse *duobus nupta*:

...nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest.

Ahora bien, los textos que, a su juicio, confirman que la realización de un segundo matrimonio disuelve automáticamente el primero, son los siguientes:

En primer lugar, en CICERON (*De orat.*, I,40, 183), el cual no reproducimos pues será objeto de nuestro análisis en el último capítulo, VOLTERRA lo presenta como una cuestión discutida pues trata de aquel supuesto en el que un *paterfamilias*, tras dejar embarazada a una mujer en *Hispania*, vuelve a Roma y, sin haber enviado el *repudium* a la primera, se casa con otra, de la cual tiene otro hijo. Esta cuestión es resuelta por VOLTERRA en el sentido de que la idea de bigamia ni por la mente de CICERON pasa sino que, simplemente, o bien el primer matrimonio se disolvió cuando el *paterfamilias* contrajo un nuevo en Roma, o bien esta segunda unión no constituye un matrimonio sino un simple concubinato.

Los otros textos que aporta para confirmar que el consentimiento continuo era lo que daba vida y mantenía al matrimonio, así como que, en época clásica, no estaba configurado el delito de bigamia, en virtud del principio monogámico que inspira al matrimonio, son los siguientes:

D.24,1,64 (JAV., lib. VI post. Lab):

...sed verum est quod Proculus et Coecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factum, si aliae nuptiae insecutae sunt.

D.23,2,33 (MARCELO, lib. III ad leg. Iul. et Pap.):

Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras ut illa alii nupserit aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit.

D.24,2,11,2 (ULP., lib. III ad leg. Iul. et Pap.):

...proinde si patronus sibi desponderit aliam vel destinaverit vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptan; et si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum.

De estos textos VOLTERRA escribe lo siguiente:
"Questi passi sembrano dimostrare chiaramente come all'epoca classica il concetto del matrimonio e del divorzio romano e il principio strettamente monogamico portassero

necessariamente alla decisione che il secondo matrimonio sciogliese necessariamente ipso iure il primo, intendendosi cessata l'**affectio maritalis** nei riguardi del coniuge precedente da parte del coniuge che si unisce con altra persona stabilmente con intenzione di formare un nuovo vincolo matrimoniale" (156).

Por otra parte, el texto de GAYO (Inst., I,63) donde se expresa que: **...quia neque eadem duobus nupta esse non potest, neque idem duas uxores habere**, así como en ULPIANO (D.3,2,13,4) cuando se dice que caen en infamia aquellos que: **...bina sponsalia bisnave nuptias in eodem tempore constituas**, son interpretados por VOLTERRA en el sentido de que, con los mismos, se quería consolidar el principio monogámico del matrimonio (157).

Por último, el punto donde mayor dificultad se presenta para poder VOLTERRA confirmar su teoría, ya iniciada con anterioridad por MANENTI (158) pero que VOLTERRA amplía, es el referente a la forma para realizar el divorcio prescrita por Augusto en la **lex Iulia de adulteriis** del año 18 a.C., recobida por PAULO (D.24,2,9), donde se exige la presencia de siete ciudadanos romanos púberes y la de un liberto:

Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet.

i, confirmando la existencia de dicha forma, ULPIANO (D.24,1,35), nos dice que las donaciones no son válidas si el divorcio no se hizo **secundum legitimum observationem**:

Si non secundum legitimum observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, cum non videatur solutum matrimonium.

Y, el mismo ULPIANO (D.38,11,1) nos vuelve a decir que, conforme a la *lex Iulia de adulteriis* se tiene por no ocurrido el divorcio que no cumpla determinadas formas:

Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore. sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. hoc autem in huiusmodi speciebus procedit. liberta ab invito patrono divortit: *lex Iulia de maritandis ordinibus* retinet istam in matrimonio, dum eam prohiberet alii nubere invito patrono. item *Iulia de adulteriis*, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

Esta forma de divorcio implantada por Augusto, es interpretada por VOLTERRA, siguiendo en este sentido a CORBETT (159), del modo siguiente: "...la forma del repudio...forma che si ritiene stabilita dalla *lex Iulia de adulteriis*, ha esclusivamente il fine di liberare il marito dal pericolo di esporsi all'accusa pubblica di *crimen lenocinii* e stabilire il momento in cui si apriva l'*accusatio adulterii* privilegiata *iure mariti vel patris* contro la donna e il complice e in cui, dopo 60 giorni, si apriva quella pubblica" (160).

En consecuencia, para VOLTERRA, la concepción

clásica del matrimonio se concreta en el consentimiento continuo de ambos cónyuges **affectio maritalis**, de tal manera que el cese del mismo por parte de uno de los cónyuges o bien de los dos, disolvía el matrimonio. Y, por otro lado, este divorcio ni tenía límite en torno a su causa ni en torno a su forma, cualquier manifestación era válida, ya que la forma impuesta por Augusto fue establecida a los efectos penales que de la **lex Iulia de adulteriis** derivasen.

Por su parte, ROBLEDA, si bien dice de forma expresa que su intención no es la de oponerse a los postulados establecidos y probados por VOLTERRA, sin embargo sí quiere hacerle algunas objeciones (161), concretamente, a que el consentimiento de los cónyuges fuese continuo en época clásica, como defiende VOLTERRA, y no inicial.

De ahí que, si bien acepta la interpretación que da VOLTERRA sobre la forma en el divorcio impuesta por AUGUSTO (162), sin embargo considera que, aunque existiera libertad de causa y de forma en época clásica, tenían que darse dos cosas necesariamente: Un acto contrario de voluntad y su manifestación (163). Por ello, pone en duda la teoría del consentimiento continuo del matrimonio, prefiriendo considerar que el matrimonio era un acto jurídico y que, por tanto, requería un acto inicial de voluntad (164).

Así las cosas, las pruebas que aporta para fundamentar su postura son las siguientes:

En primer lugar, considera que se podrá comprender, partiendo de que el divorcio no es una mera cesación del consentimiento, sino un acto positivo contrario,

ante determinados supuestos como es el que a uno de los cónyuges le sobrevenga la demencia, es decir, ante el supuesto del **furiosus et furiosa**, ya que las fuentes establecen la imposibilidad de disolver el matrimonio por el hecho de la demencia; concretamente, los textos dicen lo siguiente:

En un texto de PAULO (D.23,2,16,2) se establece que la locura impide que se contraiga matrimonio, porque se necesita el consentimiento, pero no impide el debidamente contraído:

Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedit.

En el mismo sentido, también PAULO se expresa en sus Sent., 2,19,7, cuando establece:

Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt, sed contractum matrimonium furore non tollitur.

Por su parte ULPIANO (D.24,2,4) confirma tal noticia cuando dice lo siguiente:

Iulianus...quaerit, an furiosa repudium mittere vel repudiari possit, et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementiam neque curatorem eius, patrem tamen eius nuntium mittere posse. quod non tractaret de repudio, nisi constaret retineri matrimonium: quae sententia mihi videtur vera.

Y, en otro texto de ULPIANO (D.1,6,8 pr.) cuando se discutía si el hijo concebido, cuando naciese quedaba sometido a la potestas del pater por el hecho de que después de contraído el matrimonio sobreviniese a éste la locura, a lo que responde que sí queda sometido pues, la locura, impide que se contraiga el matrimonio pero, una vez contraído, lo retiene, tanto del marido como en el de la mujer, es decir, no lo disuelve ipso iure por tal motivo:

...nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum ita se habeat, in potestate filium habebit. proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: sed in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium...nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque.

De ahí que, ROBLEDA, a tenor de tales textos, considere: "parecen desprenderse de estos textos dos cosas en la mente de los clásicos, primera: no basta la mera cesación del consentimiento; segunda: se requiere acto contrario para disolverlo por divorcio" (165), así, el demente, al no poder manifestar dicho acto contrario de voluntad, su matrimonio no podría disolverse. Y, en términos parecidos se manifiesta ROBLEDA, cuando con la misma lógica presenta otros supuestos como: El que se disuelva el matrimonio por el hecho de que un paterfamilias adopte a su yerno o, en su caso, a su nuera, ya que a los cónyuges les sobrevinía el impedimento de la parentela en segundo grado (166). Y, en el mismo caso estaríamos, ante el hecho de que en época clásica la elevación del marido de una

liberta a rango de senador disolviese el matrimonio entre ellos ya que **quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur** (167). Por consiguiente, para ROBLEDA, tales supuestos se concilian mal con la teoría del consentimiento continuo cuando, en algunos supuestos, entra a actuar la voluntad de la ley (168).

Por otro lado, ante la consideración de VOLTE-
RRA de que el contraer un segundo matrimonio disuelve **ipso iure** el primero, en virtud de que el delito de bigamia no estaba configurado en época clásica ya que el matrimonio nacía y se mantenía por el consentimiento continuo, ROBLEDA, sin embargo, lo interpreta de la siguiente manera:

Ante los testimonios de CICERON (**De orat.**, I, 40,183), así como de JAVOLENO (D.24,1,64) y de ULPIANO (D. 24,2,11,2) considera que en el hecho de contraerse un segundo matrimonio se manifestaba ya la voluntad o acto contrario de querer disolver el primero, concretamente nos dice: "Parece, pues, que el divorcio consistía siempre en un no querer (voluntad contraria) el matrimonio precedente. Mientras no se diese ese acto contrario, el matrimonio: o por no querer, o no poder (demencia) ponerlo, el matrimonio gozaba de existencia, si es que la ley no interviniese, como podía hacerlo según las ideas romanas, con la inducción de impedimentos, y lo hemos visto en algunos casos" (169).

Por último, en cuanto a la interpretación de VOLTERRA sobre la bigamia, ROBLEDA considera no existir tanta diferencia entre el Derecho clásico y postclásico pues, aunque el Derecho postclásico se castigue expresamente (C.9.9,34 y I,1,10,6) y en tiempo clásico no, pero no termina de ver claro que en época clásica por el hecho de

contraer un segundo matrimonio, disolviese sin más el primero ya que, para que esto fuese así, estima que el divorcio del primero ha tenido que producirse previamente para que pueda considerarse válido el segundo matrimonio, con lo cual intenta confirmar su postura de que el consentimiento en el matrimonio no podía ser continuo pues requería un acto positivo contrario y su manifestación para poder divorciarse (170).

De ahí que, el texto de GAYO (*Inst.*, I,63) que VOLTERRA interpretaba como la consolidación del principio monogámico del matrimonio, sin embargo ROBLEDA no se limita a esta consideración sino que, además nos dice que, en dicho texto, no se está afirmando expresamente que el contraer un segundo matrimonio disuelva el primero pues: "Su sentido obvio parece ser el de que quien esté casado, dado el principio monogámico romano, no podrá contraer nuevo matrimonio, sino realiza antes el divorcio del primero. El divorcio es evidentemente una cosa previa a la posibilidad del segundo matrimonio" (171), mostrando el mismo parecer ante el contenido del texto de ULPIANO (D.3,2,13,4) (172).

Por consiguiente, para ROBLEDA: "No se acaba de ver entre el tiempo clásico y postclásico, patente al menos, la diferencia de que en aquel un segundo matrimonio fuese posible sin haberse realizado el divorcio del primero; sino que en el clásico, por ser enteramente libre el divorcio, fue posible siempre un segundo matrimonio, pudiéndose con ello demostrar la voluntad contraria, o sea, el divorcio respecto del primero. De no quererse o pretenderse esto, sino sólo realizar un segundo, permanecía el primero, y el segundo era nulo; en una palabra, se intentaba con el segundo entonces la bigamia, contraria al principio monogámico romano" (173).

Por nuestra parte, consideramos que ambas opiniones se enfrentan más en un ámbito de construcción doctrinal que en el contenido substancial del problema, es decir, en su afán de distinguir, como VOLTERRA, o de homogeneizar, como ROBLEDA, la concepción del matrimonio en Derecho clásico y postclásico, adoptan como premisa general que el matrimonio se basaba o en un consentimiento continuo, en época clásica, e inicial, en época postclásica, según VOLTERRA, o bien que el matrimonio fue un acto jurídico cuya diferencia entre ambos períodos históricos está en un cambio disciplinar, según ROBLEDA. Y, en base a ello, intentan buscar un contenido coherente en las fuentes, del cual si bien se desprende expresamente la importancia que tenía el consentimiento en el matrimonio, sin embargo no expresan, de forma directa, si el mismo tenía un carácter continuo o inicial. Muestra de ello es que cuando ULPIANO (D.50,17,30) habla del elemento esencial del matrimonio se limita a decir: **Nuptias non concubitus, sed consensus facit.** Así mismo, en el **Codex** (C.5,4,8, Imp. GORD., del año 241) se dice que para la celebración de las nupcias, no interviene ninguna autoridad sino que se ha de atender a la voluntad de aquel de cuya unión se trata:

In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel affinium ulla auctoritas potest intevenire, sed spectanda est eius voluntas, de cuius coniunctione.

Ahora bien, lo que le importa, desde un punto de vista jurídico, es que dicho **consensus** sea verdadero, por eso GAYO (D.23,2,30) nos dice: **Simulatae nuptiae nullius momenti sunt**, a efectos, evidentemente, de una mínima seguridad jurídica en torno a las consecuencias que del

mismo matrimonio se deriven. Lo que ocurre es que, en la evolución histórico-jurídica del matrimonio, observamos que dichas consecuencias no estuvieron del mismo modo reguladas, es decir, el ordenamiento jurídico romano fue interesándose por las mismas en la medida en que el seno familiar resultaba insuficiente para su regulación por medio de la costumbre, como única norma en ella imperante. De ahí que, en época postclásica, estemos de acuerdo con VOLTERRA y ROBLEDA, como representantes de las corrientes doctrinales más actuales, de que el matrimonio estuvo plenamente configurado y regulado como institución jurídica y, el consentimiento, tanto en orden a la constitución como a la disolución del matrimonio se encuentre también plenamente regulado, como se desprende del contenido de la NOV., 22,3:

Nuptias itaque affectus alternus facit, dotallium non egens augmento. Quum enim semel convenit sub puro nuptiali affectu, sive etiam oblatione dotis et propter nuptias donationis, oportet causam omnino sequi etiam solutionem aut innoxiam, aut cum poena, quoniam eorum, quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur solubile est.

Pero lo que no nos convence de éstos autores es la interpretación que ofrecen de la concepción clásica del matrimonio. La razón principal de nuestra discrepancia está en el hecho de que, ambos autores, consideren también como matrimonio clásico el que pudo darse desde finales del período republicano, cuando sabemos que el divorcio fue muy frecuente. Es verdad que durante el período republicano o época preclásica nacieron muchos de los principios e instituciones que encontramos en época clásica

(174) pero, en el tema del matrimonio es, a nuestro juicio, vital tener presente la distinción entre el período anterior a la legislación matrimonial de Augusto y el que se dio a partir de ella; en consecuencia, para nosotros, la concepción clásica del matrimonio comienza cuando surge dicha legislación, mientras que el período inmediatamente anterior, finales de la República, contemplaría un matrimonio preclásico pero no, propiamente, clásico. Las razones de nuestra consideración y, que ya vimos la inquietud que sobre esta cuestión mostraban algunos autores recientes (175) son las siguientes:

- En primer lugar, la legislación matrimonial de Augusto supuso por parte del Estado el intento de regular una institución, como el matrimonio, que hasta el momento se encontró regulado por las costumbres (**mores**) sociales. De ahí que, el fundamento de dicha legislación augustea, obedezca a la relajación que, en los últimos tiempos de la República, mostraron dichas costumbres y, en consecuencia, viniendo a suplir la eficacia que estas ejercían sobre el matrimonio (176).

- En segundo lugar, dicha legislación no se limitó a contemplar sólo las viejas costumbres que habían perdido su eficacia, sino que reguló una serie de cuestiones sobre el matrimonio nuevas, a tenor de las nuevas circunstancias sociales que se habían producido en esos momentos históricos, es decir, que la necesidad de una regulación pudo sentirse desde finales de la República pero que, en definitiva, hasta Augusto no encontró su plasmación (177).

De ahí que, si se tiene presente esta consideración, las teorías que muestran VOLTERRA y ROBLEDA no sean tanto una discrepancia substancial, sino más bien, una discusión doctrinal, pues las dos muestran puntos de vista válidos y que tenemos que tener en cuenta.

Efectivamente, VOLTERRA defiende el consentimiento continuo en la concepción clásica del matrimonio y, a nuestro juicio, es verdad pero sólo para el período pre-clásico y no a partir de la legislación matrimonial de Augusto. Y ello porque, a partir de la misma, algunas cuestiones, como el divorcio, encontraron nuevas normas de regulación, tales como la forma de divorcio (D.24,2,9) que se implanta, la cual, si bien VOLTERRA interpreta su eficacia a los efectos penales de la misma, sin embargo hay que reconocer la implantación de un límite que, en época precedente no existió. De ahí que, ante el problema que presenta el contenido del texto de CICERON (*De orat.* I, 40,183), para mostrar que en época clásica la celebración de un segundo matrimonio disolvía *ipso iure* el primero, VOLTERRA no puede precisar, porque ni el mismo CICERON lo resuelve, una solución que pueda generalizarse a todo el período clásico puesto que, CICERON no pudo conocer la existencia de la legislación de Augusto y que, ROBLEDA, también entra a dar su interpretación como si el momento histórico en el que vivió CICERON pudiese considerarse como clásico. De todas formas, insistimos que, el análisis de dicho texto, será objeto de nuestro estudio en el último capítulo, por lo que ahora nos limitamos simplemente a señalarlo.

Por otro lado, la postura que manifiesta ROBLEDA, consideramos que también ha de ser tomada en cuenta dado que es él, el que muestra sus dudas sobre si el con-

sentimiento continuo pudo realmente darse a tenor de que existían una serie de supuestos, como, el del matrimonio del **furiosus** donde por dicha causa si bien se impedía contraer matrimonio, sin embargo, no disolvía al existente, donde la voluntad de la Ley venía a suplir la propia de los cónyuges y que, en consecuencia, hacía difícil mantener la postura del simple consentimiento continuo. De ahí que, éste autor, propugne que el matrimonio fue un acto jurídico, cuyo consentimiento consistía en un acto inicial de voluntad desde la época clásica y que, la única diferencia, con el tiempo postclásico era un cambio disciplinar.

Nosotros, sin embargo, no consideramos, como ROBLEDA, que el matrimonio fuese un acto jurídico ya que, en época clásica, con la legislación de Augusto, se vino a acrecentar la relevancia jurídica del matrimonio como acto social que, en un primer momento, por la fusión del plano religioso y jurídico que presentó cualquier institución de la antigüedad, estaba revestido de una importante fuerza religiosa pero, en la medida que el **ius** y el **fas** vaya separándose, el matrimonio se presentará como una institución social en orden a determinar el momento de su constitución y disolución pues, su regulación, la encontramos configurada en las costumbres (**mores**). De ahí que, en la medida que dichas costumbres vayan perdiendo eficacia, como se desprende del aumento de divorcios que se aprecian a finales de la República, se sienta la necesidad de que el Estado entre a establecer y suplir dicha falta de regulación. Por ello, la legislación matrimonial de Augusto vino a poner dicho orden pero intentando respetar lo más posible el carácter consensual que el matrimonio tenía en época preclásica. Muestra de ello es que, aunque se observan algunos límites a la libertad del divorcio (178), sin em-

bargo no entró a regular en su integridad las causas por la que podía o no darse el mismo, tal y como observamos que sí se dió en tiempos postclásicos.

Por todo lo expuesto, consideramos que la construcción de la concepción del matrimonio romano no puede ser realizada limitándose a observar lo acaecido en época clásica y postclásica simplemente, pues se corre el riesgo de trasladar concepciones clásicas y postclásicas a tiempos precedentes. La concepción del matrimonio romano es una concepción que varía conforme al momento histórico en que nos situemos ya que, dicha institución, no fue desde su origen un producto de labor legislativa, sino el reflejo vivo del ambiente social en el que se desenvolvía, de tal manera que su concepción evolucionará conforme vayan transformándose los factores sociales, políticos, religiosos, jurídicos, en definitiva, culturales del pueblo romano.

Así las cosas, el que ambos autores intenten defender sus posiciones en base al carácter y distinto tratamiento que tuvo el divorcio en Derecho romano, no nos es válido ya que, sólo se centra en la situación y regulación que encontró en época clásica y postclásica y olvidando el carácter que tuvo en tiempo precedente cuando, además, ambos autores reconocen que dicha institución existió a lo largo de toda la historia del Derecho romano (180), aunque no entren a efectuar un análisis minucioso del mismo. Siendo ello, a nuestro juicio, un error pues, con el estudio del divorcio desde sus orígenes y su progresiva evolución hasta la legislación de Augusto o época clásica se puede comprender la distinta concepción que existió del matrimonio. Pues, como tendremos ocasión de examinar, no se puede hablar de divorcio, desde un punto de vista jurídico, hasta un tiempo más avanzado del Dere-

cho romano ya que, lo que se dió en su origen era un repudio por parte del marido y, cuyo carácter también varió según en el momento histórico en que nos situemos. De ahí que, en un principio le llamemos repudio-sanción (181) puesto que, sus causas estaban muy concretadas por las costumbres religiosas y, más que mostrar el cese de la **afectio maritalis**, obedecían a la necesidad de subsanar algunos comportamientos que iban en contra de los principios religiosos que inspiraban a las costumbres **boni mores**, y donde la mujer no tenía ninguna posibilidad de repudiar al marido. Conforme el factor religioso vaya decayendo y la mujer vaya consiguiendo una mayor emancipación, puesto que el carácter y estructura de la antigua familia agnaticia va evolucionando hacia una familia donde los vínculos cognaticios van adquiriendo una mayor fuerza, entonces estaremos en el momento en que las causas del repudio aumentan sin límite y el paso del repudio marital al divorcio, bien de uno de los cónyuges o, bien de los dos, se configura plenamente puesto que, la concepción del matrimonio no es ya la misma.

A tenor de ello, se fundamenta el contenido de la parte siguiente de esta tesis y, en definitiva, el objetivo principal de la misma.

NOTAS

(1) MANENTI, *op. cit.*, hablando de los elementos constitutivos del matrimonio, se manifestaba del modo siguiente: "a constituir el matrimonio era esencialmente necesaria la *individua vitae consuetudo*, el *consortium omnis vitae*, ossia lo stabilimento di fatto della sposa, come moglie, nella casa dello sposo e conseguentemente con la libera volontà delle parti di entrare nello stato matrimoniale... Lo entrare degli sposi nella effettiva comunanza della vita faceva sorgere il rapporto giuridico del matrimonio senza che vi fosse bisogno della dichiarazione espressa del consenso", pág. 40; diciendo más adelante: "consensus, que facit nuptias, non è da considerarsi nel senso ordinario della parola di consenso, accordo momentaneo di due volontà producente un vincolo obbligatorio perenne, che si conservava tale anche se quelle volontà divengo poi discordi, come nei contratti in genere, i quali hanno appunto per precipuo scopo quello di assicurare lo scambio dei servigi umani contro la mutabilità dell'umano volere. Intatti quello richiesto per le nuptiae è un consenso consistente in un accordo di volontà non istantaneo, ma continuato, con effetto limitato nel tempo alla sua stessa durata. E senza dubbio per questa sua continuità principalmente che esso in concreto assume natura e nome di affectus, affectio", págs. 42 ss.

(2) Cfr., ORESTANO, *La struttura*, *op. cit.*, págs. 22 ss., donde hace una exposición muy detallada de la corriente defensora de la construcción contractual del matrimonio.

- (3) En base al interés de la escuela romanística, de finales del siglo pasado y principios del presente, sobre la investigación de las interpolaciones bizantinas en los textos de la compilación, los textos ahora mencionados tampoco se salvaron de su crítica considerándolos interpolados. Así, entre otros, podemos mencionar a HRUZA, *Beiträge zur Geschichte der griechischen und römischen Familienrechtes*, vol. II, Erlangen-Leipzig (1.894), págs. 7 ss.; SOLAZZI, "Consortium omnis vitae", en *Ann. Univ. Macerata*, V (1.929), págs. 27 ss. (=Scritti, 3, Napoli (1.960), págs. 313 ss.). Otros, por el contrario, no mostrándose tan radicales muestran, sin embargo, sus dudas; en este sentido BONFANTE, *Corso*, op. cit., cuando dice: "nel rilievo dato alla comunanza del diritto divino ed umano, all'antico matrimonio accompagnato dalla manus: ma forse una simile allusione non è che un'interpolazione in senso cristiano"., pág. 193; expresa también sus dudas en torno a la genuidad del pasaje de Modestino, PEROZZI, *Istituzioni*, I, op. cit., pág. 316.
- (4) Cfr., entre otros, ALBERTARIO, "La definizione del matrimonio secondo Modestino", en *Studi di Diritto romano*, I, Milano (1.933), págs. 179 ss.; VOLTERRA; v. "Matrimonio", op. cit., pág. 754; ROBLEDA, *El matrimonio*, op. cit., págs. 59 ss.
- (5) ORESTANO, op. cit., pág. 77.
- (6) La procreación como fin del matrimonio, es una cuestión que encuentra un apoyo mayoritario entre los romanistas. Así, entre otros, ACCARIAS, *Précis de droit romain*, I, Paris (1.836), págs. 203 ss.; BRINI op. cit., II, págs. 250 ss.; SCHUPFER, *La famiglia*, op. cit., págs. 4 ss.; DI MARZO, *Lezioni*, op. cit., pág. 30; PEROZZI, *Istituzioni*, op. cit., pág. 322; EHRARDT, v. "Nuptiae", en *PW. XVIII-2* (1.937), c. 1482; ZANZUCCHI, "Il divieto delle azioni famose e la reverentia tra coniugi", en *RISG.* 42 (1.906), pág. 73; HUVELIN, *Cours élémentaire*, op. cit., pág., págs. 242 ss.; KASER, *Das Römische*, op. cit., pág. 65; RABEL, *Grundzüge des römischen*

prevatrechts, Basel (1.955), págs. 23 ss.; KUNKEL, v. "Matrimonium", op. cit., c.2260; REINACH, "Puberté femmine et mariage romain", en RHD. 34 (1.955), págs. 270 ss.; LANFRANCHI, **Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano.** Milano (1.938), pág. 224; ID., **Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano**, II, Bologna (1.964), págs. 59 ss.; WOLFF, "Trinoctium", op. cit., págs. 159 ss.; VOLTERRA, **La conception du mariage**, op. cit., págs. 55.; ORESTANO, op. cit., págs. 208 ss.; ROLLEDA, op. cit., págs. 61 ss.

- (6 bis) Cfr., CAMACHO EVANGELISTA, "Ius naturale en las fuentes jurídicas romanas. I. Ius naturale en Ulpiano (D.1,1,1,3) (Inst., 1,2 pr), en **Estudios jurídicos en homenaje al prof. U.Alvarez Suarez**, Madrid (1.978) págs. 45 ss.
- (7) ROBLEDA, op. cit., pág. 66. Cfr. LONGO, "Riflessioni nitiche in tema di matrimonio" en **Scr. in onore di A. Guarino**, 5 (1.984), págs. 2357 ss.
- (8) Vid., nt. 3 de este capítulo. Cfr., LONGO; "Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias", en **BIDR.** 40 (1.932), pág. 202.
- (9) En este sentido, también se manifestó BONFANTE, op. cit., diciendo: "L'individua vitae consuetudo e il consortium omnis vitae esprimono a un tempo stesso l'elemento obbiettivo e subbiettivo del matrimonio, la convivenza e l'affectio maritalis, giacchè la perpetuità del matrimonio, nel diritto romano deve esistere nelle'intenzione, nel senso che non è ammissibile un matrimonio sotto condizione risolutiva o a termine", pág. 193.
- (10) Este tema será objeto de un estudio más amplio en la parte II de esta tesis.

- (11) Así, SOLAZZI, *op. cit.*, págs. 314; SIBER, *Römisches Recht in Grudzügen für die Vorlesungen. II. Römisches Privatrecht*. Berlin (1.928), pág. 36.
- (12) ALBERTARIO, *op. cit.*, págs. 185 ss.
- (13) Cfr. ORESTANO, "Dal fas al ius", en *BIDR.* 46 (1.939), págs. 206 ss.; GAUDEMET, "La définition romano-canonique du mariage", en *Festschrift Plöcht*, Wien (1.967), págs. 107 ss.
- (14) ROBLEDA, *op. cit.*, págs. 70 y 71.
- (15) Cfr., entre otras, TERT., "De exhort. cast.", XIII: *certe flaminica non nisi univira est, quae et Flaminis lex est*; ID., *De monog.*, XVII: *Pontifex Maximus et flaminica nubunt semel*; JER., *Ep.*, CXXIII,7; SERV., *Ad En.*, IV,29.
- (16) Cfr. GAUDEMET, "Iustum matrimonium", en *RIDA*, II (1.959) y en *Mélanges De Visscher*, I, págs. 321 ss., así como *Etudes de droit romain*, *op. cit.*, págs. 103 ss.; VOLTERRA, "Iniustum matrimonium", en *Studi in onore di G.Scherillo*, II, Milano (1.972), pág. 441 ss.; y, ROBLEDA, "Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano", en *Studi in memoria di G.Donatuti*, III, Milano (1.973), págs. 1131 ss. En cuanto a que el texto hubiese sido alterado se pronunció con anterioridad SOLAZZI, "Dispute romanistiche", en *Studi in memoria di A.Albertoni*, I, Padova (1.935), págs. 41 ss. (= en *Scritti*, III, Napoli (1.960), págs. 404 ss.).
- (17) VOLTERRA, v. "Matrimonio", en *Enc. Dir*, *op. cit.*, pág. 735.
- (18) MANENTI, *op. cit.*, págs. 40 ss.
- (19) Cfr., entre otros franceses, RIVIER, *Précis de droit de famille romain*, Paris (1.891), págs. 142 ss.; PETIT, *Traité élémentaire de*

- droit romain, Paris (1.909), págs. 102 ss.; GIFFARD, *Précis*, op. cit., págs. 209 ss.; en cuanto a los alemanes, SOHM, *Historia e Instituciones del Derecho privado romano*, trad. por P.Dorado, Madrid (1,928), págs. 620 ss.; RABEL, op. cit., págs. 22 ss. y, entre los ingleses, podemos mencionar IOLOWICZ, *Historical induct. to the study rom. law*, Cambridge (1.932), págs. 39 ss.
- (20) SCIALOJA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma (1.912), pág. 277.
- (21) BONFANTE, *Corso*, op. cit., pág. 187.
- (22) BONFANTE, op. cit., pág. 188.
- (23) LONGO, "Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio", en *Ann.Unv.Macerata*, 19 (1.955), págs. 269 ss.
- (24) GARCIA GARRIDO, "La convivencia", op. cit., págs. 5 ss. ID., "Minor annis XII nupta", en *LABEO*, 3 (1.957), págs. 76 ss.
- (25) DEVI, *Der Hergang*, op. cit., pág. 74.
- (26) ALBERTARIO, *Studi*, I, op. cit., pág. 232.
- (27) Así, FADDA escribía: "Il matrimonio è piuttosto una **res facti** che una **res iuris**...e cessa, come il possesso, quando sorge un impedimento di fatto che ostacola la convivenza dei coniugi, ...l'**animus rem sibi habendi** nel possesso e l'**affectio maritalis** sono corrispondenti e paralleli", en *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli (1.910), págs. 266 ss.; BONFANTE, *Corso*, op. cit.; "I due requisiti del matrimonio sono adunque la convivenza e l'intenzione, la **coniunctio** o meglio la **individuae vitae consuetudo** da un lato, l'**affectio mariatis** o **uxoris** dall'altro; due elementi del possesso, la **possessio naturalis** o **possessio corpore** (l'infelice **corpus** dei commentatori) e l'**animus** o **affectio possidendi**. E

il paragone col possesso, chechè si dica, non solo torna perfettamente acconcio, perchè anche il possesso è un mero stato di fatto elevato a rapporto giuridico, senza alterarne l'essenza, ma è formulato dai Romani stessi per dar risalto alle conseguenze più caratteristiche di questa natura comune", pág. 188. Cfr. ORESTANO, *op. cit.*, donde recoge una amplia bibliografía, pág. 70.

(28) ORESTANO, *op. cit.*, págs. 182 y 187 ss.; cuya tesis tuvo una buena acogida según se aprecia en las distintas recensiones efectuada efectuada a la misma, así, vid. recensiones de KASER, en *SDHI*, (1.952); GAUDEMONT, en *IURA*, (1.953); ANELOTI, en *Studi Senesi*, (1.952), cit. por GARCIA GARRIDO, "La concepción clásica del matrimonio", diciendo además que: "ha contribuido notablemente a destacar la interpretación espiritualista y social del matrimonio", aunque más adelante siga afirmando que "consentimiento y convivencia son dos aspectos de una misma situación", en *ADHE*, XXVI (1.956), págs. 883 y 886.

(29) Vid., nt. (117), capítulo I, parte I.

(30) RASI *Consensus facit nuptias*, Milano (1.946), págs. 5 ss.

(31) Con todo, MOSTAZA, haciendo una recensión a la obra de RASI, en *ADHE*, XVIII (1.947) termina diciendo: "La crítica que hace de la opinión de Manenti, aceptada como un axioma por los romanistas modernos, nos parece contundente, y casi nos atreveríamos a llamar definitiva. Por ello no creemos aventurado predecir el arrumbamiento de tal hipótesis, para dar paso a la antigua tesis contractuálista, resucitada por el profesor adjunto de Padua. Y, como consecuencia -lo que estimamos de no poco momento- una nueva orientación en la exégesis de los fragmentos matrimoniales del Digesto, interpolados en la actualidad a la luz de la *affectio*.", pág. 910.

- (32) VOLTERRA, recensión a RASI **Consensus facit nuptias**, Milano (1.946), en **RISG.** 84 (1.947), págs. 399 ss.
- (33) ROBLEDA, "Matrimonio inexistente", **op. cit.**, pág. 1131.
- (34) ROBLEDA, **El matrimonio**, **op. cit.**, págs. 25 ss.
- (35) ROBLEDA, **op. cit.**, págs. 111 ss.
- (36) Al menos, así se muestran algunas de las recensiones realizadas a la obra del Padre ROBLEDA, tales como: GAUDEMET, en **R.H.D.Fr.**, 49 (1.971), págs. 118 ss.; IGLESIAS, en **SDHI.**, 36 (1.970), págs. 472 ss.; CANTARELLA, en **IURA.**, 21 (1.975), págs. 285 ss. CASTELLO, "In memoriam Odis Robleda (1.909-1.980)", **Excerptum ex SDHI.**, 47 (1.981), págs. 614 ss. Entre los seguidores de la obra de ROBLEDA, podemos destacar a HUBER; **Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsgehalt in der Klassik und zur Frage seines Wandels in der Nachklassik**, en **Analecta Gregoriana**, vol. 204, Università Gregoriana, Roma (1.977), págs. 8 ss., obra esta que ha sido objeto de nota por LONGO, "Ancora sul matrimonio romano (a proposito del volumen di Josef Huber)", en **SDHI.**, 43 (1.977), donde critica algunos de sus puntos de vista como es el referente al tema del consentimiento como acto inicial de la voluntad en todo tiempo, págs. 459 ss. Sin embargo, en una recensión sobre dicho trabajo CASTELLO si bien no se muestra del todo participe de sus conclusiones, reconoce en ella un mérito del que tendrá que prestarse atención, en **IURA.**, 29 (1.978), págs. 188 ss.
- (37) Cfr., entre los trabajos más recientes, GIOFFREDI; **Nuovi studi di diritto greco e romano**, **op. cit.**, págs. 123 ss.; FALCHI, "Osservazioni sulla natura della **coemptio matrimonii causa**", **op. cit.**, págs. 361 y 362.
- (38) En este sentido, se manifiesta de forma clara VOLTERRA, v.

"Matrimonio", **op. cit.**: "L'istituto del matrimonio, come altri istituti familiari, è profondamente trasformato. Il concetto giuridico è distinto da quello classico e comincia a delinearsi la nozione del matrimonio quale negozio giuridico bilaterale, che sorge in base ad un rapporto convenzionale fra l'uomo e la donna. La cessazione della volontà reciproca di entrambi o anche di uno solo dei coniugi non scioglie più automaticamente il vincolo giuridico coniugale: occorre che questo sia fatto cessare attraverso la manifestazione di una volontà avente come oggetto lo scioglimento", pág. 785.

(39) Cfr., entre otras, GAYO, **Inst.**, I,1; D.1,3,32-40.

(40) FRANCIOSI, **Clan gentilizio e struttura monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana. Corso di diritto romano. vol. II**, Napoli (1.976), pág. 59.

(41) KASER, "La famiglia romana arcaica", en **Conferenze romanistiche. Università degli studi di Trieste. Milano (1.960)**, pág. 41.

(42) Cfr., entre otros, GALLO, "Osservazioni sulla signoria del **pater familias** in epoca arcaica", en **Studi in onore de P. De Francisci**, II, Milano (1.956), págs. 193 ss.; DENOYEZ, "Le **paterfamilias** et l'evolution de sa position", en **Syntelesia Arangio-Ruiz**, Napoli (1.964), págs. 441 ss.; LONGO; v. "Pater familias" y "Patria potestà", en **NNDI. 12 (1.965)**, págs. 555 ss. y 575 ss.; GALLO, **Potestas e dominium nell'esperenza giuridica romana**", en **LABEO**, 16 (1.970), págs. 1 ss; CAPOGROSSI COLOGNESI, "Ancora sui poteri del **pater familias**", en **BIDR**, 73 (1.970), págs. 357 ss.; ID., v. "Patria potestà", en **Enc. del Dir.**, XXXII (1.982), págs. 357 ss.; RABELLO, **Effetti personali dilla patria potestas**, Milano (1.972), págs. 26 ss.; IGLESIAS, **Espíritu del Derecho romano. Madrid (1.980)**, pág. 98.

(43) A.Gel., Noct. Att., V,19; CIC. Pro domo, XXIX; DION.HAL., Ant. Rom. II,26; SENECA, De clementia, I,15; SEN., Controv., II,11; PAUL.,D.48,2,11; PAPIN., Coll.IV,8, en su liber singularis de adulteriis, habla de la ley regia que había atribuido al pater la potestas vitae necisque in filiam; CONSTANTINO, en una constitución del año 323, hace alusión al antiguo ius vitae in liberos necisque potestas, C.Th.,4,8,6pr.

CORNIL, "Contribution a l'etude de la patria potestas", en N.R.H.D., XXI (1.897), págs. 449 ss.; ALBANESE, "Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis, en Scritti in onore di Ferrini, III, Milano (1.948), págs. 343 ss.

(44) SUET., Tib.Claud Caesar, XXVII; ID., Oct.Aug., LXV; PLIN., Lett., X,71,72; QUINT., Declam., 306 ; DIOCL. et MAX., C.5,4,16.

El ius exponendi está relacionado con el acto del padre de reconocer o no a los nacidos en la familia, mediante la expresión tollere o suscipere liberos. Sobre el tema: CORNILL, op. cit., págs. 419 ss.; DECLAREUIL, "Paternité et filiation légitimes", en Mélanges Girard, I, Paris (1.912), págs. 326-333; PEROZZI, "Tollere liberum", en Scritti giuridici, III, Milano (1.948), págs. 93 ss.; LANFRANCHI, "Ius exponendi e obbligo alimentare", en SDHI, 1 (1.939), págs. 64 ss.; VOLTERRA, "Un'osservazione in tema di tollere liberos", en Festschrift Schulz, Wimar (1.951), págs. 388 ss.; ID., "Ancora in tema di tollere liberos", en IURA, 3 (1.952), págs. 216-217; ID., "L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino", en Studi in onore di Enrico Redenti, II, Milano (1.951), págs. 420-422; GUALANDI, "Tollere liberos in un passo di Petronio", en RISG., sr. III,VI, (1.952-53), pág. 453-457.

(45) Según nos informan las fuentes, desde los tiempos de Numa, se han regulado cuestiones referentes al ius vendendi, así DION.HAL., Ant. Rom, II,27; PLUT., Numa, XVII. La Lex XII Tabularum también nos dan noticias de ello, tab, IV,2: Si pater filium tervenum duvit, filius a patre liber esto. También en CIC. De orat. I,40,16; Id. Pro

Caec., XXXIV; GAYO, I,117-8. Vid. CORNIL, *op. cit.*, págs. 439 ss.; BONFANTE, *Corso, op. cit.*, pág. 80; ID. "Il *ius vendendi* del *paterfamilias* e la legge 2 Cod.4,23 di Costantino", en *Scritti giuridici*, I, págs. 64 ss.; COSTA, "La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino", en *Momorie Accad. Bologna*, ser. I, IV (1.909-10), págs. 107 ss.; MAYER-MALY, "Das Notverkaufsrecht des Hausvaters", en *ZSS.*, 75 (1.958), págs. 116 ss.

- (46) Entre otras fuentes, T.LIVIO, VIII,39,15; ID.,IX,1,6-9; GAYO, I,141; ID.,IV,75-6; PAPIN.,Coll.,2,3,1; ULP.,D.27,9,1; POMP.,D.9,4,33. La rápida transformación de las acciones noxales, en relación con la evolución general del sistema de la venta y de la compensación, es estudiada en profundidad por GIRARD, "Les actions noxales", en *N.R.H.D.* XI (1.887), págs. 409-449, y continua en XII (1.888), págs. 31-58; BONFANTE, *Corso, op. cit.*, págs. 78 ss.; DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles (1.947), págs. 125 ss.
- (47) A.GEL., *Noct.Att.*, V,19,5-9; GAYO, I,99; ID.,I,100; ID., I,102; ID., I,107; ID., III,83; ULP., *Reg.* VIII,4; D.1,7,1,1; D.2,25,40. BONFANTE, *Corso, op. cit.*, págs. 13 ss.; BESELER, "Adrogatio libertinorum", en *ZSS.* 45 (1.925), págs. 211 ss.; BELLELLI, "Sull'origine dell'arrogazione attiva delle donne", en *SDHI.* 3 (1.937), págs. 140 ss.; CASTELLI, "In torno all'origine dell'arrogazione delle donne", en *Scritti*, 1 (1.923), págs. 165 ss.; ID., "L'arrogazione di Aureliano", en *Scritti, op. cit.*, págs. 178 ss.; ID., "Intorno all'abrogazione dell'adoptio per populum", en *Scritti, op. cit.*, págs. 189 ss.; LAVAGGI, "Una riforma ignorata di Giustiniano: Adrogatio plena e minus plena", en *SDHI.* 12 (1.946) págs. 45 ss.; VOLTERRA, "adrogatio", en *NNDI*, 1 (1.957), págs. 304 ss.; TORRENT, "La adrogatio, en el sistema de las sucesiones universales intervivos", en *RIDA.*, XIV (1.967), págs. 447 ss.; CASTELLO, "Il problema evolutivo della adrogatio", en *SDHI*, 33

(1.967), págs. 129 ss.; HORVAT, "Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome", en **Studi Grosso**, 6 (1.974), págs. 45 ss.

- (48) A.GEL. **Noct.Att.**, V,19,13 y 14; GAYO, I,97-107; I., 1,11; D.1,7; C.8,47; vid. sobre la **adoptio**: BERGMANN, **Beiträge zum römischen Adoptionsrecht**, Lud (1.912), (reimp., Roma, 1.972); CALONGE, "Problemas de la adopción de un esclavo", en **RIDA**, XIV (1.967), págs. 245 ss.; PITZORNO, **L'adozione privata**, Perusa (1.914); ALBERTARIO, "In tema di adozione romana", en **Studi**, 1 (1.933), págs. 131 ss.; ID., "La donna adottante. Esegesi della c. 5 C de adolt. 8, 47 (48)", en **AG.**, 112 (1.934), págs. 167 ss. (= **Studi** 6, págs. 221 ss.); LEMOSSE, "L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionales du droit civil", en **RHD**, 29 (1.951), págs. 295 ss.; VOLTERRA, v. "Adoptio", en **NNDI**, 1 (1.957), págs. 287 ss.; ID. "La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani dell II e del III secolo d.C.", en **BIDR**, 69 (1.966), págs. 109 ss.; D'ORGEVAL, "Qui se ipsum adoptat" en **Studi De Francisci**, II (1.965), págs. 27 ss.; DELL'ORO, "Confirmatio adoptionis non iure factae", en **LABEO**, 5 (1.959), págs. 12 ss.; CASTELLO, "Sull'età dell'adottante e dell'adottado in diritto romano", en **Annali Genova**, vol. VII, fasc. II, Milano (1.968), págs. 293 ss.; ID., "L'intervento statale negli atti costitutivi di adozione in diritto romano", en **Annali Genova**, XVI (1.977); págs. 685 ss.; VERGER, "Il problema dell'adozione nella Genesi", en **Studi Volterra**, VI (1.971), págs. 483 ss.; CAMACHO, "Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (S.III d.C)", **sep. de TEMIS**, 21 (1.967), págs. 157 ss.; DURANTE, "Adozione speciale e cittadinanza", en **Studi Grosso**, 4, (1.971), págs. 701 ss.; RODRIGUEZ ENNES, **Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva**, Santiago de Compostela (1.978), págs. 31 ss.

(49) Vid., el capítulo I de esta parte I de esta tesis.

- (50) FUSTEL DE COULANCES, *La ciudad antigua*, trad. esp., Mexico (1.980), págs. 22 ss.; cfr., DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma (1.959), págs. 15 ss.
- (51) GAYO, *Inst.*, II,3 y 4: *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictas sunt.* Vid., DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, vol. I y II, New York (1.975), págs. 28 ss.
- (52) VOLTERRA, v. "Matrimonio", en *Enc.Dir.*, op. cit., pág. 745.
- (53) Cfr., entre otros, HERRMANN, *Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine*, Coll. *LATOMUS*, vol. LXVII, Bruxelles (1.964), págs. 9 ss.; CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid (1.972), págs. 75 ss.; GRIMAL "La mujer en Roma y en la civilización romana", en *Historia mundial de la mujer*, vol. I, págs. 333 ss.; DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el siglo I d.C.*, Granada (1.976), págs. 3 ss.; ID., "Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma Imperial", en *LATOMUS*, 33 (1.979), págs. 173 ss.; GRIFO, "La donna e la tutela", en *LABEO*, 28 (1.982), págs. 1 ss.; GARCIA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil. I. La tradición romanística*. Barcelona (1.982), págs. 131 ss. en donde expone los estudios realizados en su anterior obra "Ius uxorium". *El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho Romano*, Roma (1.958); GAUDEMET, "Le statut de la femme dans l'Empire romain", en *Etudes de Droit romain*, op. cit., págs. 227 ss.; con anterioridad a estas obras también habría que hacer mención de GABBA, *Dalla condizione giuridica della donna*, Torino (1.880), págs. 458 ss.; SAMARANI, "L'evoluzione del diritto della donna nella storia di Roma", en *AG.* 73 (1.904), págs. 468 ss.
- (54) FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, op. cit., págs.

57 ss.; vid. PEROZZI, "Problemi di origine", *op. cit.*, págs. 528 ss.

(55) THOMAS, "Mariages endogamiques à Rome. Patrimoine, pouvoir et parenté depuis l'époque archaïque", en *R.H.D.Fr.*, Serie 3^e (1.980), págs. 372 ss.

(56) Cfr., entre otros, DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, *op. cit.*, págs. 128 ss.; WESTRUP, "Sur les gentes et les curiae de la royauté primitive de Rome", en *RIDA*. III (1.954), págs. 448 ss.; PERUZZI, *Origini di Roma*, vol. I, Firenze (1.970), págs. 147 ss.; FRANCIOSI, "Preesistenza della 'gens' e 'nomen gentilicium'", en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, Napoli, I (1.984), págs. 3 ss.

(57) En este sentido dice BONFANTE, "In Roma la decadenza giuridica degli sponsali è stata più precoce e può anch'essere, come si è supposto, che l'obbligatorietà fosse relativa ai matrimoni nel regime della *manus*, e quindi la decadenza del valore giuridico degli sponsali sia correlativa alla decadenza della *manus*; comunque par certo che anche nella città gli sponsali fossero in antico atto formale e venissero garantiti mediante azione", *Corso*, *op. cit.*, págs. 225 y 226. Cfr., entre otros, VOLTERRA, "Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano", en *BIDR.* 40 (1.932), págs. 87 ss.; ID., "Ancora sul consenso della filia familias agli sponsali", en *RISG.*, 10 (1.935), págs. 3 ss. ID., *Istituzioni*, *op. cit.*, págs. 662 ss.; GAUDEMET, "La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque pré-clasique", en *RIDA*. I (1.948), págs. 79 ss. (= *Etudes*, *op. cit.*, págs. 5 ss.); ID. "L'originalité des fiançailles romaines", en *IURA*. 6 (1.955), págs. 47 ss. (= *Etudes*, *op. cit.*, págs. 23 ss.). CORNIOLEY, "De la sponsio à la stipulation: Procedure et contrat", en *Scritti in Onore di A. Guarino*, 6 (1.984), págs. 2.891 ss.

- (58) GIRARD, Manuel élémentaire, op. cit., pág. 163.
- (59) HUVELIN, Cours de droit romain, op. cit., pág. 249.
- (60) MONIER, Manuel élémentaire, op. cit., pág. 275. Cfr., JÖRS-KUNKEL-WENGER, Röm. Rechts., vol. II, op. cit., págs. 176 ss.
- (61) GIFFARD, Précis de droit romain, op. cit., pág. 234.
- (62) VOLTERRA, Istituzioni, op. cit., pág. 662.
- (63) VOLTERRA, op. cit., pág. 663.
- (64) Cfr., CECI, Le etimologie dei giureconsulti romani, roma (1.966), pág. 82.
- (65) Cfr., ZOCCO-ROSA, v. "Sponsio", en D.I., 22-Iª, Milano-Roma-Napoli (1.899-1.903), págs. 470 ss.
- (66) VOLTERRA, Diritto romano e diritto orientali, op. cit., págs. 123 ss.
- (67) GAUDEMET, "La conclusion des fiançailles", op. cit., pág. 86 ss.
- (68) Cfr., entre otros, CUQ, Manuel des institutions, op. cit., págs. 293 ss.; GIRARD, op. cit., págs. 469 ss.
- (69) VOIGT, Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, vol. II, Leipzig (1.858), reimpr. (1.966), págs. 228 ss.
- (70) COGLIOLO, Note a padelletti, pág. 254, citado por ZOCCO-ROCA, op. cit., pág. 472.
- (71) MAGDELAIN, Origine de la sponsio, Th. Paris (1.943), pág. 99,

citado por GAUDEMET, *op. cit.*, pág. 80.

(72) GAUDEMET, *op. cit.*, pág. 81.

(73) MAGDELAIN, *op. cit.*, págs. 103 ss. Cfr. CORNIOLEY, *op. cit.*, pág. 2304.

(74) VOLTERRA, "La nozione giuridica del conubium", en *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. II, Milano (1.953), págs. 347 ss. Cfr., ID., v. "Matrimonio", en *Enc. del dir.*, *op. cit.*, págs. 733 ss.; DE VISSCHER, "Conubium et civitas", en *IURA*, 2 (1.951), págs. 140 ss.; ID., en *Etudes de droit romain public et privé*, Milano (1.966), págs. 149 ss. DEMOUGEOT, "Le conubium et la citoyenneté conférée aux soldats Barbares du Bas-Empire", en *Scritti in onore di A. Guarino*, 4 (1.984), págs. 1.633 ss.

(75) Así FADDA, define al *conubium* como: "la condizione relativa necessaria perchè due persone, idonee in generale a contrarre matrimonio, possano sposari fra di loro", *op. cit.*, pág. 270; en el mismo sentido, CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutionem des römischen Rechts*, Wein-Leipzig (1.914), pág. 55. Una noción algo más amplia, es la manifestada por BONFANTE cuando dice: "*Iustae nuptiae* o nel linguaggio giustiniano *legitimum matrimonium* è il matrimonio valido, cioè che segue nelle condizioni volute. L'esistenza di tali condizioni stabilisce il *conubium*, cioè la capacità di contrarre nozze: il *connubium*, peraltro, come concetto parallelo al *commercium* significaba propriamente la capacità civile", *op. cit.*, pág. 195; este paralelismo entre *conubium* y *commercium* fue también observado, con anterioridad, por SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. por SCIALOJA, vol. II, Milano (1.888), págs. 24 ss. Cfr., entre otros, CUQ, *op. cit.*, pág. 94; MONIER, *op. cit.*, pág. 208; PEROZZI, *Istituzioni*, *op. cit.*, pág. 339; NARDI, *La reciproca posizione sucesoria dei coniugi privi di connubium*, Milano (1.938), págs. 9 ss.; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*,

vol. I, Padova (1.942), págs. 44 ss.

(76) VOLTERRA, v. "Matrimonio", *op. cit.*, pág. 735.

(77) VOLTERRA, "La nozione giuridica", *op. cit.*, págs. 368 y 369.

(78) VOLTERRA, *op. cit.*, págs. 359 ss.

(79) Cfr., además, D.49,15,25; D.38,17,1,3; D.49,15,9; C.8,50,1. Vid., en cuanto a la no reintegración del **ius postliminium** en materia de matrimonio por razón de **captivitas**, entre otros, **AMIRANTE**, **Captivitas e postliminii** Napoli (1.950), págs. 149 ss.; GIOFFREDI, "Sul'ius postliminii. I La struttura dell'istituto", en **BIDR.** 16 (1.950), págs. 13 ss.; FUENTESECA, "Origen y perfiles clásicos del postliminium", en **AHDE**, XXI-XXII (1.951-52) págs. 300 ss.; ARIAS BONET, "En torno a la no reintegración **iure postliminii** del matrimonio romano", en **AHDE**, XXV (1.955), págs. 567 ss.; DE VISSCHER, **Etudes de droit romain**, *op. cit.*, pág. 129 ss.

(80) VOLTERRA, *op. cit.*, pág. 368.

(81) VOLTERRA, *op. cit.* págs. 369 ss. Con anterioridad, mostraron una opinión contraria HRUZA, **Beiträge zur Geschichte**, *op. cit.*, págs. 162 ss.; BEAUCHET, **Histoire du droit privé de la République athénienne**, vol. I, Paris (1.897), reimp. Amsterdam (1.969), págs. 187 ss.

(82) MUNZER, **Römische Adelsparteien und Adelsfamilien**, Stuttgart (1.920), reimp. (1.963), págs. 55 ss.

(83) En las fuentes antiguas, encontramos recogidos diversos tratados, entre Roma y otras poblaciones, en los que se concedía el **ius conubii**; de ahí el **foedus Gabinum** (DION.HAL., **Ant. rom.**, IV,58,3), el **foedus Cassianum** (ID., VII,53,3; VIII,35,2; 70,2; 74,2), cfr.,

- MANNI, *Per la storia dei municipi fino alla guerra sociale*, roma (1.947), págs. 29 ss.
- (84) Vid., GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli (1.975), págs. 152 ss.
- (85) Cfr., entre otros, LAST, "The Servian Reforms", en *Journal of Roman Studies*, 35 (1.945), págs. 30 ss.; VOLTERRA, "Nuove osservazioni", *op. cit.*, págs. 39 ss.; DE VISSCHER, *Etudes de droit*, *op. cit.*, págs. 154 ss.
- (86) NIEBUHR, *Römische Geschichte*, vol. I, Berlin (1.858), págs. 1296 ss.
- (87) MOMMSEN, *Römische Forschungen*, vol. I, Berlin (1.864), reimp. Hildesheim (1.962), págs. 140 ss.
- (88) La prohibición del *ius conubium* entre patricios y plebeyos es considerada por la doctrina actual como una innovación en base a los testimonios de CIC., *De rep.*, II,63; T.LIV.,IV,4, 5 y DION.HAL., *Ant. rom.*, X,60,5. Cfr., VOLTERRA, *op. cit.*, pág. 39; DE VISSCHER, *op. cit.*, págs. 155 y 156.
- (89) FRANCIOSI, "La plebe senza genti e il problema della 'rogatio Canuleia'", en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia*, *op. cit.*, pág. 179.
- (90) T.LIVIO, XXIII,4,7: ...id modo erat in mora, ne extemplo deficerent, quod conubium vetustum multas familias claras ac potentis Romanis miscuerat...; XXIV,33,3: eos libertatem sibi suisque et bonorum aliquam partem orare, cives Romanos adfinitatibus plerosque et propinquis, iamiam cognationibus ex conubio vetusto iunctos; XXXI,31,10; An Campanorum poenae, de qua ne ipsi quidem queri possunt, nos paeniteat?. Hi homines, cum pro iis

bellum adversus Samnites per annos prope septuaginta cum magnis nostris cladibus gessissemus, ipsos foedere primum, deinde conubio atque cognationibus, postremo civitate nobis coniunxissemus. Vid., DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, op. cit., vol.II, págs. 279 ss y vol.III, part.II, págs. 346 ss.; HEURGON, *Recherches sur l'histoire, la religion et la civilisation de Capue préromaine, des origines a la 2^e guerre punique*, Paris (1.942), reimp. (1.970), págs. 184 ss. DE LA CHEVALERIE, "Observations sur la nature du *conubium* et la situation juridique des Campeniens avant et après les guerres d'Annibal" en *RIDA*, I, serie 4^a (1.954) pág. 271 ss.

- (91) Efectivamente, los autores están de acuerdo en señalar que en Roma la prohibición del incesto y, por consiguiente, los impedimentos matrimoniales en razón de la consanguinidad, fueron tardíamente regulados por el Derecho. Concretamente, la *lex Iulia de adulteriis* de Augusto fue la que se encargó de reprimir penalmente el incesto. Así, durante todo el tiempo anterior, el tema estuvo regulado por la costumbre, con lo cual, habría que detenerse en cada momento histórico para saber cuál era el estado de la cuestión, ya que, como hemos dicho otras veces, la costumbre no era fuente del Derecho estática, cuya vigencia se debiera a otra norma escrita que la mantuviese o derogase, sino que iba en consonancia con las circunstancias históricas en las que se desenvolvía. De ahí que, en los tiempos más antiguos, cuando imperaba el sistema gentilicio y el de la familia agnaticia, los impedimentos matrimoniales de este orden estaban establecidos hasta el séptimo grado -T.LIVIO, X, según se desprende del supuesto de P.Celios (Coelius)-, ya que, la costumbre de aquellos momentos era la de evitar, en la medida de lo posible, los matrimonios dentro de la misma *gens*, según fuesen los intereses de distinta índole que persiguiesen. Según este sistema gentilicio vaya decayendo, la costumbre también ira evolucionando; así, sabemos que en los últimos tiempos de la

República y comienzos del Principado, tal impedimento fue reducido al tercer grado (T.LIVIO, XLII,34,2 y 3; TACITO, *Ann.*, XII,6; GAYO, *Inst.*,I,59 ss). Cfr., entre otros, ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm.*, op. cit., págs. 422 ss; CORBETT; *The Roman Law of marriage*, Oxford (1.930), reimp. (1.969), págs. 48 ss.; CASTELLO, *Studi sul diritto*, op. cit., págs. 136 ss.; GUARINO, "Studi sull'incestum", en *ZSS*,63 (1.943), págs. 221 ss.; BRASIELLO, v. "incesto", en *NNDI*, VIII (1.962), págs. 499 ss.; MODRZEJEMSKI, "Die Geschwisterehe in der hellenistischen Praxis und nach römischen Recht", en *ZSS*. 81 (1.964), págs. 52 ss.

(92) ROBLEDA, op. cit., pág. 148. Cfr., COLLINET, "Contributions à l'histoire du droit romain", en *NRHD*.24 (1.900), págs. 366 ss.

(93) Así se desprende de la *lex Coloniae Genetivae Iuliae s. Ursonensis*, XCVIII: *Quamcumque munitionem decuriones huius|de coloniae...Uti decuriones censu|erint, ita muniendi curanto, dum ne in|uito eius opera exigatur, qui minor annor(um) XIII | aut maior annor(um) LX natus erit.* Cfr., RICCOBONO; *F.I.R.A.*, vol., I, pág. 189.

(94) Cfr., C.6,22,4 (Imp. Diocl. et Max. (a.294)).

(95) ROBLEDA, op. cit., pág. 148.

(96) Cfr., SUET., Aug.LXVI. También se hace referencia a ello en D.43,30,3,6 (ULP., lib. LXXI ad ed.). *In hoc interdicto,donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. proxime aetatem praetextati accedere eum decimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.*

(97) CIC., *Sest.*, LXIX; *ID.*, *Att.*, V,20,9; VI,1,12; además de expresar

dichos textos que era el **pater** el que decidía cuándo un **filius** había llegado a la pubertad, también se especifica, en otros, que la edad no tenía que ser necesariamente a los catorce años; así, Calígula tomó a los veinte años la **togae virilis** por voluntad expresa de Tiberio, cfr., SUET., **Calig.**,X. Nerón, en cambio, la invistió a los catorce, cfr., TAC., **Ann.**,XII,41; SUET., **Claud.**, XLIII.

(98) Cfr., OVID., **Fast.**, III,771; CIC., **Att.**, VI,1,12.

(99) Cfr., SEN., **Ep.**, IV,2; SUET., **Aug.**, XXVI,2; ID., **Tib.**,XV,I; ID., **Nero**, VII,2; ID., **Claud.**, II,2; VAL.MAX., **Fact. dict. memor.**, V,4,4.

(100) ROBLEDA, **op. cit.**, pág. 146.

(101) DURRY, "Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique", en **RIDA**, II (1.955), págs. 263 ss.

(102) SORANOS, **Gynaecia**, ed. Ioannes Ilberg. Leipzig (1.927) **Corpus medic. Graec.** IV), citado por DURRY, **op. cit.**, pág. 263.

(103) DURRY, **op. cit.**, págs. 266 y 267.

(104) DURRY, **op. cit.**, págs. 267 y 268.

(105) REINACH, "Puberté féminine et mariage romain", **op. cit.**, págs. 268 ss.

(106) REINACH, **op. cit.**, pág. 272.

(107) REINACH, **op. cit.**, pág. 272.

(108) DURRY, "Sur le mariage romain. Autocritique et mise au point", en

RIDA. III (1.956), págs. 227 ss.

- (109) C.I.L., VI,21562; IX,3710; XI,4969, cfr., DURRY, "Le mariage des filles", *op. cit.*, pág. 270; ID., "Sur le mariage romain", *op. cit.*, pág. 234.
- (110) DURRY, "Sur le mariage", *op. cit.*, págs. 235 y 236.
- (111) GARCIA GARRIDO, "Minor annis XII nupta", en *LABEO*. 3 (1.957), págs. 76 ss.; ID., "Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor", en *AHDE*, XXVII (1.957) y XXVIII (1.958), págs. 1135 ss.
- (112) GARCIA GARRIDO, "Minos annis XII nupta", *op. cit.*, págs. 82 ss.; cfr., VOLTERRA, "In tema di accusatio adulterii. I. L'adulterium della sponsa.- II. L'adulterium dell'uxor in captivitate", en *Studi in onore di P.Bonfante*, II (1.930), págs. 109 ss.
- (113) VOLTERRA, *op. cit.*, págs. 117 ss.
- (114) GARCIA GARRIDO, *op. cit.*, págs. 87 y 88.
- (115) Un argumento decisivo, en este sentido, es aquel referente al supuesto del matrimonio entre *absentem*, del que nos da noticias ULPIANO (D.23,2,6) y POMPCONIO (D.23,2,5) cuando se hace referencia a la necesidad de la *deductio in domum*, es decir, en el momento inicial en el que la mujer entra en el domicilio del marido para manifestar el comienzo de una convivencia en común *honor matrimonii*. Pero ello es interpretado por VOLTERRA y sus seguidores, en el sentido, de que tal *deductio* no sería necesaria si ambos cónyuges estuviesen presentes, en consecuencia, dice éste mismo autor: "L'existence de cette volonté réciproque, ayant l'effet juridique de constituer le mariage entre l'homme et la femme, peut être établie par tous les moyens. La *deductio in domum mariti*, la *testatio* avant les censeurs, les cérémonies religieuses

ou l'honor matrimonii ne sont pas des éléments juridiques nécessaires pour l'existence du mariage. Ce sont simplement des faits qui servent à démontrer l'existence de la volonté des conjoints. Les juristes classiques les prennent en considération seulement pour en déduire qu'il existe entre deux conjoints la volonté réciproque, durable, d'être unis". "La conception du mariage à Rome", *op. cit.*, pág. 374. Cfr., ORESTANO, *La struttura*, *op. cit.*, págs. 301 ss.; ROBLEDA; *El matrimonio*, *op. cit.*, págs. 86 ss.

(116) Cfr., VOLTERRA, v. "matrimonio", en *Enc. del dir.*, *op. cit.*, págs. 745 ss.

(117) DURRY, "Le mariage des filles impubères", *op. cit.*, pág. 270.

(118) CARCOPINO, "Le mariage d'Octave et de Livie et la naissance de Drusus", en *Rev. Historique*, 54, vol. 162 (1.929), págs. 225 ss.

(119) De ahí que, la doctrina que mantenía la teoría de la existencia de dos tipos diferentes de matrimonios: **cum manu** y **sine manu**, considerase que tales ritos nupciales fueran los propios del matrimonio **sine manu** ya que, el matrimonio **cum manu** se constituía a través de las formas de la **confarreatio**, **coemptio** y **usus**. Vid., el apartado I.1.2. del capítulo anterior.

(120) Vid., el apartado I.2. del capítulo anterior.

(121) DAZA, "Nuptiae et matrimonium", en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. Alvarez Suarez*, Madrid (1.978), págs. 57 ss.

(122) DAZA, *op. cit.*, págs. 57 y 58.

(123) DAZA, *op. cit.*, pág. 67.

- (124) DAZA *op. cit.*, pág. 67.
- (125) Cfr., VOLTERRA, v. "matrimonio", *op. cit.*, págs. 741 ss.; ORESTANO, *La struttura*, *op. cit.*, págs. 303 ss.
- (126) Cfr., entre otros, CIC., *Pro Cael.*, XXXIV; ID., *Pro Cluent.*, XLIV,123; ID., *De Divinat.*, CIV.
- (127) PLAUTO, CAS. (855). *Acceptae bene et commode eximus intus ludos visere huc in viam nuptialis.*
- (128) CAT., *Carmina*, LXI,12: *Excitusque hilari die / Nuptialia concinens / Voce carmina tinnula / Pelle humum pedibus, manu / Pineam quate taedam.*
- (129) CIC., *Pro Cluent.*, IX,28: *...Itaque nubit Oppianico continuo Sassia laetanti iam animo et spe optima confirmato, nec mirum quae se non nuptialibus donis sed filiorum funeribus esse delentam videret....*
- (130) SEN., *Medea*, 986: *O placida tandem numina, o festum diem, o nuptialem!....*
- (131) QUINT., *Inst. Orat.*, I,7,28: *Nam et Gaius C littera significatur quae inversa mulierem declarat, quia tam Gaias esse vocitatas quam Gaios etiam ex nuptialibus sacris apparet.*
- (132) APUL., *Metam.*, V,26: *...confarreatis nuptiis coniugabo.*
- (133) T.LIVIO, *Ab urbe cond.*, IV,8: *Nemo plebeius patriciae virgini vim adferret: patriciorum ista libido est; nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset.*
- (134) PLAUTO, *Aul.*, (v.157); (v.428); (v.780 ss).

- (135) TERENCEIO, *Heautontim.*, (v.863); *Andria*, (v.587); *Phormio*, (v.700 ss).
- (136) D.1,5,19 (CELSE, lib. XXIX dig.): Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur.
- (137) D.23,2,18 (JULIANO, Lib. XVI dig.): Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur.
- (138) D.23,2,30 (GAYO, lib. II ad legem Iul. et Pap.): Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.
- (139) D.23,2,67 (TRIFONINO, lib. IX dig.): ...sed etsi senatus consultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt.
- (140) D.23,1,9 (ULPIANO, lib. XXXV ad ed.): Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae....
- (141) PAULO, *Sent.*, 2,19,4: Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes ac liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capituli minutio non intervenit.
- (142) FRAG.VAT.,110: Paulus respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore.
- (143) D.23,2,14,3 (PAULO, lib. XXXV ad ed.):...sed in re dubia certius et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere.
- (144) HUMBERT, *Le remariage*, op. cit., pág. 3, de ahí que, éste autor, considere que los ritos nupciales toman su significación en un

triple aspecto, es decir, atendiendo el acuerdo de la sociedad, así como a la protección de los dioses y a la voluntad de los esposos; de tal manera que, bajo estos tres niveles, hay que dirigir la investigación.

(145) HUMBERT, *op. cit.*, pág. 4.

(146) HUMBERT, *op. cit.*, pág. 5

(147) SER., *Ad Aen.*, IV,45: **Varro de pudicitia ait auspices in nuptiis appellatos ab auspiciis, "quae" a marito et nova nupta per hos auspices captabantur in nuptiis.** Cfr., ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm.*, *op. cit.*, págs. 107 ss.; MARQUARDT, *vie privée*, *op. cit.*, págs. 57 ss.; NOAILLES; "Junon", *op. cit.*, págs. 33 ss.

(148) Esta es la afirmación que repetidamente se puede encontrar en sus trabajos, ya citados, sobre el matrimonio romano, diciendo concretamente: "Sinteticamente la differenza fra il matrimonio classico e quello postclassico può esprimersi, affermando che il primo è basato sulla volontà continua dei coniugi e sulla persistenza del **conubium**; il secondo sulla volontà inicial reciproca dell'uomo e della donna. I medesimi termini, **affectio maritalis, consensus**, ecc. usati dai giuristi e dagli imperatori classici con il significato di consenso continuato, acquistano negli stessi accolti nella compilazione giustiniana e riportati all'epoca di questa, un significato ben differente in quanto indicano esclusivamente la volontà reciproca iniziale dei coniugi", v. "Matrimonio", en *Enc. del dir.*, *op. cit.*, pág. 785.

(149) ROBLEDA, *El matrimonio*, *op. cit.*, págs. 111 ss.

(150) Si bien fue MANENTI el que provocó el nacimiento de esta corriente doctrinal, sin embargo hay que reconocer que fue VOLTERRA el que la impulsó, de manera definitiva, aportando una argumentación más

sólida y probada.

- (151) ROBLEDA, considera que: "Que el matrimonio no es un puro hecho, una *res facti*, sino que surge como acto jurídico. Sólo en tal presupuesto se puede hablar de vicio jurídico. Los puros hechos, o son o no son. Inexistencia jurídica, nulidad, anulabilidad, ineficacia, rescindibilidad, *restitutio in integrum* no se predicán en la teoría general jurídica, sino del acto jurídico.", "Matrimonio inexistente o nulo", *op. cit.*, pág. 1131.
- (152) Aunque hay que tener en cuenta que las vías que utilizan ambos autores para llegar a esa misma conclusión son muy distintas, es decir, mientras para VOLTERRA la concepción del matrimonio varía plenamente de significado, como podemos ver en la nota (148) antes citada, sin embargo para ROBLEDA, la diferencia entre ambos períodos históricos es, simplemente, un cambio disciplinar. Cfr., ROBLEDA, *El matrimonio*, *op. cit.*, págs. 130 ss.
- (153) VOLTERRA, v. "matrimonio", *Enc. del dir.*, *op. cit.*, pág. 752.
- (154) VOLTERRA, *La conception du mariage*, *op. cit.*, págs. 58 ss.
- (155) VOLTERRA, "Per la storia del reato di bigamia in diritto romano", en *Studi in onore di U. Ratti*, Milano (1.934), págs. 387 ss.
- (156) VOLTERRA, *Il matrimonio romano*, Roma (1.961), pág. 296.
- (157) VOLTERRA, "Per storia del reato di bigamia", *op. cit.*, págs. 421 ss.
- (158) MANENTI, *op. cit.*, págs. 42 ss.
- (159) CORBETT, considera que el divorcio formal impuesto en la legislación augustea tenía por objeto el comprobar que se había

efectuado, realmente, la disolución del matrimonio, a fin de que el esposo pudiese evitar una acusación de lenocinio por no haber actuado de acuerdo con los preceptos de dicha legislación, expresándose del modo siguiente: "As I understand the **Lex Iulia de Adulteriis**, the husband who in these circumstances called the necessary witnesses and ordered the woman out of his house or who, having turned her out, made a written or oral declaration of divorce, attested by the necessary witnesses, could then and only then institute a prosecution against her. Only then, moreover, was he safe against an accusation of lenocinium", **The Roman Law, op. cit.**, pág. 234. Con anterioridad LEVY, interpretó dicha forma en el sentido de hacer cesar la *manus* sobre la mujer adúltera por parte del marido, en orden a evitar la acusación a éste de lenocinio, pero no constituyó una forma de divorcio a fin de romper los lazos conyugales, **Der Hergang, op. cit.**, págs. 21 ss.; sin embargo, DI MARZO, estima que el divorcio realizado sin la forma *augustea*, disolvía realmente el matrimonio aunque, jurídicamente, no era reconocido, es decir, que le seguían siendo vigentes los efectos que legalmente fuesen reconocidos a ese matrimonio, **Lezioni sul matrimonio, op. cit.**, págs. 80; siendo criticado por SOLAZZI ya que, para éste autor, dicha forma de divorcio era únicamente indispensable para evitar las sanciones de la **Lex Iulia de adulteriis** pues, en caso de no realizar dicha forma, continuaba manteniéndose la responsabilidad por adulterio y lenocinio para los conyuges, dice concretamente: "...ma la legge Giulia dispone che, malgrado il matrimonio estinto, continui la responsabilità penale dell'adulterio e del lenocinio per i coniugi il cui divorzio non sia avvenuto con le debite solennità", "Studi sul divorzio. II "Il divorzio della liberta" en **BIDR.**, 34 (1.925), pág. 314.; por su parte BONFANTE; opina que, dicha forma era necesaria únicamente en el supuesto de que uno de los cónyuges decidiera repudiar al otro, pero no resultaba indispensable cuando ambos cónyuges estaban de acuerdo en divorciarse, dice así: "...la **lex Iulia** introducesse quelle forme esclusivamente per il repudium

in senso stretto, cioè per il divorzio voluto da una sola delle parti, e che nel caso di divorzio per mutuo consenso o bona gratia, che doveva essere un concetto unico nel diritto classico, quelle forme non fossero necessarie", **Corso, op. cit.**, págs. 247 y 248.

(160) **VOLTERRA, Istituzioni, op. cit.**, pág. 672, nt. 3; en el mismo sentido, sin aportar nada nuevo, ni tan siquiera citando a **VOLTERRA, ANDREEV** dice lo siguiente: "La forme du divorce, comme je me suis efforcé de l'expliquer, a été imposée por déjouer les tentatives d'éviter les sanctions prévues par la loi Iulia concernant l'adultère et le lenocinium", "Divorce et adultère dans le Droit romain classique", en **RHDFr.**, 35 (1.957), pág. 31. Cfr., **VOLTERRA, "Intorno a D.48,5,44 (43)" en Studi B.BIONDI, 2 (1.965), págs. 125 ss.**

(161) **ROBLEDA, El matrimonio, op. cit.**, págs. 131 ss.

(162) **ROBLEDA, op. cit.**, págs. 120 ss.

(163) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 133.

(164) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 141.

(165) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 135.

(166) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 135.

(167) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 135.

(168) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 136.

(169) **ROBLEDA, op. cit.**, pág. 141.

(170) ROBLEDA, *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(171) ROBLEDA, *op. cit.*, pág. 141.

(172) ROBLEDA, *op. cit.*, pág. 142.

(173) ROBLEDA, *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(174) Efectivamente, hoy se sabe, sobre todo por los estudios de WIEACKER, "Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz", en *Vom römischen Recht*, Stuttgart (1.961), págs. 161 ss., que en la época preclásica nacieron los conceptos más fundamentales del Derecho romano, tales como **legatum, dominium, hereditas, servitus** y, de los cuales, nos servimos aún ya que, como también puso de manifiesto, ALVAREZ SUAREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid (1.966), fue una época de evolución creadora, págs. 118 ss. De ahí que, los mismos autores mencionados, que intentan realizar una construcción de la concepción clásica del matrimonio arranquen, precisamente, de la época preclásica que, si bien no compartimos todos sus puntos de vista, sin embargo sí somos partícipes del reconocimiento que a este período histórico hay que atribuirle.

(175) Cfr., FALCHI, "Osservazioni sulla natura", *op. cit.*, págs. 361 ss.; GIOFFREDI, *Nuovi studi*, *op. cit.*, págs. 123 ss.

(176) En este sentido, la opinión de BESNIER se muestra muy clara, cuando dice, a propósito de la legislación de Augusto. "L'intervention de la loi en ces matières est une innovation à Rome. Jusque là tout ce qui a trait au mariage, à la naissance et à la filiation est un domaine des **mores majorum**, conservé et sanctionné par l'autorité du **pater**...En effet, la gravité du mal qui ronge la haute société apparaît à une époque où l'idée qui sera bientôt à la base des lois d'Auguste s'introduit dans la pensée romai-

ne...Elles expliquent aussi por leur part l'intervention d'Auguste dans ses deux lois caducaires.", "L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le gnomon de l'idiologue", en **RIDA**. II (1.949), págs. 93 ss. En términos parecidos se pronuncia HUMBERT cuando trata de dicha legislación, diciendo: "Une fois la lutte pour le pouvoir terminée à son profit, les fonctions de la **cura morum** mirent Auguste en mesure de relever l'Etat, épuisé par des guerres meurtrières, freiné dans son développement par l'effet de proscriptions sans nombre, mais surtout incapable de surmonter seul sa faiblesse du fait de la profonde décadence où avaient sombré les moeurs. La crise du mariage fut provoquée en effet par une crise morale et civique, par le souci croissant d'échapper aux charges d'une famille", **Le remariage**, *op. cit.*, págs. 138 y 139. Cfr., entre otros, ARANGIO RUIZ, "La legislazione Augustus", en **Studi in occasione del billenario Augusteo**, roma (1.938), págs. 144 ss.; DE MARTINO, **Storia della costituzione romana**, vol. IV, 1 Napoli (1.962), págs. 175 ss.; ASTOLFI, "Note per una volutazione storica della 'lex Iulia et Papia'", en **SDHI**, 39 (1.973), págs. 187 ss.

(177) Cfr., ASTOLFI, *op. cit.*, págs. 23 ss.

(178) Límites que pueden ser interpretados en dos sentidos; es decir, obligando a no divorciarse, como es el caso de la liberta que, sin el consentimiento de su patrono, no pudo divorciarse de éste pues, en caso contrario, sufría la pérdida del **conubium** (D.24,2,11; D.38,11,1,1); o bien obligando, precisamente a repudiar, como es el caso en el que el marido de una mujer adultera se ve obligado a repudiar a su mujer pues, en caso contrario, puede ser él acusado de **lenocinium** (D.4,4,37,1; D.48,5,2,2 y 6). Cfr., SOLAZZI, "La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile", en **BIDR.** 51-52 (1.948), págs. 327 ss.; VOLTERRA, "Sul divorzio della liberta", en **Studi Riccobono** 3 Palermo (1.936), págs. 201 ss.; ID. "In tema di accusatio adulterri"., *op. cit.*, págs. 109 ss.; LEVY,

Der Hergang, op. cit., págs. 137 ss.; BIONDI, "La legislazione de Augusto", **Conferenze augustee nel bi-millenario della nascita**, (Public. Univ. del Sacr. Cuore. ser. 5ª. Scienze storiche, XVII), Milano (1.939), págs. 220 ss.; DE DOMINICIS, "Sulle origini romano-cristiane del diritto del marito ad accusare 'constante matrimonio' la moglie adultera (A proposito di Dig. 48,5,27(26)-pr.)", en **SI/MI**, 16 (1.950), págs. 221 ss.; ANDREEV, "Divorce et adultère dans le droit romain classique", op. cit., págs. 1 ss.; DE DOMINICIS, "D.48,5,12,7 (A proposito dell'accusatio adulterii della sponsa 'iure mariti')", en **AG**. 170 (1.966), págs. 34 ss.

(179) Efectivamente, en las constituciones imperiales disciplinan el divorcio mostrando la influencia ejercida por las ideas cristianas conforme a la nueva concepción que se tenía del matrimonio, somitiendo a regulación el divorcio unilateral al establecer las **iustae causae** por las que se puede realizar sin ser sancionado con graves penas. La primera de las constituciones imperiales contra el divorcio es (C.Th.3,16,1) de Constantino del año 331, dirigida al prefecto del pretorio Ablabius o Abiavius, la cual no se encuentra reproducida en el **Codex** justiniano, pero tras ella comenzó una amplia producción legislativa sobre la materia. Cfr., entre otros, BASANOFF, "Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le repudium (Cod.Theod.III,16,1 a. 331) et le champ d'application de cette loi", en **Studi Riccobono**, 3, op. cit., págs. 177 ss.; DUPONT, **Les constitutions de Constantin et le droit privé au debut du IV siecles**, Ville (1.937), págs. 111 ss.; SARGENTI, **Il diritto privato nella legislazione di Costantino**, Milano (1.938), págs. 128 ss.; ORESTANO, "Consenso e solennità nella legislazione matrimoniale Theodosiana", en **Scritti Ferrini**, II (1.947), págs. 160 ss.; BIONDI, **Il diritto romano cristiano**, III, Milano (1.954), págs. 172 ss.; VOLTERRA, "Intorno ad alcune costituzioni di Costantino", en **Rendiconti dell'Accademia dei Lincei**, ser. 8ª, XIII (1.958), págs. 61 ss.; ID. "Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin", en

Mélanges H.Lévy-Bruhl, Paris (1.959), págs. 325 ss.; MEIRA, "A legislação romana do divórcio", en **Romanitas**, 3 (1.961), págs. 199 ss.; GAUDEMET, "Trasformations de la vie familiale", en **Romanitas**, 5 (1.962), págs. 60 ss.; VOGT, "Bermerkungen zum Gang der Constantinforschung", en **Festchr. Klauser** (1.964), págs. 377 ss.; DELPINI, **Divorzio e separazione dei coniugi nel diritto romano e nella dottrina chiesa fino al secolo V**, Torino (1.956), págs. 138 ss.; GAUDEMET, "La définition romano-canonique du mariage", op. cit., págs. 107 ss.; FALCAO, **Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio romano**, Pamplona (1.973), págs. 41 ss.; HUMBERT, op. cit., págs. 368 ss.; GORIA, "Ricerche su impedimento da adulterio e obbligo di repudio da Giustiniano a Leone VI", en **SDHI**, 39 (1.973), págs. 281 ss.; VISKY, "Le divorce dans la législation de Justinien", **extr. de RIDA**. XXIII (1.976), págs. 239 ss.; VANNUCCHI FORZIERI, "La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio", en **SDHI**, 48 (1.982), págs. 288 ss.; CASTELLO, "Norme conciliari ed autonomia legislativa degli imperatori cristiani in tema di divorzio", **extr. del vol. Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana**, págs. 263 ss.; ID., "Assenza d'ispirazione cristiana in C.Th.3,16,1", en **Mélanges a J.Ellul**, Paris (1.983), págs. 203 ss.; VOLTERRA, "Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio", en **Studi in onore di A.Biscardi**, 5, Milano (1.984), págs. 199 ss.

(180) Cfr. ROBLEDA, **El matrimonio**, op. cit., págs. 255 ss.; por su parte VOLTERRA se limita a decir. "Nell'antica società romana il divorzio doveva essere assai raro", no dando credibilidad a las fuentes literarias que nos informan de su existencia, **Istituzioni** op. cit., pág. 672, not. 2.

(181) Cfr., HERRMANN, **Le rôle judiciaire et politique des femmes sous la République romaine**, op. cit., págs. 12 ss.

PARTE II

REPUDIUM - DIVORTIUM DESDE SUS ORÍGENES
HASTA LA LEGISLACION MATRIMONIAL DE AGUSTO

CAPITULO III

TERMINOLOGIA

Consideramos una cuestión primordial realizar un análisis de aquellos términos que fueron usuales, en las distintas fuentes, para referirse al **repudium-divortium** como un modo más de disolver el matrimonio, es decir, cuya causa de disolución emanaba de la voluntad o consentimiento tanto de uno de los cónyuges o bien de los dos, a diferencia de las otras formas o modos que menciona PAULO (D.24,2,1): **Dirimitur matrimonium...morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum**, (1) de las cuales se desprende que obedecen a circunstancias ajenas a la propia iniciativa de las partes.

Los términos que, propiamente, son empleados con un sentido específico, tanto en las fuentes jurídicas como en las literarias, para expresar este modo de disolución matrimonial y que, por otro lado, aparecen constantemente en la evolución histórico-jurídica del mismo, son: **repudium** y **divortium**, cuyo significado hay que observarlo tanto desde el punto de vista etimológico como desde el punto de vista de su contenido técnico-jurídico.

Así, desde el punto de vista etimológico, según ERNOU y MEILLET (2), la palabra **repudium** parece derivar o estar relacionada con **puget** ("pudor", "movimiento de repulsión"). De ahí que, **puget** sea el término con el que, en la antigüedad, se relacionara con **repudium**, así FESTO (350,3): **Repudium Verrius ait dictum quod fit ob rem pudendam. Accius: repudio eiecta ab Argis: iam dudum exulo**, texto al que VOLTERRA no da ninguna credibilidad (3). Sin embargo, consideramos que es importante el hecho que el

término **repudium** se relacione con **puđet** pues, de este, derivan otros como **puđicus**, **puđitia**,... e, incluso, **propuđium** que, según FESTO (253,25) viene a designar, a la vez, un acto infamante o a una persona infame:

Propuđium dicebant cum maledicto nudare turpitudinem volebant, quasi porro puđendum. Quidam propuđium putant dici, a quo puđor et puđicitia procul sint.

En consecuencia, el término **repudium** estaría plenamente conectado con el ámbito de las conductas y comportamientos cuya regulación obedecería a las costumbres (**mores**) que los regulasen.

Sin embargo, el término **divortium** es un derivado de **verto** que, al componerse con **di** (**diverto**), significaba "separarse". Ahora bien, los filólogos (4) consideran que el término **divortium** y, en el sentido técnico de "divorcio", aparece en el lenguaje jurídico en un momento posterior, como derivación analógica del significado abstracto de "división". De ahí que, no resulte extraño que lo veamos empleado en las fuentes, principalmente literarias, con un sentido distinto al de la disolución matrimonial. Así, por ejemplo, TACITO (*Ann.*, XII,63) lo emplea para indicar la división entre Europa y Asia: *...artissimum inter European Asiamque divortium* (5).

Ahora bien, atendiendo a su significado técnico-jurídico, ambos términos (**repudium** y **divortium**) aparecen expresados en las fuentes jurídicas y literarias ya que, aún haciendo alusión a los tiempos más antiguos, en especial las literarias, sus autores se deben a un tiempo posterior cuando su empleo y significado estaban plenamente asentados

e, incluso, utilizándose sinónimos de los mismos, tanto en lengua griega como en latina.

Efectivamente, cuando PLUTARCO (Rom., XXII,3) escribe, en griego, que a la mujer, en tiempos de Rómulo, no podía o no lo estaba permitido divorciarse de su marido, mientras que éste podía repudiarla conforme a unas determinadas causas, fuera de las cuales, si le repudiaba, sufría una determinada pena, emplea los siguientes términos: ἀπολείπειν, con significado de **divortium**, así como ἐκβάλλειν, ἀποπέμψαι, para indicar **repudium** (6) siendo estos dos últimos también empleados cuando nos relata el supuesto de Sp. Carvilio Ruga, como el primer divorcio, aparentemente, conocido de Roma (7), mientras que, DIONISIO DE HALICARNASO (Ant. rom., II,25,7), también haciendo referencia a dicho supuesto utiliza el término ἀπόλυσις en el sentido de **repudium**.

Por otro lado, en lengua latina, siguiendo con las fuentes literarias, que nos informan de aquel suceso, podemos observar que, tanto el término **divortium** como **repudium**, aparecen reflejados de forma expresa; así: A.GELIO (Noct.Att., IV,3,2; XVII,21,44) mientras que, TERTULIANO (De monog., IX; Apolog., VI,6), aludiendo a lo mismo, emplea **repudium**, mostrando con ello, que la utilización de los mismos estaba ampliamente extendida.

Ahora bien, para matizar la diferencia entre **divortium** y **repudium** tenemos que acudir a los Digesta en donde, GAYO, PAULO y MODESTINO, vienen a expresar lo siguiente.

En primer lugar, GAYO (D.24,2,2) nos muestra una definición de **divortium** y, seguidamente, nos habla de la

forma o palabras usuales que se expresaban en los repudiis, tanto de los matrimonios como de los esponsales:

Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: "tuas res tibi habeto", item haec: "tuas res tibi agito". In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: "conditione tua non utor". Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absenti per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest.

Por su parte, PAULO (D.50,16,191), de una manera más precisa y clara, nos dice que el repudium se concreta al ámbito de los esponsales, mientras que el divortium al del matrimonio, expresándolo del siguiente modo:

Inter "divortium" et "repudium" interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte autem sponsa divortisse dicitur, quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt.

Mientras que, MODESTINO (D.50,16,101,1), vuelve a reflejar la diferencia apuntada por PAULO, aunque con otras palabras; sin embargo añade que, no es absurdo, que también se entienda que el repudio se aplica a la mujer casada, concretamente dice así:

"Divortium" inter virum et uxorem fieri dicitur, "repudium" vero sponsae remitti videtur. quod et

in uxoris personam absurde cadit.

En consecuencia, lo primero que se desprende de tales textos es que, si bien con el término **repudium** se podía entender que servía para referirse tanto a la disolución de los esponsales como a la del matrimonio, sin embargo con el término **divortium** debíamos entender que sólo podía aludir a la disolución matrimonial.

Ahora bien, dejando a un lado el significado de **repudium** como el de disolución de los esponsales, la cuestión hay que centrarla en torno a la posible diferencia que, entre los términos **divortium** y **repudium**, podía existir ya que, con ambos, se hacía referencia a la disolución del matrimonio. La verdad es que, a primera vista y a tenor de los textos mencionados de GAYO, PAULO y MODESTINO, se podía deducir que **divortium** significaba la disolución matrimonial de común acuerdo entre las partes, conforme a la expresión de GAYO: **...diversitate mentium...vel quia in diversas partes**, así como también reza en PAULO; mientras que **repudium** implicaría una disolución unilateral, a tenor de la **verba comprobata** a la que alude GAYO e, incluso, en el sentido de repudiar a la mujer, según se desprende de MODESTINO cuando dice: **..."repudium" vero...quod et in uxoris personam non absurde cadit.**

Efectivamente, en favor de esta interpretación se pronuncian autores como REIN (8), PUCHTA (9) y SOHM (10) aunque, consideran que la mujer también pudo repudiar y, en realidad, esto último, es así pues en las fuentes existen supuestos donde aparece que el repudio se podía efectuar tanto por el marido como por la mujer, como se desprende en el siguiente texto de PAPINIANO (D.24,3,39):

Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est.

Sin embargo, la solución no es tan simple puesto que en otras fuentes, jurídicas y literarias, presentan un contenido que no siempre se corresponde con la interpretación apuntada del significado que encierran ambos términos, es decir, que contamos con textos donde la palabra **divortium**, no significa una disolución de común acuerdo, sino que implicaría, más bien, la idea de **repudium**, entendiéndolo, según este sector doctrinal, como disolución unilateral. Así, por ejemplo, podemos ver como A.GELIO (Nect. Att., IV,3,2 y XVII,21,44) emplea la expresión **divortium cum uxore fecit**, significando no una disolución bilateral, sino en el sentido de **repudium**. E, incluso, en otros textos aparece el término **divortium**, en el sentido de disolución unilateral pero por parte de la mujer, como se puede comprobar en el siguiente texto de AFRICANO (D.24,3,34) diciendo:

Titia divortium a Seio fecit:...

De igual modo, en el siguiente texto de JAVOLENO (D.24,1,64) se puede apreciar que el empleo del término **divortium** tiene un sentido de disolución unilateral:

Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat.

Por consiguiente, la palabra **divortium** no tenía, necesariamente, que implicar la idea de disolución matrimonial de común acuerdo o bilateral, sino que también podía ser entendida como de disolución unilateral.

Otros autores, como ESMEIN (11), en base a la distinción entre el matrimonio **cum manu** y **sine manu**, consideran que el término **divortium** apareció cuando fue posible que la mujer pudiese disolver su matrimonio, siempre que este fuese **sine manu** pues, en el matrimonio **cum manu**, tal posibilidad siempre la tuvo prohibida. Por el contrario, con **repudium** se manifestaba la disolución realizada por el marido, ya fuese el matrimonio **cum manu** o **sine manu**, intentando, con ello, dar fundamento a la distinta utilización y frecuencia con que, ambos términos, aparecen en las fuentes. Ahora bien, matiza ESMEIN su postura diciendo que en tiempos de GAYO, **repudium** y **divortium**, adquirieron un uso indiferenciado, es decir, tanto era aplicado por el marido como por la **uxor** y ya se tratase de un matrimonio **cum manu** o **sine manu** (12).

La opinión de éste autor es seguida por BRINI, pero introduciendo algunas observaciones, ya que para él **divortium** fue un término utilizado en aquellos matrimonios **sine manu** donde la mujer tenía la facultad de divorciar, es decir, el **divertere** de la mujer significaba que sólo ésta era conducida a la casa del marido, mientras que éste permanecía firme en la suya; de ahí que, sólo ella pudiese ser "divertida", es decir, devuelta por sí misma, si era **sui iuris**, o bien por iniciativa de alguien pues, como dice BRINI: "ed essa sola ne poteva propriamente divertere" (13) y, en consecuencia, sólo el marido tenía la posibilidad de **repudiare** tanto en los matrimonios **cum manu** como en los **sine manu**. Con esta interpretación, BRINI intentaba dar fundamento al hecho de que, por ejemplo, A.GELIC en las fuentes antes mencionadas hablase de **divortium cum usore fecit** (14).

Estas interpretaciones de ESMEIN y de BRINI no

podemos considerarlas válidas pues, como se puede apreciar, parten de una concepción del matrimonio que, como ya pusimos de manifiesto en capítulos anteriores, hoy está superada por la doctrina al demostrarse que el matrimonio fue una institución única, en todo momento histórico, al igual que le ocurría a la **conventio in manum**. Por otro lado, el hecho de que A.GELIO, como en otras fuentes, se emplease el término **divortium** para significar una disolución unilateral es sólo consecuencia de la evolución que, tanto desde el punto de vista filológico como desde el punto de vista jurídico, dicha palabra va sufriendo. No podemos olvidar que los autores de estas fuentes literarias que nos informan de esta institución en tiempos antiguos, no son contemporáneos a las noticias que nos transmiten, sino que pertenecen a un tiempo posterior, cuando la disolución matrimonial por medio del **repudium** o **divortium** estaba plenamente configurada, tanto en el lenguaje usual como desde el punto de vista jurídico (15). De ahí que, tampoco sea extraño encontrarnos con textos en donde se puede observar un uso indiferenciado de ambos términos, esto es, que empleando un término u otro no varían el contenido substancial de la información que se trate.

Efectivamente, cuando QUINTILIANO (*Declam.*, 147) nos habla de los modos de disolver el matrimonio, nos dice:

**Matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio
aut morte alterius.**

Sin embargo, PAULO (D.24,2,1) refiriéndose también a dichas formas no emplea el término **repudium** sino el de **divortium**, en concreto, dice lo siguiente:

Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate

vel alia contingente servitute utrius eorum.

Así, también se puede leer en la *Laudatio Turiae* (29-30) la siguiente frase:

Rara sunt tam diuturna matrimonia, finita morte non diverto in (terrupta: nam contigit) nobis, ut... .

Por último, también podemos ver empleados alternativamente ambos términos en el siguiente texto de PAULO (D.24,1,57), cuando se cuestiona si una mujer debe o no restituir una cantidad de dinero que había recibido de su marido, del cuál se divorció:

...sive invito te discessero de domo tua vel repudium tibi sine ulla querella misero divortiumque factum per me probabitur, tunc viginti, quae mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam restituturam me sine ulla dilatione: spondeo... .

Ahora bien, una interpretación muy importante es la de aquellos autores que consideran al *divortium* como el efecto o el fin de este modo de disolver el matrimonio, mientras que con *repudium* se estaría aludiendo al acto causativo o al medio de llegar a él. Así, WACHTER señaló que *divortium* significó el concepto de "Echescheidung", es decir, al efecto o consecuencia resultante de esta forma de disolución; por el contrario, con *repudium*, había que entender el acto por el cual el divorcio ("Echescheidung") se producía, (16). De esta posición también se hace partícipe BRINI pero considerando que, ello fue así, sólo a partir del tiempo en el que el *divortium* adquirió el

carácter de una institución verdaderamente jurídica, concretamente, a partir del supuesto de Carvilio Ruga ya que, según BRINI, a partir de ese momento el **divortium** pudo ser comprendido bajo la idea de disolución bilateral, es decir, como efecto de la rotura del mútuo vínculo matrimonial, mientras que el término **repudium** implicaría ya el acto acusativo de aquel (17).

Aunque éstos autores partían de una concepción del matrimonio que hoy se encuentra superada por la doctrina actual, sin embargo, en este punto en concreto pudo ser acogida por la romanística más reciente e, incluso, a nuestro juicio, la última reflexión apuntada por BRINI es interesante ya que intenta exponer cuál pudo ser la evolución histórico-jurídica de esta institución; cosa distinta es que no compartamos su postura y que, en capítulos siguientes, serán objeto de nuestro análisis pero que, sin embargo, la doctrina actual no entra a examinar en profundidad por considerar poco fiables las noticias que nos muestran las fuentes en torno al estado de la cuestión que pudo existir en los primeros momentos del Derecho romano (18).

Con todo, podemos observar el eco que supuso las líneas generales de dicha interpretación. Así, BONFANTE, cuando muestra su parecer sobre el significado de ambos términos, considera que, efectivamente, habría que distinguir entre el acto y el efecto, es decir, la denuncia de la **affectio maritalis** y la consiguiente cesación del vínculo y de la vida conyugal. De ahí que, sigue diciendo éste autor, con **repudium** se aplicara también a la renuncia de los esponsales y, sin embargo, no fue empleado **divortium** para los mismos, como veíamos que MODESTINO (D.50,16,101,1) señalaba. Y concluye BONFANTE diciendo lo siguiente:

"L'opinione comune ritiene che **repudium** significhi il repudio dell' uomo che scaccia la donna, **divortium** quello della donna che se ne va (**divertit**). Senonchè le parole **divortium facere** y **repudium mittere** sono usate promiscuamente con riferimento sia all'uomo, sia alla donna e i testi in cui si adopera la parola **divertere** si possono benissimo intendere come relativi non tanto all'atto della donna quanto all'effecto, al **divortium facere**, secondo il senso che noi riteniamo fondamentale e originario. Piuttosto è a notare che nell'epoca cristiana, come vedremo, data la disciplina restrittiva del divorzio per volontà di una sola delle parti il termine **repudium** diviene quasi termine tecnico per questo divorzio unilaterale" (19).

Efectivamente, atendiendo a esta interpretación, la cual es seguida por la mayoría de la doctrina (20), se puede comprender la razón del por qué se emplea uno u otro término. Así, podemos leer en ULPIANO (D.24,2,4) el término **repudium** en el sentido de acto causativo; de ahí la expresión **repudium mittere**:

Iulianus...quaerit an furiosa repudium mittere vel repudiari possit. et scribit furiosam repudiari posse, quia ignorantis loco habetur: repudiare autem non posse neque ipsam propter dementiam...

En el mismo sentido, podemos ver el siguiente texto de PAPIANO (D.24,2,8):

Divus Hadrianus eum, qui alienam uxorem ex itinere domum suam duxisset et inde marito eius repudium misisset, in triennium relegavit.

Por el contrario, en otros textos se refleja el

significado de **divortium** en el sentido de afecto o situación creada tras un acto causativo **repudium**. Así, por ejemplo, en el siguiente texto de POMPONIO (D.24,3,11) se emplea la expresión **divortium factum est**:

Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset, et fructus pro portione anni, quo divortium factum est.

Por otro lado, es muy significativo que PAULO (D.24,2,3), reproducido en D.50,17,48, ponga en contraposición ambos términos para expresar qué se entiende por verdadero divorcio frente a la notificación del repudio:

Divortium non est nisi verum quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse: ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.

Ahora bien, tampoco podemos considerar que esta interpretación pueda ser tomada como válida para todos los supuestos pues, también es verdad que, como pone de manifiesto ROBLEDA (21), existen otros textos que, si bien son menos frecuentes, sin embargo expresan que el valor dado al término **divortium**, como efecto, y a **repudium**, como acto causativo, no es siempre constante. Muestra de ello, es el contenido que presentan los siguientes textos:

D.24,2,9 (PAULO, lib. II de adult.):

Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberis adhibitis praeter libertum eius

qui divortium faciet... .

D.24,1,35 (ULPIANO; lib. XXXIV ad ed.):

Si non secundum legitiman observationem divortium sit, donationes post tale divortium factae nullius momenti sunt, cum non videatur solutum matrimonium.

Como se puede ver, en ambos, nacen referencia a la forma que se debía observar para efectuar el *divortium* y, por consiguiente, aludían al acto causativo o *repudium*, según la interpretación expuesta; sin embargo, no se utiliza este último término, como se debería esperar, sino que en ambos fragmentos reza *divortium*. Por otro lado, también tuvimos ocasión de tratar cómo, en algunas fuentes, aparecía una utilización indiferenciada de los mismos, recuérdense los textos de QUINTILIANO (*Declam.*, 147) y aquel otro de PAULO (D.24,2,1).

Así las cosas, consideramos que las interpretaciones que ofrece la doctrina romanística, si bien encierran parte de verdad, sin embargo no pueden ser tomadas en un sentido absoluto, tal y como se ha podido apreciar conforme al contenido de las fuentes que hemos expuesto. Por ello, nuestra postura no es la de adherirnos, plenamente, a una u otra interpretación, sino la de señalar que el significado de ambos términos está plenamente conectado con la propia evolución que fue sufriendo la concepción del matrimonio romano, la cual varía conforme al momento histórico en que nos situemos.

De ahí que, sea importante tener en cuenta la evolución filológica que ambos términos presentan ya que,

atenerse al contenido literal de las fuentes, olvidando dicha evolución, puede conducirnos a resultados equívocos, es decir, muchas de las fuentes con las que contamos, como hemos dicho, se deben a autores no contemporáneos en relación con la información que aportan; concretamente, cuando nos relatan sobre sucesos ocurridos en los primeros tiempos del Derecho romano, como es el caso del divorcio de Spurio Carvilio Ruga o, bien, de las causas por las que era permitido repudiar en época aún anterior, las cuales encontramos recogidas en las distintas fuentes literarias pero, incluso, si atendemos a las fuentes jurídicas, muchos de los juristas aportan noticias de tiempo precedente. Por ello, en algunas fuentes, apreciamos una cierta confusión a la hora de determinar el significado preciso que pudo encerrar cada término y, en consecuencia, las soluciones, que veíamos, que la doctrina mostraba no puedan ser aplicadas para todos los textos.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta, junto esta evolución filológica, la propia evolución institucional de ambos términos, es decir, atendiendo a los distintos momentos que va adquiriendo una configuración jurídica. De ahí que, para comprender su significado, no sea suficiente limitarnos al tiempo histórico en el que **repudium-divortium**, como institución jurídica, estaba plenamente configurada, esto es, durante la época clásica y postclásica, ya que entonces existía una regulación jurídica escrita sobre la materia y donde el significado de ambos términos adquirió un sentido diferente. No obstante, es importante la postura de BRINI pues, si por un lado no podemos compartir su punto de vista de concebir una doble existencia de matrimonios y en base a ello gira su interpretación, sin embargo, es de destacar el hecho de que haga una distinción entre el período anterior y posterior

del supuesto de Spurio Carvilio Ruga, intentando fundamentar el por qué se habla del primer divorcio ocurrido en Roma, según reza en las fuentes y que, en definitiva, considere que sólo a partir de ese momento puede hablarse de **repudium** como acto causativo y de **divortium** como efecto o situación creada del mismo, puesto que, sólo desde entonces, el **divortium** empezó a adquirir su configuración jurídica (22).

En un sentido semejante, se pronuncia ROBLEDA (23) ya que, si bien no está de acuerdo con BRINI en torno a la distinción entre el matrimonio **cum manu** y **sine manu**, sin embargo, al igual que BRINI, distingue el período anterior y posterior del supuesto de Sp. Carvilio Ruga. Concretamente ROBLEDA considera que, con anterioridad a dicho suceso, no se podía distinguir el acto causativo (**repudium**) del efecto o fin del mismo (**divortium**); de modo que, cuando A.GELIO (Noct. Att., IV,3,1 y XVII,21,44) emplea la expresión **divortium cum uxore fecit**, indicando que Sp. Carvilio se había divorciado de su mujer, la interpreta como sinónimo de **ἐκβαλόντος, ἀπεπέμψατο, ἐξέβαλε**, mencionadas por PLUTARCO (24), y que implicaban la idea de **repudium**.

Por nuestra parte, aunque consideramos que es acertada la interpretación que ofrece ROBLEDA, sin embargo creemos que está poco fundamentada, es decir, plantea bien la idea pero no se detiene a desarrollar un razonamiento en el que se exprese el por qué de esa evolución en el significado de dichos términos. De ahí que, nuestro punto de vista, en torno a la cuestión, sea el siguiente:

Efectivamente, como dice ROBLEDA y, con anterioridad BRINI, hasta el divorcio de Sp. Carvilio Ruga no cabe distinguir el acto causativo del efecto o fin que produce. Pero la razón de ello, la encontramos en que, en

los primeros momentos del Derecho romano, la disolución del matrimonio sólo se podía realizar a través del **repudium**, ya que el término **divortium** apareció en un momento posterior.

Ahora bien, el problema se centra en torno a los siguientes interrogantes: Uno, ¿en qué sentido podemos entender el significado de **repudium**? Y, otra cuestión sería ¿cuándo y por qué nace el término **divortium**?

Atendiendo a la primera cuestión, consideramos que su significado filológico está en plena conexión con el carácter jurídico-religioso que, dicho término, tuvo en un primer momento histórico del Derecho romano, concretamente, durante la época monárquica, de la cual PLUTARCO (Rom., XXII) nos informa. La razón de ello es que al situarnos en este momento histórico, donde el **ius** está en plena fusión con el **fas**, se puede comprender que el término **repudium**, por su relación con **pudet** y su significado de repulsión fuese el más adecuado para expresar el fundamento por el que se llegaba a disolver un matrimonio, es decir, era el medio de exteriorizar la repulsa a unos determinados comportamientos, realizados por la mujer, que afectaban a las normas morales del matrimonio y del propio grupo familiar donde se desenvolvía.

Ahora bien, estas normas morales, en un principio, contaron con un carácter jurídico a tenor de la fusión señalada entre la norma jurídica y la norma religiosa. De ahí que, esta forma de disolver el matrimonio no respondiese al cese de la **affectio maritalis** que se dio en tiempos posteriores, sino al sacrificio (**piaculum**) que un comportamiento contra la norma jurídico-religiosa podía afectar a la **pax deorum** ya que, como dice VOCI, esta **pax deorum** aseguraba un ordenado vivir civil del pueblo romano, con la ausencia

de todos aquellos daños que son temidos por toda la comunidad. Sujetos a esta **pax**, sigue diciendo éste autor, se encuentran, de un lado, los dioses y, de otro, la comunidad ciudadana; pero, teniendo en cuenta que, entre los dioses, hay que integrar a los que residen en el culto familiar. Por tanto, según VOCI: "Lo Stato ha funzioni di sorveglianza e di integrazione: sorveglia se e come i culti siano osservati; variamente tien conto delle ceremonie private, etc..." (25). En este sentido, podríamos encontrar explicación a que el **repudium** estuviese permitido ante unas determinadas causas y que, por otra parte, estuviese sancionado con preceptos de carácter religioso-jurídico, si, fuera de las mismas, este se efectuase.

En la medida, que el **ius** vaya separándose del **fas**, el **repudium** se irá viendo desprovisto de esta impronta religiosa-jurídica y, quedando regulada, por **mores** sociales que, a su vez, iban evolucionando conforme a la propia evolución de la moral romana. Consecuencia directa de ello sería que, los motivos o causas que podían propiciar un **repudium** aumenten, hasta el punto que se vaya sintiendo la necesidad de efectuar una regulación jurídica sobre el mismo. Muestra de ello, es el supuesto de Spurio Carvilio Ruga, del que ya tendremos ocasión de analizar en el último capítulo.

Ahora bien, respondiendo a la segunda cuestión que nos planteábamos, es decir, cuándo y por qué surge el término **divortium**, podemos decir que, a tenor del contenido de las fuentes literarias, el supuesto de Sp. Carvilio Ruga sea el momento y la razón, en base al cual, la sociedad romana comenzaba a reconocer que esta forma de disolver el matrimonio estaba evolucionando, es decir, que las causas que provocaban al mismo emanaban, cada vez más, de la propia

voluntad conyugal que, si bien un principio tuvo un carácter unilateral, sin embargo en la medida que la mujer vaya adquiriendo una mayor independencia económica conforme a la propia evolución que vaya sufriendo el grupo familiar entonces será el momento en el que, este divorcio unilateral del marido, se convierta en unilateral de la mujer, o bien de comun acuerdo.

Así las cosas, junto al término **divortium** seguirá permaneciendo al término **repudium** pero, claro está, con un carácter muy distinto al que tuvo en tiempos precedentes, confundándose muchas veces, como tuvimos ocasión de ver, con el propio significado de **divortium**; aunque, también es verdad, que predomine con el sentido de acto causativo, para el **repudium** y de efecto o fin, para el **divortium**, tal y como también analizamos que interpretaba la doctrina más dominante.

Por último, hay que señalar que, junto a los términos apuntados, fueron surgiendo otros que bien con un carácter más genérico, tales como **dirimi** (26), **separari** (27), **dissolvi** (28), **solvi** (29), **distrahi** (30), o bien en un sentido más preciso, tales como **extrudere** (31), **exigere** (32), **dimittere** (33), **expellere** (34), **deserere** (35), **abduci** (36), **abire** (37), **discedere** (38), nos indicaban que nos encontrábamos ante la presencia de un **repudium** o **divortium**. Mostrando, por otro lado, que la configuración social, en las fuentes literarias, y la configuración jurídica, según el contenido de las fuentes jurídicas, de esta institución había alcanzado su plasmación, puesto que, la riqueza terminológica, se había ampliado.

NOTAS

- (1) Sabemos que esta enumeración que realiza PAULO no es exhaustiva. De ahí que, la doctrina haya considerado que se trata de un texto interpolado. Así, entre otros, ALBERTARIO, "Conceptus pro iam nato habetur", en *BIDR*, 33 (1.923) considera que se ha omitido la **capitis deminutio media**, pág.9, not.2; SOLAZZI, "Studi sul divorzio, II", *op. cit.*, estima como interpolada la frase **vel alia contingente servitute** ya que, según éste autor, falta el sujeto **eorum**, pág. 300, not.2; cfr., además, ORESTANO, *La struttura*, *op. cit.*, pág. 83 ss.; BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, *op. cit.*, pág. 125, los cuales admiten la interpolación ya que falta señalar, en el mismo, la **deminutio capitis media** y el **impedimentum superveniens**; ROBLEDA, *El matrimonio*, *op. cit.*, considera que en el texto debía aparecer las siguientes: el destierro, la sobreveniencia de un impedimento y la voluntad del **paterfamilias** y, esta última porque, para éste autor, hasta el emperador Antonino Pio el **pater** tuvo la facultad de disolver el matrimonio, págs. 241 ss. y 252 ss.
- (2) ERNOUT - MEILLET, v. "repudium", en *Dictionaire étymologique de la langue latine. Histoires des mots*, Paris (1.959), pág. 571; cfr., *Thesaurus Linguae Latinae*, editus auctoritate et consilio Academiae, Lipsiae, Teubneri (1.900). HEUMANN - SECKEL *Handlexikon der Quellen des Römischenrechts*, Graz (1.958).
- (3) VOLTERRA, v. "Divorzio", en *NNDI*, 6 (1.968), pág. 69.

- (4) Cfr., CECI, *Le etimologie*, op. cit., págs. 139 y 140. Cfr., LEONHARD, v. "Divortium", P.W. V, págs. 1241 ss. KLINGMÜLLER; v. *Repudium* en, P.W., I, págs. 614 y 615; CAES "La terminologie du divorce dans les textes juridiques latins et les constitutions grecques de Justinien" en *Scrinium Lovaniense. Melanges historiques Etienne Van Cauwenbergh*, Louvain (1.961), págs. 167 ss.
- (5) Cfr., SERV., *In Aen.*, IX,377; ISID., *Orig.*, XV,16.
- (6) En este sentido se manifiesta ROBLEDA, "Il divorzio in Roma prima di Costantino", en *Austieg und Niedergang der Römischen Welt. Principat. Recht*, Band II.14, (1982) págs. 352 ss.
- (7) Cfr., PLUT., *Quaest. rom.*, LIX; XIV; *Rom.*, VI,4; *Numa*, III,13.
- (8) REIN, *Das Privatrecht und der Zivilprozess der Römer von den ältesten Zeiten bis auf Justinian*, Leipzig (1.858), reimp. Aalen (1.964), págs. 446 ss.
- (9) PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, Leipzig (1.875), pág.403.
- (10) SOHM, *Institutionen der röm. Recht*, Leipzig (1.888), pág. 84.
- (11) ESMEIN, "La manus, la peternité et le divorce dans l'ancien droit romain", op. cit., pág. 19 ss.
- (12) ESMEIN, op. cit., pág. 18.
- (13) BRINI *Matrimonio e divorzio*, III, op. cit., pág. 47.
- (14) BRINI, op. cit., pág. 46.
- (15) Efectivamente, muestra de ello es que, incluso, observamos que

autores, como VALERIO MAXIMO, cuando nos da noticias sobre el divorcio de Sp. Carvilio Ruga, utiliza otro término (*dimisit*) mostrando una riqueza en el lenguaje que sólo es posible si dicha institución no está plenamente configurada; concretamente, se expresa del modo siguiente: **Primus autem Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit** (Fact. et dict. memorab., II,1,4).

(16) WACHTER, **Über die Ehescheidung bei den Römern**, Stuttgart (1.822), reimpr. Aalen (1.971), págs. 58 ss.; cfr., SOHM-MITTEIS-WENGER, **Institutionen des röm. Rechts. Geschichte und System des römischen Privatrechts**, Leipzig (1.923), págs. 525.

(17) BRINI, *op. cit.*, págs. 49 ss.

(18) Concretamente, podemos resumir el estado de la cuestión con las siguientes palabras de VOLTERRA: "La critica moderna ha da tempo dimostrato l'inverosimiglianza di talune notizie fornite da antichi storiografi greci sul divorzio romano all'epoca arcaica", v. "Divorzio", en NNDI, *op. cit.*, pág. 62.

(19) BONFANTE, Corso, *op. cit.*, págs. 244 y 245.

(20) Ello se puede comprobar, simplemente, atendiendo al contenido de muchos de los manuales que, cuando hacen referencia al tema del divorcio e intentan mostrar el significado de los términos *repudium* y *divortium*, expresan directamente la postura de BONFANTE. Con todo, cfr., LANFRANCHI, **Il diritto nei retorici romani**, *op. cit.*, págs. 230; sin embargo, VOLTERRA, v. "Divorzio", *op. cit.*, aunque reconoce el interés de la postura de BONFANTE. prefiere considerar que, a tenor de las opiniones de los juristas, ambos términos se presentan con un uso indiferenciado, pág. 62; por su parte ROBLEDA, **El matrimonio**, *op. cit.*, parece manifestar su adhesión a la misma, págs. 259 y 260, pero también es verdad que, en su trabajo más reciente, "Il divorzio in Roma", *op. cit.*, la matiza estableciendo

una distinción entre el período anterior y posterior al suceso de Sp. Carvilio Ruga, págs. 352 ss.

(21) ROBLEDA, "Il divorzio in Roma", *op. cit.*, págs. 353 ss.

(22) BRINI, *op. cit.*, II, págs. 239 ss.

(23) ROBLEDA, "Il divorzio in Roma", *op. cit.*, pág. 352.

(24) Vid. nota (7).

(25) VOCI, "Diritto sacro romano in età arcaica", en SDHI, 19 (1.953), pág. 51.

(26) Cfr., D.23,3,84 (LAB., lib. VI pith. a PAUL. epit.); D.23,4,20,2 (PAUL., lib. XXXV ad ed.); D.23,5,12 (PAPIN, lib. I de adult.); D.24,2,11 pr. y 2 (ULP., lib. III ad leg. Iul. et Pap.); D.24,3,22,7 (ULP., lib. XXXIII ad ed.); D.24,3,23,1 (ULP., lib. III disp.); D.46,3,45 pr. (ULP., lib. I resp.).

(27) Cfr., D.24,2,11 pr. (ULP. lib. III ad leg. Iul. et Pap.); D.36,1,23(22) pr. (ULP., lib. V disp.); NOV., 117,7.

(28) Cfr., entre otros, D.23,4,2 (ULP., lib. XIX ad Sab.); D.24,1,62 pr. (HERMOG., lib. II iuris epit.); D.24,2,6 (JUL., lib. LXII dig.); D.24,2,7 (PAP., lib. I de adult.); D.24,2,11 pr (ULP., lib. III ad leg. Iul. et Pap.); C.5,5,5 (Impp. VALENT., THEOD. et ARC., a. 393); C.5,12,21 (Impp. DIOCL. et MAXIM., a.294).

(29) Cfr., entre otros, D.23,3,16 (ULP., lib XXXIV ad Sab); D.24,2,7 (PAPIN., lib. I de adult.); C.5,17,1 (Imp.ALEX., a.229); NOV., 100, NOV.,117,5.

(30) Cfr., entre otros, D.23,3,9.3 (ULP., lib. XXXI ad Sab.); D.24,2,2

pr. (GAYO, lib. XI ad ed. prov.); D.24,3,33 (34) (AFRIC., lib. VII Quaest.); C.5,4,14 (Imp. DIOCL. et MAXIM.); NOV., 22,4; 22,6; 22,19.

(31) Cfr., de modo especial en las fuentes literarias, así PLAUTO, *Rudens*, (1046).

(32) También muy usual en las fuentes literarias, entre otras, PLAUTO, *Merc.*, (822); *Mil.glor.*, (1277); CIC., *Phil.*, II,28,69.

(33) Cfr., entre otros D.4.4.37,1 (TRIF., lib. III disp.); D.23,2,44,6-7 (PAUL., lib. I ad leg. Iul. et Pap.); D.48,5,25(24),1 (MACER, lib. I publ.); NOV., 12,3; SUET., *Aug.*, LXII; *Tib.*, XXXV; A.GEL., *Noct.Att.*, IV,3,2; VAL.MAX., *Fact. dict. memorab.*, II,1,4.

(34) Cfr., D.25,2,11 (ULP., lib. XXXIII ad col.); NOV., 117,18,7.

(35) Cfr., MARC., *Epigr.*, X,41,2.

(36) Cfr., PLAUT., *Stich*, 17.

(37) Cfr., PLAUT., *Men.*, (723); *Mil.glor.*, (1167); *Stich.*, (29); TEREN., *Hec.*, (156) y (578); NOV., 22,18.

(38) Cfr., TEREN., *Andr.*, (568); CIC., *Pro Clue.*, V,14; *Ad famil.*, VIII,6,1. También es frecuente en las fuentes jurídicas, tales como: D.24,2,10 (MOD., lib. I reg.); D.24,3,35 (MARC., lib. X inst.); D.25,7,1 pr. (ULP., lib. II ad leg. Iul. et Pap.); D.50,16,191 (PAUL., lib. XXXV ad ed.); FR.VAT., 106.

CAPITULO IV

EPOCA MONARQUICA: REPUDIUM - SANCION

IV.1.- LA SUPUESTA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO ROMANO

IV.1.1.- Distintas noticias en DIONISIO DE HALICARNASO y PLUTARCO.

IV.1.2.- El problema de los matrimonios acompañados de la **confarreatio** y su disolución mediante la **diffarreatio**.

IV.2.- TESTIMONIO DE PLUTARCO.

IV.2.1.- Carácter de la disolución del matrimonio.

IV.2.2.- Naturaleza de las causas legítimas para **repudiare**

A) **Veneficium circa prolem**

B) **Subiectionem clavium**

C) **Adulterium**

IV.2.3.- El repudio fuera de las causas enunciadas.

IV.2.4.- Interpretación de la expresión τὸν δ'ἀπο-
δόμενον γυναῖκα θέσθαι χθονίοις
θεοῖς

No es tarea fácil emprender el estudio, en este período histórico, de cuál pudo ser el carácter y desenvolvimiento de esta forma de disolución del matrimonio. La razón es obvia, pues la ausencia de fuentes jurídicas escritas, nos lleva a una continua inseguridad en torno a la propia veracidad sobre el contenido de aquellas otras literarias que, de una manera más o menos directa, nos informan del tema en cuestión.

Sin embargo, lo que nos motiva a no desesperar en el empeño, es que la opinión generalizada de la doctrina romanística, por una parte, reconoce a la monarquía como el primer sistema político romano que existió realmente (1) y, por otro lado, también es opinión común que la disolución del matrimonio fue siempre posible en Roma (2), aunque luego entren a discrepar sobre la frecuencia y carácter del mismo. En consecuencia, si ya vimos que el matrimonio tenía que ser concebido conforme a la configuración histórico-jurídica que en cada momento histórico tuviese, ese lógico suponer que su disolución, por medio del *repudium* (3), tuvo que encerrar sus propias y distintas connotaciones frente a épocas posteriores.

Concretamente, en las fuentes literarias, DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant. rom.*, II,25) y PLUTARCO (*Rom.*, XXII), cuando nos informan sobre el mismo, hacen referencia a las *leges regiae* que, según el mismo DIONISIO (*Ant. rom.*, III,36), después de la caída de la monarquía el *pontifex maximus*, GAYO PAPIRIO, reunió una colección de leyes reales que, posteriormente, fue conocida como *ius Papirianum*, según aparece también en POMPONIO (D.1,2,2,2). Ahora bien, en

cuanto a la autenticidad, como **leges** propiamente dichas, un importante sector doctrinal, ha considerado que es ha o dudosa (4); en todo caso, como dice PAOLI (5), no sería otra cosa que la exposición de los **mores maiorum**.

Sin embargo, y aunque de simples **mores** se tratasen, la cuestión habría que centrarla en torno al significado y función que estas costumbres desempeñasen, es decir, ¿podríamos considerarlas como normas de común respeto por parte de todos los grupos agnaticios que componían la comunidad romana?; en este sentido, creemos que sí se pueda encontrar justificación al hecho de que se hable en las fuentes de **leges regiae**. Concretamente, si tomamos como premisa general la importancia que, en este período histórico, tenía el elemento religioso, se puede comprender que por encima del propio **paterfamilias**, como jefe de su grupo agnaticio, existiese el respeto a una serie de normas consuetudinarias, las cuales, por estar impregnadas de la religión, (6) adquirirían relevancia jurídica, es decir, no podemos olvidar la plena fusión entre el **ius** y el **fas** que existía en este momento histórico, de manera que, cualquier acto público o privado que se celebrase estaba revestido de dicha impronta religiosa.

Efectivamente, en la realidad primitiva de Roma, como en todos los pueblos del Mediterráneo, las primeras manifestaciones de orden jurídico se producen por medio de esquemas religiosos. Intentar separar lo jurídico de lo religioso, en cualquier institución, sólo se puede alcanzar cuando comience a producirse el fenómeno de la laicización del Derecho. De ahí que, MOMMSEN (7) ponga de manifiesto la diferencia entre la época monárquica y la republicana, esto es, mientras en la primera el poder civil y religioso se concentra en las mismas manos, en la segunda comienza a

producirse una separación. Por tanto, las **leges regiae** prescribieron, no ya deberes civiles, sino religiosos cuya transgresión importa un **piaculum** o **sacer**.

Por su parte, VOCI (8) manifiesta, en su estudio sobre el **ius sacrum** en época arcaica, la importancia del factor religioso y su vinculación con los comportamientos sociales. En este sentido, fundamenta el límite moral que el **ius sacrum** podía ejercer sobre el **paterfamilias** pues, aunque desde el punto de vista jurídico su poder fuese ilimitado, tendría que tener siempre presente, en sus actuaciones con los miembros de su grupo familiar, el mundo religioso en el que estaba inserto. En consecuencia, para VOCI, en Roma, el ordenamiento religioso es estatal, el cual se basaba en tres ideas fundamentales: La **pax deorum**, la solidaridad del grupo y el legalismo (9); es decir, la **pax deorum** vendría a significar la relación de los hombres con los dioses en **amiticia**, pero tal situación sólo podía culminar a través de la solidaridad o responsabilidad colectiva de no perturbarla con un comportamiento contrario al legalismo religioso que, según VOCI, no era otra cosa que el conjunto de reglas que enseñaba a mantener dicha **pax**, la cual, en palabras de éste autor: "... può essere turbata de uno solo, ma deve essere ristabilita a cura di tutti, perchè altrimenti gli dei mandano danni che tutti colpiscono" (10).

Así las cosas, cuando VOCI habla de las **leges regiae** considera que, a la hora de interpretarlas, hay que distinguir dos aspectos: Uno, formal, es decir, el modo de cómo la tradición sobre las **leges regiae** parece haberse formado; y, otro, sustancial, es decir, atendiendo al contenido mismo que en ellas se encierra (11).

En este sentido, éste autor, estima que la razón

fundamental de que la romanística no de credibilidad a las mismas es por su afán de centrarse en el aspecto formal de ellas y no en su contenido sustancial; ya que, efectivamente y como señala la doctrina estas **leges** pudieron ser recopiladas en un tiempo posterior, pero ello, en palabras de VOICI: "...non proba nulla contro l'autenticità del materiale in esso raccolto". (12). Por otro lado, critica abiertamente la opinión de CARCOPINO (13) al intentar, éste autor, demostrar que las **leges regiae** fueron el fruto de la invención de aquellos seguidores romanos del Pitagorismo que, con el fin de dar relevancia a los principios inspiradores de su doctrina, resaltaron el prestigio que pudo tener la realeza en la antigüedad. La razón a esta crítica, la fundamenta VOICI en el sentido de que toda norma, incluyendo las que cita CARCOPINO, tienen su fundamento y explicación en costumbres de la más antigua sociedad romana, incluyendo a muchos de los predicados pitagóricos (14).

Por consiguiente, para VOICI, lo que le motiva a no despreciar el contenido de las **leges regiae**, es la seguridad que encuentra en los siguientes puntos: a) El **rex** estuvo revestido de un poder de ordenanza; b) el **rex** uso de este poder creando disposiciones; c) estas disposiciones debieron, necesariamente, ser recogidas y custodiadas en los archivos de los pontífices (15).

Atendiendo al contenido sustancial de estas **leges**, autores más recientes, como TONDO (16) y SERRAO (17), han resaltado el valor de las mismas pues, en palabras de SERRAO: "Non si può infatti buttare a mare, come favole fantastiche di un'epoca infantile della storiografia antica, tutte le attestazioni degli scrittori giuridici e letterari sulle cosiddette **leges regiae**"(18).

Efectivamente, podemos observar que la doctrina más actual está prestando su atención en el contenido de dichas **leges regiae**, en el sentido de ver en ellas, como dice CAPOGROSSI COLOGNESI: "...fossero espressione del "potere di ordenanza" del re e in null'altro consistessero che nella formalizzazione e nel cristallizzarsi, talvolta anche assai resalente nel tempo, di precetti consuetudinari" (19). Preceptos consuetudinarios o **mores** que, como dice TALAMANCA (20), encerraban en esta época un fundamento teocrático por la estrecha conexión e indiferenciación entre religión y derecho, entre norma religiosa (**fas**) y norma jurídica (**ius**). En consecuencia, el **rex**, como mediador entre los dioses y los hombres, asistido por el colegio pontifical, como depositario y garante del saber jurídico, pudo elevar a rango normativo el contenido de dichos **mores**.

De ahí que, en dichas **leges**, se recogieran no sólo cuestiones referentes a materias que hoy conocemos como de Derecho público, sino que atendieran a regular aspectos de las relaciones privadas y a reprimir determinados comportamientos individuales tendentes a perturbar la **pax deorum** o relación de amistad entre los hombres y la divinidad, y que, en caso de producirse, requeriría un acto expiatorio (**piaculum**) para poderla restablecer (21).

Ahora bien, ¿podría pensarse que el contenido de estas **leges regiae** suponían un intervencionismo por parte del poder público en el ámbito interno del grupo familiar? A primera vista y conforme a la concepción moderna que se tiene entre lo que es Derecho público y Derecho privado, podría parecer que así era. Sin embargo, no puede ser interpretado de dicha manera. La razón de ello está, como muy claramente expresa SANTALUCIA (22), la finalidad de dicha regulación implicaba el interés de salvaguardar el

equilibrio entre la comunidad y el mundo divino, pero no como una tutela legislativa tendente a mermar la capacidad de resolver sus propios conflictos el grupo familiar, a través de la autoridad absoluta del **paterfamilias** y del **consilium domesticum** con el que se podía encontrar asistido. De hecho, como señala éste mismo autor, las **leges regiae** no configuraban un sistema orgánico de normas sino que, en palabras de SANTALUCIA; "la normativa regia si limita semplicemente ad accogliere gli antichi **mores** gentilizi (basti ricordare la legge, attribuita a Romolo, che concede al marito, assistito dal **consilium** domestico, di punire con la morte l'adulterio o altra colpa grave della moglie): ma il più delle volte l'antica persecuzione, familiare o di gruppo cede il posto alla persecuzione statale, fondata sul concetto dell'espiazione religiosa" (23).

De este modo, se puede comprender que el poder público, por medio del colegio pontifical en cuyas manos estaba el monopolio de la labor interpretativa del **ius sacrum**, vigilase muy de cerca que, comportamientos individuales, no contraviniesen los **foedera**, las **leges regiae** y los propios **mores maiorum**; ya que, ello, implicaba **nefas** y, en consecuencia, la ruptura del equilibrio en las relaciones humanas y divinas (24). Por otro lado, ello se confirma y al mismo tiempo fundamenta, su presencia efectiva en determinados actos, tales como la **adrogatio** (25), la **confarreatio** (26) o en el **testamentum calatis comitiis** (27), que, si bien podían parecer actos de exclusiva competencia gentilicia y familiar, sin embargo sí se comprende a tenor de la plena fusión que, en este período histórico, existía entre el **ius** y el **fas**.

Así las cosas, consideramos que nuestro intento de estudiar el repudio, en este período histórico, no es

gratuito al encontrarse avalado por el modo en que, esta última corriente doctrinal, interpreta el valor que hay que otorgarles a las noticias que, sobre las **leges regiae**, encontramos reflejadas en las fuentes; es decir, no centrándonos en el aspecto meramente formal del momento en el que pudieron ser recopiladas (28) sino en el contenido sustancial de las mismas y, si el mismo, pudo o no ser coherente con la época a la que hacen referencia.

IV.1.- LA SUPUESTA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO ROMANO

Una vez puesto de manifiesto el valor que pretendemos darles a las **leges regiae**, nuestra labor principal se dirige a analizar aquellas fuentes que, haciendo alusión a ellas, nos dan noticias sobre la posibilidad o no de disolver el matrimonio por medio del **repudium**. Fuentes que, por ser literarias, no implica que a priori sean despreciadas, tal y como vimos que hicieron algunos autores, sino que precisan que las examinemos con cautela a fin de desentrañar hasta que punto están impregnadas de leyenda o de verdad y, si dicha verdad, tenía o no relevancia jurídica en el momento histórico al que ellas hacen referencia.

De esta manera, pretendemos llenar de contenido el vacío que la doctrina romanística ha provocado a la hora de realizar la reconstrucción histórico-jurídica de esta forma de disolver el matrimonio, como una institución propia y diferente de los modos de disolver la **conventio in manum**. Ya que, como vimos, sus esfuerzos se han centrado en el período clásico y postclásico olvidando o no reconociendo que, en tiempos precedentes, tuvo una configuración propia conforme al ambiente y factores imperantes que influyeron en su

desenvolvimiento.

IV. 1.1.- Distintas noticias en DIONISIO DE HALICARNASO Y PLUTARCO

En las fuentes encontramos dos importantes pasajes que, haciendo referencia a las *leges regiae*, concretamente a una ley de Rómulo, nos dan noticias sobre este modo de disolver el matrimonio. Sin embargo, el problema se presenta a la hora de cotejar el contenido de los mismos porque, aparentemente, reflejan cuestiones que pueden conducirnos a equívocos al creer que muestran informaciones contradictorias.

Efectivamente, uno de los textos al que aludimos pertenece a DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant. rom.*, II,25) que, refiriéndose a Rómulo, nos dice en la parte inicial del texto que promulgó una ley (*νόμος*) que condujo a las mujeres hacia la prudencia y a un alto grado de discreción:

Ὁ δὲ Ῥωμύλος οὔτε ἀνδρῶν κατὰ γυναικῶς ἐγκλήματα δοῖς φθαρσίσης ἢ τὸν οἶκον ἀδίκως ἀπολείψης οὔτε γεμετῆ κατ' ἀνδρῶς αἰτιωμένη κάκωσιν ἢ ἄδικον ἀπόλειψιν οὔτε περὶ προικῶς ἀποδόσεως ἢ κομιδῆς νόμους θεῖς οὔτε ἄλλο τῶν παραπλησίων τοῖτοις διορίσας οἷδ' ὄτιοῦν, ἵνα δὲ νόμον ἴπλο ἀπάντων εἴ ἔχοντα, ὡς αὐτὰ τὰ ἔργα ἐδήλωσε, καταστησάμενος εἰς σωφροσύνην καὶ πολλὴν εὐκοσμίαν ἤγαγε τὰς γυναῖκας.

Seguidamente, pasa a exponer el contenido de la misma que, según DIONISIO, se refería a la ceremonia del matrimonio sagrado y, en el apartado 3, nos dice que, por ella, se producía un lazo obligatorio de convivencia de manera que nada podía hacer disolver este matrimonio:

τὸ δὴ κοινοῦς τῆς ἱσοτιμίας τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναικας ἀνδράσι καὶ ἐπὶ τῇ ὅλῃ συνελθόντων τύχῃ τὴν μὲν ἐπέκλῃσιν τῆς κοινοῦς τοῦ φαρῶς ἔχιν, τίς σύνδισμον δ' ἀναγκαῖον οἰκειότητος ἴφριεν ἀδιαλύτου, καὶ τὸ διατρήσαν τοὺς γάμους τοίτους οὐδὲν ἦν.

Fruto de ello, concluye diciendo (II,25,7), es que en 520 años no se disolvió ningún matrimonio, siendo el de Spurio Carvilio el primero que repudió a su mujer:

καὶ μέχρι πολλοῦ διήμινε χρόνον ταῦτ' ἀμφοτέρω παρὰ Ῥωμαίοις ἀπεραιότητον τεγγέροντα ὁργῆς. μάλιστα δὲ τοῦ καλῶς ἔχιν τὸν περὶ τῶν γυναικῶν νόμον ὁ πολὺς χρόνος. ὁμολογεῖται γὰρ ἐν τῶς ἰσῶν ἱκοσι καὶ πεντακοσίων μηδίς ἐν Ῥώμῃ λυθῆναι γάμος· κατὰ δὲ τὴν ἰβδόμην ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν ὑπατερόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαίου Παπιρίου πρώτος ἀπολύσαι λέγεται τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουίλιος ἀνὴρ οὐκ ἀφανής, ἀναγκοζόμενος ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὁμῶσαι τέκνων ἕνεκα γυναικὶ συνουκίῃ (ἦν δ' αὐτῷ στείρα ἢ γυνή), ὅς ἐπὶ τῷ ἱερῷ τοῦτο καίτοι δι' ἀνάγκην γενομένη μισοῦμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διτέλεισεν.

Frente a esta opinión, y refiriéndonos al segundo texto que enunciábamos, PLUTARCO (Rom., XXII) nos dice que existió una ley de Rómulo por la que no se permitía a la mujer que se divorciara de su marido mientras que a éste si le era permitido repudiarla por unas determinadas causas y, fuera de las mismas, era objeto de sanciones:

Ἔθηκε δὲ καὶ νόμος τινάς, ὧν σφοδρῶς μὲν ἔστιν ὁ γυναικὶ μὴ διδοὺς ἀπολείπειν ἄνδρα, γυναῖκα δὲ διδοὺς ἐκβύλλειν ἐπὶ φαρμακεία καὶ τέκνων ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα θύεσθαι χθονίοις θεοῖς.

A tenor de los mismos, el problema se centra en cuanto a qué noticia podemos dar credibilidad o si se están refiriendo a cuestiones distintas, en definitiva, si se admitía o no la disolución del matrimonio en ese momento histórico.

Por otro lado, la contradicción se acentúa cuando el mismo PLUTARCO en otros pasajes (29), incluso otros historiadores (30) coinciden con DIONISIO en que el primero que disolvió el matrimonio fue Sp. Carvilio Ruga. Ahora bien, sin entrar en este capítulo a analizar el por qué se dice que fue este el primero, la razón de que centremos nuestra atención en esos dos únicos textos es que ellos, a diferencia de los demás, tratan de la legislación regia (*leges regiae*) y, por tanto, al período monárquico en el que intentamos examinar la verdadera configuración histórico-jurídica que tuvo esta institución.

En este sentido, la doctrina romanística ha mostrado diversas interpretaciones, las cuales vamos a resumir en base a las siguientes consideraciones:

Un sector doctrinal, principalmente por REIN (31) y VOIGT (32), opina que el testimonio de DIONISIO DE HALICARNASO no es del todo cierto, pues primero habla del matrimonio por *confarreatio* pasando, seguidamente, a darnos noticias del primer divorcio acontecido en Roma, el de Sp. Carvilio. Por tanto, DIONISIO parece confundir los matrimonios *confarreatos* en general, con aquellos particulares de los *flamines* que, hasta el tiempo de Domiciano, fueron indisolubles.

Otros autores, como KLENZE (33) y MARQUARDT (34), consideran que el texto de PLUTARCO no se puede interpretar

en un sentido absoluto, es decir, que tomando como válido el comentario de DIONISIO DE HALICARNASO, el matrimonio confarreado sería indisoluble; antes bien, por graves y determinadas causas reprochables a la mujer, previa condena pronunciada por un tribunal doméstico, el matrimonio se disolvería con la muerte de aquella aunque celebrando antes la **diffarreatio**.

Frente a todos ellos, otros autores han buscado una interpretación conciliadora de ambos textos. Tal es el caso de WALTER (35) y SCHUPFER (36), en el sentido de que la indisolubilidad afirmada por DIONISIO hacía referencia al carácter religioso del matrimonio, mientras que PLUTARCO aludía al ámbito o concepción jurídica del mismo.

Por su parte, ESMEIN (37) defiende la indisolubilidad originaria del matrimonio romano, tal y como muestra el texto de DIONISIO, mientras que PLUTARCO se refería a la disolución pero como una evolución posterior.

Un autor muy seguido por la doctrina es BRINI (38) que, partiendo de la distinción entre repudio y divorcio y entre matrimonio **cum manu** y **sine manu**, estima que tanto DIONISIO como PLUTARCO hablan del matrimonio **cum manu** ya que, ambos textos, se refieren a las leyes romuleas y a la situación del sometimiento en que se encontraba la mujer frente al marido, propia de los matrimonios **cum manu** en donde, por otro lado, la mujer se desligaba totalmente de su familia de origen para integrarse como una **filia** más en la familia del marido. Ahora bien, a BRINI le sorprende el hecho de que DIONISIO, después de afirmar la indisolubilidad de los matrimonios confarreados o generalmente **cum manu**, concluya diciendo que esta ley fue buena pues, durante 520 años, no se disolvió ningún matrimonio siendo el de Sp.

Carvilio el primero. Ello provoca en BRINI la cuestión de que si, con ese primer divorcio, se verificaba que se había producido un cambio con respecto al antiguo Derecho y, si eso era así, como es que DIONISIO no había dado cuenta de ello.

En este sentido, BRINI soluciona tal problema interpretando que DIONISIO, al ser contemporáneo de Augusto, pudo estar influenciado por los fines que éste emperador perseguía con su legislación sobre el matrimonio, es decir, restringir la libertad del divorcio en base a revalorizar las antiguas costumbres romanas. De ahí que, en el mismo texto se recogieran dos noticias diversas, es decir, en la primera afirmación se referiría a los matrimonios **cum manu**, mientras que, cuando habla del primer divorcio, alude a los matrimonios **sine manu** muy usuales en aquellos momentos (39).

Con todo, la afirmada indisolubilidad de los matrimonios **cum manu** es matizada por BRINI en el sentido de que no se podía entender de manera absoluta ya que, al ser una mujer **in manum**, el marido o el **paterfamilias** de éste podía expulsarla de la familia como podía hacerlo con cualquier **filius** que perteneciera a la misma. Sin embargo, la indisolubilidad sí se podía considerar en un sentido absoluto para los matrimonios **sine manu**, usuales en época de DIONISIO, en donde prevalecía la imposibilidad de que el marido pudiese expulsarla aunque, ella, sí podía voluntariamente **divertere** si era **sui iuris** o bien ser reclamada por el **paterfamilias** de su familia de origen, al no haberse extinguido, al contraer matrimonio, la **potestas** que sobre ella existía. Pero, claro está, esta situación no era la reflejada en los tiempos mas primitivos del matrimonio romano, en donde los matrimonios **cum manu** según BRINI, se daba la "indivorzichilità" pero no la indisolubilidad (40).

Por el contrario, los matrimonios **sine manu** sí eran totalmente indisolubles; siendo así que, el divorcio de Sp. Carvilio fuese el primero ocurrido en Roma pero, entendiéndolo, como la aparición de una figura jurídica nueva. De esta opinión, en líneas generales, también se hace partícipe FULCI (41).

De diferente modo interpreta LANDUCCI (42) el contenido de ambos textos. Concretamente, éste autor, considera válida la noticia dada por DIONISIO y sale al paso de las teorías que, apoyándose en la **diffarreatio**, tratan de disfigurarla; es decir, para LANDUCCI la **confarreatio**, como matrimonio sagrado, fue indisoluble originariamente por su propio carácter. Ahora bien, la evolución y relajación de costumbres, que el pueblo romano fue sufriendo produjo un cambio total en la misma, perdiendo todo el contenido sustancial que en los primeros tiempos tenía. Así, los textos que hablan de la **diffarreatio** se deben a un tiempo posterior, ya que, con Dimiciano se produjo una innovación en el matrimonio del **Flamen Dialis** (43) surgiendo, entonces, la **diffarreatio** como un medio de disolver este matrimonio.

Por otro lado, en cuanto al texto de PLUTARCO (Rom. XXII), LANDUCCI (44) considera que también hay que darle valor pero en el sentido de que, dicha ley atribuida a Rómulo, sólo hacía referencia a los matrimonios **sine manu**, muy frecuentes entre los plebeyos. Por lo tanto, dicha ley, vendría a significar el reconocimiento y regulación de una serie de usos y costumbres y, en consecuencia, considera que el divorcio pudo existir desde siempre entre este tipo de matrimonio libre o **sine manu**.

Es de destacar la opinión manifestada por BONFANTE que, frente a todas las posturas mencionadas, califica de

inverosímiles las noticias del antiguo imperio del sacerdocio y del **fas**, o bien como una invención de la época de la reforma matrimonial de Augusto (45) ya que, en todo caso, de existir algunas causas de divorcio estas se encontrarían recogidas y reguladas por la costumbre. De ahí que, no concilie la prohibición de disolver el matrimonio del **Flamen Dialis** ni, en general, de las nupcias confarreadas con el propio carácter del matrimonio romano, es decir, que nacía y se mantenía con la **affectio maritalis**, ni con la existencia de la **diffarreatio**. Si algo de especial tuvo el matrimonio del **Flamen Dialis**, sigue diciendo éste autor, se concretaría en el oficio o cargo sacerdotal que desempeñaba junto con la **flaminica**, mujer del **flamen**, participando también como sacerdotisa en todos los ritos que conllevase el ceremonial de los antiguos cultos. Por ello, si el **flamen** intentara el divorcio, probablemente, afectaría al sacerdocio en sí que ejercía, pues soportaría que había cometido una negligencia de culto.

En consecuencia, según BONFANTE (46), se trataba de una sanción al divorcio análoga a aquella que, en la última época, fueron impuestas por los emperadores cristianos; pero, en todo caso, de realizarse el divorcio, se le aplicaría una sanción pero no podría considerarse como nulo.

Siguiendo esta misma línea de investigación, pero acentuando aún más la teoría de la plena distinción entre el matrimonio y la **conventio in manum** como dos instituciones plenamente diferentes, VOLTERRA (47) tampoco da credibilidad a estas noticias que tratan del divorcio en época arcaica, al considerarlas simplemente como producto de la historiografía griega. Sin embargo, considera que el divorcio existió siempre en Roma aunque, según éste autor, no sería de extrañar que se practicase muy poco dadas las circunstan-

cias sociales y religiosas entre las que se desenvolvía.

Por último, ROBLEDA, sin pronunciarse abiertamente sobre la autenticidad o no de tales fuentes, se limita a decir: "parece que si se admitiese la indisclubilidad de los matrimonios confarreados, se contradeciría a la norma romulea de la posibilidad general del divorcio por ciertas causas, una vez que el matrimonio princeps en el primer tiempo de la ciudad parece haber sido el de los patricios, que debió ser confarreado" (48).

Por nuestra parte, ante el sector doctrinal que opina ser falsos los textos de DIONISIO DE HALICARNASO y PLUTARCO, como veíamos en BONFANTE y VOLTERRA, por considerarlos producto de la legislación matrimonial de Augusto, consideramos que dicha interpretación no deja de ser también una simple hipótesis y, desde luego, supone adoptar la solución más fácil al no querer entrar en toda la complejidad de su contenido sustancial y, creemos, que esa no es la mejor vía.

Ahora bien, los autores que habíamos visto que tratan con mas profundidad el tema, salvo ROBLEDA, parten de una concepción del matrimonio que hoy se encuentra superada por la doctrina más actual, es decir, admiten que existieron dos tipos de matrimonios: *cum manu* y *sine manu*; lo cual tampoco es cuestión que nosotros compartimos, como tuvimos ocasión de ver. Y, en consecuencia, sus interpretaciones sólo nos pueden ser útiles si hacemos abstracción de tal consideración. Por otro lado, es lógico suponer que, de manera especial éstos autores, entren a estudiar tales fuentes ya que su intento se dirige en buscar el origen de la *diffarreatio*, la *remancipatio* y la *usurpatio trinocitii*, no como simples formas de disolver la *conventio in manum*,

sino como verdaderos modos de disolver el matrimonio **cum manu y sine manu**.

Así las cosas, y conforme al sentido que veíamos que le íbamos a dar a las fuentes que nos informan sobre las **leges regiae**, consideramos que ambos textos están haciendo referencia a cuestiones diferentes pero no contradictorias. De ahí que, no compartamos la interpretación de ESMEIN en cuanto que, éste autor, afirma que el texto de PLUTARCO es el resultado de una evolución posterior, y no dándole relevancia al hecho de que en ambos textos aparezca expresamente que se están refiriendo al mismo marco histórico, es decir, a una ley (**νόμος**) de Rómulo, lo cual para nosotros sí es importante. Ahora bien, lo que habría que analizar es la razón del por qué no coinciden, aparentemente, en sus relatos, y, concretamente, si fue posible que existiese el **repudium** conforme reza en el texto de PLUTARCO.

En este sentido, consideramos que la disolución matrimonial por medio del **repudium** fue posible en época monárquica si nos atenemos a los siguientes factores:

- En primer lugar, atendiendo al carácter agnaticio que predominaba en la familia romana, el **paterfamilias** tenía plena facultad para admitir o expulsar a cualquier miembro que la integraba. De ahí que, junto a las formas de constituir la **conventio in manum** sobre la mujer también existiesen unas formas determinadas para disolverla; pero, sin confundir este tipo de lazo agnaticio con la institución matrimonial, también cabría suponer que, ante determinados comportamientos contrarios a los **mores**, el

marido tuviese la facultad de repudiar a la mujer. Mientras que ella, al estar en todo momento sometida a la **potestas** de alguien, no podría por decisión propia disolver unilateralmente su matrimonio.

- En segundo lugar, veíamos cuando hablamos de la concepción del matrimonio que, esta, sólo podía ser configurada conforme al momento histórico en que nos situemos. De ahí que, en época monárquica por la fusión que existía entre la norma jurídica (**ius**) y la norma religiosa (**fas**), el matrimonio, tanto desde el punto de vista de su constitución como desde el punto de vista de su disolución, sobrepasase en interés y publicidad la esfera privada del ámbito familiar y del propio consentimiento conyugal, al convertirse en un acontecimiento que importaba a toda la comunidad gentilicia.

- En tercer lugar, este interés generalizado en la comunidad gentilicia se fundamenta por el hecho de que, por encima de la **auctoritas** del **pater**, existían unos **mores maiorum** que éste no podía eludir; muestra de ello es que sus decisiones que afectaban a su grupo familiar solían estar asesoradas por el consejo de un **consilium domesticum**, el cual si bien no era un tribunal con jurisdicción propia (49) y cuyos componentes no tenían porque ser miembros de ese grupo familiar (50), sin embargo no se puede excluir la idea de que, en base a la frecuencia con que lo vemos reflejado en las fuentes (51), sus decisiones o consejos fuesen tomados muy en cuenta a la hora

de ejercer el poder absoluto con el que se encontraba revestido el **paterfamilias** y, mas aún, ante un supuesto como el de un **repudium** injustificado en donde ese abuso de poder podía afectar a la propia honorabilidad no sólo de su grupo familiar sino también el de la familia de origen de la mujer repudiada, de manera especial si sobre ella no se había celebrado la **conventio in manum**.

- Por último, y en cuarto lugar, tampoco es extraño que las **leges regiae** y, en concreto, aquella ley atribuida a Rómulo, viniese a dar relevancia jurídica a esos **mores maiorum** que regulaban los principios morales de la comunidad gentilicia, por otro lado, cargadas de una importante fuerza religiosa y donde el **rex** junto con los pontífices procuraban mantener el equilibrio que debía reinar entre las relaciones humanas con las divinas. En consecuencia, su actividad se centraba en que ningún comportamiento arbitrario, como podía ser un **repudium** injustificado, o una mala conducta por parte de la mujer, en cuyo caso se justificaba el **repudium**, pudiesen romper la **pax deorum**.

Por lo tanto, consideramos que la noticia de PLUTARCO sobre la posibilidad de que el matrimonio pudiese ser disuelto mediante el **repudium**, es merecedora de ser tomada en cuenta conforme a los factores jurídicos-religiosos y sociales que pudieron procurar su existencia y desenvolvimiento. Ahora bien, no podemos estar de acuerdo con aquellos autores, como BRINI o LANDUCCI por citar algunos, que, en base a la distinción entre el matrimonio

cum manu y **sine manu**, tratan de dar fundamento a esta fuente, y ello porque, con independencia de que mostráramos nuestro criterio de adherirnos a la teoría que mantiene la plena distinción entre el matrimonio y la **conventio in manum**, ocurre además que PLUTARCO no hace la menor insinuación a tal distinción de matrimonios, lo cual es un dato más confirmando que tal distinción no tuvo nunca fundamento.

Por lo que respecta al contenido del texto de DIONISIO DE HALICARNASO, consideramos que la interpretación generalizada de la doctrina, referente a que se trataba de dar noticias sobre la **confarreatio**, es válida. Ahora bien, tampoco compartimos la opinión de KLENZE y MARQUARDT en cuanto que intenta buscar una conexión entre ambos textos en el sentido de relacionar las causas de **repudium** que menciona PLUTARCO con el hecho de provocar la celebración de la **diffarreatio** pero no con el fin de disolver el matrimonio, sino como acto previo a la sentencia de un tribunal doméstico en el que condenara a muerte a la mujer por sus malos comportamientos. La razón de no compartir tal postura está en que PLUTARCO no habla en absoluto de la **confarreatio** ni de las otras formas de disolver la **conventio in manum**, sino que alude al **repudium** simplemente como una forma de disolver el matrimonio.

Por otro lado, tampoco compartimos las interpretaciones de WALTER y SCHUPFER en cuanto ellos quieren creer que la indisolubilidad afirmada por DIONISIO hacía referencia al carácter religioso del matrimonio, mientras que PLUTARCO aludiría a la concepción jurídica del mismo; y no la compartimos puesto que, como vimos, ambas fuentes sí coinciden en centrar sus noticias en época monárquica y, en consecuencia, estimamos que intentar separar en estos

momentos históricos la esfera estrictamente jurídica de la religiosa es algo imposible porque, precisamente, uno de los rasgos por los que se caracteriza este período es por la plena fusión entre la norma jurídica (*ius*) y la norma religiosa (*fas*).

Nos quedaría, por consiguiente, resolver la razón del por qué DIONISIO hablaba de indisolubilidad matrimonial cuando se refiere a los matrimonios acompañados de la *confarreatio*, problema que pasamos a analizar en el siguiente epígrafe.

IV.1.2.- El problema de los matrimonios acompañados de la *confarreatio* y su disolución mediante la *diffarreatio*.

Anteriormente ya habíamos adelantado algunas de las interpretaciones más destacadas en torno a la interpretación del texto de DIONISIO DE HALICARNASO, refiriéndose a la indisolubilidad del matrimonio en época antigua. Tal diversidad de criterios se comprende ya que las fuentes que tratan de la *confarreatio* a veces reflejan la idea de indisolubilidad y sin embargo, en otras, se hace referencia a la *diffarreatio* como el modo de disolver a aquella.

Efectivamente, existe un grupo de fuentes en donde reza, expresamente, la indisolubilidad que se producía en una matrimonio al que se le acompañara la *confarreatio*, tales como:

DION. DE HAL., *Ant. rom.*, II, 25, 2 y 3

*ἦν δὲ τοιόσδε ὁ νόμος· γυναῖκα
γαμετὴν τὴν κατὰ γάμους ἱεροῦς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ
κοινωνὸν ἀπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν. ἐκά-
λουν δὲ τοὺς ἱεροῦς καὶ νομίμους οἱ παλαιοὶ γάμους*

Ῥωμαικῇ προσηγορίᾳ περιλαμβάνοντες φαρραχείους ἐπὶ τῆς κοινωρίας τοῦ φαρρός, ὃ καλοῦμεν ἡμεῖς ζέαν. αὕτη γὰρ ἦν ἀρχαία καὶ μέχρι πολλοῦ συνήθης ἅπασιν αὐτοῖς ἢ τροφή· φέρει δὲ πολλὴν καὶ καλὴν ἢ Ῥωμαίων γῆ [τὴν ζέαν]. καὶ ὡσπερ <ἡμεῖς οἱ> Ἕλλη- νες τὸν κριθίνον καρπὸν ἀρχαιότατον ὑπολαμβάνον- τες ἐπὶ τῶν θυσιαῶν κριθαῖς καταρχόμεθα οὐλὰς αὐ- τὰς καλοῦντες, οὕτω Ῥωμαῖοι τιμιώτατόν τε καρπὸν καὶ ἀρχαιότατον εἶναι νομίζοντες τὰς ζέας διὰ τούτων ἀπάσης ἐμπύρον θυσίας κατέρχονται. μένει γὰρ ἔτι καὶ οὐ μεταπέπτωκεν εἰς πολυτελεστέρας ἀπαρχὰς τὸ ἔθος. τὸ δὲ κοινωνοῦς τῆς ἱερωτάτης τε καὶ πρώτης τροφῆς γενέσθαι γυναῖκας ἀνδράσι καὶ ἐπὶ τῇ ὄλῃ συνελθεῖν τύχη τὴν μὲν ἐπίκλησιν τῆς κοινωρίας τοῦ φαρρός εἶχεν, εἰς σὺνδεσμον δ' ἀναγκαῖον οἰκειότη- τος ἔφερον ἀδιαλύτον, καὶ τὸ διαιρηθῆσον τοὺς γάμους τοῖτους οὐδὲν ἦν.

PLUT., Quaest. rom., L:

Διὰ τί ὁ ἱερεὺς τοῦ Διὸς, ἀποθανούσης αὐτῶ τῆς γυναίκος, ἀπετίθετο τὴν ἀρχήν, ὡς Ἄττιος ἰστορῆκε;

Πότερον ὅτι τοῦ μὴ λαβόντος ὁ λαβὼν εἶτ' ἀπο- βαλὼν γυναῖκα γαμετὴν ἀτυχέστερος; ὁ μὲν γὰρ τοῦ γεγαμηκότος οἶκος τέλειος, ὁ δὲ τοῦ γήμαντος εἶτ' ἀποβαλόντος οὐκ ἀτελής μόνον ἀλλὰ καὶ πεπρωμένος.

Ἢ σπουδῆται μὲν ἡ γυνὴ τῶ ἀνδρὶ, ὡς καὶ πολλὰ τῶν ἱερῶν οὐκ ἔστι δρᾶσαι μὴ γαμετῆς συμπαρούσης, τὸ δὲ γαμεῖν εὐθὺς ἑτέραν ἀπο- βαλόντα τὴν προτέραν οὐτ' ἴσως δυνατὸν οὐτ' ἄλλως ἐπιεικές; ὅθεν οὐδ' ἀποπέμψασθαι πρότερον ἐξῆν, οὐδὲ τῦν, ὡς ἔοικεν, ἔξεστιν.

A.GEL., Noct. Att., X,15,22 y 23

Uxorem si amisit, flamonio decedit. Matrimonium flaminis nisi morte dirimi ius non est.

FESTO, De verborum significato, v. Flammeo:

Flammeo amicitur nubens ominis boni causa, quod eo adsidue utebatur 'flaminica', id est flaminis uxor, cui non licebat facere divortium.

SERVIO, In Aeneidem, IV,29:

Flaminicam nisi unum virum habere non licet, -nec flameni aliam ducere licebat uxorem nisi post mortem flaminicae uxoris.

SERVIO, In Aeneidem, IV,103:

In manum -conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur, quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus flamen et flaminicam iure pontificio in matrimonium necesse est convenire.

SERVIO, In Aeneidem, IV,374:

Mos -apud veteres fuit flameni ac flaminicae, dum per confarreationem in nuptias convenirent, sellas duas iugata sovilla pelle superiniecta poni, -ut ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione residerent.

JERON., Epist., XXIII,8:

Flamen unius uxoris ad sacerdotium admittitur, flaminica quoque unius mariti eligitur uxor.

JERON., Adversus Iovin., I,49:

...nullam sacerdotem bigamam, nullum flamen bigamum.

TERTUL., De exhortatione castitatis, XIII:

Certe flaminica non nisi univira est, quae et flaminis lex est.

TERTUL., De monog., XVII:

Pontifex maximus et flaminica nubunt semel.

Frente a este grupo de textos que tratan de la indisolubilidad de la **confarreatio**, nos encontramos con otros que, por el contrario, al hablar de la **diffarreatio** como el modo de disolverla, nos muestran un contenido diverso, tales como:

FESTO, De verborum significatu, v. diffarreatio:

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

C.I.L., X,6662:

Pii Felicis Aug(usti), ducenario praef(ecto) vehicul(orum) a copi(i)s Aug(usti) per viam Flaminiam, centenario consiliario Aug(usti), sacerdoti confarreationum, adsumpto in consilium ad sestertium sexagena m(ilia) n(ummum), iurisperito, Antiates, publ(ice) (52).

PLUT., Quaest.rom., L:

ἀλλ' ἐφ' ἡμῶν
ἐπέτρεψεν ἐντευχθεὶς Δομετιανός. οἱ δ' ἱερεῖς παρ-
έγένοντο τῇ τοῦ γάμου διαλύσει, πολλὰ φρικώδη
καὶ ἀλλόκοτα καὶ σκυθρωπὰ δρώντες.

Así las cosas, la cuestión primordial que suscitan tales textos sería la de ¿fue o no indisoluble el matrimonio acompañado de la **confarreatio**? o ¿en base a qué se habla de indisolubilidad?

En este sentido, de las interpretaciones doctrinales que expusimos, en el apartado anterior, sobre el problema de la **confarreatio**, consideramos que la que está tratada con mayor profundidad es la de LANDUCCI pues, aunque afirma la existencia de varios tipos de matrimonios (53), sin embargo cuando habla de la **confarreatio** muestra una solución mas coherente. Concretamente, afirma éste autor que el matrimonio confarreado fue indisoluble siempre en la época mas antigua del Derecho romano y, ante aquellos (54) que alegan un criterio diferente en base a los textos donde se ve reflejada la **diffarreatio**, les responde argumentando que dichos textos aluden a un momento posterior, en donde la **confarreatio** había sufrido una importante transformación (55).

De ahí que, en relación con la inscripción antes expresada (C.I.L.,X,6662) no encuentre el menor obstáculo a su postura porque, como él mismo dice, pertenece a finales del siglo II de C, esto es, de ningún modo puede ser tomada en cuenta para la época mas antigua. En parecidos términos interpreta el texto de PLUTARCO (**Quaest.rom.**, L) puesto que, cuando se refiere a la posibilidad de disolver este matrimonio, habla de modo explícito de Domiciano que, como se sabe, fue emperador entre los años 81 al 96 d. C.

Mas controvertido, le resulta a LANDUCCI, dar explicación a las noticias de FESTO ya que si, por un lado, nos habla de la imposibilidad de realizar el divorcio en estos matrimonios (v.**Flammeo**), por otro lado, en cambio, nos

dice que la **diffarreatio** (v. **diffareatio**) era un **sacrificii** a fin de disolverlo. Sin embargo, resuelve tal problema estimando que FESTO, al vivir a mediados del siglo II d.C., se limitó a reproducir el vocabulario de Verrio Flaco, el cuál vivió en tiempos de Augusto y Tiberio, por lo que la **diffarreatio** que recoge reflejaría la existencia de la misma en dicha época pero no a la anterior (56).

En consecuencia, para LANDUCCI, no hay más solución que considerar indisoluble el matrimonio **confarreatio** y, sólo por una evolución de la figura, la **diffarreatio** surgió como medio de disolución. Por ello, en ningún caso, podemos comparar el carácter primitivo de la **confarreatio** con el que se dió en una época posterior.

Por nuestra parte, consideramos que no podemos compartir con LANDUCCI el hecho de que la **confarreatio** la interprete como un tipo de matrimonio, sin embargo sí estamos de acuerdo con él cuando dice que, esta forma de **conventio in manum**, fue sufriendo una evolución, en su contenido sustancial, distanciándola de su carácter original. Efectivamente, no sólo el texto de PLUTARCO (*Quaest. rom.*, L) es muestra de ello, sino que en otras fuentes se puede constatar dicha transformación; concretamente, parece ser que una **Lex (Asinia Antistia?) de flaminica diali** (57), de aproximadamente del año 24 d.C., fue con la que se materializó esa evolución. De ahí que, GAYO (*Inst.*, I, 136), nos diga:

...Maximi et Tuberonis cautum est, ut haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad ceteras causas proinde habeatur atque si in manum non convenisset.

Con mas detalle, TACITO (Ann., IV, 16), nos relata que ante la imposibilidad de encontrar patricios que hubiesen nacido de nupcias confarreadas para ocupar el cargo de **Flamen Dialis**, surgió esta ley o decreto:

Sub idem tempus de flamine Diali in locum Servi Maluginensis difuncti legendo, simul roganda 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 causas adferebat, potissimam penes incuriam virorum feminarumque; accedere ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur, et quod exiret e iure patrio, qui id flamonium apisceretur quaeque in manum flaminis conveniret. ita medendum senatus, decreto aut lege, 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, et filius Maluginensis patri suffectus.

Ahora bien, centrándonos en su carácter originario habría que ver si había o no distinción entre la **confarreatio** general, con aquella de los **flamines**, como veíamos que trataban de diferenciar algunos autores (58).

En este sentido, consideramos que no vemos razón de ser a querer establecer distinciones cuando en las fuentes no se expresa nada de ello, de existir alguna

diferencia sería la de que algunos patricios que habían celebrado la **confarreatio** podían llegar a ser **flamines** y otros no. Pero de todas maneras, dicha forma de **conventio in manum** estaba dirigida a que entre patricios que hubiesen nacido de un matrimonio al que se le acompañara la **confarreatio** y que ellos mismos también la celebrasen, estuviesen en condiciones de ocupar dicho cargo, como se recoge en GAYO (Inst., I, 112).

Por otro lado, insistimos en la idea de que esta forma de **conventio in manum** no puede ser considerada como un tipo específico de matrimonio ya que, aunque en los textos mencionados aparezcan expresiones como **matrimonio flaminis, uxor flaminis...**, sólo se pueden interpretar en el sentido de que el cargo de **flamen** y **flaminica** llevaba implícito el que, entre ellos, les uniera la circunstancia de estar casados y el de haber celebrado la **confarreatio**, requisitos imprescindibles y connaturales para el desempeño de sus funciones; las cuales revestían un importante carácter público puesto que, desde el momento que era **flamen**, salía de la **potestas** paterna sin sufrir una **capitis deminutio**, con lo cual abandonaba el propio culto familiar para consagrarse a uno público junto con la **flaminica**, (59) creándose entre ellos un lazo más poderoso que el del simple afecto y obligándoles a llevar a cabo un comportamiento ejemplar puesto que eran centro de respeto y observación por el resto de la población (60).

Por ello, aunque este cargo sacerdotal nacía con carácter de perpetuidad, también es verdad que ante cualquier mal comportamiento o negligencia en sus funciones podía dar lugar a la pérdida del mismo (61).

Así las cosas, cuando las fuentes hablan de la

indisolubilidad de la **confarreatio** y, seguidamente, también recogen la existencia de la **diffarreatio**, a lo que están haciendo referencia es a las consecuencias que se generaban por dicho cargo, pero no a la institución matrimonial en si, de igual manera que la **diffarreatio** tampoco era una forma de divorcio, sino que ante determinadas actuaciones que podían ir en contra de los **mores** y del **ius sacrum** se requería un **sacrificii (diffarreatio)** a fin de subsanar dichas conductas y que, en el caso concreto de los **flamines**, exigían un mayor rigor. De ahí que, DIONISIO DE HALICARNASO (Ant. rom., II, - 25,6), después de relatar el carácter indisoluble de la **confarreatio**, diga también que ante el caso de corrupción del cuerpo, por parte de la mujer, o bien que fuese sorprendida bebiendo vino fuese castigada con la muerte:

ἑμαρτήνοισα δέ τι -

δικαστήν τὸν ἀεικόμητον ἐλόμβαιε καὶ τοῦ μεγέθους τῆς τιμωρίας κίφισον. ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καὶ, ὁ πάντων ἐλάχιστον ἑμαρτημάτων Ἑλλήσι δόξειεν ἂν ἰπάσχειν, εἴ τις οἶνον ἐφειθιῆ πιούσα γενή. ἐμψότερα γὰρ ταῦτα θανάτῳ ξημοῦν συνεχόρησεν ὁ Ρωμύλος, ὡς ἑμαρτημάτων γεννακίων εἰσχίσια. φθορὸν μὲν ἀπονοίας ἀρχὴν νομίας, μέθην δὲ φθορῆς.

El hecho de que LANDUCCI argumente de que los textos que tratan de la **diffarreatio** se deben a autores que acudieron a fuentes de información muy distantes de la época originaria, no podemos tomarlo como fundamento suficiente ya que, del mismo modo, también habría que calificar de inseguras a aquellas otras que trae a colación, como en el caso de las de FESTO, para fundamentar su criterio de la indisolubilidad matrimonial. Por otro lado, si la **confarreatio** hubiese sido efectivamente un tipo específico de matrimonio y no una forma mas de disolver la **conventio in**

manum, no se comprende que PLUTARCO (*Quaest.rom.*, L) hablase de indisolubilidad y, sin embargo en (*Rom.*, XXII), tratase de manera genérica las causas por las que le estaba permitido al marido repudiar a la mujer, sin hacer distinciones entre el matrimonio **cum manu** y **sine manu**.

En cuanto a la interpretación de autores mas recientes, como la de BONFANTE, consideramos la necesidad de mostrar la siguiente matización: El hecho de que no admita la indisolubilidad del matrimonio en base a que iría en contra del carácter que este tenía, es decir, que perduraba y cesaba por la **affectio maritalis** (62), no es fundamento que compartamos. Puesto que, de admitirlo, supondría aceptar que, la concepción clásica del matrimonio, también podía ser aplicada desde los tiempos mas antiguos, lo cual, desde nuestro punto de vista, no sería posible pues, como argumentamos en el capítulo II, la concepción del matrimonio se configura conforme al momento histórico en que nos situemos. Así, en época antigua, por la incidencia que tenía el factor religioso, junto con el carácter agnaticio de la familia, el matrimonio se configuraba como un acontecimiento que sobrepasaba la esfera privada del **consensus** o **affectio maritalis** de los cónyuges, es decir, que importaba a la comunidad gentilicia en general, como se aprecia en el protagonismo de instituciones anexas como los esponsales o la propia **conventio in manum**, y donde el poder público, de la mano de los pontífices, no permanecía ajeno, a fin de salvaguardar las exigencias que el mundo religioso requería y no romper así la **pax deorum**.

IV.2.- TESTIMONIO DE PLUTARCO

Hemos tomado el texto de PLUTARCO (Rom.,XXII,3) por ser el que, de una manera más exhaustiva, nos da noticias de la posibilidad que, en época monárquica, existía para disolver el matrimonio mediante el **repudium**. Señalando, no sólo, quién estaba legitimado para efectuarlo, sino también las causas por las que estaba permitido e, incluso, estableciendo sanciones contra aquéllos que, fuera de las mismas, lo llevasen a cabo.

Concretamente, el texto dice lo siguiente:

Ἔθηκε δὲ καὶ νόμος τινὲς (ὁ
Ῥομύλος), ὃν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικί μὴ διδοῦς ἀπολείπειν
ἄνδρα, γυναικί δὲ διδοῦς ἐμβαλλεῖν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλει-
δῶν ὑπεβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν· εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο,
τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος
ἱερὸν κελεύων· τὸν δ' ἀποδομένον γυναικί θύεσθαι χθονίῳ θεοῖς.

La traducción latina que vamos a utilizar es la siguiente:

Constituit quoque leges quasdam, quarum illa dura est, quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter veneficium circa prolem vel subiunctionem clavium vel adulterium commissum, si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum eius partem uxoris fieri, partem Ceceri sacram esse iussit; qui autem venderet uxorem, diis inferis immolari (63).

Aunque, como hemos tenido ocasión de exponer, la romanística no es muy partidaria de otorgar demasiado valor

al mismo por considerarlo, según BONFANTE (64) y VOLTERRA (65), como una falsificación histórica de época posterior; sin embargo, estimamos que sí debe ser tomado en cuenta en base a que, por un lado, su contenido debe ser analizado en función de si se adecua o no a los factores imperantes que se dieron en dicho marco histórico y, por otro lado, como consecuencia de lo anterior, hay que tener en cuenta que, dicha fuente, supone el primer eslabón de la tradición de una institución que siempre existió en el Derecho romano pero que, a diferencia de tiempos posteriores, en los tiempos más antiguos fue bastante oscura.

De todas formas, querer prescindir de ella supondría rechazar cualquier intento de reconstrucción de la evolución histórico-jurídica de esta figura y, en consecuencia, no llenar de contenido un período histórico de Roma que, a pesar de la escasez de fuentes con que se presenta, sin embargo, hoy día nadie pone en duda su propia existencia.

IV.2.1.- Carácter de la disolución del matrimonio.

Como se puede apreciar en dicho texto, PLUTARCO nos dice de forma expresa que a la mujer no le estaba permitido divorciarse de su marido, mientras que éste sí la podía repudiar ante unas determinadas causas, fuera de las cuales, provocaba que, sobre éste, recayesen unas determinadas sanciones. De su contenido se desprende, por tanto, que sólo el marido estaba facultado para efectuar el *repudium*.

Por otro lado, ya vimos las interpretaciones doctrinales que, en torno al mismo, se habían pronunciado y, de entre ellas, la de BRINI fue la que mostró una mayor

profundidad en base a la distinción entre la disolución del matrimonio **cum manu** y **sine manu**. Lo cual, si bien no compartimos, sin embargo hay que resaltar su planteamiento sobre que el **divortium**, como institución, en el sentido de que no pudo darse en los primeros momentos. Evidentemente, no estamos de acuerdo con los argumentos que alega para fundamentar su postura (66), pero sí hay que reconocerle el que denuncia que con anterioridad al **divortium** lo que existió fue el **repudium**. Y ello, no sólo desde el punto de vista etimológico, como vimos en el capítulo anterior, sino también se fundamenta desde el punto de vista de su origen y evolución como institución histórico-jurídica.

Efectivamente, PLUTARCO cuando emplea el término ἀπολεύπειν para referirse a que la mujer no podía divorciarse de su marido, está haciendo una distinción con respecto al **repudium** que sí le estaba autorizado al marido; y para describir dicha situación emplea otros términos distintos al anterior ἐκβάλλειν y ἀποπέμψατο pero sinónimos entre ellos, esto es, repudiar. Y es significativo puesto que, dichos términos, no son empleados para expresarnos que la mujer no podía repudiar, sino que, simplemente, no podía divorciarse o separarse de acuerdo al contenido jurídico que se dio en época clásica y, durante la cual, PLUTARCO vivió.

Por otro lado, el **repudium** que él relata tampoco puede ser interpretado, en su contenido sustancial, de igual manera al que en plena época clásica se configuraba ya que, como vimos en el capítulo anterior, si bien podía significar una disolución unilateral, sin embargo no era su único significado pues, también, aparecía como sinónimo de **divortium** y efectuado tanto por el marido como por la mujer. Sin embargo, PLUTARCO deja bien claro que, en época

monárquica, sólo el marido podía llevarlo a cabo, considerándolo justo si se realizaba por unas determinadas causas y siendo sancionado si lo efectuaba fuera de las mismas.

Por tanto, este texto nos viene a demostrar que en época antigua el **repudium** estuvo revestido con unas características propias en base a las siguientes consideraciones o factores que incidieron en su desenvolvimiento:

- En primer lugar, las relaciones conyugales se desarrollan en un plano de desigualdad, es decir, la mujer se encontraba en una situación jurídica de evidente inferioridad. Muestra de ello es que, en la mayoría de los casos, la **conventio in manum** acompañaba al matrimonio, lo que suponía el sometimiento de la mujer a la **manus** del marido, desvinculándose, sólo ella, de los lazos agnaticios de su familia de origen. Por otro lado, la mujer siempre quedaba sometida a tutela puesto que, aún no celebrando la **conventio in manum**, su **pater** de origen no perdía los lazos potestativos con ocasión de contraer, simplemente, el matrimonio su sometida.

- En segundo lugar, armonizando la importancia que ejercía el factor religioso junto con el poder absoluto que el **paterfamilias** se encontraba revestido en estos momentos históricos, se puede comprender que, por una parte, en el texto de PLUTARCO apareciese establecido que sólo por unas determinadas causas el **repudium** se considerase justificado, es decir, como respuesta a los principios jurídicos-religiosos que inspiraban tanto los comportamientos públicos como los