

privados y, en consecuencia que afectaban a la esfera externa e interna del propio grupo familiar. Pero, por otro lado, estas posibles limitaciones a la **auctoritas** del **paterfamilias** no se contradice con el presupuesto anterior puesto que, aunque el marido fuese sancionado en el caso de que repudiase a la mujer sin justo motivo, las consecuencias que el marido o su **pater** podía sufrir eran de carácter sancionador pero en ningún momento del texto de PLUTARCO se establece que dicho **repudium** fuese calificado como nulo. Lo que demuestra que, a pesar de todo, el poder del **paterfamilias** era absoluto.

Así las cosas, el **repudium** que nos encontramos en este período del Derecho romano difiere en gran medida del que pudo darse en época clásica ya que, la propia concepción del matrimonio se configuraba de modo diverso. De ahí que, en el capítulo II denunciáramos nuestra discrepancia con la doctrina más predominante que, si bien deja con claridad que el matrimonio y la **conventio in manum** son dos instituciones plenamente diferenciadas, sin embargo a la hora de realizar la reconstrucción histórico-jurídica del matrimonio se limitan a calificarla en cuanto a la distinción que pudo darse en el período clásico y postclásico y no queriendo dar el debido reconocimiento a que, en tiempos precedentes, tuvo una concepción propia.

Por ello, la concepción que GAYO (D.24,2,2) nos da sobre el **divortium** como el de **diversitate mentium** y que, la doctrina interpreta como el cese efectivo de la **affectio maritalis**, responde a un momento histórico donde las circunstancias sociales y jurídicas eran desde todo punto diferentes, donde ni el factor religioso, ni el predominio

de los lazos agnaticios familiares, ni el poder absoluto del **paterfamilias** jugaban la misma importancia que en la antigüedad y donde, por otro lado, el Derecho era ya plenamente laico.

De ahí que, la prueba más evidente de que la concepción del matrimonio romana estuvo configurada conforme al momento histórico en que nos situemos es por el hecho de que, como señala DONATELLA QUARTUCCIO (67), la expresión **affectio maritalis** no parece derivar de una tradición interna del lenguaje de los juristas, sino que fue tomada del lenguaje popular usual. Fundamentando ello, por el hecho de que las fuentes donde aparece recogida tal expresión pertenecen a época posterior (68).

Con todo, no dudamos que la **affectio maritalis** existiera también en estos momentos históricos de la antigüedad, pero también hay que reconocer que, dado el protagonismo de instituciones anexas al matrimonio como los esponsales, el **conubium** y el poder ejercido por el **paterfamilias** en orden a emitir su consentimiento para el matrimonio, la **affectio maritalis** se encontraba enormemente condicionada por la influencia ejercida de dichos factores, tanto a la hora de la constitución del matrimonio como a la hora de disolverlo.

En la medida que dichas instituciones vayan decayendo, como en el caso de los esponsales, o vayan evolucionando adquiriendo nuevos significados, como en el **conubium**, así como el poder del **paterfamilias** vaya perdiendo su rigor como consecuencia de la propia transformación de la estructura familiar, unido a la relajación que se vaya produciendo en las creencias religiosas y en las costumbres, entonces será el momento en que la **affectio maritalis**, como

principio inspirador del matrimonio, tanto en orden a su constitución como en orden a su disolución, adquiriera su plena configuración y relevancia jurídica. Pero dicha transformación ni se produjo de forma instantánea ni fue fruto de una labor normativa, sino que fue el reconocimiento por parte de los juristas de que la concepción del matrimonio había evolucionado. De ahí que, DONATELLA QUARTUCCIO cuando estudia el origen de la **affectio maritalis** y su aparición en las fuentes jurídicas, considere que: "I giuristi ricorrono a questo valore sociale per riconoscere non strutturalmente, ma sintomaticamente la esistenza di un persistente vincolo matrimoniale in assenza di altre evidenze" (69).

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

Siguiendo con el texto de PLUTARCO, encontramos que nos enumera las causas por las que el marido puede repudiare a la mujer de manera legítima: *γυναῖκα δὲ διδοῖς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν.*

De las mismas, la que menos problema presenta a la hora de su interpretación es — *μοιχευθεῖσαν* — (adulterium) puesto que, en la evolución histórico-jurídica del repudium y divortium, aparece siempre como justa causa del mismo aunque, claro está, presentando en cada momento histórico su propio fundamento y connotaciones. Sin embargo, con respecto a las otras causas enunciadas, sí hace surgir en la interpretación doctrinal una diversidad de criterios.

En este sentido, IHERING (70) interpreta que,

poniendo una coma después de *φαρμακεία*, serían cuatro las causas por las que se podría repudiar en vez de tres. Así, esas cuatro causas quedarían comprendidas en: El envenenamiento en general, la falsificación de los hijos, la falsificación de las llaves y el adulterio. En consecuencia, lo que éste autor hace es traducir la palabra *ὑποβολή* en dos fases diferentes.

Por su parte REIN (71) propone introducir algunos cambios en el contenido literal del texto. Concretamente, prefiere cambiar *ὑποβολή* por *ἀποβολή*, para que se pueda entender como el descuido de la mujer en el gobierno de la casa, así como, sustituir también, *κλειδῶν* por *παιδῶν*, para entenderla como la sustitución de hijos. Por otro lado, propone además introducir *καὶ* entre *φαρμακεία* y *τέκνων*, interpretación a la que también se adhiere FULCI (72) y que, en consecuencia, quedarían establecidas como cuatro las causas de repudio, es decir, junto al adulterio y el beber vino, estarían la sustitución o simulación de los hijos, y de las llaves, como representativo del mal gobierno de la casa por parte de la mujer.

Frente a ellos, autores como VOIGT (73), BRINI (74), LANDUCCI (75) y NOAILLES (76), consideran que tales alteraciones en el texto de PLUTARCO no tienen razón de ser puesto que, tal y como vienen expuestas, encontrarían su propio fundamento. De ahí que, interpreten que sean tres, y no cuatro, las causas enunciadas en dicho texto, tales como: El envenenamiento de la prole (*φαρμακεία τέκνων*) en relación con ciertas prácticas abortivas que pudieran darse, la segunda causa sería la substracción de las llaves (*κλειδῶν ὑποβολή*) en relación con la prohibición de beber vino y las consecuencias de malos comportamientos en que ello podía generar por el estado de embriaguez en el que se

podía encontrar la mujer y, como tercera causa estaría el adulterio (μοιχευθεῖσαν). Postura ésta a la que nos adherimos y, en base a la misma, vamos a pasar a analizarlas:

A) Veneficium circa prolem

La interpretación más generalizada de la doctrina es la de considerarla como envenenamiento de un niño no nacido aún (77), es decir, aquel aborto provocado por un remedio, o un filtro, o una bebida mágica. Es verdad que, PLUTARCO, no emplea términos que, como ἄμβλωσις, φθορά, indicarian de manera más precisa el aborto, sin embargo ello no es motivo suficiente para rechazar que dicha interpretación sea válida puesto que, GALENO (78) sí emplea los términos φαρμακεία o φάρμακα para designar una bebida abortiva.

Por otro lado, desde el punto de vista etimológico, ERNOUT y MEILLET (79) consideran que φάρμακον es sinónimo del término latino *venenum* y, cuyo significado, nos viene descrito por GAYO (D.50,16,236 pr., lib. IV ad leg. XII tab.) diciéndonos lo siguiente:

Qui 'venenum' dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, 'quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat'. cum id quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit. admonet nos summus apud eos poetarum Homerus: nam sic ait: φάρμακα,

Πολλά μὲν εἶσθαι μεμιγμένα, πολλά δὲ ἁγρὰ.

Aunque se ignora cuál fue la disposición de la *Lex XII Tabularum* que entró a regular el *venenum* (80), sin embargo este texto de GAYO es claro al indicar que con el *venenum* se alteraba la naturaleza de las cosas y, en consecuencia, al aparecer en el texto de PLUTARCO junto a *τέκνων* es lógico que se interpretase como el envenenamiento de la prole o como bebida abortiva.

De otra parte, nos inclinamos más a suponer de que se tratase de expresar la repulsa a las prácticas abortivas puesto que, si se refiriera a niños nacidos y separados plenamente del cláustro materno con los signos evidentes de la viabilidad entonces, más que regular una causa de *repudium*, estaríamos ante un *paricidium* ya que supondría dar muerte a un hombre libre, fuese o no *paterfamilias*; de ahí que FESTO (247 L.) señale *Si qui hominen liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto* y, cuyas consecuencias, serían la de castigar con la muerte a la persona que lo realizase. En este sentido, no podemos compartir la opinión de FULCI (81) al interpretar que el envenenamiento podía estar dirigido contra el marido.

Pero es más, si la centramos en el momento histórico al que hacemos referencia, estas prácticas abortivas supondrían no sólo un atentado al principio mismo que inspiraba el matrimonio, es decir, la procreación, sino que también sería una cuestión que afectaba al grupo familiar y gentilicio puesto que, al impedir el nacimiento de una persona, se impediría también la posibilidad de que existiera un *heres* que continuase tanto con el patrimonio familiar como con el culto a los antepasados (*manes*) que, elevados a la categoría de dioses, protegían a la propia

familia y, en consecuencia, al ser ello materia de **ius sacrum**, según vimos que recogía GAYO (Inst., II,4), incidiría de manera directa a que se rompiese la **pax deorum**.

En la medida que los principios religiosos y las costumbres vayan evolucionando en la sociedad romana, perdiendo su antiguo carácter, observamos que las prácticas abortivas fueron usuales en función de las distintas referencias que encontramos en las fuentes literarias (82). Muestra de ello fue el creciente fenómeno de la disminución de la natalidad y la progresiva regulación por parte del ordenamiento jurídico romano, como se puede ver reflejado en la **lex Cornelia de sicariis et veneficiis** (año 81 a.C.) (83), así como en las leyes **caducariae** de Augusto e, incluso, Justiniano llega a establecer como causa de **repudium**, el aborto voluntario de la mujer (84).

En consecuencia, no encontramos razón de ser a que cierto sector doctrinal haya querido cambiar el contenido del texto de PLUTARCO, es decir, cuando alude al **veneficium circa prolem** como el envenenamiento de la prole, puesto que su significado como prohibición de que la mujer realizase prácticas abortivas encuentra su justificación conforme al momento histórico al que hace referencia. Concretamente, que fuese causa de **repudium** es comprensible a tenor de la importancia que implicaba el procurar la continuidad del grupo familiar a través de la procreación. De igual manera, se puede comprender que, con el tiempo, estas prácticas fuesen usuales puesto que habían perdido la fuerza jurídico-religiosa que las prohibía y que progresivamente el ordenamiento jurídico no permanecería ajeno al problema.

b) Subiectionem clavium

La segunda causa de **repudium** que señala PLUTARCO (κλειδῶν ὑποβολή) viene siendo interpretada por la doctrina como la sustracción o falsificación de las llaves, cuya justificación e importancia hay que fundamentarla en los mismos usos y costumbres sociales.

La interpretación generalizada de la doctrina (85) es la de poner esta causa en relación con la prohibición de beber vino, a la que estaba sometida la mujer, en base a las costumbres (**mores**) romanas.

Efectivamente, numerosos son los ejemplos que encontramos en las fuentes haciendo referencia sobre la prohibición de beber vino. Concretamente DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant.rom.*, II, 25, 6), nos relata que si alguna mujer fuese sorprendida bebiendo vino o bien hacía corrupción de su cuerpo, podía ser castigada con la muerte pues, como de las peores faltas femeninas, se justificaba su castigo en base a que la corrupción es principio de locura y la embriaguez es el principio de la corrupción:

ἁμαρτάνουσα δέ τι
δικαστὴν τὸν ἀδικούμενον ἐλάβανε καὶ τοῦ μεγέθους
τῆς τιμωρίας κίριον. ταῦτα δὲ οἱ συγγενεῖς μετὰ τοῦ
ἀνδρὸς ἐδίκαζον· ἐν οἷς ἦν φθορὰ σώματος καί, ὁ
πάντων ἐλάχιστον ἁμαρτημάτων Ἑλλήσι δόξειεν ἂν
ἰπάσκειν, εἴ τις οἶνον ἐφειθεῖη πιούσα γυνή. ἀμφότερα
γὰρ ταῦτα θανάτῳ ξημιούν συνεχώρησεν ὁ Ρωμύλος,
ὡς ἁμαρτημάτων γυναικείων εἰσχιστα, φθορὰν μὲν
ἀπονοίας ἀρχὴν νομίσας, μέθην δὲ φθορᾶς.

Por otro lado, PLINIO (*Nat. Hist.*, XIV, 12, 89-90), recoge un supuesto concreto en donde, según Fabio Pictor,

una matrona fue condenada a morir ya que, al tener su en poder las llaves de una bodega, había quitado el corcho a algunas botellas:

Fabius Pictor in annalibus suis scripsit matronam, quod loculos in quibus erant claves cellae vinariae resignavisset, a qui inedia mori coactam.

Otro supuesto conocido es el de Egnatius Metenius, en donde se dice que al sorprender a su mujer bebiendo vino, ésta, también fue condenada a muerte y, de cuyo relato, nos informan las fuentes (86), entre las cuales, podemos mencionar la de VALERIO MAXIMO (Fact. et dict. memorab., VI, 3, 9):

Egnatii autem Metelli longe minori de causa; qui uxorem, quod vinum bibisset, fustim interemit. Idque factum non accusatore tantum, sed etiam reprehensore caruit; unoquoque existimante, optimo illam exemplo violatae sobrietatis poenas pependisse. Et sane quaecumque foemina vini usum immoderate appetit, omnibus virtutibus januam claudit, delectis aperit.

Prohibición que, en otro momento de su obra (II, 1, 3), vuelve a recordar:

Vini usus olim Romanis foeminis ignotus fuit, ne scilicet in aliquod dedecus prolaberentur: quia proximus a Libero patre intemperantiae gradus, ad inconcessam Venerem esse consuevit.

Ahora bien, es verdad que estas fuentes mencionan la prohibición de beber vino en relación con la causa que

había provocado la condena a muerte de la mujer y no como simple causa de **repudium**. Sin embargo, ello no es motivo para excluirla como causa del **repudium** ya que, en otras fuentes, como es el caso de PLIN., (Nat.Hist.,XIV,12,10), sí la ponen en conexión con el **repudium** y, concretamente, A.GELIO (Noct.Att.,X,23,1-4) de manera más amplia nos habla de ello:

Qui de victu atque cultu populi Romani scripserunt mulieres Romae atque in Latio "aetatem abstemias egisse", hoc est vino semper, quod "temetum" prisca lingua appellabatur, abstinuisse dicunt, institutumque ut cognatis osculum faceret, si bibissent. Bibere autem solitas ferunt loream, passum, murrinam et quae id genus sapiant potu dulcia. Atque haec quidem in his quibus dixi libris pervulgata sunt, sed Marcus Cato non solum existimatas, set et multatas quoque a iudice mulieres refert, non minus si vinum in se, quam si probrum et adulterium admisissent. Verba Marci Catonis adscripsi ex oratione quae inscribitur De Dote, in qua id quoque scriptum est, in adulterio uxores deprehensas ius fuisse maritis necare: "Vir," inquit, "cum divortium fecit, mulieri iudex pro censore est, imperium quod videtur habet, si quid perserse taetreque factum est a muliere; multituatur, si vinum bibit; si cum alieno viro probi quid fecit, condemnatur.

Por tanto, la razón de que en algunas fuentes aparezca la causa de beber vino en relación con una condena de muerte y, en otras, haciendo referencia a los motivos que justificaban al **repudium**, estaría en función de la circunstancia en concreto que, trás el asesoramiento de un

consilium domesticum, llevaría a adoptar el marido una u otra medida. De todas formas, sí se puede apreciar que cuando hace alusión a la muerte de la mujer se están refiriendo, en la mayoría de los casos, al hecho de que la mujer sea sorprendida bebiendo vino o bien porque se encuentre en un estado de embriaguez, mientras que, en el texto de PLUTARCO, sólo nos dice que hubiera falsificado las llaves, las cuales debían de referirse a la bodega o al lugar donde se encontrase guardado el vino ya que, como POLIBIO (*Hist.*, VI,3) nos dice, la mujer no se encargaba ni del cuidado ni tenía la libre disposición de la despensa o bodega donde se guardaba este (87).

Así las cosas, existen indicios suficientes para que, cuando PLUTARCO refleja en su texto la falsificación de las llaves, este refiriéndose a la prohibición de beber vino que las mujeres tenían en la antigüedad. Ahora bien, el fundamento que a ello se le ha querido dar, en relación a que sea causa de **repudium**, ha sido interpretada de diverso modo. Así, NOAILLES considera que ella habría que ponerla en relación con el **adulterium**, es decir, la mujer que bebe vino comete la misma **commixtio sanguinis** que la adúltera pues, en palabras de éste autor: "En buvant la femme se soumet à un principe de vie étranger, donc hostile. En introduisant cet élément extérieur en elle, dans le sang de la famille, elle en détruit l'intégrité. C'est une souillure de sang" (88).

Esta interpretación está fundamentada en la postura que, sobre la misma causa, realizó KIRCHER (89), es decir, que la relación del vino con la sangre, o más bien, como sustitutivo de la sangre y, a su vez, como vehículo de la vida, se dió con mucha frecuencia en el mundo antiguo. De ahí que, en Roma fuese usual mezclar sangre con vino y, al resultado de dicha mezcla, se le denominaba **assaratum** (90).

Ahora bien, esta bebida era consumida sólo por los hombres con ocasión de los distintos ritos que eran usuales (91) pero no por la mujer.

Sin embargo, DURRY (92) considera que esta prohibición tenía su justificación por la exigencia de evitar que la mujer tomase un producto que pudiese desencadenar un anticonceptivo o abortivo. Por tanto, para éste autor, sería en este sentido como habría que interpretar el texto de PLUTARCO.

Con todo, hay también quien opina, como PICCALUGA (93), que dicha prohibición a la mujer iba dirigida más bien al uso del *temetum*, es decir, al consumo profano del vino adoptado para fines rituales. Por el contrario, si existían vinos que la mujer podía beber, siempre y cuando estos fuesen transformados en una sustancia distinta y artificial, cuyas consecuencias eran inofensivas. La razón de esta postura está en que existían ceremonias, como la de *Bona Dea* (94), en donde los hombres no participaban y donde el vino sí era consumido aunque, también es verdad, nunca era expresamente nombrado pues tan sólo se hablaba de *lac* y del ánfora que lo contenía *vas mellarium* (95).

Frente a ello, MINIERI (96) interpreta que la explicación de PICCALUGA no es del todo exacta ya que, si por un lado, es verdad que en el rito de *Bona Dea* el vino fuese utilizado, sin embargo el hecho de que no sea mencionado muestra que, dicha prohibición sí pudo existir y, en consecuencia, la influencia que ella ejercía motivaba que públicamente no se hablara abiertamente del vino. Por otro lado, sobre el *temetum* considera que es el vino en general y que, en todo caso, en un momento posterior el término *temetum* sí pudo adquirir el significado especial de ser un

vino utilizado para el sacrificio (97). Por consiguiente, no acepta MINIERI que este supuesto concreto, de la ceremonia en honor a **Bona Dea**, pueda ser homologado a la prohibición de beber vino por parte de las mujeres, tal y como aparece generalizada en un gran número de fuentes, incluyendo el texto de PLUTARCO.

Por nuestra parte consideramos que, esta causa de **repudium** mencionada por PLUTARCO responde a un momento histórico donde la familia y el matrimonio, como germen de ella, constituye el organismo más importante de la sociedad romana, cuyos comportamientos individuales de sus miembros están regidos por las costumbres (**mores**), los cuales afectaban de modo general al grupo en el que estaban insertos. De ahí que, la prohibición de beber vino guarde relación con la causa mencionada por PLUTARCO y que sólo encuentre su fundamento en dichos **mores** ya que, conforme la sociedad vaya evolucionando y los **mores** no sean suficientes para regularla, el Derecho tendrá que entrar a disciplinar fuera del carácter estrictamente religioso que en tiempos antiguos tenía.

De ahí que, los puntos de vista puestos de manifiesto por NOAILLES y DURRY sean ambos válidos para justificar en cierta medida dicha prohibición de beber vino y su relación con el contenido del texto de PLUTARCO. Pero no podemos adherirnos, exclusivamente a una sólo interpretación pues, para ello, requeriría que contásemos con más fuentes que confirmaran una u otra interpretación. Por ello, opinamos que la postura más acorde es la de MINIERI cuando teniendo presente el momento histórico en el que se desenvuelve concluye su interpretación diciendo: "E, insomma, una forma di controllo sulla donna: il bere vino è vietato perché è in netta antitesi con la rigida morale

familiare e con la stessa istituzione della familia" (98).

Efectivamente, esta causa tenía su razón de ser en los propios usos sociales y en la relevancia que en la Antigüedad estos tenían puesto que en la legislación posterior sobre el **repudium-divortium** y, a diferencia de las otras dos causas mencionadas por PLUTARCO, no se ve reflejada como causa justificativa del mismo. Ahora bien, ello no quita para reconocer que, en los primeros momentos del Derecho romano, pudo estar plenamente configurada y, el hecho de su extinción obedezca a la propia evolución que, tanto desde un plano social como jurídico. Roma fue sufriendo.

con todo, se sabe que esta prohibición existía a tenor del control que sobre la mujer se daba mediante el **ius osculi** (99), es decir, la costumbre de besar a la mujer por parte de sus familiares a fin de que, si ella había bebido vino, el olor la delatara, según veíamos en A.GEL., (Noct.Att.,X,23,1) y que, de igual manera, CICERON (De Rep.,IV,6) nos informa de manera siguiente:

**Ita magnam habet vim disciplina verecundiae:
carent temeto omnes mulieres.**

**Atque etiam si qua erat famosa, ei cognati osculum
non ferebant.**

Como se puede apreciar, en dichas fuentes se habla de **cognati osculum**, esto es, que no era sólo prerrogativa del marido el poder besar a la mujer sino que también estaban facultados los propios **cognatis** de ella, lo que significa que su comportamiento, como dice MINIERI (100), importaba a todo el grupo familiar.

C) Adulterium

De las tres causas que PLUTARCO señala para efectuar el *repudium*, es esta del *adulterium* (*μοιχευ - θεϊσιν*) la que menos esfuerzo requiere para su interpretación puesto que, con independencia de la evidente proyección histórico-jurídica que ofrece, la doctrina, que muestra su interés por interpretar las fuentes que nos informan de este período histórico, se pronuncia de manera unánime en que su existencia pudo obedecer conforme a los principios jurídicos-religiosos que regularon al organismo familiar.

De ahí que, estemos de acuerdo con ESMEIN cuando señala que el adulterio de la mujer era considerado, en tiempos antiguos, como el delito más grave que ésta podía cometer, puesto que atentaba al resto del grupo familiar al introducir en él sangre extraña y, en consecuencia, quedaban ineficaces todos los sacrificios ofrecidos en el culto a los antepasados (*Manes*) (101).

Efectivamente, partiendo de la concepción que pudo existir sobre el matrimonio en estos momentos históricos, es decir, no era una simple unión física sino también de carácter religiosa. Concretamente la mujer en la mayoría de los casos adjuntaba a la celebración del matrimonio la *conventio in manum*, haciendo que ésta quedase plenamente integrada como un miembro más en la familia del marido, convirtiéndose en heredera legítima del patrimonio familiar y participando en todos los cultos y creencias que en ella existiesen (102). Por ello, el adulterio de la mujer supondría un atentado al propio grupo familiar ya que conllevaría una perturbación del orden religioso pues, si de

esa relación extramatrimonial nacía un hijo, éste vendría a ser considerado como un elemento extraño y hóstil para la familia. De ahí que, como señala NOAILLES, el adulterio manchaba la sangre de la familia por medio de la madre, dejando impuros a los hijos que nazcan (103).

Ahora bien, la cuestión que presenta mayor problema es el hecho de que, si bien PLUTARCO habla del **adulterium** como causa del **repudium**, sin embargo en otras fuentes se informa de que el **adulterium** era motivo para condenar a muerte a la mujer. Concretamente, DIONISIO DE HALICARNASO (**Ant.rom.**,II,25,6) nos informa de ello, así como A.GELIO (**Noct.Att.**,X,23,5) que, de una manera más directa, nos dice:

De iure occidenti ita scriptum: "In adulterio uxorem tuam siprehendisses, sine iudicio impune necares; illa te, si adulterares sive tu adulterare; digito non auderet contingere, neque ius est.

La interpretación más tradicional y la que, por otra parte, encuentra más seguidores es aquella, como la de ESMEIN (104) o bien como la de BRINI (105), cuando consideran que dichos textos vienen a hacer referencia a la circunstancia de que la mujer fuese sorprendida en el momento preciso del adulterio y, en virtud a ello, el marido podía ejercitar el **ius occidenti**, es decir, el derecho para matar a su mujer, sin previo juicio, en el supuesto de flagrante delito. En caso de no ocurrir así, el marido podría convocar al **consilium domesticum** que, tras examinar las circunstancias, emitiría el consejo oportuno (**decretum propinquorum** o **cognatorum**), el cual sería en la mayoría de los casos seguido por el marido o su **paterfamilias** pues,

como vimos, es éste el que, en definitiva, tiene la responsabilidad absoluta a la hora de ejercer su **auctoritas** sobre los miembros de su grupo familiar (106).

Sin embargo, en el texto de PLUTARCO se dice sólo que el **adulterium** es causa de **repudium** sin especificar si la mujer fue o no sorprendida en el momento de cometerlo, siendo esta matización lo que ha provocado en los autores antes citados, la interpretación de por qué en algunos textos, como en el de PLUTARCO, aparece como causa de la disolución matrimonial y por qué, en otros, como en el de DIONISIO o en el de A.GELIO, se habla del motivo por el que el marido podía directamente darle muerte.

Evidentemente, la interpretación de ESMEIN o BRINI puede considerarse como aceptable, pero por nuestra parte estimamos que dar una u otra solución ante el **adulterium** sería una cuestión que, con independencia de flagrante delito y en cuyo caso el marido podía ejercitar el **ius occidendi**, la decisión a adoptar dependería de las circunstancias que se diesen en cada caso concreto y tras el asesoramiento del **consilium domesticum**. De todas formas, lo que nos interesa es que la causa del **repudium** por **adulterium** pudo perfectamente estar configurada en el momento histórico al que PLUTARCO hace referencia. El hecho de que DIONISIO, refiriéndose también a la legislación de Rómulo, hable sin embargo de que por la misma era condenada a muerte, puede encontrar su explicación si, como señala BRINI (107), atendemos a los párrafos precedentes cuando se está haciendo alusión a los matrimonios en los que se acompañaba la **confarreatio** y, concretamente, al del **flamen** y **flaminica** que, sin duda alguna, por el "status" que ocupaban en la sociedad se le exigía un comportamiento más ejemplar que al normal del resto de la población; por ello, no sería extraño

que, si la **flaminica** cometía adulterio fuese penada con la muerte.

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

Después de la enumeración que PLUTARCO hace sobre las causas por las que el marido podía repudiar a su mujer, en el mismo texto (Rom.,XXII,3), nos digue diciendo: ... εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δήμητρος ἱερὸν κελεύων.

La interpretación que la doctrina romanística da a este fragmento es de diversa índole. Concretamente, para BAUDRY (108), este fragmento vendría a representar el posible origen de la obligación de restituir la dote a la mujer en el caso de un **repudium** injusto. Sin embargo, LANDUCCI, en su afán de interpretar que dicho texto vendría a hacer referencia a los matrimonios **sine manu**, considera que la sanción impuesta por Rómulo "pressochè assurda rispetto alla **manus**, era invence molto naturale in un matrimonio libero, ove i coniugi conservavano i loro beni" (109).

No podemos compartir dichas interpretaciones dado que, por un lado, el constituir la dote no fue ningún requisito indispensable para celebrar el matrimonio desde un punto de vista estrictamente jurídico, cosa distinta es que ésta se constituyese obedeciendo a los usos sociales (110), tanto en los matrimonios acompañados o no de la **manus**; por otro lado, en el caso de constituirse, se consideraba como una aportación definitiva para el marido y, en consecuencia,

en estos primeros momentos históricos no se daba ninguna garantía jurídica tendente a su restitución (111).

Pero donde se encuentra mayor dificultad a la hora de dar credibilidad a la propia noticia, es por la referencia que PLUTARCO hace de Deméter (*Δημήτηρ*) y que los autores suelen traducir por Ceres, como diosa que corresponde a la mitología romana (112). Y ello porque, si bien en algunas fuentes se habla de que fue Rómulo el fundador del templo de Ceres (113), sin embargo en otras se desprende que pudo ser una diosa perteneciente a la clase plebeya y que su instauración en Roma fue en un momento posterior (114), concretamente, durante el período republicano. De ahí que, un sector de la doctrina (115), no de valor a la noticia de PLUTARCO al considerarlo o como una anticipación de acontecimientos posteriores o como una simple falsificación histórica. Frente a ellos, otro sector doctrinal (116), aunque reconoce que Ceres entra en la historia de Roma en un momento posterior, sin embargo sí le da relevancia al considerar que PLUTARCO al escribir en griego su obra quiso expresar con Deméter (*Δημήτηρ*) a la diosa Tellus (117), cuyo culto residía entre las gentes patricias, con las fiestas de la **Fordicidia** (118) y de la **Fornacalia** (119), pudiéndose identificar con Ceres-Deméter. Por otro lado consideran que, a tenor de las fuentes donde aparece, no es extraño que Tellus venga recogida haciendo referencia a Ceres o a Deméter e, incluso como señala PERRIN, cuando interpreta el texto de PLUTARCO: "*Δημήτηρ* peut doc être la traduction directe par Plutarque de Tellus" (120). En consecuencia, al igual que NOAILLES (121), trata de buscar fundamento a tal noticia, en el sentido de resaltar el carácter religioso en el que estaban envueltos los comportamientos de los esposos que, como cualquier otro miembro del grupo familiar, no podían

permanecer ajenos a los principios con los que se regía, postura a la que también nos adherimos nosotros.

Por otro lado, una vez que la doctrina ha superado el problema de la referencia a Deméter que hace PLUTARCO, la cuestión quedaría reducida en analizar si tal fragmento encuentra o no fundamento en el contexto histórico al que alude. En este sentido, lo que nos impulsa a defender su credibilidad se puede concretar en dos puntos precisos:

- En primer lugar, PLUTARCO quiere poner de manifiesto la importancia que el factor religioso tenía en esta primera etapa del Derecho romano, mostrando que cualquier comportamiento, por individual que fuese, requería la salvaguarda del equilibrio que debía existir en las relaciones con los dioses.

- En segundo lugar, la observancia y tutela que desprendían estos principios religiosos no significan que, por ellos, el poder absoluto con el que estaba revestido el **paterfamilias** se viese mermando. Concretamente, PLUTARCO cuando nos informa de que fuera de las causas establecidas el marido, si repudiaba a la mujer, podría ser objeto de sanciones religiosas, nos muestra la necesidad del **piaculum** por un abuso de poder injustificado, pero en ningún momento PLUTARCO nos dice que, en definitiva, dicho **repudiium** fuese nulo, esto es, el marido bien por decisión propia o bien por mandato de su **paterfamilias** tenía siempre abierta la posibilidad de efectuarlo, con independencia de las consecuencias religiosas que ello desencadenase.

Así las cosas, se puede comprender nuestro interés de configurar el **repudium** en este primer período del Derecho romano como un **repudium**-sanción, ya que la causa que motivaba al mismo, o bien respondía a un mal comportamiento de la mujer que, de no subsanarlo, podía romper la **pax deorum**, o bien a un abuso injustificado del marido asumiendo las consecuencias de las sanciones establecidas por dicho acto. Pero, en definitiva, ambas razones obedecían a principios religiosos cuya relevancia jurídica era evidente por la plena fusión entre el **ius** y el **fas**.

En la medida que la esfera del **ius** vaya separándose del **fas**, entonces será el momento en que el carácter originario de esta institución no tenga razón de ser y el cese de la **affectio maritalis** será lo que venga a configurar de manera definitiva la causa del **repudium**, primero, y como causa del **divortium**, después. Matización, esta última, que será objeto de nuestro análisis en el capítulo último de este trabajo.

IV.2.4.- Interpretación de la expresión: τὸν δ' ἀποδόμενον γυναῖκα εἶεν θαι χθονίοις θεοῖς.

Nos quedaría por examinar la parte final del texto de PLUTARCO (Rom., XXII), cuyo problema principal se centraría en el preciso significado que le debemos dar al término ἀποδόμενον ya que, como veremos, las interpretaciones doctrinales se pronuncian entre la significación de vender o la de repudiar.

La verdad es que atendiendo a un punto de vista filológico, según BAILLY (122), el significado más adecuado sería el de "vender", "restituir", "donar a cambio de", "prestar", "ceder"... los cuales, desde un punto de vista jurídico, conllevan contenidos diferentes. De ahí la necesidad de que atendamos al contexto o materia concreta a la que PLUTARCO está haciendo referencia para determinar una interpretación precisa, fundamentándose de este modo las distintas opiniones que vemos reflejadas en la doctrina romanística.

Concretamente, autores como VOIGT (123) y BONGHI (124), prefieren hacer la traducción de esta frase del modo siguiente: **...qui repudiasset uxorem suam deos manes placeret** y, por tanto, consideran que el verbo ἀποδίδωμαι habría que entenderlo con el significado de repudiar, opinión que es seguida por FULCI (125), por cuanto que esta ley de Rómulo venía a regular el repudio, si atendemos al espíritu que encierra el contenido de todo el pasaje y, en consecuencia, esta frase final la interpretan como un límite impuesto al marido ante un comportamiento arbitrario, mediante las penas que en dicho texto se recogen.

En este sentido, SACCHI (126) no cree tampoco que la venta enunciada por PLUTARCO hiciera referencia a la venta material de la mujer, ya que tampoco en la legislación decemviral el padre que vendía al hijo era penado por este acto, más bien cree que estamos ante la expiación de la ofensa realizada a los dioses domésticos, resentidos por un repudio no suficientemente justificado.

Otros autores, como GIRARD (127) y BRUNS (128), por el contrario, consideran que la traducción más adecuada

sería la de vender, concretamente: ...**qui autem venderet uxorem, diis inferis immolari**, en base a que, como también señala BRINI (129), la palabra **vendere** podría ser interpretada como **mancipare** que, en relación con el matrimonio, significaría la **remancipatio** como el modo de repudio del matrimonio por **coemptio**.

La verdad es que esta última traducción de GIRARD y BRUNS es la que ha sido mejor acogida. Ahora bien, en cuanto a traducción técnica o precisa del término **ἀποδόμενον** y, atendiendo al contexto general de la fuente, autores como NOAILLES intentan ponerlo en relación con la institución del **repudium**. Concretamente, NOAILLES dice lo siguiente: "Il n'est pas possible qu'il soit parlé dans cet ensemble d'une vente, si cette vente est sans aucun rapport avec le divorce" (130). Como fundamento a ello, éste autor opina que la **confarreatio** no fue la forma más antigua del matrimonio **cum manu** pues le precede la **coemptio**, de ahí que la noticia de PLUTARCO debía comportar un **qui remanciparet** pero, al no existir en griego una palabra técnica equivalente, considera que la más idónea sería **ἀποδόμενον**. Ahora bien, NOAILLES distingue entre la **remancipatio** del Derecho clásico y la del Derecho antiguo y, en base a ello, justifica la sanción establecida por Rómulo diciendo: "Il ne s'agit certainement pas encore de cette **remancipatio** du droit classique, accompagnée d'un pacte de fiducie d'émancipation immédiate que la femme est en droit d'exiger du mari à partir où la liberté du divorce est acquise. La **remancipatio** du droit primitif plaçait la femme répudiée **in mancipio** de l'acquéreur, comme tout fils de famille vendu. Elle n'était pas, comme après la **coemptio**, **in manu mancipioque** d'un mari. C'était la peine d'une faute très grave, mais surtout on avait atteint le résultat désiré, l'expulsion de la femme hors de la famille qu'elle a

souillée. La femme est vendue, elle est répudiée" (131).

Por nuestra parte consideramos que el término ἀποδόκενον no puede ser traducido en el sentido de repudiar ni desde un punto de vista filológico ni tampoco desde el punto de vista jurídico, es decir, hemos tenido ocasión de exponer que atendiendo a sus significado filológico dicho término podía encerrar muchos significados pero nunca el de repudiar. Pero es que, además, tampoco le encontramos sentido al intentar dárselo a tener del contexto general de la fuente. Si, efectivamente, PLUTARCO se hubiera querido referir al *repudium* no comprendemos la razón de que no emplease otros términos más adecuados, como ἐκβάλλειν, ἀποπέμψαιτο, los cuales, además de ser utilizados en otros momentos del pasaje, sí vienen a significar en concreto la idea de la disolución matrimonial por medio del *repudium*. De igual manera, tampoco le vemos sentido a que, en la parte final del fragmento, PLUTARCO volviese a insistir en la idea del *repudium* cuando con anterioridad había dejado claro que mientras a la mujer no le estaba permitido divorciarse (... ὧν σφοδρὸς μὲν ἔστιν ὁ γυναικί μὴ διδοῦς ἀπολείπειν ἄνδρα, ...) el marido sí estaba legitimado para repudiarla ante unas determinadas causas (... γυναῖκα δὲ διδοῦς ἐκβάλλειν ἐπὶ φαρμακείᾳ τέκνων ἢ κλειδῶν ὑποβολῇ καὶ μοιχευθεῖσαν.) señalando, además, que fuera de las mismas si el marido la repudiaba sería penado con unas determinadas sanciones (εἰ δ' ἄλλως τις ἀποπέμψαιτο, τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ μὲν τῆς γυναικὸς εἶναι, τὸ δὲ τῆς Δημητρος ἱερὸν κελεύων.).

Ahora bien, tampoco podemos compartir las opiniones de autores, como BRINI y NOAILLES, en la medida de que intentan ver en este fragmento un límite impuesto al marido

cuando sin justo motivo, repudiase a la mujer mediante una **remancipatio**, ya que esta interpretación está desde todo punto influenciada por la idea de querer establecer dos tipos diferentes de matrimonios y, por consiguiente, ven en la **remancipatio** un tipo específico del **repudium** de un matrimonio **cum manu** constituido en la forma de **coemptio**. Lo cual no podemos admitir dado que, en todo momento, el matrimonio y la **conventio in manum** fueron dos instituciones plenamente diferenciadas, como ya expusimos y conforme a las posiciones doctrinales que predominan en la actualidad.

Así las cosas, la solución que daríamos a este problema está basada en parte por la interpretación que, sobre el mismo aspecto, puso de manifiesto LANDUCCI (132) al afirmar que sería más correcto considerar que el significado de "vender" habría que entenderlo en el sentido de **prestare, dare ad altri**. Y decimos que nuestra opinión está basada en LANDUCCI en parte, porque si bien enuncia la solución más adecuada, sin embargo no podemos compartir el motivo principal que le impulsó a efectuar su interpretación, es decir, para éste autor todo el problema se centra en determinar si el texto de PLUTARCO hacía referencia a un matrimonio **cum manu** o **sine manu**. Llegando LANDUCCI a la conclusión de que se trataría del matrimonio **sine manu** ya que, en caso contrario, es decir, si realmente fuese un matrimonio **cum manu**, no encuentra explicación a que pudiese ser penada una venta como consecuencia legítima de la **manus** y, en general, de la **patria potestas**. De ahí que, si se interpreta como **prestare, dare ad altri**, sí parece que fuese más lógico pensar -sigue diciendo- que estuviésemos ante el contenido del matrimonio **sine manu** donde la venta de la mujer no se podía realizar al ser ella una persona libre e independiente con respecto a la **manus** del marido y, en consecuencia, de ningún modo podía ser objeto de un contrato

de compra-venta, aunque sí podía ser prestada con fines de procreación a otro individuo, a tenor de otros textos que encuentra reflejados en el mismo PLUTARCO hablando de esta posible costumbre. Concretamente, tales textos son los siguientes:

En primer lugar, PLUTARCO (Cat.min.,XXV) nos relata un suceso en el que se aprecia la cesión o préstamo de mujeres con fines de procreación:

Εἶτα ἔγρημ θνηγάτερα Φιλίππου, Μαρ-
κίαν, ἐπιεικῆ δοκοῦσαν εἶναι γυναῖκα, περὶ ἧς ὁ
πλείστος λόγος καὶ καθύπερ ἐν δράματι τῷ
βίῳ τοῦτο τὸ μέρος προβληματικῶδες γέγονε καὶ
ἄπορον. ἐπράχθη δὲ τοῦτον τὸν τρόπον, ὡς
ἱστορεῖ Θρασύας, εἰς Μουνάτιον, ἄνδρα Κάτωνος
ἑταῖρον καὶ συμβιωτὴν, ἀναφέρων τὴν πίστιν.
ἐν πολλοῖς ἐρασταῖς καὶ θαυμασταῖς τοῦ Κά-
τωνος ἦσαν ἑτέρων ἕτεροι μᾶλλον ἔκδηλοι καὶ
διαφανεῖς, ὧν καὶ Κοῖντος Ὀρτήσιος, ἀνὴρ ἀξιώ-
ματός τε λαμπροῦ καὶ τὸν τρόπον ἐπιεικῆς.
ἐπιθυμῶν οὖν τῷ Κάτωνι μὴ συνήθης εἶναι μηδὲ
ἑταῖρος μόνον, ἀλλ' ἄμῶς γέ πως εἰς οἰκειότητα
καταμιῆσαι καὶ κοινωσίαν πάντα τὸν οἶκον καὶ τὸ
γένος, ἐπεχείρησε συμπεῖθειν ὅπως τὴν θνηγάτερα
Μαρκίαν. Βύβλω συνοικοῦσαν καὶ πεποιημένην
ἐκείνῳ δύο παῖδας, αὐτῷ πάλιν ὡς περ εὐγενῆ
χώραν ἐντεκνώσασθαι παράσχη. δόξῃ μὲν γὰρ
ἀνθρώπων ἄτοπον εἶναι τὸ τοιοῦτον, φύσει δὲ
καλὸν καὶ πολιτικόν, ἐν ᾧρα καὶ ἐκ μὴ γυναι-
κα μὴτε ἀρρεῖν τὸ γόνιμον ἀποσβέσασαν, μητε
πλείονα τῶν ἰκανῶν ἐπιτίκτουςαν, ἐνοχλεῖν καὶ
καταπτωχεῖν οὐδὲν δέομενον, κοινουμένοι δὲ
τὰς διαδοχὰς ἀξίους ἀνδράσι τὴν τε ἀρετὴν ἄφθο-
ρον ποιεῖν καὶ πολύχυτον τοῖς γένεσι. καὶ τὴν
πόλιν αὐτῆν πρὸς αὐτὴν ἀνακεραυνῶναι ταῖς οἰ-
κειότησιν. εἰ δὲ πάντως περιέχοιτο τῆς γυναικὸς
ὁ Βύβλος, ἀποδώσειν εὐθύς τεκοῦσαν, οἰκειότερος
αὐτῷ τε Βύβλῳ καὶ Κάτωνι κοινωσίᾳ παίδων
γενόμενος.

Ἀποκριναμένου δὲ τοῦ Κάτωνος ὡς Ὀρτήσιον
μὲν ἀγαπᾶ καὶ δοκιμίζει κοινωσίᾳ οἰκειότητος,
ἄτοπον δὲ ἡγεῖται ποιεῖσθαι λόγον περὶ γάμου
θνηγατρὸς ἑτέρῳ δεδομένης, μεταβαλὼν ἐκείνος
οὐκ ᾤκησεν ἀποκαλυψάμενος αἰτεῖν τὴν αὐτοῦ
γυναῖκα Κάτωνος, νέαν μὲν οὖσαν ἔτι πρὸς τὸ
τίκτειν, ἔχοντος δὲ τοῦ Κάτωνος ἀποχρῶσαν
διαδοχῆν. καὶ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν ὡς ταῦτα ἐπρατ-
τεν εἰδὼς οὐ προσέχοντα τῇ Μαρκίᾳ τὸν Κάτωνι.

κίονσαν γὰρ αὐτὴν τότε τυγχάνειν λέγουσιν. ὁ δ' οὖν Κάτων ὄρων τὴν τοῦ Ὁρτησίου σπουδὴν καὶ προθυμίαν οὐκ ἀντίπεν, ἀλλ' ἔφη εἶναι καὶ Φιλίππου ταῦτα συνδοῖναι τῷ πατρὶ τῆς Μαρκίας. ὡς οὖν ὁ Φίλιππος ἐντευχθεὶς ἔγνω τὴν συγχώρησιν, οὐκ ἄλλως ἐνεγγύησε τὴν Μαρκίαν ἢ παρόντος τοῦ Κάτωνος αὐτοῦ καὶ συνεγγυῶντος. ταῦτα μὲν οὖν, εἰ καὶ χρόνους ὕστερον ἐπράχθη, μνησθέντες, μαι τὸ τῶν γυναικῶν προλαβεῖν ἔδοξε.

Concretamente, en el argumento del relato se puede ver que Hortencio solicita a Catón que, en primer lugar, le otorgue a su hija Porcia, casada con Bíbulo, para tener con ella hijos y, como Hortensio sabía que Porcia se encontraba muy bien avenida con su marido, le sugiere que, tras haber parido ella, se la restituirá. Proposición que no acepta Catón. Sin embargo, Hortensio insiste en su empeño y como segunda alternativa le pide a Marcia, mujer de Catón, con el mismo fin de procreación ya que Marcia era joven todavía y a Catón le había dado sucesión suficiente. Propuesta esta última que sí aceptó Catón con la condición de que aceptara tal traslación Filipo, padre de Marcia. De este suceso nos informan otras fuentes (133) en donde, por una parte, se condena este comportamiento y, por otro lado, se intenta ver o buscar una explicación al mismo.

Ahora bien, este hecho de la comunicación de las mujeres con fines de procreación lo podemos ver confirmado en otro texto de PLUTARCO (*Lycurg. et Numa*, III) en donde se dice que un romano que se creía con bastantes hijos, persuadido por otro que los deseaba era dueño de cederle la mujer y de volverla a recibir y, concretamente, el texto sigue diciendo que, un lacedemonio reteniendo a su mujer en su casa y en legítimo matrimonio la cedía al que lo solicitara para tener de ella hijos. Tanto el hecho en sí como el juicio crítico del mismo, reza de la manera siguiente:

Τῆς δὲ περὶ τοὺς γάμους καὶ τὰς τεκνώσεις
κοινωνίας τὸ ἀξιοτάτον ὀρθῶς καὶ πολιτικῶς
ἐμποιοῦντες ἀμφότεροι τοῖς ἀνδράσιν οὐ κατὰ
πάν εἰς τοῦτο συμφέβησαν, ἀλλ' ὁ Ῥωμαῖος
μὲν ἀνὴρ ἰκανῶς ἔχων παιδοτροφίας, ὑφ' ἑτέρου
δὲ πεισθεὶς δεομένου τέκνων, ἐξίστατο τῆς
γυναικός, ἐκδίδομαι καὶ μετεκδίδομαι κύριος
ὑπάρχων, ὁ δὲ Λάκων, οἴκοι τῆς γυναικός
οὔσης παρ' αὐτῷ καὶ τοῦ γάμου μένοντος ἐπὶ
τῶν ἐξ ἀρχῆς δίκαιων, μετεδίδου τῇ πείσαντι
τῆς κοινωνίας εἰς τέκνωσιν. πολλοὶ δέ, ὡς περ
εἴρηται, καὶ παρακαλοῦντες εἰσήγον ἐξ ὧν ἂν
ἔδοκον μάλιστα παῖδας εὐειδεῖς καὶ ἀγαθοὺς
γενέσθαι. τίς οὖν ἡ διάκρισις τῶν ἔθισμῶν; ἢ
ταῦτα μὲν ἰσχυρὰ καὶ ἀκρατος ἀπάθεια πρὸς
γαμετήν καὶ τὰ ταραττόντα καὶ κατακαίοντα
ζηλοτυπίας τοὺς πολλοὺς, ἐκεῖνα δὲ ὡς περ
αἰσχυρομένη ἀτυφία τις, παρακάλυμμα τὴν ἐγ-
γίνην ἐφέλκομένη καὶ τὸ δυσκαρτέρητον ἐξομο-
λογουμένη τῆς κοινωνίας;

Tales textos son observados por LANDUCCI para fundamentar que el texto de PLUTARCO (Rom., XXII), hacía referencia a los matrimonios *sine manu* y que el verbo ἀποδίδομαι se consideraba como una cesión de la mujer pero no como un *repudium* o como una venta definitiva. De ahí que, tome para su argumentación el hecho de que en el relato sobre Catón se diga que éste antes de ceder su mujer Marcia a Hortensio tuviese que pedir el consentimiento para ello a Filippo, padre de Marcia, puesto que interpreta que el matrimonio entre Catón y Marcia era *sine manu* y, en consecuencia, su mujer mantenía vivos sus lazos agnaticios con su familia de origen (134).

Ahora bien, con respecto al segundo texto de PLUTARCO (Lycur. et Numa, III), sólo es objeto de su interpretación para fundamentar que tal costumbre antigua de ceder a la mujer con fines de procreación pudo existir y presumiendo, pero sin argumentarlo, de que se trataría también de un matrimonio *sine manu* (135).

Por nuestra parte, no podemos aceptar la inter-

pretación que muestra LANDUCCI para fundamentar que el verbo ἀποδίδωμι significase "prestar" o "ceder a otro", porque si bien podemos compartir con él el significado que le da a dicho verbo, sin embargo no estamos de acuerdo en que ello se base por la circunstancia de que tales comportamientos se desarrollaban en los matrimonios libres o **sine manu**. La razón de nuestra oposición es que en ninguno de los textos se está diciendo expresamente si existía o no la **manus** por parte del marido sobre la mujer. Es verdad que en el caso concreto del matrimonio entre Catón y Marcia podía pensarse que no existiera la **manus** en dicho matrimonio puesto que, según reza en el texto, Catón puso como condición a Hortensio que era preciso que la cesión de Marcia se hiciera con el consentimiento de Filipo, padre de ésta. Pero ello no nos puede servir para confirmar, como lo dice LANDUCCI, que el texto de PLUTARCO (Rom.XXII), donde nos informa sobre el **repudium**, también hacía referencia a los matrimonios **sine manu**, pues también es verdad que, tanto en dicho texto, como en el otro donde se habla de la comunicación de las mujeres para fines de procreación (Lycur. et Numa,III), no se menciona para nada de la existencia o no de la **conventio in manum**, sino que en ambos se alude sólo a ciertas circunstancias que se podían dar en el matrimonio, como es el caso del **repudium** o el de la cesión de la mujer con fines de procreación, confirmándonos una vez más que el matrimonio y la **conventio in manum** eran dos instituciones plenamente diferenciadas desde un punto de vista jurídico.

Por otro lado, la doctrina actual reconoce que la cesión de la mujer con fines de procreación pudo ser posible (136), trayendo a colación precisamente los textos de PLUTARCO (Cat. mi.,XXV y Lycur. et Numa,III). Ahora bien, su contenido no lo ponen en relación con el texto de PLUTARCO

(Rom.,XXII) en donde se habla del **repudium**, es decir, no ven que, en la frase final de dicho texto, haga referencia a la cesión o préstamo de la mujer con fines de procreación.

Así GAUDEMET cuando entra a interpretar el suceso de Catón y Marcia, considera que no hubo ni venta ni préstamo de la mujer, sino lo que se dio fue un divorcio entre ellos, argumentando su postura en base al texto de LUCANO (*Phars.*,II,326-391) donde se dice que Marcia fue dada a Hortensio pero que después restableció su unión con Catón contrayendo un segundo matrimonio. Por otro lado, considera que el derecho de vender a la mujer, cuya condenación pudo tener su origen -dice éste autor- en el contenido del texto de PLUTARCO (Rom.,XXII), pero al no tener testimonios seguros sobre ello, estima que tal venta no pudo ser posible o era extraño al Derecho romano (137).

Por su parte, HUMBERT (138) y PEPPE (139) también entran a interpretar dichos pasajes pero no en relación con la noticia de PLUTARCO (Rom.,XXII), sino con el fin de explicar hasta que punto tenía importancia la procreación como medio de continuidad del grupo familiar y, concretamente, en relación con el contenido de la **Laudatio Turiae**, en donde se pone de manifiesto la intención de una mujer de divorciarse de su marido a fin de que éste se procurara descendencia con otra mujer, puesto que ella era estéril.

Ahora bien, aunque ambos autores resaltan que la procreación fue uno de los fines principales del matrimonio, sin embargo ponen de relieve que, con respecto al tema de la cesión de la mujer, pudo venir de costumbres antiguas pero que, en el caso concreto del suceso de Catón y Marcia, sólo es fruto de la frecuencia de divorcios y de matrimonios en segundas nupcias que ocurrieron a finales de la República y,

por otro lado, cuando los vínculos agnaticios de la familia, como es la **conventio in manum**, estaba en decadencia.

Pero éstos autores, dejan bien claro que la cesión de la mujer contenida en estas fuentes no pudo ser considerada en la misma medida de lo que ocurría en el Derecho griego donde efectivamente, la mujer sí tenía una función reproductora. De ahí que, HUMBERT con referencia al caso de Catón, considere que sí se encuadraba en el mundo romano pero en base a la información que da S.AGUSTIN (*De bono coniug.*, XV, 17) en donde dice:

Plane uxoris voluntate adhibere aliam, unde communes filii nascantur unius commixtione ac semine, alterius autem iure ac potestate, apud antiquos patres fas erat: utrum et nunc fas sit, non temere dixerim.

Según queda reflejado en dicho texto, un marido sin hijos y con el acuerdo de su mujer podía tomar a otra a fin de que le procurase hijos, pero ésta segunda esposa -dice HUMBERT- quedaría bajo la **potestas** de su primer marido, encontrando así explicación al texto de PLUTARCO (*Cat. min.*, XXV). Sin embargo, rechaza el contenido del texto de PLUTARCO (*Lycur. et Numa*, III) por considerarlo como una invención histórica que PLUTARCO realizó para explicar el comportamiento de Catón. Concretamente dice éste autor: "Le parallèle établi entre Sparte et Rome décèle des différences entre deux institutions: à Sparte il y a communauté des femmes, tandis qu'à Rome il y a rupture de la première union et formation d'une seconde union. Il semble douteux que la coutume attribuée à Numa soit dépourvue de toute historicité, inventée par Plutarque pour expliquer le comportement, très récent, de Caton" (140).

Por su parte, PEPPE también deja claro que la función reproductora que se desprende de tales textos, no puede ser tomada con carácter absoluto, pues la mujer romana ejercía un importante papel como educadora de los hijos, al menos hasta que éstos llegasen a la edad de los siete años, estableciendo una clara diferencia con la mujer griega (141).

Así las cosas, consideramos que éstos autores tienen razón cuando intentan diferenciar la diversa consideración que existía entre la mujer romana y la griega desde un punto de vista jurídico y, de manera especial, en el ámbito del matrimonio. Muestra de ello es que el mismo PLUTARCO (*Lycur. et Numa*, IV), nos señala expresamente que, si bien en el Derecho griego la mujer se casaba ya crecida porque el matrimonio no tenía otro objeto que la procreación de los hijos, sin embargo los romanos las casaban a los doce años, y aún más jóvenes, porque así iban al matrimonio sin vicios en sus costumbres, puesto que el fin primordial del mismo era el de vivir juntos:

Τῇ δὲ ἄλλῃ τῶν παρθένων ἀγωγῇ καὶ τὰ περὶ τὰς ἐκδόσεις ὁμολογεῖ, τοῦ μὲν Λυκούργου πεπαιρωτοὺς καὶ ὁρῶσας νυμφεύοντας, ὅπως ἢ τε ὁμιλία, δεομένης ἤδη τῆς φύσεως, χάριτος ἢ καὶ φιλίας ἀρχὴ μᾶλλον ἢ μίσους καὶ φόβου παρὰ φύσιν βιαζομένων, καὶ τὰ σώματα ῥώμῃ ἔχη πρὸς τὸ τὰς κνήσεις ἀναφέρειν καὶ τὰς ὠδίνων, ὡς ἐπ' οὐδὲν ἄλλο γαμουμένων ἢ τὸ τῆς τεκνώσεως ἔργον, τῶν δὲ Ῥωμαίων δωδεκαετείς καὶ νεωτέρας ἐκιδίδουσι· 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.

Sin embargo, no encontramos en dichas opiniones doctrinales un fundamento o interpretación en torno a la

relación que pueda existir entre el texto de PLUTARCO (Rom.,XXII) y los otros dos del mismo historiador donde se habla de la comunicación de las mujeres con fines de procreación (Cat.min.,XXV y Lycur. et Numa,III). Lo cual es importante de esclarecer porque, si ya vimos que el verbo ἀποδίδωμαι que aparece (en Rom.,XXII) no podemos entenderlo ni como vender ni como repudiar en un sentido absoluto, sino como ceder, restituir..., es significativo que el mismo verbo aparezca en Cat. min.,XXV, cuando expresamente Hortensio dice a Catón que si su yerno Bibulo se encuentra tan bien avenido con su mujer Porcia, él se la restituirá (ἀποδώσειν) a Bibulo una vez que haya parido Porcia.

Por consiguiente, en ambos textos se habla de una cesión no definitiva sino temporal, la cual exigiría la ruptura temporal de un matrimonio y constituir un segundo, no con la finalidad de vivir juntos tal y como vimos que debía inspirarse el matrimonio romano, sino para solucionar una determinada circunstancia, como es la de procurar descendencia, que si bien era uno de los fines primordiales del matrimonio, sin embargo no era la causa principal que daba vida al mismo. De ahí que, cuando PLUTARCO (Rom., XXII) hable de las causas por las que le es permitido repudiar a la mujer, en la parte final de dicho pasaje incluya esta cesión de la mujer como algo que debía ser rechazado, pues implicaba una suspensión temporal del matrimonio que ni se encuadraba como un *repudium* (como disolución definitiva del matrimonio) injustificado ni como un *repudium* que obedeciera a las tres causas previamente apuntadas que, efectivamente, sí lo justificaba.

Por otro lado, que en el relato de Catón (PLUT., Cat.min.,XXV) se aluda a ello como algo ya posible no nos

puede extrañar pues ello ocurrió a finales de la República cuando la decadencia en las costumbres era notoria y cualquier motivo podía ser válido para disolver un matrimonio. Con todo, también es significativo que Catón no aceptara la proposición de Hortensio de cederle a su hija Porcia, ya que ello supondría ir contra la **affectio matitalis** que se daba entre Porcia y su marido Bibulo, por ello Catón no tiene inconveniente otorgarle a Hortensio su propia esposa Marcia, cuyas relaciones matrimoniales no eran en aquel momento satisfactorias, según reza en dicho texto de PLUTARCO. Que tras la muerte de Hortensio, LUCANO (*Pharsal.*, v.326-391) nos relate que Catón y Marcia reanudaron su matrimonio, ello no supone ningún problema al interpretarse que, en un primer momento, la disolución matrimonial entre ellos sí fue con carácter definitivo, y que la reanudación de sus relaciones significaría que habían contraído de nuevo matrimonio.

Mayor problema de interpretación presenta la conexión que pueda existir entre *Rom.*, XXII y *Lycur. et Numa*, III, ambos de PLUTARCO y que, aparentemente, dan la impresión de mostrar noticias contradictorias, pues en un texto se prohíbe la comunicación o cesión de la mujer y, en el otro, se expresa que el marido era dueño de hacerlo. Por otro lado, veíamos como HUMBERT no daba ninguna credibilidad al segundo texto por considerarlo como una invención histórica del propio PLUTARCO para justificar el comportamiento de Catón. Sin embargo, nosotros no participamos de esta interpretación de HUMBERT por las siguientes razones:

En primer lugar, no comprendemos que HUMBERT considere que el contenido del texto *Lycur. et Numa*, III sirviese para justificar el comportamiento de Catón ya que, en dicho texto, no se habla para nada ni de Catón ni de lo

ocurrido en su matrimonio con Marcia. Si, efectivamente, PLUTARCO se hubiera querido servir de dicho texto para justificar el comportamiento de Catón, lo lógico hubiese sido que no lo situara en tiempos de Numa sino en un momento posterior, más contemporáneo al suceso de Catón y, por otro lado, cuando las antiguas costumbres romanas estaban en plena decadencia, es decir, a finales de la época Republicana.

En segundo lugar, podría parecer que los textos de PLUTARCO (*Lycur. et Numa*, III y *Rom.*, XXII) presentan contenidos contradictorios, puesto que, en el primero, se habla expresamente del derecho que tenía el marido de ceder a su mujer a aquel que se lo solicitase con fines de procreación y, en el segundo, por el contrario se establece que será castigado por los dioses infernales a quien la ceda. Sin embargo, consideramos que no existe contradicción en sus contenidos pues PLUTARCO en el primer texto quiso expresar la situación de desigualdad en que se encontraban, en aquellos momentos históricos, las relaciones conyugales, es decir, la mujer siempre se encontraba en una situación de sometimiento bien bajo la *manus* del marido o bien bajo la *potestas* de su *paterfamilias*. De ahí que, desde un punto de vista jurídico, el marido o su *pater* ejercitasen un poder absoluto sobre ella.

Ahora bien, distinto es que por razones de mantener la *pax deorum*, Rómulo especificase, según el contenido que se desprende del segundo texto (*Rom.*, XXII), las consecuencias o sanciones que podían ser objeto aquéllos maridos que ejerciesen un poder arbitrario sobre la mujer; sanciones que no implicaban la anulación, desde un punto de vista jurídico, de los actos ya consumados sino, simplemente, la *expiatio* como medio de subsanar ante los dioses tales

comportamientos. Lo cual no puede ser sólo limitado al ámbito religioso sino también al jurídico puesto que, conforme al momento histórico en que nos encontramos, toda manifestación religiosa es una manifestación jurídica a tenor de la fusión entre el **fas** y el **ius**.

Del mismo modo, esta explicación se corresponde perfectamente con aquella otra que, en el mismo texto se contiene, referente a las sanciones de que era objeto el marido si repudiaba a la mujer fuera de los casos por los que era realmente permitido, pues aunque éste fuese sancionado el **repudium** seguía siendo válido.

Por consiguiente, podemos concluir este capítulo diciendo que las fuentes que nos informan sobre el **repudium** en este período del Derecho romano deben ser tomadas en consideración. Si bien es verdad que al ser de carácter literario, la cautela sobre las mismas debe ser mayor, sin embargo estudiarlas conforme a los factores históricos, jurídicos y sociales, viendo si se adecuan o no a los mismos, suponen, en este sentido, el instrumento más útil para poder realizar la reconstrucción histórico-jurídica de como existió y se desarrolló esta institución en los tiempos más antiguos del Derecho romano.

NOTAS

- (1) Efectivamente, contamos con datos suficientes que nos dan veracidad del período monárquico. Así, por ejemplo, el hecho de que en época republicana se haga alusión al **rex sacrorum** o **sacrificulus**, recordándonos la denominación del monarca de tiempo precedente. También el **interregnum** nos alude al período de vacancia del poder entre reyes sucesivos, en cuyo caso, el poder quedaba en manos de los **patres** o senadores patricios, los cuales se turnaban dicho poder por espacio de cinco días. Del mismo modo, el **regifugium** o fiesta religiosa donde el **rex** celebraba un sacrificio en condiciones no conocidas suficientemente; así como la denominación de **regia** o antigua casa del **rex** y que, en época republicana, sería ocupada por el **pontifex maximus**. Por último y como dato principal, es la fórmula Q.R.C.F. (**quando rex comitiavit fas**), conocida epigráficamente en los **Fasti** y relacionada con los días 24 de marzo y 24 de mayo, en los que se reunían los **comitia curiata**. Cfr., MOMIGLIANO, "Il rex sacrorum e l'origine della Repubblica" en **Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico**, Roma (1969), págs. 395 ss.
- (2) Ello se puede comprobar en los mismos manuales que, a la hora de tratar de la disolución matrimonial, recogen tal afirmación.
- (3) Preferimos utilizar el término **repudium** ya que, cuando tratamos en el capítulo anterior el tema de la terminología, pudimos comprobar que dicho término fue anterior al de **divortium**, no sólo desde el punto de vista filológico sino también desde el punto de vista de su configuración jurídica.

(4) En torno a la *leges regiae*, cfr., entre otros, ZUMPT, *Römisches Criminalrecht*, I, Berlin (1.865), págs. 15 ss.; SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, I, Tübingen (1.867), págs. 23 ss.; VOIGT, *Über die leges regiae*, Leipzig (1.867), págs. 555 ss.; BERNHOFT, *Staat und Recht der römischen Königszeit*, Stuttgart (1.882), págs. 116 ss.; KARLOWA, *Röm. Rechts.*, op. cit. I, págs. 105 ss.; FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano*, Milán (1.885), págs. 1 ss.; MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig (1.888), págs. 36 ss. (=Manuel des Antiquités romaines, III, Paris (1.893), págs. 46 ss.); JÖRS, *Römische Staatswissenschaft zur Zeit der Republik bis auf die Catonen*, I, Berlin (1.888), págs. 59 ss.; GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains*, I, Paris (1.901), pág. 27; WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, Munich (1.902), págs. 442 ss.; BAVIERA, "I monumenta Manilii e il ius papirianum", en *AG.*, 12 (1.903) págs. 255 ss.; CUQ, v. "Leges regiae", *DARENBERG, SAGLIO et POTTIER Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, V. (1.904), pág. 1.173; ZOCCO-ROSA, "L'ius papirianum da Glück ad Hirschfeld", en *RISG.*, 39 (1.905), págs. 73 ss. (=N.D.I., VII (1.938), págs. 514 ss.; PAIS, *Ricerca sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, I, Rome (1.915), págs. 243 ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire*, op. cit., págs. 14 ss.; STEINWENTER, v: "Ius Papirianum", en *PW.*, X,2 (1.919), col. 1285; KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, Leipzig (1.919), págs. 25 ss.; KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig (1.925), págs. 9 ss.; WEIS, *Grundzüge der römischen Rechtsgeschichte*, Reichenberg (1.936), págs. 19 ss.; CARCOPINO, "Les Prétendues lois royales", en *Mél de l'Ecol. Franc. de Rome*, 54 (1.937) págs. 344 ss.; PAOLI, "Le ius papirianum et la loi Papiria", en *RHDFr.*, 24-25 (1.946-47), págs. 139 ss. y 157 ss.; DI PAOLA, "Dalla lex Papiria al ius Papirianum," *St. Solazzi, Napoles* (1.948), págs. 631 ss.; KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen (1.949), págs. 43 ss.; WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, IV, London (1.950). págs. 47 ss.; COLI, "Regnum", en *SDHI*, 17 (1.951), págs. 1 ss.; BERGEL, v.

"Leges regiae", en **Encyclopedic dictionary of Roman Law**, Philadelphia (1.953), págs. 353 ss.; WENGER, **Die Quellen des römische Rechts**, Wien (1.953), págs. 353 ss.; GIOFFREDI, **Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane**, Roma (1.955), págs. 25 ss.; VOCI, "Diritto sacro romano in età arcaica", **op. cit.**, págs. 38 ss.; MAROUZEAU, "Sur deux aspects de la langue du droit", en **Mel. Lévy-Bruhl**, Paris (1.959), págs. 3 ss.; BONFANTE, "Diritto romano e diritto indoeuropeo", en **St. Betti**, II, Milano (1.962), págs. 87 ss.; ORESTANO, **I fatti di normazione nell' esperienza romana arcaica**, Torino (1.967), págs. 182 ss.; TONDO, "Introduzione alle leges regiae", en **SDHI**, 37 (1.971), págs. 1 ss.; SERRAO, v. "Legge", en **Enc. del dir.**, XXIII (1.973), págs. 798 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, "Il rex e la sua nomina", en **Lineamenti di storia del diritto romano**, sotto la direzioni di Talamanca, Milano (1.979), págs. 24 ss.; ID., "I compiti del rex ed i suoi principali collaboratori", en **Lineamenti di storia**, **op. cit.**, págs. 28 ss.; ID., "I collegi sacerdotali", en **Lineamenti**, **op. cit.**, págs. 31 ss.; TALAMANCA, "I mores ed il diritto", en **Lineamenti**, **op. cit.**, págs. 36 ss.; SANTALUCIA, "Gli inizi della repressione criminale", en **Lineamenti**, **op. cit.**, págs. 41 ss.; GUIZZI, v. "Pontefice", en **Enc. del dir.** XXXIV, (1.985), págs. 244 ss.

(5) PAOLI, "Le ius Papirianum", **op. cit.**, págs. 157 ss.

(6) Sobre la importancia de la religión en este período histórico, cfr., entre otros, DE FRANCISCI, **Storia del Diritto romano**, I, Roma (1.931), págs. 276 ss.; ID., **Primordia civitatis**, **op. cit.**, págs. 295 ss.; ID., **Arcana Imperii**, III, 1, Milano (1.948), págs. 130 ss.; MAROI, "Elementi religiosi del diritto romano arcaico", en **AG.**, 109 (1.933), págs. 83 ss.; BLECK, "Zur Frage der religiösen Bestimmtheit des römischen Rechts", en **Festschrift Koschaker**, I, Weimar (1.939), págs. 1 ss.; ORESTANO, "Dal ius al fas", **op. cit.**, págs. 197 ss.; SCHWIND, **Zur Frage der Publikation in römischen**

Recht, München (1.940), págs. 16 ss.; PAOLI, "Le monde juridique du paganisme romain", en **R.H.**, 23 (1.945), págs. 1 ss.; NOAILLES, **Du Droit sacré au Droit civil**, Paris (1.949), págs. 16 ss.; KASER, **Das altrömische Ius**, op. cit., págs. 301 ss.; LEVY-BRUHL, "Sur la laicization du droit à Rome", en **RIDA**, VI (1.951), págs. 83 ss.; VOCI, "Diritto sacro", op. cit., págs. 43 ss.; BAYET, **Histoire politique et psychologique de la religion romaine**, Paris (1.957), págs. 42 ss.; LATTE, **Römische Religionsgeschichte**, München (1.960), págs. 195 ss.; DUMEZIL, **La Religion romaine archaïque**, Paris (1.966), págs. 166 ss.; PUGLIESE, "L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valore sociali nella Giurisprudenza romana", en **Atti del I Congr. della S.I.S.D.**, Firenze (1.966), págs. 162 ss.; GAUDEMET, **Institutions de l'Antiquité**, Paris (1.967), págs. 264 ss.; BOYANCE, "Les origines de la religion romaine. Théories et recherches récentes", en **Etudes sur la religion romaine**, Rome (1.972), págs. 1 ss.; CAMACHO, "Fundación de Roma y tránsito Monarquía-República. Hipótesis sobre esquemas místicos", en **AESJ**, V (1.976), págs. 91 ss.; DE MARCHI, **Il culto privato di Roma antica**, op. cit., págs. 1 ss.

(7) MOMMSEN, **Manuel des Antiquités**, op. cit., págs. 46 ss.

(8) VOCI, op. cit. pág. 46.

(9) VOCI, op. cit. pág. 48.

(10) VOCI, op. cit. pág. 49.

(11) VOCI, op. cit. pág. 90.

(12) VOCI, op. cit. pág. 90.

(13) CARCOPINO, "Les prétendues lois royales", op. cit., págs. 360 ss.
cfr. VOLTERRA, "Il preteso tribunale domestico in diritto romano"

en **RISG**, 85 (1.948), el cual considera válida la interpretación que, áquel autor, da sobre las **leges regiae**, págs. 115 ss. Y, contraria a esta postura se pronunció con anterioridad PAOLI, "Le Ius Papitianum, **op. cit.**, págs. 157 ss.

- (14) **VOCI**, **op. cit.**, pág. 91.
- (15) **VOCI**, **op. cit.**, pág. 92.
- (16) **TONDO**, "Introduzione alle leges regiae", **op. cit.**, págs. 25 ss.
- (17) **SERRAO**, v. "Legge", **op. cit.**, pág. 800.
- (18) **SERRAO**, **op. cit.**, pág. 800.
- (19) **CAPOGROSSI COLOGNESI**, "I compiti del rex e i suoi principali collaboratori", **op. cit.**, pág. 31.
- (20) **TALAMANCA**, "I mores ed il diritto", **op. cit.**, págs. 36 ss.
- (21) El **piaculum** o sacrificio expiatorio tenía la finalidad principal la de purificar cualquier comportamiento que podía levantar la ira de los dioses. De ahí que, con este sacrificio, se consiguiera la **placatio** y, en consecuencia, seguir manteniendo la **pax deorum**. Cfr., **VOCI**, **op. cit.**, págs. 56 ss. con un amplio elenco de fuentes en torno al tema.
- (22) **SANTALUCIA**, "Gli inizi della repressione criminale", **op. cit.**, págs. 36 ss.
- (23) **SANTALUCIA**, **op. cit.**, pág. 42.
- (24) Cfr., **VOCI**, **op. cit.**, pág. 66; **SERRAO**, **op. cit.**, pág. 246; **TONDO**, **Profilo di storia costituzionale romana**, Milano (1.981), págs.

303 ss.

- (25) Cfr., CIC., *De dom.*, XXIX, 77; A.GEL., *Noct. Att.*, V,19,9.
- (26) Cfr., GAYO, *Inst.*, I,112.
- (27) Cfr., GAYO, *Inst.* II,101.
- (28) Cfr., VOCI, *op. cit.*, donde expone los distintos criterios que la doctrina establece a la hora de establecer el momento en el que fueron recogidas, pág. 90.
- (29) Cfr., PLUT., *Rom.*, VI,4; Numa,III,13; *Quaest. rom.*, XIV y LIX.
- (30) Cfr., VAL.MAX., *Fact. et dict. memorab.*, II,1,4; A.GEL., *Noct. Att.*, IV,3,1-2; XVII,21,44.
- (31) REIN, *Das Privatrecht*, *op. cit.*, págs. 449 ss.
- (32) VOIGT, *Über die leges regiae*, *op. cit.*, págs. 29 ss.
- (33) KLENZE, "Die Freiheit der Ehescheidung nach älteren römischen Rechte", en *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, VII (1.831), págs. 21 ss, cit. por FULCI, "Il divorzio", *op. cit.*, págs. 241.
- (34) MARQUARDT, *La vie privée des romains*, I, *op. cit.*, págs. 67 ss.
- (35) WALTER, *Storia del diritto di Roma sino ai tempi di Giustiniano*, trad. por Bollati, Torino (1.851), pág. 495, cit. por FULCI, *op. cit.*, pág. 241.
- (36) SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, *op. cit.*, págs. 164 ss.

- (37) ESMEIN, "La manus, la paternité et le divorce", *op. cit.*, págs. 3 ss.
- (38) BRINI, *Matrimonio e divorzio*, II, *op. cit.*, págs. 46 ss.
- (39) BRINI, *op. cit.*, págs. 53 ss.
- (40) BRINI, *op. cit.*, págs. 101 ss.
- (41) FULCI, *op. cit.*, págs. 241 ss.
- (42) LANDUCCI, "Indiscolubilità del matrimonio confarreato", *op. cit.*, págs. 3 ss.
- (43) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 24 ss.
- (44) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 36 ss.
- (45) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 14 ss.
- (46) BONFANTE, *Corso*, *op. cit.*, págs. 250 ss. Cfr., LONGO, *Corso de diritto romano. Diritto di famiglia*, *op. cit.*, págs. 196 ss.
- (47) VOLTERRA, v. "Divorzio", en *NNDI.*, *op. cit.*, págs. 62 ss.
- (48) ROLEDA, *El Matrimonio*, *op. cit.*, pág. 256.
- (49) Un tema ampliamente debatido por la doctrina es el de si el *consilium domesticum* estuvo o no revestido con una jurisdicción propia. Así, entre los que defienden tal jurisdicción podemos mencionar a KLENZE, "Das Cognaten und affinen nach röm. Recht", en *Zeitschr. f. gesch: Rechtswin*, VI,1 (1.828), págs. 21 ss.; GEIB, *Geschichte des röm. Kriminalprozesses*, Leipzig (1.842),

págs. 82 ss.; FRESQUET, "Du tribunal de famille chez les Romains", en *RHDFr.*, 1 (1.855), págs. 125 ss. (= en *Annali dir. terico practico*, 2(1.856). págs. 29 ss.); ZUMFT, *Das Kriminalrecht des röm. Republik*, I, Berlin (1.865), págs. 356 ss.; VOIGT, *Die lex Maenia de dote*, Weimar (1.886), págs. 28 ss.; ID., *Über die leges regiae op. cit.*, págs. 581 ss.; GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, Paris (1.867), págs. 130 ss.; BECHAMP, "Le droit de vie et de mort et le tribunal domestique à Rome", en *Rev. Cathol. Inst. et du droit*, 18 (1.882), págs. 52 ss.; BRINI, *op. cit.*, II, págs. 115 ss.; PAIS, *Storia critica di Roma*, I, Roma (1.913), pág. 736, nt. 3; COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna (1.921), págs. 35 ss.; BONFANTE, *Corso op. cit.*, pág. 74; DULL, "Iudicium domesticum und apokerjxis", en *ZSS.*, 63 (1.943), págs. 55 ss.; WESENER, "Iudicium domesticum", en *PW.*, supl. IX (1.962), pág. 373; KUNKEL, "Das Konsilium im Hausgericht", en *ZSS.*, 83 (1.966), págs. 219 ss.; BALDUCCI, "Intorno al iudicium domesticum", en *AG.*, 191 (1.976), págs. 69 ss. Sin embargo otros autores muestran una postura contraria, entre los cuales, podemos mencionar los siguientes: MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, Leipzig (1.899), págs. 17 ss.; VOLTERRA, "Il preteso tribunal domestico in diritto romano", *op. cit.*, págs. 103 ss.; DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, IV, *op. cit.*, pág. 40, nt. 134; GREMADES Y PARICIO, *Dos et virtus. Devolución de la dote y sanción a la mujer romana por sus malas costumbres*, Barcelona (1.983), pág. 42, nt. 15; AMERELLI, *Consilia principum*, Napoli (1.983), págs. 60 ss. Por nuestra parte consideramos que, dicho *consilium* no estuvo revestido de una jurisdicción propia, ya que los poderes del *paterfamilias* eran absolutos desde el punto de vista jurídico, sin embargo tampoco dudamos que el consejo o asesoramiento que éste recibía de aquel, sí provocaba un límite fáctico, en la medida que un abuso injustificado de poder podía ir en contra de los *mores maiorum* y, en definitiva, afectar a la *pax deorum*, pues no podemos olvidar que si su poder era absoluto también lo era su responsabilidad, ya que de él

dependía la propia honorabilidad de su grupo familiar. Cfr. IHERING, *L'esprit du droit romain*, II, Paris (1.877), págs. 190 ss.

- (50) Cfr. entre otros, CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano*, Milano (1.942 XX), pág. 98, nt. 1; BALDUCCI, *op. cit.*, pág. 96.
- (51) Cfr. entre otras, DIO.HAL., *Ant. rom.*, II,25,6; IV,66,1-3; T.LIVIO, *Ab urb. cond.*, II,41,10; XXXIX,18; A.GEL., *Noct. Att.*, VI,2; VAL.MAX., *Fact. et dict. memor.*,V,8,2; VI,1,1; VI,3,7; SUET., *Tib.*,XXXV; TAC., *Ann.*,II,50; SEN., *De clem.*,I,15,2-7; XV,1.
- (52) También en la inscripción Orelli, 2648 en donde aparece **sacerdos confarreationum et diffarreationum**, la cual ha sido estudiada por KARLOWA, *Die Formen*, *op. cit.*, págs. 36 ss.; CUQ, *Le conseil des empereurs d'Auguste à Diocletien*, Paris (1.884), págs. 348 ss.; y que, según parece, hace referencia a un jurisconsulto de finales del siglo II d.C. que, en un principio, fue **adsumptus in consilium**, luego **sacerdos confarreationum et diffarreationum** y, por último, **consiliarius**.
- (53) LANDUCCI, "Indissolubilità", *op. cit.*, págs. 50 ss.
- (54) Crr. ROSSBACH, *Untersuchungen über die röm. Ehe op. cit.*, págs. 129 ss.; VOIGT, *Über die leges regiae*, *op. cit.*, págs. 555 ss.; SCHUPFER, *op. cit.*, pág. 161; KLENZE, "Die Freiheit der Ehescheidung", *op. cit.*, págs. 23 ss.; MARQUARDT, *op. cit.*, págs. 67 ss.; BRINI, *op. cit.*, págs. 90 ss.; FULCI, *op. cit.*, págs. 241 ss.; sin embargo, KARLOWA, *op. cit.*, pág. 186 considera que la **diffarreatio** fue una creación, relativamente, reciente de los sacerdotes.

- (55) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 34 ss.
- (56) Sin embargo esta interpretación no nos convence del todo puesto que lo mismo podríamos decir con respecto al otro texto de FESTO (v. **Flammeo**) en el que LANDUCCI se apoya para afirmar la indisolubilidad matrimonial.
- (57) Cfr., ROTONDI, *Leges publicae populi romani, op. cit.*, pág. 465.
- (58) Cfr., las interpretaciones expuestas en el apartado IV,1,1,
- (59) Cfr. JULLIAM, v. "Flamen, flamenica, flamonium", en Daremberg Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. II, 2ª parte, Paris (1.918), págs. 1156 ss.
- (60) De la importancia que tenía el desempeño de sus funciones y sobre el carácter público de las mismas, cfr., CIC., *De leg.*, II,8,20; VARRO, *De ling.*, V,84; T.LIV., *Ab urb. cond.*, I,20; C.I.L., II,2015; VIII,14,692; XIV,692; XIV,2092. Por otro lado, como consecuencia del comportamiento ejemplar que debían mostrar al resto de la población, OVIDIO, *Fast.*, VI,226; I,587, nos dice que a la flamenica se la consideraba como **sancta** y, al **Flamen**, como **castus**. Vid., JULLIAM, *op. cit.*, pág. 1163; FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, págs. 23 ss.
- (61) Además de por la muerte de la mujer, el flaminato se perdía por cualquier conducta negligente en sus funciones; como, por ejemplo, el hecho de presentar en sentido contrario las entrañas de un animal, o si durante un sacrificio dejaba caer su tocado... cfr., VAL.MAX., *Fact. et dict. memor.* I,1,4; T.LIV., XXVI,23,8; PLUT., *Marc.*, V; A.GEL., *Noct. Att.*, X,15; PLUT., *Quaest. rom.*, L. Vid., JULLIAM, *op. cit.*, pág. 1164.
- (62) BONFANTE, *Corso, op. cit.*, págs. 244 y 250. Postura que es

seguida por la doctrina mas reciente. cfr., ROBLEDA, **El matrimonio, op. cit.**, págs. 255 y 256.

(63) Cfr., RICCOBONO, **Fontes iuris romani antejustiniani** (= **F.I.R.A.**), Florentiae (1.941-XIX), pág. 8; BRUNS, **Fontes iuris Romani**, Tubingae (1.909), pág. 6.

(64) BONFANTE, **Corso, op. cit.**, pág. 250.

(65) VOLTERRA, v."Divorzio", en **NNDI., op. cit.**, pág. 62

(66) BRINI, **op. cit.**, II, págs. 156 ss.

(67) DONATELLA-QUARTUCCIO, "Sull'origine dell'**adfectio maritalis**", en **LABEO**, 24 (.978), págs. 51 ss.; sin embargo, se observa en la doctrina que, cuando se estudia la **affectio maritalis**, se hace en función de la distinta situación de la misma en los períodos clásicos y postclásicos sin intentar buscar el fundamento del origen de ella, cfr., entre otros, LONGO, "Affectio maritalis", en **BIDR**, 46 (1.939), págs. 119 ss.; FUENTES BAJO, "La **affectio maritalis** clásica", en **AESJ**, X-XI (1.982-82), págs. 47 ss.

(68) DONATELLA QUARTUCCIO, **op. cit.**, págs. 52 y 53, nts. 2 y 3 donde recoge un importante elenco de fuentes clásicas y postclásicas donde se refleja la expresión **affectio maritalis** y similares. De igual modo, en la pág. 55 expone las distintas inscripciones en donde aparece la misma, inscripciones pertenecientes a los siglos II, III y IV d.C.

(69) DONATELLA QUARTUCCIO, **op. cit.**, pág. 56.

(70) IHERING, **Les Indo-Européens avant l'histoire**, trad. por O. de Meulenaere. Paris (1.895), págs. 392 ss.

- (71) REIN *op. cit.*, pág. 447
- (72) FULCI, *op. cit.*, pág. 235.
- (73) VOIGT, *Leges regiae, op. cit.*, pág. 31; cfr. KARLOWA, *Röm. Rechts.*, *op. cit.*, págs. 185 ss.
- (74) BRINI, *op. cit.*, II, págs. 79 ss.
- (75) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 14 y 15.
- (76) NOAILLES, *Fas et ius, op. cit.*, págs. 4 ss.
- (77) Además de los autores antes citados, como VOIG, KARLOWA, BRINI, LANDUCCI y NOAILLES, entre otros; fue también interpretada esta causa, con anterioridad, y en este sentido por WACHTER, *op. cit.*, pág. 23. En la actualidad, se aprecia que sigue predominando esta postura, como es el caso del reciente trabajo de CREMADES y PARICIO, *Dos et virtus, op. cit.*, pág. 39, nt. 12. Con referencia al tema del aborto en concreto, cfr., entre otros, DÖLGER, "Das Lebensrecht des ungeborenen Kindes und die Fruchtabtreibung in der Bewertung der heidnischen und christlichen Antike", en *Antike und Christentum*, IV (1.934), págs. 1 ss.; HÄHNEL, "Der Künstliche Abortus im Altertum", en *Sudhoffs Archiv für Geschichte der Medizin und der Naturwissenschaften*, XXIX (1.937), págs. 224 ss.; KRENZEL, "Erotica I. Der Abortus in der Antike", en *Wissenschaftliche Zeitschrift der Universität Rostock, Gesellschafts und Sprachwissenschaftliche Reihe*, XX (1.971), págs. 443 ss.; NARDI, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano (1.971), págs. 16 ss.; DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana, op. cit.*, págs. 100 y 101; NARDI, "Aborto e omicidio nella civiltà classica", en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II (1.980), págs. 366 ss.

- (78) Cfr. NOAILLES, *op. cit.*, pág. 6; NARDI, "Aborto e omicidio", *op. cit.*, págs. 371 ss. Ambos autores hacer referencia también a HIPOCRATES.
- (79) ERNOUT y MEILLET, v."venenum", en *Dictionnaire étymologique*, *op. cit.*, pág. 719.
- (80) Cfr., LECRIVAIN, v."venenum", en *D.S.*, V, *op. cit.*, págs. 714 y 715; HUMBERT, v."abigere partum", en *D.S.*, I, *op. cit.*, págs. 7 y 8.
- (81) FULCI, *op. cit.*, pág. 235 y, con anterioridad, REIN, *op. cit.*, pág. 447. En un trabajo reciente de MONACO pone de manifiesto la posibilidad de que, efectivamente, el *venenum* estuviese dirigido contra el marido, pero no era el único supuesto concretamente señala: "Basta considerare che la società romana era priva di una medicina ufficiale alle quale comunque alle donne non sarebbe stato consentito accedere. Dinanzi a evidenti problemi di salute e di igiene, oltre che al problema delle pratiche abortive -severamente punite per la donna maritata, como ovvio in una logica patriarcale-, ben rilevante doveva essere il peso di consigli o medicamenti dispensati nella farmacia del tempio, che consentivano alle donne di gestire da sole la propria salute", en "*Veneficia Matronarum*, magia, medicina e repressione", en *Scritti in Onore A. Guarino*, V (1.984) pág. 2020.
- (82) Efectivamente, OVIDIO (*Amores*, II,13-14) hace referencia a las practicas abortivas cuando su amada Corinna tuvo que acudir a ella tras quedar embarazada. En este sentido, también TACITO (*Ann.*, XIV,63) nos comenta que, Nerón acusó a Octavia no sólo de adulterio sino también de haber intentado el aborto. Cfr., entre otras, PLIN., *Epist.*, IV,11,6; JUV., *Sat.*, II,29-33; VI,295; I,22; VI,366-368; A.GEL., *Noct. Att.*, XII,1,6-8; MARCIAL, *Epigr.* VI,67; SEN., *ad Helviam*, XVI,3; SEN., *Contr.*, II,13,9.

- (83) Cfr., D.48,8,3 (MARCIAN, lib. XIV inst.); PAUL., Sent., 5,23. Vid., ROTONDI, *Leges Publicae, op. cit.*, págs. 357 y 358. Con anterioridad a las mismas, se cita a la *lex Sempronia de sicariis et veneficiis* (año 123 a.C) de contenido más incierto, cfr., ROTONDI, *op. cit.*, pág. 310
- (84) NOV., 22,16,1: *Has itaque causas nobis Theodosius explanavit. Nos autem ex veteribus sumentes et alias adiecimus tres. Si enim mulier tanta detineatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum, vel tanta libido est ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constet cum viro matrimonium, ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia, et lucrari dotes et antenuptiales habere donationes: utpote etiam his causis rationabiliter solvere valentibus matrimonium et sub eundem deferentibus ordinem, sub quem poenas Teodosii pie memoriae constitutio definivit.* Cfr., C.Th., 3,16,1.
- (85) Cfr., entre otros, LANDUCCI, *op. cit.*, pág. 15; VOIG, *Leges regiae, op. cit.*, págs. 31 ss.; BRINI, *op. cit.*, págs. 81 ss.; KIRCHER, "Die sakrale Bedeutung des Weines in Altertum", en *Religionsgeschichtliche Versuche und Vorarbeiten*, 9.2(1.910), págs. 16 ss.; NOAILLES, *Fas et Ius, op. cit.*, págs. 7 ss.; DURRY, "Les femmes et le vin", en *REL.*, 33 (1.955), págs. 108 ss.; HERRMAN, *Le rôle judiciaire, op. cit.*, págs. 50 ss.; NARDI, *Procurato aborto, op. cit.*, págs. 16 ss.; FRANCIOSI; *Clan gentilizio e Strutture monogamiche, op. cit.*, págs. 58 ss.; MINIERI; "Viri usus feminis ignotus", en *LABEO*, 28 (1.982), págs. 150 ss.
- (86) Cfr., además PLIN., *Nat. Hist.*, XIV,89; SERV., *Ad Aen.*, I,737; TERT., *Apol.*, VI,25. Sobre este episodio y, en concreto, sobre Egnatius Metennius, vid., MÜNZER, v."Egnatius", en *PW.* V,(1.905) 1197 ss.; CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e Terminologia giuri-*

dica nelle opere di M.Terenzio Varrone. Milano (1.973), págs. 93 ss.; FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, op. cit., págs. 58 ss.; BALDSON, *Roman women*, London (1.977), págs. 213 ss.

- (87) Sin embargo, sabemos que, cuando la mujer contraía matrimonio y desde el momento de la **deductio in domun**, se convertía en señora **domina** de su casa, ocupándose tanto de las cuestiones domésticas como de ser copartícipe con su marido de los cultos religiosos. Vid., GUILLEN, *Urbs. Roma*, op. cit., págs. 159 ss.; donde expone el papel importante que ejercía la mujer en la familia romana pero observando, también, que no bebían vino, sino **mulsum** que era mezcla entre vino, agua y miel, es decir, totalmente transformado.
- (88) NOAILLES, op. cit., pág. 21.
- (89) KIRCHER, op. cit., págs. 16 ss. y 74 ss.
- (90) FESTO, v. **assaratum** (L. 15): **Assaratum apud antiquos dicebatur genus quoddam potionis ex vino et sanguine temperatum, quod Latini prisci sanguinem assyr vocarent.** Cfr., ERNOUT-MEILLET, v. "assyr", en *Dictionnaire*, op. cit., pág. 52. De la costumbre de mezclar sangre con vino en determinadas ceremonias religiosas también es puesta de manifiesto por SALUSTIO, (*De con. Cat.*, XXII,1-2) cuando Catilina al tomar juramento a los cómplices de su delito, hizo circular en copas sangre humana mezclada con vino a fin de que todos se guardasen mayor fidelidad: **fuere ea tempestate qui dicerent Catilinam oratione habita, quom ad ius iurandum popularis sceleris sui adigerent, humani corporis sanguinem vino permixtum in pateris circumtulisse: inde quom post execrationem omnes degustavissent, sicuti in solemnibus sacris fieri consuevit, aperuisse consilium suum, atque eo dictitare fecisse, quo inter se fidi magis forent alius alii facinoris conscii.** Cfr., PLUT., *Public.*, IV,1.

- (91) Cfr., KIRCHER, *op. cit.*, págs. 83 ss.
- (92) DURRY, "Les femmes et le vin", *op. cit.*, págs. 108 ss.
- (93) PICCALUGA, "Bona Dea: due contributi alla storia del suo culto", en *SMSR*, 35, (1.964), págs. 208 ss.
- (94) Cfr. SAGLIO, v. "Bona Dea", en *Dictionnaire des Antiquités*, *op. cit.*, I, págs. 725 ss.; WISSOWA, v. "Bona Dea", en *PW.*, III (1.897) 689; GAGE, *Matronalia. Essai sur les dévotions et les organizations cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Coll. LATOMUS LX, Bruxelles (Berchem) (1.963), págs. 137 ss.; PICCALUGA, *op. cit.*, págs. 195 ss.; LATTE, *Röm. Religions.*, *op. cit.*, págs. 228 ss.; GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano, Il sacerdozio di Vesta*, Napoli (1.968), pág. 124, not. 103.
- (95) Cfr., entre otros, PLUT., *Quaest.rom.*, XX; DION.HAL., *Ant. rom.*, I,33,1; MACR., *Sat.*, I,12,25. Vid., MINIERI, *op. cit.*, pág. 161 not. 65.
- (96) MINIERI, *op. cit.*, págs. 158 ss.
- (97) En este sentido, como señala MINIERI, *op. cit.*, pág. 158, los autores latinos no establecen una diferencia entre el *temetum* y los otros vinos; así, A.GEL., *Noct.Att.*, X,23; PLIN, *Nat.Hist.*, XIV,12: ...*temetum...hoc tum nomen vino erat unde et tumelentia appellata*. Cfr., ERNOUT-MEILLET, v. *temetum*, en *Dictionnaire étymologique*, *op. cit.*, págs. 679 y 680; CLERICI, *Economia e finanza dei Romani*, Bologna (1.943), págs. 44 ss.
- (98) MINIERI, *op. cit.*, pág. 155.
- (99) Para conocer las distintas situaciones en las que se practicaba

el **osculum**, vid., LOPEZ LOPEZ; "Léxico y género literario: basium, osculum, savium", en **SODALITAS**; 1(1.980), págs. 121 ss.; con una gran riqueza de fuentes. Cfr., GUARINO, **Iusculum iuris**, Napoli (1.985), págs. 168 ss.

(100) MINIERI, **op. cit.**, págs. 155 y 156.

(101) ESMEIN, "Le délit d'adultère à Rome", en **NRHDFr.**, 12(1.878), págs. 1 ss. Cfr., HUMBERT, v. "adulterium", en **DS, Dictionnaire des Antiquités, op. cit.**, I, págs. 85 ss. BRINI, **op. cit.**, págs. 117 ss.; NOAILLES, **op. cit.**, págs. 9 ss.; DEL CASTILLO, **La emancipación de la mujer romana, op. cit.**, págs. 82 ss.

(102) Siendo ello, el motivo principal que provocó durante bastante tiempo, de modo especial hasta los estudios de MANENTI, que la doctrina romanística confundiese la **conventio in manum** con un tipo específico de matrimonio, es decir, el matrimonio **cum manu** y que, por otro lado, si existen algunos intentos de estudiar el **repudium** en el período anterior a la legislación de Augusto es, precisamente, por el afán de dar respuesta al distinto carácter que podían encerrar en uno u otro tipo de matrimonio. Sin embargo, a partir de MANENTI y, concretamente, a partir de los estudios de VOLTERRA, la romanística asimilando que el matrimonio es una institución con plena independencia de la **conventio in manum**, ha centrado sus esfuerzos en los períodos históricos clásicos y postclásicos, dejando a un lado el estado de la cuestión que pudo existir en sus orígenes al dar escaso valor a las fuentes literarias que nos informan del mismo, como se desprende de los estudios de VOLTERRA y de los autores que le siguen. De ahí que, no contemos con una bibliografía más actual que interpreten las noticias que, sobre el **adulterium** como causa del **repudium** en época antigua, nos muestra: las fuentes literarias, pues las referencias que de ellas hacen son esporádicas y, en definitiva, sin querer entrar a investigar las

razones de su propia configuración.

- (103) NOAILLES, *op. cit.*, págs. 19 ss.
- (104) ESMEIN, *op. cit.*, págs. 3 ss.
- (105) BRINI, *op. cit.*, págs. 117 ss.
- (106) Cfr., la nota (49) de este capítulo.
- (107) BRINI, *op. cit.*, págs. 120 y 121.
- (108) BAUBRY, v. "Dos", en D.S., *Dictionnaire des Antiquités, op. cit.*, págs. 395.
- (109) LANDUCCI, *op. cit.*, pág. 18.
- (110) Efectivamente, esta obligación moral (*officium*) de constituir la dote, se desprende del sentir social y que, concretamente, lo podemos ver reflejado en las siguientes fuentes: PLAUT., *Aul.* (190 ss.); *Trinum.*, (v.689); CIC., *Pro Quint.*, II,31.
- (111) Esta es la opinión que cuenta con un mayor respaldo en la doctrina romanística. Cfr., entre otros, SOLAZZI, *La restituzione della dote nell diritto romano*. Città di Castello (1.889), págs. 182 ss.; ARNO, "Il nuovo regime dotale serviano", en *Studi in onore Bonfante*, 1(1.930), págs. 81 ss.; DUMONT, "Les revenus de la dot en droit romain", en *RHD.*, 22(1.943), págs. 1 ss.; LAURIA, *Matrimonio-dote in diritto romano*, Napoli (1.952), págs. 65 ss.; ALBERTARIO, "La connessione della dote con gli cneri del matrimonio", en *Studi*, 1(1.933), págs. 293 ss.; NABER, "De Dotis natura", en *Studi Riccobono*, 3(1.964), págs. 233 ss.; GARCIA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil, I. La tradición romanística*. Barcelona (1.982), págs. 45

ss.; ID., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano.* Roma-Madrid (1.958), págs. 55 ss.; CREMADES y PARICIO, *Dos et virtus, op. cit.*, págs. 34 ss.

(112) Vdi., WISSOWA, v."Ceres", en *PW.*, III-6(1.889) 1970 ss.; LENORMANT, v."Ceres", en *DS.*, Dictionnaire des Antiquités, *op. cit.*, I, 2ª parte, págs. 1.021 ss.; GRIMAL, v."Ceres", en *Diccionario de mitología griega y romana*, Barcelona (1.981), pág. 99; HUMBERT, *Mitología griega y romana*, ed. G. Gili, Mexico (1.978), págs. 38 ss.

(113) Además del texto de PLUTARCO (*Rom.*, XXII) encontramos que DION.HAL., (*Ant.rom.*, I, 33) atribuye a Rómulo la fundación del primer templo de Ceres.

(114) T.LIV., (III, 55, 7): *Ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset; familia ad aedem Cereris, Liberi, Liberaeque venum iret.* PLIN., (*Nat.Hist.* XVIII, 3, 12): *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capitata erat, suspensusque Cereri necari iuebant gravius quam in homicidio convictum.* Concretamente, TACITO, (*Ann.*, II, 49) nos dice que la creación del templo de Ceres se debería al dictador Postumius en el siglo V a.C.

(115) Cfr., entre otros, GIRARD, *Histoire de l'organisation, op. cit.*, pág. 35; WISSOWA, *op. cit.*, pág. 1.970; BONFANTE, *Corso op. cit.*, pág. 275; FLINIAUX, "Une vieille action du droin romain l'action de pasto", en *Melanges Cornil*, I (1.026), pág. 273, nt. 2; CARRELI, "Plinio Nat. Hist. 18, 3, 12, e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole", en *Pubbl. della Univ. di Bari, Annali de la Facoltà di giurisprudencia*, vol. II (1.939-XVII), págs. 1 ss.

(116) Cfr., entre otros, NOAILLES, *Fas et Ius, op. cit.*, pág. 3; VOCI,

op. cit., pág. 53; PERRIN, "La consecration à Cérès", en *Studi in memoria di E. Albertatio*, vol. II (1.953), págs. 385 ss.

(117) Efectivamente, GRIMAL, v. "Tellus", *op. cit.*, pág. 500, nos dice que Tellus es en Roma la personificación de la tierra nutrida (**Terra Mater**) pero que en las leyendas ocupa a veces el puesto de Gea, diosa helénica, y otras veces, siendo lo más frecuente, aparece en el lugar de Ceres-Deméter. Por otro lado, contamos con abundantes fuentes en donde se refleja el culto a esta diosa, de las cuales nos da una amplia relación de ellas CARCOPINO, *Aspects. mystiques de la Rome païenne*, Paris (1.941), págs. 13 ss. aunque, también es verdad, que él prefiere traducir a Ceres por Core, hija de Deméter y que, normalmente, se la conoce con el nombre de Perséfone. Sin embargo PERRIN, *op. cit.*, págs. 403 ss., fundamenta ampliamente las razones de que Ceres deba ser traducida por Tellus, con distintas referencias bibliográficas y de fuentes.

(118) En este sentido, PERRIN, *op. cit.*, pág. 403, nos dice. "Le 15 avril, lors des Fordicidia, on sacrifiait à Tellus, au sein des trentes Curies -ces groupements politiques et religieux de **gentes**- une génisse "pleine et féconde" (OVID., *Fast.*, IV,631)...Il y a là une certaine "correspondance des formes" par les "contraires" qui évoque la fécondité, cause finale de la **gens** dont la stabilité réside dans la succession ininterrompue des générations à partir d'un ancêtre commun". Cfr., MARQUARDT, *Le Culte chez les Romains*, trad. Brissaud (1.889), vol. 1, págs. 234 ss.

(119) De igual manera PERRIN *op. cit.*, págs. 404 y 405, nos dice al respecto: "Les Fornacalia trouveraient leur origine dans l'offrande à Cérès, en février, des prémices du **lar** moissonné... La vraie nature de la déesse à qui était offert le **lar** passé a four transparaît au demeurant dans les mentions du calendrier qui

suivent immédiatement les Fornacalia: Fêtes funébres en l'honneur des dieux Manes -on sait que la terrible formule de la **devotio** associe toujours les dieux infernaux à Tellus-, peut-être par contraste, à cause de leur stérilité ou parce qu'ils sont censés résider dans les profondeurs de la terre... La Cérès des Fornacalia a donc été substituée à Tellus prise ici comme symbolisant la fertilité agraire. On voit par là que la divinité célébrée dans les Fordicidia et les Fornacalia s'identifierait fort bien avec la Déméter du texte du Plutarque et la Cérès de la disposition décemvirale rapportée par Pline".

- (120) PERRIN, *op. cit.*, pág. 317. Sin embargo, LE BONNIEC, afirma la independencia de Ceres con respecto a Deméter, en "Le culte de Cérès à Rome des origines à la fin de la République", en coll. **Etudes et commentaires**, vol. XXVII, Paris (1.958), comentado por BOYANCE **Etudes sur la religion romaine**, *op. cit.*, págs. 53 ss.
- (121) NOAILLES, *op. cit.*, págs. 23 ss.
- (122) BAILLY, v. ἀπο-διδωμι y ἀπόπεμψις, en **Dictionnaire Grec Français**, Paris (1.950), págs. 222 y 237.
- (123) VOIGT, **Über die Leges regiae**, *op. cit.*, págs. 37 ss.
- (124) BONGHI, **Storia di Roma**, Treves (1.888), pág. 178 not. 5.
- (125) FULCI, *op. cit.*, pág. 233.
- (126) SACCHI, v. "Divorzio", en D.I., 9-3ª (1.899-1.902), pág. 404.
- (127) GIRARD, **Textes de Droit romain**, Paris (1.937), pág. 6.
- (128) BRUNS **Fontes** *op. cit.*, pág. 6.

- (129) BRINI *op. cit.*, vol. II, pág. 77.
- (130) NOAILLES, *Fat et Ius, op. cit.*, pág. 11.
- (131) NOAILLES, *op. cit.*, pág. 13.
- (132) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 18 ss.
- (133) Cfr., ESTRABON, *Geog.*, XI,9; TERT., *Apol.*, XXXIX,12; AUG., *De fide et oper.*, VII,11; *De bono coniug.*, XV,17; APIANO, *Bell. civ.*, II,99; LUC., *Phars.*, II,326-391; QUINT., *Inst. or.*, X,5,13. Sobre este suceso, cfr., entre otros, MALCOVATI, "Clodia, Fulvia, Marzia, Terenzia. Donne di Roma antica", en *Quaderni di Studi romani*, 1(1.945), págs. 5 ss.; VAN OOTEGHEM, "Lucius Marcius Philippus et sa famille", en *Mém. Acad. des Sc. de Belgique*, 50,3(1.961), págs. 101 ss.; MEANS, "Plutarch and the Family of Cato Minor", en *C.J.*, 69 (1.974), págs. 213 ss.; FLACELIÈRE, "Caton d'Utique et les femmes", en *Mélanges Heurgon*, vol. I, Ecole Française de Rome (1.976), págs. 293 ss.; SCARDIGLI, *Die Römerbiographien Plutarchs*, München (1.979), págs. 136 ss.; CANTARELLA, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità in Grecia e in Roma*, Genova (1.981), págs. 152 ss.
- (134) LANDUCCI, *op. cit.*, pág. 20
- (135) LANDUCCI, *op. cit.*, págs. 21 y 22.
- (136) Cfr., GAUDEMET, "Observations sur la manus", *op. cit.*, págs. 345 ss.; HUMBERT, *Le remariage, op. cit.*, págs. 94 ss.; PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età Repubblicana*, Milano (1.984), págs. 72 ss.
- (137) GAUDEMET, *op. cit.*, pág. 345.

(138) HUMBERT, *op. cit.*, págs. 97 ss.

(139) PEPPE, *op. cit.*, pág. 70 ss.

(140) HUMBERT, *op. cit.*, pág. 98. nt. 26.

(141) PEPPE, *op. cit.*, págs. 74 ss.

CAPITULO V

EPOCA REPUBLICANA: DEL REPUDIUM MARITAL AL DIVORTIUM

V.1.- LA LEX XII TABULARUM

V.1.1.- La *usurpatio trinocitii*.

V.1.2.- Interpretación de la tabla IV,3.

V.1.3.- La prohibición del *ius conubii* entre patricios y plebeyos y su posterior derogación mediante la *lex Canuleia*.

V.2.- EL SUPUESTO DE SPURIO CARVILIO RUGA.

V.2.1.- Fuentes. El problema en torno a la fecha.

V.2.2.- Hipótesis de que fue el primer divorcio ocurrido en Roma:

- A) En razón de que se tratase de un matrimonio acompañado o no de la *conventio in manum*.
- B) Por la esterilidad de la mujer y el juramento hecho ante los censores: *liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)*.
- C) Por la necesidad de regular las *cautiones rei uxoriae*.

V.3.- FRECUENCIA DEL DIVORCIO EN ROMA

V.3.1.- Transformación social en Roma

V.3.2.- Libertad en torno a las causas. El divorcio impuesto por el **paterfamilias**.

V.3.3.- El problema en torno a la forma.

Será durante el período republicano cuando asistamos a la profunda transformación que experimentará la institución objeto de nuestro estudio. Concretamente, podremos observar que el antiguo **repudium**, como acto jurídico-religioso que obedecía fundamentalmente a la necesidad de subsanar un mal comportamiento de la mujer, pues si no se remediaba podía afectar a la **pax deorum**, va a ir perdiendo dicho carácter para convertirse en un modo más de disolver el matrimonio y cuya causa primordial podría residir en el cese efectivo de la **afectio maritalis** a iniciativa, en un principio, del marido pero que, de manera paulatina, también será por decisión de la mujer, o bien de común acuerdo entre ellos. De ahí que titulemos este capítulo del **repudium** marital al **divortium**, o en otras palabras, cuando el **divortium**, a tenor del contenido que expresan las fuentes (1), configura la nueva concepción que experimentó este modo de disolver el matrimonio.

Ahora bien, habría que preguntarse ¿qué fue lo que determinó tal evolución?, o bien ¿cuáles fueron los hitos que jugaron un papel esencial en el desarrollo de nuestra institución?

Sin duda alguna, sabemos que los hitos históricos que caracterizaron a este período republicano fueron la publicación de la **lex XII Tabularum**, la afirmación de la jurisprudencia laica y el edicto del pretor (2). Hitos que, a su vez, no fueron otra cosa que el producto de un desarrollo social y político de Roma, caracterizado entre otras cosas por la lucha patricio-plebeya (3) que se dio en un primer momento y que, superada la misma, surgió el

7

nacimiento de una nueva clase dominante, es decir, la **nobilitas** (4) que, junto a la propia expansión territorial de Roma, hizo surgir en la sociedad romana nuevas exigencias.

Sin embargo, cuando centramos nuestra atención en el estudio de una institución jurídica en concreto, como es la del **repudium-divortium**, y cuando observamos que la costumbre (**mos**) siguió siendo la fuente primordial de su regulación a través del grupo familiar, requiere que tengamos siempre presente hasta qué punto dichas costumbres (**mores**) así como la propia familia fueron evolucionando en función de aquellos hitos y factores enunciados. Pues, de esta manera, podemos no sólo comprender sino también reconstruir, desde un punto de vista histórico-jurídico, la institución objeto de nuestra investigación.

V.1.- LA LEX XII TABULARUM.

Es verdad que la mayoría de los autores consideran que la **lex XII Tabularum** no fue otra cosa que la plasmación por escrito de todo un conjunto de **mores maiorum** existentes en tiempos precedentes (5). Sin embargo, el hecho de que esta codificación surgiese al poco tiempo de la implantación de un nuevo sistema político, unido a la importancia que supuso la existencia en estos momentos de la lucha patricio-plebeya, nos obliga a que veamos en esta legislación como el estado transitorio entre lo que fue la antigua concepción jurídico-religiosa del matrimonio y la concepción preclásica que se dio en el transcurso de esta etapa republicana, concretamente cuando surgió la nueva clase dominante, es decir, la **nobilitas**.

La mayor dificultad con que nos encontramos a la hora de enfrentarnos con su estudio es que, al no habernos llegado el texto original, el resultado de las distintas reconstrucciones sobre el mismo nos presenta un contenido fragmentario de difícil interpretación (6), ya que las citas recogidas se deben a algunos jurisconsultos clásicos o por menciones aisladas que encontramos en las fuentes literarias (7). Con todo, y por ser recordadas como **fons omnis publici privatique iuris** (T.LIV.,III,34,6) justifica cualquier estudio en torno a las mismas y, más aún, si en ellas vemos recogidas noticias referentes a la **conventio in manum** y al matrimonio.

V.1.1.- La **usurpatio trinoctii**

Ya tuvimos ocasión de exponer (8) que la **usurpatio trinoctii** no fue una forma de disolución del matrimonio, sino un modo más de disolver la **conventio in manum**. Ahora bien, la razón de que volvamos a insistir en esta figura jurídica no es otra que, como consecuencia de estar expresamente contemplada en la legislación decemviral, habría que determinar en qué medida pudo influir en dar una mayor relevancia jurídica al matrimonio ya que, si bien es verdad que **manus** y matrimonio son dos instituciones plenamente diferenciadas, sin embargo también expusimos que ambas gozaron de una estrecha conexión en época antigua, hasta el punto de ser la **conventio in manum**, más que el matrimonio, la que era objeto de especial atención por el ordenamiento de la **civitas** y, en consecuencia, si en las XII Tablas se dice: **ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni (usum) interrumperet** (GAYO, Inst., I,111), es lógico suponer que esta disposición supusiera una evolución

importante al reconocerse, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la configuración del matrimonio como institución independiente, al menos, según suele enunciarnos la doctrina romanística más actual (9). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, también consideramos relevante el hecho de que, al venir expresamente recogida en dicha legislación, supondría también un avance en la medida de que dejaba de ser una institución que se desenvolvía simplemente en la esfera del ámbito familiar para venir a engrosar las materias que también iban a competir al ordenamiento de la *civitas* y sin que ello fuese por razones jurídico-religiosas.

Efectivamente, a diferencia de lo que veíamos que ocurría en las supuestas *leges regiae*, el tratamiento que le da ahora la legislación decemviral al tema del matrimonio no obedece a razones de establecer sanciones como *piaculum* de un mal comportamiento que podía afectar a la *pax deorum*, ya que ello era la única justificación que podemos encontrar para que dichas *leges* viniesen a tratar cuestiones, como el matrimonio, de exclusiva competencia del grupo familiar. Y aunque la legislación decemviral no suponía todavía una ruptura total con el mundo jurídico-religioso que se dio con anterioridad (10), sin embargo, en este tema preciso de la *conventio in manum* y del matrimonio, sí supone un importante esfuerzo de plasmar por escrito que tales materias iban a ser objeto de regulación por parte del *ius*.

Con todo, algunos autores (11) han sostenido que tal disposición, al establecer que es la mujer y no el marido el que puede ejercitar la *usurpatio trinocitii* y, por tanto, la ruptura de la *manus*, no sería otra cosa que la anticipación histórica de una situación que sí pudo ser factible en un momento posterior, concretamente alrededor

del siglo II a.C., cuando se venía imponiendo la exigencia de una mayor libertad e independencia de la mujer. Y, en tal sentido, podemos observar la reciente opinión puesta de manifiesto por BRUNELLA BIONDO al considerar que no le encuentra fundamento al hecho de que, durante los siglos V y IV a.C., la mujer tuviese un interés concreto por no quedar sometida a la **manus** del marido, concretamente nos dice: "Interesse della donna nemmeno, se è vero che in quei tempi lontani le **mulieres**, pur se avevano la capacità successoria ben poco avevano da sperare di non essere diseredate del **pater** nel suo testamento, praticamente immancabile. Interesse dei fratelli, degli **agnati** dei **gentiles** neppure, dal momento che tutto essi avevano eventualmente da guadagnare, e nulla da perdere, per effetto del passaggio della congiunta **filia familias** sotto la **manus** di un altro. Nell'ambiente del V-IV secolo a.C., insomma, non si riesce a capire perché debba essere sorta e debba essersi affermata la pratica del **trinoctii abesse**, impeditiva della **conventio in manum**" (12).

Ahora bien, esta interpretación no nos presentaría dudas si no fuese porque el mismo GAYO (*Inst.*, I, 111) nos dice, a tenor del **usus** y de la **usurpatio trinoctii**, que:

**Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est,
partim ipsa desuetudine oblitteratum est.**

Y, por tanto, ¿cómo es posible que tales autores consideren que tal disposición que GAYO atribuye a la **lex XII Tabularum** sólo fue posible a partir del siglo II a.C. cuando es, precisamente, ese período histórico coincidente con el declive de la **conventio in manum**? y, más aún, cuando la misma BRUNELLA BIONDO reconoce que no tiene razones fundadas para no dar credibilidad a la noticia mostrada por

GAYO (13). En consecuencia, apoyar tal proposición de que la **usurpatio trinoctii** referida en las XII Tablas es una anticipación histórica, supondría a nuestro criterio una evidente contradicción.

Por otro lado, según nos informa A.GELIO (**Noct.Att.**, III,2,12-13), ya Q. MUCIO SCAEVOLA puso de manifiesto el problema que existió en torno al cómputo de las noches requeridas para la **usurpatio trinoctii** haciendo, precisamente, referencia al tiempo de las XII Tablas:

Q. quoque Mucium iureconsultum dicere solitum legi, non esse usurpatem mulierem, quae, cum Kalendis Ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem IV. Kalendas Ianuarias sequentes usurpatum isset; non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex Duodecim Tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posterioris sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis.

Por tanto, consideramos que esta forma de disolución de la **conventio in manum** pudo existir ya desde la época de la legislación decemviral. Ahora bien, la cuestión inmediata se plantea en torno si el **trinoctium** fue una innovación de dicha legislación o si fue, simplemente, la plasmación por escrito de una práctica habitual disciplinada por los **mores**.

A este respecto, las interpretaciones doctrinales se mueven en torno a considerar que esta disposición decemviral recogida, principalmente, por GAYO (I,111) supuso en cierta medida un paso adelante en relación con la posterior evolución desencadenada en el régimen de la

conventio in manum y del matrimonio. Concretamente, a partir de que MANENTI lanzara la idea de la distinta configuración entre el matrimonio y la **conventio in manum** y tras el posterior desarrollo de esta proposición efectuada por autores como VOLTERRA, ORESTANO, ...que ya tuvimos ocasión de exponer, la mayor parte de la doctrina romanística (14) ha interpretado que la **usurpatio trinocitii** recogida en la **lex XII Tabularum** significó el reconocimiento por parte del **ius civile** de que el matrimonio había alcanzado una relevancia jurídica independiente de la **conventio in manum** o como dice VOLTERRA: "Dalle fonti sembra risultare che il diritto della **civitas** attribuisce per la prima volta un determinato valore giuridico al matrimonio, quando introduce l'istituto dell'**usus**. In una norma famosa, conservataci da Gaio, si stabilisce che il perseverare della donna come **nupta** per la durata di un anno, fa sorgere la **conventio in manum** e la fa entrare come **filia familias** nella **familia** del marito" (15) y, de ahí que, el **trinocitium**, sigue diciendo éste autor, fuese una prueba más para comprobar la plena independencia de la **manus** y el matrimonio (16), independencia que siempre pudo existir pero que fue, precisamente, con la legislación decemviral cuando constituyó el primer reconocimiento por parte del ordenamiento de la **civitas**.

Otros autores (17), sin embargo, no se limitan a observar dicha interpretación e intentan mostrar el fundamento histórico del por qué pudo ser la **usurpatio trinocitii** el modo de disolver la **manus** contraída por el **usus** o bien de evitar que esta surgiese. Para ello, ponen su atención en aquellas fuentes donde se habla del **trinocitium** del **Flamen Dialis** (18) y, de manera especial, de un texto de A.GELIO (**Noct.Att.**, X,15,14) en donde nos recuerda que, entre las antiguas **caerimoniae impositae flamini Diali**, estaba aquella en la que no podía dormir por tres noches consecutivas fuera

del lecho flaminico:

Pedes lecti, in quo cubat, luto tenui circumlitos esse oportet et de eo lecto trinoctium continuum non decubat neque in eo lecto cubare alium fas est. Apud eius lecti fulcrum capsulam esse cum strue atque ferto oportet.

No se trata de que se intente ver una total correspondencia entre el **trinoctium** del **Flamen Dialis** con aquel que interrumpe la **manus matrimonii causa**, sino que se trata de comprender la razón del por qué la **usurpatio trinoctii** fue, precisamente ese y no otro, el modo de disolver la **manus**. De ahí que, ALBANESE (19) considere que ambos **trinoctium** probablemente estuviesen inspirados por una visión análoga, es decir, que situándonos en la antigua mentalidad romana, donde la perspectiva humana y sacral es imposible de separar, se podría entender que existiese una identidad de aplicaciones en cuestiones que a simple vista podrían parecernos imposibles de conciliar, puesto que nos limitaríamos a situar el **trinoctium** del **Flamen Dialis** al campo estrictamente religioso mientras que el **trinoctium**, como modo de impedir o disolver el **usus**, lo encuadraríamos en el ámbito estrictamente jurídico y, en consecuencia, estaríamos variando la propia configuración del Derecho antiguo.

Ahora bien, de dicha interpretación que nos muestra ALBANESE podría deducirse que, indudablemente, la **usurpatio trinoctii**, de la que nos informa GAYO, pudo estar inspirada o encontrar rasgos similares con el **trinoctium** del **Flamen Dialis**, pero sin mostrarnos en qué medida la norma decemviral pudo aportar o no algo nuevo a la evolución que las instituciones del matrimonio y la **conventio in manum**

fueron sufriendo. Por ello, consideramos más completa la postura que puso de manifiesto FILHOL (20) pues, teniendo en cuenta que la **usurpatio trinoctii** pudo tener su inspiración en el **trinoctium** del **Flamen Dialis**, considera que con anterioridad a la legislación decemviral ambos **trinoctium** estarían englobados dentro de un conjunto de simbolismos y tabúes inmemoriales pero que la aportación de la **lex XII Tabularum** se concretó en la laicización de la norma antigua que pudo regular la **usurpatio trinoctii**, perdiendo desde ese momento todo su contenido alegórico para convertirse en una institución con absoluto contenido jurídico.

Por tanto, esta interpretación la consideramos válida en lo referente a cómo quedó configurado desde entonces el **usus** y el **trinoctium** como una forma más de constituir o de disolver la **conventio in manum**. Pero tampoco podemos olvidar que también dicha disposición, supuso un avance importante en relación con la institución del matrimonio, pues implicó que desde aquel momento el ordenamiento de la **civitas** reconociese su relevancia jurídica. Lo cual fue decisivo porque, si bien por mucho tiempo siguió estando disciplinado dentro del ámbito familiar, ya que hasta la legislación de Augusto no encontramos normas legales escritas que lo regulasen, sin embargo sí podemos ver que en su fuero interno comenzaron a sucederse importantes transformaciones, tales como que al mismo no se acompañara la **conventio in manum**, o bien en el aumento progresivo de **repudium-divortium** cuya causa ya no residiría en la necesidad de establecer un **piaculum**, sino que la **affectio maritalis** configuraría el motivo primordial tanto de la constitución del matrimonio como la de su disolución.

V.1.2.- Interpretación de la tabla IV.3.

Basándonos en las distintas reconstrucciones que se han efectuado sobre la **lex XII Tabularum** (21), podemos decir que el contenido sustancial al que hace referencia dicha **tabula** es al de la existencia del aspecto formal con que se efectuaba el **repudium**. Concretamente el fragmento que aparece en dichas reconstrucciones es el siguiente:

Illam suam suas res sibi habere iussit ex XII tabulis claves ademit, exegit.

Dicho texto se toma de un pasaje de la obra de CICERON (*Phil.*, II,28,69), por lo que nos permitimos transcribir con más amplitud el contexto en el que dio lugar a que apareciesen las palabras que fueron más tarde tomadas para expresar dicha forma de **repudium**. Concretamente, CICERON incluía dicha frase en el siguiente fragmento de la obra antes mencionada:

Nolite quaerere; Frugi factus est: illam suam suas res sibi habere iussit, ex duodecim tabulis claves ademit, exegit. Quam porro spectatus civis, quam probatus! Cuius ex omni vita nihil est honestius quam quod cum Mima fecit divortium (22).

Con independencia del tono inónico con que CICERON describe el hecho de que Antonio expulsara de su casa a su concubina Mima, este testimonio es importante pues en el se recoge una expresión que era usual para manifestar la voluntad de disolver el matrimonio por medio del **repudium** y que, según parece, ya se empleaba desde la época de la **lex XII Tabularum**.

Con todo, la expresión **duodecim tabulis** ha sido objeto de diversas interpretaciones. Concretamente, autores como EVERARDO OTTO, la han querido sustituir por **fractis tabulis** (23), es decir, las "tablas nupciales", sin pararse a pensar que ello es incoherente porque CICERON relata el repudio de una concubina y, para el concubinato, no hacía falta ninguna convención expresa. De ahí que la mayor parte de los autores (24) defiendan, en base a los antiguos manuscritos, la genuinidad de las palabras **ex duodecim tabulis** e, incluso, FULVIO URSINO (25) primero y MERULA (26) después intentasen realizar una reconstrucción en base a las palabras propias que se emplearían en aquella lengua antigua, quedando el texto de la siguiente manera:

**SEI VIR AUT MOLIER ALTER ALTERI NONTIOM MISEIT,
DIVORTIUM ESTOD: MOLIER RES SOVAS SIBEI HABETO,
VIR MOLJEREI CLAVEIS ADIMITOD EXICITOQUE.**

Sobre dicha reconstrucción SACCHI expresó lo siguiente: "La quale ricostruzione noi non esitiamo a ritenere sostanzialmente falsa: poichè ci sembra che il ripudio e non il divorzio fosse proprio dell'epoca, nella quale le Dodici Tavole furono promulgate. Ripetiamo, per noi nelle Dodici Tavole non poteva trattarsi che di semplice repudio, non già di divorzio, perchè la legislazione decenvirale non riguardava che i solenni matrimoni **cum manu, iure civili**; e, anche oltre a questa specie di matrimoni vi erano anche i matrimoni liberi, questi trovavano il loro riconoscimento e la loro sanzione nel costume, non già nelle leggi" (27).

Aunque no podamos compartir con dicho autor su postura en torno a la doble existencia de matrimonios **cum**

manu y **sine manu**, ya que dicha duplicidad nunca existió tal y como pudimos exponer que observan la doctrina más reciente sobre el tema, sin embargo, si es de interés resaltar que, como manifiesta SACCHI, en dicha reconstrucción, si efectivamente quiere ser fiel con el lenguaje usual de los primeros momentos de la época republicana, no le encontramos fundamento a que utilicen la palabra **divortium** porque dicha institución no surgió todavía en dicho momento histórico, sino que sólo los **repudium** pudieron ser objeto de regulación, tal y como vimos en el capítulo III cuando tratamos del origen y desenvolvimiento del contenido sustancial que tuvo en cada momento histórico los términos **repudium** y **divortium**. Por otro lado, el hecho de que en el texto de CICERON, antes enunciado, veamos expresado el término **divortium** no es tan importante puesto que en su época, dicha institución sí se encontraba ya configurada en el lenguaje usual del momento, incluso empleándose como sinónimo de **repudium**, puesto que el contenido sustancial originario de este último había perdido su eficacia. Pero es más, cuando CICERON habla de **divortium** lo que está expresando es la intención que Antonio manifestó de expulsar de su lado a su concubina Mima, pero no la de expresar la idea de una disolución matrimonial puesto que la relación existente entre ellos era la de un concubinato y no la de un matrimonio y, en consecuencia, en dicho texto se empleó dicho término en un sentido figurado pero no jurídico.

Por tanto, aceptando que el texto de CICERON hiciera referencia a que, ya desde la legislación decemviral, se emplearan ciertas expresiones para exteriorizar la voluntad de repudiar, lo que nos interesa ahora es determinar lo siguiente:

1º) ¿Exigió o no la legislación decemviral una

determinada forma legal para efectuar el **repudium**?

2º) Del contenido de las palabras de CICERON ¿se puede deducir que existió un intento de regular los mecanismos de disolución de los bienes matrimoniales?

1º) Concretamente las palabras empleadas por CICERON (Phil., II,28,69): **...suas res sibi habere...** son también mencionadas en otras fuentes literarias (28), pero cuando despiertan mayor interés es cuando aparecen recogidas por GAYO (D.24,2,2,1, lib. XI ad ed. prov.) denominándolas **verba comprobata**:

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

De ahí que, algunos autores como HASSE (29) sostuvieron la idea de que en la legislación decemviral se encontraba el **repudium** sancionado mediante una fórmula solemne, ya que en otro texto también de GAYO (D.48,5,44 (43), lib. III ad leg. duodecim tabularum) se habla de **repudium missum ex lege** y de **mulier ex lege repudiata**:

Si ex lege repudium missum non sit et idcirco mulier adhuc nupta esse videatur, tamen si quis eam uxorem duxerit, adulter non erit. idque Salvius Iulianus respondit, quia adulterium, inquit, sine dolo malo non committitur: quamquam dicendum, ne is, qui sciret eam ex lege repudiatam non esse, dolo malo committat (30).

En este sentido, LEVY (31) siguiendo a la doctrina romanística que distingue entre el matrimonio **cum manu** y **sine manu**, consideró que el texto de GAYO comentando a la **lex XII Tabularum** hacía referencia a una forma para efectuar el divorcio de una unión conyugal en la que la mujer estaría sometida a la **potestas** del marido. A este propósito cita precisamente el texto de CICERON (*Phil.*, II,28,69), pero al mismo tiempo afirma que dicha forma no fue seguida en la práctica y que, por tanto, GAYO en su comentario lo que intentó fue poner en evidencia tal hecho.

Sin embargo, en la actualidad la romanística (32), contrariamente a dichas interpretaciones, sostiene que las palabras de GAYO deben ser puestas en relación con las disposiciones contenidas en la **Lex Iulia de adulteriis** ya que, con anterioridad a la legislación matrimonial de Augusto, el **adulterium** así como cualquier otra represión de las relaciones extraconyugales se desarrollaron en el ámbito interno del grupo familiar y de manera especial por el que tenía la **manus** sobre la mujer.

Efectivamente, consideramos que tanto las palabras de CICERON como aquellas otras que vemos reflejadas en GAYO sólo se limitaron a expresar una de las maneras por las que se podía manifestar la voluntad de repudiar pero que, en definitiva, en ningún momento constituyeron una forma legal precisa. De ahí que, el mismo CICERON (*De orat.*, I,40,183) dejase planteado el tema en torno a la necesidad o no de una forma específica para efectuar el **repudium** (33) e, incluso, contamos con otras fuentes en donde se puede apreciar que otras expresiones fueron también usuales para exteriorizar la voluntad de repudiar, tales como: **i foras, vade foras** (34) **baete foras** (35).

Por otro lado, sabemos que con anterioridad a la legislación matrimonial de Augusto, sobre todo en época monárquica y principios de la republicana, las noticias que tenemos en materia de repudios no tuvieron el carácter de una regulación exhaustiva del mismo, lo único que se puede deducir de las mismas es que el **repudium** existió siempre, así como el momento histórico que comenzó a ser más frecuente. Pero es que además, la propia legislación augustea, entre sus disposiciones, tenía por objeto el regular no los repudios en sí, sino el **adulterium** aunque en conexión con aquellos y, como señala la doctrina hoy imperante (36), a fin de regular los efectos penales de la misma, pues en ella se contiene disposiciones en materia relativa a la forma que debía observarse en los repudios y divorcios. De ahí que, el texto antes mencionado de GAYO se considere que hay que ponerlo en conexión con la **lex Iulia de adulteriis coercendis** y que la referencia a la legislación decemviral sólo significaría el querer poner de manifiesto que en la misma se contempló la existencia del **repudium**.

2º) En cuanto a la segunda cuestión que planteábamos, la mayor parte de la doctrina considera que el contenido de las palabras empleadas por CICERON (*Phil.*, II,28,69) y que luego vemos reflejadas en GAYO (D.24,2,2,1) no encerraban la finalidad de expresar la disolución de los bienes matrimoniales (37) concretamente, ni implicaban la **restitutio dotis** ni la **actio rei uxoriae**, puesto que la dote en estos momentos históricos implicaba una aportación definitiva al marido y su devolución entraba dentro de los usos y costumbres asumidas como deberes éticos o morales (**officium**) pero no por la existencia de una **lex** que así lo exigiese (38). De ahí que la frase **suas res sibi habere** sólo la podemos entender como la posibilidad que tenía la mujer que había sido repudiada de llevarse consigo unas **res nec**

mancipii (39) que tenía para su uso personal y, de las cuales, el marido no tenía ninguna intención de enriquecimiento. De igual manera que la expresión **claves ademit** vendría a significar que, como consecuencia de que la mujer ocupaba un lugar relevante dentro del grupo familiar, el marido desposeyera a la misma de las **claves** que, dentro de los simbolismos y rituales antiguos, podían representar su situación de **domina** del hogar (40).

En consecuencia, nos adherimos a la opinión de ROBLEDA cuando dice: "Non sembra quindi a noi accettabile l'opinione de chi sostiene che la formula **res tuas tibi habeto** (e simili) si riferisca al prendere la dote ob altre sostanze economiche portate in occasione del matrimonio per l' **onus** comune. Crediamo, invece, che si trattasse, in questo, come in altri casi, solo di una formula ordinata ad esprimere il divorzio (**repudium**) e che si riferisse, quindi, alle sole suppellettili di uso personale" (41).

Así las cosas, y después de llegar a la conclusión de que la disposición decemviral, que nos informa sobre el **repudium**, no tenía el carácter de intentar regular una forma legal del mismo ni tampoco encerraba el interés de disciplinar la restitución de los bienes conyugales del matrimonio, habría que cuestionarse la razón del por qué la **lex XII Tabularum** contemplaron en sus disposiciones dicha institución.

En este sentido, no encontramos en las opiniones doctrinales una respuesta sobre ello porque, quizás, la escasez de otras fuentes que nos informen de ello impiden que se pueda mostrar un resultado seguro. Sin embargo, aunque sólo sea en el ámbito de las hipótesis, consideramos que sí pudo tener su razón de ser que la legislación

decemviral recogiese algo, aunque fuese de manera esporádica, en torno al **repudium**. Concretamente, nos referimos a que de igual manera que se preocuparon de tratar la **conventio in manum**, por medio de la regulación de la **usurpatio trinoctii**, pues del mismo modo pudieron reflejar en dicha **lex** que el matrimonio también tenía sus cauces propios de disolución. De tal manera que, si la disposición que contemplaba la **usurpatio trinoctii** sirvió de base para que la doctrina interpretase que era el reconocimiento por parte del ordenamiento de la **civitas** que el matrimonio podía existir como institución jurídica independientemente de la **conventio in manum**, del mismo modo la disposición que se ocupó del **repudium** podría presumirse que perseguía el mismo fin, es decir, reconocer que el matrimonio nacía y se disolvía por sus propios cauces sin querer entrar a regular las causas, forma y efectos de su disolución, dejando todas esas cuestiones a los **mores maiorum** que, por mucho tiempo, seguirían siendo la norma imperante que disciplinase al grupo familiar.

V.I.3.- La prohibición del **ius conubii** entre patricios y plebeyos y su posterior derogación mediante la **lex Canuleia**.

Otra de las cuestiones que fue objeto de la regulación por parte de la **lex XII Tabularum** es la relativa a la prohibición del **ius conubii** entre patricios y plebeyos. Concretamente, se ubica en la **tabula XI** (42) el contenido de la misma en base al siguiente texto de CICERON (**De rep.**, II,36,61-37,63):

(Decemviri) cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque conscripsissent, in annum posterum X

viros alios subrogaverunt, - qui duabus tabulis iniquarum legum additis - conubia - ut ne plebi cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt.

Sin embargo, dicha prohibición tuvo escasa vigencia puesto que, según el relato de la tradición, a través de la **rogatio Canuleia** el **ius conubii** fue concedido a patricios y plebeyos (43).

Superadas las voces hipercríticas en torno a la propia autenticidad de tales acontecimientos y, de manera especial el referente a la legislación decemviral, hoy se admite con carácter general que tales sucesos hay que encuadrarlos dentro del marco social de la lucha patricio-plebeya (44).

Por otro lado, en cuanto a la noción del **conubium** y su distinta configuración conforme al momento histórico en que nos situemos ya tuvimos ocasión de manifestarnos (45), por lo que nos quedaría ahora por resolver es la cuestión referente a: ¿En qué medida tales hechos incidieron en el desarrollo de la institución matrimonial y, concretamente, en el **repudium**?

En este sentido, si bien la mayoría de la doctrina se muestra de acuerdo en considerar que dicha disposición supuso una innovación, sin embargo comienzan a surgir las discrepancias a la hora de especificar el carácter y contenido de dicha innovación. Concretamente, para un sector de esta doctrina (46), la prohibición del **ius conubii** contenida en la legislación decemviral fue una novedad puesto que con anterioridad a la misma los matrimonios entre patricios y plebeyos sí fueron posibles y, muestra de ello, fue la escasa vigencia de dicha norma ya que, al poco tiempo

(en el 445 a.C.), la rogatio **Canuleia** mostraría que dicha situación era insostenible al ir en contra de toda una tradición anterior, por lo que se pasó a restablecer la posibilidad de que el **conubium** fuese permitido entre ambos. Frente a esta postura, otros autores (47), consideran que la innovación hay que entenderla en el sentido de que fue la primera vez que se regulaba por escrito una cuestión que hasta el momento había quedado disciplinada por los usos y costumbres (**mores maiorum**) dentro de un sistema familiar gentilicio, postura esta a la que nos adherimos por lo siguiente:

Efectivamente, hay que reconocer que dicha disposición contenida en la **lex XII Tabularum** fue una innovación, tal y como se desprende de las siguientes fuentes cuando relatan lo injusta que fue la actividad de los últimos decemviros:

CICERON, *De rep.*, II,37:

ergo horum ex iniustitia subito exorta est maxima perturbatio, et totius commutatio reipublicae: qui duabus tabulis iniquarum legum additis, quibus, etiam quae disiunctis populis tribui solent, conubia, haec, illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt.

T.LIVIO, *Ab urb. cond.*, IV,4,5:

hoc ipsum, ne conubium patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis pessimo exemplo publico cum summa iniuria plebis?.

DION.HAL., *Antiq. rom.*, X,60,5:

οἱ δὲ περὶ τὸν Ἄπκιον τοὺς
λοιποὺς συγγράψαντες νόμους ἐν δέλοισι δυοὶ καὶ
ταύτας ταῖς πρότερον ἐξενηθείσασιν προσέθησαν· ἐν
αἷς καὶ ὁδε ὁ νόμος ἦν, μὴ ἐξίναι τοῖς πατρικίοις
πρὸς τοὺς δημοτικοὺς ἐπιγαμίας συνάψαι δι' οὐδὲν
ὥς ἔμοι δοκεῖν ἕτερον ἢ τὸ μὴ συνελθεῖν εἰς ὁμόνοιαν
τὰ ἔθνη γάμων ἐκαλλαγῆς καὶ οἰκειότητων κοινονίας
συγκρασθέντα.

Si bien dichos textos son tomados para demostrar, como VOLTERRA (48), que con anterioridad a la **lex XII Tabularum** el matrimonio entre patricios y plebeyos fue permitido, sin embargo consideramos, al igual que el otro sector doctrinal, que dicha innovación sólo puede ser interpretada en la medida de que fue por primera vez cuando se elevó al rango de una norma legal escrita una costumbre ampliamente practicada con anterioridad. Los motivos fundamentales que se alegan, para defender esta postura, están basados en el mismo relato de T.LIVIO (IV,2,6) en donde se expresa que en el Senado se oponían a tal **rogatio** debido a que los plebeyos no estaban organizados en un sistema de **gentes** y que tampoco tenían los **auspicia** con lo cual, según se desprende del texto, el resultado de dichos matrimonios mixtos sería que, los hijos que nazcan de ellos, no sabrían ni a qué sangre ni a qué sacrificios pertenecen:

coluvionem gentium, perturbationem auspiciorum publicorum privatorumque adferre, ne quid incontaminati sit, ut discrimine omni sublato nec se quisquam nec suos noverit...ut qui natus sit ignoret, cuius sanguinis, quorum sacrorum sit; dimidius patrum sit, dimidius plebis, ne secum quidem ipse consors.

Pero la réplica de Canuleyo no se dejó esperar, exponiéndole a la clase senatorial que lo que intentaban hacer era dividir a los ciudadanos y hacer dos estados de uno sólo ya que, con anterioridad a la **lex** que prohibió el **ius conubii** a patricios y plebeyos, se había dejado al libre albedrío de los particulares la elección de la casa en la que una mujer debía entrar por matrimonio y que, de hecho, muchos de los que se consideraban pertenecientes a la clase patricia, no debían su nobleza ni a la sangre, ni al nacimiento, ni a la elección de los reyes, primero, ni a la del pueblo, después, pues muchos eran originarios de Alba o de Sabina. Concretamente, así reza en el siguiente texto de T.LIVIO (IV,4,5) cuando dice:

hoc si polluit nobilitatem istam vestram, quam plerique oriundi ex Albanis et Sabinis non genere nec sanguine sed per cooptationem in patres habetis, aut ab regibus lecti aut post reges exactos iussi populi, sinceram servare privatis consiliis non poteratis nec ducendo ex plebe neque vestras filias sororesque enubere sinendo e patribus? nemo plebeius patriciae virgini vim adferret: patriciorum ista lubido est. nemo invitum pactionem nuptialem quemquam facere coegisset. verum enim vero lege id prohiberi et conubium tolli patrum ac plebis, id demum contumeliosum plebi est, cur enim non confertis, ne sit conubium divitibus ac pauperibus?. quod privatorum consiliorum ubisque semper fuit, ut in quam cuique feminae convenisset domum nuberet, ex qua pactus esset vir domo in matrimonium duceret, id vos sub legis superbissumae vincula conicitis, qua dirimat societatem civilem, duasque ex una civitates faciatis, cur non sancitis, ne vicinus patricio

sit plebeius, nec eodem itinere eat, ne idem convivium ineat, ne in foro eodem consistat?. quid enim in re est aliud, si plebeiam patricius duxerit, si patriciam plebeius?. quid iuris tandem immutatur?. neque patrem secuntur liberi. nec quod nos ex conubio vestro petamus quicquam est, praeterquam ut hominum, ut civium numero simus; nec vos, nisi in contumeliam ignominiamque nostram certare iuvat, quod contendatis quicquam est.

A primera vista podría parecer que, efectivamente, habría que darles la razón a aquel sector doctrinal que veíamos que defendió la idea de que con anterioridad a la legislación decemviral los matrimonios entre patricios y plebeyos pudieron ser practicados porque, en realidad, en tiempo precedente no existió una *lex* que expresamente viniese a regular tal prohibición.

Sin embargo, consideramos que también habría que distinguir entre lo que es una prohibición emanada por una *lex* de aquella otra que se encuentra regulada por la costumbre (*mos*), es decir, con anterioridad a la legislación decemviral no existió ninguna *lex* en torno al tema porque dada la importancia y relevancia jurídica que tuvieron las costumbres (*mores*) no hacía falta que ninguna disposición, por parte del organismo de la *civitas*, viniese a disciplinar materias que estaban plenamente asumidas por la sociedad gentilicia. De hecho, cuando las fuentes nos hablan del *conubium*, en aquellos momentos históricos, es para hacer referencia a los distintos *foedus* que el pueblo romano celebraba con los pueblos vecinos, pero nunca para hacer referencia entre los propios habitantes del Lacio. Muestra de ello es que Canuleyo, en su discurso, habla de que no existían impedimentos legales, es decir, impuestos por una

lex, para que un hombre eligiese a la mujer con la que quería contraer matrimonio, de igual manera que una mujer podía elegir la casa en la que quería pertenecer, pero también se encarga de resaltar cuáles fueron los orígenes de la propia nobleza patricia, es decir, que sus ascendientes no fueron los originarios habitantes del Lacio sino de poblaciones vecinas e, incluso, señalando en otro momento (T.LIVIO, IV,3) la oscura ascendencia de algunos de los que fueron reyes romanos, como podía ser el caso de Numa Pompilio, L. Tarquino, o bien el de Servio Tulio.

La razón de que el **conubium** de la época precedente a la legislación decemviral hiciese referencia exclusivamente a las distintas alianzas matrimoniales que los originarios habitantes romanos concertaban, no entre sí, sino con otros pueblos vecinos, ha sido ampliamente fundamentada por FRANC. SI cuando dice: "La concessione del **conubium ad altre civitates** non implicava automaticamente la possibilità di matrimoni misti tra le varie classi sociali: a livello di classi egemoni il matrimonio rientrava pur sempre nel quadro della legge di scambio tra gruppi gentilizi" y continúa diciendo: "La rivendicazione plebea al **conubium** va calata, nei vari momenti della sua storia, proprio in un sistema di esogamia gentilizia, caratterizzato peraltro da una rigida endogamia di classe. I patrizi, come ho altrove chiarito, si sposavano fuori della propria **gens** (esogamia di clan), ma tra di loro (endogamia di classe)" (49).

Efectivamente, atendiendo a estos matrimonios de clase se puede comprender el proceso de formación de la propia nobleza patricia. Así, LAST (50), aunque considera que el matrimonio entre patricios y plebeyos fue posible con anterioridad a la legislación decemviral, sin embargo reconoce que el patriciado se consolidó como consecuencia de

una evolución progresiva; de tal manera que, diferenciándose poco a poco de la plebe, el matrimonio entre los dos órdenes fue cada vez más raro y difícil, por lo que la prohibición del **ius conubii** entre patricios y plebeyos, establecida en la **lex XII Tabularum**, si bien fue una innovación, sin embargo no fue de carácter brusco, sino como consecuencia de las distintas pretensiones y arrogancias que los patricios mostraron en los últimos momentos de la época monárquica y principios de la república. De ahí que, DE VISSCHER, cuando habla del carácter que supuso dicha innovación decemviral, diga al respecto: "Mais à notre sens, l'innovation se réduisait à ceci, c'est que pour la première fois l'obstacle au mariage entre patriciens et plébeiens prenait la forme d'une prohibition légale" (51).

Así las cosas, no dudamos que con anterioridad a la **lex XII Tabularum**, patricios y plebeyos no encontraron ninguna **lex** que les impidiese, desde un punto de vista jurídico, contraer matrimonio, sin embargo tampoco podemos olvidar que desde finales del período monárquico y aún durante los comienzos del republicano, los patricios fueron tomando el carácter de casta cerrada y una situación de preeminencia frente a la **plebs** por lo que es lógico pensar que los matrimonios entre ambos órdenes sociales no fuesen frecuentes y que, en los **mores**, se encontrasen disciplinados los motivos fundamentales que inspirasen dicha situación, tales como el que la **plebs**, a diferencia de los patricios, ni celebraban los **auspicia** ni estaban estructurados en un sistema de **gens** (**plebeii gentes non habent**) (52).

Ahora bien, habría que preguntarse la razón del por qué tuvo tan escasa vigencia la disposición decemviral que prohibía el **conubium** entre patricios y plebeyos, a tenor de la aparición de la **lex Canuleia** (año 445 a.C.) que

modificaba la situación anterior.

En este sentido, la mayor parte de la doctrina romanística, que ha estudiado con profundidad el tema, considera que el suceso histórico de la concesión del **ius conubii** entre patricios y plebeyos mediante la **lex Canuleia** no puede ser analizado sin tener en cuenta los distintos factores o circunstancias que condicionaron a que dicha **rogatio** prosperase (53). Por ello, centran su atención en que grandes transformaciones que estaban ocurriendo en torno al siglo V a.C. Concretamente, autores como FREZZA (54) señalan que el problema del **ius conubii** hay que encuadrarlo dentro de un extenso programa de reivindicaciones plebeyas y, cuyo primer triunfo, fue el poder conseguir a través de la promulgación de la **lex XII Tabularum** una **aequatio iuris**, pues aunque muchos de sus fines no fuesen conseguidos por ellas, como fue el **ius conubii**, sin embargo fue un paso adelante importante para poder conseguir posteriormente dichas reivindicaciones. El siguiente paso sería la concesión del **ius conubii**, lo cual fue posible gracias a la coyuntura que supo aprovechar Canuleyo cuando hizo su proposición, es decir, coaccionar a la clase patricia para que aprobase su **rogatio** como consecuencia de la necesidad que Roma tenía de engrosar en sus filas un mayor contingente militar a tenor de las amenazas que estaba sufriendo por parte de poblaciones vecinas.

Efectivamente, T.LIVIO (IV,1) nos informa que, en aquellos momentos, varias eran las sublevaciones acaecidas, tales como la de los ardeatos, los veentinos, los volscos y los equos, los cuales preferían una guerra, aunque fuese desastrosa, a una paz humillante y, en consecuencia, los alistamientos serían necesarios para poder defender las propias fronteras romanas. Sin embargo, en el mismo texto,

también reza que Canuleyo, ante el Senado, dijo que mientras no se aceptasen los proyectos presentados por sus colegas y el suyo propio, no se harían dichos alistamientos. Por tanto, no dudamos que, en tales condiciones, el triunfo de su proposición fue como consecuencia o contrapartida de ciertos intereses de los propios patricios.

Por otro lado, FRANCIOSI analiza con detalle la situación socio-económica del siglo V a.C., destacando que, como consecuencia de una profunda transformación económica, se produce una estratificación en la clase plebeya. La cual, comenzó a iniciarse cuando una formación de familias plebeyas económicamente potentes provocó, que la organización gentilicia de los patricios entrara en una fase de profunda crisis. De ahí que, cuando analiza la **rogatio Canuleia**, considera que: "i motivi dell'opposizione patrizia sono, per così dire, proiettati nel pasato, nel senso che nascono da un assetto sociale antico e in parte già superato dalla nuova realtà sociale, mentre le "motivazioni" di parte plebea rappresentano emblematicamente il presente, ossia la nuova realtà in via di affermazione" (55).

Por tanto, fuese por razones políticas o por la propia transformación socio-económica que se estaba produciendo en aquellos momentos históricos, la cuestión es que a partir de la **lex Canuleia** la institución matrimonial recobró un nuevo cariz puesto que, desde entonces, el matrimonio podría ser celebrado entre patricios y plebeyos.

No contamos con fuentes seguras que nos informen si en realidad, tras la promulgación de la **lex Canuleia**, la práctica de matrimonios mixtos fue o no frecuente. Parece ser que, todavía, la resistencia patricia en aceptar los mismos fue posible, entre otras cosas, porque siendo el

matrimonio una institución que siguió desenvolviéndose en el seno del grupo familiar, es comprensible que el proceso de adaptación a las nuevas circunstancias fuese lento. Muestra de ello, es el suceso ocurrido en el año 295 a.C., en donde surgió una disputa entre patricias y plebeyas como consecuencia de que Virginia, hija del patricio A. Virginius, al contraer matrimonio con un consul plebeyo, L. Volumnius, fue separada por las matronas patricias de sus ceremonias sagradas, lo que provocó según relata la tradición que Virginia instaurase el culto de la **Pudicitia Plebeia**, como alternativo al existente de la **Pudicitia Patricia** (56).

Así las cosas, se puede comprender que, como consecuencia de la evolución que había sufrido la sociedad romana, la antigua concepción del matrimonio y del **repudium** acabaría siendo insostenible, puesto que nuevas costumbres y creencias serían las que entrarán a imperar en estas relaciones conyugales mixtas y, en consecuencia, sería el momento en que la concepción preclásica del matrimonio, en general, y del **repudium**, en particular, comenzaran a mostrar su plena configuración.

V.2.- EL SUPUESTO DE SPURIO CARVILIO RUGA.

La razón fundamental de que dediquemos un apartado en concreto al estudio del divorcio del Sp. Carvilio Ruga no es otra que, como veremos, en repetidas fuentes aparece de manera individualizada como el primero ocurrido en Roma. Y, de hecho, la doctrina romanística, ante la verdadera escasez de fuentes primarias, no duda en aprovechar esta noticia que muestran las fuentes literarias para detenerse en el mismo con el fin de intentar dar, de modo más o menos plausible, una interpretación en torno a la importancia e incidencia

que pudo tener en la evolución histórico-jurídica de esta institución (57).

Por ello, después de exponer las fuentes más importantes que nos dan noticias del mismo, pasaremos a tratar en qué medida se puede decir que fue el primer divorcio ocurrido en Roma y, finalmente, nos centramos en apuntar los motivos primordiales que fundamentan la relevancia del mismo.

V.2.1.- Fuentes. El problema en torno a la fecha

Las fuentes que nos hablan del divorcio de Spurio Carvilio Ruga se deben, principalmente, a DIONISIO DE HALICARNASO, VALERIO MAXIMO, PLUTARCO y A. GELIO, en cuyos textos expresan la noticia del siguiente modo:

DION.HAL., Ant. rom., II,25,7:

καὶ μέχρι πολλοῦ διέμεινε χρόνον ταῦτ' ἀμφοτέρω παρὰ Ῥωμαίοις ἀπαραιτήτου τυγχάνοντα ὀργῆς. μάρτυς δὲ τοῦ καλῶς ἔχειν τὸν περὶ τῶν γυναικῶν νόμον ὁ πολὺς χρόνος. ὁμολογεῖται γὰρ ἐντὸς ἐτῶν εἴκοσι καὶ πεντακοσίων μηδεὶς ἐν Ῥώμῃ λυθῆναι γάμος· κατὰ δὲ τὴν ἑβδόμην ἐπὶ ταῖς τριάκοντα καὶ ἑκατὸν ὀλυμπιάσιν ὑπατευνόντων Μάρκου Πομπωνίου καὶ Γαίου Παπιρίου πρῶτος ἀπολύσαι λέγεται τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα Σπόριος Καρουίλιος ἀνὴρ οὐκ ἀφανῆς, ἀνεγκλιζόμενος ὑπὸ τῶν τιμητῶν ὁμόσαι τέκνων ἔνεκα γυναικὶ συνοικεῖν (ἦν δ' αὐτῷ στεῖρα ἢ γυνή), ὃς ἐπὶ τῷ ἔργῳ τούτῳ καίτοι δι' ἀνάγκην γενομένῳ μισούμενος ὑπὸ τοῦ δήμου διετέλεσεν.

VAL.MAX., Fact. et dict. memorab., II,1,4:

Repudium inter uxorem et virum a condita urbe usque ad centesimum et quinquagesimum annum nullum

intercessit. Primus autem Sp. Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui, quamquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur.

PLUT., Quaest. rom., XIV:

Ταῖς δὲ γυναῖξιν οὐδ' ὅλως ἐξῆν ἐπικαλύπτεσθαι τὴν κεφαλὴν· ἱστορεῖται γοῦν ὅτι πρῶτος μὲν ἐξέβαλε γυναῖκα Σπύριος Καρβίλιος ἐπ' ἀτεκνία.

PLUT., Quaest. rom., LIX:

ὅψι δ' ἤρξαντο μισθοῦ διδάσκειν, καὶ πρῶτος ἀνέωξε γραμματοδιδασκαλεῖον Σπύριος Καρβίλιος, ἀπελευθέρως Καρβιλίου τοῦ πρώτου γαμετὴν ἐκβαλόντος.

PLUT., Thes. et Rom., VI, 3:

οὕτω Ῥωμαῖοι πάντες ἴσασιν ὅτι Καρβίλιος Σπύριος ἀπεπέμψατο γυναῖκα πρῶτος, ἀπαιδίαν αἰτιασάμενος.

PLUT., Lyc. et Numa, III, 7:

οὕτω Ῥωμαῖοι μνημονεύουσιν ὅτι πρῶτος μὲν ἀπεπέμψατο γυναῖκα Σπύριος Καρβίλιος, μετὰ τὴν Ῥώμης κτίσιν ἔτεσι τριάκοντα καὶ διακοσίοις οὐδενὸς τοιοῦτου γεγονότος.

A.GEL., Noct., Att., IV,3,1-2:

Memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Roma aut in Latio fuisse, quoniam profecto nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis divertentibus. Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit De Dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit, quia liberi ex ea corporis vitio non gignerentur, anno urbis conditae quingentesimo vicesimo tertio M. Atilio, P. Valerio consulibus. Atque is Carvilius traditur uxorem quam dimisit egregie dilexisse carissimamque morum eius gratia habuisse, set iurisiurandi religionem animo atque amori praeventisse quod iurare a censoribus coactus erat, uxorem se liberum quaerendum gratia habiturum.

A.GEL., Noct.Att., XVII, 21,44:

Anno deinde post Romam conditam quingentesimo undevicesimo Sp. Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud censores, uxorem se liberum quaerendorum causa habere.

Junto a estas fuentes que hablan expresamente del supuesto de Sp. Carvilio Ruga, la doctrina romanística suele también mencionar a TERTULIANO puesto que, aunque no hable de forma directa Sp. Carvilio, sin embargo sí hace referencia al mismo de manera indirecta al establecer la

fecha del primer *repudium* ocurrido en Roma; tales textos son los siguientes:

TERTUL., De monog., IX:

Adeo autem *repudium* a primordio non fuit, ut apud Romanos post annum sexcentesimo urbis conditae id genus duritiae commissum denotetur.

TERTUL., Apolog., VI,6:

Ubi est illa felicitas matrimoniorum, de moribus utique prosperata, qua per annos ferme sexcentos ab urbe condita nulla *repudium* domus scripsit? At nunc in feminis...*repudium* vero iam et votum est, quasi matrimonii fructus.

A tenor de dichas fuentes se puede apreciar la falta de homogeneidad a la hora de concretar la fecha determinada en que dicho divorcio tuvo lugar, e incluso, observamos que A. GELIO muestra dos fechas diferentes. Por consiguiente, el esquema sobre las mismas sería el siguiente, atendiendo de mayor a menor antigüedad en el tiempo:

- VAL.MAX., en el 150 ab u. c. (= 604 a.C.).
- PLUT., en el 230 ab u. c. (= 524 a.C.).
- A.GEL., en el 519 ab u. c. (= 235 a.C.).
- DION.HAL., en el 520 ab u. c. (= 234 a.C.).
- A.GEL., en el 523 ab u. c. (= 231 a.C.).
- TERTUL., en el 600 ab u. c. (= 154 a.C.).

Así las cosas, ¿cómo interpretar tales voces?

En este sentido, podemos señalar que la mejor

interpretación doctrinal es la que formuló VOIGT (58) fundamentándola del siguiente modo:

Según éste autor, la divergencia entre DIONISIO DE HALICARNASO y A.GELIO se explica si se tiene en cuenta que ambos han seguido eras distintas a la hora de calcular la fecha precisa en que el divorcio de Sp. Carvilio Ruga tuvo lugar. Así, mientras que DIONISIO siguió el cómputo de los años conforme a la era polibiana, es decir, partiendo de que la fecha de la fundación de Roma fue en el 750 a.C., sin embargo A.GELIO tomó como base la era varroniana, esto es, cuando en base a ella la fundación de Roma fue en el año 753 a.C. (59). De ahí que, el uno la establezca en el 520 ab u. c. (= 234 a.C.) y, el otro en el 523 ab u. c. (230 a.C.).

Ahora bien, ¿por qué no coinciden entre ambos autores a la hora de mencionar los nombres de los cónsules de dicha época? y, por otro lado ¿por qué, además, A. GELIO muestra dos fechas diferentes?

Para la solución de ambas cuestiones VOIGT considera que, en cuanto a la primera, la razón no es otra que, A.GELIO, si bien estableció correctamente la fecha del 523 ab u. c. (= 231 a.C.), sin embargo erró a la hora de mencionar a los cónsules P.Valerio y M.Atilio, como pertenecientes a ella. Puesto que, sin equívocos, hay que situarlos en el año 527 ab u. c. (= 227 a.C.), conforme a la era varroniana. Y, en consecuencia, los cónsules mencionados por DIONISIO, es decir, M. Pomponio y C. Papirio, serían los correctos; coincidiendo de esta forma las fechas en cuestión según la era que se tome en cuenta.

En cuanto a la segunda cuestión que nos planteábamos la solución está, como apunta VOIGT, en que A.GELIO ha

tenido en cuenta elementos tomados de fuentes diversas, es decir, una que se refería a la era varroniana cuando señala la fecha del 523 ab u. c. (=231 a.C.) y, la otra fecha que cita del 519 ab u. c. (=235 a.C.), fue tomada conforme a una tercera era, que se diferenciaba de aquella en cuatro años.

Mayor dificultad presenta el intentar solucionar los testimonios dados por PLUTARCO y VALERIO MAXIMO y, éstos a su vez, relacionarlos con los ya citados de DIONISIO DE HALICARNASO y de A.GELIO.

Para este problema, VOIGT también da una interpretación acertada al intentar poner en conexión a VALERIO MAXIMO con DIONISIO DE HALICARNASO, de una parte, y a PLUTARCO con A.GELIO (IV,3,2), de otra. De esta forma, considera éste romanista, que la divergencia surge por una errónea transcripción por parte del copista de los códices arquetipos que contenían la fecha en cuestión dado que, seguramente, no debían estar expresados en cifras sino en letras. Por ello, en el código arquetipo que transcribió el copista de VALERIO MAXIMO se expresarían las letras XX y D y en el de PLUTARCO estarían $\Phi\kappa\Gamma'$ que, traducidas en cifras serían la del 520 de la era polibiana y, la otra, la del 523 conforme a la era varroniana (60).

Por último, nos quedaría por ver la fecha mencionada por TERTULIANO, es decir, la del año 600 ab u. c.. En este sentido, ningún romanista la toma en consideración suficientemente por ser poco fiable ya que, como dice ROBLEDA: "tenendo conto che Tertulliano era un apologeta, e quindi interessato a retrodatate quanto più possibile l'anno di datazioni, egli non è allontanato ancora di gran lunga dai precedenti autori" (61), es decir, de A.GELIO y DIONISIO DE HALICARNASO.

Por consiguiente y a tenor de las interpretaciones mostradas por VOIG, la doctrina romanística (62) suele señalar como válida la fecha expresada por A.GELIO, esto es, la del 523 ab u. c. (=230 a.C.), atendiendo al cómputo de los años conforme a la era varroniana, opinión a la cual nosotros también nos adherimos por estimarla como la única que ofrece, al conjugar las distintas fuentes, una solución minimamente razonable.

V.2.2.- Hipótesis de que fue el primer divorcio ocurrido en Roma:

A tenor de las noticias que nos dan las fuentes con respecto al divorcio de Sp. Carvilio Ruga, podemos observar que en ellas aparece, al menos aparentemente, como el primero ocurrido en Roma. Y decimos aparentemente porque las dudas comienzan a surgir aunque sean desde un punto de vista cronológico, es decir, si tomamos el año 230 a.C. como fecha válida para situar el divorcio de Sp. Carvilio, hay que decir que con anterioridad al mismo encontramos en las fuentes dos supuestos precedentes: Uno, el de L. Annio o Antonio y, el otro, el de P. Sempronio Sofo, ambos relatados por el propio VALERIO MAXIMO, **Fact. et dict. memorab.**, II,9,2 y VI,3,12, respectivamente:

Horum se veritatem M. Valerius Maximus et C. Junius Brutus Bubulcus censores consimili genere animadversionis imitati sunt: L. enim Annium senatu moverunt quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum (in) consilio adhibito.

Jungendus est his P. Sempronius Sophus, qui

conjugem repudii nota affecit, nihil quam se
ignorante ludos ausam spectare.

Con respecto al primer suceso, el de L. Annio, debió ocurrir en el año 448 (=300 a.C.) siendo censores C. Bruto y M. Valerio Maximo, puesto que tales censores son también mencionados por T.LIVIO (IX,43,25) situándolos en aquel año. Por tanto, el supuesto de L. Annio ocurriría, aproximadamente, tres cuartos de siglo antes del divorcio de Sp. Carvilio.

Un poco posterior al de L. Annio, pero también anterior al de Carvilio, sucedió el de P. Sempronio Sofo que, al igual que el anterior, no sabemos de forma directa en qué fecha se produjo. Pero atendiendo al origen de éste personaje, encontramos que fue de origen plebeyo y que llegó a ser cónsul en el año 268 a.C. (63). Por otro lado, los datos sobre el mismo se puede completar atendiendo a que, según VALERIO MAXIMO la causa de dicho repudio fue por el hecho de que su mujer asistiera a unos juegos sin la autorización de éste y, en consecuencia, indagando qué juegos pudieron celebrarse en aquella época, encontramos que en el año 264 a.C. tuvieron lugar los juegos de gladiadores con motivo de los funerales de Decimo Junio Bruto Pera (64).

En consecuencia, a tenor de tales supuestos, las dudas de que el divorcio de Sp. Carvilio Ruga fuese el primero ocurrido en roma se acentúan de forma inevitable, al menos desde el punto de vista cronológico.

Entonces, ¿por qué hablan las fuentes de que fue el primero?

En este sentido, las interpretaciones de los

romanistas apuntan en tres direcciones diferentes: La primera, en razón de que se tratase de un matrimonio acompañado o no de la **conventio in manum**; la segunda, atiende a la causa del mismo, es decir, por la esterilidad de la mujer y el juramento hecho ante los censores: **Liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)**; y, la tercera, en función de la necesidad que motivó el regular las **cautiones rei uxoriae**. Posturas doctrinales que pasamos a analizar seguidamente:

A) En razón de que se tratase de un matrimonio acompañado o no de la **conventio in manum**.

En este sentido, hay que mencionar a BRINI como el más representativo de cuantos han defendido que el supuesto de Sp. Carvilio fue un matrimonio **sine manu** y, por tanto, la razón de que las fuentes lo consideren como el primer divorcio ocurrido en Roma se debe precisamente en atención a dicha circunstancia, ya que los matrimonios **cum manu** se disolvían mediante la **diffareatio**, o por la **remancipatio**, o bien por medio de la **usurpatio trinoctii**, dependiendo de la forma con que se hubiese constituido el matrimonio (65).

Los motivos principales que alega BRINI para fundamentar su postura son los siguientes: En primer lugar, por el hecho de que Sp. Carvilio Ruga fuese plebeyo. En segundo lugar, porque en dicho supuesto se hablase de **actio** y **cautio** de las **rei uxoriae** y no de la **dotis**. En tercer lugar, porque en las fuentes que nos informan del mismo ni se hace referencia a la **diffarreatio** ni a la **remancipatio**. En cuarto lugar, porque no se hable de **consilium** e **iudicium domesticum** sino que GELIO (*Noct. Att.*, XVII,21,44) sólo use la frase de **amicorum sententia**. Y, en quinto lugar, en función de la utilización de la fórmula **uxoren se liberum**

quaerendorum causa habere que, según el mismo texto de A.GELIO, fue empleada por Carvilio ante los censores.

Es verdad que algunos de estos motivos son aducidos por la doctrina más actual para defender la causa del por qué se puede decir que fue el primer divorcio ocurrido en Roma, tal y como tendremos ocasión de exponer en los siguientes apartados. Sin embargo, la razón de que ahora mencionemos algunos de ellos se debe a la necesidad de establecer si son o no válidos para demostrar que en el matrimonio de Carvilio acompañó o no la **conventio in manum** ya que, por otro lado, la doctrina romanística también muestra sus objeciones en torno a los mismos.

Con todo, queremos adelantar que desde nuestro punto de vista consideramos que no tenemos datos seguros en las fuentes para poder decir con certeza que al matrimonio de Carvilio le acompañó o no la **conventio in manum**. En todo caso, quizás, de lo que sí podamos estar más seguros es que no se celebró mediante la **confarreatio**. Y por ello, porque los motivos alegados por BRINI no nos convencen lo suficiente por las siguientes razones:

En primer lugar, atendiendo al motivo de que Carvilio fuese plebeyo podemos decir que, efectivamente, como nos dice MÜNZER (66) fue de origen plebeyo, pero también es verdad que fue un personaje destacado de la sociedad romana pues, según se desprende de las fuentes (67), fue cónsul dos veces: La primera, en el año 520 (=234 a.C) con Postunio Albino, durante el cual luchó contra los corsos y los sardos, venciendoles y obteniendo así un gran triunfo para Roma. Su segundo consulado fue en el año 526 (=228 a.C.) con Fabio Máximo, en el transcurso del cual aceptó la propuesta del tribuno C.Flaminius referente al

reparto de tierras aunque, Q. Fabio Maximo, se opuso a ello energicamente. También se sabe que, después de la derrota de Cannae en el 538 (=216 a.C.) su propuesta de acoger en el senado a los latinos produjo un estupor general. Por último, sabemos que fue augur y que murió en el 543 (=211 a.C.).

De todos estos datos se desprende que, aunque fuese de origen plebeyo, lo que sí está claro es que perteneció a ese grupo social imperante en aquella época que era la **nobilitas** y, en consecuencia, ser en esos momentos históricos plebeyo no era una causa importante para no poder disfrutar de un **status** social relevante y menos aún en el ámbito matrimonial puesto que nada le impedía el contraer matrimonio con una patricia, ya que después de la **lex Canuleia** (en el 445 a.C.) así lo permitía. En el caso, claro está, que la mujer de Carvilio fuese patricia, cuestión esta que no podemos precisar puesto que en las fuentes no se dice nada de ella.

Por otro lado, tampoco vemos impedimento alguno para que Carvilio hubiese acompañado a su matrimonio la **conventio in manum** por medio de la **coemptio** o el **usus**. Es verdad que nada de ello se dice en las fuentes que lo tratan, pero también es verdad que no era suficientemente necesario que así se especificara puesto que la **conventio in manum** era una institución independiente del matrimonio y, por tanto, su existencia o no, afectaba al propio desenvolvimiento de la disolución matrimonial, al desenvolverse sus cauces de forma diferentes.

Con todo ello, no es que defendamos la idea de que el matrimonio de Carvilio fuese **cum manu**, sino lo único que queremos poner de relieve es que el motivo de ser plebeyo aducido por BRINI no es en modo alguno importante para

querer demostrar que dicho matrimonio fuera **sine manu**, lo cual tampoco descartamos.

En cuanto al segundo motivo que alegaba BRINI, es decir, que en el caso de Carvilio se hablase de **actio** y **cautio** de las **rei uxoriae** y no de la **dotis**, lo fundamenta en base a que, según su criterio, sólo en los matrimonios **cum manu** se podía hablar de dote y, por tanto, como en el texto de A.GELIO (**Noct. Actt.**, IV,3,1-2) se hace sólo referencia a la **rei uxoriae** sin hablar de dote, le hace presumir que el matrimonio de Carvilio fuese **sine manu** (68).

Sin embargo, como ya señaló BONFANTE (69), el régimen de la dote en un inicio no fue regulado por el Derecho, sino por los usos sociales. De tal manera, que la dote existió por regla general en todo matrimonio (**cum manu** o **sine manu**) aunque, no como una obligación jurídica de constituirla, sino como una obligación moral, pues una mujer que no fuese dotada al matrimonio era algo que podía hacer chocar con las costumbres (**mores**) e, incluso, ser censurado por la sociedad (70), sin que se distinguiese el respecto si se trataba de un tipo u otro de matrimonio.

Por esta razón, creemos que son muy oportunas las palabras de BONFANTE cuando dice: "Si può anzi asserire che la differenza del regimen dotale nei matrimoni **cum manu** e **sine manu** nella resaltà delle cose è veramente nulla. Di regola non è la donna **sui iuris** che va sposa, per lo meno nell'antica età, bensì una **filiafamilias**, e l'asse-gno è fatto a lei dal **paterfamilias**: che le nozze siano conchiuse **cum manu** o **sine manu** in queste condizioni aunque nulla rileva.

Non è matrimoni **sine manu** che si riconnette

l'origine dello specifico regime dotale nel diritto, bensì alla frequenza dei divorzi da un lato, e dall'altro lato (questo momento giova pure mettere in rilievo) al sorgere del regime specifico delle donazioni" (71).

Efectivamente, la dote pudo existir en todo matrimonio en que se acompañara o no la **conventio in manu**, ya que no encontramos ningun texto en las fuentes que se trate de establecer dicha distinción, entre otras cosas porque al ser dos instituciones distintas (el matrimonio y la **conventio in manum**) y, además, porque la existencia de la dote va en función sólo de la existencia del matrimonio, no encontramos razón alguna por el que atendiendo a tal motivo se pueda justificar, como intenta defender BRINI, que el matrimonio de Sp. Carvilio era **sine manu**.

Por otro lado, sabemos que la dote era una aportación definitiva al marido (72) y que, en un inicio, no se reguló su restitución en caso de disolución matrimonial. De ahí que, una de las razones por la que adquirió relevancia dicho supuesto fue, precisamente, porque a partir del mismo se sintió la necesidad de establecer su regulación, tal y como lo expresa A.GELIO (Noct. Att., IV,3,1-2): **...tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius...** . Por ello, el origen de las **cautiones rei uxoriae** no sería otra cosa que el intento de garantizar la restitución de la dote porque la disolución matrimonial se hacía cada vez más frecuente, pero sin que se aluda en ningun momento si se trataba de un matrimonio **cum manu** o **sine manu**.

En cuanto al tercer motivo que apuntaba BRINI para defender que el matrimonio de Carvilio era **sine manu**, era el referente a que en las fuentes que hablan del mismo no se

menciona ni la **diffarreatio** ni la **remancipatio** (73).

Efectivamente, ello era así e, incluso, tampoco se desprende de los mismos la realización de la **usurpatio trinocitii**, lo cual no viene tanto a confirmar que el matrimonio de Carvilio fuese **sine manu**, tal y como quiere ver BRINI, sino que la institución matrimonial tenía plena independencia con respecto a la **conventio in manum**, puesto que a tenor de dichas fuentes se habla del **divortium** como institución única sin distinguir que fuese **cum manu** o **sine manu**.

Ahora bien, la cuestión no sería de mayor interés sino fuese porque recientemente ROBLEDA que, sin dar por descartado la posibilidad de que el matrimonio de S. Carvilio fuese **sine manu**, sin embargo se inclina por interpretar que más probablemente se tratase de un matrimonio **cum manu** y, concretamente, celebrado mediante la **confarreatio** (74), basándose en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, en base al texto de A.GELIO (Noct. Att., XVII,21,44), considera que el hecho de que interviniese una **sententia amicorum** viene a demostrar que, aunque era requerida en líneas generales por los **patresfamilias** en el ejercicio de su actividad potestativa, sin embargo en el supuesto de Carvilio dicha actividad se ejercitó no tanto para realizar el **divortium** sino para expulsar a la mujer **in manum** de la propia familia.

- En segundo lugar, por el hecho de que si en el tiempo de PLAUTO muchos matrimonios eran aun **cum manu**, con mayor razón lo debieron ser medio siglo

antes, es decir, cuando se celebró el de Carvilio.

Y, por último, en base a que DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant. rom.*, II,25) ponga en justo relieve, según palabras textuales: "la non divorziabilità dei matrimoni confarreati e subito dopo pone in evidenza la primarietà del divorzio di Carvilio può far dedurre che quest'ultimo rientrasse fra quelli" (75).

Por nuestra parte, consideramos que tampoco los argumentos expuestos por ROBLEDA pueden ser estimados como válidos para demostrar que a dicho matrimonio acompañó la **conventio in manum** y, concretamente, la **confarreatio**, y por ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque partiendo de que el mismo ROBLEDA reconoce previamente que no contamos con ninguna fuente que de manera directa nos pudiera resolver si al matrimonio de Carvilio le acompañó o no la **conventio in manum** (76), no sé de que fuente pudo deducir, éste autor, que la materia objeto de la **sententia amicorum** fue la de expulsar a la mujer **in manum** de la familia y no la del propio **divortium**, ya que de la noticia de A.GELIO (*Noct. Att.*, XVII,21,44) sólo se puede deducir, cuando informa de que dicho divorcio fue el primero ocurrido en Roma, que existió una **setentia amicorum**, pero en ningún momento del pasaje se dice que ella versó sobre el tema de la **conventio in manum**.

En cuanto al segundo argumento que muestra ROBLEDA, esto es, que si en tiempos de PLAUTO muchos matrimonios eran aún **cum manu** pues con más razón serían más frecuentes medio siglo antes, consideramos que este punto en

concreto es una simple probabilidad carente de toda fuerza científica ya que se limita a enunciarla sin demostrar nada más. Por otro lado, no podemos olvidar que en la época que aconteció el divorcio de Sp. Carvilio grandes transformaciones sociales y familiares se estaban produciendo; concretamente, desde la publicación de la **lex Caruleia** y la posterior aparición de la **nobilitas** como nueva clase social imperante, serían uno de los factores primordiales para hacer quebrar el antiguo régimen gentilicio familiar, como se aprecia en la progresiva decadencia de la **conventio in manum**, y en muchos de los principios que inicialmente inspiraron la concepción del matrimonio, como es el caso de que los lazos de sangre, entre miembros de familias patricias para procurar que por medio del matrimonio se continuaran las creencias religiosas; las cuales irían perdiendo importancia ante la necesidad de responder a otros intereses, como es el factor económico. Es decir, el matrimonio se convertiría en un vehículo apropiado para conseguir determinadas uniones conyugales en las que sus miembros, al conseguir una mayor riqueza, incidiría a que al mismo tiempo se procurara ocupar un **status** social relevante y, en consecuencia, llegar a formar parte de la nueva aristocracia imperante (la **nobilitas**) que nada tenía que ver con la que existió precedentemente, ya que ahora la misma estaba constituida tanto por miembros de familias patricias como de aquellas otras plebeyas (77).

Por consiguiente, y a tenor de las nuevas circunstancias, es imposible poder precisar con seguridad si en el supuesto de Carvilio estábamos ante un matrimonio **cum manu** o **sine manu**, puesto que la **conventio in manum** al ser una institución anexa al matrimonio, pero que en ningún momento condicionaba la validez de la existencia del mismo, pudo o no constituirse. Todo dependía de las circunstancias

e intereses de diversa índole que se persiguiesen con aquel y que en el supuesto de Carvilio no contamos con fuentes suficientes para poder precisar.

Pero el argumento alegado por ROBLEDA que menos nos convence es aquel referente a que DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant. rom.*, II,25,7) consideró que el matrimonio de Carvilio era confarreado puesto que previamente estuvo hablando de dicha institución. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con dicha interpretación por las siguientes razones:

- La primera porque, según vimos que referían las fuentes, Sp. Carvilio Ruga era de origen plebeyo y situándonos en aquel momento histórico, la **confarreatio** no pudo acompañar a su matrimonio al ser un rito solemne y religioso que todavía por sus propias características frente a la **coemptio** y el **usus** se mantuvo algún tiempo reservada con toda probabilidad, según la doctrina dominante (78), a los patricios.

- Y en segundo lugar, porque si hacemos una lectura pausada de todo el pasaje de DIONISIO (II,25) podemos observar que, en primer momento, lo que nos esté informando es de las costumbres imperantes en la época más antigua del Derecho romano, concretamente cuando habla de que las leyes de Rómulo fueron eficaces para mantener y disciplinar tales **mores**. Seguidamente, en dicho contexto habla sólo de la **confarreatio** como un rito que solía acompañar al matrimonio, sin mencionar la **coemptio** ni el **usus**, por el específico carácter jurídico-religioso que la diferen-

ciaba de las demás formas de constituir la **conventio in manum** y cuya relevancia en aquellos momentos históricos no requiere mayor precisión. Y, después de describir tales hechos, lo que nos viene a decir en la parte final del texto, cuando informa del divorcio de Sp. Carvilio Ruga, es que todas esas reglas de comportamiento fueron respetadas durante 520 años, ya que no se disolvió ningún matrimonio, pero que a partir de entonces comenzaron a decaer como lo demuestra el caso del divorcio de Carvilio. Pero en ningún momento, DIONISIO nos llega a decir que aquel matrimonio fuese **confarreado**, sino que simplemente se refiere a dicho supuesto como un dato representativo del declinar de los **mores maiorum**, que es lo que realmente trata de describir (79).

Por tanto, al igual que veíamos que los argumentos hasta ahora expuestos por BRINI no nos convencían para poder afirmar de manera rotunda que el matrimonio de Carvilio fuese **sine manu**, tampoco la postura puesta de manifiesto por ROBLEDA para defender una posición contraria los podemos considerar como válidos y, menos aún, cuando trata de establecer que a dicho matrimonio acompañó la **confarreatio**.

Pero siguiendo con los motivos que aducía BRINI para fundamentar su interpretación, otro fue el referente a que el matrimonio de Carvilio debió ser **sine manu** puesto que en las fuentes no se habla de **consilium** ni de **indicium domesticum**, sino que A.GELIO (Noct. Att., XVII,21,44) sólo usa la frase de **amicorum setentia**.

A este respecto, BRINI (80) argumenta que en los matrimonios **cum manu** había una sola familia, la del marido,

y por tanto un solo **consilium** o **iudicium domesticum** ya que no existía otro **paterfamilias** que pudiese ejercer su **potestas** o para defender la pretensión de sus derechos. Por otro lado, tampoco intervenía la autoridad pública -sigue diciendo éste autor-, pues sólo el **paterfamilias** era el único que podía ser vigilado en sus actuaciones por medio de la censura. Y concluye afirmando que, por el contrario, en los matrimonios **sine manu** encontramos a dos familias: Una, la del marido, respecto a la cual la mujer es una extraña y, aquella otra de la mujer. Pudiendo ocurrir que, al existir dos **patresfamilias**, cada uno de ellos reuniese su propio **consilium** o **iudicium domesticum**, lo cual no resolvería gran cosa pues la familia del marido no podía pretender nada sobre la mujer, ya que ésta no se encontraba **in manum conventa**, ni la familia de la mujer sobre la **res uxoria**, ya que esta se encontraba incorporada en el patrimonio del marido.

Sin embargo, es curioso observar que ROBLEDA utiliza también este mismo punto, es decir, la existencia de una **sententia amicorum**, pero para defender una postura contraria a la de BRINI, estimando que dicha **sententia amicorum** era fruto de la actividad potestativa del **paterfamilias** y, en este caso concreto, Carvilio la habría ejercitado (81).

Tal desigualdad de interpretaciones nos muestra una vez más lo aventurado que resulta el pronunciarse en favor de una u otra postura cuando las fuentes no nombran para nada el tema de la **conventio in manum** ya que, de su lectura, sólo se desprende que fue el propio Carvilio el que realizó tal divorcio, esto es, que no fue ni el **pater** de su mujer ni el **pater** de Carvilio, sino él mismo el que actuó ante los censores declarando como persona **sui iuris** (82).

Con todo, ello no demuestra que dicho matrimonio fuese **cum manu** o **sine manu** pues, en el supuesto de que fuese **cum manu**, la esposa estaría sometida a la **manus** de Carvilio y, éste, en virtud de sus facultades tendría plenos poderes sobre ella para expresarle su voluntad de divorciarse. Pero incluso tratándose de un matrimonio **sine manu**, nada hacía impedir a Carvilio, como persona **sui iuris**, el poder de manifestar su desición al **pater** de aquélla.

Por otro lado, el hecho de que interviniese en el desenvolvimiento de este divorcio una **sententia amicorum**, muestra sólomente que Carvilio tomó el parecer de un **consilium amicorum** o **consilium domesticum**, pues no estamos de acuerdo con BRINI cuanto establece que no existió dicho **consilium** ya que este tenía que estar compuesto por parientes de la mujer, puesto que, como señala la doctrina hoy dominante (83), dicho **consilium** podía estar constituido por personas que no tuviesen ningún parentesco, es decir, podían integrarlo tanto los propios parientes como amigos o conocidos.

Pero es más, la actividad de dicho **consilium** se limitaba a dar su asesoramiento al **paterfamilias** en el ejercicio de sus funciones, es decir, no tenía una jurisdicción especial por la que el **pater** se viera mermado en sus facultades potestativas. Muestra de ello es que, en casos excepcionales, dicho **consilium** no se celebraba y ello no implicaba que cualquier acto realizado por un **pater** no tuviese eficacia jurídica. De ahí que, VALERIO MAXIMO (**Fact. et dict. memorab.**, II,9,2), cuando relata el repudio efectuado por L. Annium, nos da noticias de que el mismo se efectuó válidamente, desde un punto de vista jurídico, sin que se celebrase ningún **consilium**:

...L. enim Annium senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum consilio adhibito.

En dicho texto se puede apreciar que L. Annium fue separado del Senado, quizás porque fue un repudio injusto y porque no fue objeto de ningún **consilium**, pero del texto no se desprende que, por dicha situación, se pudiese anular el repudio ya efectuado. Pues una cosa es las sanciones que se pudieran imponer por comportamientos que atentasen a los **mores maiorum**, y otra muy distinta era el reconocimiento jurídico de los efectos que produjesen los poderes absolutos con los que estaba revestido el **paterfamilias** sobre los miembros de su grupo familiar.

Por tanto, fuese el matrimonio de Carvilio **cum manu** o **sine manu**, el **consilium domesticum** pudo existir como asesor de aquél en su decisión de repudiar a su mujer y, de hecho existió, pues la **sententia de amicorum** así lo demostraba.

Finalmente, nos quedaría por analizar el último motivo que apuntábamos sobre el cual BRINI intenta fundamentar que el matrimonio de Carvilio era **sine manu**, es decir, nos referimos a la fórmula **uxorem se liberum quaerendorum causa habere** que, según A. GELIO (*Noct. Att.*, XVII, 21, 44), fue empleada por Carvilio ante los censores. En este sentido, considera que dicha fórmula hacía referencia a los matrimonios **sine manu** ya que, según éste autor; el término **uxor** se empleaba para expresar que una mujer no se encontraba **in manum**, mientras que con el término **materfamilias** se indicaba que la mujer **in manum conventa** (84).

Con todo, FULCI aunque acepta con BRINI todos los

demás motivos en los que se basa para considerar que el matrimonio de Carvilio era **sine manu** y que, por ello, se puede explicar la razón del por qué hablan las fuentes del primero ocurrido en Roma, sin embargo, no acepta que con dicha fórmula se hiciera referencia a los matrimonios **sine manu** sino que, por el contrario, fue una fórmula propia de los matrimonios **cum manu** y, de manera especial, para las nupcias sagradas solemnes en conformidad con aquellas creencias religiosas domésticas que regulaban a la familia romana pero que, con el transcurso del tiempo y el propio declinar de las costumbres religiosas, esa fórmula también se extendió a los matrimonios **sine manu**, aunque perdiendo ese valor originario que tuvo en la antigua religión doméstica (85). La causa principal que le hace a FULCI no estar de acuerdo con BRINI en este punto es porque considera que con el término **materfamilias** no se expresa solamente que una mujer se encontraba en una situación **in manum conventa** ya que, sigue diciendo éste autor, FESTO (v. **materfamilias**) también nos informa que en algunos casos la mujer **in manum conventa** no podía ser **materfamilias** puesto que así solamente podía ser considerada la que fuese esposa de un **paterfamilias** (86).

Efectivamente, consideramos que es válida la interpretación de FULCI, sin embargo, también es verdad que la consideramos insuficiente puesto que, como ha puesto de manifiesto la doctrina (87), dicho término también viene a indicar otros significados; tales como: La de mujer **sui iuris** (88), o bien para expresar a una mujer honesta que vive conforme los **boni mores** y, en cuyo caso, también se la conoce con el apelativo de **matrona** (89). De estos significados, si bien el primero, es decir, el de mujer **sui iuris**, ha sido considerado por la doctrina (90) como el resultante de un momento histórico posterior, sin embargo en donde no

encuentran lugar a dudas es que con **materfamilias** tanto se podía conocer a la mujer **in manum mariti** como aquella otra que fuese honesta porque su vida se adecuara a los **boni mores** (91).

Por otro lado, consideramos que, en contra de la opinión de BRINI, con el término **uxor** no se venía a indicar sólo a la mujer que había contraído un matrimonio **sine manu** sino también a la que se encontraba en una situación de **in manum mariti**, ya que dicho término no tenía otro significado que el de esposa legítima. De ahí que, en las **Institutiones** de GAYO aparezca repetidas veces el término **uxor** para señalar a la esposa que, siendo legítima, ha podido celebrar o no la **conventio in manum** (92). Mientras que cuando emplea el término **materfamilias**, lo hace para señalar a la mujer honrada, tal y como reza en **Inst.**, III,220:

**Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno
puta aut fuste percussus vel etiam si cui
convicium factum fuerit, sive quis bona alicuius
quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere
proscripserit, sive quis ad infamiam alicuius
libellum aut carmen scriperit, sive quis matrem
familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et
denique aliis pluribus modis.**

Aunque CARCATERRA (93) considera que el término **materfamilias** empleado por GAYO en dicho texto debe ser en el sentido de **uxor in manu mariti** ya que, el mismo GAYO (**Inst.**, III,221), expresa que una persona se puede considerar ofendida, no sólo por la que reciba ella directamente, sino también la que se realiza sobre los miembros que se puedan encontrar bajo su **potestas** y la mujer que esté bajo la **manus** (94). Sin embargo, como ha puesto de manifiesto

WOLODKIEWICZ la opinión de CARCATERRA es infundada ya que, dice concretamente éste autor: "In Inst. 3,220 Gaio si occupa degli atti illeciti che costituiscono una **iniuria**. In Inst. 3,221 invece si parla della responsabilità per l'ingiuria perseguita direttamente dal danneggiato, oppure indirettamente, nel caso di ingiuria a danno di persone sottoposte. Non vi è quindi fra l'uno e l'altro testo nessun legame che giustificarebbe le conclusioni dedotte dal Carcaterra" (95).

Por tanto, podemos concluir diciendo que el término **uxor** significaba la esposa legítima, tanto si la **conventio in manum** acompañaba o no a su matrimonio. Mientras que con el término **materfamilias**, en los primeros momentos del Derecho romano, vendría a significar tanto la mujer que se encontraba sometida bajo la **manus** del marido como aquella otra que era estimada como honesta y, en su momento posterior, también vendría a significar a la mujer **sui iuris**. Por ello, en contra de BRINI, consideramos que el hecho de que, en las fuentes que nos informan del divorcio de Sp. Carvilio Ruga, aparezca el término **uxor** y no **materfamilias** no significa, necesariamente, que a dicho matrimonio no le acompañase la **conventio in manum**.

Ahora bien, tampoco podemos compartir la interpretación de FULCI cuando considera que, la fórmula empleada por A.GELIO (Noct. Att., XVII,21,44): **uxorem se liberum quaerendorum causa habere**, fuese en un inicio propia de los matrimonios **cum manu** y que, por la degeneración de las costumbres, más tarde fuese también empleada en los matrimonios **sine manu**, como era el caso de Carvilio. La razón de que no compartamos dicha postura es porque, como ha señalado la doctrina hoy imperante (96), tal fórmula no podía ser considerada como un acto constitutivo del

matrimonio sino, simplemente, como una prueba más de que existía una relación conyugal legítima y no un concubinato.

Así las cosas, una vez examinado el último motivo que veíamos que alegaba BRINI para intentar demostrar que el matrimonio de Carvilio era *sine manu* y que por esa razón se podía encontrar el fundamento de que las fuentes hablen del primer divorcio ocurrido en Roma, es decir, por ser la primera vez que se disolvía mediante el *divortium* un matrimonio *sine manu*, podemos concluir diciendo que sus postulados no nos convencen puesto que en las fuentes en ningún momento hacen referencia al tema de la *manus*, sino que se limitan a informarnos del primer *divortium* de un matrimonio legítimo y no de la disolución de la *conventio in manum*.

Por otro lado, ello no quiere decir que despejemos la hipótesis de que al matrimonio de Carvilio no le acompañase la *conventio in manum*, lo único que hemos intentado demostrar es que las fuentes no nos informan de dicha cuestión y que, por tanto, no podemos saber con seguridad si la mujer de Carvilio estaba o no sometida a la *manus* de éste. De ahí que, también nos mostrásemos contrarios a la opinión que puso de manifiesto ROBLEDA, esto es, que dicho matrimonio fue *cum manu* y, concretamente, confarreado.

De todas formas, aunque hubiésemos podido mostrar una solución concreta a este problema, consideramos que la misma no nos resolvería en absoluto la cuestión referente al por qué las fuentes informan de que fue el primer *divortium* ocurrido en Roma ya que, al ser la *conventio in manum* y el matrimonio dos instituciones plenamente independientes, las causas y efectos tanto de su constitución como de su

disolución se desarrollaron por vías diferentes.

B) Por la esterilidad de la mujer y el juramento hecho ante los censores: **liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)**.

Según podemos apreciar en las fuentes ya mencionadas (97) que nos informan del divorcio de Sp. Carvilio Ruga, en ellas se hace referencia a la esterilidad de la mujer como la causa principal que dio lugar al mismo. Si bien dicha causa fue muy usual entre otros pueblos de la antigüedad (98), sin embargo es con el supuesto de Carvilio cuando las fuentes la recogen de forma expresa ya que, entre las causas de **repudium** que nos relata PLUTARCO (Rom., XXII), la esterilidad no aparece recogida.

De ahí que, algunas de las interpretaciones doctrinales consideren que, tal divorcio, fue el primero ocurrido en Roma por una causa de la cual la mujer no fue culpable y que, además, no iba en contra de la moral, ni de las leyes, ni de las costumbres. Concretamente, HERRMANN nos dice: "Ce qui distingue le divorce de Carvilius Ruga des répudiations déjà connues, c'est précisément le fait que la femme n'a commis aucune faute: c'est stérile, et Carvilius Ruga prétend qu'il est obligé de se séparer d'elle uniquement pour satisfaire à la promesse faite au censeur de se marier "pour avoir des enfants libres"" (99).

Por su parte, HUMBERT, considera que: "Avec la célèbre répudiation de Carvilius Ruga, vers 230 J.-C., commence une nouvelle étape; après avoir pris le conseil de ses amis (Gell., 17,21,44), Ruga répudia sa femme à cause de sa stérilité, et fut ainsi l'auteur, non pas du premier divorce, mais de la première répudiation, non sanctionnée,

d'une épouse innocente" (100). Pronunciándose en términos muy parecidos D'ORS cuando dice: "El divorcio de Carvilio Ruga, en el año 230 a.C., resultó escandaloso por ser el primer repudio de una mujer inocente (a causa de su esterilidad)" (101).

Y, finalmente, entre los autores más recientes que se inclinan por esta postura, podemos mencionar a ROBLEDA interpretando que: "Nelle rimanenti fonti di Plutarco come in quelle di Gellio e Valerio Massimo si aggiunge la causa del divorzio di Carvilio, la sterilità della moglie; ma non solo, poiché dalla lettura più ovvia delle loro testimonianze inoltre, su può dedurre che un tal motivo (la sterilità) fu il primo in senso assoluto che provocò un divorzio a Roma...si può ammettere che il divorzio di Carvilio fu il primo ad aversi a Roma senza che venissero intaccate le leggi e le consuetudini antiche né, fundamentalmente, i costumi" (102).

Estas con, el líneas generales, algunas de las interpretaciones más recientes que se han expresado en torno a este punto. Sin embargo, consideramos que para valorar en su justa medida la causa alegada por Carvilio habría que dar respuesta a las siguientes cuestiones que nos planteamos:

- 1º).- Con anterioridad al divorcio de Sp. Carvilio ¿pudo darse la esterilidad como causa del repudium?.
- 2º).- El alcance e importancia de la declaración jurada hecha por Carvilio ante los censores.
- 3º).- ¿Por qué este supuesto fue objeto de la repulsa social?

1º) Es verdad que, atendiendo al contenido de las fuentes, el primer supuesto en donde se recoge que la esterilidad fue causa de la disolución matrimonial es en el de Sp. Carvilio. Sin embargo, tampoco desechamos la posibilidad de que dicha causa fuese el motivo de repudios anteriores en función a las circunstancias y, concretamente, por las siguientes razones:

En primer lugar, sabemos que la procreación era uno de los fines primordiales del matrimonio, al menos esta era la postura que defendimos conforme a lo que también manifestaba la doctrina más relevante (103) dada la importancia que las fuentes así le otorgan (104), ya que por medio de la descendencia se procuraba la continuidad de la familia y de su cuito doméstico (105).

En segundo lugar, como tuvimos ocasión de exponer, no contamos en la época monárquica ni en la republicana con una regulación exhaustiva en torno al **repudium-divortium**, sino con breves referencias en las fuentes, tales como es el caso de PLUTARCO (Rom., XXII), y en la **lex XII Tabularum** (tab., IV,3), sobre las cuales también dijimos que no eran otra cosa que la expresión de las costumbres (**mores maiorum**) imperantes en cada momento histórico, ya que dichos **mores** eran la única fuente encargada de disciplinar tales cuestiones y cuya sede de desenvolvimiento residía en los grupos familiares. En consecuencia, para saber si la esterilidad pudo o no ser causa del **repudium** con anterioridad al supuesto de Carvilio, habría que examinar cuál fue el contenido de dichos **mores maiorum**.

En este sentido, la única fuente que nos informa con mayor profundidad de las causas del **repudium** es aquel

texto de PLUTARCO (Rom., XXII) que ya tuvimos ocasión de analizar. Pues bien, en base al mismo se pueden deducir las siguientes observaciones que, a nuestro juicio, son importantes para el tema que nos ocupa:

Por un lado, entre las causas que menciona PLUTARCO, para considerar que el **repudium** es justo, está *φαρμακεία τέκνων* (**veneficium circa prolem**), es decir, según la interpretación que mostrábamos, significaba el envenamiento de un niño no nacido aun o, lo que es lo mismo, un aborto provocado y, por consiguiente, de esta causa se puede deducir que, dentro del contenido de los **mores maiorum**, la protección a la procreación era evidente como medio de posibilitar la continuidad del grupo familiar (106).

Por otro lado, la **procreatio** tenía que desenvolverse dentro del matrimonio puesto que, como también vimos del mismo texto de PLUTARCO, la cesión de la mujer con fines de procreación era algo que repugnaba a estos **mores maiorum** (107).

Y, finalmente, la última observación que deducimos de dicho texto es que, según se desprende de su párrafo final (**si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum eius partem...**), el marido siempre tenía la facultad de repudiar a la mujer aun fuera de las causas expresamente establecidas porque, aunque fuese sancionado el marido por un **repudium** injustificado, en ningún momento se dice que el mismo pudiese ser considerado como nulo (108).

Con todo, no queremos significar con ello que la esterilidad fuese una causa de **repudium** que, con anterioridad a Carvilio, estuviese muy difundida pues, como muy bien

pone de manifiesto HUMBERT (109), no sólo por la **procreatio** se podía procurar la continuidad del grupo familiar ya que la **adoptio** también era un instrumento válido. Ahora bien, mientras que en la **adoptio** supone que ya existe una persona, que es el adoptado, y sobre la cual se va a procurar dicha continuidad, sin embargo también hay que situarse en el hecho de que no siempre se encontrarán individuos idóneos para que un **paterfamilias** procediese a su adopción y que, ante la circunstancia de que un marido tuviese a una mujer estéril, éste la repudiase para contraer otro matrimonio. De hecho, el mismo DIONISIO DE HALICARNASO (*Ant. rom.*, II,25,7) y A.GELIO (*Noct. Att.*, IV,3,2) cuando nos informan del **divortium** de Carvilio nos dan a entender que, al menos aparentemente, éste por dicha causa y a su pesar se divorció de ella, como si en cierta medida Carvilio se hubiese visto obligado a ello.

En cuanto al hecho de que la esterilidad no aparezca entre el elenco de causas por las que se justificaba el **repudium**, según PLUTARCO, puede obedecer a que, a diferencia de las mencionadas en dicho texto, la esterilidad no se debía a un mal comportamiento de la mujer, sino sencillamente a una imposibilidad ajena a su voluntad. Le ahí que, la esterilidad no fuese una causa de **repudium** que afectase a la **pax deorum**, sino que su existencia estaba en función de los propios intereses del grupo familiar, de tal manera que en algunos casos se viese conveniente o no proceder a la disolución matrimonial. Sin embargo, las otras causas que mencionan PLUTARCO, sí forzaban a que el **repudium** se efectuase, pues como expusimos (110) implicaba una **expiatio** de un mal comportamiento de la mujer que, en caso de no subsanarse bien con el **repudium** o con la propia muerte de la mujer, sí podía afectar a la **pax deorum**, dadas las creencias jurídico-religiosas que imperaban en aquellos

momentos históricos.

Así las cosas, consideramos que no podemos desechar la posibilidad que, con anterioridad al supuesto de Carvilio, se hubiese efectuado algún que otro **repudium** en base a la esterilidad de la mujer y que, el hecho de que las fuentes nos informen de que el divorcio de Carvilio fue el primero ocurrido en Roma cuya causa fue la esterilidad, podría ser interpretado en el sentido de que, no es que fuese el primero ocurrido por la esterilidad, sino el primero que alegando dicha causa estuvo revestido de unas circunstancias especiales que determinó que fuese distinto a los repudios precedentes.

2º) En cuanto al alcance e importancia de la declaración jurada hecha por Carvilio ante los censores podemos decir que, efectivamente, tal juramento (**iusiurandum de uxoribus**) lo podemos ver confirmado, en cuanto a su práctica, en otras fuentes (111).

Ahora bien, habría que distinguir entre lo que implicaba el valor que encerraba la fórmula en sí: **liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)** y la eficacia que, por la misma, se hacía el juramento ante los censores.

En este sentido, si bien estamos de acuerdo con la doctrina más reciente (112) cuando considera que dicha fórmula no suponía un acto constitutivo del matrimonio pues, mediante la misma tan sólo se demostraba la existencia de un matrimonio legítimo para poderlo diferenciar de lo que era sencillamente una unión temporal o concubinato, sin embargo consideramos que no le otorga su justo relieve cuando se intenta expresar la eficacia del juramento, que en base a la misma, se hacía ante los censores. Concretamente, ya

anteriormente SAVIGNY (113) puso de manifiesto que el juramento ante los censores estaba fundamentado por las propias funciones que éstos tenían encomendadas, es decir, la de hacer constar en el censo las circunstancias personales y patrimoniales de cada individuo. De ahí que, cuando se hacía el juramento en base a dicha fórmula, a los censores lo único que les interesaba era la de saber si un ciudadano romano estaba o no casado, es decir, para constatar un hecho no para constreñir por un acto futuro, para conocer y no para convencerse, era en definitiva, según éste autor, una antigua y solemne costumbre de jurar en presencia de los censores. Por otra parte, considera SAVIGNY que esta costumbre iría cayendo en desuso puesto que en el momento histórico donde muestra su mayor apogeo es durante la época republicana (114).

Por su parte, ORESTANO aunque coincide con SAVIGNY en que dicho juramento no implicaba ningún efecto constitutivo, sin embargo matiza la razón del por qué tuvo su plena vigencia sólo en época republicana. Concretamente, según ORESTANO: "finchè la valutazione sociale non aveva ancora accolto e riconosciuto come unione **optimo iure** il matrimonio **sine manu** allora il **iusiurandum** si era necessario; ma quando il matrimonio **sine manu** diviene il tipo normale d'unione, pienamente riconosciuto dal costume e circondato da gran parte di quelle stesse cerimonie e garanzie sociali che prima si avevano solo nei matrimoni **cum manu**, il controllo fornito dal **iusiurandum** appare superfluo, cosicchè rapidamente scompare, salvo a ripresentarsi sotto altra veste riguardo a situazioni nuove, in cui per altre esigenze un accertamento inequivocabile dell'esistenza del matrimonio tornerà a rendersi indispensabile" (115).

Por nuestra parte consideramos que, si bien tienen razón éstos autores cuando señalan que esta operación que realizaba el censor, en base a dicha fórmula, no constituía ningún efecto constitutivo, es decir, que se limitaban a registrar lo que a ellos le comunicaba el individuo que se sometía al censo, sin embargo no podemos ser partícipes con SAVIGNY cuando se limita a indicar que dicho juramento era una antigua y solemne costumbre, ya que da la impresión de que dicho juramento no tenía mayor eficacia que la de un simple y puro trámite. Ahora bien, tampoco podemos ser partícipes de la opinión de ORESTANO en la medida de que parte de la consideración que en un inicio, cuando todavía no era usual que la **conventio in manum** no acompañase al matrimonio, esta relación conyugal **sine manu** no disfrutaba del reconocimiento de una unión **optimo iure** y, por ello, el **iusiurandum** era necesario. De admitir esta postura, supondría que también admitiéramos que, en un momento histórico determinado, la **conventio in manum** fue una forma concreta de matrimonio o bien que el matrimonio fue una institución plenamente fusionada con aquella, lo cual ya vimos anteriormente que no pudo ser, puesto que en todo momento fueron dos instituciones con diferente configuración.

Por ello, nuestra interpretación va dirigida en considerar que la declaración jurada que se hacía ante los censores, no era una antigua y solemne costumbre, sino un acto necesario para que el censor pudiera completar el censo dando cuenta de cual era la situación personal y patrimonial en la que se encontraba en ese momento el ciudadano que se sometía al mismo. De ahí que, si en algo le interesaba el censor el tema de la **manus** sobre la mujer, no era para considerar si su matrimonio era o no **optimo iure**, sino sencillamente para hacer constar cuál era el **status familiae** que la mujer ocupaba en concreto y, al mismo tiempo, el

poder advertir el número de personas que se encontraban sometidas a la **potestas** de un **paterfamilias**. Ahora bien, con la fórmula **liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)** no se expresaba si la mujer estaba o no bajo la **manus** del marido, sino que con ella se manifestaba la existencia de un matrimonio legítimo, fuese **cum manu** o **sine manu** (116). Situaciones, todas ellas, que sí importaba al censor puesto que, sobre las mismas, se podía conocer la situación concreta en que se encontraba cada individuo, tanto **sui iuris** como **alieni iuris** (117). Por otro lado, junto a esta actividad de hacer constar en el censo dichas situaciones, el censor ejercía también una estrecha vigilancia de las conductas o comportamientos de todos aquellos que pasaban por el censo; de tal manera que, por medio de la **nota censoria**, éstos magistrados establecían una **cura morum** lo que hacía que estuviesen revestidos de gran autoridad (118).

Así las cosas, Sp. Carvilio Ruga, como un ciudadano más, pasó por la vigilancia del censo para dar conocimiento de su situación social y familiar, con lo cual tenía que declarar que se había divorciado, pero no para que el censor procediese a autorizar o no dicha disolución matrimonial, ya que ello era competencia del marido y de su grupo familiar asistido por el asesoramiento del **consilium domesticum**. Ahora bien, Carvilio sí tenía que declarar ante el censor cómo se había desenvuelto dicha disolución matrimonial, a fin de que dicho magistrado tuviese criterios suficientes para determinar si había sido un comportamiento o no correcto y, en consecuencia, si podía ser objeto de una **nota censoria** teniendo, en este sentido, razón de ser la declaración jurada de Carvilio y las circunstancias que se dieron en dicha disolución matrimonial.

De ahí que, Carvilio declarase ante los censores que, como consecuencia de la esterilidad de su mujer y, lo más importante, tras la celebración del **consilium domesticum**, se divorció de ella. Mostrando, de esta forma, a los censores que su comportamiento no respondía a un acto arbitrario, sino que su decisión había sido el fruto de una reflexión tras el asesoramiento de parientes o conocidos. De este modo, los censores después de observar que dicho comportamiento no había sido arbitrario, se limitaron a conocer y respetar tal decisión sin entrar a examinar los motivos de la misma, es decir, la esterilidad de la mujer, puesto que ello había sido ya objeto de examen por parte del **consilium domesticum** y del propio **paterfamilias** que, en última instancia, era donde residía la competencia sobre tales cuestiones después de dicho asesoramiento.

En este sentido, consideramos que es significativo el supuesto de L. Annio (VAL.MAX., **Fact. et dict. memorab.**, II,9,2), el cual repudió a su mujer sin que nos haya llegado hasta nosotros la causa del mismo, aunque de dicho texto de VALERIO MAXIMO sí se desprende que no se realizó esa consulta a un **consilium domesticum**, lo cual pudo desvirtuar esa apariencia legal y moral que dicho comportamiento debía implicar y, ante ello, se puede encontrar la explicación de que los censores pudiesen tachar de injusta o arbitraria su actuación, siendo expulsado por este motivo del Senado en virtud, probablemente, de la **lex Uvinia de senatus lectione** (año 318 ó 312 a.C.) (119).

En contra de lo expuesto, se podría alegar que en el supuesto del **repudium** de P.Sempronio Sofo (VAL.MAX., **Fact. et dict. memorab.**, VI,3,12), quizás anterior también al supuesto de Sp. Carvilio, no se dice nada en torno a la celebración de un **consilium domesticum** y que por ello fuese

penado por los censores. Sin embargo, y a diferencia de los otros dos, VALERIO MAXIMO no nos dice que este supuesto fuese conocido con motivo de la confección del censo. Por otro lado, el hecho de que no se mencione para nada la celebración del **consilium** no significa que, necesariamente, no se celebrase. Y, finalmente, lo que sí reconocemos en torno al mismo es que la causa que motivó dicho **repudium** se debió a un mal comportamiento de la mujer, lo cual lo diferenciaba evidentemente del supuesto de Sp. Carvilio.

En consecuencia, podemos concluir este punto diciendo que, si bien el valor de la fórmula **liberorum quaerendorum (procreandorum) causa (gratia)** no era otro que el demostrar que la relación existente entre un hombre y una mujer no era una unión temporal sino un matrimonio legítimo, sin embargo la declaración jurada ante los censores tenía la eficacia de que éstos, por un lado, pudieran conocer cuál era la situación personal en la que se encontraban los individuos y, por otro lado, el poder valorar si sus comportamientos eran o no objeto de una **nota censoria**, como expresión de la **cura morum** que éstos magistrados tenían encomendada.

3) Por último, nos quedaría por analizar el por qué el divorcio de Sp. Carvilio Ruga fue objeto de la repulsa social, según nos informan VALERIO MAXIMO (**Fact. et dict. memorab.**, II,1,4) y DIONISIO DE HALICARNASO (**Ant. rom.**, II,25,7), cuando además, por el mismo, Carvilio no fue objeto de ninguna nota censoria, según hemos podido apreciar en el contenido de las fuentes.

Esta aparente contradicción de hechos nos impide que podamos estar de acuerdo plenamente con la interpretación de ROBLEDA cuando vimos que consideraba que, dicho

divorcio, fue el primero porque no atentó contra las leyes, ni la moral, ni las costumbres (120). Y ello porque, si bien es la verdad que estuvo revestido de una apariencia legal hasta el punto que no fue objeto de una nota censoria y, en consecuencia, como dice ROBLEDA no fue en contra de las leyes, sin embargo no cabe duda que este suceso no fue nada conforme ni con la moral ni con la costumbre, al menos precedentes, pues en caso contrario no encontraríamos explicación a ese rechazo social que despertó.

La verdad es que la doctrina romanística no se detiene a reflexionar en torno a este problema, quizás porque la mayoría aceptan la interpretación de SAVIGNY cuando señala que, la esterilidad alegada por Carvilio como la causa del divorcio, fue una simple excusa, una postura hipócrita, un pretexto del propio Carvilio (121).

Efectivamente, como señala SAVIGNY la esterilidad alegada por Carvilio fue un simple pretexto para ocultar que el verdadero motivo del mismo no fue otro que el cese efectivo de la *affectio maritalis*. Causa, esta última, que abiertamente no podía declarar porque todavía no estaba plenamente asumida por la conciencia social. De ahí que, en este supuesto en concreto, se observen dos cuestiones: Por un lado, la apariencia legal y moral con la que Carvilio quería justificar ante los censores su divorcio para que del mismo no se desprendiese que había tenido un comportamiento arbitrario e injusto con su mujer y, en consecuencia, no fuese objeto de ninguna nota censoria; finalidad esta que sí consiguió y que, en cierta medida justifica su actuación ante los censores. Pero, por otro lado, la opinión pública palpó que dicho supuesto se desarrolló de manera diferente a los supuestos de repudios precedentes puesto que, por mucha apariencia legal que revistiese, el motivo alegado por

Carvilio no se ajustaba, ante la opinión social generalizada, como una causa realmente justificada, sino como una excusa cuyo verdadero motivo no quedó expresamente resalta-
do.

Por ello, consideramos que el divorcio de Carvilio fue el primero ocurrido en Roma como una institución nueva puesto que su causa, es decir, el cese de la **affectio maritalis**, fue la primera vez que tuvo el reconocimiento jurídico por parte de un organismo de la **civitas** y que, a diferencia de las disoluciones de tiempos precedentes, no respondió a la concepción de un **repudium** sanción, sino a la disolución de una concepción preclásica del matrimonio cuya causa iba a radicar en la **affectio maritalis** aunque fuese todavía con carácter unilateral, esto es, que comenzase en un inicio siendo a iniciativa del marido y, más tarde, sería también a iniciativa de la mujer.

Efectivamente, dicha concepción preclásica del matrimonio pudo tener con el divorcio de Sp. Carvilio Ruga un apoyo más al reconocimiento de su nueva configuración jurídica. La cual quizás tuviese su punto de partida tras la aparición de la **lex Canuleia** que, indudablemente, al permitir el **ius conubii** entre patricios y plebeyos provocaría que muchas creencias y **mores** familiares fuesen evolucionando a tenor de la celebración de dichas comunidades conyugales mixtas. Por otro lado, las antiguas costumbres que configuraron a matrimonios precedentes también se tuvieron que ver alteradas ante el fenómeno del **ius migrandi** que se produjo en Roma a partir del IV siglo a.C., especialmente de latinos que querían asentarse en territorio romano, tal y como ha estudiado en profundidad CASTELLO (122). Lo cual produciría que nuevas corrientes culturales vendrían a confundirse con las propiamente romanas existen-

tes y cuya influencia en el matrimonio no se dejaría esperar.

Así las cosas, no es tanto la esterilidad en sí misma lo que dio realce al supuesto de Carvilio, sino el reconocimiento por parte del organismo de la **civitas** que la antigua concepción del **repudium** estaba evolucionando para dejar paso a que entrara a configurarse una nueva institución, es decir, el **divortium**, cuya causa no tenía porque responder necesariamente a las hasta entonces conocidas, sino que la misma iba a radicar en torno al **consensus** o **affectio maritalis**, tal y como se desprende del propio contenido que lleva aparejado el término **divortium** (123).

C) Por la necesidad de regular las **cautiones rei uxoriae**.

Otra de las razones por la que se fundamenta el hecho de que el divorcio de Sp. Carvilio Ruga tuviese tal resonancia fue aquella que, en base a que no siendo costumbre restituir la dote a la mujer, se sintiese entonces la necesidad de disciplinar su devolución. Concretamente, ello parece desprenderse del contenido del texto de A.GELIO (Noct. Att., IV,3,2) en donde recoge la referencia del libro **De Dotibus** de Servio Sulpicio:

Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit De Dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit, cum Spurius Carvilius, cui Ruga cognomentum fuit, vir nobilis, divortium cum uxore fecit,...

De ahí que, autores como BONFANTE encuentren justificación a que las fuentes consideren el divorcio de

Carvilio como el primero ocurrido en Roma. Concretamente, dice éste autor cuando comenta dicho texto: "Questo giurista, evidentemente, como appare dal racconto di Gellio, intendeva dare notizia non tanto sul primo divorzio, quanto sulle prime **cautiones** per la restituzione della dote: e se il divorzio di Spurio Carvilio da lui ricordato, fornì l'occasione, ciò si deve ascrivere non all'esser il primo divorzio in genere, e forse nemmeno il primo divorzio **sine causa**, ma all'essere il primo divorzio che richiamò una buona volta la necessità di queste **cautiones**, in quanto da un lato, esclusa ogni colpa della donna, non era equo che il marito trattenesse la dote, dall'altro lato per la prima volta nei rapporti patrimoniali tra coniugi finora abbandonati al **fas** e alle genti, si chiamò il giudizio dello Stato" (124).

Efectivamente, estamos de acuerdo con BONFANTE y con los autores que le siguen que dicho supuesto fue el primero que provocó a que se impulsara la idea de la necesidad de establecer las **cautiones rei uxoriae**. Ahora bien, consideramos que se tomó conciencia de dicha necesidad porque fue la primera disolución matrimonial que no respondió a la concepción del **repudium** - sanción que existió en tiempo precedente, sino que dicha disolución obedeció a una institución nueva, esto es, al **divortium**, aunque fuese todavía con carácter unilateral pero que, a diferencia de los repudios anteriores, su causa iba a emanar del cese de la **affectio maritalis**. Dado que, por un lado, la esterilidad fue un simple pretexto de Carvilio y, por otro lado, tampoco fue objeto de una nota censoria por un comportamiento injusto o arbitrario, lo que demostraba a su vez que el organismo de la **civitas** daba relevancia jurídica a la nueva concepción de la disolución matrimonial. Por ello, es lógico suponer que el divorcio de Carvilio sirviese de base

a Servio Sulpicio para que manifestase que también nuevas medidas debían surgir en correspondencia con las nuevas situaciones creadas y, en consecuencia, su justificación a la aparición de las **cautiones rei uxoriae**.

En este sentido, estamos de acuerdo con ARNO cuando considera que: "Il punto di partenza, da cui inizia Servio la sua trattazione per l'esplicazione della teoria della restituzione della dote in determinate eventualità, é la necessità sentita nella prassi di **cautiones rei uxoriae** fin dai tempi del divorzio di Spurio Carvilio Ruga. L'essersi fin da tali tempi avvertita la necessità, non significa ancora che le **cautiones**, già fin de allora, siano state introdotte, che cioè subito i privati avessero con loro **cautiones** soddisfatto senz' altro a quella necessità che Servio volle porre ben in rilievo a giustificazione delle **cautiones** stesse" (125).

Sin embargo no compartimos la opinión de HUMBERT cuando, al referirse al divorcio de Sp. Carvilio, dice en torno al mismo lo siguiente: "Ce précédent montre que le **consilium**, á cette époque, a perdu son autorité: il permit cette répudiation, et cela sans même contraindre Ruga à restituer la dot de son épouse, puisque c'est à partir de cette date que les procédés conventionnels de restitution se développèrent" (126). Y no estamos de acuerdo pues el hecho de que el **consilium domesticum** aceptase que se produjese el divorcio de Carvilio demuestra que, dicho **consilium**, actuó conforme a la nueva concepción del matrimonio que se estaba configurando ya en aquellos momentos históricos, pero ello no significa que hubiese perdido su autoridad. Pues dicha autoridad no implicaba el ejercicio de un poder jurisdiccional, sino simplemente el asesoramiento que continuamente prestaba al **paterfamilias** en sus actuaciones. Asesoramiento

que, por otro lado, debía ser conforme con los **mores maiorum** que en cada momento fuesen imperantes.

Pero es que, además, y al contrario de lo que opina HUMBERT, dicho **consilium** nunca pudo obligar a Carvilio a restituir la dote a su mujer puesto que, como señala la doctrina dominante (127), la dote siempre se consideró como una aportación definitiva al marido y sólo a partir del divorcio de Sp. Carvilio Ruga fue cuando se sintió la necesidad de estipular dicha restitución. Así, cuando analizamos el texto de PLUTARCO (**Rom.**, XXII), donde se expresaba las consecuencias que se generaban en el supuesto de que el marido repudiase a la mujer fuera de las causas en el mismo enunciadas, vimos que el hecho de que el marido se viese obligado a entregar a la mujer la mitad de sus bienes y la otra mitad fuese ofrecida a Ceres no podía ser interpretado como un modo de restitución de la dote, sino como una sanción de carácter jurídico-religiosa como consecuencia de un comportamiento injusto del marido (128).

Sólo cuando los **mores maiorum** vayan evolucionando, hasta el punto de que las medidas que nos indicaba PLUTARCO no respondan ya a las nuevas concepciones sociales, será cuando se requiera expresar que, como dice ARNO (129), el marido si bien sigue siendo el propietario de la dote, sin embargo no será un propietario permanente sino temporal pues ello es lo que viene a reflejar Servio en su libro **De Dotibus**.

Con todo, y como también vimos que decía ARNO, el hecho de que con el divorcio de Sp. Carvilio se sintiese la necesidad de regular la restitución de la dote, no significa que desde aquel momento las **cautiones rei uxoriae** fuesen perfectamente introducidas y disciplinadas, sino que, como

también ponen de manifiesto CREMADES y PARICIO, lo que se indicaba era el intento de imponer al marido el deber (**officium**) de devolver la dote. Concretamente dicen éstos autores: "Sin embargo debieron producirse casos en los que el marido no cumplía ese **officium**, y así surgió la necesidad de proveer una regulación jurídica encaminada a asegurar en todo caso la restitución de la dote; ese es el momento (comienzos del siglo II a.C.) en que la vieja Jurisprudencia cautelar republicana recomienda al constituyente el curarse en salud exigiendo una promesa estipulatoria por la que se garantizase que la dote sería restituida en caso de disolución matrimonial. Tal fue el origen de la **cautio rei uxoriae**. De ella surgió la **actio ex stipulatu**, condicionada a la disolución del matrimonio, y en un primer momento histórico fue el único modo judicial de exigir la devolución. Si no se exigió caución, no podía pedirse restitución". Y concluyen diciendo: "Más tarde -aunque el momento histórico concreto es y continuará siendo imprecisable mientras no tengamos nuevos datos, tal vez hacia finales del siglo II a.C. según admite la teoría hoy dominante- sabemos que se puede exigir la devolución en todo caso, aunque no hubiera mediado estipulación, a través de la **actio rei uxoriae**" (130).

Efectivamente, hasta que no se establecieron los mecanismos procesales para poder exigir la restitución de la dote, esta siguió siendo para el marido un deber moral (**officium**). De ahí que, la **actio ex stipulatu** (131) en un primer momento y la **actio rei uxoriae** (132) después, viniesen a reflejar que los **mores maiorum** estaban sufriendo un proceso de decadencia ante la inseguridad que se producía al dejar al **officium** del marido la nueva necesidad sentida de restituir la dote a la mujer.

En este sentido, tenía razón BONFANTE cuando vimos que puso de manifiesto que, a partir del divorcio de Sp. Carvilio, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges dejaron de ser reguladas por el **fas** y por las **gentes** para ser competencia del juicio del Estado (133). Pero no sólo las relaciones estrictamente patrimoniales, sino que también pasaron al criterio del organismo de la **civitas** aquellos comportamientos de la mujer que, como consecuencia de los mismos, desembocasen en una disolución matrimonial. Muestra de ello, fue la aparición del **iudicium de moribus** que, aunque tiene un oscuro origen, la doctrina dominante considera que surgió en torno al siglo II a.C. (134), en virtud del cual se otorgaba al marido la **actio de moribus** para que, en el caso de que la mujer hubiese realizado un comportamiento contrario a los **boni mores** y por ello se produjese la disolución matrimonial mediante el **repudium-divortium**, ésta fuese multada y el marido obtuviera de esta forma un cierto resarcimiento económico frente a la **actio ex stipulatu** por la que se le obligaba a la restitución de la dote (135).

Así las cosas, podemos concluir diciendo que, efectivamente no dudamos que el divorcio de Carvilio fuese el primero que dejó sentir la necesidad de instaurar las **cautiones rei uxoriae**, pero que dicha necesidad fue como consecuencia del reconocimiento jurídico que se había otorgado a que la concepción de la disolución matrimonial había evolucionado. De tal manera que, el divorcio de Carvilio, fue el primero que obtuvo dicho reconocimiento, es decir, el **divortium** iba a existir como un modo más de disolver el matrimonio y cuya causa principal iba a emanar del cese efectivo de la **afectio maritalis**, aunque todavía fuese con carácter unilateral, esto es, a iniciativa del marido. Por ello, desde entonces el propio termino **divortium**

tendría su aparición en las fuentes y junto al término **repudium**, aunque este último respondiendo ya a una concepción y configuración distinta a la que tuvo en tiempo precedente, es decir, ya no sería el **repudium**-sanción que vimos, sino el **repudium** bien como sinónimo de **divortium**, o bien como expresión de un **repudium** marital con carácter unilateral que, con el tiempo y según vimos en el estudio terminológico que hicimos de ambos términos (136), también fue empleado para expresar el **repudium** efectuado por iniciativa de la mujer.

V.3.- FRECUENCIA DEL DIVORCIO EN ROMA.

Trás el supuesto de Sp. Carvilio Ruga, las disoluciones matrimoniales por medio del **divortium** comienzan a ser más frecuentes a tenor de las noticias que nos transmiten las fuentes literarias, cuyos testimonios son los únicos datos con los que contamos para poder apreciar la evolución que se sucedió en esta institución ya que, salvo los mecanismos procesales para la restitución de la dote, no dispondremos hasta la legislación matrimonial de Augusto de fuentes jurídicas que nos informen de las variaciones que se produjeron en relación con las causas y la forma por la que se realizaba este modo de disolver el matrimonio.

De ahí que, tales cuestiones de la causa y de la forma, sean los puntos primordiales en torno a los cuales intentaremos dar una respuesta; al ser paradójico que, ante el hecho objetivo admitido por la totalidad de la doctrina de que el divorcio se hizo frecuente desde la época republicana (137), sin embargo hasta la legislación matrimonial de Augusto no existiese una regulación sobre la materia.

Por ello, esta ausencia de regulación nos muestra que, por un lado, la institución matrimonial, en un sentido general, y la del divorcio, en especial, siguió manteniéndose disciplinado por las costumbres sociales que imperaron en época republicana. Pero, por otro lado, también nos muestra la necesidad de diferenciar entre el período anterior y posterior a la legislación augustea, es decir, entre la concepción preclásica del divorcio y la que se dio en la época propiamente clásica. Pues, aunque no dudamos que la configuración que tuvo dicha institución en los últimos momentos históricos de la república fue la premisa para que Augusto realizara una regulación en torno al tema, hasta el punto que la mayoría de la doctrina romanística, como tendremos ocasión de ver, consideran clásico el desenvolvimiento que tuvo el divorcio en los últimos tiempos de la época republicana; sin embargo, consideramos que dicha generalización no debe ser admitida puesto que no es lo mismo un período donde la causa y la forma del divorcio fue exclusivamente regulada por los **mores** que la situación que pudo acaecer a partir de dicha legislación. Cuando sabemos que, aunque fue respetuosa en que la concepción del divorcio radicase en el cese efectivo de la **affectio maritalis**, sin embargo sí reguló algunos aspectos de la causa y la forma con la finalidad de, en cierta medida, limitar y poner orden ante la frecuencia abusiva de divorcios que se practicaron desde época republicana.

Por consiguiente, el contenido de este último apartado irá concretado en determinar la transformación social que se produjo en Roma a tenor del aumento de divorcios que se sucedieron en este período histórico, para adentrarnos después en el tema específico del tratamiento que se le otorgó a la causa y a la forma de dicha institución.

V.3.1.- Transformación social en Roma.

Las fuentes que tratan el período posterior al del supuesto de Sp. Carvilio Ruga nos informan de la frecuencia de divorcios que se produjeron. Así, PLUTARCO (Aem Paul., V,2) nos relata el divorcio de L. Emilio Paulo con Papiria, cuya causa del mismo no nos ha llegado directamente a nosotros, tal y como expresamente comenta PLUTARCO, por lo que del contexto general del fragmento se puede deducir que el motivo del mismo fue el cese efectivo de la **affectio maritalis** ya que, el mismo PLUTARCO, reconoce que era usual, en aquellos momentos históricos (siglo II a.C), que los matrimonios se disolviesen sin que la causa de los mismos fuese manifestada públicamente, sino que quedaba en la esfera privada de los cónyuges. De ahí que, junto al relato de dicho supuesto, PLUTARCO añadiese un ejemplo de que un romano tras repudiar a su mujer y, al ser preguntado por el motivo del mismo, respondiese mostrando un zapato y diciendo: "¿No me viene bien? ¿no está nuevo? pues no habría entre vosotros ninguno que acertase en qué parte del pie me aprieta":

ὡς ἀνὴρ Ῥωμαῖος ἀπέπεμπετο γυναῖκα, τῶν δὲ φίλων ρουθετούντων αὐτόν, "Ὀὐχὶ σῶφρων; οὐκ εὐμορφος; οὐχὶ παιδοποιός;" προτείνας τὸ ὑπόδημα (κάλλιον αὐτὸ Ῥωμαῖοι καλοῦσιν) εἶπεν "Ὀὐκ εὐπρεπὴς οὗτος; οὐ νεουργής; ἀλλ' οὐκ ἂν εἶδείη τις ἰμῶν καθ' ὃ τι θλίβεται μέρος οὐμὸς ποῦς." τῷ γὰρ ὄντι μεγάλαί μὲν ἁμαρτίαι καὶ ἀναπεπταμέναί γυναῖκας ἀνδρῶν ἄλλας ἀπήλλαξαν, τὰ δ' ἕκ τινος ἀηδίας καὶ δυσαρμοστίας ἡβῶν μικρὰ καὶ πυκνὰ προσκρούσματα, λανθάνοντα τοὺς ἄλλους, ἀπεργάζεται τὰς ἀνηκέστους ἐν ταῖς συμβιώσεσιν ἀλλοτριότηας.

Por tanto es evidente que la evolución de las

costumbres (**mores**) había provocado, que las antiguas causas por las que se podía efectuar el **repudium**, según nos informa el propio PLUTARCO (**Rom.**, XXII), habían caído en un proceso de absoluta decadencia y que el **divortium**, como institución nueva, iba a determinar que los motivos que llevasen a la disolución matrimonial quedaría configurada en el cese de la **affectio maritalis** aunque, todavía, siguiese el marido tomando la iniciativa de efectuar el **repudium**, pero no como el **repudium** sanción que conocimos de épocas precedentes, sino como un **repudium** que entraba dentro de la configuración del **divortium** y, por ello en algunos textos ambos términos aparezcan empleados indistintamente o con una misma significación.

Otro supuesto que se desarrolló en términos parecidos fue el de C. Sulpicio Galo, el cual repudió a su mujer por salir con el cabello descubierto, según nos informa VALERIO MAXIMO (**Fact. et dict. memorab.**, VI,3,10):

Horridum C. quoque Sulpicii Galli maritale supercilium. Nam uxorem dimisit, quod eam capite aperto foris versatam cognoverat; abscissa sententia, sed tamen aliqua ratione munita (138).

Con todo, la causa alegada por C. Sulpicio Galo y, a diferencia de la de Sp. Carvilio Ruga, podría estar encuadrada dentro de aquellas que se deben a un mal comportamiento de la mujer regulado por los **boni mores** pero, evidentemente, la misma no venía contenida dentro de las tres que nos mencionaba PLUTARCO (**Rom.**, XXII) correspondientes al **repudium**-sanción que se dio en los primeros momentos del Derecho romano. De ahí que, consideremos que tiene razón de SANCTIS cuando, al comentar este suceso, nos dice: "il che sembra evidente fosse un pretesto per evitare la

pubblicità di motivazioni più gravi e dissensi più scandalosi" (139).

Y, en este mismo sentido, se puede mencionar el supuesto de Quinto Antistio que repudió a su mujer por ser vista en la calle conversando de manera íntima con un liberto, según nos relata VALERIO MAXIMO (*Fact. et dict. memorab.*, VI,3,11):

Nec aliter sensit Q. Antistius Vetus repudiando uxorem, quod illam in publico cum quadam libertina vulgari, secreto loquentem viderat.

Por otro lado, las obras de los comediógrafos, concretamente de PLUTARCO y TERCENCIO, son muy representativas para mostrar la frecuencia con que se llevó a cabo las disoluciones matrimoniales por medio del *repudium-divortium*. Es verdad que su contenido debe ser utilizado con mucha cautela, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina romanística (140). ya que desde el punto de vista jurídico adolecen de posibles contaminaciones con el Derecho griego, o bien exagerando o ridiculizando muchas situaciones para provocar la risa y la atención del espectador. Por ello, y sin que pretendamos dar excesiva relevancia a las distintas escenas que nos ofrecen, las utilizaremos en la medida de que, en una forma u otra, no hay lugar a dudas al reflejo de la decadencia de las costumbres que expresan y que van dirigidas a un público perteneciente a la época republicana.

En este sentido, y teniendo en cuenta tal advertencia, PLAUTO nos muestra que por cualquier motivo se procedía a disolver el matrimonio. Concretamente, en *Amphitruo* (v.925-928) Alcmena decide abandonar a su marido Anfitrión tras sentirse ofendida por las sospechas de engaño

que, sin ser verdad, éste le reprocha:

Ego istaec feci verba virtute inrita;
nunc, quando factis me inpudicis apstini,
ab inpudicis dictis avorti volo
valeas, tibi habias res tuas, reddas meas.

Como se puede apreciar, el lenguaje que utiliza PLAUTO en la parte final del fragmento nos recuerda a las palabras que, según vimos contenían la *lex XII Tabularum*, eran usuales para manifestar el marido su voluntad de repudiar. Sin embargo, PLAUTO pone estas palabras en boca de Alcmena, como si a finales del siglo III a.C. fuese usual que el divorcio se efectuase a iniciativa de la mujer, lo cual es imposible admitir en esos momentos históricos (141) puesto que, por un lado, no contamos con ningún supuesto concreto en las fuentes para que nos haga opinar lo contrario y, por otro lado, el mismo PLAUTO (*Merc.*, v.817-829) expone como Syra se lamenta porque las mujeres viven en unas condiciones mucho más duras que los hombres, hasta el punto que el marido puede alegar cualquier motivo, como es el que la mujer salga de la casa sin saberlo éste, mientras que ella no puede actuar de la misma manera:

Escator lege dura vivont mulieres
multoque iniquiore miserae quam viri,
nam si vir scortum duxit clam uxorem suam,
id si rescivit uxor, impunest viro;
uxor virum si clam domo egressa est foras,
viro fit causa, exigitur matrimonio.
utinam lex esset eadam quae uxori est viro;
nam uxor contenta est, quae bona est, uno viro:
qui minus vir una uxore contentus siet?
ecastor faxim, si itidem plectantur viti,

**si quis clam uxorem duxerit scortum suam,
ut illae exiguntur quae in se culpam commerent,
plures viri sint vidui quam nunc mulieres.**

Por tanto, el hecho de que PLAUTO otorgue en algunos momentos la posibilidad de que sea ella la que inicie el divorcio sólo responde a la propia parodia que quiere hacer de una realidad social distinta, es decir, cuando todavía el divorcio se desarrollaba sólo a instancias del marido o bien del **paterfamilias** pues, en caso contrario, encontraríamos una contradicción con el propio discurso que hace decir a Syra.

Por esta razón, PLAUTO en su intento de parodiar la facultad que tenía el marido, o bien el **paterfamilias**, de tomar la iniciativa a la hora de divorciar, repite en distintos momentos de sus obras la posibilidad de que la separación matrimonial se llevara a cabo por decisión de la mujer y por motivos banales. Así, en **Miles gloriosus** (v. 1125 ss.) el esclavo Palestrión aconseja al militar Pírgopolinicies, quien tenía una concubina, que es mejor que ésta lo abandone de buen grado y que consienta que se lleve todo el oro y vestidos que le proporcionó:

**Istuc cave faxis. Quin potius per gratiam
Bonam aveat abs te; atque illaec quae dixi dato.
Aurum, ornamenta quae illi instruxisti ferat.**

Es claro que la separación que se menciona es la de una concubina y no la de una esposa, pero también es verdad que PLAUTO lo que intenta mostrar al espectador es una situación ridiculizada que pueda suscitar la atención y la risa. Por otro lado, en otra de sus escenas de la misma comedia (v.1163 ss.), PLAUTO pone en palabras de Acrote-

léutia que el amor es la causa de su disolución matrimonial y el motivo de contraer nuevas nupcias:

**Quasique istius causa amoris ex hoc matrimonio
Abierim, cupiens istius nuptiarum.**

E incluso Milfidipa, esclava de Acroteléutia, le dice a Pergopolinices que por su causa su dueña a repudiado a su marido (v.1278):

Quin tun causa exegit virum ab se.

Ejemplos de estas situaciones ridículas y de enredos, PLAUTO las repite en muchas de sus comedias (142) dejando ver que era notoria la evolución de las costumbres que afectaban directamente en la institución matrimonial, ya que su regulación sólo dependía de los **boni mores** imperantes en cada momento histórico ante la falta de leyes escritas concretas que lo disciplinasen.

Ahora bien, aunque la práctica del divorcio fue cada vez más frecuente, no podemos decir que estemos todavía ante la configuración de un divorcio eminentemente consensual, tal y como pudo darse en época clásica ya que, a pesar de que la relevancia del cese de la **affectio maritalis** había comenzado, sin embargo la mujer estaba aún en una situación de desigualdad ante el mismo. Puesto que, hasta el siglo I a.C., el marido o el **paterfamilias** de la mujer, según acompañase o no la **conventio in manum** al matrimonio, eran los que tomaban la iniciativa para llevarlo a cabo (143).

En este sentido, durante el siglo II a.C., la práctica del divorcio continua siendo frecuente pero con el carácter de un **repudium marital**, aunque diferenciado del

repudium sanción que se dio en época precedente, puesto que las causas alegadas para el mismo no siempre radican en la culpa de la mujer, sino en el cese de la **affectio maritalis** por parte del hombre. Muestra de ello, es también la obra de TERENCIO (144) que, al igual que advertíamos con PLAUTO, no dudamos que sus comedias muestren supuestos concretos ridiculizados por la parodia que quería hacer de la realidad social y jurídica, sin embargo sí son una muestra clara de que la decadencia de las costumbres era evidente y, por consiguiente, que la práctica del divorcio era conocida por el público que asistía a escuchar y ver estas obras. En este sentido, y tomando también en consideración tal advertencia, dos pasajes de TERENCIO podemos citar donde se muestra la fragilidad de los motivos que podían ser alegados para disolver el matrimonio. Concretamente nos referimos a la obra de **Andria** (v.567 ss.) cuando dialogando Cremes y Simón en torno a la intención que tienen de casar a sus hijos y cuando Cremes se siente poco partidario de ello porque teme que dicha unión no sea afortunada por el carácter de Pánfilo, hijo de Simón, éste último le anima diciendo que no se preocupe pues todo lo peor se puede reducir a una separación:

**Neque incommoditas denique huc omnis redit
si eveniat, quod di prohibeant, discessio.**

Del mismo modo, en **Hecyca** (v.477-481), Fidipo comenta que, como consecuencia de las desavenencias entre su madre y su esposa Filomena, va a tener que separarse de ella:

**Sed quando sese esse indignam deputat matri meae
cui concedat cuiusque mores toleret sua modestia
neque alio pacto componi potest inter eas gratia,**

5
segreganda aut mater a me est, Phidippe, aut
Philumena.

Nunc me pietas matris potius commodum suadet
sequi.

Y, con anterioridad, en la misma obra (v.155-156)
Parmenón también comenta la posibilidad de repudiar a la
mujer sin que ésta pueda ser acusada de alguna culpa en
cuanto a su comportamiento:

Hoc ego proferre incommodum mihi esse arbitror;
Reddi patri autem, cui tu nihil dicas viti,
superbum est; sed illam spero, ubi hoc cognoverit
non posse se mecum esse, abituram denique.

Por tanto, en torno al siglo II a.C., la práctica
del divorcio siguió siendo frecuente y sin que ninguna norma
escrita viniese a disciplinarlo, desde el punto de vista de
su causa y forma, sino que sólo la costumbre era la
encargada de su regulación. Ahora bien, habría que concretar
en qué medida se puede apreciar que dichos **mores** efectiva-
mente evolucionaron y que, por tanto, afectara en el
desenvolvimiento de nuestra institución.

En este sentido, sólo nos podemos apoyar en la
aparición en esta época de una serie de normas que, sin
hacer referencia expresa del divorcio, sin embargo sí
regularon algunas cuestiones muy significativas que nos
pueden servir para valorar la evolución que sufrieron dichos
mores. En concreto, nos referimos a la evolución que la
familia agnaticia fue experimentando hacia la configuración
y el predominio de la familia cognaticia ya que, desde
finales del siglo III a.C., surgieron disposiciones tenden-
tes a favorecer los lazos cognaticios (145). Por otro lado,

en otras disposiciones se desprende el intento de limitar el lujo y el patrimonio que la mujer fue adquiriendo (146), lo que demuestra su falta de dependencia con respecto al grupo familiar iba siendo cada vez mayor e, incluso, también en el aspecto moral tuvieron que ser reprimidos algunos comportamientos de las matronas romanas (147), puesto que el respeto a los antiguos **mores maiorum** estaban sufriendo un proceso de decadencia. Finalmente, el paulatino incremento de la expansión romana provocará que las antiguas costumbres romanas comiencen a confundirse con otras provenientes de nuevos habitantes que intentaban obtener la ciudadanía romana y que, en muchos de los casos, también les era concedido el **ius conubii** (148).

Así las cosas, todos estos datos nos pueden servir como instrumentos para mostrar la razón de que la costumbre había tenido que ir adaptándose a las nuevas circunstancias sociales, religiosas y políticas acaecidas y que, en consecuencia, iban a influir de una manera u otra en la configuración del matrimonio y el divorcio. Pues, en caso contrario, no se explica la razón del por qué comenzó a ser frecuentes las disoluciones matrimoniales cuando, por otro lado, no contamos con disposiciones escritas concretas en torno a la materia por las que pudieramos fundamentar dicha transformación.

Ahora bien, cuando adquirió un mayor apogeo esta práctica de divorcios fue a partir del siglo I a.C., cuando la aristocracia romana da vivas muestras de la inestabilidad matrimonial ante las continuas disoluciones matrimoniales. Sila, Pompeyo, Cesar, Cicerón, Antonio, Octavio,... son algunos de los ejemplos más representativos y, cuyos motivos o causas de dichas disoluciones, era la muestra más palpable de la decadencia del respeto a los **boni mores** (149). Por

otro lado, se aprecia que en este último siglo de la República el divorcio también podía realizarse por iniciativa de la mujer (150) y sin que la causa fuese necesariamente justificada. Baste como ejemplo el siguiente texto de CICERON (*Ad fam.*, VIII,7,2) en donde Celio expresa en una carta a Cicerón lo siguiente:

Paula Valeria, soror Triarii, divortium sine causa, quo die vir e provincia venturas erat, fecit.

De ahí que, la doctrina cuando trata de la evolución histórico-jurídica del divorcio, considere que dentro de la concepción clásica del mismo también estaría incluido este último siglo de la etapa republicana (151). Lo cual no podemos compartir puesto que, si bien reconocemos que este siglo I a.C. sirvió de fundamento y base para que Augusto realizase en época clásica su legislación matrimonial, sin embargo consideramos que es preciso hacer una distinción entre ambos períodos históricos. Debido, precisamente, a que no es lo mismo un período de tiempo, como es el siglo I a.C., donde todavía la institución del divorcio estaba regulada por la costumbre, que con respecto al período posterior en donde, aunque fuese sólo a los efectos penales de la legislación augustea, existían ya unas disposiciones escritas que, por un lado, venían a poner cierto orden en la materia y, por otro lado, su finalidad primordial era la de volver a restablecer la eficacia de algunas costumbres que en los últimos tiempos de la República habían caído en un proceso de plena decadencia (152).

Efectivamente, el gran desarrollo que fueron obteniendo los cultos orientales donde las mujeres se

sentían tratadas de manera igual a los hombres (153), unido a la mayor participación e interés que las mujeres romanas sentían en integrarse en fiestas y banquetes (154), provocó una fuerte influencia para que se sintieran cada vez menos favorables a someterse a las responsabilidades que tenían aparejadas el matrimonio. Muestra de ello, es el problema demográfico que tuvo que hacer frente la República en sus últimos tiempos, cuando Julio Cesar en virtud de la **lex Iulia agraria** del año 59 a.C. (155) y con la intención de fomentar la procreación, dio absoluta preferencia en la repartición del **ager Campanus** a los padres que tuviesen tres o más hijos (156).

Ahora bien, el matrimonio y el divorcio no fue objeto de una regulación expresa, a pesar de la preocupación que se estaba dejando sentir en el Estado republicano de cómo los **boni mores** estaban perdiendo su eficacia en torno a su regulación. Por ello no dudamos que este último período de la República sirvió como base e inspiración a la creación de la legislación matrimonial que se creó por Augusto, pero ello no implica que podamos considerar de igual manera un período que otro, ya que no tenía el mismo tratamiento un supuesto de divorcio en un momento u otro a tenor de los efectos que podían desencadenarse a partir de la legislación augustea.

De ahí que, en los dos últimos epígrafes de este apartado, intentemos mostrar que el período inmediatamente anterior a la legislación augustea entra dentro del último proceso de la concepción preclásica del divorcio. Mientras que, la concepción clásica del mismo tiene su comienzo de arranque justamente en el momento de aparición de dicha legislación, tal y como se podrá apreciar en el distinto tratamiento jurídico que se dió en torno a la causa y forma

de dicha institución.

V.3.2.- Libertad en torno a las causas. El divorcio impuesto por el paterfamilias.

Hoy nadie discute que durante el último siglo de la época republicana la libertad en torno a las causas para efectuar el **repudium-divortium** era absoluta. De ahí que, cuando la doctrina trata sobre la concepción clásica del matrimonio y del divorcio, argumente que por ser el matrimonio una situación de hecho esta se constituía o disolvía en base al **consensus** o **affectio maritalis** de los cónyuges, incluyendo dentro de la concepción clásica la configuración de las causas del divorcio que se dio en los últimos momentos del período republicano (157).

Aunque por nuestra parte también consideramos que en los últimos años de la República el cese de la **affectio maritalis** era la causa primordial para efectuar el divorcio, sin embargo estimamos que hay que hacer una distinción entre el período anterior a la legislación matrimonial de Augusto y el que acaeció con posterioridad a la misma. De tal manera que, desde nuestro punto de vista, sólo se podría hablar de concepción clásica del divorcio desde el momento que surgió la legislación augustea en torno al matrimonio, mientras que el último siglo de la República lo consideraríamos como la fase final de la concepción preclásica del matrimonio y el divorcio.

La razón que nos impulsa a ello, vendría determinada por el hecho de que sólo a partir de la existencia de dicha legislación la costumbre dejó de tener la exclusiva competencia de regular las causas por las que se podía

realizar ya que, aunque la costumbre o usos sociales no dejaron de tener eficacia, sin embargo junto a ellos e incluso por encima de ellos habría que atender a las disposiciones contempladas en la mencionada legislación.

Concretamente, a diferencia de lo que ocurría en último periodo republicano y en consecuencia en la fase final de la concepción preclásica del divorcio, en la época clásica en virtud a la *lex Iulia de adulteriis coercendis* (del 18 a.C.) (158) se considera como delito el adulterio y, entre otras cuestiones, se regula la obligación que tiene el marido de repudiar a la mujer cuando ha sido ésta sorprendida en adulterio pues, en caso contrario, sería acusado del crimen de lenocinio, tal y como se puede apreciar en D.48,5,2,2 (ULP., lib. VIII disput.):

Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit.

Ya que, como también se aprecia en D.48,5,12 (11),13 (PAP., lib. sing. de adult.), la *lex Iulia* impide retener a una mujer que ha sido acusada de adulterio:

Ream adulterii uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. quaero, an causam te discidii praestitisse videor. respondit: cum per legem Iuliam huiusmodi uxorem retinere prohibearis, non videri causam te discidii praestitisse palam est. quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio.

Supuestos que también se extiende para el caso del matrimonio entre Senador y liberta, recogido en la *lex Iulia et Papia Poppea* (159).

De ahí que, en D.48,5,2,6 (ULP., lib. VIII *disput.*) se establezca que, aún en el caso de que el marido no fuese acusado por alguien de lenocinio, el juez de la causa de adulterio puede condenarlo de oficio:

Unde quaeri potest, an is, qui de adulterio cognoscit, statuere in maritum ob lenocinium possit? et puto posse. nam Claudius Gorgus vir clarissimus uxorem accusans cum detectus est uxorem in adulterio deprehensam retinuisse, et sine accusatore lenocinio damnatus est a divo Severo.

Por otro lado, a partir de esta legislación y a diferencia de lo ocurrido en tiempo precedente, la mujer ya no va a ser la única que puede ser acusada de adulterio, puesto que también el hombre será objeto de dicha acusación diferenciándose, incluso, entre el supuesto de adulterio, estupro e incesto (160). Ahora bien, la mayoría de los autores (161) se limitan a interpretar tales disposiciones como el intento que Augusto tenía de restablecer una *cura morum* y el de dar una equiparación más justa al tratamiento jurídico que por sus malas costumbres podían realizar tanto el hombre como la mujer. Sin embargo, y aunque también estemos nosotros de acuerdo con dicha interpretación, consideramos que la misma sólo abarca un lado del problema, es decir, supuso efectivamente un avance pero, también es verdad, que no puede ser tratado dentro de una misma concepción clásica del divorcio un momento histórico y otro. Ya que, a finales de la República, el marido no fue

objeto de ninguna sanción por tales comportamientos; pues, como señala DEL CASTILLO: "La pena de adulterio no existía en Roma hasta que Augusto la introdujo legalmente, mediante su **Lex Iulia de adulteriis coercendis**; la principal razón era que este delito era bastante raro en la época antigua, ya que una relación extra-marital por parte del esposo no se veía como adulterio, y junto a ello, que el adulterio femenino entraba en la jurisdicción familiar del **paterfamilias**. Esta va a ser la característica más acusada de la legislación augustea, en cuanto que se va a introducir en un terreno no tocado, hasta entonces, por las normas legislativas, puesto que era algo que estaba totalmente sumergido en el ámbito familiar" (161).

Con todo, la legislación augustea muestra que, a pesar de que el marido también va a ser penado por el adulterio, sin embargo va a establecer todavía unas disposiciones que sitúan a la mujer en una situación de desventaja. Concretamente, el supuesto más claro es el de que, mientras el marido tiene la facultad y obligación de repudiar a la mujer por el adulterio e incluso antes de que sea condenada por el mismo, por el contrario no encontramos ningún texto donde se haga referencia a que en el caso de adulterio del marido la mujer tuviese esa obligación de repudiarlo. Por otro lado, una mujer repudiada con motivo de su adulterio podía ser también obligada a que no contrayese nuevo matrimonio cuando su marido expresamente así se lo hubiera notificado, según se desprende del siguiente texto de **ULPIANO, lib. I ad adult.** (D.48,5,17(16)):

**Qui uxori repudium miserit, postea denuntiare, ne
Seio nuberet, et, si denuntiaverit, et ab ea
incipere potest.**

Notificación que puede ser realizada con o sin la intervención del juez, pero comunicada a la mujer antes de que el marido presente la demanda de acusación, según reza en ULPIANO, lib. II de adult. (D.48.5.18(17), pr.-1):

Denuntiasse qualiter accipiamus, utrum ad iudicem an vero simpliciter? ego, etsi non denuntiavit ad iudicem, sufficere credo, si adulterii se acturum denuntiaverit. Quid ergo, si non quidem denuntiavit, verum libellos accusatorios dedit, antequam nuberet, eaque, cum id cognovisset, nupsit, vel ignorans? puto non videri ei denuntiatum: idcirco non posse accusatorem ab ea incipere.

Por otro lado, la situación desigual de la mujer también está puesta de manifiesto en la **lex Iulia et Papia** cuando Augusto, con la finalidad de favorecer el incremento de los matrimonios, prohíbe a la liberta que pueda divorciarse de su patrono sin el consentimiento de éste (163). Siendo interpretado por la doctrina (164) en el sentido de que, si la liberta se divorciase de su patrono sin su consentimiento, perdía el **conubium** y, por consiguiente, la posibilidad de contraer otro.

Así las cosas, no cabe duda que a partir de la legislación de Augusto tanto el matrimonio como el divorcio fue objeto de una cierta regulación (165) y, en consecuencia, notándose una diferencia importante con respecto al tiempo precedente donde sólo los **mores**, de manera especial en el tema del **repudium-divortium**, eran los que tenían la exclusiva competencia de regulación en torno a ello.

De ahí que, la mayor parte de la doctrina cuando habla de la concepción clásica del divorcio considera que,

al ser el matrimonio una situación de hecho constituido por el simple consentimiento o **affectio maritalis** de los cónyuges, el cese de dicha **affectio maritalis** era la causa primordial para efectuar su disolución (166). Sin embargo, las posturas en torno al tema no se muestran del todo unánimes, pues hoy también ROBLEDA pone en tela de juicio que el matrimonio clásico fuese simplemente una **res facti** y no un acto jurídico, es decir, que tanto desde el punto de vista de la constitución del matrimonio como desde el punto de vista de su disolución se exigía un acto inicial (167). Por ello, cuando se manifiesta sobre el divorcio, considera que se exigía un acto positivo contrario ya que el simple cese de la **affectio maritalis** no era suficiente, fundamentado su postura en base a distintos supuestos, tales como aquel en donde se dice que por causa de la demencia no se puede disolver el matrimonio (168), o bien aquel otro en donde por el contrario se disolvía el matrimonio a causa de la parentela jurídica creada tras la adopción que el **paterfamilias** del marido o la mujer podía realizar con su yerno o nueva según el caso (169), o bien la disolución que también se producía por la elevación a rango de senador al marido de una liberta (170) e, incluso, la disolución ocurrida en razón a la **captivitas** de uno o de los dos cónyuges (171).

Ante esta doble interpretación doctrinal, opinamos que no nos podemos adherir de una manera absoluta a ninguna de ellas, pues ambas en parte encierran alguna verdad, es decir, ni consideramos que el cese de la **affectio maritalis** de los cónyuges era lo único que configuraba la concepción del divorcio clásico, ni tampoco que el matrimonio deje de ser una **res facti** como consecuencia de la existencia de algunos supuestos en donde las disposiciones legales o bien la labor de la Jurispru-

dencia viniese en cierta medida a limitar esa libertad conyugal regulando algunos supuestos.

Por tanto, nuestra interpretación sería que la concepción clásica del divorcio, a diferencia del período final de la concepción preclásica del divorcio (siglo I a.C.), el cese de la **affectio maritalis**, además de emanar de la libre voluntad o consentimiento conyugal, también podía surgir por la iniciativa de las distintas disposiciones legales o bien de la labor desarrollada por la Jurisprudencia que, en algunos aspectos, venían a regularlo. Limitando, por otra parte, la exclusiva competencia que los **mores maiorum**, ejercieron en tiempos precedentes en torno a dichas cuestiones.

Ahora bien, con dicha interpretación tampoco queremos afirmar que en el período final de la concepción preclásica del divorcio sólo el cese de la **affectio maritalis** proveniente del consentimiento de los cónyuges configuraban tal institución, ya que por decisión del **paterfamilias** también se podía disolver el matrimonio.

En este sentido podemos hacer referencia a dos testimonios que encontramos en las fuentes literarias donde se desprende la facultad que tenía el **paterfamilias** para disolver el matrimonio de sus **filiafamilias**. Concretamente, el primero de ellos se debe a PLAUTO en su obra **Stichus** se refleja la situación de dos hermanas, casadas con dos hermanos, que se ven obligadas a discutir con su **pater** al querer éste divorciarlas como consecuencia de que sus maridos llevan ya tres años en ausencia, pues salieron de viaje en busca de fortuna (172). Es verdad que la obra finalmente tiene un desenlace feliz puesto que los maridos volvieron y con riquezas. Sin embargo, la situación

engustiosa con que las hermanas vieron peligrar sus respectivos matrimonios, ante la insistencia del padre de disolverlos, es un reflejo claro de la facultad con la que estaba investido el **paterfamilias** en aquellos momentos históricos.

El otro texto al que hacíamos referencia se debe a ENNIO (**Tragoediae**, L) donde se aprecia que una hija se queja a su padre de que le obliga a abandonar a su marido contra la voluntad de ellos mismos:

**Iniuria abs te adficio indigna, pater;
nam, si improbum esse Cresphontem existimas,
cur me hic locabas nuptiis? sint est probus,
cur talem invitum cogis liquere?**

Esta autoridad que podía ejercer el **paterfamilias** se puede comprender porque la mujer siempre estuvo sometida a tutela durante el período antiguo y preclásico, ya que la innovación más importante en este tema fue en época clásica con la creación del **ius trium liberorum** (173) introducida por la legislación matrimonial de Augusto.

De ahí que, no podamos estar de acuerdo con VOLTERRA cuando considera que a partir de que el derecho de la **civitas** se ocupa del matrimonio con motivo de la regulación que la **lex XII Tabularum** hace del **usus**, reconociéndose expresamente la plena distinción del matrimonio y la **conventio in manum** y, en consecuencia, a partir de entonces, dice éste autor: "Ainsi on reconnaissait au mariage, simple rapport de fait qui dépendait de la volonté continue des conjoints" (174). Que el matrimonio fuese una relación de hecho, como expresa VOLTERRA, no lo ponemos en duda, pero no podemos aceptar que, de manera absoluta, el

matrimonio dependiese de la simple voluntad de los cónyuges porque al menos hasta la época clásica, es decir, a partir de la legislación de Augusto, la voluntad o decisión del **paterfamilias** también habría que tenerla en cuenta.

Por otro lado, tampoco podemos olvidar que con anterioridad a la época clásica, el divorcio estuvo exclusivamente regulado por los **mores** y según fuesen estos en un momento histórico o en otro, la voluntad conyugal podía desenvolverse con mayor o menor autonomía. Así, tuvimos ocasión de ver que mientras estuvo en vigor la plena fusión del **ius** y del **fas** el marido ante los malos comportamientos de su mujer y, previa la asistencia o asesoramiento del **consilium domesticum**, se veía obligado a repudiar a su mujer como un acto de **expiatio** a fin de que la **pax deorum** no se viese afectada y, por ello, consideramos que se debía hablar de un **repudium**-sanción (175). En la medida que la esfera jurídica y la religiosa fueron encontrando su plena autonomía, el antiguo **repudium** fue tomando una configuración distinta puesto que la propia voluntad de los cónyuges iba comenzando a protagonizar la causa de las disoluciones matrimoniales, de ahí que junto al término **repudium** surgiesen otros como **divortium** que venía a expresar una **diversitate mentium**. Ahora bien, dichas disoluciones siguieron siendo reguladas por los **boni mores** imperantes, los cuales tuvieron bastante eficacia en la medida de que se hicieron respetar ante la voluntad conyugal, como lo demuestra el hecho evidente de que la frecuencia de divorcios ocurrieron en la etapa final del período republicano, como consecuencia de que los principios éticos o morales en los que se sostenía sufrieron un proceso de plena decadencia. Pero, aunque fueran decadentes, dichos **mores** fueron la fuente principal de su regulación, al no existir ninguna disposición legal que

saliese al paso para suplantarlos.

Por ello, en el último siglo de la República nos encontramos que dichos **mores** estaban configurados, de manera especial en las grandes familias de la nobleza, por toda una serie de intereses políticos y económicos que desfiguraron totalmente los principios éticos o morales que en un principio inspiraron a la institución matrimonial, utilizando los matrimonios y los divorcios como los vehículos más propicios para ellos, como pudo ser el caso de Pompeyo, Cesar, ... (176), donde el verdadero **consensus** de los esposos a veces importaba poco ante los fines que podían perseguir las familias a las que éstos pertenecían, tal y como puso de manifiesto con razón HUMBERT (177).

Por tanto, sólo a partir de la época clásica el **paterfamilias** se vio limitado en dicha facultad. Con todo, SOLAZZI (178) sostuvo que en el Derecho antiguo y todavía en el Derecho clásico, el matrimonio dependía de la voluntad del **paterfamilias**, pues su interpretación partía de que, al igual que el **paterfamilias locare in matrimonium** a la **filiaefamilias** contra su voluntad, del mismo modo y sin su consentimiento podía disolverlo, para lo cual tuvo que considerar interpolados muchos textos en donde se expresaba lo contrario. (179).

Sin embargo, esta postura no tuvo el respaldo de la doctrina. De ahí que, en contra de SOLAZZI, las interpretaciones de LONGO (180), VOLTERRA; (181), CAES (182) entre otros, hoy sean ampliamente seguidas por la doctrina (183). De todas formas el tema no quedó del todo resuelto ya que, ROBLEDA (184) aunque acepta en líneas generales las posturas manifestadas por los anteriores en contra de SOLAZZI, sin embargo las matiza en el sentido de