Universidad de Huelva

Departamento Theodor Mommsen

Las uniones extramatrimoniales ante la falta de conubium : fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales en la Roma clásica

Memoria para optar al grado de doctora
presentada por:

Elisa Muñoz Catalán

Fecha de lectura: 20 de febrero de 2013

Bajo la dirección del doctor:

Felipe del Pino Toscano

Huelva, 2013

ISBN: 978-84-15633-75-4
D.L.: H 53-2013

Universidad de Huelva

Facultad de Derecho

LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ANTE LA FALTA DE CONUBIUM:

FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN LA ROMA CLÁSICA

Tesis Doctoral

Elisa Muñoz Catalán

Huelva, 2012

Facultad de Derecho
Departamento Theodor Mommsen. Área de Derecho Romano

LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES ANTE LA FALTA DE CONUBIUM:

FUNDAMENTO JURÍDICO DE LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN LA ROMA CLÁSICA

Tesis doctoral presentada por la Lda. **ELISA MUÑOZ CATALÁN**, para la obtención del Grado de Doctor, y dirigida por el Prof. Dr. D. **FELIPE DEL PINO TOSCANO**, Titular de Derecho Romano de la Universidad de Huelva.

"Como sucede en toda sociedad antigua, el amor y el matrimonio son absolutamente distintos"

R. Pichón
(2001)

AGRADECIMIENTOS

La Tesis doctoral que presento a continuación es el resultado de muchas horas de trabajo, esfuerzo y dedicación por parte no sólo de la autora de la misma sino también de su director, el Dr. D. Felipe Del Pino, a quien le agradezco muy especialmente su confianza en mí y el hacer cumplir mi sueño de dar clases de Derecho Romano en la Universidad, así como me gustaría destacar su escucha y paciencia en los momentos de más desánimo.

Agradecer hoy y siempre a mi familia, por el apoyo constante y la colaboración desinteresada que habéis demostrado conmigo. Reconocer en particular a mi marido, José Manuel y a sus padres, por estar siempre ahí cuando más les he necesitado y por saber escuchar mis agobios dándome consejos y orientándome. A mis padres, Antonio y Elisa, a mi hermana y cuñado, Mª Cinta y Patricio, y a mi sobrino recién nacido, Patricio, por vuestra ayuda en la finalización de mis estudios de Tercer ciclo y por vuestro cariño durante estos años de trabajo intensivo. Sin duda, me habéis brindado toda la fuerza necesaria para continuar en este largo proceso.

Quisiera, igualmente, dar las gracias a Dios por sentirle cerca de mí y por iluminar mi mente a la hora de realizar esta investigación, poniéndome en el camino a las personas adecuadas para llevarla a cabo.

A todos mis amigos y compañeros de la Facultad, Departamento, Grupo de Investigación y Proyectos, porque vuestras sugerencias han contribuido de alguna manera a enriquecer este trabajo que hoy presento, así como por vuestras constantes y generosas muestras de cariño, dándome los ánimos necesarios para finalizar la Tesis durante mis años como Becaria Predoctoral en la Universidad. Por último, recordar a todas y cada una de las personas que han vivido conmigo la realización de la Tesis doctoral y mi ilusión por ser Doctora en Derecho por la Universidad de Huelva. Gracias a todos de corazón.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS..... 2

ÍNDICE GENERAL..... 4

ÍNDICE DE ABREVIATURAS..... 12

INTRODUCCIÓN..... 14

CAPÍTULO I
CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL IUSTUM MATRIMONIUM EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO 30

I. *Status quaestionis* de la configuración jurídica del *matrimonium*..... 31

A.- Concepto de matrimonio romano en época clásica.. 33

1. Hacia una definición de *matrimonium* en la Compilación justinianea 50

1.1. Origen etimológico del matrimonio ante la idea de procreación 72

1.2. Las *nuptiae* como ceremonia nupcial o como concepto propio 76

2. Otras voces relacionadas con el vínculo conyugal 83

B.- El matrimonio como institución fundamental en la familia romana..... 100

1. El significado de "familia" 103

2. El poder del *paterfamilias* 109

2.1. Tesis que admite la posible existencia de dos tipos de matrimonio en función de la *manus* 115

2.2. Tesis contrapuesta a favor de un sólo matrimonio. Separación entre *conventio in manum* y *matrimonium* 136

C.- La naturaleza jurídica del matrimonio y su posible vinculación con el *contractum* o la *possessio*..... 143

1. La negación del matrimonio como contrato en la "Teoría Manentiana" 146

2. Críticas a la "Teoría posesoria del matrimonio romano" 155

II. Presupuestos constitutivos del *iustum matrimonium*. 163

A.- Justificación de los presupuestos matrimoniales..... 172

B.- La capacidad física en Roma: La importancia de la edad..... 176

C.- El *ius conubii* y la capacidad jurídica de los contrayentes..... 192

1. El *conubium* como requisito positivo del *matrimonium* clásico 195

2. Identificación entre *conubium* y matrimonio postclásico 204

D.- La exigencia del consentimiento mutuo y continuado..... 211

E.- El respeto al principio monogámico del matrimonio romano..... 223

F.- La *affectio maritalis* y el *honor matrimonii* como elementos constitutivos del matrimonio..... 230

G.- Naturaleza fáctica del matrimonio y sus efectos para el Derecho Romano..... 240

III. El *iniustum matrimonium* ante la ausencia de *conubium*..... 250

A.- La autenticidad de la *affectio maritalis* y la falta de presupuestos en el matrimonio romano..... 253

1. Régimen unitario ante la inexistencia de requisitos consititutivos 260

2. Los efectos de este "matrimonio" 264

B.- Sistematización de los *matrimonium iniustum* en Roma..... 274

1. *Matrimonium iniustum* considerado por las fuentes como *non potest* o inexistente 277

2. *Matrimonium iniustum* calificado jurídicamente de *nullum* o ineficaz 291

IV. Evolución del matrimonio desde el Derecho postclásico hasta su recepción romano-canónica..... 303

CAPÍTULO II
LOS IMPEDIMENTOS EN LA ROMA CLÁSICA ANTE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES SINE CONUBIO 338

I. Los impedimentos matrimoniales en el Derecho Romano..... 339

A.- Configuración jurídica de los impedimentos matrimoniales..... 341

1. Precisiones terminológicas y su regulación parcial en las fuentes 343

2. Evolución jurídica de los impedimentos 362

2.1. Las reformas en época del emperador Augusto 365

2.2. Alcance jurídico de las leyes matrimoniales de Augusto 371

2.3. La derogación parcial con Constantino I 384

B.- Los impedimentos para los Esponsales..... 388

C.- Discusiones doctrinales en torno a las clases de impedimentos..... 404

II.- Origen y fundamento del término "extramatrimonial"..... 416

A.- Evolución del concepto hasta el siglo III a.C... 424

B.- Legislación matrimonial de Augusto y relaciones extra-familiares..... 426

III. La ausencia de *conubium* en las relaciones extramatrimoniales..... 431

A.- Requisitos constitutivos de las relaciones surgidas fuera del *iustum matrimonium*..... 432

B.- Prohibiciones al *iustum matrimonium* y su configuración clásica como uniones extra-matrimoniales *sine conubio*..... 435

1. Fundamento jurídico de este tipo de prácticas 435

2. Criterios para una sistematización completa de las distintas uniones extra-conyugales en ausencia de *conubium* 439

IV. Hacia una clasificación de las uniones extra-matrimoniales en Roma..... 449

A.- Criterio de la consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente..... 449

1. El concubinato: De unión de hecho a *inaequale coniugium* 449

2. El contubernio como unión extra-conyugal con persona esclava 491

3. La homosexualidad en la *Lex Scantinia de Nefanda Venere*: Amor lésbico y relaciones esporádicas entre personas del mismo sexo 517

4. El *officium gerens* y matrimonios *contra mandata* 547

5. La deportación ante la pérdida de los derechos de ciudadanía 556

6. El matrimonio *inter absentes* a causa del servicio militar 561

7. Especial referencia a las uniones entre patricios y plebeyos 567

B.- En función de la capacidad física o natural de las partes..... 574

1. Castrados, esterilizados y ancianos ante la *impotencia generandi* 574

2. El *furiosus* o *mente captus* en las relaciones bajo demencia 588

3. Problemática en torno al matrimonio de la menor en Roma 596

C.- Conforme a los vínculos familiares existentes... 604

1. Matrimonios incestuosos y clandestinos entre parientes: Consanguinidad y afinidad 604

2. El ligamen y la exigencia de divorcio ante el doble vínculo 624

3. *Tempus lugendi* y mezcla de sangre como prohibiciones a la viuda 634

D.- Dependiendo de si mediaba o no consentimiento de los sujetos..... 640

1. Matrimonio simulado e inexistencia jurídica 640

2. Los matrimonios por miedo o violencia 644

3.- El *error in persona*: Matrimonios viciados por error o dolo 647

4.- Matrimonios informes y requisitos *ad solemnitatem* 651

E.- Según la moral romana y el principio monogámico del matrimonio..... 660

1. Adulterio y bigamia en Roma. La nota de infamia 660

2. La prostitución y el lenocinio como prácticas habituales en Roma 676

F.- En función de la influencia ideológica que ejercieran los emperadores..... 694

1. *Libertas nuptialis* y uniones no consideradas por Augusto como *matrimonio secundum Legem Iuliam et Legem Papiam Poppaeam* 694

2. Relaciones *sine conubio* en la Roma postclásica e influencia del Cristianismo 709

2.1. Relaciones ilícitas entre tutor y pupila 709

2.2. El *crimen raptus* ante la falta de consentimiento matrimonial 719

2.3. Uniones con colonos de baja condición social 723

2.4. La disparidad de Religión entre judíos y cristianos 727

2.5. Parentesco espiritual e hijos *spurii* 731

2.6. Orden sagrado y voto de castidad como límite matrimonial 734

CONCLUSIONES..... 737

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 805

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAMN = *Anales de la Academia Matritense del Notariado.*

AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español.*

BIA = *Bibliotheca Iuris Antiqui.*

BIDR = *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja".*

CJ = *Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis, vol. II, ed. P. Krüger, 12ª ed., Berlin 1959).*

D. = *Digesta (Corpus Iuris Civilis, vol. I, ed. Th. Mommsen/ P. Krüger, 12ª ed., Berlin 1959).*

ED. = *Enciclopedia del Diritto (Milano).*

Ep. Gai. = *Gai institutionum Epitome, en Huschke (Seckel-Kübler) Iurisp. Anteiust. II 2* **6** *(1927) 395-431.*

Gai. = *Vid. P. KRÜGER–G. STUDEMUND, Collectio I (1912) y HUSCHKE (SECKEL-KÜBLER) Iurispr. Anteiust. I* **6** *(1908) 140-396.*

Index interp. = *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Mitteis, Levy, Rabel. 3 vol. y 1 Suppl. (Weimar 1927-1935).*

IURA = *Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico.*

LABEO = *Rassegna di Diritto Romano.*

O. LENEL, EP. = *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung (Leipzig 1883).*

TH. MOMMSEN, *Digesta* I (1868) – II (1870) = *Digesta Iustiniani Augusti [Editio maior]. Th. Mommsen. Vol. I (Berolini 1868). Vol. II (Berolini 1870).*

NDI = *Nuovo Digesto Italiano (Torino).*

NNDI = *Novissimo Digesto Italiano (Torino).*

RGDR = Revista General de Derecho Romano.

RH = *Revue Historique de Droit Français et Étranger.*

RIDA = *Revue Internationale du Droit d´Auteur.*

RIDROM = *Revista Internacional de Derecho Romano.*

SDHI = *Studia et Documenta Historiae et Iuris.*

VIR = *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae.*

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis doctoral, forma parte de un Proyecto de investigación más amplio cuyo objetivo principal es conocer y comprender la evolución jurídica de la institución de la familia, desde Roma hasta nuestro Derecho actual. Esta investigación trata de demostrar de qué manera los efectos personales y patrimoniales que pueden surgir con el nacimiento de una familia van a variar en función de la etapa histórica en la que nos encontremos.

En primer lugar, nos hemos planteado la necesidad de analizar el origen y requisitos constitutivos del matrimonio, desde la vigencia del Derecho Romano clásico hasta el final del Imperio con el emperador Justiniano. De esta forma pretendemos, en la medida de lo posible, examinar puntos de vista distintos al Derecho moderno en el afán de armonizar los conflictos jurídicos producidos en los últimos años en torno a lo que se conoce como "Concepto tradicional de familia"[1]. Consideramos, en este sentido,

[1] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La familia en Roma: Entre los mores maiorum y la norma escrita*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001) 103-123. Sobre esta cuestión, la profesora Fernández Baquero comenzaba su exposición afirmando literalmente que: "Atravesamos actualmente un momento en el que los temas relacionados con el Derecho de Familia, en general, y en el ámbito del Derecho

que la importancia de la configuración jurídica del matrimonio romano clásico y de otras uniones extra-familiares, así como el estudio de las distintas clases de limitaciones matrimoniales que surgieron en Roma durante la época de mayor esplendor del Imperio, merecen ser objeto de una investigación separada debido a la escasez de fuentes clásicas que regulan la materia ya que, en gran parte, sólo conservamos la visión postclásica y justinianea[2].

Romano, en particular, están alcanzando un elevado grado de interés y un renovado aire de atención. La razón no es otra que la propia preocupación sentida en la sociedad en torno al porvenir que le espera a la familia de hoy por la evidente evolcuión que estamos experimentando: la nueva perspectiva de las relaciones de pareja (matrimoniales, de hecho, homosexuales, heterosexuales) (...) nos conducen a una novedosa y no menos inquietante etapa histórica (...). Los romanistas no podemos permanecer impasibles; y, menos aún, cuando otros especialistas comienzan a reconocer que el legado de la experiencia histórico-jurídica, especialmente el Derecho Romano, es imprescindible como pilar de análisis y comprensión hacia nuevas reflexiones que iluminen futuras soluciones jurídicas".

[2] R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio: A propósito de la organización social y política en la Roma antigua,* en *Libro Homenaje in Memoriam Carlos Díaz Rementería* (Huelva 1998) 418. El profesor López Rosa advierte que hay una carencia de obras genuinamente romanas que nos indiquen la regulación y conceptualización del matrimonio en sus orígenes, ya que los textos con los que contamos son de épocas posteriores.

En esta Introducción vamos a tratar de justificar el por qué del orden metodológico y práctico que nos ha servido de base para la realización de la presente investigación, la razón de ser del tema elegido y los problemas fundamentales que se derivan[3]. El propio título con el que hemos empezado nuestro estudio expresa intuitivamente cuál es el objetivo que pretendemos conseguir, esto es, investigar sobre el fundamento jurídico de los impedimentos matrimoniales para poder examinar la naturaleza jurídica de las conocidas como uniones extramatrimoniales carentes de *conubium* durante la vigencia del Derecho Romano clásico y su evolución en las fuentes, tomando como base la naturaleza fáctica del matrimonio clásico y sus efectos para el Derecho Romano.

Desde un punto de vista formal, entendemos que el trabajo queda estructurado de una forma progresiva en lo que se refiere al campo objeto de estudio. Así, en el Capítulo I se aporta un exhaustivo análisis jurídico de la configuración del matrimonio romano centrado en el origen de la institución matrimonial desde época republicana y su evolución en los textos hasta el emperador Justiniano, que

[3] Sobre las etapas fundamentales en la elaboración de una Tesis doctoral, vid. por todos, F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *La Tesis doctoral: Una aproximación y algunas pistas*, en *Revista de Economía aplicada e Historia económica* VIII (Madrid 2001) 93-102.

tiene en cuenta la problemática suscitada en torno a la naturaleza del matrimonio en la Roma clásica. A continuación, hemos profundizado en el *iustum matrimonium* considerado como aquel matrimonio justo o legal que desplegaba plenos efectos en el Ordenamiento romano por cumplir con los presupuestos esenciales requeridos por el Derecho Romano clásico, esto es, la capacidad física y jurídica de los contrayentes[4], el respeto al principio monogámico del matrimonio y el consentimiento mutuo y

[4] En este punto se hace preciso aclarar que el término "capacidad" (jurídica o de obrar) no tiene origen en el Derecho Romano, vid. por todos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación*, en *RGDR* XVII (2011) 1-8; M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)*, en *RGDR* IV (2005) 1-66; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano* (Málaga 2010) 20-21. Precisamente, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN analiza las diferencias entre estos términos, asegurando que: "Los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que, formulada, en buena medida, por la pandectística alemana del XIX, tiene su fundamento esencial en las fuentes romanas y en la tradición romanística. Conforme a estos conceptos, propios de la ciencia jurídica europea, la capacidad, en abstracto, para ser sujeto de derechos y obligaciones, se conoce bajo la denominación de capacidad jurídica, que tiene todo ser humano, desde su nacimiento -incluso desde la concepción, para los efectos que le sean favorables- por el mero hecho de serlo, que no podrá ser suprimida, ni limitada, sino por causa de muerte". El autor concluye resaltando que, en todo caso, el principio de presunción de capacidad está previsto en nuestro Derecho, siendo la regla general la capacidad de la persona y, la excepción, la incapacidad.

continuado de los contrayentes que se unían para formar un consorcio para toda la vida. Por contra, aquellas otras relaciones carentes de dichos requisitos o de sus elementos constitutivos, ya fuera el elemento subjetivo (*affectio maritalis*) o el elemento objetivo (*honor matrimonii*) pasaban a calificarse de *iniustum matrimonium* por inexistentes o ineficaces, al tratarse de uniones extra-familiares que presentaban ciertas restricciones o limitaciones, conformando las conocidas como prohibiciones matrimoniales.

Ello nos ha servido para en el Capítulo II de nuestro estudio, examinar los impedimentos ante las uniones extramatrimoniales *sine conubio*, ofreciendo una sistematización original y novedosa que reconoce seis criterios clasificatorios complementarios que resultan necesarios para organizar las cerca de treinta uniones irregulares que surgieron en el Imperio. De entre dichos criterios destacar la consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente, la capacidad física, los vínculos familiares, el consentimiento de las partes, la moral o la influencia ideológica de los emperadores. En último término, hemos aportado unas Conclusiones generales a las que hemos llegado con la elaboración de la presente Tesis doctoral concretada por Capítulos, la Bibliografía

específica manejada en esta investigación, así como un Índice de las Fuentes utilizadas.

En lo que respecta a la justificación del tema escogido decir que consideramos que puede resultar de interés, dadas las transformaciones actuales en la institución familiar y concretamente en el matrimonio, profundizar en los efectos del cumplimiento o incumplimiento de los anteriormente mencionados como presupuestos esenciales para la existencia de una unión conyugal legítima.

Dando especial relevancia en nuestra investigación, al análisis jurídico de la ausencia de *conubium* en la Roma clásica motivado por varias razones: a) la primera de ellas, se debe al problema que supone la inexistencia de un conjunto de textos que regulen no sólo la institución marital sino aquellas otras uniones extra-conyugales calificadas como tal por no cumplir con los requisitos exigidos por el Derecho Romano clásico para ser consideradas como *matrimonium iustum*; b) otra de las razones para que la elección de este tema tome como referencia la época clásica, es que se trata de la etapa de mayor esplendor y evolución no sólo para el Derecho sino

para otros campos como la Literatura, la Poesía y el Arte[5]. Comparar, pues, de qué manera se limitaban los matrimonios *iniustum* en la Roma clásica con las diferentes uniones extra-maritales que están surgiendo en nuestros días, puede servirnos para comprender las transformaciones jurídicas actuales en la institución marital.

En consecuencia, se debe partir de la importancia del *conubium* entendido como el derecho y la capacidad jurídica para contraer matrimonio y cómo, la falta de este requisito esencial, determinaba su inexistencia en Roma. A nuestro entender, el estudio detallado del matrimonio romano y, en concreto, de las escasas fuentes que regulan la capacidad jurídica puede servirnos para de algún modo justificar el por qué nacerán en la época clásica determinadas prohibiciones a contraer un *matrimonium* legal y cuáles eran sus efectos.

[5] En esta materia, vid. por todos, U. ÁLVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano* (Madrid 1944) 242-243; B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano 1972); Á. D´ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943); Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano* (Pamplona 1977) 281; X. D´ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*, en *Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela* LIV (Santiago de Compostela 1982) 62-63; E. A. LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo: El Derecho Romano (El estudio del mismo y su docencia e investigación)* (Zaragoza 1993); F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico* (Barcelona 1960) 90 ss.

Resulta, igualmente inevitable, precisar el contenido exacto del término *impedimentum* ya que, si bien en principio su origen es de Derecho Canónico[6], nos encontramos con fuentes que lo utilizan en sentido genérico para aludir al conjunto de restricciones o limitaciones surgidas durante esta época, que imposibilitaban celebrar válidamente un matrimonio legítimo y conforme a derecho. Por estos motivos, a lo largo de nuestra exposición vamos a referirnos a la ausencia de *conubium* o *impedimentum* según nos encontremos en la etapa clásica o postclásica y justinianea, lo que entendemos que de alguna manera justifica la importancia de su investigación.

A continuación, incidimos en la problemática que se deriva de la falta de sistematización legal y doctrinal que existe entre las prohibiciones matrimoniales debido a la disparidad de textos que regulan tal cuestión. Este hecho

[6] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 33-37; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 46-47. El profesor Domingo sostiene que en el Derecho Romano no existió *stricto sensu* un sistema de impedimentos como se da, por ejemplo en el Derecho Canónico, pues sólo se hace referencia a las "prohibiciones matrimoniales" y a las "prohibiciones para contraer matrimonio o nupcias". Mientras que, por su parte, A. Ortega también incide en que la palabra "impedimento" no es un término técnico romano, sino acuñado por el Derecho Canónico.

nos llevará, finalmente, a ofrecer una agrupación de tales limitaciones al *matrimonium* fruto del análisis pormenorizado de las fuentes que regulan esta materia. A tenor de lo expuesto se trataría pues de ordenar, de manera fundada y sistemática, cada uno de los impedimentos diferenciando entre Derecho clásico, postclásico y justinianeo en función de la regulación del *conubium* en las fuentes.

No obstante, nos hemos enfrentado ante dos obstáculos fundamentales que nos han dificultado el análisis jurídico de estas instituciones familiares clásicas como son, en primer lugar, la ausencia de un método jurídico general que pueda ser utilizado por el jurista para aplicarlo a cualquier línea de investigación que se centre en el Derecho Romano privado. En segundo término, cabe resaltar que la inexistencia de dicho método nos ha obligado a realizar en cierto modo una investigación interdisciplinar cuyos fundamentos son, de un lado, el familiarizarse y conocer una bibliografía auxiliar y complementaria de la que venimos normalmente utilizando con el fin de conocer el pensamiento jurídico de otras disciplinas sobre el tema elegido y, de otro, poder revisar nuestro propio trabajo desde distintos puntos de vista para así completar nuestra investigación.

En cuanto a las cuestiones metodológicas, destacar que el principal problema que hemos encontrado a la hora de detenernos sobre este estudio, no ha sido otro, que el de la elección de una técnica o un método que resultasen adecuados para su análisis. Lo anterior se debe a que, en términos generales, la metodología y sus diferentes alternativas en Derecho Romano han sido objeto de una profunda investigación por motivos prácticos, pues ningún método se ha venido considerando como definitivo[7].

Por este motivo, al ser el Derecho Romano una Ciencia histórica y jurídica al mismo tiempo y al no estar vigente por considerarse como un Derecho histórico, el presente trabajo de investigación se ha abordado desde la perspectiva que proporciona el método histórico-crítico y, especialmente, desde el estudio crítico de los textos[8].

[7] Entre las obras que podemos citar por tratar sobre metodología e investigación, tanto a nivel general como aplicado al Derecho, son entre otras: A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* CDXCIV (1973) 253-259; S. RAMÓN Y CAJAL, *Reglas y Consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad* (Madrid 2000); J. B. VALLET DEGOYTISOLO, *Metodología de la determinación del Derecho I* (Madrid 1994); J. B. VALLET DEGOYTISOLO, *Metodología de la determinación del Derecho II* (Madrid 1996).

[8] F. BETANCOURT SERNA, *Líneas de investigación romanística. Estado de la cuestión*, en R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos*

Entendemos que ello es imprescindible para tratar un análisis exhaustivo del Derecho Romano clásico, debiendo diferenciar el mismo de los añadidos posteriores, como los glosemas e interpolaciones de época justinianea[9]. Dicho método ha sido expuesto por A. D´Ors[10] con el nombre de "Palingenesia crítica y sistema de acciones", entendiendo por ésta aquella reconstrucción interna de la obra de los juristas clásicos. En este punto, el autor advierte textualmente que para realizar una crítica en el sentido histórico es menester no considerar sólo el fragmento como objeto de crítica, sino el libro pues hay que criticar por libros: "El estudio detenido del libro aisladamente nos permitirá afinar mucho más".

Planes de estudio (Jaén 1999) 77-86; F. DEL PINO-TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D. 42,8* (Huelva 2002) 20 ss.

[9] X. D´ORS, *Posiciones programáticas...*, op. cit., pp. 62-63; M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas* (Granada 1998); M. D. PARRA MARTÍN, *Problemática en torno a las fuentes en el Derecho Romano clásico. Referencia especial Publio Iuvencio Celso-Hijo*, en *Anales de Derecho* XXIII (Murcia 2005) 225-238. Así lo expresa X. D´Ors al decir que este método es el único viable y posible para una verdadera y útil investigación romanística, dejando al margen otros métodos como el de la sistemática de conceptos o el de la concepción sociológica del Derecho Romano.

[10] Á. D´ORS, *Presupuestos críticos...*, op. cit., p. 52.

En este ámbito resultan muy significativas las palabras del profesor López Rosa[11] cuando se refiere al método histórico-crítico como aquel más adecuado para una investigación científica del Derecho Romano, considerando éste, como un Derecho histórico y no vigente que necesariamente ha de ser contextualizado. De esta manera lo expresa el autor, al decir literalmente que: "El Derecho Romano ha de ser estudiado como un Derecho histórico, si bien ese estudio histórico nunca podrá ser correcto científicamente sin tener en cuenta todas las influencias, económicas, religiosas, etc., que inciden en la sociedad romana en un momento histórico determinado (…) sus fuentes de conocimiento tienen que ser sometidas a un análisis exhaustivo y cuidadoso para ir descubriendo los distintos estratos históricos que en las mismas se dan, comprobando las alteraciones que van experimentando las instituciones con el consiguiente desarrollo jurídico (…). La perfección de la crítica textual moderna en base a este método histórico-crítico, que engloba realmente un estudio de la Historia del Derecho Romano desde ópticas del materialismo histórico o del Derecho comparado, han convertido a esta

[11] En cuanto a la importancia del método histórico-crítico como técnica más adecuada para alcanzar una verdadera crítica textual y como medio para conocer las instituciones propias del Derecho Romano, vid. por todos, R. LÓPEZ-ROSA, *Apuntes de Historia de la organización política romana y del sistema de fuentes de su Derecho* (Sevilla 1990) 41-44.

metodología en la más adecuada para una investigación científica del Derecho en Roma".

Por lo expuesto, en función de la perspectiva con la que trabajemos este tema el enfoque que le podamos dar va a ser diferente. Sin embargo, siempre existen unas líneas comunes entre todas las investigaciones que tratan sobre este Derecho histórico y no vigente ya que el problema inicial desde el que se parte es el mismo para la doctrina romanística, esto es, el de determinar el mejor camino que lleve a la consecución de unos resultados convincentes en relación con nuestra Ciencia.

De este modo, el profesor Álvarez[12] concluye su exposición afirmando que todos los métodos son discutibles y no existe un método absoluto al que todos los investigadores deban adherirse. Razón por la que no es de extrañar que, a diferencia de otras Ciencias, la nuestra exija un esfuerzo particular incluso dentro de la propia Ciencia jurídica.

[12] U. ÁLVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual...*, op. cit., p. 277 ss.

En consecuencia, la escasez de investigaciones que tratan el fundamento y regulación jurídica de las limitaciones matrimoniales existentes en el Derecho Romano clásico nos ha llevado a la exposición de la presente Tesis doctoral. Con ella, pretendemos profundizar en la línea de investigación iniciada desde el Trabajo de Investigación de la autora, centrada en el estudio de las uniones familiares y extramatrimoniales surgidas desde el Derecho Romano clásico hasta la época postclásica y justinianea, así como en los impedimentos matrimoniales y su regulación en las fuentes.

Consideramos que una investigación que aborde la consideración y efectos jurídicos de la gran variedad de uniones extra-familiares surgidas en Roma nos puede ayudar a comprender los problemas actuales derivados tras la reforma introducida por nuestro Código Civil español en el año 2005, cuando el legislador permitió que personas del mismo sexo pudieran unirse en un matrimonio legal, produciendo los mismos derechos y obligaciones que lo que tradicionalmente se ha venido entendiendo por "matrimonio".

Extendiéndose, desde entonces, una nueva terminología que incluye otras relaciones surgidas de forma paralela al matrimonio, como son, las tan frecuentes hoy parejas de hecho, parejas no casadas, uniones extramatrimoniales, uniones de hecho, convivencia *more uxorio* o uniones libres[13]. A nuestro parecer, tanto el Ordenamiento jurídico romano como el nuestro siempre han sido conscientes de la existencia de numerosas relaciones extra-conyugales nacidas al margen del matrimonio legítimo, si bien su reconocimiento y efectos jurídicos nunca se han hecho de forma expresa a causa de las distintas concepciones ideológicas que se han ido dando a lo largo de los siglos.

En todo caso, si realizamos una interpretación extensiva, podemos concluir afirmando que nuestro actual Ordenamiento jurídico español protege tanto al matrimonio dentro de la familia en sentido tradicional como aquellas otras relaciones extra-maritales, ya que los poderes públicos están obligados constitucionalmente a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1 de la Constitución española de 1978) y, según el propio Código Civil español, las normas deben

[13] Con relación al Derecho de Familia y las distintas formas de convivencia entre dos personas de diferente sexo o incluso del mismo, vid. por todos, P. PANERO ORIA, *El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho*, en *RIDROM* V (2010) 92-96.

interpretarse teniendo presente: "La realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" (artículo 3.1 del Código Civil español)[14].

[14] Para un estudio detallado del matrimonio y su evolución en el Código Civil español, vid. por todos, J. L. LACRUZ, *Matrimonio y divorcio*..., op. cit., p. 63 ss.

CAPÍTULO I
CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL IUSTUM MATRIMONIUM EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

I. *STATUS QUAESTIONIS* DE LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL *MATRIMONIUM*

Nuestro estudio se fundamenta en la configuración jurídica del matrimonio romano desde época clásica y su evolución. Motivo por el cual, pretendemos averiguar de qué manera se articula la naturaleza jurídica del matrimonio romano y sus requisitos constitutivos, como es el caso del *ius conubii*[15] considerado como un elemento esencial de capacidad jurídica para poder contraer un *matrimonium iustum* o como el propio matrimonio.

De este modo, el *conubium* se ha conformado como una institución imprescindible a lo largo de nuestra investigación pues su inexistencia iba a determinar el surgimiento, especialmente desde época clásica, de determinadas relaciones que podríamos calificar de "extramatrimoniales" o "extra-familiares", cuyo reconocimiento y regulación ha resultado compleja.

[15] E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias*, en *La definizione esénciale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)* (Roma 1980) 48 ss.

Entendemos que la única forma de conocer cuáles eran para el Derecho Romano los impedimentos y limitaciones para contraer justas nupcias, es centrando nuestra investigación en la institución del *ius conubii* a partir de los escasos y fragmentarios textos con los que contamos[16]. De ahí que iniciemos nuestra exposición reparando en el verdadero concepto de *matrimonium* como institución fundamental en la familia romana y su identificación con otras voces relacionadas con el vínculo conyugal, tales como las *nuptiae*, hasta llegar a los presupuestos constitutivos que conformaban un matrimonio legal en Roma.

Partiendo de la configuración jurídica del *matrimonium* según la doctrina y las fuentes que lo regulan, ofreceremos una aproximación a los efectos derivados del conocido como "concepto clásico del matrimonio romano", dado el grado de perfección y tecnicismo alcanzado durante la vigencia del Derecho Romano clásico.

[16] E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*, en *Anales II: Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Calatayud* (Calatayud 1994) 89-114.

A.- Concepto de matrimonio romano en época clásica

El matrimonio romano clásico se configuraba como una institución jurídica central dentro de la familia romana[17]

[17] En general, en materia de familia romana como organización patriarcal en la que surgía el matrimonio, vid. por todos, P. ARIÈS y G. DUBY, *Historia de la vida privada* (Madrid 1993); P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia* (Milano 1963); E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, en *Storia di Roma* IV. *Caratteri e morfologie* (1989); C. FAYER, *La familia romana: Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. matrimonio. dote* (Roma 2005); M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* IV (2001) 273-298; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *El significado del término familia en el Derecho Romano, según el texto de Ulpiano, Lib. 46 ad Edictum, D. 50, 16, 195, 1-5*, en *RGDR* XVI (2011) 1-21; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La familia en Roma...*, op. cit., pp. 103-123; C. LONGO, *Diritto Romano III. Diritto di famiglia* (Roma 1940); R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, pp. 411-432; R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y civitas a propósito de la Lex Cincia,* en J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge* (Salamanca 2002) 617 ss.; G. LUCHETTI, *Il matrimonio "cum scriptis e sine scriptis" nelle fonti giuridiche giustinianee*, en *BIDR* XXXI-XXXII (1989-1990) 325-376; PIERANGELO CATALANO, *La familia "fuente de la Historia" según el pensamiento de Giorgio La Pira,* en *RGDR* III (2004) 1-6; P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer en Roma*, en A. LÓPEZ; C. MARTÍNEZ y A. POCIÑA (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (Granada 1990) 101 ss.; P. RESINA SOLA, *El estudio del Derecho de Familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001) 23-47; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano,* en *Revista del Notariado* DXXLXIII (1979) 105; L. SANZ MARTIN, *Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atencion a la situacion juridica y familiar de la*

formada por la unión de hecho entre dos personas, de sexo distinto, con la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. Se trataba, en efecto, de una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en el consentimiento continuo de los cónyuges cuyos elementos constitutivos eran la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*[18].

Sobre ese primer elemento generador del vínculo conyugal, hemos entendido por *affectio maritalis* o también denominado como elemento subjetivo o interno del matrimonio romano, la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer siendo necesaria la renovación diaria de

mujer, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* LXXXVIII (1996-1997) 291-306.

[18] Aunque será objeto de estudio al hablar de los presupuestos para el *iustum matrimonium*, podemos avanzar que estos dos elementos hacían prueba del matrimonio romano clásico válidamente constituido. En este sentido, vid. por todos, J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente* (Madrid 1993), del original J. GAUDUMET, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le Droit* (Paris 1987) 41 ss.; G. LONGO, *Affectio maritalis*, en *BIDR* XLVI (1939) 119-141; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, en *Scritti in Onore di Antonio Guarino* (Napoli 1984) 57 ss.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *El jurista Modestino y el matrimonio. Sobre cónyuges, consortes y cómplices* (Granada 2006); A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 44-45; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 110.

ese acuerdo o consentimiento mutuo[19]. Si bien en la época clásica esta intención recíproca de vivir en comunidad y formar un consorcio para toda la vida requería la renovación diaria del *consensus* mutuo, ya en el Derecho postclásico sólo se exigirá un consentimiento prestado inicialmente al modificarse la naturaleza del matrimonio y considerarse como un tipo de contrato[20].

Por su parte, el *honor matrimonii* o elemento objetivo y externo, significaba la necesidad de que existiese una reconocida convivencia entre los contrayentes[21]. No

[19] En cuanto a la importancia del *consensus* en esta materia, vid. por todos, R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem* (Cádiz 1977) 53-57; P. RASI, *Consensus facit nupcias* (Milano 1946) 78, en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, (Salamanca 1988) 25 ss.; E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias*..., op. cit., pp. 44-56. Concretamente, el profesor Rasi concluye esta cuestión afirmando literalmente que: "Il consortium dura effettivamente tutta la vita, non é intenzione delle parti di farlo durare".

[20] Como avance sobre el concepto de "contrato" en Roma, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* (Madrid 1929) 180 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Sistema contractual romano* (Madrid 2004) 108 ss.; M. KASER, *Das Römisches Privatrecht* (München 1971); E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 92 ss.; C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena 1889) 40 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 130.

[21] Por lo que respecta la dificultad de demostrar en Roma el estado civil de las personas físicas, por no existir un registro oficial de nacimientos, matrimonios o defunciones, vid. por todos, E. QUINTANA

haciendo falta que ésta fuese efectiva, ya que podía iniciarse en ausencia del marido o aunque los cónyuges no habitasen en la misma casa, siempre y cuando ambos se guardasen respeto mutuo. De este concepto general del matrimonio romano[22] surge la necesidad de realizar un

ORIVE, *Observaciones sobre la prueba del estado civil en Derecho Romano*, en *RGDR* XIII (2009) 1-20.

[22] Entre otros, tomamos la idea de *matrimonium* y *consensus facit nuptias* de los siguientes autores: E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio secondo Modestino*, en *Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo Albertoni* I (Padova 1935) 241-256; J. A. ARIAS BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano*, en *AAMN* (1962) 18 ss.; R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico* (Padova 2006); S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* (Palermo 1919); C. CASTELLO, *Consortium omnis vitae*, en *La definizione esénciale giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)* (Roma 1980); P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage* (Oxford 1969); J. DAZA MARTÍNEZ, *Nuptiae et matrimonium*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 57-67; F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae I*, en *RGDR* XVI (2011) 1-27; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia: Reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano,* en A. MURILLO VILLAR (Coord.), *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Mª Reimundo Yanes I* (Granada 2000) 197-216; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 193-208; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, en *RGDR* VI (2006) 34-37; G. FRANCIOSI, *Sul matrimonio tra cugini incrociati in Roma antica*, en *Studi in Onore di Cesare Sanfilippo* III (Milano 1983); M. J. GARCÍA GARRIDO, *La convivencia en la concepción romana del matrimonio*, en *Separata del Libro Homenaje al profesor Jiménez Fernández* (Sevilla 1967); M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones* (Madrid 2008); J. GAUDEMET, *Union libre et marriage dans*

la Rome impériale, en *IURA* XL (1989) 1-23; P. GIUNTI, *Consors vitae, matrimonio e ripudio in Roma antica* (Milano 2004); G. HUBER, *Accezione dell´omnis vita nella definizione di Modestino in rapporto alla durata del matrimonio*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)* (Roma 1980); R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 411 ss.; R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001); R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual* (Huelva 2004); J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna* XX (2003) 1-15; J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre Derecho matrimonial comparado*, en *RGDR* VI (2006) 1-15; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Evolución histórico-jurídica del consentimiento matrimonial en Derecho Romano*, en E. M. MARTÍNEZ GALLEGO, *Matrimonio y uniones de hecho* (Salamanca 2001) 31-38; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium. La influencia de la doctrina cristiana en la evolución jurídica del matrimonio romano, leída el 3 de Noviembre de 2008 en la Universidad de Vigo*, en *RGDR* XI (2008) 1-8; R. ORESTANO, *La Struttura giuridica del matrimonio romano, del Diritto Clásico al Diritto Giustinianeo*, en *BIDR* XLVII (1940) 154-402; R. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclásica,* en *Scritti di Diritto Romano in Onore di C. Ferrini* (Roma 1943) 345-382; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno* (Madrid 2006); A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *El jurista Modestino y el matrimonio...*, op. cit.; C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 507-518; M. J. PELÁEZ, Reseña de *"El jurista Modestino y el matrimonio. Sobre cónyuges, consortes y cómplices"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIX (2007) 604-607; P. RASI, *Consensus facit nupcias*..., op. cit., p. 78 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit.; O. ROBLEDA, *Sobre el matrimonio en Derecho Romano,* en *SDHI* XXXVII (1971) 337-350; O. ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio*

análisis centrado en la determinación de cuál era la idea de *matrimonium* desde los textos con los que contamos, diferenciando etimológicamente esta institución de otras que incluso las propias fuentes suelen utilizar de forma indistinta[23], como son, *nuptiae*, *uxorem ducere*, *futuere* o *coire*[24].

romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979) (Roma 1980); Á. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valor culturali nella storia giuridica del matrimonio* (Napoli 1996); S. SOLAZZI, *Consortium omnis vitae,* en *Estratto dágli Annali della R. Universita di Maceratà* V (1929) 317 ss., en O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 66 ss.; E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium,* en G. GROSSO (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* II (Milano 1972) 441-470; E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias*..., op. cit.

[23] Tal y como veremos en los siguientes epígrafes, no son pocos los autores que reparan en la existencia de otros vocablos similares al sentido de matrimonio romano, vid. por todos, F. BETANCOURT SERNA y C. GÓMEZ-RUIZ, *D. 23,2,57a (¿?): Si legitime concepti fuissent*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001) 85 ss.; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., pp. 559-560; E. CANTARELLA, *Viejas y nuevas hipótesis sobre el matriarcado*, en *Arenal: Revista de Historia de las Mujeres* II (1995) 7-24; J. DAZA MARTÍNEZ, *Nuptiae et matrimonium*..., op. cit., p. 57 ss.; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, op. cit., p. 7 ss.; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium. Origen y configuración jurídica hasta la Legislación matrimonial de Augusto* (Granada 1987) 30 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009) 138; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., pp. 43-44; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado* (Barcelona 1972) 561; E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico. Aspectos léxicos y literarios (hasta el s. I d.C.)* (Sevilla 1991) 222-224; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 11 ss.;

En este punto el profesor A. Ortega[25], al diferenciar etimológicamente cada término y delimitar su ámbito de aplicación, establece diferenciaciones entre el sentido originario y el que se da en la práctica. Sosteniendo que, aun cuando se hace un uso de ellos de forma indistinta, sus alcances son muy diferentes pues tradicionalmente para designar la unión solemne de un hombre y una mujer se ha usado indiscriminadamente los términos "matrimonio", "nupcias", "bodas", "casamiento" e incluso "esponsales", no reparándose en la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación de dichos términos que difieren en sus orígenes etimológicos y en su primitivo significado.

En cuanto a la justificación del por qué nos basamos en el matrimonio surgido en la Roma clásica, son varios los fundamentos que nos llevan a partir de esta época para

JEAN-NOËL ROBERT, *Los placeres en Roma* (Madrid 1992) 181 ss.; Á. ROMANO, *Matrimonium iustum...*, op. cit., p. 1 ss.; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 108; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian* (Oxford 1993) 15 ss.

[24] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., pp. 222-224. E. Montero califica los términos *futuere* y *coire* como aquellos referidos exclusivamente al acto sexual y no así al matrimonio.

[25] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 11 ss.

encontrar el verdadero alcance de las uniones matrimoniales y extramatrimoniales[26]:

I. Aunque es difícil delimitar con exactitud el periodo de años que comprende esta fase[27], en primer lugar, cabe señalar que conocemos como Derecho Romano "clásico" a aquel formado por un conjunto de normas que fueron elaboradas y rigieron durante el espacio de tiempo que comprende desde el Principado de Augusto (año 27 a.C.) hasta la asunción al poder por Diocleciano (año 284 a.C.). En términos generales, la "etapa clásica" se caracteriza

[26] En cuanto a la importancia de la etapa clásica en la Historia de Roma, vid. por todos, V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano* (Madrid 1980); J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano* (Madrid 1993); R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit. 1 ss.; P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit.; Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit.; J. A. D´ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano* (Navarra 1992); S. DI MARZO, *Manuale elementare di Diritto Romano* (Torino 1954); A. FERNÁNDEZ y J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho Privado Romano* (Madrid 1992); M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit.; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*, en *IUSTEL: Portal Derecho, Base de Conocimiento Jurídico* (Madrid 2002); W. KUNKEL, *Historia del Derecho Romano* (Barcelona 1994) 1 ss.; R. LÓPEZ-ROSA, *Apuntes de Historia de la organización política romana...,* op. cit., p. 41 ss.; E. A. LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación...*, op. cit.; M. MAÑAS NÚÑEZ, *Mujer y sociedad en la Roma imperial del siglo I*, en *Norba: Revista de Historia* XVI (1996-2003) 191 ss.; R. PANERO, *Derecho Romano* (Valencia 2000) 73-88.

[27] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., p. 17 ss.; R. LÓPEZ-ROSA, *Apuntes de Historia de la organización política romana...,* op. cit., p. 19 ss.

por ser el momento histórico de mayor esplendor político y jurídico del Imperio hasta la progresiva decadencia y caída del Imperio Romano de Occidente. Sin embargo, no será hasta la segunda etapa clásica (del 30 a.C. al 130 d.C.) considerada como la etapa clásica "alta" o "central" cuando tendrá lugar la evolución de la mayor parte de las instituciones de Derecho Romano, como es el caso del matrimonio romano, y se producirá el tránsito de la forma política Republicana al Principado de Augusto[28].

II. En segundo término y, siguiendo a A. D´Ors[29], hay que tener en cuenta el alcance jurídico del término "clásico" y su relación con el Derecho Romano. En este punto, decir que dicho vocablo tiene su origen etimológico en la palabra latina *classicus* y alude al derecho que se tiene por modelo digno de imitación, en el que se

[28] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 32 ss. Hemos seguido la regla propuesta por Á. D´Ors quien, para señalar las distintas etapas, se basa en la decena 30 con fines mnemotécnicos y sin apartarse de la realidad histórica pues en los años 30 d.C. suceden tres hechos importantes: a) en primer término, la generalización definitiva del procedimiento *per formulas*; b) además, la tecnificación doctrinal de la Jurisprudencia; y c) el tránsito de la forma política republicana al Principado de Augusto con sus leyes matrimoniales. Destacándose que hacia el año 130 d.C., tiene lugar la promoción del procedimiento de la cognición oficial, la burocratización de la Jurisprudencia y el triunfo de la administración técnica.

[29] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 33 ss.

establecen Teorías que resultan ser la base de su desarrollo posterior. Es por esta razón por la que el Derecho Privado alcanzó uno de los más altos grados de perfección, estilo, orden y equilibrio en Roma, a pesar de que no aportase novedades sustanciales respecto al de la etapa republicana anterior.

De ahí la afirmación que hace el autor cuando alude al Derecho Romano clásico como aquel de esplendor por la perfección ejemplar de su estilo y que coincide con el auge del poderío romano, pues el Derecho anterior de la época arcaica sólo nos interesa en la medida de su conservación en la época clásica. Advierte, asimismo, que el de la época postclásica tiene interés por cuanto presenta un proceso de revitalización de un Derecho decadente por obra de la legislación imperial cristiana y, muy especialmente, por la Compilación de Justiniano en el siglo VI, es decir, el *Corpus Iuris*[30].

[30] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 33. Merece especial interés la breve referencia que hace el autor a la etapa del Dominado, que comprende el Derecho Postclásico y Justinianeo (230-565 d.C.). En relación al Derecho Postclásico, sostiene específicamente que no sólo sirve para recopilar y seleccionar los libros clásicos (que se manifiesta en la obra cumbre del *Corpus Iuris Civiles*) sino que también trata de dar sentido a instituciones antiguas que estaban inspiradas en ideas cristianas. Siendo, por ello, el Derecho Cristiano otro derecho diferente al de la Jurisprudencia clásica, aunque se

Pues bien, ante esto, podemos considerar que las principales características del sistema clásico son: a) la libertad creativa, pues de forma progresiva se produce una creciente centralización del poder por parte de gobernantes autócratas. Tanto los juristas clásicos como los artistas y los autores de la Literatura clásica, se conducen dentro de un ámbito de libertad a diferencia de la etapa anterior[31]; b) la universalidad, ya que desde de la Constitución de Caracalla (año 212 d.C.) todos los habitantes del territorio dominado por los romanos, recibieron la ciudadanía aplicándoseles las normas del Derecho Romano; c) flexibilización, en el sentido de que principios generales

aprovecha en parte de los libros de aquella y se inspira en una moral superior pero técnicamente inferior al Derecho Pagano.

[31] M. FUHRMANN, *Literatura romana* (Madrid 1985) 20 ss. La escasez de fuentes técnicamente jurídicas nos obliga a acudir a la Literatura clásica para entender el fundamento del Derecho de Familia. En este sentido, el profesor Fuhrmann engloba en la expresión "Literatura romana" a todas las obras escritas de la época romana que han llegado hasta nosotros en manuscritos porque, según el autor: "De esta manera se acostumbró en la Antigüedad y en la Edad Media a difundir todo aquello cuya misión o tarea no se agotaba en satisfacer una finalidad concreta en una situación determinada. Esta limitación, excluye una parte considerable de los monumentos lingüísticos heredados de la antigüedad romana: por una parte aquellos textos que han sido esculpidos en piedra o metal, esto es, las inscripciones; y por otra, parte los papiros, o sea las anotaciones hechas sobre este material, parecido al papel, empleado en la antigüedad". En todo caso, señala que estos materiales suelen contener documentos públicos o privados, carentes de forma artística y al servicio exclusivo de una finalidad determinada e inmediata.

como la *aequitas* y la *bona fides* produjeron una moderación de la antigua rigidez proveniente del Derecho arcaico, que no había desaparecido durante la vigencia del periodo preclásico; d) y, en cuanto a la escritura, decir que durante este periodo se consolida la utilización de la escritura como prueba y como método fundamental por lo que esta técnica sirve para probar la existencia de diversas obligaciones y, posteriormente, se usa como método en gran parte de los procesos judiciales.

III. En este ámbito cabe destacar, en tercer lugar, que el Derecho Romano clásico se ha considerado un modelo a seguir en lo que respecta al desarrollo de instituciones privadas tan importantes en la sociedad romana como la familia, el *matrimonium* y las demás relaciones extramatrimoniales que surgieron en Roma y que, en general, carecen de una regulación jurídica específica. Tanto es así, que el profesor Schulz[32] no duda ha dudado en resaltar el alcance del Derecho clásico en lo que se refiere al matrimonio, sosteniendo textualmente que es el logro más impresionante y la más alta expresión del genio jurídico romano, por ser un hallazgo "originalísimo y lleno de audacia".

[32] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., p. 88 ss.

Ante esto, es generalmente admitido[33] que la razón de la importancia de este Derecho en su etapa de mayor esplendor estriba en que este conjunto de normas clásicas fueron creadas por la clase social más alta que existía en Roma y no por libertinos o personas licenciosas. De forma que fueron los romanos los que consiguieron crear un *ius* matrimonial humano y libre que plasmaba la idea de *humanitas,* ya que si bien los griegos lo habían descubierto previamente, lo cierto es que no lo habían aplicado explícitamente.

IV. Lo anterior nos lleva a asegurar, por tanto, que la importancia del Derecho Clásico también se refleja en el Derecho Romano matrimonial pues experimentó un importante y sorpredente proceso de humanización al basarse en la unión libre, igual y disoluble en que vivían hombre y mujer. La consideración como matrimonio libre y alejado de aquel patriarcal fundamentado en el valor y la dignidad del ser humano, ha llevado a F. Schulz[34] a profundizar sobre este proceso de humanización del derecho matrimonial, afirmando que el movimiento humanístico se situó en época clásica en

[33] J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano...,* op. cit., p. 353 ss.; J. A. D´ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*..., op. cit.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., p. 25.

[34] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., pp. 99-100.

primer plano y la alta sociedad romana rehusaba celebrar matrimonios con *manus*, prefiriendo el matrimonio libre. Por lo que gracias a los juristas, el esfuerzo creador de los pretores y los jueces, se produjo el nacimiento de lo que el autor califica específicamente de un derecho matrimonial "nuevo" y "humano".

Sin embargo dicha humanización entendemos que dio lugar, de un lado, al nacimiento de los impedimentos o prohibiciones matrimoniales entre aquellas uniones que no cumplían con los requisitos del matrimonio romano clásico, así como a una progresiva limitación de la natalidad pues Augusto pretendía no sólo aumentar el número de nacimientos sino que, de forma paralela, quería que los nacidos fuesen ciudadanos genuinamente romanos. Igualmente, consideramos que originó la idea de "Romanidad", consistente en la creación de una especie de raza pura de los ciudadanos que efectivamente cumpliese con las condiciones establecidas para ser *cives* y que, como advierte C. Gómez Ruiz[35], tuviera todas las virtudes propias de aquellos ciudadanos de Roma que hicieron posible la "grandeza, expansión y hegemonía universal de otros tiempos".

[35] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas* (Sevilla 1987) 16 ss.

A ello se añade el intento de restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones y de los *mores maiorum*, para desarrollar una política legislativa que favoreciera las uniones matrimoniales lícitas, ya que durante este periodo histórico el Derecho de Familia adquirió un carácter humano y configuraba al matrimonio como una unión libre y disoluble en la que vivían ambos cónyuges en pie de igualdad[36].

En esta línea, nos preguntamos cuáles son los resultados de esta política llevada a cabo por el emperador. Pues bien, el alcance de la llamada "Romanidad" se demuestra si tenemos en cuenta que, si bien en el año 28 a.C. el censo sólo contaba con unos 4.066.000 ciudadanos, cinco años después con el consulado de Censorino el número aumentó a 4.230.000 y, un lustro más tarde, pasó a 4.937.000 *cives*. Tales incrementos de población debieron ser escasos e insuficientes para Augusto, pues en el año 18

[36] En relación con el carácter del Derecho de Familia en esta etapa y la naturaleza de esta institución, vid. por todos, P. ARIÈS y G. DUBY, *Historia de la vida*..., op. cit., p. 5 ss.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia*..., op. cit., p. 3; C. LONGO, *Diritto Romano III...*, op. cit.; F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano* (Madrid 1960) 98, 214 ss. En este punto, P. Bonfante concluye que: "Nel diritto romano debbono esser distinte due especie di rapporti e diritti famigliari: quelli che si ricollegano all´organismo della famiglia nel senso antico e romano e quelli che invece si richiamano al concetto della famiglia naturale nel senso moderno".

a.C. hizo aprobar por los Comicios la conocida *Lex Iulia de Maritandis ordinibus* que, con la sucesiva *Lex Papia Poppaea* del 9 a.C., constituyen una completa legislación demográfica dirigida al fin primordial de favorecer la natalidad[37].

V. En definitiva, durante la vigencia del Derecho clásico se crearon una serie de normas que demuestran la ruptura con las ideas anteriores. Este hecho se debe a que el Derecho se presentaba en la fase más avanzada de la Historia de Roma y otorgaba la máxima libertad e igualdad individual de los cónyuges para contraer o disolver el matrimonio. El esplendor del que venimos hablando tiene reflejo en la consideración de la mujer en la Roma clásica, pues como veremos al profundizar en el origen etimológico del matrimonio, la *uxor* cumplía una función principal en la familia romana y empezaba a gozar de determinados derechos que hasta entonces eran inconcebibles, como por ejemplo, los derechos sucesorios[38], el derecho a ejercitar el *divortium* o el derecho a la igualdad entre ambos cónyuges.

[37] Sobre la consideración de estas leyes como aquella "reglamentación que en los albores del siglo I d.C. tuvieron como objeto la promoción del matrimonio y la proceación", vid. por todos, C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*..., op. cit., p. 507 ss.

[38] En cuanto a los derechos hereditarios de las mujeres en Roma, vid. por todos, E. VARELA MATEOS, *Los derechos hereditarios de las mujeres en los bienes de los libertos*, en *RGDR* IV (2005) 1-24. El profesor

Basándonos en la idea de *matrimonium* según las fuentes con las que contamos y, teniendo como referencia la importancia de la etapa clásica, a continuación realizaremos un análisis textual de los términos *matrimonium* y *nuptiae* dada la identificación existente entre ambos vocablos, aun cuando *nuptiae* además de ser un concepto propio alude a la propia ceremonia nupcial o a la unión de la menor de doce años. De la misma manera, delimitaremos cuál es el problema que se plantea ante la existencia de otras voces relacionadas con la palabra *matrimonium*.

Varela, si bien comienza su estudio manteniendo que la doctrina defiende que el Derecho Romano fue el derecho de los *patersfamilias* porque sólo éstos tenían plena capacidad de obrar, aclara que muerto el *paterfamilias* los varones púberes *sui heredes* alcanzaban la plena capacidad de obrar: "Pero no así las mujeres, que aun siendo *suae heredes* y púberes estarán durante mucho tiempo bajo tutela, salvo las Vestales. A pesar de todo, en el derecho hereditario, a las mujeres de la familia agnaticia se les reconocía, generalmente, los mismos derechos sucesorios que a los varones, salvo las restricciones impuestas, mientras éstas estuvieron vigentes, por la *Lex Voconia* y, tal vez voconiana ratione, por el Edicto del pretor".

1. Hacia una definición de *matrimonium* en la Compilación justinianea

Nuestra intención en este apartado es ofrecer una definición del matrimonio romano clásico, partiendo de la interpretación del concepto de *matrimonium* tal y como se ofrece en los escasos textos con los que contamos. Comenzamos nuestra exposición, con lo que tradicionalmente se ha venido denominando[39] como las dos "célebres definiciones del matrimonio" contenidas en la Compilación justinianea y que han sido atribuidas a la Jurisprudencia romana debido a la inexistencia de la fuente original.

En concreto, en el texto del Digesto se define a las nupcias como: "La unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida", y en el de las Instituciones de Justiniano se afirma textualmente que nupcias o matrimonio es: "La unión de hombre y mujer con la finalidad de vivir en comunidad"[40], tal y como transcribimos seguidamente de forma comparativa:

[39] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *El jurista Modestino y el matrimonio...*, op. cit.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 59; O; O. ROBLEDA*, Sobre el matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 337-350; ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*..., op. cit., p. 42 ss.

[40] Entendemos que ambos textos tratan de aportar la esencia jurídica del matrimonio romano una vez que se había producido, sin ahondar en su naturaleza como institución fundamental dentro de la familia. En

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*)	**IJ. 1,9,1**
Nuptiae sunt coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.	*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*.

Si analizamos de forma comparativa ambos pasajes podemos observar que, en general, nos ofrecen un concepto de matrimonio muy similar aún cuando es difícil delimitar su posible autoría y los elementos constitutivos de esta situación de hecho reconocida por el Derecho[41]:

primer lugar, definen lo que se entiende por *nuptiae* o *matrimonium* (considerados prácticamente como términos sinónimos), a lo que se añade en segundo término, la idea de formar un consorcio para toda la vida entre hombre y mujer, con la finalidad de procrear y educar a los hijos habidos dentro de una unión conyugal legítima.

[41] En cuanto al matrimonio en las fuentes clásicas, vid. por todos, C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit. La autora parte de la premisa general de que estos dos textos contenidos en la Compilación justinianea han sido analizados por los estudiosos, concluyendo que: "En su esfuerzo por esclarecer el concepto, la naturaleza y la estructura del matrimonio romano los intérpretes han examinado hasta la exhaustividad estos textos, llegando a las más variadas conclusiones".

I. Sobre la autoria de dichas fuentes, cabe señalar que mientras el primer texto se atribuye a Erennio Modestino, resulta más complejo delimitar el autor del segundo. Si bien es cierto que el fragmento de las Instituciones de Justiniano suele asignarse a Ulpiano por la similitud con las palabras que el propio jurista utiliza en otros pasajes del Digesto[42]. En todo caso, la primera definición de la unión marital dada por Modestino ha venido calificándose como la más completa pues como sostiene A. Ortega[43], Modestino fue el único discípulo que conocemos de Ulpiano, considerado como el último jurisconsulto romano digno de tal nombre, pues: "Con él se agota la originalidad creadora de la Jurisprudencia romana".

La segunda definición, según el propio autor, suele atribuirse a Ulpiano porque toma prestadas algunas palabras de un fragmento de este mismo jurista: "Donde partiendo de una idea primitiva y materialista, cuasidefine el

[42] A modo de ejemplo nos sirve la expresión *hinc descendit maris atque feminae coniunctio*, del siguiente texto: D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 *institut*.): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: Nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.*

[43] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 19-20.

matrimonio como la natural conjunción de dos sexos, siendo un derecho común a todos los animales del que procede la unión del varón con la hembra que denominamos matrimonio".

II. En lo que se refiere a la segunda cuestión planteada, esto es, los elementos constitutivos decir que el primer presupuesto recogido en ambas fuentes a la hora de definir el concepto de matrimonio, lo encontramos en la *coniunctio maris et feminae* y en el *viri et mulieris coniunctio*, respectivamente:

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*)	**IJ. 1,9,1**
Nuptiae sunt coniuctio maris et feminae (...).	*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio (...).*

Dichas frases ponen de manifiesto que las nupcias comportaban una idea de vínculo entre hombre y mujer con la finalidad de procrear y formar una familia, estando unidos quienes las contraían, es decir, los cónyuges. De igual modo E. Albertario[44], al abordar la naturaleza de este elemento, incide en que esta unión se daba entre varón y hembra (*maris et feminae*) o entre hombre y mujer (*viri et mulieris coniunctio*) porque ello constituía la base natural

[44] E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio...,* op. cit., p. 241 ss.

o real del matrimonio romano o de las nupcias, a pesar de que esa nota se aplicaba también a otras uniones estables que existieron en Roma como fueron el concubinato o el *contubernium*[45].

Sobre este particular O. Robleda[46], al incidir en la frase *coniunctio maris et femine*, precisa que de ella se desprende quiénes eran los sujetos del matrimonio legítimo en la Roma clásica así como la finalidad o causa del vínculo conyugal. El profesor señala que la unión debía producirse entre marido y mujer con la finalidad de procrear, educar a la prole y, en definitiva, formar una familia con plenos efectos para el Ordenamiento jurídico romano. No obstante, el autor trata de dar respuesta a la pregunta de por qué no aparece esa finalidad de procreación en ninguna de las frases, subrayando la importancia de deducir la *procreatio*, como causa fundamental de esa unión

[45] Sobre estas uniones, vid. por todos, P. BONFANTE, *Sulla reforma giustiniana del concubinato*, en *Scriti Giuridici Vari* (Roma 1925); J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano* (Madrid 1992) 352 ss. El profesor Miquel, patiendo del contenido de D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 *institut*.), recoge esta idea aseverando que la unión de un macho y de una hembra representa la base natural del matrimonio; de manera que cabría aplicarla no sólo al matrimonio sino también a todo tipo de relaciones sexuales, tales como el concubinato, las uniones entre esclavos (*contubernia*) o, incluso, las uniones entre animales (*coniunctio animalium).*

[46] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 61-66.

entre dos personas de sexo distinto que prestan su consentimiento para formar un consorcio para toda la vida. De esta forma, lo expresa cuando advierte específicamente que tales definiciones han sido generalmente recibidas como "buenas en la canonística antigua y moderna", para expresar la idea absoluta del matrimonio.

Asimismo, nos interesa detenernos en el origen del sustantivo femenino *coniunctio* (unión conyugal o lazos de matrimonio). Éste lo encontramos en el verbo *coniungo*, que se traduce por "unión por lazos de amistad" o "lazos familiares" y se refiere junto al vocablo *coniux* a los cónyuges o prometidos, es decir, al marido y la mujer. Sobre este particular, recordamos que A. Ortega[47] establece que a partir del análisis terminológico se puede entender que el consorcio para toda la vida aludía a la unión sexual y física entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear y educar a los hijos nacidos en dicha unión conyugal formando así una familia, por lo que ante esto, el consentimiento recíproco de permanecer unidos como marido y mujer se configuraba como un elemento esencial del *matrimonium*.

[47] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 20-36.

Por su parte, la voz "cúpula" adquiere gran importancia en la noción de matrimonio romano, ya que se trataba del medio por el cual la unión marital alcanzaba su finalidad ético-social en cuanto a la procreación de los hijos. Sin embargo, la cópula no era el elemento esencial del matrimonio ya que, como recuerda el propio autor, en las fuentes se observa que es el consentimiento mutuo entre las partes de estar unidos, el que se conforma como el requisito fundamental para que estemos ante una unión marital legítima a efectos del Derecho Romano:

D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*): *Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

De este texto de Ulpiano en materia de testamento y herencia, se desprende que no era necesaria la entrada de la mujer en la habitación del marido para llevar a cabo la cópula (*nuptias enim non concubitus*), sino que bastaba con que ambos hubieran prestado un consentimiento mutuo y libre de unirse en matrimonio (*sed consensus facit*), para que se produjera el legado (*cui fuerit sub hac conditione legatum*).

D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*): *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*.

En este segundo pasaje del jurista Ulpiano, nuevamente se hace alusión a la importancia del consentimiento (*affectio maritalis*) para la validez del matrimonio romano. En concreto, se recoge el caso en el que las partes (*mulier et maritus*), separadas durante una temporada pero respetándose mutuamente (*sed honores matrimonii*), hubiesen hecho donaciones. En dicho supuesto, se suele deducir que esas donaciones no podían considerarse válidas porque las nupcias continuaban, dado que dicha unión no dependía del coito (como acto físico) sino del consentimiento recíproco (*non enim coitus matrimonium facit sed maritales affectio*).

En todo caso, se trataba de uniones heterosexuales entre personas de diferente sexo, excluyéndose los supuestos de relaciones extramatrimoniales lésbicas, homosexuales o bisexuales. Es por esto, que, el matrimonio romano como lo define también el profesor Bonfante[48], era

[48] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 180.

la cohabitación entre dos personas de sexo diferente con la intención de ser marido y mujer, o sea, de procrear y educar hijos y de constituir además entre los cónyuges una sociedad perpetua e íntima bajo todos los conceptos.

III. A su vez, debemos reparar en el segundo elemento de la definición de *matrimonium* recogido en ambos textos, como es, el de la idea de compromiso mutuo para toda la vida[49]:

[49] En cuanto a la naturaleza del compromiso matrimonial en la Roma clásica, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel Diritto Romano* (Padova 1997) 53-150; C. CASTELLO, *Consortium omnis vitae*..., op. cit., p. 267 ss.; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 34 ss.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *El jurista Modestino y el matrimonio...*, op. cit., pp. 76-77; M. J. PELÁEZ, Reseña de *"El jurista Modestino y el matrimonio...*, op. cit., pp. 606-607. Profundizando en la eficacia del amor conyugal, nos resultan interesantes las palabras del profesor A. Ortega, quien resalta que: "*Ad summam* para Modestino, un hombre y una mujer unidos en matrimonio son, ante todo, *cónyuges,* por lo que deben estar unidos físicamente, deben atraerse, agradarse, complacerse y seducirse con reciprocidad, en segundo lugar son *consortes,* forman un consorcio muy especial, caminan por el mismo sendero y comparten la misma suerte favorable o adversa que los hados les reserven, y por último son *cómplices,* porque deben complicarse con un esfuerzo conjunto y en un hacer causa común, en una relación de mutua dependencia, pero no de debilidad sino de dos fuerzas que se unen para convertirse en otra mayor". Definición del amor conyugal que, como señala M. J. Peláez, es "de verdadera antología".

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*)	**IJ. 1,9,1**
Nuptiae sunt (...) consortium omnis vitae (...).	*Nuptiae autem sive matrimonium est (...), individuam consuetudinem vitae continens*.

Tanto en el *consortium omnis vitae* de la primera fuente atribuida a Modestino como la *individuam consuetudinem vitae continens* de la segunda, se alude a la necesidad de que mediante el matrimonio se viviera en comunidad y se alcanzara una unidad marital de carácter duradero. Se trataba de compartir una suerte en común para toda la vida[50], si bien, con en el Derecho Justinianeo se tomó una interpretación más literal que concebía expresamente al matrimonio como un consorcio para toda la vida.

[50] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico* (Padova 2002), p. 108-109; G. HUBER, *Accezione dell´omnis vita nella definizione di Modestino...*, op. cit., pp. 77-87.

Algunos autores[51] mantienen que la palabra *consortium* deriva de *cum sorte*, es decir, "suerte común" y refleja la idea de convivencia que empieza entre dos personas libres que han decidido compartir una vida en común, tanto para las cosas prósperas como las adversas. Se configuraba, pues, como una exigencia subjetiva que no estaba sujeta a forma o condición alguna, referida al ánimo o intención de los que se unían para vivir en comunidad, pudiéndose ejercitar el *divortium* en cualquier momento. Reconociéndose por la romanística[52], que en el *consortium totius vitae* no

[51] J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano...,* op. cit., p. 353 ss.; C. CASTELLO, *Consortium omnis vitae*..., op. cit., p. 267 ss.; J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae*..., op. cit., pp. 1-15; J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae: Una reflexión...*, op. cit., p. 1 ss. El profesor Miquel refleja en este último artículo que, partiendo del *consortium omnis vitae* del matrimonio clásico, se puede llegar a comprender los cambios producidos en el matrimonio romano en las distintas etapas de su vigencia. Concretamente, el autor defiende que el *consortium omnis vitae* es un concepto que permite superar la concepción meramente contractualística del matrimonio, llegando a la esencia de esta institución y de algunas formas de divorcio e, igualmente admite, que en función de si el consorcio se interpretaba como una "comunidad conyugal para toda la vida" o como una "comunidad conyugal de todas las cosas de la vida", esta expresión puede servir para defender la indisolubilidad del matrimonio o para postular una forma avanzada de divorcio, esto es, el divorcio por fracaso matrimonial.

[52] E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio...,* op. cit., pp. 241-256; R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit., p. 94; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988), pp. 27, 29 ss.

estaba implícita la idea de una absoluta necesidad de que el matrimonio fuese en realidad indisoluble, sino que era suficiente la intención de los cónyuges de permanecer unidos de por vida, independientemente de que después cambiara dicha voluntad.

En cuanto a la genuidad del texto, son muy significativas las precisiones de S. Solazzi[53] sobre el *consortium omnis vitae* o *consortium totius vitae*, ya que el profesor niega que esta frase sea clásica calificándola de "dogma moral cristiano de origen postclásico". Mientras que O. Robleda[54], ha venido insistiendo que si bien se ha discutido mucho sobre el significado de estas dos expresiones y su posible interpolación por los bizantinos, justinianeos o anteriores, lo cierto es que son más autores los que defienden la genuidad de la misma, en base a los siguientes argumentos: i.- de un lado, que es muy probable que sea el propio Modestino quien definiera el matrimonio romano clásico como un consorcio para toda la vida, en el sentido de comunidad en todas las cosas de la vida de los cónyuges y bajo la finalidad de compartir; ii.- de otro, la objeción que lleva a cabo S. Solazzi en cuanto a que el término *consortium* casi no fue utilizado por los

[53] S. SOLAZZI, *Consortium omnis vitae...*, op. cit., p. 317 ss.

[54] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 61-69.

jurisprudentes clásicos por no tener fundamentos, puesto que se trataba de definir una institución más social que jurídica siendo frecuente el uso de vocablos extraídos de la propia Literatura.

Confirmando esta última tesis, M. I. Núñez Paz[55] indica que pararece estar suficientemente demostrado que las definiciones de Ulpiano y Modestino son efectivamente genuinas, considerando que estas dos definiciones de matrimonio clásico tienen plena cabida en el modo de sentir social y jurídico de la época clásica. De la misma forma que A. Ortega[56] analiza la evolución del pensamiento doctrinal en esta materia, manteniendo que tanto la frase *consortium omnis vitae* como el fragmento completo de Modestino no son resultado de añadidos posteriores a la etapa clásica, sino que serían textos originariamente clásicos y genuinos que concuerdan con las fuentes jurídicas y literarias existentes. A modo de ejemplo, cabe citar diversos pasajes que consideramos fundamentales para justificar la postura defendida:

[55] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 27.

[56] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 39 ss.

D. 24,1,28,2 (Paul. 7 *ad Sab.*): *Si quas servi operas viri uxori praestiterint vel contra, magis placuit, nullam habendam earum rationem: et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes*.

En este primer texto de Paulo, en base al consorcio entendido entre personas unidas en matrimonio por un gran afecto (*sed ut inter coniunctos maximo affectu*), se mantiene que la prohibición de donaciones (*ius prohibitae donationis)* entre las partes no se debía interpretar en sentido estricto.

D. 24,3,22,7 (Ulp. 33 *ad. edict.*): *Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus. et illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse. An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas: quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri*

participem esse? sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est: licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat.

Profundizando en la importancia de la sociedad conyugal para la formación del matrimonio romano, Ulpiano recoge en el texto anterior un caso en el que se produce un divorcio por locura sobrevenida de alguno de los cónyuges (*illud quidem dubio procul observatur eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse)*. Concretamente, A. Ortega[57] nos recuerda que en el fragmento se recomienda actuar diligentemente y con cautela pues marido y mujer deben ser partícipes de la suerte del otro (*si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus)* y, como se cuestiona literalmente en el texto citado previamente, cabe preguntarse: "¿Qué cosa hay más humana como que el marido sea partícipe de la suerte de la mujer, y la mujer en la

[57] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 39.

del marido?" (*Quid enim tan humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse*).

D. 25,2,1 (Paul. 7 *ad Sab.*): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

Aquí el jurista Paulo advierte que el consorcio para toda la vida (*societas vitae*) hacía a la mujer dueña de las cosas del matrimonio (*dominam eam faceret*), por lo que a ella nunca se le podía acusar por acción de hurto (*sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est*).

En cualquier caso, nosotros consideramos que se trata de la parte central de la definición ya que en ella se pone de manifiesto que el matrimonio era para los romanos una *societas vitae* o un *consortium rerum secundarum adversarumque*. Resultando muy interesantes, en este sentido, las conclusiones a las que llega el profesor

Huber[58] al examinar el alcance del término *omnis* aplicado a esta frase, pues sostiene que no significaba indisoluble pero sí excluía el matrimonio bajo condición temporal o resolutiva y, por tanto, el consorcio perduraba hasta que se revocaba el consenso mutuo.

IV. En cuarto término, destacar finalmente, el último inciso de la definición de matrimonio llevada a cabo por Modestino donde se alude a la participación de cada uno de los cónyuges en la intimidad del otro y, en especial, a la comunicación mutua en aspectos tan relevantes como la moral y la religión. En este sentido, se trata de determinar cuál fue la posible influencia del Cristianismo en la expresión *divini et humani iuris communicatio* y cómo bajo el Imperio los vínculos del matrimonio se flexibilizaron bastante con las costumbres del tiempo y el culto privado perdió su importancia, por lo que la *manus* que estaba cada vez más en desuso, acabó por desaparecer.

[58] G. HUBER, *Accezione dell´omnis vita nella definizione di Modestino...*, op. cit., pp. 86-87.

Por ello, la definición de *iustae nuptiae* que se ofrece en las Instituciones ya no hace alusión a la *divini et humani iuris communicatio* entre los esposos[59], como podemos observar de forma comparativa en los textos mencionados:

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*)	**IJ. 1,9,1**
Nuptiae sunt (...) divini et humani iuris communicatio.	*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens*.

Sobre la posible exigencia cristiana de la igualdad de Religión en el inciso final del concepto de matrimonio dado por Modestino, cuando el jurista señala la necesaria comunicación del derecho divino y humano entre los cónyuges, decir que ello ha llevado a numerosas discusiones doctrinales y a tesis contrapuestas en cuanto a una supuesta interpolación de la misma. Sin embargo, M. I.

[59] En materia de matrimonio y la influencia del Cristianismo, vid. por todos, B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III* (Milano 1954) 69. El profesor Biondi sostiene expresamente que: "Il matrimonio è certo l´istituto maggiormente permeato di elementi etico-religioso anche in epoca pagana. Mettendo pur da parte l´arcaica confarreatio, nonchè quei riti nuziali aventi impronta religiosa, che stanno fuori il diritto, la celebre definizione di Modestino mette in rilievo la divini et humani iuris communicatio (D. 23,2,1)".

Núñez Paz[60] no duda en advertir que es comúnmente admitido por la doctrina la clasicidad de este último elemento de la definición de Modestino ya que las primeras noticias fiables que tenemos del matrimonio romano proceden de una época en la que lo religioso era fundamental y, es en este mismo sentido, en el que se mantiene que se trataba de una expresión clásica que reunía las notas esenciales de las *nuptiae* durante la época de mayor esplendor del Imperio.

De hecho, el mismo A. Ortega[61] advierte que sea cual fuere su significado no puede deducirse argumentos convincentes para sospechar que el último elemento de la definición de *matrimonium* aportada por Modestino haya sido interpolado y, contrariamente, considera que: "La definición de Modestino, incluido el inciso final, es clásica y original del jurista". Comparando, en este punto, la genuidad del texto con el contenido de una Constitución de Gordinao del año 242 en la que específicamente se alude a la participación en las cosas divinas y humanas (*quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur*):

[60] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 28 ss.

[61] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 43-54.

C. 9,32,4: *Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, maritii diem suum functi sucesores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt*.

En dicha Constitución, Gordiano señala que los sucesores del marido no podían despojar de la herencia a la viuda (*crimen explilatae hereditatis*), dada la consideración que tenía la mujer admitida en la casa como compañera de las cosas divinas y humanas (*adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur*).

Este último autor, igualmente, advierte que una cuestión diferente es si la *communicatio divini et humani iuris* era un elemento constitutivo del matrimonio en general o sólo del matrimonio *cum manu*, si bien no duda en negarlo al decir que: "No creemos que Modestino se refiriese al matrimonio *cum manu*, fundamentalmente porque en su época habría constituido un anacronismo". En la misma línea, O. Robleda[62] ha incidido en el hecho de que si bien dicha frase ha sufrido ataques de la crítica interpolacionística, lo cierto es que se trata de un elemento clásico de la definición de matrimonio pero que el jurista Modestino no pensó en el matrimonio *cum manu*, porque la *manus* nada tenía que ver con la figura del

[62] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 69-70.

matrimonium. Tratándose, simplemente, de una ulterior acentuación de la comunidad de vida incluida ya en el *consortium omnis vitae* o en la *communis consuetudo vitae*. Relacionándose, según R. Astolfi[63], con la expresión *consortium omnis vitae*.

Por todo ello, en general, podemos decir que estas dos definiciones contenidas en las fuentes nos aportan los elementos esenciales del *matrimonium* y, lo que es básico a nuestro parecer, recogen la idea de crear un consorcio que pretende ser para toda la vida[64], puesto que esa suerte en común se compartía entre hombre y mujer una vez demostrada la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*[65]. Consideramos

[63] En cuanto a este último elemento, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit., pp. 108-109. El profesor Astolfi mantiene expresamente que: "Con le parole divini et humani iuris communicatio si specifica quanto nella comunanza di vita dei coniugi è dovuto e disciplinato dal ius sacrum e quanto è dovuto e disciplinato dal ius civile o laico che dir si voglia. Quanto del consortium omnis vitae ha natura sacra e quanto ha natura profana".

[64] En cuanto al papel que juega el consorcio para toda la vida en ambas definiciones, vid. por todos., J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae: Una reflexión...*, op.cit., p. 6.

[65] Ello se complementa con la existencia de otros pasajes jurídicos extraídos de la Compilación justinianea que, de forma paralela y sin profundizar en sus requisitos constitutivos, definen el matrimonio romano clásico reflejando: a) de un lado, la necesidad de que existiese un consentimiento o *consensus* entre las partes que se unen, como indica la expresión *consensus facit nuptias* repetida en varias fuentes; b) de otro, siendo precisa la existencia del elemento

esencial partir de ambos conceptos de matrimonio clásico para, más adelante, entender en qué supuestos no estamos ante un *iustum matrimonium* y, por consiguiente, cuándo se producen una serie de impedimentos que darán lugar a las prohibiciones para contraer con plena eficacia jurídica la unión conyugal[66].

sujetivo del matrimonio o *affectio maritalis*; c) y, en todo caso, diferenciándose el matrimonio de otras uniones extramatrimoniales como eran el concubinato o contubernio. Las fuentes complementarias a las que nos referimos son: D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est qui coëunt, quorumque in potestad sunt;* D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sab.*): *Si nepotem ex filio, et neptem ex altero filio in potestate habeas, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit; et verum est;* D. 24,1,2 (Paul. 7 *ad sab.*): *Ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe furtum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia;* Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab.*): *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.*

[66] M. FALÇAO, *O "ius conubii" romano e o Direito ao matrimónio*, en *Revista española de Derecho Canónico* LXIII (2006) 255-256; O. ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*..., op. cit., p. 42 ss.; O. ROBLEDA*, Sobre el matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 337-350. El profesor Falçao concluye esta cuestión, definiendo el "matrimonio romano" como aquella situación de hecho, con relevancia jurídica que resultaba de la convivencia entre un hombre y una mujer, de modo que cuando se cumplían determinados requisitos como el del *ius conubii*, la *affectio* o el *honor matrimonii*, esta unión producía efectos jurídicos al ser considerada como un *matrimonium iustum*. Sin embargo, en el caso opuesto, no se darían dichas consecuencias y conformaría como una unión contraria al Derecho Romano.

1.1. Origen etimológico del matrimonio ante la idea de procreación

En cuanto al origen etimológio del término "matrimonio", nos interesa partir de los estudios llevados a cabo por el profesor A. Ortega[67] quien, al abordar los distintos vocablos que se relacionan con el concepto de matrimonio romano, pone de manifiesto que tradicionalmente para designar a la unión solemne de un hombre y una mujer se ha venido utilizando de forma indistinta y sin seguir un criterio fijo las voces "matrimonio", "nupcias", "boda", "casamiento" o "esponsales".

No obstante, ninguno de ellos tiene el mismo significado, alcance ni efectos jurídicos en la práctica. Por este motivo, se parte de la palabra "matrimonio" y su origen latino en *matrimonium* y, a su vez, en la voz *mater* pues en Roma el hombre que contraía matrimonio adquiría para sí a una mujer legítima en el sentido de mujer honorable y digna de respeto, no implicando necesariamente la idea de maternidad o procreación.

[67] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 11 ss.

Sobre esto último cabe advertir, por tanto, que *matrimonium* tiene su raíz en *mater* y se refiere tanto a "madre" como a "maternidad". La razón estriba en que al contraer matrimonio, el *vir* conducía a la *domus* a una madre, considerada como aquella mujer legítima que presidía y gobernaba la casa de forma digna y noble. Del sustantivo femenino *mater* derivan otros como, por ejemplo, "matriz" (del latín, *matrix*), "matriarca", "madrina" (del latín, *matrina*) e incluso "matrona" (del latín, *matrona*, vocablo frecuentemente atribuido a la dama romana y que servía para reflejar la personalidad fuerte y recta de una ama de casa preocupada por su marido y por la educación de sus hijos) o *mulier familiae*[68].

Entendemos, por tanto, que el término *matrona* se refiere a la mujer que ha engendrado hijos y *materfamilias* sería la que, mediante un solemne acto jurídico, ha pasado a formar parte de la familia del marido.

[68] Para una investigación más a fondo sobre esta historia, vid. por todos, E. CANTARELLA, *Viejas y nuevas hipótesis sobre el matriarcado*..., op. cit., p. 7 ss.; JEAN-NOËL ROBERT, *Los placeres en Roma*..., op. cit., p. 181 ss. Esta imagen tradicional de la matrona romana nos llega de época republicana e imperial cuando todo joven romano aprendía la historia de Lucrecia, mujer de Tarquino Collatino, de quien literalmente se dice que esperaba el regreso de su marido "por la noche, junto al fuego, devanando e hilando" y que, víctima de una odiosa violación, prefirió matarse antes que "sobrevivir a su deshonra".

Por su parte, el término "marido" que deriva de *maritus*, se puede traducir por "marido", "esposo" o, aplicado también a los animales, por "macho". En general, representaría la relación matrimonial y encontraría influencia en *mas*, esto es, "macho" o "varón" del que surgen otros términos como *masculinus* o *masculus*, a pesar de que *mas* y *maritus* no tengan la misma raíz[69]. De *maritus* derivan, a su vez, otros términos como "marital", "maridar", "maridaje" (del latín, *maritare*) o "maridal" (*maritalis*).

En todo caso, la palabra *matrimonium* encuentra su equivalente latino tanto en *coniugatio* que se traduce por "alianza", "unión", "mezcla" o "parentesco", como en *coniugium*, entendido como la "unión conyugal" y el propio "matrimonio"[70]. Sin embargo, consideramos que el significado que más se ajusta a lo que entendemos por matrimonio romano clásico es el que se deriva del

[69] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 12. Es por ello por lo que el autor mantiene que la relación entre *mas* y *maritus*, presente en los autores latinos, no goza de base sólida.

[70] Asimismo, se derivan adjetivos y adverbios que provienen del latín, como *coniugalis* (conyugal), *coniuncte* (conjuntamente o en estrecha unión) o *coniunctus* (unido en matrimonio), y también verbos latinos tales como *coniugo* (casar o unir) y *coniungo* (unir por lazos de amistad o familia).

requisito del *conubium*[71], pues éste aludía tanto a la capacidad jurídica para contraer una unión conyugal como al propio derecho al matrimonio y adquiría importancia a la hora de diferenciar el matrimonio de otras relaciones extramatrimoniales existentes en Roma durante la etapa clásica.

[71] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia...*, op. cit., p. 197 ss.

1.2. Las *nuptiae* como ceremonia nupcial o como concepto propio

En este epígrafe de nuestro trabajo presentamos el alcance jurídico de la palabra latina *nuptiae* y su relación con el término "matrimonio", partiendo de su regulación en las fuentes[72]. En este sentido, A. Ortega[73] advierte que la palabra "nupcias" siempre va en plural y deriva del término latino *nuptiae* que se traduce por "boda" o "casamiento" y del verbo *nupto* que significa "casarse", compartiendo su origen en *nubo* que expresamente se interpreta como velar, cubrir, tomar marido o casarse, pues la mujer se cubría con un velo en las ceremonias de las bodas.

A la hora de diferenciarlos se suele admitir que tanto el matrimonio como las nupcias aludían a una misma realidad, es decir, a la unión de un hombre y una mujer a través de una serie de formalidades legales. No obstante, cabe advertir que si bien el vocablo "matrimonio" se refiere preferentemente al varón pues él es quien llevaba a casa a una mujer legítima conocida como la *mater*, y es un término que posee fuerza, vigor y tradición, por su parte, *nuptiae* se relaciona con la mujer pues tan solo de

[72] Cfr. IJ. 1,9,1; Cfr. D.23,2,1 (Mod. 1 *reg*.).

[73] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 12-14.

ella se dice que es *nubilis*, es decir, "núbil", "casadera" o "en edad de contraer matrimonio[74]" y que es *nubet* (que se casa), *ruptura* (que debe casarse) o que está casada (*nupta*).

Sobre el desarrollo del ritual, J. Gaudumet[75] indica que la palabra "nupcias" toma el nombre de la expresión nube del *velo rosso* o *flammeum* haciendo referencia al velo amarillo del color de la llama que envolvía la cabeza de la joven en la fase central de la ceremonia nupcial, consistiendo en un velo anaranjado del color del fuego que tomaban las mujeres recién casadas. Después de una noche de vigilia, se abría al público y la ceremonia era precedida por una serie de actos que señalaban el cambio

[74] En cuanto a la importancia de la edad en Roma y el momento de alcanzar la mayoría de edad, vid. por todos, F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae...*, op. cit., p. 13; J. A. OBARRIO MORENO, *La edad pupilar y la mayoría de edad en la tradición romanística*, en *RGDR* XV (2010) 1-36. Concretamente el profesor Del Pino-Toscano, al investigar sobre el supuesto de la menor de doce años, afirmaba específicamente que las nupcias eran: "Esa situación de pareja (*nuptiae*) previa al matrimonio conlleva especiales problemas jurídicos de índole patrimonial (ya vimos el caso de la adultera)".

[75] Con relación a esta ceremonia que acompañaba al matrimonio, vid. por todos, J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 46. El profesor Gaudumet aseguraba precisamente que: "Con la cabeza adornada con una corona de flores, y envuelta en un velo color naranja (el *flammeum*), la joven era presentada a la asamblea de parientes y amigos por una persona de intachable reputación, la pronuba".

de *status* de la joven que iba a contraer justas nupcias, es decir, la *nubenda*.

Seguidamente, se producía la *deductio in domun* o acto por el que la madre de la joven le cogía de la mano y era conducida hacia la casa del marido, con cánticos de coros y flautas, alegrando la escena e iluminado el acto con antorchas. La fase siguiente se realizaba en la *domus maritale*, donde se presentaba la esposa al marido y se utilizaba el agua y el fuego como símbolos de la nueva comunicación de vida. Este acto era seguido del conocido como "rito de la fecundidad", que preludiaba o inducía a la unión sexual entre ambos y, posteriormente, la noche continuaba con un banquete y con nuevos sacrificios.

Dejando a un lado las formalidades de las nupcias, M. E. Fernández Baquero[76] advierte que tanto *nuptiae* como *matrimonium* se refieren a la unión de un hombre y una mujer mediante una serie de ritos, en especial, cuando hablamos de la menor de doce años, ya que ambos conceptos están íntimamente relacionados entre sí y se identifican por tener en común la idea de vínculo conyugal.

[76] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 30.

No obstante, como consecuencia de que el matrimonio estaba configurado por el rito de la costumbre, los términos *nuptiae* y *matrimonium* que aparecen en las fuentes posteriores, adquieren un significado diferente según el momento histórico en que nos situemos y la interpretación que, de cada uno de ellos, se lleve a cabo[77]. En esta línea, se suele aludir al vocablo *conubium* con la intención de demostrarnos que la evolución de este término parte del Derecho de la *civitas* del área *etrusco-laziale,* y que pasa por distintas fases de lo que se denomina como un mismo fenómeno, es decir, la respuesta formal de la comunidad ante las diferentes uniones sexuales con finalidades reproductivas[78].

Esta idea se refleja en la aparente contradicción entre los términos *contrahere nuptiae* y *matrimonium*. De hecho, en la estructura lógica de Ulpiano 5,2, el concepto de *conubium* es preliminar al de *matrimonium* (*si inter eos qui nupcias contrahunt conubium sit*) y se considera como un presupuesto necesario para que estemos ante una unión

[77] Muestra de estas diferencias, la encontramos en: D. 24,1,27 (Mod. 7 *reg.*): *Inter eos qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta iure consisti, etiamsi eodem die nuptiae fuerint consecutae*.

[78] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia...*, op. cit., p. 197 ss.; Á. ROMANO, *Matrimonium iustum...*, op. cit., p. 10 ss.

marital legítima a los efectos del Derecho Romano (*iustum matrimonium*):

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

De cualquier modo, se ha venido señalando[79] la existencia de fuentes antiguas que confirman que el término *nuptiae* se utiliza más frecuentemente para ceremonias, para la celebración del acto, así como para la unión de la mujer que no había cumplido los doce años[80].

[79] S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 15 ss.

[80] F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae...*, op. cit., p. 27. Concretando lo anterior, F. Del Pino-Toscano parte del análisis del supuesto de la *minor duodecim annis nupta* para tratar la distinción clásica entre *nuptiae* y *matrimonium*. En este sentido, el profesor afirma que las nupcias eran las relaciones estables de pareja que no cumplían las exigencias normales como para ser consideradas un *matrimonium legitimum*, concluyendo que: "Las *nuptiae* aglutinan situaciones de convivencia que aún queriendo ser un *matrimonium legitimum* no pueden llegar a serlo por concurrir algún elemento prohibido (...). Que la menor de doce años no era inusual que comenzase sus relaciones de pareja -y en casa del varón- antes de la temprana edad de doce años con la única exigencia de ser *viripotens* y de la continuidad. Que dichas *nuptiae* nacían para concluir en matrimonio legítimo, aunque, esa recíproca continuidad bien pudiera quebrarse por cualquiera de los dos jóvenes, y no sería inusual a tenor de la casuística textual y los problemas de la entrega de la dote durante las nupcias".

Mientras que el vocablo *matrimonium* sugiere el nuevo *status* de los contrayentes. A lo que se une que las obras clásicas nos han llegado de forma fragmentaria e irregular, de modo que la mayoría de los fragmentos de los juristas clásicos se conservan a través del Digesto de Justiniano publicado en el año 533 d.C., lo que plantea importantes problemas críticos.

Para concluir resaltar, en última instancia, cómo ambos vocablos no pueden considerarse como sinónimos al menos en época preclásica o clásica ya que ni en el Digesto ni en las Instituciones se aporta una definición jurídica de estos, sino todo lo contrario, se destacar el aspecto ético o moral de los mismos[81]. A lo que cabe añadir el hecho de que las *nuptiae* aludan a la *actio coniugii ineundi* y el matrimonio, por su parte, se refiere más a esa comunidad de vida estable entre quienes se unen.

[81] J. DAZA MARTÍNEZ, *Nuptiae et matrimonium...*, op. cit., p. 57 ss.

En todo caso, finalmente A. Ortega[82] nos recuerda que el lenguaje del Derecho debe ser "parco, técnico y preciso", evitándose la posible manipulación de las palabras ya que, según el propio autor, para consagrar una institución se debe escoger sólo aquellas palabras que expresen de la forma más acabada posible el contenido y alcance de la misma. Rechazándose, en este contexto, la idea de que la voz "matrimonio" sea la más adecuada para institucionalizar tales uniones, salvo que se fuerce "el significado primigenio del término".

[82] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 14.

2. Otras voces relacionadas con el vínculo conyugal

Al hacer referencia a otras voces relacionadas con el vínculo conyugal, planteamos la problemática suscitada en torno a la existencia o no de diferentes términos latinos que aparecen en los textos y que se encuentran íntimamente relacionados tanto con el *matrimonium* como con las *nuptiae*. Sin embargo dicha relación, tal y como demostraremos a continuación, encuentra significativas diferencias en la práctica.

Siguiendo al profesor A. Ortega[83], en primer lugar, vamos a delimitar el alcance del término "boda" y "esponsales", para finalmente analizar el contenido sexual de *coire* y *futuere*, así como el significado de "casamiento":

[83] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 14 ss.

I. El término "boda" y su identificación con *nuptiae* y *matrimonium*: La palabra "boda" carece, a diferencia de los vocablos anteriores, de una raíz latina por lo que es difícil encontrar una acepción que lo relacione con las uniones entre hombre y mujer contraídas en Roma bajo determinados ritos formales. No obstante, el autor entiende que deriva de *vota* (plural de *votum*) cuyo significado se extiende a "voto", "promesa" en el sentido de "ofrenda solemne hecha a los dioses", y de *votum* que encuentra su origen en el verbo *voveo* que se traduce por "prometer" o "hacer un voto".

Bajo estas premisas cabría preguntarnos en qué sentido se aplica el término *votum* en este contexto. La respuesta la encontramos, si tenemos en cuenta que su fundamento estriba en el hecho de que marido y mujer, cuando se casan, hacen votos para llegar al *consortium omnis vitae* y, esa suerte común compartida[84], se manifiesta por una promesa de entregarse uno al otro en la propia ceremonia. También se puede utilizar el verbo *promittere*, para aludir a la promesa mutua de dos personas de otorgarse palabra de casamiento.

[84] G. HUBER, *Accezione dell´omnis vita nella definizione di Modestino...*, op. cit., pp. 86-87.

Pues bien, ante esto, consideramos que el vocablo "boda" deriva del *nuptiae* y lo relacionamos con la *nupta*, es decir, la mujer que va a tomar esposo o que va a contraer *iustae nuptiae*. La razón estriba en que dentro de la propia definición de *nuptiae*, se engloba implícitamente el de boda o ceremonia nupcial, añadiéndose el hecho de que el término latino *sponsalia*, que a continuación pasaremos a analizar, se define no sólo como la fiesta de los esponsales sino también como la propia "comida de bodas".

II. Los "esponsales" como promesas verbales de futuro matrimonio o nupcias: Un análisis textual que incida en la importancia del término *matrimonium* en Roma entendemos que debe ir acompañado del estudio de la fase previa que se daba en el Derecho Romano arcaico, esto es, las promesas verbales de futuro matrimonio o lo que las fuentes[85] denominan como *sponsio* o *sponsalia*, las cuales, podían concluir incluso varios años antes del casamiento. Si bien el verbo latino *spondere* significa literalmente "prometer", podemos definir jurídicamente a los esponsales como aquellas promesas de matrimonio realizadas entre los futuros esposos, es decir, entre el novio (*sponsus*, el que

[85] Sobre la regulación de los esponsales en el Digesto, vid. D. 23,1,1-18.

promete) y la novia (*sponsa*, la que promete), a través de estipulaciones mutuas denominadas *sponsiones*.

Esta institución perduró a lo largo de la Historia de Roma, aunque con distintos efectos jurídicos[86], llegando incluso a ser regulada en nuestros días. La doctrina[87], al

[86] C. FAYER, *La familia romana...*, op. cit., p. 15 ss.; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., pp. 43-44; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., pp. 4-5. Este último autor nos recuerda literalmente que: "Los esponsales, regulados a través de un consolidado régimen jurídico, nos ponen de manifiesto que el compromiso matrimonial en el período republicano era un acontecimiento de la mayor gravedad para la sociedad romana, pues eran la prueba más explícita de la genuina voluntad de un hombre y una mujer romanos por convertirse en marido y mujer, con todas las consecuencias que tal decisión acarreaba".

[87] En general por lo que se refiere a los esponsales, vid. por todos, E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., p. 559 ss.; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, op. cit., p. 7 ss.; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia...*, op. cit., pp. 197-216; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., pp. 42-44; J. GARCÍA SÁNCHEZ, *Incumplimiento de esponsales: De Roma al Derecho vigente*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*(Huelva 2004) 225-270; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 45-46; M. SALAZAR REVUELTA, *Intervención del "pater familias" en la configuración de los esponsales en época preclásica*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001) 221 ss. En concreto, S. Di Marzo parte del análisis de la fuente jurídica básica en materia de *sponsali*, esto es, D. 23,1,1 (Florent. 3 *institut*.) admitiendo que: "Al matrimonio precedono di solito gli sponsali. Florentino insegna sponsalia sunt

tratar el tema del *matrimonium*, ha abordado tanto el concepto como los efectos jurídicos que se derivaban de este vínculo moral entre los futuros esposos, partiendo de las fuentes principales que lo regulan[88]:

D. 23,1,1 (Florent. 3 *institut*.): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*.

mentio et repromissio nuptiarum futurarum, da queste parole resulta in modo suficientemente chiaro che gli sponsali sono in sostanza un acordó su matrimonio futuro. Si discuta tuttavia circa il significato preciso della voce mentio, e il Fadda inclinava a correggerla in sponsio. Ma è certo che quel termine recorre parecchie volte e a proposito dello stesso argomento in Plauto (…) e in Livio". De igual modo, la profesora Cantarella en su estudio sobre la mujer romana, dedica un apartado a la ceremonia de los esponsales indicando que: "Ancora bambina, la ragazza veniva promessa in moglie dal padre, nel corso di una ceremonia detta sponsalia, accompagnata da una serie di rito, tra i quali la cosegna di un anello, cje la sposa infilava al dito vicino al mingo della mano sinistra (per questo detto nella tarda latinità anularius". Mientras que M. Salazar Revuelta, por su lado, no duda en resaltar específicamente que las particularidades del matrimonio romano se reflejan en la institución "compleja" de los esponsales.

[88] Otros textos básicos recogidos en el Digesto son: D. 23,1,2 (Ulp. libr. sing. *de sponsal*.): *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: Nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras;* D. 23,1,3 (Florent. 3 i*nstitut*.): *Unde et sponsi sponsaeque apellatio nata est.*

Del pasaje anterior del jurista Florentino, se desprende literalmente que los esponsales (*sponsalia*) eran la petición y promesa de futuras nupcias realizadas mediante esponsiones o acuerdos recíprocos (*mentio et repromissio nuptiarum futurarum*).

J. Iglesias[89], aclara que tal promesa se contraía antiguamente mediante dos estipulaciones mutuas en las que eran partes tanto el *paterfamilias* de la novia y/o el futuro marido, como el *paterfamilias* de éste. Señala también que por ellas, el primero se obligaba a entregar a la mujer y, el segundo, a recibirla en matrimonio. De igual forma, el autor analiza los requisitos de capacidad necesarios para llevarla a cabo y admite que eran similares a los que se exigían para el matrimonio. Salvo la acepción regulada en los textos de que hasta antes del Derecho Justinianeo podrían contraerse esponsales sin haberse alcanzado la pubertad, pues ya con el emperador Justiniano se requería que hubiesen cumplido los siete años:

[89] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 561.

D. 23,1,14 (Modest. 4 *different*.): *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis, quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*.

Modestino, al abordar la edad para contraer las promesas de futuro matrimonio en relación con el matrimonio romano (*in sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis)*, abiertamente alude a la excepción de contraer esponsales sin que los novios hubieran llegado a la pubertad. Fijándose, de este modo, el límite de siete años de edad (*si non sint minores quam septem annis*).

PS. 2,19,1: *Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt*.

Específicamente, en dicho pasaje el jurista Paulo indica que las promesas de futuro matrimonio (*sponsalia*) se podían contraer válidamente (*contrahi possunt*) tanto por púberes como impúberes (*inter puberes quam inter impúberes*). Produciendo los mismos efectos jurídicos para el Ordenamiento romano.

En este punto, L. C. Rosenfeld[90] sostiene que esta institución se caracteriza por ser un acuerdo anterior al matrimonio entre quienes serían esposos, en el que se exigía una capacidad para contraer esponsales muy similar a la de para unirse en matrimonio. Pudiéndose realizar antes de la pubertad (quedando esta edad fijada por Justiniano en siete años) y, en todo caso, precisándose en el Derecho clásico que el consentimiento de los contrayentes y el silencio de la novia se consideraba como una aceptación.

Asimismo, el profesor A. Ortega[91] examina la institución de los esponsales, reparando en la distinción que existe entre el término "esponsales", "matrimonio" y "nupcias". El autor sostiene que los esponsales eran sólo la promesa de contraer esa unión conyugal, siendo el propio lenguaje y la evolución fonética la que acaban por confundir no sólo dichos vocablos sino también el de "esposo" y "esposa" con el de "marido" y "mujer". De la misma forma, se detiene en la evolución jurídica y regulación de esta institución hasta nuestros días, admitiendo que todavía hoy se conserva tímidamente la tradición romana de prometerse en matrimonio en un

[90] L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 108

[91] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 16-18.

acontecimiento familiar y festivo, donde se acuerdan los detalles de las futuras bodas.

A diferencia del Derecho Romano donde la promesa de contraer futuro matrimonio hacía surgir efectos jurídicos de naturaleza personal y patrimonial, el profesor destaca que el artículo 42 de nuestro Código civil[92] recoge expresamente que la promesa de futuro matrimonio no produce obligación ni de contraerlo ni de cumplir lo estipulado en el supuesto de que no se celebre, aunque el pasaje siguiente parezca contemplar una excepción cuando se asevera que el incumplimiento sin causa de tal promesa sólo producirá obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

[92] Artículo 42 del Código civil español: "La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento; Artículo 43 del Código civil español: El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio".

III. La unión sexual entre hombre y mujer. Interpretación de *coire* y *futuere* en los textos[93]: Una de las definiciones del vínculo marital que más nos ha llamado la atención a la hora de enunciar la unión entre hombre y mujer, se encuentra recogida tanto en el Digesto como en las Instituciones de Gayo, cuando Modestino[94] y Gayo[95] hacen uso del término *coire*. Se trata, pues, de dos conceptos de matrimonio romano que incorporan el vocablo *coituri* con la intención de referirse a las relaciones sexuales derivadas de la unión de un hombre y una mujer. En cualquier caso, el origen de este término lo encontramos en el verbo *coeo* que significa "unirse a otra persona" y también en el sustantivo masculino *coitus*, que alude al *matrimonium*

[93] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., p. 222 ss. E. Montero califica los términos *futuere* y *coire* como aquellos referidos exclusivamente al acto sexual.

[94] Reproducimos otra vez el siguiente texto: D. 24,1,27 (Modest. 7 *reg.*): *Inter eos, qui matrimonio coituri sunt, ante nuptias donatio facta iure consistit, etiam eodem die nuptiae fuerint consecutae.*

[95] Gai. 1,91: *Item si qua mulier civis Romana praegnas ex senatus consulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno servo invito et denuntiante domino eius coierit, conplures distinguunt et existimant, si quidem ex iustis nuptiis conceptus sit, civem Romanum ex ea nasci, si vero volgo conceptus sit, servum nasci eius, cuius mater facta esset ancilla.*

entendido como la unión y el contacto sexual entre personas de distinto sexo[96].

En cuanto a las fuentes literarias, resaltar que la voz *coire* no se utiliza en la Literatura latina hasta Ovidio quien hace uso de ella para referirse tanto a personas como a animales[97]. No obstante, Lucrecio lo emplea en una sola ocasión para hacer referencia a la expresión "unirse estrechamente" y "fundirse en uno". Por su parte, la palabra *coitus* es creación de Lucrecio[98] aunque no alcanza el valor erótico sino técnico en relación a la unión de dos personas[99].

---

[96] Estas palabras aparecen además en otros pasajes bajo la forma de *coeunt* y *coitus*, tales como: Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); D. 24,1,32 pr. (Ulp. 33 *ad sab.*): *Cum hic status esset inter virum et uxorem, quem antea rettulimus, imperator noster Antonius ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore*.

[97] OVIDIO, *Ars Amatoria*, 1,564: *Sic coeunt sacro gupta deusque toro*; OVIDIO, *Ars Amatoria*, 2,615: *In medio passimque coit pecus: hoc quoque viso averit vultus nempe puella suos*; OVIDIO, *Metamorfosis*, 9,733: *Nec vaccam vaccae, neque equas amor urit equarum; unit ovis aries, sequitur su afemina cervom sic et aves coeunt, interque animalia cuncta femina femineo. Correpta cupidine nula est*.

[98] LUCRECIO, *De Rerum Natura*, 4,1052-1056: *Sic igitur Veneris qui telis accipit ictus, sive puer membris muliebribus hunc iaculatur. Seu mulier toto iactans e corpore amores, unde feritur, eo tendit gestitque coire et iacere umorem in corpus de corpore ductum.*

[99] LUCRECIO, *De Rerum Natura*, 1,185: *Nec porro augendis rebus spatio foret usus seminis ad coitum, si e nilo crescere possent*). Lucrecio

Para definir el acto sexual también se utiliza otro concepto paralelo como es *futuere*, el cual, aun teniendo un ámbito de aplicación más restringido que *coire*, resulta más preciso y se emplea en el campo de la Literatura, la Sátira de Marcial y en diversos testimonios anónimos contenido en Inscripciones como los encontrados en Pompeya. A modo ilustrativo podemos referirnos a Cátulo, quien emplea el término *futuere* sólo en dos pasajes de contenido ofensivo[100].

sólo utiliza el término "coitus" una sola vez y en este poema didáctico.

[100] CATULO, *Carmina*, 71,5: *Nam quotiens futuit, totiens ulciscitur ambos: illam affligit odore, ipse perit podagra*; CATULO, *Carmina, 97,9: Hic futuit multas et se facit esse venustum*. Aclarar, en este punto, que el molino era el lugar donde trabajaban los esclavos y, en concreto, los que tenían que cumplir algún castigo. En el primer poema, se hace referencia a tres personajes: a Rufo, a Catulo (a quien se refiere el "tuyo" y que es rival del anterior en amores) y a Lesbia, es decir, "ella" que es contra quien va dirigido el ataque del poema por soportar a Rufo.

Derivado de *futuere*[101] son *confutuere*, *fututio*, *diffututus*, *defututus* y *ecfututus*. Los vocablos *fututor* y *fututrix* son más abundantes, sobre todo, porque aparecen tanto en la Sátira como en los Graffiti pompeyanos[102]. En cualquier caso, la vida literaria de *futuere* y sus derivados comprende desde el siglo I a.C. con Cátulo hasta el Siglo III d.C. con Priapea, siglo en el que desaparece de la lengua literaria.

[101] CATULO, *Carmina*, 37,5: *Confutuere et putare ceteros hircos?*; CATULO, *Carmina*, 32,8: *Novem continuas fututiones*; MARCIAL, *Epigrama,* 1,106,6: *Certae nequitias fututionis?*; CATULO, *Carmina*, 29,13: *Ut ista vestra diffututa mentula*; CATULO, *Carmina*, 41,1: *AMEANA puella defututa*; CATULO, *Carmina*, 6,13: *Cur? non tam latera ecfututa pandas*.

[102] MARCIAL, *Epigrama*, 1,73,4: *Nullus in urbe fuit tota qui tangere vellet uxorem gratis, Caeciliane, tuam, dum licuit: sed nunc positis custodibus ingens turba fututorum est: ingeniosus homo es*; MARCIAL, *Epigrama,* 2,28,3: *Rideto multum qui te, Sextille, cinaedum dixerit et digitum porrigito medium. Ssed nec pedico es nec tu, Sextille, fututor, calda Vetustinae nec tibi bucca placet. Ex istis nihil es fateor, Sextille: quid ergo es? Nescio, sed tu scis res superesse duas*; MARCIAL, *Epigrama,* 3,96,2: *Lingis, non futuis team puellam et garris quasi moechus et fututor. Si te prendero, Gargili, tacebis*; MARCIAL, *Epigrama,* 7,30,3: *Das Parthis, das Germanis, das, Caelia, Dacis, nec Cilicum spernis Cappadocumque toros; et tibi de Pharia Menphiticus urbe fututor navigat, a rubris et niger Indus aquis; nec te Sarmatico transit Alanus equo*; MARCIAL, *Epigrama,* 11,87,4: *Dives eras quondam: sed tunc pedico fuisti et tibi nulla diu femina nota fuit. Nunc sectaris anus. O quantum cogit egestas! Illa fututorem te, Charideme, facit*; MARCIAL, *Epigrama,* 12,43,6: *Sunt illic Veneris novae figurae, quales perditus audeat fututor, praestent et taceant quid exoleti, quo symplehmate quinque copulentur, qua pluses teneantur a catena, extinctam liceat quid ad lucernam.*

Para terminar con este apartado, podemos señalar otros verbos menos frecuentes en las fuentes jurídicas y literarias que se utilizan con el mismo significado de *futuere* y *coire*, como son, *meiere* y *cognoscere*.

IV. Interpretación jurídica del "casamiento": En último término y, partiendo de la idea de matrimonio, nos encontramos con la palabra "casamiento" que en sentido genérico alude al acto por el que se contrae la unión marital y a la propia ceremonia nupcial. Dicho vocablo, a su vez, deriva del verbo "casar" y, posteriormente, de "casarse" significando el acto por el que los novios contraían matrimonio y abandonaban la casa familiar para irse a vivir al domicilio conyugal[103].

En este sentido, "casarse" se conforma como sinónimo de los verbos *nubere*, *nubunt*, *ducere*, *duxerit* o *ducat*, compartiendo todos ellos la idea de "tomar esposa". Por ello, es frecuente encontrar en las fuentes diversas alusiones a la expresión *uxorem ducere*, refiriéndose al acto por el que el *vir* tomaba a la *uxor* como esposa y la conducía a la casa (*domus*) en la que iba a comenzar una

[103] En cuanto al alcance del domicilio familiar en Roma, vid. por todos, M. L. LÓPEZ HUGUET, *Un estudio sobre la configuración jurídica del término domicilium en Derecho Romano*, en *RGDR* VIII (2008) 1-71.

nueva vida marital, con la finalidad de procrear y educar a su descendencia como una madre de familia (*materfamilias*). Generando, en términos generales, los efectos jurídicos propios de un matrimonio legal y conforme al Derecho clásico:

D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Non cogitur filius familias uxorem ducere.*

En dicho texto, se precisa que el hijo de familia no estaba obligado a tomar esposa hasta que no considerase que había llegado el momento de contraer matrimonio y formar una familia (*non cogitur filiusfamilias*). Para lo cual, se hace uso de la expresión *uxorem ducere* como sinónimo de *nubere*, en el sentido de casarse.

D. 23,2,25 (Mod. 2 *reg.*): *Filius emancipatus etiam sine consenso patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit*.

Por su parte, este segundo texto alude a la posibilidad que tenían los hijos emancipados (*filius emancipatus*) de casarse y tener herederos legítimos sin la necesidad de que el *paterfamilias* prestara su consentimiento para la válida celebración del matrimonio (*sine consenso patris*). De nuevo, observamos que se utiliza *uxorem ducere* para referirse al acto por el que el hijo de familia emancipado tomaba esposa.

En este punto el profesor A. Ortega[104], cuando realiza unas precisiones terminológicas sobre el matrimonio romano y otras voces vinculadas a dicha institución, se detiene en la palabra "casamiento" definiéndolo en sentido genérico como la acción y efecto de casarse o contraer matrimonio. Asimismo, el autor indica textualmente que la expresión *domum ducere alicuam* que encontramos en diversos textos latinos, equivaldría a "llevar a alguna mujer a casa", significando casarse con ella.

Lo que se vincula con la *deductio in domum mariti* o rito formal del matrimonio romano por el que la novia pasaba a formar parte de la familia del marido, tras haber cenado en casa de los padres de la novia y haberse producido formalmente la entrega a la familia del marido. A modo de ejemplo, el profesor cita al comediógrafo latino del siglo II a.C., Terencio, quien en su pequeña obra "Adelfos" da a conocer la historia de Espiro:

TERENCIO, *Adelphoe*, 470: *Ubi scit factum, ad matrem virginia venit ipsus ultra lacrumans, orans, obsecrans, fidem dans, iurans se illam ducturum domum: ignotumst, tacitumst, creditumst.*

[104] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 15.

En relación con el texto anterior, podemos decir que Espiro era un joven que trastornado por la noche, la bebida y el amor, abusó de la hija de Simulo. Avergonzado por ello, fue a visitar a la madre de la joven para pedirle perdón y prometerle solemnemente, a través de lágrimas, ruegos y súplicas (*ad matrem virginia venit ipsus ultra lacrumans, orans, obsecrans, fidem dans, iurans se illam*), que se la llevaría a su casa (*domum*) para tomarla como esposa y casarse con ella. Significar, en este punto, cómo en dicho fragmento se utiliza la expresión *ducturum domum* refiriéndose, igualmente, al acto por el que hombre y mujer se unían en matrimonio con la intención de vivir en casa del marido y crear una familia.

B.- El matrimonio como institución fundamental en la familia romana

Debemos tener en cuenta que el matrimonio como situación de hecho, que producía efectos jurídicos, se basaba en la familia romana entendida esta última como el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco[105]. Configurándose, entonces, como el fundamento y soporte sobre el que giraba la vida en sociedad durante la etapa de mayor esplendor del Imperio y del que debemos partir para posteriormente entender los caracteres del matrimonio romano clásico.

Sobre este particular, destacar que el concepto de "familia" ha sufrido modificaciones a lo largo de los siglos llegando a nuestros días con grandes cambios en su propia estructura interna. Así, D´Ors[106] al abordar el tema de la familia romana afirma específicamente que la palabra "familia" tiene varias acepciones. En un sentido lato, comprende el conjunto de personas y cosas subordinadas al *paterfamilias* reduciéndose a las *res mancipi* (familia en contraposición a pecunia) y a los esclavos de un mismo

[105] R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y civitas...*, op. cit, pp. 613-623; R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 27; R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 413.

[106] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 33.

dueño, siendo la acepción más corriente en Latín y que depende de la etimología (familia de *famulus*, relacionado con *domus*). Mientras que, en un sentido más amplio, el término "familia" se define como aquel conjunto de personas que integran la casa y que se hallan bajo la potestad de un cabeza de familia, denominado como *paterfamilias*.

En la misma línea, recordemos que el profesor Bonfante[107] investiga sobre la esencia y el origen de la familia romana distinguiendo, en primer lugar, entre familia en sentido propio o familia *iure proprio* que se traduce por aquel grupo de personas unidas entre sí por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico al orden y defensa social. De la familia en un sentido más lato o *communi iure*, significando el conjunto de todos los individuos sujetos a la misma autoridad si el *paterfamilias* no hubiese muerto.

[107] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 143-144.

Por su parte, R. Panero[108] incide en el carácter universal de esta institución sosteniendo que la familia romana primitiva presenta grandes diferencias respecto a la actual y sólo en la última fase del Imperio romano se produce cierto acercamiento. Partiendo del significado primitivo del término, el autor diferencia entre familia desde un punto de vista linguístico, que proviene de *famulus* y se traduce por criado doméstico, servidor y conlleva la idea de "servicio". De la familia desde un punto de vista jurídico que, siguiendo con la misma idea de servicio, englobaría a las cosas y a las personas.

[108] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., pp. 244-247.

1. El significado de "familia"

En este contexto, entendemos que se pueden diferenciar dos sentidos del término "familia" muy vinculados al concepto de matrimonio y su importancia como institución familiar, que exponemos a continuación: i.- la familia en sentido etimológico del término, haciendo referencia al primer círculo de la vida del hombre que satisface las primeras necesidades. De esta forma, el vocablo deriva de *famulus* (el que habita la casa) y de *famen* (hambre, primera necesidad que se satisface en la familia); ii.- y, además podemos analizar el sentido dogmático del término "familia", que aludiría a la dualidad del mismo pues su concepto representa tanto el conjunto de personas sometidas al *paterfamilias* (o un conjunto de bienes del mismo) como el conjunto de esclavos sometidos al poder dominical del *paterfamilias*.

En consecuencia, la familia romana comprendería todo el conjunto de personas y cosas subordinadas al *paterfamilias*, pero también se reduciría a la *res mancipi* o familia en contraposición de pecunia[109].

[109] PIERANGELO CATALANO, *La familia "fuente de la Historia"...*, op. cit., pp. 1-6.

El texto de Ulpiano, D. 50,16,195,1-2 (Ulp. 46 *ad edict*.) que transcribimos a continuación, nos sirve de base para esta doble acepción del vocablo "familia" pues se hace referencia a la familia romana y a los cambios que esta institución experimentó en su estructura interna. Transformación que se inicia al principio de la época imperial y que finalizó con las reformas del emperador Justiniano:

D. 50,16,195 pr. (Ulp. 46 *ad edict*.): *Pronuntiatio sermones in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.*

D. 50,16,195,1 (Ulp. 46 *ad edict*.): *"Familiae" appellatio qualiter accipiatur, videamus. et quidem varie acepta est: nam et in res et in personas deducitur. In res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis "adgnatus proximus familiam habeto". Ad personas autem refertur familiae signification ita, cum de patrono et liberto loquitur Lex: "ex ea familia", inquit, "in ema familiam": Et hic de singularibus personis legem loqui constat.*

D. 50,16,195,2 (Ulp. 46 *ad edict*.): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: Nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: Nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

Del tenor literal del pasaje, podemos decir que el jurista Ulpiano ofrece un concepto de "familia" en sentido estricto o *proprio iure* y la define como un núcleo de personas (*iure proprio familiam dicimus plures personas)* que están sometidas a la única potestad del *paterfamilias,* por razones naturales o jurídicas (*quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias*). Ulpiano, aun partiendo de los importantes cambios que durante la época clásica avanzada experimenta la estructura del grupo familiar (siglo III d.C.), tiene presente la concepción originaria y patriarcal de la familia[110].

[110] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *El significado del término familia...*, op. cit., pp. 1-23. La profesora Fernández Baquero analiza el término "familia" en base a dicho texto de Ulpiano, resaltando su doble función: a) de un lado, dicha fuente consolida jurídicamente la concepción social de la familia tradicional romana basada en el poder del *paterfamilias* que, bajo su *potestas* y *dominium*, se encontraban personas (concepción de la familia como grupo social) y cosas (concepción patrimonial de la familia); y b) de otro, aporta una definición útil de la familia aplicable en cualquier siglo de la Historia del Derecho Romano y de su recepción.

Y, del texto anterior, podemos deducir que la familia estaba integrada por todas aquellas personas sujetas a la potestad del *paterfamilias*, como por ejemplo la mujer, los hijos e hijos de hijos del *paterfamilias*[111]. También, las personas adoptadas y los hijos extramatrimoniales legitimados y las personas libres que se encontraban con el padre en una relación *in causa mancipii*, esto es, los hijos de otra casa enajenados por su progenitor (*filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nominee appellatur, quamvis filiun non habeat*).

[111] Es en este contexto en el que se entiende que la familia sea haya calificado como de un "Estado", vid. por todos, J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano*, en *RGDR* V (2005) 4. En este sentido el autor, al abordar el tema de la justicia familiar, justifica tal denominación al decir que: "La familia es un Estado en sí mismo. Un Estado dentro del Estado, con su culto privado, sus dioses y sus reglas, que el padre dicta, juzga y aplica. Siendo ello así, no será difícil imaginar que existan hechos que, pese a no configurar crímenes dotados de acción pública y perseguidos por el "Populus Romanus", ni delitos o cuasidelitos cuya reparación pueda requerir algún ciudadano particular, constituyan sin embargo acciones reprobables conforme los parámetros de la moral del clan. En tales casos, la justicia la imparte el "pater", dentro del seno de la familia y alejado del juicio y la opinión de los extraños. Se trata de cuestiones privadas, y así se las merita y en su caso se las castiga, constituyan delito o no. Basta con que sean reprobables para el núcleo gentilicio dentro del cual acaecen".

Lo que nos lleva a reparar, en el siguiente apartado de nuestro trabajo, en el alcance de ese poder marital dentro del matrimonio romano.

2. El poder del *paterfamilias*

Un estudio que centre su atención en el fundamento jurídico del matrimonio romano, consideramos que debe hacer referencia a la regulación jurídica de la institución marital antes de la vigencia del Derecho Romano clásico. Tanto es así, que se suele advertir que las fuentes que tratan el Derecho Romano en sus etapas más primitivas hacen más menciones a la *conventio in manum* que al propio matrimonio, aunque la *conventio* termina por desaparecer en el Imperio y el emperador Justiniano elimina de su Compilación cualquier alusión a la *manus*.

En este sentido, para remontarnos a los orígenes del matrimonio romano necesariamente hemos de referirnos a aquella fase primitiva, en que todo el régimen matrimonial se encontraba comprendido en las relaciones originadas por la patria potestad suprema del *paterfamilias* sobre las cosas y personas que le estaban sometidas[112].

[112] M. J. GARCÍA GARRIDO, *La convivencia...*, op. cit., p. 5 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., pp. 334-336; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 35-36.

Si partimos de la regulación contenida en las Instituciones de Gayo, podemos refrendar que los términos *matrimonium* y *manus* se encuentran íntimamente relacionados, de tal modo que se suele[113] diferenciar entre matrimonio *cum manu* y matrimonio *sine manu*. La referencia a la doble especie de matrimonio nos obliga a cuestionarnos, si en realidad el Derecho Romano contempló dos clases de matrimonio en función de la *manus* o, por el contrario, el matrimonio romano fue sólo uno y, como tal, producía efectos jurídicos.

De esta forma lo expresa el profesor Robleda[114] al decir que estas dos palabras *matrimonium* y *manus* se hallan tan frecuentemente juntas en las fuentes y, tienen tanta relación entre sí, que es menester al ocuparse del matrimonio romano empezar por la cuestión si en Roma fue admitida o no una doble especie de matrimonio. Veamos, en

[113] En cuanto a esta cuestión, vid. por todos, Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 217 ss. El profesor A. D´Ors, al tratar los términos *manus* y matrimonio, establece cierta similitud entre la *patria potestad* y la *manus* que el *pater familias* podía adquirir sobre su esposa, por lo que la mujer *in manu* quedaba como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos. Así, asevera que la *manus* no se identificaba con el matrimonio y, por eso, podía adquirirse sobre niñas sin edad matrimonial pero destinadas a aquel matrimonio, y retenerse sobre la divorciada.

[114] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 1.

este punto, el contenido de los textos a los que nos referimos:

Gai. 1,108: *Nunc de his personis videamus, quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium romanorum est*.

En el primer texto de Gayo se afirma que, en Roma, el poder marital sobre ciertas personas sólo lo tenían los ciudadanos romanos (*quod et ipsum ius proprium civium romanorum est*).

Gai. 1,109: *Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt*.

Ampliando el contenido anterior, en este segundo fragmento del Jurista Gayo se indica que si bien bajo potestad solían estar los varones y las mujeres (*sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent*), en cuanto al poder marital, éste sólo se ejercía sobre las mujeres (*in manum autem feminae*).

Gai. 1,110: *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: Usu, farreo, coemptione*.

En este tercer y último pasaje Gayo menciona las tres formas tradicionales de entrar bajo el poder del marido (*olim itaque tribus modis in manum conveniebant*), es decir, a través del uso, del pan y por la compra (*usu, farreo, coemptione*). Desarrollando sus caracteres en los fragmentos siguientes.

Como vamos a analizar en el siguiente epígrafe, la doctrina se ha visto obligada a reconstruir el régimen jurídico matrimonial romano a partir de diversas y contradictorias Teorías. Motivo por el cual, nuestra investigación se ha centrado en el alcance jurídico y efectos de los términos *manus* y *conventio in manum*, para tratar de delimitar lo que realmente no era matrimonio en Roma.

En este punto, el vocablo latino *manus* se traduce por "mano", "disposición" o "poder" aludiendo a uno de los poderes del *paterfamilias* (junto a la *mancipium*) abolidos en la época de Justiniano. La *manus*, por tanto, era el poder o autoridad que el marido *sui iuris* o el *paterfamilias* del marido (si estaba sometido a la potestad del mismo, esto es, ser aún *alieni iuris*) tenía sobre la mujer cuando el matrimonio se verificaba por la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*. Por su parte, la expresión *conventio in manum* aludía en general al cambio de

familia que la mujer experimentaba al contraer *matrimonium*, debiendo abandonar la suya para comenzar a formar parte de la del marido[115], rompiendo todo vínculo con su familia de procedencia y supeditándose a la potestad familiar de éste.

Concretando lo anterior, decir que se producía por una de las formas matrimoniales de la *confarreatio*, la *coemptio* o el *usus*, quedando la mujer o bien como *filifamilias* en relación de *filiae loco*, como hija si era su marido el *paterfamilias*, o como *nepti loco* o nieta si lo era el *paterfamilias* de su marido.

[115] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 39-40; I. PIRO, *<Conventio in manum> e sucesivo matrimonio in GAI 2.139*, en *Rassegna di Diritto Romano* (Napoli 1989) 307 ss.; P. ZANNINI, *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi*, en *Enciclopedia del Diritto. Estratto dal XXXVIII volume pubblicazione fuori commercio* (Milano 1987) 365-375.

Por lo expuesto, se puede asegurar que mediante la *manus* la mujer sufría una *capitis diminutio minima*[116] que le obligaba a romper los lazos con su familia civil para entrar tanto con su persona como con sus bienes a formar parte de la del marido, como hija o como nieta, según que éste fuera *sui iuris* o *alieni iuris*. Consecuencia de ello era la de quedar absorbida su personalidad y su patrimonio, extinguiéndose las deudas que hubiese contraído.

Siguiendo el orden propuesto por la romanística[117], en las siguientes líneas examinamos el fundamento doctrinal de la existencia o no de dos tipos de matrimonio romano, para tratar de dar solución a esta cuestión.

[116] En relación con los efectos de la *manus*, vid. por todos, G. J. HERNÁNDEZ PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas* (Valladolid 1993) 19 ss.; L. SANZ MARTIN, *Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares...*, op. cit., p. 291 ss.; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 28.

[117] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit. pp. 30-74; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 1-25. Resaltar, en este punto, que la profesora Fernández Baquero realiza una clara distinción entre las Teorías a favor de la hipótesis de dos clases de matrimonios y la Teoría del profesor Volterra en torno a la distinción entre el matrimonio y la *conventio in manu.*

2.1. Tesis que admite la posible existencia de dos tipos de matrimonio en función de la *manus*

Desde mediados del siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XX, parte de la doctrina admitió la existencia en Roma de dos especies de matrimonio romano en función de la *manus*, esto es, el matrimonio *cum manu* y el *sine manu*. Mantenemos que lo anterior se debe a que los términos *matrimonium* y *manus* están tan relacionados entre sí en las fuentes, que a la hora de investigar sobre el fundamento del matrimonio romano se hace preciso comenzar por la problemática en torno a la posible existencia de dos tipos de matrimonio en Roma.

En este punto M. E. Fernández Baquero[118] afirma expresamente que, después del descubrimiento a principios de siglo XIX del *Palimpsesto de Verona* que contenía las Instituciones de Gayo (cuyo Libro I, muestra importantes noticias en torno a la *conventio in manum*), surgió en la doctrina la convicción de que en Derecho Romano efectivamente existieron dos tipos de matrimonio, el *cum manu* y otro *sine manu*.

[118] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit. p. 30.

Para este sector doctrinal, ambos tipos de matrimonio existieron sobre todo en los primeros períodos del Derecho Romano y, con posterioridad, el matrimonio *cum manu* acabaría por desaparecer ante la frecuencia del matrimonio *sine manu*. Sin embargo, la autora señala que las diferencias entre ambos resultaban evidentes ya que sus efectos eran distintos tanto desde el punto de vista de su constitución y de su disolución.

En cuanto a su evolución, se suele mantener[119] que cronológicamente se dieron en el Derecho Romano clásico estas dos clases de matrimonio. El matrimonio *cum manu* era el corriente desde la época arcaica hasta el Principado. La *manus*, de contenido patrimonial, se integraba en el *mancipium* del titular y se podía adquirir por *confarreatio*, es decir, por la ceremonia religiosa, por *coemptio* mediante la *mancipatio* (*conventio in manu*) o por una especie de usucapión (*usus*) por la posesión matrimonial durante un año, que se podía interrumpir pasando la mujer tres noches continuadas con la familia de origen (*trinoctium*).

[119] F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico* (Sevilla 1995) 407 ss.; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Aspectos sobre el matrimonio...*, op. cit., p. 193 ss.

A partir del Principado, comienzó a ser más frecuente el matrimonio *sine manu*, en virtud del cual, la mujer continuaba bajo la *patria potestas* de su *pater familias* o como *sui iuris*. Por tanto, la situación patrimonial de la mujer casada *sine manu* era la de una *alieni iuris* o de una mujer *sui iuris*, sin efectos patrimoniales[120] o hereditarios. Bajo las premisas expuestas hasta ahora, nos interesa incidir en cuál es el fundamento jurídico y efectos de cada uno de ellos a través del estudio de las fuentes que los regulan:

[120] Por lo que respecta a los efectos patrimoniales en general, vid. por todos, R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in Iure" a una controversia patrimonial: Transacción, juramento y confesión* (Sevilla 2006).

I. Matrimonio *cum manu*: el primero de ellos se entendía en Roma como aquel constituido por la unión permanente de un hombre y una mujer *filiorum procreandorum causa* y, por cuya unión, la mujer entraba a formar parte de la familia del *vir*. Dicha conceptualización deriva del contenido recogido en el siguiente texto:

Gai. 1,148: *Quae in manu est proinde ac si filiae, item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti tutor dari potest*.

Del tenor literal de este pasaje se puede ratificar que a la mujer que estaba en poder marital (*quae in manu est proinde ac si filiae*), se le podía dar un tutor (*tutor dari potest*). Lo que se hacía extensible a la hija, nieta y a la nuera que estuviera en poder marital del hijo (*item nurui quae in filii manu est proinde ac nepti*).

En cuanto al origen y evolución de esta institución, podemos decir que es doctrina mayoritaria la que centra el nacimiento del *matrimonio cum manu* antes de surgir la Ley de las XII Tablas. De este modo, A. Ruiz[121] defendió que se trataba del matrimonio surgido en el Derecho Romano más

[121] V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano* (Napoli 1954) 434, en O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad* (Roma 1970) 2.

antiguo, confirmando en un apartado específico de su obra dedicado a la antigüedad del matrimonio *cum manu*, que éste hay que fijarlo cronológicamente antes del nacimiento de la Ley de las XII Tablas.

Si bien la pertenencia de la *uxor* a la familia del marido se configuraba como la esencia de los matrimonios *cum manu*, este último autor aclara que el concepto de "familia" en este contexto hay que entenderlo en el sentido más clásico que nos ofrece Ulpiano cuando comienza definiéndola como aquella "por derecho propio" (*familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure propio*). Aportamos, otra vez, el pasaje del jurista con la intención de tratar de comprender el contexto de tal afirmación:

D. 50,16,195,2 (Ulp. 46 *ad edict*.): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis*

filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: Denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: Nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: Nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

Al analizar el matrimonio *cum manu* se ha venido insistiendo[122] que los efectos que producía la *conventio* eran similares a los de la *adoptio* convirtiéndose la mujer y los demás miembros de la familia en herederos legítimos ya que, desde un punto de vista patrimonial, cualquier bien que ésta tuviera pasaba finalmente a ser propiedad del *vir*. A diferencia de los matrimonios *sine manu*, cabe resaltar la consideración social que adquiría la *uxor* pues como se desprende de las fuentes[123] pasaba a llamarse como *matrona* o

[122] V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*..., op. cit., p. 434 ss.; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., pp. 30-31; I. PIRO, *<Conventio in manum>...*, op. cit., p. 307 ss.

[123] I. DE SEVILLA, *Etimologias 9,7,13* (Madrid 1993). En cuanto a las fuentes, vid. CICERÓN, *Top*ica, 3,14: *Genus uxor, eius duae formae, una*

materfamilias adquiriendo una importante consideración social frente a la simple *uxor*, esto es, aquella que *sine manum conventione*.

En el mismo sentido, la doctrina[124] insiste que la entrada bajo la potestad marital por la *conventio* producía efectos similares a los de la adopción y, cuando la mujer era *sui iuris*, a los de la arrogación. Aunque la mujer no podía atraer a personas sometidas a la patria potestad, su patrimonio sí pasaba al que adquiría la *manus* sobre ella y el pretor daba igualmente la *restitutio in integrum* por la *capitis deminutio* que extinguía civilmente sus deudas.

Para acabar con este subapartado y, tomando como referencia el orden del jurista Gayo[125], vamos a examinar los distintos modos de contraer un matrimonio *cum manu* que existían en Roma. Debemos aclarar que esta cuestión ha sido muy debatida entre la romanística, por plantearse no sólo el problema de la existencia o no de "clases de matrimonio *cum manu*", sino sobre todo por conocer en qué momento

matrum familias, eae sunt quae in manum convenerunt; altera earum quae tantummodo uxores habebantur (este texto es el que mejor refleja la Teoría de las dos especies de matrimonio; SERV., *In Aen.* XI, 476: *Alii matremfamilias illas (dicunt) quae in matrimonium per coemptionem convenerunt*.

[124] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 218; P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer...*, op. cit., p. 103.

[125] Cfr. Gai. 1,108; Cfr. Gai. 1,109; Cfr. Gai. 1,110.

histórico surgieron cada una de ellas[126]. Siguiendo a la doctrina[127], examinamos cada una de ellas para comprender el alcance jurídico y los efectos que producían en el Derecho Romano:

[126] P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage*..., op. cit., pp. 68-69. De esta manera lo expresa P. Corbett, al reparar en las fuentes que regulan las formas del matrimonio, cuando literalmente señala que: "From the legal point of view, marriage in the classical period of Roman law is almost, if not entirely, a formless transaction. That is sufficient explanation of the fact that so little is to be found in the juristic writings on the subject of forms (…). It is now generally assumed, and on good grounds, that the original Roman marriage always involved manus over the wife, while the marriage without manus, the so-called free marriage, was of comparatively late development (…). Of these the best account, brief as it is, is that given by Gaius in I, III-II3. Three institutions are there described in the following order, usus, confarreatio, and coemptio. Nothing is said there, or elsewhere in the Roman records, as to the comparative antiquity of these forms, and there is no reason for supposing that Gaius treats them in chronological order. Only one indication as to age is given that is the statement that the XII Tables provided for the interruption of usus by trinoctio abesse".

[127] C. FAYER, *La familia romana...*, op. cit., p. 185 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., p. 37 ss.; P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer...*, op. cit., p. 103.

a) La *Confarreatio*: Se trataba de una de las tres formas, junto a la *coemptio* y al *usus*, admitidas en el Derecho Romano para la celebración del matrimonio *cum manu*. El nombre de *confarreatio* proviene de la novia y el novio que compartían una torta denominada *far* o *panis farreus*[128], siendo la forma más solemne que, en principio, se reservaba a aquellos patricios cuyos padres también estuvieran casados mediante el *confarreatio*:

Gai. 1,112: *Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod iovi farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. quod ius etiam nostris temporibus in usu est: Nam flamines maiores, id est diales, martiales, quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.*

[128] Ulp. 9,1: *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus x praesentibus et sollemni sacrifi facto, in quo panis quoque farreus adhibetur*.

En dicho pasaje del jurista Gayo, se observa que este rito sagrado tenía carácter religioso (*farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii*), se desarrollaba mediante una ceremonia consistente en ofrecer a Júpiter la ofrenda de un pan especial (*in quo farreus panis adhibetur*) y, en ella, se hallaban presentes los desposados y el Gran Pontífice (*Pontifex Maximus*) junto a diez testigos y el Sacerdote de Júpiter (*Dialis Flamen*). El matrimonio contraído de esta forma llevaba implícito la entrada de la mujer en la familia civil del esposo, con abandono jurídico de la suya propia, de forma que la novia pasaba directamente de la *manus* de su *paterfamilias* a la de su nuevo marido.

Resulta muy común admitir que la *confarreatio* era la antigua fórmula patricia de matrimonio entre romanos, sin embargo, algunos autores cuestionan esta hipótesis extendiendo esta ceremonia también a los plebeyos. En este punto, el profesor Robleda[129] aclara que la reserva a los patricios viene desde antes de las XII Tablas y se extiende posteriormente. Para ello, resalta que el profesor

[129] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 8-9. En este sentido, Robleda sostiene que hay quien restringe todavía más el uso y, no sólo pone el límite de la clase patricia, sino que la circunscribe a los Sabinos.

Perozzi[130] había mantenido que la *confarreatio* podía y debía ser usada por los patricios siempre que contrajesen el matrimonio dentro de una y misma *gens* (matrimonio endogámico); no, en cambio, si se contrajese entre personas pertenecientes a diversa *gens* (exogámico).

A pesar de las discusiones doctrinales citadas, podemos resaltar que la importancia de la *confarreatio* deriva de su naturaleza jurídica, pues se trataba de un antiguo rito religioso que acompañaba al matrimonio; en dicha ceremonia, el reparto de la hogaza de pan de cereal entre ambos cónyuges simbolizaba el sacrificio que hacía la mujer ante Júpiter y el Sacerdote de Júpiter al entrar a formar parte de la familia del marido apartándose de la suya propia.

En cuanto a los efectos jurídicos que producía esta forma de adquisición de la *manus* sobre la mujer se resumirían en los siguientes: i.- establecimiento del vínculo conyugal entre los esposos; ii.- transferencia de la mujer a la familia del marido y surgimiento de la *manus*

[130] S. PEROZZI, *Instituzioni di Diritto Romano I* (Milano 1947) 328, en O. ROBLEDA, *El Matrimonio En Derecho Romano. Esencia, Requisitos de validez, Efectos, Disolubilidad* (Roma 1970) 8.

sobre la mujer; iii.- efectos religiosos[131] en cuanto a que sólo podían ser ordenados *famines mayores* (Diales, Martiales, Quirinales) y *reges sacrorum*, los nacidos de padres entre los que sí existía *confarreatio*[132]; iv.- y, para su disolución, también se seguía un acto solemne y religioso denominado *diffarreatio* y, al igual que en la constitución del matrimonio, se hacía uso del pan *farreo*.

[131] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Madrid 1986) 108-109.

[132] TACITO, *Annales,* 4,16: *Sua idem tempos de flamine diali in locum servi maluginensis defuncti legendo, simul roganda nova lege disservit. Caesar nam patricios confarreatis parentibus genitos tres simul nominatim, ex quis unus legeretur, vetusto more; neque adesse, ut olim, eam copiam, omissa confarreandi adsvetudine autinter paucos retentum (plumesque Rius rei cusas adferebat, potissimam penes incuriam virorum feminarumque; accedere et ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur, et quoniam eximet e iure patrio, qui id flamonium apisceretur, quaque in manum flaminis convenerit). Ita medendum senatus decreto aut lege, Sicut Augustus quaedam ex comida ilca antiquitate ad praesentem usum flexisset. Igitur tractis religionibus placitum instituto flaminum nihil demutari, sed lata Lex, qua flaminia diales sacrorum causa in potestate viri, cetera promisso feminarum iure ageret et filius maluginensis patri suffectus, utque glisceret dignatio sacerdotum atque ipsis promptior animus foret ad capessenda caerimonias, decretum corneliae virgini, quae in locum scantiae capiebatur, sestertii vicies et quotens agusuta theatrum introisset, ut se inter vestalium consideret.*

b) La *Coemptio*: En términos generales, podemos definirla como una ficción de compra o matrimonio por compra propia de los matrimonios *cum manu*. Por lo que se refiere al origen, cabe señalar que este acto *per aes et libram*, de transmisión de la potestad sobre la *uxor*, consistía en una venta originaria (*imaginariam venditionem*) en la que se empleaban las formalidades del cobre y la balanza por un precio fingido o *nummus unnnus*[133] aunque ya, en época clásica, era la propia mujer la que hacía la *mancipatio*:

Gai. 1,113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam v testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit eum mulier et is mulierem, cuius in manum convenit*.

[133] En cuanto a la *coemptio* y la entrega de una compensación económica que hacía del futuro marido al *paterfamilias* o al tutor al que estuviese sometida la mujer, como acto previo y compensatorio a la separación que suponía de ésta de su familia de origen y posterior integración en la familia de su esposo, vid. por todos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., p. 7 ss.; L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho, concubinato y *contubernium* de Roma a la actualidad, en *RIDROM* VII (2011) 293-294.

El citado texto de Gayo entendemos que define la esencia de esta institución, al afirmarse que esta segunda clase de matrimonio *cum manu* era una *mancipatio* con la que la mujer entraba a formar parte de la nueva familia (*coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem*), pues la *mancipatio* era usada en época arcaica y clásica para adquirir las cosas de mayor valor o importancia.

No tenía carácter religioso como la anterior, y se realizaba ante el *libripens* y, al menos, cinco testigos púberes y ciudadanos romanos (*nam adhibitis non minus quam v testibus civibus romanis puberibus, item libripende*). En este sentido, Gayo define a la *coemptio* como una *imaginaria venditio* (*id est per quandam imaginariam venditionem*) que se ve modificada al tratarse del matrimonio sólo en la última parte del negocio, es decir, en las palabras o fórmulas usadas para indicar la unión entre el *mancipio accipiens* y la *uxor*.

La doctrina, en general, se plantea si efectivamente fue un negocio formal o se trataba más bien de una venta de la mujer a cambio de un precio. Y son los más, los que están a favor de esta última hipótesis en base a que el mismo término *coemptio* nos lleva a una venta (imaginaria) o *mancipatio* de la *uxor*, siendo el efecto principal el de constituir la *manus* sobre la mujer, permaneciendo ésta

libre y con los derechos propios de una ciudadana romana. Ante una posible disolución del matrimonio constituido mediante la *coemptio*, el acto para su disolución tal y como nos explica M. E. Fernández Baquero[134], era la *remancipatio*, esto es, aquella *mancipatio* realizada por el marido a un tercero quien, o la retenía en su poder o la emancipaba, adquiriendo ésta su independencia.

c) El *Usus*: Desde un punto de vista literal, hacemos alusión a la forma de adquirir la propiedad de una cosa por el uso. Referido al matrimonio *cum manu*, se trataba de una forma antigua y singular de entrada de la mujer en la familia del *vir* por la que se adquiría la *manus* sobre ésta después de un año de convivencia conyugal ininterrumpida. Otra acepción del término *usus*, considera que se trataba de una forma antigua de adquisición de la *manus* o potestad marital sobre la mujer por la permanencia como casada durante un año y, que en todo caso, supone una especie de usucapión por la posesión de un año:

[134] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., pp. 47-48.

Gai. 1,111: *Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat filiaeque locum optinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet. sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est*.

Del texto anterior que aborda el *usus* (*usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat*), se extrae que para que se diera el *usus*, se exigía el cumplimiento de los siguientes requisitos: i.- el hombre y la mujer debían ser "hábiles" para el matrimonio, esto es, tener la capacidad física y jurídica para contraerlo (*nam velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat filiaeque locum optinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum est)*; ii.- en cuanto a la *uxor*, esta podía ser tanto *alieni iuris* como *sui iuris*; iii.- igualmente, la *uxor* debía convivir con el *vir* durante un año seguido (*eo modo cuiusque anni usum interrumperet*), con intención matrimonial o lo que se conoce como *filiorum quaerendorum causa*.

Por lo que respecta a los efectos decir que el marido, después del año de matrimonio, adquiría *ipso iure* y sin necesidad de formalidades la *manus* sobre la mujer[135]. Sin embargo, la *uxor* podía evitar el *usus* través de la *usurpatio trinoctii*[136] (*ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet*), pues de este modo se disolvía el matrimonio constituido por el *usus*, se alejaba de la *manus* del marido, y evitaba ocupar en la familia del marido la situación de *filia*.

En este contexto, la profesora Fernández Baquero[137], al tratar la posible disolución del matrimonio o *manus,* sostiene que la interpretación doctrinal en torno a la

[135] Por lo que se refiere al *usus* y la necesidad de una convivencia continuada de los cónyuges durante un año, transcurrido el cual, se consolidaba la incardinación de la mujer en la familia de su marido salvo que se ausentara de su casa todos los años durante tres noches, vid. por todos, L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., pp. 295-296.

[136] AULO GELIO, *Noctes Atticae,* 3,2,12-13: *Quoque mucium iureconsultum dicere solitum legi non esse usurpatam mulierem, quae, cum kalendis ianuariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, ante diem iv. Kalendas ianuarias sequentes usurpatum isset: non enim posse impeeri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui incipieret ex kalendi*; AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 10,15,14: *Pedes lecti, in quo cubat, luto tenui circumcitos esse oportet et de eo lecto trinoctium continuum non decubat neque in eo lecto cubare alium fas est neque *** apud Rius lecti fulcrum capsulam esse cum strue atque ferto oportet.*

[137] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit. p. 48.

función e importancia que encerraba la *usurpatio trinoctii* iba dirigida en el sentido de que, más que la disolución del matrimonio, era la disolución de la *manus*; ya que interrumpido el *usus*, el matrimonio seguía siendo válido aunque entonces estaríamos en presencia de un matrimonio *sine manu*. El *usus* pronto cayó en desuso y fue utilizado por los juristas como un recuerdo histórico[138].

[138] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 109.

II. Matrimonio *sine manu*: Este tipo de matrimonios tomaban también como base la función procreadora, pero diferían de los anteriores por la inexistencia de la *manus*. Para su constitución, no hacía falta que la mujer se integrase plenamente en la familia del marido y abandonase la suya, ya que la unión permitía la existencia de una relación familiar jurídica entre ellos[139]. Pues bien, por lo que se refiere al nacimiento de los matrimonios sin que existiese la *manus* decir que estos surgieron después de las XII Tablas, en los últimos siglos de la República. En este contexto, el problema doctrinal que se plantea es el de tratar de demostrar si efectivamente a partir de entonces sólo existía el matrimonio *sine manu* o por el contrario coexistieron los dos.

De tal forma que algunos autores consideran que después no hubo más que una única figura de matrimonio, el matrimonio *sine manu* al disociarse desde entonces las dos instituciones, pero en cambio para la mayoría de autores, coexistieron después las dos especies aunque el primero fue perdiendo terreno poco a poco, dándose por desaparecido definitivamente a fines del tiempo clásico.

[139] Gai. 2,139: *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*.

Fue la *usupatio trinoctii* la que, a partir de una interpretación de las XII Tablas, propició el matrimonio *sine manu,* permitiendo a la mujer evitar tanto la *conventio in manu,* como el alejarse de su antigua familia, siempre que no hubiera realizado ni la *confarreatio* ni la *coemptio.* De esta forma, el matrimonio *sine manu* que fue el más extendido desde finales de la República perdurando durante toda la época clásica, cimentó el matrimonio romano sobre la base de una convivencia de los cónyuges libremente consentida, para que fuera de por sí generadora de los efectos jurídicos propios de un *iustum matrimonium*[140].

En este ámbito, retomamos íntegramente las palabras del profesor Schulz[141] quien al tratar la cuestión de esta "humanización del derecho matrimonial" aseguraba que ya las XII Tablas conocieron el llamado matrimonio libre, al lado del patriarcal, en el que la mujer se hallaba *in manu mariti*. Literalmente destaca que el primero fue designado como una institución "provisional y anómala".

[140] E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., p. 560; P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer...*, op. cit., pp. 103-104. Al tratar el *iustum matrimonium*, la profesora Cantarella sostiene que hacía falta la capacidad natural de la mujer, es decir, que hubiera cumplido los doce años de edad para considerar que era capaz de llevar una vida conyugal.

[141] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., pp. 99-100.

A mediados del siglo II a. C., desempeñó un papel más bien modesto y, posteriormente, el movimiento humanístico se situó en primer plano y la alta sociedad romana rehusaba celebrar matrimonios con *manus*, prefiriendo el matrimonio libre. Gracias a los juristas, el esfuerzo creador de los pretores y los jueces, recordemos que se produjo el nacimiento de un derecho matrimonial "nuevo y humano" sin ayuda legislativa alguna. No obstante, el viejo matrimonio patriarcal romano subsistió y fue tratado todavía por los juristas clásicos, pero dejando de jugar un papel importante en la vida social de Roma.

2.2. Tesis contrapuesta a favor de un sólo matrimonio. Separación entre *conventio in manum* y *matrimonium*

De lo expuesto hasta ahora, deriva el hecho de que cada vez sea más frecuente mantener[142] la plena separación entre los elementos de la *conventio in manum* y el *matrimonium*, afirmándose que no existirían dos especies de matrimonio. Por lo que la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus* se configurarían como medios jurídicos ordenados para producir la propia *conventio in manum*. El profesor Di Marzo[143] afirma literalmente que: "El matrimonio fue siempre uno y el mismo", mostrándose contrario a la existencia de dos matrimonios aunque no llega a determinar la raíz del problema.

Quien sí lo hizo fue el autor Volterra[144] al diferenciar plenamente entre el concepto de "matrimonio" y el de *conventio in manum*, siendo sus reflexiones comúnmente

[142] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 180-181. El profesor Bonfante, cuando trata la institución del matrimonio, asegura que la distinción de matrimonio *cum manu* y *sine manu* no es propiamente romana pues da lugar a la creencia de dos especies de matrimonio y, en realidad, el matrimonio era sólo uno y la *manus* no pertenecía a la esencia del mismo.

[143] S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, op. cit., p. 62.

[144] E. VOLTERRA, *Corso di Diritto Romano. Diritto di Famiglia* (Pisa 1931-1932) 184, en M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-Divortium...*, op. cit., pp. 55-57.

aceptadas[145] en base a los siguientes argumentos que las sostienen:

I. En primer lugar, su Teoría parte de la manera de constituirse cada una de las instituciones. Así, mientras que la *conventio in manum* se configura a través de actos formales (representados por la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus*), por su parte el matrimonio previo a la época clásica, no conlleva un acto inicial de voluntad sino que nace entre quienes tienen reconocido por el Derecho Romano el *conubium* y entre quienes existe *affectio maritalis* y *honor matrimonii*.

[145] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*, en *AHDE* XXVI (1956) 781-787. M. J. García Garrido, al abordar el tema de la distinción clásica entre *conventio* y *matrimonium*, indica que las diferencias han sido probadas suficientemente por E. Volterra, por lo que concluye su estudio diciendo que: "En una etapa primitiva y, en tanto impera el régimen de la familia agnaticia unida, la única institución que tiene consideración jurídica es la *conventio in manum* y sólo a partir de la época de las XII Tablas, probablemente, el matrimonio comienza a ser considerado independientemente para terminar en el Derecho clásico, siendo el centro de las concepciones jurisprudenciales".

II. En segundo término, el profesor Volterra repara en las fuentes[146] que versan sobre los efectos que ambas instituciones producen. El autor concluye sosteniendo que, si bien la *conventio* producía un sometimiento de la mujer a la *manus* del marido, el *matrimonium* por su parte traía como consecuencia la formación de una sociedad conyugal con la finalidad de procrear. Y, al tratar la *conventio*, utiliza expresiones como "el efecto que producía era el de la equipararla a cualquier otra hija legítima de su nueva familia y, en consecuencia, de someterla a la *patria potestas* del marido". En cuanto al matrimonio sostiene que no producía otra cosa que: "La unión de un hombre y una mujer a fin de que surja una sociedad doméstica fundada en una vida en común donde la mujer participa del rango social

[146] D. 24,2,2 pr. (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium*; Cfr. Gai. 1,108; Cfr. Gai. 1,109; Cfr. Gai. 1,110; Cfr. Gai. 1,111; Cfr. Gai. 1,112; Cfr. Gai. 1,113; Cfr. CICERÓN, *Top*ica, 3,14; AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 4,3,3: *“Paelicem” autem appellatam probosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cu meo, in cuius manu mancipione. Alia matrimonii causa forat, hac antiquísima lege ostenditur, Quam numae regis fuiste accepimus: paelex aedem iunonis ne tangilo; si tangit, iunoni crinibus demissis agnum feminam caeditio*; AULO GELIO, *Noctes Atticae,* 18,6,9: *Unde ipso quoque “matrimonium” dicitur, matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in maritii manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, seo in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset*; Cfr. TACITO, *Annales* 4, 16.

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

III. En tercer y, último lugar, se detiene en el estudio de los distintos modos de disolución de cada uno de ellos, aseverando que si bien el matrimonio podía disolverse a través del repudio o el divorcio[147] en el caso de la *coemptio*, por ejemplo, la forma normal era la *remancipatio* tal y como establece el jurista Gayo[148].

[147] En cuanto al divorcio como una de las figuras más características del matrimonio romano clásico que se hizo libre desde fines del siglo III a.C. y comienzos del III a.C, vid. por todos, C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *El divorcio y la manus en la Comedia del siglo II a.C.*, en *RGDR* XII (2009) 1-18. Concretamente, el autor comienza su exposición afirmando literalmente que: "La libertad en el matrimonio se comprendía no desde el consentimiento inicial, sino desde el ánimo permanente que debían demostrar los cónyuges de perseverar en su unión. Incluso en tiempos que el Cristianismo floreció al interior del imperio, la libertad de divorcio se mantuvo".

[148] Gai. 1,137 A: *Inter eam vero quae cum extraneo et eam quae cum viro suo coemptionem facerit, hoc interest, quod illa quidem cogere coempionatorem potest, ut se remancipet cui ipsa velit, haec autem virum suum nihilo magis potest cogere, quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit; haec autem (virum) repudio missio proinde conpellere potest atque si ei nunquam nupta fuisset*.

Bajo estas premisas, concluimos este apartado argumentando el por qué consideramos que en la actualidad la *Communis opinio*[149] niega la existencia de dos tipos de matrimonios romanos, al entender que el matrimonio *cum manu* nunca existió pues la institución matrimonial romana fue siempre una. En cuanto a la consideración jurídica, señalar que *matrimonium* y *conventio in manum* se constituyeron en Roma como instituciones separadas. No obstante, en las primeros siglos donde la familia agnaticia era la base, el matrimonio normalmente iba acompañado de la *conventio in manum*.

Sobre esta relación, se suele admitir doctrinalmente[150] que toda investigación que trate esta cuestión debe aludir a la relación entre ambas figuras jurídicas siendo la *conventio* es una de las cuatro formas de quedar sometido a la potestad del *pater* (junto a la esclavitud, filiación legítima y adopción). Por ella, la mujer *in manum* a través de un acto privado sin intervención del pueblo reunido en la curia o del Magistrado, quedaba incorporada a la nueva familia agnaticia en condición de *filiafamilias* o nieta.

[149] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*..., op. cit., p. 781 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 27. O. Robleda resalta, además de a E. Volterra, a los profesores Orestano, Ambrosimo y Daniela.

[150] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 20 ss.

Por lo que se refiere a los efectos, habría que diferenciar entre el efecto de la *filiorum procreandorum causa* que producía el matrimonio, de las consecuencias que se derivaban de la *conventio* al pasar la *uxor* a tener la consideración de *filia legitima* del marido e incorporarse plenamente en la familia de éste. La profesora Núñez Paz trata sobre los efectos, afirmando que una vez que la mujer era *conventa in manum* y quedaba sometida al marido (siendo su situación, respecto a él, de *loco filiae*) se convertía en *heres sua*.

También se distinguían en cuanto a la causa, pues si bien el matrimonio se basaba en la *affectio maritalis* y en la intención de formar un *consortium totius vitae* a través de la voluntad de producir la unión, por su parte la *conventio in manum* traía causa en la *confarreatio*, *coemptio* y el *usus*, examinados previamente.

En cualquier caso, entendemos que matrimonio y *conventio* comparten como base principal la necesidad de que existiese un consentimiento aunque la finalidad era bien distinta en un caso que en otro. Lo que si es cierto es que la doctrina[151] que defiende las dos clases de matrimonio parte de una interpretación demasiado exhaustiva de las fuentes y no tiene en cuenta la verdadera esencia del matrimonio romano, pues debe tenerse en cuenta que la *conventio* era una figura autónoma del matrimonio aunque presumía su existencia, y que ya Gayo aludía a ella como un recuerdo histórico al usar el término *olim*[152].

[151] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., p. 300.

[152] Cfr. Gai. 1,110.

C.- La naturaleza jurídica del matrimonio y su posible vinculación con el *contractum* o la *possessio*

Partiendo de la premisa general de que el matrimonio romano fue una institución "universal" y "viva" en contacto directo con la realidad[153], que arrastra una larga tradición histórica y que se ha visto influenciado por los principios morales y las costumbres de cada etapa, a continuación abordamos una cuestión bastante discutida entre la doctrina, como es, la determinación de la naturaleza del matrimonio para el Derecho Romano.

De este modo lo indica A. Fernández de Buján[154] cuando al tratar este tema advierte textualmente que la naturaleza jurídica del matrimonio romano ha sido objeto de intenso debate doctrinal, produciéndose una evolución desde su originaria configuración en la etapa arcaica hasta su conformación en el Derecho Justinianeo. Asimismo, el autor destaca que las principales tesis existentes "no son necesariamente contrapuestas en todos sus aspectos" y se

[153] Con relación a la afirmación de que el matrimonio romano es una "institución viva", vid. por todos, R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 424.

[154] A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., p. 44.

mueven en torno a las siguientes posiciones que resumimos a continuación: i.- en primer lugar, el matrimonio era considerado como una mera situación que hecho, que se constituía por el inicio de la convivencia entre dos personas de distinto sexo y se mantenía por la simple intención de conservar la unión sin requerirse formalidad alguna; ii.- el *consensus*, por tanto, debía ser continuado mientras durase esa intención de conservar el vínculo conyugal. En este punto, A. Fernández de Buján sostiene que: "Conforme a esta posición doctrinal la relación matrimonial se aproximaría a la contractual, en especial al contrato societario. El matrimonio clásico sería un tipo singular de contrato consensual, con características propias de la relación personal que lo fundamenta"; iii.- sobre la evolución jurídica de la institución marital, finalmente, el autor admite que si bien hasta la etapa republicana más que de matrimonio "habría que hablar de tipos o formas de matrimonio, conforme a las formalidades realizadas por los contrayentes al efecto de conformar la denominada *conventio in manum*", ya en el Derecho postclásico y justinianeo, se configuraba como elemento esencial el vínculo inicial, imponiéndose más trabas para disolver el matrimonio.

Bajo las premisas expuestas, cabe decir que durante siglos se ha debatido si el matrimonio romano como figura jurídica podía o no equipararse a otras instituciones propiamente romanas de gran trascendencia en el ámbito del Derecho[155], como son, el contrato o la posesión. Motivo por el cual, en los siguientes apartados de nuestra investigación, vamos a tratar de delimitar el alcance del matrimonio respecto a otras instituciones similares en Roma.

[155] Para consultar la cuestión de la problemática sobre la naturaleza jurídica del matrimonio en sentido histórico, vid. por todos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., p. 44; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009), pp. 137 y 143 ss. El profesor defiende textualmente que el matrimonio como institución tiene una tradición de siglos y es producto de la Historia pues constituye el reflejo directo de cuál era la moral y los usos sociales, así como se pueden observar en él las tensiones y resistencias existentes a lo largo de la evolución jurídica del Derecho Romano.

1. La negación del matrimonio como contrato en la "Teoría Manentiana"

En este epígrafe analizamos la posible equiparación entre *matrimonium* y *contractum*, así como los fundamentos jurídicos para no concebir al matrimonio romano como un contrato bajo la denominada como "Teoría Manentiana" [156]. Si bien el término "contrato" hace referencia a un acuerdo de voluntades o fuente de nacimiento de las obligaciones, nos preguntamos qué semejanzas tiene con el matrimonio romano[157].

[156] J. DAZA MARTÍNEZ, *Nuptiae et matrimonium...*, op. cit., p. 57. J. Daza sostiene que esta Teoría es inconsistente ya que: "Los estudios contemporáneos en torno al instituto romano del matrimonio, después de haber demostrado la inconsistencia de la doctrina contractual –esto es, la asimilación del matrimonio a un contrato-, han puesto en cuestión la validez de los análisis de Manenti, según el cual los dos elementos que determinaban la existencia del vínculo matrimonial eran la *affectio* y lo que él denomina la convivenza".

[157] F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Sistema contractual romano*..., op. cit., pp. 108-111. El profesor Fernández De Buján define los contratos como aquellos negocios típicos o relaciones jurídicas de naturaleza bilateral que pueden generar un vínculo obligatorio, caracterizándose en época clásica por las siguientes notas: a) la bilateralidad se entiende como la existencia de un acuerdo entre dos o más personas; b) la tipicidad se traduce en la necesidad de que el negocio haya sido configurado y regulado; c) los efectos obligatorios hacen referencia a ciertos deberes de carácter patrimonial que se producen entre las partes.

A lo largo de los siglos, se ha debatido[158] sobre la cuestión de si el matrimonio romano podía ser susceptible de compararse con los contratos consensuales, asemejando el matrimonio como una *societas* cuya naturaleza consensual determinaba dicha comparación. Desde el Medioevo hasta el siglo XVIII, la doctrina mayoritaria[159] sostenía que tanto en el Derecho clásico como postclásico *matrimonium* y *contractum* eran considerados sinónimos puesto que el matrimonio era un contrato consensual y el vínculo surgía en virtud de un consentimiento con carácter contractual.

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, autores como Glück o Savigny, trataron de ir eliminando esta Teoría contractualista tradicional pero sus intentos fueron fallidos pues ninguno de ellos cuestionaba a fondo

[158] En materia de la Teoría contractualista y las diversas corrientes de opinión del matrimonio romano, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 180 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., p. 44; E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 92 ss.; C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., p. 40 ss. Concretamente A. Fernández de Buján, al abordar la naturaleza jurídica del matrimonio romano, mantiene que según las principales tesis: "El matrimonio clásico sería un tipo singular de contrato consensual, con características propias de la relación personal que lo fundamenta".

[159] Salvo las excepciones de algunas voces aisladas como Hubero, Einecio o Avezán, señaladas por O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 72.

la opinión tradicional. De esta manera los estudios que se han venido llevando a cabo sobre Glück[160], confirman que él no consideraba al matrimonio clásico como un contrato. Motivo por el cual, trata de refutar a Donellus cuando este último autor, afirma darse una verdadera obligación entre los cónyuges. En este ámbito, Glück sostiene que Donellus confunde las *obligationes cum debita* pues no se trata de obligaciones como tal.

Por su parte, es generalmente admitido por la doctrina que F. Savigny[161] contradijo al profesor Glück en cuanto a la noción de contrato, al indicar que el contrato no postulaba como objeto formal a la obligación sino que bastaba con la determinación de cualquier relación jurídica. Por lo que los contratos podían ser obligatorios o no obligatorios y el matrimonio, según Savigny, era considerado como un contrato no obligatorio.

[160] Sobre la opinión mantenida por Glük y Donellus, vid. por todos, F. GLÜCK, *Comentario alle Pandette*, trad. por D´ACONA (Milán 1898) 143 ss., en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) 44 y 56 ss.

[161] F. CH. SAVIGNY, *Veber die erste Ehescheidung* (Berlín 1850) 236 ss., en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) 55.

Tal y como se ha venido insistiendo repetidamente por algunos autores[162], podemos decir que no fue hasta el año 1885 cuando el profesor Manenti demostró técnicamente que el matrimonio romano clásico no fue un contrato, dejando al margen los citados primeros intentos de derrocar la Teoría tradicional. Dos son los fundamentos esenciales de esta aportación que han servido de base para la doctrina posterior[163]:

a) En primer lugar, que el matrimonio romano para considerarlo como tal debía estar formado por dos elementos esenciales, como son, la *consuetudo individua vitae*

[162] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., pp. 40-44.

[163] Por lo que respecta a la aceptación de la doctrina del profesor Manenti, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 75-76. P. Bonfante define el matrimonio romano bajo esta Teoría, señalando los dos elementos fundamentales de la *convivenza* e *intenzione* con el mismo concepto de esencialidad al defender que*:* "Il matrimonio è la convivenza dell´uomo e Della donna con l´intenzione di essere marito e moglie, cioè di procreare ed allevare figholi e di costituire altresí tra i coniugi una società perpetua ed intima sotto titti i rapoerti". En cuanto a la continuidad de la intención del consentimiento, reproduce la idea manentiana al decir expresamente que: "Esso (matrimonio) non è come il nostro, un rapporto stabilito dal consenso iníciale, al quale consenso si può ben dare il nome di contratto, secondo il significato odierno della parola. Esso, è, come l´abbiamo definido, il vivere insieme con intenzione maritale, e quando questi due momento concorrono intrambi, il matrimonio esiste, quando no, il matrimonio manca. Il consenso non è quinde solo iníciale, ma debe essere duraturo, continuo; onde i Romani più che consensus, lo chiamano affectio".

(convivencia marital) y la *affectio maritalis* (consentimiento mutuo prestado libremente). La *consuetudo individua vitae* se concibe como el *consortium omnis vitae* contenido en Digesto 23,2,1 (Mod. 1 *reg*.), es decir, la suerte en común que los cónyuges deben compartir entre sí una vez que se unen maritalmente. En cuanto al segundo elemento, el consentimiento mutuo debía ser prestado aunque no fuese declarado expresamente.

Según el propio C. Manenti[164] la diferencia entre ambos términos se encuentra en que mientras *consensus* se refiere a la relación marital *affectio*, por su parte, es más una expresión ética. Por lo que el hecho de que los conceptos *consensus* y *voluntas* se utilicen indistintamente en las fuentes, manifiesta que ciertamente lo importante era el aspecto sociológico referido a la intención más que el aspecto afectivo, pues los esposos podían seguir amándose a pesar de haber cesado la voluntad de mantener el vínculo conyugal.

[164] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., pp. 40-41. Por lo que respecta a la diferencia entre ambos términos, el profesor Manenti afirma literalmente que: "In realtà peró a costituire il matrimonio non erano necessari neppure glo sponsali, ma bastava il solo stabilimento della comunanza di vita dell´uomo e della donna. Il matrimonio come rapporto giuridico si scioglie (…) appena la comunanza Della vita sia cessata in forza Della volontà di una o di entrampe le parti".

En este sentido, es comúnmente admitido que el término *affectio maritalis* tiene un contenido más intimista, más personal y profundo[165], por ello es también más apropiado para expresar la duración y continuidad de la unión conyugal. Esa es la razón por la que se utiliza en Derecho clásico cuando el consentimiento es continuo. Sin embargo, los conceptos de *consensus* y *affectio maritalis* se confunden cuando la *affectio* continuativa pasaba a convertirse en una exigencia jurídica, motivo por el que la cuestión fundamental en cuanto a la significación de la *affectio maritalis* es que *affectio* no significa "afecto" sino "actitud mental e intención"[166].

Para nosotros esta afirmación es cierta si tenemos en cuenta que el Derecho no puede exigir la perseverancia en el amor pero sí en la voluntad conyugal de seguir unidos, esto es, en el *consensus*[167]. Es así como se hace referencia

[165] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 56.

[166] Dicha distinción resulta va a resultar clave para diferenciar el matrimonio romano de otras uniones de hecho como el concubinato, vid. por todos, M. I. NÚÑEZ PAZ, *Evolución histórico-jurídica del consentimiento matrimonial...*, op. cit., p. 33 ss.; P. PANERO ORIA, *El concubinato romano...*, op. cit., pp. 92-125.

[167] G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*..., op. cit., p. 357 ss.; R. PICHÓN, *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana* (Madrid 2001) 41 ss.; L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op.

indistintamente a ambos términos en las fuentes aunque expresados con conceptos distintos, ya sea mediante *consensus*[168] o *affectio*[169].

b) Asimismo, la segunda gran contribución de C. Manenti fue la confirmación de que el consentimiento se entendía en Derecho clásico como un continuo y no como inicial o un mero productor del vínculo, alejándose expresamente de la concepción del matrimonio como un contrato[170]. Lo anterior lleva a aseverar que el consentimiento no podía concebirse como contractual, inicial o creador del vínculo sino como continuo (*affectio*) haciendo consistir en él, junto con la convivencia

cit., pp. 281 ss. Recordamos, en este punto, que hemos comenzado nuestro trabajo con una frase de R. Pichón utilizada igualmente por L. M. Robles Velasco, que entendemos resume la relación entre el amor y el consentimiento y por ello la transcribimos de nuevo: "Como sucede en toda sociedad antigua, el amor y el matrimonio son absolutamente distintos".

[168] En desarrollo del *consensus*, Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*).

[169] Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*).

[170] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., pp. 42-43. Cuando C. Manenti profundiza sobre esta idea, no duda en admitir expresamente que: "Infatti quello richiesto per le nuptiae è un consenso consistente in un acordó di volontà non instantaneo, ma continuato, con effeto limitato nel tempo alla sua stessa durata. È senza Gubbio per questa sua continuità principalmente, che esso in concreto assume natura e Nome di affectus, affectio (*maritales, uxoris*)".

continuada, el ser sentido del matrimonio como institución jurídica.

Por su parte, P. Bonfante[171] al referirse al matrimonio sostiene que este no era como el nuestro, es decir, una relación establecida por el consentimiento inicial a cuyo consentimiento se le puede denominar contrato sino que el matrimonio romano consistía en una convivencia con intención marital. Sobre este particular, entiende que el consentimiento debía ser duradero y continuo, pues en Roma más que *consensus* se utilizaba el término *affectio* que indica precisamente una voluntad con este carácter.

Aunque será objeto de análisis al abordar los presupuestos del matrimonio romano en el siguiente apartado de nuestro trabajo, en esta línea, cabe precisar que en algunos estudios sobre la materia[172] se afirma que la configuración clásica del matrimonio como continuo ha venido siendo aceptada como un axioma por cada autor y es, a partir del Derecho postclásico, cuando el matrimonio surge de un consentimiento inicial de los cónyuges, que continúa existiendo aun cuando falte la voluntad de uno de

[171] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 181.

[172] E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio...,* op. cit., p. 241 ss.; R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit.; p. 94 ss.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 56 ss.

ellos de seguir unido al otro. Además se manifiesta bien de forma expresa, o sea, negando la voluntad de seguir manteniendo el vínculo, bien de forma tácita, es decir, mediante la expresión, por ejemplo, de una nueva voluntad cuyo contenido sea la unión en matrimonio con otra persona.

Frente a este pensamiento, cabe resaltar que los cambios en la concepción postclásica del matrimonio se observan en las Constituciones imperiales conservadas en los Códigos Teodosiano, Justinianeo y en las Novelas. También se dispone en determinados pasajes del Digesto[173] cuando se confirma que el matrimonio persiste a pesar de la prisión de guerra, la esclavitud o la deportación de, al menos, uno de los cónyuges.

[173] En concreto, nos referimos a D. 23, 2. En cualquier caso, no podemos olvidar que en el Digesto se recogen las ideas clásicas pero acomodadas a la realidad jurídica del Derecho justinianeo.

2. Críticas a la "Teoría posesoria del matrimonio romano"

A continuación exponemos cuáles han sido las discusiones doctrinales en torno a la "Teoría posesoria del matrimonio romano[174]" y la posible equiparación entre *matrimonium* y *possessio*, sobre la base de la voluntad continuativa por lo que tanto el matrimonio como la *possessio* eran un hecho de consecuencias jurídicas fundado en un elemento corporal y otro espiritual o volitivo. La relación directa que se establece entre el *matrimonium* y la *possessio* ha sido resaltada por la romanística[175] debido a

[174] En cuanto a la mencionada Teoría, vid. por todos, J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii del matrimonio romano*, en *AHDE* XXV (1955) 567 ss.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 64-65.

[175] J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii...*, op. cit., p. 567-582; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 76-810. El profesor Robleda aborda la cuestión de las ulteriores declaraciones a la Teoría manentiana, sosteniendo expresamente que aun siendo la doctrina del profesor Manenti generalmente aceptada *in substantialibus*, se realizaron numerosas precisiones al respecto pues casi todos los seguidores de C. Manenti en modo más o menos pleno han visto una analogía entre el matrimonio y la *possessio*. Mientras que, por su parte, J. A. Arias Bonet mantiene que el matrimonio romano presentaba un notable paralelismo con la *possessio*, ya que también ésta requiere para su existencia un elemento espiritual (*animus rem sibi habendi*) y otro de carácter material (*corpus*), aclarando que hasta tal punto se acentuaron los nexos doctrinales entre la *possessio* y el matrimonio, que no es desacertado calificar tal interpretación como Teoría posesoria del matrimonio romano.

los elementos definitorios que caracterizan a cada uno de las instituciones referidas, a pesar de que C. Manenti[176] nunca puso de manifiesto dicha analogía.

En términos generales, la equiparación entre matrimonio y posesión se suele calificar por la doctrina mayoritaria como "peligrosa" e "injustificada" por lo que cabe cuestionarse cuál es, en realidad, el peligro o los riesgos que se derivan al comparar estas dos figuras y, más en particular, qué semejanzas encuentra la doctrina entre ambas como para hablar de "cierto paralelismo".

En principio, la relación jurídica que existe entre matrimonio y *possessio* se encuentra en los elementos que lo conforman ya que mientras la *possessio* estaba formada por un elemento objetivo o de carácter material denominado *corpus* y otro subjetivo o espiritual llamado *animus rem sibi habendi*, el matrimonio lo conforman el elemento objetivo o convivencia y el subjetivo o *affectio maritalis*. En este contexto y, examinada previamente la evolución y alcance del *matrimonium* clásico, nos interesa describir la naturaleza jurídica de la *possessio*.

[176] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit. El profesor Manenti, al abordar la naturaleza jurídica del matrimonio romano, no hace mención expresa a tal paralelismo en ningún Capítulo de su obra.

La "Teoría posesoria del matrimonio romano" que recobra auge a finales de siglo XIX (a pesar de que ya en la Edad Media existían escritos sobre la misma) reconoce que, al igual que ocurría en el caso del matrimonio, la institución de la *possesio* era una situación de hecho (*res facti*) que el Ordenamiento jurídico romano protegía por los *interdicta*, aunque en este último caso el efecto principal era el de la adquisición de la propiedad[177]. Reparemos, pues, en los textos que nos sirven de referencia en esta materia:

D. 41,2,3 pr. (Paul. 54 *ad edict.*): *Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.*

D. 41,2,3,1 (Paul. 54 *ad edict.*): *Et adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, et corpore, et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet; sed sufficit, quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*.

[177] Sobre el alcance de la *possessio*, vid. por todos, S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 5 ss. La profesora Treggiari define a la *possessio* como sinónimo de *occupancy* usando las siguientes palabras: "Possessio is distinct from ownership -*dominium, proprietas*-. It was defined as physical power over a thing, accompanied by the intention of possess".

De las palabras del jurista Paulo, se deduce que la posesión estaba formada por dos elementos (*possideri autem possunt, quae sunt corporalia. Et adipiscimur possessionem corpore et animo*). De un lado, el *corpus* entendido como aquel poder material sobre la cosa. Y, de otro, el *animus* denominado o bien como *animus rem sibi habendi*, como intención de poseer como dueño (*animus domini*) o, simplemente, la intención de tener algo en posesión (*animus possidendi*).

Los dos elementos formaban, durante la vigencia del Derecho Clásico, una unidad indisoluble que pasaba al matrimonio de forma análoga. A lo anterior, la doctrina partidaria de esta Teoría posesoria ha ido añadiendo información, que complementa el alcance de estas instituciones[178]. En primer lugar, hay que tener presente que esta relación entre *matrimonium* y *possessio* se demuestra en el hecho de que para que ambos se reconozcan jurídicamente hacía falta la existencia de dos elementos esenciales, esto es, el elemento objetivo y el subjetivo; de esta forma, mientras que para la adquisición de la posesión se requería el elemento objetivo o aprehensión de

[178] Para un análisis detallado de esta Teoría, vid. por todos, M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 64-65.

la cosa (*aprehensio rei corpore)*[179], para el matrimonio hacía falta demostrarse la *deductio in domum mariti*[180]. Del mismo modo, haría falta un elemento subjetivo o intención de poseer la cosa (en el caso de la posesión) o de constituir el vínculo conyugal (en el supuesto de *matrimonium*).

En este contexto, E. Albertario[181] subrraya que el elemento subjetivo del matrimonio sólo fue válido durante la vigencia del Derecho clásico, ya que posteriormente únicamente sirvió para constituir y mantener el vínculo conyugal. Sin embargo, otro sector doctrinal[182] mantiene que efectivamente existen dos elementos esenciales pero limitan la tesis anterior porque para ellos existe una esencialidad del elemento material en todas las etapas del Derecho Romano, y no sólo durante la etapa de mayor esplendor.

[179] Cfr. D. 41,2,3,1(Paul. 54 *ad edict.*).

[180] E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., pp. 565-567; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 107.

[181] E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio...,* op. cit., p. 241 ss.

[182] P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano* (Milán 1925) 188. El profesor Bonfante, al igual que Di Marzo y Longo, sigue esta Teoría al decir que: "Due elementi di uno statu di fatto, che correspondo a capello ai due elemnti del possesso, la possessio naturales o possessio corpore e l´animus o affectio possidendi".

En contra de la Teoría posesoria A. Bonet[183] resalta, al igual que lo habían hecho autores como Volterra y Orestano, que ambos elementos no son tan imprescindibles como para configurar un matrimonio en sentido clásico pues la recíproca voluntad conyugal o *affectio maritalis, consensus o mens coentium* se configura desde el punto de vista jurídico como la base del matrimonio clásico exteriorizándose a través de diversos signos.

Pues bien, ante la pretendida esencialidad de la convivencia, destacar que en las fuentes nunca se alude a que el matrimonio se disuelva como consecuencia de la falta de tal requisito, ni existen datos que induzcan a pensar en la vigencia de tal norma; ni siquiera puede reputarse esencial la convivencia para iniciar válidamente el matrimonio y resulta, entre otras pruebas, de la admisión de *nuptiae* entre ausentes.

De otra parte, si contemplamos los escritos de la Jurisprudencia clásica y encontramos la expresa afirmación de que el recíproco *consensus* es el único elemento que, tras los necesarios presupuestos de capacidad, decide la existencia de las *nuptiae*.

[183] J. A. ARIAS BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano*..., op. cit., p. 18 ss.

A tenor de lo expuesto, se ha venido insistiendo de forma repetida en que existe cierta similitud entre la institución del matrimonio romano y el contrato[184] o la posesión, aunque a la vez se rechaza que el matrimonio romano fuera un negocio o acto jurídico sino más bien una *res facti*. Por lo que en todo caso se prefiere hablar de elementos de coincidencia entre dichos institutos, pues los tres se pueden diferenciar claramente en cuanto a su concepto, naturaleza jurídica y efectos. Se suele admitir la existencia de cierta analogía entre el matrimonio y la posesión, confirmándose en los textos que niegan el *postliminium* respecto al matrimonio, igual que se niega respecto de la posesión[185].

Por tanto, no podemos aceptar la caracterización posesoria del matrimonio clásico ni tampoco su posible naturaleza contractual sino que el elemento del *consensus* se hace un requisito esencial a la hora de investigar sobre

[184] F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Sistema contractual romano...*, op. cit., p. 108 ss.

[185] A continuación señalamos las fuentes que niegan el *postliminium*: D. 4,6,19 (Pap. 3 *quaest.*): *Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquireret ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio;* D. 49,15,14,1 (Pomp. 3 *ad sab.*): *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: Sed consensu redintegratur matrimonium*.

cada una de las instituciones, ya que *matrimonium*, *contractum* y *possessio* son figuras jurídicas muy frecuentes durante la vigencia del Derecho Romano que pueden conllevar ciertas confusiones doctrinales.

II. Presupuestos constitutivos del *iustum matrimonium*

Entendemos por *iustum matrimonium* aquellos vínculos contraídos válidamente entre quienes tenían reconocido por el Derecho Romano el *ius conubii*, configurándose el *conubium* como un requisito positivo de capacidad jurídica para constituir un *matrimonium* legal[186]. Para comprender el contenido del matrimonio clásico legal y sus notas esenciales, nos parece necesario transcribir nuevamente el fragmento de Ulpiano en el que se exponen claramente los requisitos positivos del *matrimonium* clásico[187]:

[186] En general, con relación a los requisitos del matrimonio legal en Roma, vid. por todos, J. A. ARIAS BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano*..., op. cit., pp. 5-23; A. CASTRO SÁENZ, *Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano...*, op. cit., pp. 75-112; L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale in Diritto Romano*, en *Seminario giuridico della Università di Bologna* LXXVI (Milano 1978); M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano* (Navarra 1973), pp. 5-10 y 27-38; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., p. 2 ss.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 46. El profesor Falçao aclara en su obra que, al hacer referencia a los requisitos, no aludimos a una circunstancia accidental sino a una exigencia requerida especialmente para un determinado fin o efecto como es, en este caso, la institución del matrimonio.

[187] C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit. En cuanto a los requisitos o presupuestos al *iustum matrimonium*, la autora afirma expresamente que: "Para que se entienda existente el

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

En dicho pasaje se atestigua que el matrimonio legal en Roma (*iustum matrimonium*) era aquel contraído entre quienes, además de la capacidad natural (*tam masculus pubes quam femina potens sit*), tienen reconocida también la capacidad jurídica o *conubium* (*si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit*) y prestan su consentimiento para unirse maritalmente (*consentiant*).

Si bien se trata de un texto postclásico perteneciente a los *Tituli ex corpore Ulpiani* que toma como referencia las Instituciones de Gayo, lo cierto es que dicha obra ni es atribuida al jurista Ulpiano ni tampoco se considera como un epítome de una obra de dicho jurista. Motivo por el cual, nos sirve para comprender los presupuestos del matrimonio romano de época clásica ya que suele identificarse como una elaboración postclásica que se encuentra integrada, a su vez, por otros fragmentos de obras pertenecientes a la última Jurisprudencia clásica,

matrimonio -*matrimonium iustum*- es preciso que se den las condiciones que en Ulpiano 5,2 se enumeran".

especialmente en lo que se refiere a la Jurisprudencia ulpianea y modestiniana.

En este punto, M. Falçao[188] justifica la importancia del texto Ulpiano 5,2 como referente del matrimonio clásico, afirmando que la doctrina contenida en el mismo respecto al *conubium* refleja la concepción del Derecho clásico. Motivo por el que, considera que la capacidad jurídica para conformar un *matrimonium iustum*: "Es un requisito positivo, y se distingue de los demás requisitos necesarios para darse un matrimonio jurídicamente relevante: además de la existencia del *conubium* entre los cónyuges, es necesaria la capacidad física para ejercer el acto conyugal y el consentimiento de las partes interesadas".

Sobre dicho texto, cabe señalar que la romanística suele utilizar indistintamente los términos *iustae* o *legitimae nuptiae*, *iustum* o *legitimum matrimonium* y *matrimonium iustum* o *iustum matrimonium*, para referirse a los matrimonios válidos o conforme al Derecho clásico considerados doctrinalmente como "verdaderos

[188] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 8-9.

matrimonios"[189]. A pesar de que el adjetivo "justo" o "legítimo" que se añade al término matrimonio o a las nupcias no aporta ninguna calificación específica a la idea de vínculo conyugal, pues en Roma si no se cumplían los requisitos de validez y eficacia exigidos, o bien no había matrimonio o eran considerados como *matrimonium iniustum*, imperfectos y/o nulos por no desplegar plenos efectos jurídicos. Conozcamos, pues, el alcance de estas definiciones doctrinales:

El profesor Volterra[190] conceptualiza el matrimonio clásico ofreciendo implícitamente los requisitos para su válida constitución, cuando señala abiertamente que los cónyuges debían ser libres, tener entre sí *conubium* y mantener una intención de perdurabilidad en el tiempo. En particular, asegura que el matrimonio existía jurídicamente cuando un hombre y una mujer libres, que tenían *conubium* y entre ellos no existía ningún impedimento legal, establecían una relación conyugal con la voluntad efectiva y continuada de estar unidos duraderamente en matrimonio.

[189] Por lo que respecta a la calificación de "verdadero matrimonio", vid. por todos, J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 34.

[190] E. VOLTERRA, *La Conception du mariage d´après les juristas romains* (Padua 1940) 372, en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) 28-29.

De ahí que sea comúnmente admitido por la doctrina[191] que las Reglas de Ulpiano nos aportan una visión clásica en esta materia y nos ofrecen de forma implícita los requisitos para la constitución de un matrimonio válido. En base a este análisis, A. Romano[192] se centra en el estudio del *conubium* para concretar el alcance del matrimonio legal en Derecho clásico. En particular, en su obra titulada específicamente *matrimonium iustum* mantiene que en la estructura lógica de Ulp. 5,2, el *conubium* se configura como la capacidad para contraer matrimonio conforme a Derecho siendo preliminar al propio matrimonio. Por lo que esa capacidad jurídica más que como un requisito positivo necesario sería un presupuesto imprescindible para que el matrimonio romano existiese y desplegase plenos efectos personales y patrimoniales.

P. Bonfante[193] repara en los requisitos del matrimonio y en los impedimentos al mismo, defendiendo que las nupcias legítimas se llamaban *iustae nuptiae* (en el lenguaje de Justiniano) o *legitimum matrimonium*. A este efecto, se precisaba la capacidad civil representada por el *conubium* que sólo tenían los ciudadanos romanos entre sí, la

[191] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., pp. 294-295.

[192] Á. ROMANO, *Matrimonium iustum...*, op. cit., p. 3 ss.

[193] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 183-184.

capacidad natural de tal forma que los impúberos o varones menores de catorce años y las mujeres menores de 12 no podían unirse en un matrimonio legal, así como el consentimiento de los novios, el *paterfamilias* o incluso el de otras personas.

A lo que se añaden otras premisas generales a tener en cuenta para considerar una unión matrimonial conforme al Derecho Romano, como por ejemplo, que el *matrimonium iustum* estuviera basado en la intención mutua de ser marido y mujer y no en la propia unión de hecho. En caso de locura de una de las partes[194], ello no impediría la consideración de matrimonio debidamente contraído aun cuando pasaba a denominarse en las fuentes como *sine conubio*. En tercer lugar, se sostiene que no se formaba un matrimonio legal y conforme a las reglas del Derecho Romano entre quienes no se deseaban o simulaban dicha unión[195], pues era el consentimiento lo que configuraba el matrimonio y no la cohabitación.

[194] D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opues est, sed recte contractum non impedi.*

[195] D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig.*): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrio esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur;* Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab.*); D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Simulate nuptiae nullius momenti sunt.*

Por último cabe decir que, por el principio clásico *consensus facit nuptias* que analizaremos al hablar de los presupuestos constitutivos del *iustum matrimonium*, no bastaba con un simple documento probatorio (*tabulae)* para considerar un matrimonio válido y legal a efectos del Derecho Romano pues lo importante era el *consensus* y la existencia de *conubium* entre los cónyuges:

D. 39,5,31 pr. (Pap. 12 *resp.*): *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum reccidere quod ante iure valuit. an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.*

En particular, dicho pasaje se refiere a la *tabula nuptiale* que servía de instrumento probatorio del matrimonio y de la legitmidad de los hijos, sin considerarse como un requisito de validez del mismo (*non faciunt matrimonium)*. Por tanto, por el principio *tabulae non faciunt matrimonium* podía existir una unión marital *sine tabulis* (*neque enim tabulas facere matrimonium*), siempre que se diese un consentimiento mutuo entre hombre y mujer de unirse en matrimonio y formar un consorcio para

toda la vida (*vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi*).

De este modo, pertenecen a esta clasificación de *iustum matrimonium* todos los matrimonios legalmente contraídos entre *cives* que cumplían los requisitos legales exigidos en Roma y entre los que existía la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*. Como vamos a examinar en los siguientes apartados de nuestra investigación, se producía un *matrimonium iustum* cuando un hombre y una mujer que habían alcanzado la pubertad y tienen reconocida entre ellos la capacidad mutua para contraer matrimonio válido (*ius conubii*), expresaban su consentimiento o intención (*affectio maritalis*) de formar una comunidad de vida, con la conciencia y voluntad recíprocas de que la unión estable que integraban, era un matrimonio en el que iban a respetar el principio monogámico; lo que tiene una manifestación externa en el modo de comportarse como marido y mujer (*honor matrimonii*).

A, *sensu contrario*, cuando faltaba alguno de estos elementos constitutivos el vínculo contraído no producía plenos efectos y entraban a formar parte de los *matrimonium iniustum*, tanto por ser ineficaces como por considerarse inexistentes para el derecho, tal y como examinaremos posteriormente.

A.- Justificación de los presupuestos matrimoniales

Abordamos la cuestión de los presupuestos o requisitos constitutivos del *matrimonium iustum* en la Roma clásica partiendo de la necesidad de que entre el hombre y la mujer que iban a contraer el vínculo marital existiera un consentimiento continuado y no meramente inicial, y que ambos tuvieran la capacidad física y jurídica necesaria como para formar un matrimonio legal[196].

A lo anterior, nosotros consideramos imprescindible añadir un requisito más, como es, el del respeto al principio monogámico pues entendemos que cualquier matrimonio clásico que produjese en Roma los efectos previstos para estas uniones estables, necesitaba corresponderse con este principio que recoge la idea de unión estable entre hombre y mujer[197].

[196] J. A. ARIAS BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano*..., op. cit., pp. 5-23; E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: Una storia romana di amore coniugale*, en *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición romanística* XIII. Seminarios Complutenses de Derecho Romano (2001) 21-35; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*..., op. cit., p. 357 ss.; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 109;

[197] J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., pp. 48-50; G. LUCHETTI, *Il matrimonio "cum scriptis e sine scriptis"...*, op. cit., p. 325 ss.; R. ORESTANO, *Sul matrimonio presunto in Diritto Romano*, en

Seguidamente, exponemos de manera detallada cuáles eran los presupuestos de validez del matrimonio romano justo, legítimo y plenamente eficaz durante la vigencia del Derecho Romano clásico, siguiendo la siguiente estructura y orden lógico:

I. En primer lugar nos detendremos en el requisito de la capacidad física o natural en Roma, ya que el hombre y la mujer que iban a contraer el vínculo marital tenían que haber llegado a la pubertad o madurez sexual para poder considerarse como *uxor* y *vir* con plenos derechos y obligaciones en el Ordenamiento romano.

II. A continuación, haremos alusión a la capacidad jurídica de las partes y al derecho al matrimonio representado por el *ius conubii*. En este sentido y, siguiendo el tenor literal de las fuentes, el *conubium* clásico se configurará en la etapa clásica como un requisito positivo de validez y plena eficacia de los matrimonios legalmente conformados. Por último, nos detendremos en la evolución del *conubium* postclásico con la intención de comparar dicha institución hasta la etapa justinianea.

Atti Congresso Internazionale di Diritto Romano III (Milano 1948) 49 ss.

III. Asimismo, abordaremos el presupuesto del consentimiento mutuo y continuado de los contrayentes durante la Roma clásica. En este contexto, el *consensus* no podía ser meramente inicial sino que este elemento intencional debía tener un carácter duradero; razón por la que se rechaza cualquier vinculación del matrimonio romano clásico con un contrato.

IV. Cabe añadir otro requisito de eficacia como es el del respeto al principio monogámico del matrimonio romano, ya que la unión se producía entre un hombre y una mujer rechazándose por completo la bigamia.

V. Derivado de lo anterior, es la necesidad de reparar en los dos elementos constitutivos del matrimonio representados por la *affectio maritalis* (elemento subjetivo o interno, denominado como esencia del matrimonio[198]) y el *honor matrimonii* (elemento objetivo o externo). De uno y otro extraeremos su naturaleza jurídica, así como finalizaremos nuestra exposición centrando nuestra atención en la naturaleza fáctica del matrimonio clásico válidamente

[198] R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 57.

constituido y sus efectos personales y patrimoniales para el Derecho Romano[199].

[199] Sobre los efectos patrimoniales, vid. por todos, R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in Iure"...*, op. cit.

B.- La capacidad física en Roma: La importancia de la edad

En cuanto a la capacidad física de las partes señalar que el concepto moderno de "capacidad"[200] es un término jurídico usado como sinónimo de "personalidad" que expresa la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones o, lo que es igual, la idoneidad para ser sujeto activo y pasivo de relaciones jurídicas. En relación con el matrimonio romano clásico, la persona capaz para contraer la sociedad conyugal, esto es, el *capax* debía prestar su consentimiento continuado y demostrar que poseía una serie de aptitudes.

Dicha capacidad física o natural (*pubertas*) la tenían los cónyuges que, habiendo llegado a la pubertad, podían mantener relaciones sexuales, de modo que el varón fuese *puber* y la mujer *viri potens*. De esta forma lo indica textualmente M. Falçao[201] cuando resalta la importancia de la capacidad física del marido y de la mujer para "ejercer

[200] Como ya tuvimos ocasión de adelantar por lo que se refiere al origen del término "capacidad" y la inexistencia de la capacidad jurídica (personalidad) y de obrar en Roma, vid. por todos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Capacidad. Discapacidad. Incapacidad...*, op. cit., pp. 1-5; M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas...*, op. cit., p. 3 ss.

[201] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 8.

el acto conyugal", una vez que habían llegado a la madurez sexual.

El requisito de la capacidad natural se configura, pues, como un presupuesto necesario que sufre una evolución a lo largo de las distintas etapas del Derecho Romano. Al tratar esta cuestión, S. Tafaro[202] advierte que la condición jurídica de los menores romanos no puede estudiarse desde un punto de vista del Derecho Moderno, pues en Roma no se partía de la madurez psicointelectiva del menor sino que estos, al menos desde época republicana, diferenciaban la infancia con fundamento en la capacidad natural de engendrar y contribuir a través de la procreación al crecimiento de la familia.

Para el Derecho Romano, la pubertad se configuraba como el límite entre la infancia y la adolescencia[203] ya que la distinción entre una y otra fase dependía de la capacidad para formar una familia, y no tanto de la propia madurez de pensamiento o la capacidad para realizar actos jurídicos.

[202] S. TAFARO, *Pubes e viripotens nella esperienza giuridica romana* (Bari 1988) 20 ss.

[203] J. A. OBARRIO MORENO, *La edad pupilar y la mayoría de edad...*, op. cit., p. 2 ss.; S. TAFARO, *Breves notas sobre los infantes en el Derecho Romano*, en *Revista de Derecho Privado* XIV (2008) 5-32.

O. Robleda[204] parte de la definición de *iustum matrimonium* contenida en Ulpiano 5,2, que hemos justificado previamente en el sentido clásico, para resaltar como requisito positivo el de la edad necesaria para el matrimonio jurídicamente reconocido:

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est (...) et tam masculus pubes quam femina potens sit (...).*

En dicho fragmento sobre el *iustum matrimonium* se alude a la capacidad física del marido y la mujer, haciendo uso de la expresión *tam masculus pubes quam femina potens sit*. Entendiéndose de esta forma, el momento en el que se considera que ambos cónyuges han llegado a la pubertad.

Por lo que se refiere a la mujer, el autor advierte que para que el matrimonio produjera plenos efectos personales y patrimoniales, la mujer debía haber cumplido los doce años pues son las propias fuentes las que contienen este límite significando la pubertad de la misma, tal y como se deriva de estos dos pasajes relativos a la menor:

[204] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 145 ss.

D. 23,1,9 (Ulp. 35 *ad edict.*): *Quaestium est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecim annum si fuerint nuptiae collatae, et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est non videri sponsalia facta, quam sententiam Papinianus quoque probat*.

En este fragmento de Ulpiano, específicamente se dice que los juristas (*quaestium est apud Iulianum...quam sententiam Papinianus quoque probat*) admiten la posibilidad de que las promesas de futuro matrimonio (*an sponsalia sint*) sean válidas y desplieguen plenos efectos, en el caso de que la mujer las haya realizado un año antes de cumplir los doce años (*ante duodecim annum si fuerint nuptiae collatae*). Siempre que, tras esa fecha, contraiga matrimonio conforme al Derecho Romano y se produzca el traslado en comitiva de la novia a la casa del novio (*durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est non videri sponsalia facta*). Estableciéndose, por tanto, la restricción de los doce años de edad para la mujer también en materia de esponsales.

D. 23,2,4 (Pomp. 3 *ad Sab*.): *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*.

En este segundo pasaje sobre la capacidad física de la mujer para contraer matrimonio romano, Pomponio aclara que la edad de doce años (*minorem annis duodecim)* se conforma como un límite para que la mujer alcanzara la pubertad y pudiera casarse legítimamente con el marido (*nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset*).

No obstante lo anterior y, aun cuando será objeto de análisis en el Capítulo II de nuestro trabajo al abordar las uniones extra-matrimoniales *sine conubio*, cabe mencionar la posibilidad de que la mujer contrajera matrimonio antes de los doce años siempre que se considerase como *viri potens*, es decir, lo que significa literalmente que fuese capaz de soportar físicamente el ser "poseída por un hombre" dejando a un margen la propia pubertad.

Sobre los estudios llevados a cabo por M. Durry[205] acerca de la *minor nupta*, este autor admite que la menor de doce años pudo haber sido entregada al matrimonio antes de alcanzar la edad que la posibilitase para la procreación, en base a los siguientes hechos[206]: i.- en primer lugar, que la mujer estaba preparada para procrear a partir de los catorce años a pesar de que, dos años antes, se liberase de la tutela[207]; ii.- en segundo término, los romanos tenían

[205] M. DURRY, *Le mariage des files impúberes dans la Rome Antique*, en *RIDA* II (1956) 263 ss., en M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-Divortium...*, op. cit., p. 140 ss.

[206] Los textos de los que se deriva esta última tesis con relación a la dote son: D. 23,3,68 (Pap. 10 *quaest*.): *Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consenserit, cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam condicionem accipiat. nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, cum maior annis apud eundem esse coeperit: quod enim vulgatum est dotis promissionem in primis dumtaxat nuptiis destinare neque durare obligationem, si post alterius matrimonium ei nubat cui dotem promiserat, tunc locum habet, cum intercesserunt aliae nuptiae*; Cfr. D. 24,1,32 pr. (Ulp. 33 *ad sab*.); D. 42,5,17,1 (Ulp. 63 ad edict.): *Si sponsa dedit dotem et nuptiis renuntiatum est, tamentsi ipsa dotem condicit, tamen aequum est hanc ad privilegium admitti, licet nullum matrimonium contractum est: idem puto dicendum etiam, si minor duodecim annis in domum quasi uxor deducta sit, licet nondum uxor sit*.

[207] El autor lo deduce de dos fuentes: a) Soranos, médico griego que durante la época de Trajano y Adriano escribió un manual de *Ginecología*; b) Macrobio, en el Comentario del *Somnium Scipionis* (1,6,71), trata el número siete y confirma que, después de dos veces siete años, se llega a la pubertad y así comienza el poder de reproducción en los varones y la menstruación en las hembras, siempre teniendo en cuenta la propia naturaleza de cada mujer.

costumbre de consumar el matrimonio con mujeres no formadas plenamente, con la única limitación que hacían los jurisconsultos de no considerarlas como *uxor*[208].

Por su parte, M. J. García Garrido[209] sostiene que el matrimonio de la menor de doce años no podría ser legítimo en épocas antiguas porque la mujer no estaría capacitada para prestar su consentimiento, sin embargo, ya durante la época clásica la mujer alcanzó cierta independencia personal y económica que le posibilitaba para prestar válidamente su *consensus*.

[208] F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae...*, op. cit., p. 27. En este punto retomamos las palabras del profesor Del Pino-Toscano quien, partiendo del análisis del supuesto de la *minor duodecim annis nupta* para tratar de diferenciar *nuptiae* de *matrimonium*, afirma literalmente que: "La menor de doce años no era inusual que comenzase sus relaciones de pareja -y en casa del varón- antes de la temprana edad de doce años con la única exigencia de ser *viripotens* y de la continuidad. Que dichas *nuptiae* nacían para concluir en matrimonio legítimo, aunque, esa recíproca continuidad bien pudiera quebrarse por cualquiera de los dos jóvenes, y no sería inusual a tenor de la casuística textual y los problemas de la entrega de la dote durante las nupcias".

[209] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII nupta*, en *LABEO* III (1957) 76-88; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*, en *AHDE* XXVII-XXVIII (1957-1958) 1135-1142.

Y, como defiende S. Tafaro[210], el límite de los doce años en la mujer no siempre se respetaba y eran frecuentes los matrimonios romanos con mujeres menores de esa edad, lo que conllevaba a una situación que contrastaba con la definición de *iustum matrimonium* contenida en la Compilación justinianea a la hora de definir al matrimonio clásico. Produciendo lo que se ha calificado de "matrimoni bianchi" o "matrimonio blanco", en el sentido de que sólo con el paso del tiempo y con la efectiva convivencia marital daría lugar a un matrimonio con plena eficacia a efectos del Derecho Romano clásico. En cualquier caso, ciertos textos[211] concretan la edad de doce años como un

[210] S. TAFARO, *Pubes e viripotens...*, op. cit., pp. 143-147.

[211] Para completar esta cuestión, vid. D, 5,3,13,1 (Ulp. 15 *ad edict.*): *Omnibus etiam titulis hic pro possessore haeret et quasi iniunctus est. Denique et pro emptore titulo haeret: nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo, item in titulo pro donato quaeritu, an qui pro possessore possidere eum, et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi, et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo*; Cfr. D. 23,1,9 (Ulp. 35 *ad edict.)*; D. 24,1,32,27 (Ulp. 33 *ad sab.*): *Si quis sponsam habuerit, deinde eandem uxorem duxerit cum non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duodecim annis, si in domum quasi mariti immatura sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, etsi uxor non sit. sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque*

límite a las costumbres impuesto por los juristas para luchar contra los matrimonios prematuros de épocas antiguas pues, como sostiene M. J. García Garrido[212], la costumbre de conducir a la desposada a partir de los siete años al domicilio del prometido y celebrar determinadas ceremonias nupciales, hizo que los juristas clásicos reaccionasen contra esas prácticas y exigieran para que existiera matrimonio legítimo que la mujer cumpliera los doce años.

Sin embargo, la determinación de la capacidad física del varón resulta más compleja pues no es hasta el Derecho justinianeo cuando expresamente se fija de forma absoluta. Así, existía una disputa entre los jurisprudentes pues si bien los proculeyanos fijaban directamente la edad de catorce años, por su parte, los sabinianos no generalizaban esa edad sino que atendían a la conocida como *capacitas generandi*[213]*.* En particular, la Escuela Sabiniana sostenía

sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem fecit et ideo nec oratio locum habebit; Cfr. D. 42,5,17,1 (Ulp. 63 *ad edict.*); D. 48,5,14,8 (Ulp. 2 *de adult.*): *Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non poterit iure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est.*

[212] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano* (Madrid 1979) 462 ss.

[213] Gai 1,196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. puberem autem sabinus quidem et cassius ceterique nostri*

que la capacidad física para que un varón alcanzase la pubertad debía determinarse a través de una inspección física (*inspectio corporis*) que se realizaba varón por varón; por contra, la Escuela de los Proculeyanos se basaba en un elemento objetivo como es la edad de catorce años para todos los casos. Veamos, en este punto, el pasaje que nos sirve de referencia:

CJ. 5,60,3: *Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubercere iudicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante.*

En términos generales, el citado texto del año a. 529 d.C., mantiene que la inspección física en tiempo justinianeo era un acto deshonesto (*indagatione corporis inhonesta cessante*). Concretando lo anterior, el pasaje comienza afirmando que va contra el decoro y las buenas

praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui xiiii annos explevit (?).....; Ulp. 11,28: *Liberantur tutela masculi quidem pubertate: puberem autem cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum*.

costumbres examinar el cuerpo del marido y la mujer para comprobar si han alcanzado la pubertad (*indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus*) pues, para determinar la capacidad física o natural de los futuros cónyuges, bastaba con tomar el elemento objetivo de la edad, esto es, los doce años para la mujer (*quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubercere iudicantur*) y los 14 para el varón (*ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur*). Por tanto, el fragmento anterior demuestra que la última tesis apuntada se conformaba como la más seguida no sólo durante el período clásico sino posteriormente con el emperador Justiniano.

Planteada la problemática suscitada en torno a si existía o no una edad concreta o *aetas* absoluta en época clásica para entender que el hombre había alcanzado la pubertad o, por contra, se acudía a la *pubertas* absoluta o relativa según el caso, siguiendo a O. Robleda[214] podemos señalar algunos argumentos a favor de que para contraer un matrimonio romano clásico con plena eficacia jurídica, el varón debía haber cumplido los catorce años. En primer término, existen dos textos en los que sin indicar

[214] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 148-149.

expresamente esa edad, lo que hacen es resaltar la necesidad de una cierta *aetas* fijada para la celebración del matrimonio, lo que de algún modo nos lleva a establecer el límite de los catorce años:

D. 12,4,8 (Nerat. 2 *membranar.*): *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec autem in eodem habitu matrimonii permanent, non magis id repeti possit, quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio eius non est*.

En particular, en este primer pasaje de Neratius se alude a una edad justa para que el matrimonio y la dote fuesen legales (*quam quod sponsa sponso dotis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas: quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur*). Haciéndose, para ello, uso de la expresión *quarum altera nondum iustam aetatem habeat* y de *priusquam utraque persona iustam aetatem habeat*.

D. 23,1,14 (Modest. 4 *different*.): *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis, quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*.

En dicho texto y, tal y como tuvimos ocasión de analizar al tratar el tema de los esponsales y sus diferencias con el concepto de *matrimonium*, el jurista Modestino repara en la edad para contraer las promesas de futuro matrimonio en relación con el matrimonio romano (*in sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis)*. En este ámbito, añade la excepción de contraer esponsales sin que los novios hubiesen llegado a la pubertad con el límite de los siete años de edad (*si non sint minores quam septem annis*).

Asimismo, otro argumento a favor de esa edad sería el de tener en cuenta que siempre que se alude a la controversia entre proculeyanos y sabinianos se hace referencia al tiempo de la pubertad en relación con el cese de la tutela[215]. Sin embargo, existe la posibilidad de que

[215] En cuanto a la naturaleza jurídica de la *tutela mulierum* y los escasos estudios existentes sobre esta institución familiar, vid. por todos, A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 25; L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la*

ello fuera distinto respecto a otros efectos como la capacidad activa testamentaria y el contraer matrimonio.

Lo anterior se completa, en tercer lugar, con una mera lectura del contenido de la siguiente Constitución de Justiniano:

CJ. 5,4,24: *Sancimus, si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto, quod ad dandum vel faciendum vel non dandum vel non faciendum concipitur, et sive nuptiarum tempos dixerit sive nupcias nominaverit, non aliter intellegi esse condicionem adimplendam vel extenuandam, nisi ipsa nuptiarum accedat festivitas, et non esse tempos inspiciendum, in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum Complutum, sed ex quo vota nuptiarum re ipsa processerint. Sic etenim et antiqui iuris contentio dirimetur et immesa librorum volumina ad mediocrem modum tandem prevenient*.

tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum, en *Revista General de Derecho Romano* XII (2009) 1-26; L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano* XV (2010) 1-42; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano* (Madrid 2006).

Concretamente, en la CJ. 5,4,24, el emperador Justiniano de algún modo presupone que desde etapas anteriores se fijó la edad de catorce años para el matrimonio ya que en ella nada se indica (*si quis nuptiarum fecerit mentionem in qualicumque pacto*); y, únicamente, nos encontramos con expresiones de las que se deduce dicho argumento, tales como *et non esse tempos inspiciendum* o, también, *in quo nuptiarum aetas vel feminis post duodecimum annum accesserit vel maribus post quartum decimum annum*.

Sin embargo, el propio O. Robleda advierte que a pesar de todos estos argumentos a favor de la edad fija de los catorce años para considerar al varón como *puber*, sería más acertado tomar de forma genérica el criterio de la pubertad como el determinante porque, de lo contrario, se hubiera establecido la edad para el matrimonio; lo que iría en contra de la propia naturaleza jurídica de esta institución, pues de lo que se trataba era de fijar la capacidad física de las partes para formar una familia y criar a sus hijos, y no de fijar un límite.

En este sentido, se ha venido insistiendode de forma repetida por la doctrina romanística[216] en la idea de pubertad de los cónyuges y su vinculación directa con la capacidad de procrear.

[216] Con relación a la pubertad, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit., pp. 88-89; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*..., op. cit., pp. 510-518. Expresamente el profesor Astolfi así lo indica: "Per la validitá del matrimonio è la pubertà degli sposi, cioè la loro capacità a procreare y sigue diciendo que è noto il contrasto fra sabiniani e proculeiani circa il momento in cui inicia la pubertà maschile e cessa la tutela. Ma è la stessa giurisprudenza laica a testimoniare, nei suoi commenti al diritto pontificale, come la nozione di pubertà le sia pervenuta dal diritto sacro". Mientras que C. Gómez Ruiz concluye defendiendo que la pubertad: "Supone un determinado desarrollo físico o capacidad natural que quedó fijada para los varones en la época justinianea a los catorce años, siguiendo el parecer de los proculeyanos y poniendo fin así a la discrepancia entre éstos y sabinianos, quienes abogaban por una investigación en cada caso que determinara éste requisito. Para las mujeres la edad de la pubertad se fijó desde antiguo a los doce años".

C.- El *ius conubii* y la capacidad jurídica de los contrayentes

Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de los contrayentes podemos decir que el término *conubium* tiene su origen en el primitivo vocablo *connubium* cuya raíz conserva en sus primeras épocas la doble "n" pero, con el paso de los siglos, desaparece una de ellas aun manteniendo su primitivo significado[217]. Sobre la etimología del vocablo *conubium*, se puede tener como punto de partida la voz *nubere*[218] pues probablemente derive de este último, al configurarse como un verbo latino bastante frecuente en los textos que alude a la condición de un sujeto de sexo femenino que va a tomar varón, y que encuentra una locución parecida en la expresión previamente estudiada *uxorem ducere* que se identifica con la condición de un sujeto de

[217] J. L. LACRUZ, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (Madrid 1994) 63 ss. El profesor Lacruz, al analizar la primera parte del artículo 44 del Código Civil español en relación con el derecho del hombre y mujer a contraer matrimonio, no duda en aludir a los antecedentes históricos del mismo destacando la doble "n" del originario *ius connubium*, que era un derecho que no todos los hombres de Roma lo tenían.

[218] Podemos traducir al español el verbo *nubo, nupsi, nuptum*, definiéndolo como el acto de casarse la mujer, unirse en matrimonio, tomar esposo, etc.

sexo masculino que va a tomar esposa[219]. De hecho, se suele considerar que *nubere* es una expresión lingüística de contenido oscilante que, o bien hace referencia a un cambio en el *status* o bien al momento inicial del mismo, siendo esta última acepción la más antigua[220].

Partiendo de la definición de *iustum matrimonium* contenida en Ulpiano 5,2, que previamente hemos justificado en su sentido clásico, aclarar que el primer requisito positivo era el del *conubium* al que se le unirá el de la edad necesaria para el matrimonio jurídicamente reconocido:

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit (...).*

En cuanto al primero de los requisitos contenidos en el texto anterior (*conubium sit*), el autor asevera que se trata de un presupuesto que ha planteado no pocas discusiones doctrinales, por la dificultad de contextualizarlo dentro del Derecho Romano concibiéndolo

[219] En cuanto a la evolución jurídica de este requisito, vid. por todos, A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 20-36; F. M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel Basso Imperio*, en *Annali Bari* IV (1939) 45-69; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia...*, op. cit., pp. 197-216; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., p. 4 ss.

[220] Á. ROMANO, *Matrimonium iustum...*, op. cit., p. 3 ss.

como "un abstracto que comprende muchos concretos" y resultando difícil delimitar su contenido. Pues bien, sobre la base de los fundamentos jurídicos del profesor Volterra[221] se ha tratado de dilucidar el alcance jurídico del *ius conubii* desde época clásica hasta su regulación en las fuentes postcláscias, tal y como exponemos en los siguientes apartados.

[221] E. VOLTERRA, *La nozione giuridica di conubium,* en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), en *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II (Milano 1953) 349-361.

1. El *conubium* como requisito positivo del *matrimonium* clásico

Si bien hemos venido afirmando que el *conubium* clásico se configuraba como un requisito positivo para la existencia de un *matrimonium iustum*, a tenor de las fuentes que lo regulan nos interesa detenernos en los fundamentos que le reconocen como un verdadero presupuesto de capacidad jurídica de los contrayentes. Sobre este particular, seguimos al profesor Volterra[222] quien habla de requisitos positivos señalando la capacidad natural o pubertad de los contrayentes y el consentimiento inicial de los contrayentes aclarando que en el supuesto de que los cónyuges fuesen *alieni iuris* se requería también el consentimiento del *paterfamilias* y el del padre.

A lo que se le añadiría la necesidad de que no hubiera ningún precepto legal impeditivo del *matrimonium*, esto es, que no existiesen prohibiciones o impedimentos matrimoniales y el respeto al principio monogámico del matrimonio romano:

[222] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 649. El profesor aclarar, en este punto, que en las fuentes postclásicas no se utiliza los términos *auctoritas* ni *iussum* sino el de *consensus*.

D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*): *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: Ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

En este pasaje, el jurista Ulpiano comienza su exposición confirmando específicamente que no se puede considerar válidas aquellas donaciones que se producen entre quienes las tienen prohibidas (*inter quos sunt prohibitae donationes...donatio non valebit*). Igualmente, alude a ciertas prohibiciones matrimoniales (*si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata*[223]*),* entre las que no existe la

[223] Sobre los matrimonios *contra mandata*, vid. por todos, F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer de la provincia en la que sirve. Derecho Romano y Derecho castellano*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL

capacidad jurídica para considerarse un matrimonio legal por faltar principalmente el elemento intencional o el consentimiento de estar unidos en matrimonio (*quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*), independientemente de que las donaciones sí sean legítimas (*valebit donatio, quia nuptiae non sunt*).

El *conubium* existía, por tanto, en aquellas uniones conyugales con derecho al *matrimonium* y que conformaban un *consortium omnis vitae*, entre las que había *affectio maritalis* y se conservaba el *honnor matrimonii.* De esta manera, el *ius conubii* era un elemento o requisito de capacidad para poder crear un matrimonio romano *iustum* siempre que existiera el elemento subjetivo y objetivo generador del mismo.

Expresamente C. Gómez Ruiz[224], al abordar el alcance jurídico del *conubium,* advierte que para comprender este requisito hay que alejarse de las concepciones jurídicas modernas basadas en la igualdad de todos los hombres, que permiten que cualquier individuo para contraer matrimonio, ya que como afirma la autora: "Los ciudadanos romanos sí

PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 99-108.

[224] C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.

tienen *ius conubii*, es decir, una genérica capacidad jurídica para unirse en matrimonio. Pero entre ciudadanos también existen deferencias. De aquí que una capacidad jurídica, así genérica, no fuera suficiente para constituir un matrimonio legítimo. Es preciso además que los que quieren convertirse en marido y mujer tengan entre sí *conubium*. La cuestión que procede ahora tal vez no sea ¿qué es el *conubium*? sino ¿cuándo se tiene *conubium*?. Cuando la unión entre dos determinadas persona que quieren unirse en matrimonio es conforme con los preceptos del Ordenamiento jurídico romano. Es decir, que en ninguno de los interesados se den circunstancias que hayan sido tomadas en consideración por el derecho romano para impedir tales uniones (...). La Jurisprudencia clásica ante la presencia de cualquiera de esas circunstancias a las que nos referiremos posteriormente (...) prefieren utilizar la expresión ausencia de *conubium*".

Asimismo, el vocablo *conubium* se traduciría como el propio derecho a contraer un matrimonio romano válido por no existir limitación alguna derivada de la condición de las partes, de su situación social o parentesco, por lo que siempre que se concediese el derecho de matrimonio (*conubium dare*) podría existir un matrimonio plenamente

eficaz, entendido como una sociedad conyugal o *conubii societas*[225].

Respecto a los sujetos que gozaban de *conubium* decir que esta capacidad jurídica sólo se tenía frente a personas pertenecientes a una determinada clase o condición[226], pudiendo ser tanto del hombre como de la mujer[227]. Se ha

[225] J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii...*, op. cit., p. 569; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., pp. 1-8. Este último autor afirma que el matrimonio romano se presentaba como: "El núcleo o embrión de la *societas* más básica y eje alrededor del cual gira el grupo social menor que es la familia. Los romanos fueron conscientes de que la institución, para su óptimo funcionamiento y necesaria autonomía requería, ya antes incluso de la constitución de la relación conyugal, de una base de naturaleza económica que asegurase los objetivos a los que me acabo de referir".

[226] Tal y como lo indican estos textos posteriores: Ulp. 5,3: *Conubium est uxoris ducendis facultas*; Ulp. 5,7: *Si quis eam, quam non licet, uxorem duxerit, incestum matrimonium contrahit ideoque liberi in potestate eius non fiunt, sed quasi vulgo concepti spurii sunt.*

[227] En cuanto al proceso de emancipación de la mujer romana y la evolución de los límites a la capacidad jurídica para casarse, ejercer la patria potestad, ser parte acusadora ante los Tribunales de lo penal, suceder, tener actividad negocial u obligarse mediante mediante fianza o préstamos a favor de otros, vid. por todos, G. BUIGUES OLIVER, *¿Protección o limitación de la actividad negocial de la mujer en el Senadoconsulto Veleyano?: Un análisis de textos jurisprudenciales*, en *RGDR* XV (2010) 1-30; H. CAMPOS VARGAS, *La mujer en la Literatura jurídica romana: Una aproximación de género a las "Instituciones" de Gayo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* CVII (2005) 11-32; G. CRIFÓ, *La condizione femminile in Roma*, en J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge* (Salamanca 2002)

venido insistiendo que el *conubium* era un elemento relativo propio de los *cives* y de los patricios. Sobre los primeros se señala que, salvo concesión expresa, no podían casarse con peregrinos o latinos dada la limitación de

237-245; D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer e hijos*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 355-372; A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el S. I d.C.* (Granada 1976) 100; A. DEL CASTILLO, *Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma imperial*, en *Latomus: Revue d'Études Latines* XXXVIII (1979) 173-187; A. DEL CASTILLO, *Legislación romana y liberación femenina: Una relación inconsciente*, en *Lucentum: Anales de la Universidad de Alicante. Prehistoria, Arqueología e Historia antigua* VII-VIII (1988-1989) 161-169; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La mujer romana ante el divorcio*, en A. LÓPEZ; C. MARTÍNEZ y A. POCIÑA (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo* (Granada 1990) 121-135; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La cesión de la mujer...*, op. cit., p. 273 ss.; P. FLORES SANTAMARÍA, *Las jóvenes romanas: Una educación para el matrimonio,* en *Actas de las V Jornadas de Investigación interdisciplinaria* (Madrid 1986) 217-224; M. LÓPEZ-AMOR, *La mujer romana a través de la Sátira VI de Juvenal*, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* III (Madrid 1988); M. MAÑAS NÚÑEZ, *Mujer y sociedad en la Roma imperial...*, op. cit., pp. 191-207; M. I. NÚÑEZ PAZ, *La mujer romana: Aspectos magico-religiosos y repercusion penal*, en *LABEO: Rassegna di Diritto Romano* XLIV (1998) 268-284; S. B. POMEROY, *Diosas, rameras, esposas y esclavas, mujeres en la antigüedad clásica* (Madrid 1990); P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer...*, op. cit., pp. 98-119; P. RESINA SOLA, *La legitimacion activa de la mujer en el proceso criminal romano* (Madrid 1996); L. SANZ MARTIN, *Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares...*, op. cit., pp. 291-306; W. WOLODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di "mater familias"*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* III (Milano 1983) 735-756.

personalidad[228] ni tampoco con esclavos pues ambos tenían negado el *ius conubii* entre sí[229], conformándose en todo caso como uniones carentes de valor jurídico alguno.

En relación con los hijos nacidos de la unión entre un hombre y una mujer peregrina, o un peregrino y una ciudadana romana debemos advertir, a tenor de lo expuesto, que estos adquirían el *status civitatis* que tenía el padre en el momento de su concepción a pesar de las excepciones impuestas por los *Senatusconsulta* o por las Constituciones imperiales[230].

Por último, debemos matizar que se trata de un requisito de eficacia puesto que gracias a esta capacidad jurídica el *matrimonium* producía plenos efectos y era relevante a efectos jurídicos. Respecto a las consecuencias jurídicas debemos señalar, en primer lugar, que entre las

[228] Gai. 1,57: *Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives romani et in potestatem parentum fiunt.*

[229] Ulp. 5,5: *Cum servis nullum est conubium*.

[230] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 645-646 ss. El profesor Volterra pone un ejemplo de estas excepciones, al exponer un supuesto en el que una ciudadana romana (año 145 d.C.), al hacer una declaración de nacimiento de dos gemelos, afirmó que habían nacido *ex incerto patre*. La interpretación que hace E. Volterra nos parece acertada, ya que entiende que la declaración de la madre tenía el fin de hacer que los gemelos fuesen inscritos como *spurii*, a fin de atribuirles el *status civitatis* de la madre.

partes que tenían *conubium* así como entre el *conigium* y los ascendientes y descendientes inmediatos del otro, se formaba mientras durase el *matrimonium* el vínculo de *adfinitas* (que adquiría relevancia sobre todo en materia de impedimentos matrimoniales). Además, a los cónyuges se aplicaban una serie de disposiciones en materia de derechos sucesorios recíprocos, derechos sobre la dote y sobre las donaciones nupciales[231]. Sin olvidar, los derechos y limitaciones que impusieron las Leyes del emperador Augusto, así como las sanciones penales por *adulterium* que venían establecidas en la *Lex Iulia de adulteriis*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, apuntar que se trataba de un requisito positivo de validez del matrimonio en la Roma clásica, de carácter complejo y que aparece en las fuentes como una nota esencial del *matrimonium iustum* que le configura, tal y como advierte la doctrina[232], como una comunidad conyugal reconocida por el Derecho Romano. Sería una especie de condición dependiente de la personalidad jurídica de los cónyuges que se hacía necesaria e imprescindible para que su unión pudiese tener el valor jurídico del matrimonio legítimo, llegando

[231] Para un estudio detallado sobre la prohibición de las donaciones *inter virum et uxorem*, vid. por todos, R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 87 ss.

[232] W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o (Barcelona 1965) 387.

únicamente a ser ciudadanos romanos los hijos procreados en tales matrimonios y sometidos a la *patria potestas*[233].

Podemos concluir resaltando las palabras del profesor M. Falçao[234] ya que este autor no duda en sostener que tradicionalmente se ha usado la expresión clásica del *ius conubii* en aras a designar el derecho natural o requisito positivo para formar matrimonio que tenían hombre y mujer para contraer un *iustum matrimonium*, aun cuando esta capacidad jurídica o presupuesto positivo para unirse matrimonialmente no la tenían todos los romanos[235].

[233] E. VOLTERRA, *La nozione giuridica di conubium...*, op. cit., p. 349 ss. Lo cierto es que son muchos autores que han abordado el fundamento de este requisito pero E. Volterra es de los que lo ha definido mejor al delimitar de forma precisa su alcance jurídico y efectos.

[234] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., pp. 255-276.

[235] En cuanto a la mujer, vid. por todos, G. BUIGUES OLIVER, *¿Protección o limitación de la actividad negocial de la mujer...*, op. cit., p. 1 ss.

2. Identificación entre *conubium* y matrimonio postclásico

La institución del matrimonio cambió de forma considerable desde época postclásica, de tal forma que el *conubium* pasó de ser un presupuesto positivo de capacidad jurídica para contraer un *iustum matrimonio* en tiempo clásico a considerarse como un sinónimo del propio matrimonio romano:

IJ. 1,10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeünt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotens, sive patres familias sint, sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio su adet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat, unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimomium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.*

La identificación entre *ius conubii* y matrimonio romano postclásico la extraemos de la interpretación del presente texto contenido en las Instituciones justinianeas en el que, si bien se alude de forma general a los requisitos matrimoniales (*iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt*), en ningún caso se nombra el elemento que daba la esencia al vínculo en época anterior, es decir, el *ius conubii*. En su lugar, esta fuente utiliza los términos *secundum preacepta legum coeünt* que se traduce literalmente por: "El debido respeto y sometimiento que ambos cónyuges deben tener al cumplimiento de las normas prescritas", y por los: "Posibles impedimentos en los que pueden incurrir a la hora de contraer *nuptiae*". Lo que sí recoge este pasaje es una mención a la necesaria capacidad natural de los cónyuges (*masculi quidem puberes, feminae autem viripotens)* y al consenso mutuo (*sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt)*.

A su vez podemos destacar otros pasajes, el primero del año 319 d.C. y el segundo del 295 d.C., que inciden en la tesis apuntada en las Instituciones al considerar que el *conubium* era ya el propio matrimonio postclásico:

CJ. 5,5,3: *Cum ancillis non potest esse conubium: mam ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*.

Coll. 6,4,2: *In quo id etiam providendum quam maxime esse censuimus, et matrimoniis religiose atque legitime iuxta disciplinam iuris veteris copulatis tam eorum honestati, qui nuptiarum coniunctionem sectantur, quam etiam his, qui inde deinceps nascentur, servata religione incipiat esse consultum et honestate nascendi etiam posteritas ipsa purgata sit. id enim pietati nostrae maxime placuit, ut sancta necessitudinum nomina optineant apud affectus suos piam ac religiosam consanguinitati debitam caritatem. Nefas enim credere est ea, quae in praeteritum a conpluribus constat esse commissa, cum pecudum ac ferarum promiscuo ritu ad inlicita conubia instinctu execrandae libidinis sine ullo respectu pudoris ac pietatis inruerint.*

Igualmente, en ellos se observa el cambio producido en el lenguaje de los juristas del siglo IV, pues el término *conubium* es empleado como sinónimo de matrimonio y no como un requisito para conformarlo al utilizar expresiones como *cum ancillis non potest esse conubium* o *conubia instinctu pudores ac pietatis inruerint*.

Si bien ya no existía el *conubium* como requisito de validez del *matrimonium iustum*, bajo las premisas expuestas anteriormente, nos preguntamos cuáles son en definitiva los presupuestos que conformaban el *matrimonium* postclásico. Pues bien, a diferencia de la etapa anterior, desde el Derecho Romano postclásico existía un deseo de equiparación de los cónyuges que lleva a pensar en la capacidad general de todas las personas de elegir con quién contraería matrimonio válidamente, no siendo necesario un derecho especial, como lo era *conubium* clásico, para que existiese *matrimonium*.

Otro hecho signficiativo en esta materia es que en diversas fuentes tardías sí aparece reflejado el elemento de capacidad jurídica para el matrimonio postclásico pero utilizando el plural *conubia*. La razón podría ser la equiparación entre los vocablos *conubium* y otros términos relacionados tales como *nuptiae* o *coniugium*.

Sin embargo, se suele admitir que tanto en la época clásica como en la postclásica las fuentes podían adoptar la forma singular como plural del término aun siendo diferente su alcance. Motivo por el que este hecho no presenta ninguna singularidad en cuanto a su identificación en una época determinada, no pudiéndose generalizar la afirmación de que la palabra *conubia* siempre es usada en

tiempo postclásico, tal y como se deriva de los siguientes textos[236]:

Ulp. 5,4: *Conubium habent cives romani cum civibus romanis; cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit*.

Ulp. 5,8: *Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo, quod ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam Lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet*.

Ulp. 5,9: *Ex cive romano et latina latinus nascitur, et ex libero et ancilla servus; quoniam, cum his casibus conubia non sint, partus sequitur matrem*.

En dichos pasajes se mantiene que sólo los ciudadanos romanos tenían reconocida expresamente la capacidad jurídica para contraer un matrimonio legítimo en Roma (*conubium habent cives romani cum civibus romanis*). Aclarándose determinados supuestos, como por ejemplo, el caso de uniones entre latinos y peregrinos quienes tendrían dicho derecho al matrimonio bajo una concesión expresa (*cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit* o *ex cive*

[236] En sentido postclásico, Cfr. Ulp. 5,2; Cfr. Ulp. 5,5.

romano et latina latinus nascitur) y el de los esclavos, pues estos últimos nunca lo alcanzarían (*cum servis nullum est conubium*). Llamando la atención, igualmente, del uso de *conubia* en Ulp. 5,9 (e*x cive romano et latina latinus nascitur...his casibus conubia non sint, partus sequitur matrem*).

Lo anterior nos sirve para admitir que, mientras que el *conubium* durante la vigencia del Derecho Romano clásico fue un requisito positivo de capacidad jurídica referido a una situación de hecho bastante concreta como era el vínculo conyugal, no es hasta el Derecho postclásico cuando el *conubium* se equipara al matrimonio y equivale a la formulación negativa de prohibiciones o impedimentos para contraer *iustas nuptiae*[237].

De esta forma, se ha venido manteniendo que en tiempo postclásico sólo se hacía referencia a las prohibiciones de la ley por carecer de la facultad para contraer un *iustum matrimonium*. Motivo por el que la expresión de IJ. 1,10 pr., *secundum praecepta legum coeünt*, que sustituye al *conubium*, sólo alude al matrimonio entre ciudadanos romanos

[237] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 30. La profesora Núñez Paz mantiene que el *conubium* tiene un sentido positivo, que no se entiende como impedimento aunque es difícil sacar su contenido de las fuentes. Además, tanto en el *ius ducendi facultas* de Ulpiano como en el *ius legitimi matrimonii* de Servio se observa el contenido positivo del *conubium.*

pues con el emperador Justiniano todos los súbditos del Imperio eran considerados como *cives*.

D.- La exigencia del consentimiento mutuo y continuado

Para considerar a un matrimonio romano clásico como plenamente eficaz, el siguiente requisito necesario era el del consentimiento mutuo y continuado de los contrayentes, tal y como se deriva de la definición que Ulpiano 5,2 nos aporta sobre el *iustum matrimonium*. Texto postclásico que, como hemos advertido anteriormente, se encuentra integrado por otros fragmentos de obras pertenecientes a la última Jurisprudencia clásica:

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est (...) et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

De dicho fragmento se desprende que, si bien el requisito de la capacidad natural (*masculus pubes quam femina potens sit*) y el del *conubium* (*si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit*) presentaban un carácter positivo, por su parte, el consentimiento consciente y voluntario entre los cónyuges se configuraba como un presupuesto esencial de la institución matrimonial (*et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes forum, si in potestate sunt*), que requería los dos

anteriores para desplegar plena eficacia en el Ordenamiento jurídico romano.

Siguiendo la definición de *consensus* comúnmente admitida por la doctrina[238], en términos generales se entiende por "consentimiento" el asentimiento consciente prestado por quienes jurídicamente están facultados para ello. Se trataba, por tanto, de un elemento intencional constitutivo de la institución marital que se hacía imprescindible no sólo durante la época republicana y clásica, sino también en la etapa postclásica aún requiriéndose sólo en el momento inicial. El consentimiento se configuraba como el elemento subjetivo generador del matrimonio, distinguiéndose entre los términos *consensus* y *affectio maritalis*, pues este último aludía a la continuidad de la relación marital.

[238] En cuanto a la evolución del *consensus*, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit., p. 94 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano*..., op. cit., pp. 75-112; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; G. LONGO, *Affectio maritalis*..., op. cit., p. 119 ss.; P. RASI, *Consensus facit nupcias*..., op. cit., p. 78 ss. R. Astolfi asegura precisamente que: "Per la validità del matrimonio occorre, infine, il consenso dei patres familias dei nubendi e dei nubendi stessi. La regola che impone il consenso dei patres familias tanto dello sposo che Della sposa, rimettendolo al suo arbitrio absoluto, è certa per la fine della Repubblica e per l´ inizio del Principato".

Sobre la relación entre el consentimiento y la cópula y, como tuvimos ocasión de incidir al tratar el primer elemento de las definiciones clásicas del matrimonio, cabe recordar que es el consentimiento recíproco y continuado de permanecer unidos como marido y mujer el requisito fundamental del matrimonio romano, tal y como señalaba A. Ortega[239] al decir literalmente que: "El consentimiento da vida al matrimonio". No obstante, la cópula se conformaba como un presupuesto complementario en el sentido de ser un mero acto físico que en Roma no daba plena validez a la unión conyugal aunque tuviese la finalidad de la procreación.

Dichos argumentos se extraen de la interpretación de los siguientes pasajes, que ya hemos tenido ocasión de exponer, pero que ahora nos sirven para comprender el concepto de *affectio* en el sentido de continuidad del matrimonio:

D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*): *Cui fuerit sub hac condicione legatum "si in familia nupisset", videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.*

[239] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 30-31.

Recordemos que en dicho texto, el jurista Ulpiano mantiene que no era necesaria la entrada de la mujer en la habitación del marido para llevar a cabo el acto sexual, pues para que se produjera el legado sólo era necesario la existencia de un consentimiento mutuo de unirse en matrimonio. Recogiendo, en este sentido, el principio clásico de que *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*.

D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*): *Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*.

De nuevo, Ulpiano alude a la importancia del consentimiento (*affectio maritalis*) para que el matrimonio romano desplegara plenos efectos en el Ordenamiento jurídico romano. Concretamente, se aborda un supuesto en el que las partes (*mulier et maritus*), separadas durante una temporada pero respetándose mutuamente (*sed honorem invicem matrimonii habebant*), hubiesen hecho donaciones, considerándose dichas donaciones como inválidas. El motivo de tal invalidez era que las nupcias, tal y como nos dice

el texto, continuaban porque dicha unión no dependía del coito (*non enim coitus matrimonium facit)* sino del consentimiento recíproco (*sed maritales affectio*).

Bajo las premisas expuestas, nos interesa profundizar en los argumentos que aporta O. Robleda[240] cuando reconoce el consentimiento como la única causa eficiente y generadora del vínculo conyugal. Concretamente, el autor, de un lado, niega que la convivencia se constituyera como una prueba de ese asentimiento consciente prestado entre ambos pues la convivencia ni en sentido material ni ético, social o habitual se configuró como un requisito constitutivo del matrimonio clásico. De otro, confirma la tesis de que el matrimonio clásico no requería tampoco forma o solemnidad externa, sino que bastaba con la manifestación del consentimiento continuado mientras durase la unión conyugal. Por lo que ni la *deductio* ni las *tabulae* o documento escrito de la constitución de la dote, eran imprescindibles a la hora de formar el vínculo conyugal.

No obstante lo anterior, se pueden observar dos casos controvertidos en esta materia que serán objeto de estudio en los siguientes apartados de nuestro trabajo. El primero, lo constituyen los supuestos en los que a uno de los

[240] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 82 ss.

cónyuges le hubiese sobrevenido una enajenación mental (*furor*):

D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat*.

En este primer texto del jurista Ulpiano, se recoge el supuesto en el que hubiera sobrevenido una locura (*Furor*) a cualquiera de los esposos. Hecho que impediría la válida celebración de los esponsales y se conformaría como un impedimento para las promesas de futuro matrimonio (*quin sponsalibus impedimento sit*), si bien, ello no afectaría a la propia institución marital (*sed postca interveniens sponsalia non infirmat*).

D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est, sed recte contractum non impedi.*

En la misma línea que el fragmento anterior pero aludiendo específicamente al matrimonio romano y no a los esponsales, en este texto que ya tuvimos ocasión de exponer, Paulo mantiene expresamente que la locura (f*uror*) afecta a la celebración del matrimonio por faltar el consentimiento libremente prestado y consciente de quien se une bajo esta enfermedad (*contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est)*. Sin embargo, ello no invalidaría

el matrimonio ya contraído, que continuaría siempre que la otra parte conservase la intención de estar unido conyugalmente para toda la vida (*sed recte contractum non impedi*).

El segundo de los casos alude al hecho de que para reconocer la eficacia de constituir un matrimonio válido según el *Ius Civile*, al consentimiento continuado y recíproco del *filiusfamilias* o de la *filiafamilias* que se hubieren unido maritalmente, el *paterfamilias* debía prestar su *auctoritas*[241]. Expresamente, así lo indica el texto que de nuevo transcribimos:

[241] Por lo que el consentimiento del *pater* fue necesario no sólo para proteger a los *alieni iuris* del peligro de uniones no convenientes, sino que más bien se prestaba en beneficio del *paterfamilias* para que no entrasen en su familia personas ajenas que serían sujetos pasivos y herederos de su patrimonio. Los textos de referencia son: Ulp. 16,0,R: *De solidi capacitate inter virum et uxorem*; Ulp. 16,1: *Aliquando vir et uxor inter se solidum capere possunt, velut si uterque vel alteruter eorum nondum eius aetatis sunt, a qua Lex liberos exigit, id est si vir minor annorum xxv sit, aut uxor annorum xx minor; item si utrique lege papia finitos annos in matrimonio excesserint, id est vir lx annos, uxor l; item si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum, aut si vir absit et donec abesset intra annum, postquam abesse desierit*; Ulp. 16,1,A: *Libera inter eos testamenti factio est, si ius liberorum a principe inpetraverint; aut si filium filiamve communem habeant, aut quattuordecim annorum filium vel filiam duodecim amiserint, ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cuiuscumque aetatis inpubes amissus solidi capiendi ius praestet. item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo pepererit, solidum ex bonis eius capit*; Ulp. 16,2: *Aliquando nihil inter se capiunt: Id est, si contra legem iuliam papiamque poppaeam contraxerint matrimonium, verbi*

D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestad sunt.*

En este texto que volvemos a transcribir, Paulo advierte que el matrimonio romano no se conformaba sólo por el consentimiento de las partes (*nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes*), ya que hacía falta el asentimiento del *paterfamilias* bajo cuya potestad estaban (*qui coeunt quorumque in potestad sunt*).

Dicha *auctoritas,* también denominada en las fuentes como *iussus*[242], *voluntas*[243], *concessio* o *consensus*[244],

gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator; Ulp. 16,3: *Qui intra sexagesimum vel quae intra quinquagesimum annum neutri legi paruerit, licet ipsis legibus post hanc aetatem liberatus esset, perpetuis tamen poenis tenebitur ex senatus consulto perniciano. sed claudiano senatus consulto maior sexagenario si minorem quinquagenaria duxerit, perinde habebitur, ac si minor sexaginta annorum duxisset uxorem*; Ulp. 16,4: *Quod si maior quinquagenaria minori sexagenario nupserit, "inpar matrimonium" appellatur et senatus consulto calvisiano iubetur non proficere ad capiendas hereditates et legata dotes, itaque mortua muliere dos caduca erit*.

[242] Entre las fuentes que hacen uso de este término podemos citar: D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*): *Praetoris verba dicunt: "Infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: Qui lenocinium fecerit: Qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum*

representaba una declaración de voluntad inicial o *consensus patris* que otorga valor jurídico al consentimiento, siendo una voluntad continuada de la persona *in potestate*[245], pero que no hace depender la durabilidad o no del matrimonio constituido[246], puesto que

mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: Eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: Et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: Quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit"; D. 29,2,25 pr. (Ulp. 8 *ad sab.*): *Si quis mihi bona fide serviat servus alienus, iussu meo hereditatem adeundo nihil promovebit, nec acquiret mihi, nec fructuaris quidem servus*.

[243] Sobre la *voluntas* podemos citar, entre otros textos, D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*): *Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur*; D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp*.): *Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*.

[244] Entre las citas que hacen alusión a este vocablo destacar D. 48,5,14,6 (Ulp. 2 *ad de adult.*): *Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse, antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituere non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit*.

[245] Para un estudio detallado de la Teoría de la *auctoritas* aplicada a la *potestas* del *pater familias*, vid. por todos, R. DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"* (Pamplona 1987), pp. 47-49 y 85-90.

[246] El consentimiento inicial del *pater* era exigido en Roma, incluso, cuando éste estaba enajenado mentalmente, vid. por todos, D. 23,2,9 pr. (Ulp. 26 *ad sab.*): *Si nepos uxorem velit ducere avo furente, omnimodo patris auctoritas erit necessaria: sed si pater furia, avus sapiat, sufficit avi voluntas*.

ello era una facultad que pertenece con exclusividad a los cónyuges[247]. Por lo que la *auctoritas*, en todo caso, es la palabra que mejor resume el poder del *pater* y representa un requisito *ad validitatem*:

D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sab.*): *Si nepotem ex filio, et neptem ex altero filio in potestate habeas, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit; et verum est.*

En este fragmento que reproducimos también aquí, el jurista Paulo señala textualmente que si se tienen bajo potestad dos nietos de distintos hijos que se quieren casar (*si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeas*), se precisa la voluntad del *paterfamilias* (*nuptias inter eos me solo auctore contrahi*) para que dicha unión marital produzca efectos en el Ordenamiento jurídico romano.

[247] Los textos que recogen el supuesto citado hacen referencia a la *auctoritas* prestada por el *pater* sin mencionar la forma que debía ser realizada. A modo de ejemplo, vid. PS. 2,19,2: *Eorum qui in potestae patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur;* Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,9 pr. (Ulp. 26 *ad sab.*); Cfr. D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*); Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp.*); Cfr. D. 29,2,25 pr. (Ulp. 8 *ad sab.*); Cfr. D. 48,5,14,6 (Ulp. 2 *de adult.*).

En último lugar, otra cuestión relacionada con el consentimiento entre las partes sería el cambio de un consentimiento duradero en epoca clásica a meramente inicial durante la vigencia del Derecho Romano postclásico. En este punto, se parte del principio *consensus facit nuptias* reconociendo su valor en todas las épocas del Derecho Romano, afirmándose que si bien en el Derecho clásico el matrimonio estaba fundado sobre la mutua voluntad de los cónyuges que había de ser continuada y constante bastando su existencia para crearlo, sin embargo en el Derecho postclásico la concepción cambió completamente y el consentimiento no debía ser ya continuado y duradero sino sólo inicial.

Frente a la concepción clásica del matrimonio romano se puede concluir[248], a tenor de lo expuesto, que la legislación de los emperadores asumió una posición hostil frente a las concepciones clásicas. Mostrándose, en este sentido, contraria al divorcio y a las segundas nupcias, existiendo el matrimonio por el mero consentimiento inicial y perdurando incluso cuando alguno de los cónyuges perdiera su capacidad jurídica.

[248] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., pp. 355-356.

Lo anterior nos lleva a mantener que, durante la época clásica, el consentimiento matrimonial debía ser continuado y no meramente inicial como ocurriría en tiempo postclásico, consistiendo en la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de estar unidos establemente en matrimonio. Con estas palabras lo expresa P. Bonfante[249], cuando alude a aquellos matrimonios en los que sólo era necesario un consentimiento inicial, pues los califica como negocios jurídicos desde el punto de vista del significado actual de la palabra, resaltando la idea de que el consentimiento en el matrimonio romano clásico no podía ser meramente inicial sino duradero y continua. Razón por la que el consentimiento matrimonial en sí mismo no daba vida al vínculo conyugal en tiempo clásico, pues ese consentimiento mutuo debía ser duradero y sostener al propio matrimonio.

[249] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 180 ss. Pues bien, ante esto, el profesor Bonfante aclara que la expresión *contrahere nuptia* que aparece en determinadas fuentes, se refiere al vínculo duradero y no al acuerdo de voluntades, por lo que no es sinónimo de convenir o consentir.

E.- El respeto al principio monogámico del matrimonio romano

Derivado de la propia naturaleza del matrimonio romano es el hecho de que éste desde los orígenes del Imperio fuera rigurosamente monogámico[250] y, tal y como asegura J. Iglesias[251], no existiese en las fuentes ninguna referencia a uniones poligámicas debido al principio monogámico del matrimonio y a que la bigamia llevaba aparejada la nota de infamia[252]. Si retomamos el contenido íntegro del pasaje de

[250] A. BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano* (Madrid 1962), p. 8-9; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 105; A. M. VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia* (Granada 1997) 43 ss. L.C. Rosenfeld mantiene que el matrimonio romano fue siempre monogámico y, por su parte, A. M. Vega resalta que este principio tiene origen en Roma y no en Occidente, por influencia del Cristianismo.

[251] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 549. Este profesor aclara que, mientras que el Derecho clásico se limitaba a mantener este principio, el Derecho bizantino por ejemplo, castigaba estos supuestos con pena de muerte.

[252] Gai. 1,63: *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet; item eam quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. ideo autem diximus "quondam", quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere*; Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*); D. 23,2,33 (Marcel. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Plerique opinantur, cum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse: Quibus adsentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint nec inter moras aut*

Ulpiano 5,2, por tratarse de un texto postclásico que se encuentra integrado por fragmentos de obras de la última Jurisprudencia clásica, tampoco en él se recoge referencia alguna a dicho principio:

Ulp. 5,2: *Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

En efecto, se observa una definición de matrimonio legal en Roma que alude específicamente a la capacidad jurídica y física de las partes que se unen maritalmente bajo un consentimiento prestado libremente (*qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant*). Por lo que, aun sin mencionar el principio monogámico, podemos deducir que el jurista indirectamente concibe el *iustum matrimonium* entre un sólo hombre y una sola mujer (*iustum matrimonium est, si inter eos*).

illa alii nupserit aut hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir reddiderit.

Bajo las premisas expuestas, nos preguntamos hasta cuándo no aparece configurado el delito de bigamia. La respuesta la encontramos tras una interpretación de diversas fuentes[253] que, aludiendo al divorcio con expresiones como *tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam*, o *quae ab invito eo divorterat* y *cum superiore divortium,* ponen de manifiesto que la voluntad de constituir un consorcio y compartir una

[253] D. 24,1,64 (Iav. 6 *ex posterioribus Labeonis*): *Vir mulieri divortio facto quaedam idcirco dederat, ut ad se reverteretur: mulier reversa erat, deinde divortium fecerat. LABEO: Trebatius inter Terentiam et Maecenatem respondit si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra. sed verum est, quod Proculus et Caecilius putant, tunc verum esse divortium et valere donationem divortii causa factam, si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret alterum esse matrimonium: alias nec donationem ullius esse momenti futuram;* D. 24,2,11,2 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Illud rectissime placuit, qualiquali voluntate intellegi possit patronus animum habere desisse quasi in uxorem, finiri legis huius beneficium. proinde cum patronus rerum amotarum cum liberta, quae ab invito eo divorterat, vellet experiri, imperator noster cum divo patre suo rescripsit intellegi eum hoc ipso nolle nuptam sibi, qui eam actionem vel aliam inportet, quae non solet nisi ex divortio oriri. Quare si accusare eam adulterii coeperit vel alio crimine postulare, quod uxori nemo obicit, magis est, ut diremptum sit matrimonium: Etenim meminisse oportet ideo adimi cum alio conubium, quia patronus sibi nuptam cupit. Ubicumque igitur vel tenuis intellectus videri potest nolentis nuptam, dicendum est iam incipere libertae cum alio esse conubium. proinde si patronus sibi desponderit aliam vel destinaverit vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam: Et si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum.*

vida en común entre un hombre y una mujer, excluye la posibilidad de cualquier término o condición; y, más en particular, de que alguna de las partes unida anteriormente en vínculo conyugal tuviese una relación con otra persona, regulándose entonces la bigamia como un delito.

CICERON, *De Orat.,* 1,40,183: *Non novis nuptiis fieri cum superiore divortium*.

En este texto, se alude a un *paterfamilias* que dejó embarazada a su mujer en España y marchó a Roma con intención de contraer nuevamente matrimonio con una segunda mujer, pero sin haber pedido el libelo del divorcio (*non novis nuptiis fieri cum superiore divortium*), por lo que la primera esposa no tenía conocimiento de que el marido había cesado en su consentimiento de mantener el vínculo marital. Como consecuencia de todo ello, se mantenía la apariencia social del matrimonio (*honor matrimonii)* persistiendo a efectos jurídicos, se consideraba a la segunda mujer como una concubina, y ello derivaba en problemas hereditarios respecto a los sucesores.

Se ha venido abordando el problema de la bigamia durante la etapa clásica[254], debido a la importancia que adquiere este principio durante el periodo de mayor esplendor del Imperio y a la escasez de fuentes que regulen esta materia[255]. En este ámbito, es comúnmente[256] admitido que la estructura jurídica del matrimonio clásico no concibe el hecho de que una persona, hombre o mujer, pueda estar unida al mismo tiempo con varias, motivo por el cual el Derecho clásico no configura como tal el crimen de bigamia.

Además, se suele incidir en la imposibilidad de la bigamia en los supuestos en los que alguna de las partes, vinculada ya a un primer matrimonio, tratase de unirse con otra persona legal y físicamente capaz. En estos casos, el principio monogámico se aplicaba para disolver el primer vínculo por divorcio a causa del consentimiento prestado en

[254] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 112-113. Según la autora, el origen se encuentra en el año 48 d.C. cuando Gayo Silio y la esposa del emperador Claudio, Mesalina, mantienen una relación adulterina que era conocida por el pueblo salvo para el propio Claudio quien, estando de viaje, no tuvo conocimiento del matrimonio solemne contraído públicamente entre ambos al prestarse mutuamente el consentimiento para ser marido y mujer.

[255] TACITO, *Annales*, 11,20,2: *Tenet urbem maritus;* QUINTILIANO, *Declamationes*, 347: *Quod imminere ipsi per quaedam ostenta portenderentur nemo negat matrimonium duobus generibus solvitu*.

[256] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 646.

el segundo matrimonio. A lo anterior hay que recordar, la tesis mantenida por el profesor Robleda[257] quien, al establecer las semejanzas entre el Derecho Romano y el Derecho Canónico, sostiene que el vínculo nuevo no anulaba el anterior pero sí era una manifestación anímica indirecta y clara de cesación de la *affectio maritalis*[258].

Para acabar con este requisito podemos señalar que el matrimonio fue siempre severamente monogámico entre los romanos y que la intención ética y recíproca de los cónyuges de constituir un consorcio perpetuo[259], excluye de forma absoluta la posibilidad de imponer condiciones o términos al matrimonio romano.

[257] A. CASTRO SÁENZ, *Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: Un estudio comparativo*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIII (2001) 83 ss. A. Castro Sáenz mantiene que O. Robleda sólo matiza el hecho de que la *affectio* adquiera un valor secundario en el Derecho Canónico, mientras que es fundamental para el Derecho Romano. Así, en Roma el elemento subjetivo resulta imprescindible al ser una manifestación del consentimiento que, hecho consorcio, ha de mantenerse para que el vínculo no decaiga.

[258] Partiendo, en todo caso, de los siguientes pasajes que ya hemos tenido ocasión de explicar, Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab.*).

[259] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 180.

Asimismo, confirmamos que el matrimonio romano fue siempre monogámico a pesar de que existiesen rumores que apuntaban que César trataba de introducir la poligamia motivado, según algunos estudios sobre la materia, al descenso de la población y a que esta fuese permitida por el emperador cristiano Valentiniano I[260].

[260] Sobre la evolución jurídica del matrimonio con Valentiniano y Teodosio, vid. por todos, Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 281; M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, en *Atti IV Convegno Accad. Romanística Constantiniana* (Perugia 1981) 239-257.

F.- La *affectio maritalis* y el *honor matrimonii* como elementos constitutivos del matrimonio

La demostración que hizo C. Manenti[261] en 1885 de que el matrimonio romano no fue un contrato, como analizamos al hablar de la "Teoría Manentiana", ha llevado a la doctrina[262] a extraer dos ideas principales en torno a la institución matrimonial que se vinculan con la existencia de dos elementos constitutivos del vínculo conyugal que le daban vida, es decir, el consentimiento o *affectio maritalis* y la convivencia manifestada en la expresión *consuetudo individua vitae*.

Pues bien, ante esto, de los requisitos positivos que conformaban el *iustum matrimonium* señalados en los epígrafes anteriores, se derivaban dos elementos esenciales que conformaban el matrimonio romano clásico legalmente constituido durante la etapa de mayor esplendor del Imperio y que entendemos que merecen ser objeto de estudio en un epígrafe separado, como son, la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.

---

[261] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., pp. 40-44.

[262] C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 55 ss; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 44-45.

M. J. García Garrido[263] destaca la importancia de ambos en la configuración jurídica del matrimonio romano clásico, conceptualizando el elemento subjetivo como aquel intencional calificado como *affectio* y el objetivo o material, esto es, la convivencia (*coniunctio*, *individuae vitae consuetudo*) reflejada en la consideración social de unión estable y permanente (*honor matrimonii*). En particular, el autor[264] señala que estos no se producían aisladamente sino que la convivencia se daba en cuanto existía la voluntad e intención recíproca de iniciarla y continuarla, por lo que el consentimiento se dirigía siempre a activar dicha convivencia. Teniendo presente las interpretaciones doctrinales que existen sobre la materia y la interrelación entre ambos elementos, vamos a profundizar en lo que se conoce como elemento subjetivo y objetivo del *matrimonium iustum*:

[263] M. J. GARCÍA GARRIDO, *La convivencia...*, op. cit., p. 10 ss.

[264] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., p. 348.

I. Elemento subjetivo, interno o *affectio maritalis*: Con este primer elemento del matrimonio romano clásico, hacemos referencia a la intención y voluntad recíproca y continuada de los cónyuges de tenerse por marido y mujer[265]. Si bien desde la perspectiva de la *uxor* podemos hablar de *consensus*, *mens* o *coentium,* desde el punto de vista del *vir*, lo denominados como *affectio maritalis* siendo necesaria, en todo caso, la renovación diaria de esa intención para llegar al *consortium omnis vitae*.

La *affectio* se configuraba, de este modo, como un elemento subjetivo, inmaterial, trascendental y esencial en el vínculo matrimonial[266] que denotaba una manifestación mutua, entre el hombre y la mujer, de mantener unido el vínculo marital. Si bien se exteriorizaba por determinadas conductas de los cónyuges, como por ejemplo, el compartir mesa, el trato de la mujer hacia los familiares de su esposo o el modo de vestir de la mujer con ropas adecuadas a la posición social de su marido.

[265] A. CASTRO SÁENZ, *Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano...*, op. cit., pp. 75-112; G. LONGO, *Affectio maritalis...*, op. cit., pp. 119, 129 y ss.; R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 293 ss.

[266] Ello se desprende, *a sensu contrario*, de las fuentes que citamos a continuación: Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab.*).

En esta línea, el elemento intencional o *affectio* era aquel requisito esencial para la existencia del matrimonio romano, caracterizado por la intención continua de los contrayentes de vivir como marido y mujer. Conceptualizándose como aquella intención de establecer una sociedad íntima, una relación perpetua para trasmitir el marido a la esposa su propio grado y la propia dignidad social, y procrear, criar y educar los hijos[267]. Sobre la esencialidad de la *affectio maritalis* en relación con el *conubium*, M. I. Núñez Paz[268] no duda en resaltar que esta expresión tiene un contenido más personal y profundo que el propio *consensus*, por lo que se configura como el más apropiado para aludir a la continuidad y preseverancia de la relación marital en época clásica; no obstante, en los textos se suele usar de forma indistinta uno y otro vocablo para hacer referencia al aspecto subjetivo generardor del *iustum matrimonium*[269].

Continuando con esta materia, cabe resaltar que la esencialidad del elemento intencional o volitivo se

[267] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 180.

[268] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 55-77.

[269] Veamos, pues, dos ejemplos en los que la voluntad viene manifestada en distintos términos: Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad Sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad Sab*.).

desprende del hecho de no precisarse una forma determinada para la existencia o validez del matrimonio, configurándose el valor de la forma como probatorio. Lo que derivaba en dos exigencias principales dadas en época clásica como eran, de un lado, que si bien la *affectio maritalis* era el elemento básicamente constitutivo de la relación conyugal debía demostrarse que efectivamente esa intención era cierta. Otro requerimiento era que los únicos sujetos activos del elemento subjetivo eran los cónyuges, quienes debían manifestar esa voluntad continua y duradera de seguir unidos en matrimonio.

II. Elemento objetivo, externo u *honor matrimonii*[270]: Este elemento material del matrimonio romano alude a la cohabitación o convivencia que necesariamente debía existir entre hombre y mujer para considerar la existencia de un *matrimonium iustum*, es decir, el *honor* era la expresión de voluntad manifestada en un comportamiento exterior en el ámbito de las relaciones sociales[271]. Se trataba de una convivencia en sentido ético pues no se precisaba que esta fuese efectiva ni que la cohabitación entre hombre y mujer se hiciera bajo un mismo techo y compartiendo la misma casa[272] pues, siempre que se respetaran mutuamente, podía

[270] En este punto, recordamos la dificultad de demostrar el estado civil de las personas físicas en Roma por no existir un registro oficial de matrimonios, tal y como nos advertía, E. QUINTANA ORIVE, *Observaciones sobre la prueba del estado civil...*, op. cit., p. 1 ss.

[271] R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 56.

[272] El fundamento del elemento externo se contiene en los textos que describimos: D. 23,2,5 (Pomp. 4 ad *sab.*): *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii;* D. 23,2,6 (Ulp. 35 *ad sab.): Denique Cinna scribit: eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a coena iuxta Tiberim periisset, ab uxore lugendum, responsum est;* D. 23,2,24 (Mod. 1 *reg.): In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*; Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); CJ. 12,1,13: *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus et forum ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus, sin autem minoris ordinis*

iniciarse en ausencia del marido subsistiendo cuando los cónyuges habitasen largo tiempo por separado[273].

Una definición que entendemos que se ajusta a lo que conocemos por *honor matrimonii* en sentido clásico, la encontramos en diversas aportaciones doctrinales que lo definen como el respeto o consideración que se deben los cónyuges recíprocamente. Afirmándose[274] que se trataba de la consideración social del matrimonio iniciada con los siguientes actos fundamentales: i.- la cena en casa del *pater familias* de la novia; ii.- la entrega por la familia de la novia al novio; i.- y, finalmente, el traslado en

virum postea sortitae fuerint, priore dignitate privatae posterioris maritii sequantur condicionem.

[273] En cuanto a la ausencia en Roma y la dificultad de aportar un concepto propio, vid. por todos, B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: Absentia y postliminium* (Granada 2008) 17-18. El profesor Periñán realiza en su obra un análisis exhaustivo de esta institución remitiéndose a las fuentes que de forma indirecta abordan el tema de la ausencia. En concreto, afirma que el más representativo de los testimonios jurisprudenciales se establece en D. 23,2,10 (Paul. 35 *ad ed*.), pues en él se recoge la importancia del permiso paterno para la celebración del matrimonio y cómo, la ausencia o ignorancia del paradero del *pater*, pudo causar graves problemas jurídicos. Reproducimos el texto completo al que el autor se refiere: D. 23,2,10 (Paul. 35 *ad ed*.): *Si ita pater absit, ut ignoretur, ubi sit, et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur. Et si triennium effuxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit, et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimunium vel nuptias legitimas contrahere*.

[274] F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico*..., p. 400 ss.

comitiva de la novia a la casa del novio. De este modo, el elemento incluye tanto a *l´individua vitae consuetudo* como el *consortium omnis vitae* que señalaba S. Solazzi[275]", ya que es una expresión relacionada con la filosofía griega de difícil interpretación. Se utiliza, pues, el término "consorcio" aplicado al *honor matrimonii* por reflejar la idea de convivencia entre varón y hembra[276].

[275] S. SOLAZZI, *Consortium omnis vitae...*, op. cit., p. 317 ss.

[276] D. 14,2,5 pr. (Hermog. 2 *iuris epit.*): *Amissae navis damnum collationis consortio non sacitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: Nam huius aequitatem tunc admitti placuit, cum iactus remedio ceteris in communi periculo salva navi consultum est*; D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad edict.*): *Idem Papinianus eodem libro ait, si inter frates voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis, quamvis filius emancipatus haec non cogatur conferre fratri, inquit, in potestate manenti, quia et si in potestate maneret, praecipua ea haberet*; Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*); Cfr. D. 23,2,24 (Mod. 1 *reg.*); D. 27,1,31,4 (Paul. 6 *quaest.*): *Ceterum putarem recte facturum praetorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. Neque igitur fratres consortes plurium loco habendi sunt, neque non fratres, si idem patrimonium habent et ratio administrationis pariter reddenda sit. et ex diverso fratres diviso patrimonio duae tutelae sunt: non enim, ut dixi, numerus pupillorum, sed difficultas rationum conficiendarum et reddendarum consideranda est;* D. 48,5,35 pr. (Mod. 1 *reg.*): *Strupum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*. Estos dos últimos pasajes expresan la permanencia de la unión, a través del término *consuetudo*.

Para concluir con la importancia del elemento objetivo de la convivencia, destacar que si bien el matrimonio romano fue una realidad social éste requería de la faceta exterior para considerar la existencia jurídica de la relación conyugal. De este modo lo indica M. I. Núñez Paz[277] cuando sostiene que el *honor matrimonii* era el "espejo del matrimonio mismo" y la consideración recíproca que los cónyuges debían guardarse como tales, materializada en los derechos y deberes morales inherentes a su condición.

De tal forma que el elemento objetivo se definiría como un criterio social con importantes repercusiones en el ámbito jurídico, del que se precisan dos matizaciones[278], de un lado, se configuraría como el efecto

[277] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 58-77.

[278] L. R. ARGÜELLO, *Manual de Derecho Romano* (Buenos Aires 1997) 5 ss. El profesor Argüello destaca en su obra cómo la celebración del matrimonio en Roma no exigía fórmula jurídica ni acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni un registro especial. Así, la *affectio maritalis* (elemento esencial y característico del matrimonio) no podía quedar en la intimidad de la conciencia de los cónyuges y debía salir de lo meramente subjetivo y hacerse pública, máxime cuando el matrimonio tenía que distinguirse de otras uniones como el concubinato. Además, hacía falta la manifestación exterior del *honor matrimonii* que era el elemento que reflejaba el modo de comportarse en sociedad los esposos y, muy especialmente, el trato que el marido dispensaba a la mujer que debía ocupar la posición social de aquél y la dignidad de la esposa.

mediato del matrimonio y no como un elemento constitutivo, pues surgía inmediatamente después de la *affectio* y, de otro, que el Derecho Romano precisaba de la exteriorización de dicho matrimonio mediante diversos medios probatorios.

G.- Naturaleza fáctica del matrimonio clásico y sus efectos para el Derecho Romano

El análisis de los efectos jurídicos que el Derecho Romano reconocía al *matrimonium iustum*, requiere un apartado específico en nuestra investigación para poder entender las diferencias esenciales entre matrimonios "perfectos" y aquellos otros considerados como menos perfectos o "imperfectos" por no cumplir con los requisitos exigidos por el Derecho clásico, como para considerarlos como tal.

En esta línea, al hablar de la naturaleza jurídica del matrimonio clásico validamente constituido nos referimos a aquellos vínculos contraídos entre quienes tienen reconocido por el Derecho Romano el *ius conubii*, configurándose el *conubium* como un requisito positivo para constituir un *matrimonium* legal[279]. La existencia y permanencia del matrimonio estaba en dependencia directa tanto de que existiese *conubium* como de la voluntad recíproca de los cónyuges o *affectio maritalis* de mantener el vínculo conyugal, y en el momento en el que cualquiera

[279] R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 426 ss. El profesor López Rosa advierte, específicamente, de la importancia del *conubium* en la institución matrimonial.

de esos dos elementos desaparecía, el matrimonio clásico se consideraría finalizado[280].

Se ha venido insistiendo repetidamente por algunos autores[281] que los matrimonios contraídos conforme a la ley producían plenos efectos para el Derecho Romano clásico, entendiendo la expresión "plena eficacia" como aquella que se producía cuando el vínculo conyugal de un determinado *matrimonium iustum* cumplía con los requisitos que hemos ido examinando. Reparándose también en la importancia de la existencia de *conubium* entre los que se unían, pues en estos casos se producía la *patriapotestas* sobre los hijos habidos en el matrimonio, se daba validez a la herencia, se establecía la prohibición de donaciones entre los cónyuges, se impedía la existencia de doble matrimonio, y el marido

[280] A. FERNÁNDEZ y J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho...*, op. cit. p. 32 ss.; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.

[281]. R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*..., op. cit., pp. 103-110. R. Astolfi, al tratar los efectos del matrimonio, sostiene que: "Il matrimonio determina fra i coniugi una comunanza di vita, epressione ordinaria della communanza di vita tra i coniugi è la coabitazione. La casa coniugale è quella in cui vive il marito; è nella casa del marito che normalmente la moglie viene condotta, quando si concluye il matrimonio: deductio in domum viri. Il matrimonio costituisce il presuposto per l´acquisizione della manus da parte del marito sulla moglie, la manus completa e acentúa i tratti della communanza di vita tra i coniugi. Quando il ius sacrum impone a un cónyuge di tenere un comportamento nei confronti dell´altro e il cónyuge disubbidisce, offende la divinità".

se reservaba el derecho de acusar a la mujer en caso de adulterio[282].

Del mismo modo, tanto A. Fernández De Buján[283] como L. C. Rosenfeld[284] analizan de forma muy precisa cuáles eran los efectos jurídicos del matrimonio romano señalando expresamente que: i.- de un lado, los cónyuges adquirían a través del matrimonio romano el título de *vir* y *uxor*, lo que hacía que la mujer participase de la condición social y la dignidad del marido, y reconociéndose a ambos los derechos sucesorios y de alimentos[285]; ii.- asimismo, debía

[282] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 255 ss.

[283] A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009), pp. 150-155.

[284] L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., pp. 112-113.

[285] En cuanto a la evolución jurídica de la herencia de la mujer y la prestación de alimentos entre los que se unían maritalmente, vid. por todos, J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria,* en *RGDR* IV (2005) 1-50; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano: Ascendientes y descendientes*, en *RGDR* VIII (2007) 1-25; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges*, en *RGDR* X (2008) 1-30; E. VARELA MATEOS, *Los derechos hereditarios de las mujeres...*, op. cit., p. 1 ss. Concretamente, en su último artículo el profesor Alburquerque analiza la problemática que se ha venido planteando en torno al origen del deber de alimentos entre cónyuges, destacando que dicha obligación seguro que se dio en la etapa justinianea y no en la época clásica, al decir que: "Nos encontramos criterios aparentemente más atendibles de

existir un consentimiento mutuo y respeto a la fidelidad conyugal pues el adulterio de la mujer estaba más castigado que el del hombre; iii.- cuando la *manus* cayó en desuso, se generalizó el régimen de la dote de forma que la mujer contribuía con ella a solventar las cargas del matrimonio; iv.- los hijos nacidos del *matrimonium iustum* eran considerados como hijos legítimos o *libelis iustis* en la Roma clásica; v.- las donaciones entre cónyuges eran absolutamente nulas para no crear un espíritu de interés en las relaciones matrimoniales, en perjuicio del cónyuge que fuera más generoso; vi.- finalmente se presumía, salvo que se demostrase lo contrario, que el aumento patrimonial de la mujer que contraía matrimonio provenía de su marido.

algunos estudiosos que si admiten la prestación de alimentos entre cónyuges, pero, exclusivamente, a partir del período de ampliación justinianea. En el elenco de criterios diferentes podíamos recordar a los romanistas que admiten la obligación de alimentos en época justinianea pero no con carácter recíproco, es decir sólo podría ser exigida por la mujer. Asimismo, existen opiniones entre los investigadores en las que se niega la prestación de alimentos entre cónyuges en época clásica, en época post-clásica, incluso en la etapa justinianea, y concluyen afirmando que la obligación de alimentos entre cónyuges es más probable que adquiriera una auténtica legitimidad en el conocido derecho común".

Con la finalidad de exponer más fácilmente tales consecuencias jurídicas, nosotros hemos clasificado en dos los efectos principales reconocidos por el Derecho Romano a este tipo de matrimonios válidamente constituidos[286]:

I. Efectos jurídico-personales del *matrimonium* sobre la prole: Cumpliendo las notas esenciales, el *matrimonium* clásico producía una serie de efectos personales que derivan de la propia naturaleza de la institución conyugal. En este punto, mientras que en las primeras épocas del Imperio la mujer se consideraba como *loca filiae*, ya en la etapa clásica predominó la figura de la mujer y su permanencia en la familia originaria con la consideración social de *uxor*. Asimismo, ambos cónyuges tenían la obligación jurídica de respetarse y hacer reverencia mutua, en especial, durante la etapa clásica y postclásica. Otro efecto personal era la legitimidad de los hijos que nacían dentro del vínculo marital[287], puesto que estos quedaban

[286] En general, por lo que respecta a los efectos del matrimonio romano en cuanto a la filiación legítima y los derechos sucesorios, la dote y las donaciones nupciales, vid. por todos, C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.

[287] A sensu contrario y, como veremos posteriormente, decir que variaba la consideración jurídica de los hijos ilegítimos en función del tipo de relaciones extra-familiares en el que hubieran nacido, siendo la regla general que si el matrimonio era legítimo los hijos seguían la condición del padre y si no se trataba de justas nupcias, la de la madre. Sobre este principio general y sus excepciones, vid. por todos,

sometidos a la *patria potestas* del *pater* y asumían el *status* que este tenía en el momento de la concepción, abarcando en esta clasificación a los adoptados (*adoptione plena*) no *vulgo concepti*, porque se colocaban en igual posición que los hijos naturales[288].

En cuanto a los cónyuges, podemos señalar que hasta la época clásica existía una relación de superioridad del hombre frente a la mujer que se manifestaba en hechos como que la *uxor* obtenía el rango social del marido[289] (rango

J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 6-7.

[288] Entre las fuentes destacamos, Gai. 1,30: *Ideo autem in ipso filio verba adiecimus "si et ipse eiusdem condicionis sit", quia si uxor Latini civis Romana est, qui ex ea nascitur, ex novo senatus consulto, quod auctore divo Hadriano factum est, civis Romanus nascitur*; Gai. 1,56: *(…) Si cives romanas uxores duxerint vel etiam latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant: Cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non cives romani fiant, sed etiam in potestate patris sint;* Gai. 1,80: *Eadem ratione ex contrario ex latino et cive romana, sive ex lege aelia sentia sive aliter contractum fuerit matrimonium, civis romanus nascitur. fuerunt tamen, qui putaverunt ex lege aelia sentia contracto matrimonio latinum nasci, quia videtur eo casu per legem aeliam sentiam et iuniam conubium inter eos dari (...) et semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat (...), aliter vero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi et ob id esse civem romanum. sed hoc iure utimur ex senatus consulto, quo auctore divo hadriano significatur, ut quoquo modo ex latino et cive romana natus civis romanus nascatur.*

[289] D. 1,9,1,1 (Ulp. 62 *ad edict*.): *Consulares autem feminas dicimus consularium uxores: Adiicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est, nec unquam receptum;* D. 1,9,8 (Ulp. 6 *fideic.*): *Feminae*

consular, senatorio, etc.) y pasaba a vivir en el domicilio del marido[290] que se convertía en el hogar familiar[291].

II. Efectos jurídico-patrimoniales[292]. La constitución de la dote: En cuanto a lo efectos patrimoniales, destacar que uno de los principales efectos principales que producía el matrimonio romano era el de la constitución de la *dos*; la dote o *dos* (*do* viene del verbo *dare,* que significa dar o donar) hacía referencia a aquel conjunto de bienes o liberalidades que la mujer u otro por ella, entregaba al

nuptae clarissimis personis clarissimarum personarum appellatione continentur. Clarissimarum feminarum nomine senatorum filiae, nisi quae viros clarissimos sortitae sunt, non habentur: Feminis enim dignitatem clarissimam mariti tribuunt, parentes vero, donec plebeii nuptiis fuerint copulatae: Tamdiu igitur clarissima femina erit, quamdiu senatori nupta est vel clarissimo aut separata ab eo alii inferioris dignitatis non nupsit.

[290] D. 50,1,38,3 (Papirius Iustus 2 *de constitut.*): *Item rescripserunt, mulierem, quamdiu nupta est, incolam eiusdem civitatis videri, cuius maritus eius est, et ibi, unde originem trahit, non cogi muneribus fungi;* Cfr. CJ. 12,1,13.

[291] M. L. LÓPEZ HUGUET, *Un estudio sobre la configuración jurídica del término domicilium...*, op. cit., p. 1 ss.

[292] Para un estudio detallado de las relaciones patrimoniales en el matrimonio, la dote y la problemática de la restitución, vid. por todos, R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in Iure"...*, op. cit.; R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 57 ss.; L. SALOMÓN SANCHO, *Las retentiones en la actio rei uxoriae*, en *RGDR* X (2008) 1-22.

marido con la intención de sobrellevar las cargas del matrimonio[293].

Al principio se estableció la constitución de la dote como una costumbre cuya finalidad era la de dar sustento económico al matrimonio pero pronto pasó a ser una obligación del padre y, en algunos supuestos, también de la madre. Sin embargo, a partir de la República se atenúan

[293] Entre las fuentes que regulan la dote podemos destacar: D. 23,2,7 (Paul. libr. sing. *ad Leg. Falcid.*): *Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo et dotem, et de dote habeas actionem*; D. 23,2,19 (Marcian. 16 *dig.*): *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex Constitutione Divorum Severi et Antonini per Procónsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit*; Cfr. D. 23,2,33 (Marcel. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); D. 23,2,52 (Paul. 6 *ad sab.*): *Incestae nuptiae neque dotem habent, et ideo omne, quod perceptum est, licet fructum nomine, auferetur*; D. 23,2,58 (Marcian. 4 *reg.*): *A divo Pio rescriptum est, si libertina Senatorem deceperit, quasi ingenua, et ei nupta est, ad exempum Praetoris Edicto dandam in eam actionem, quia ex dote nullum iucrum habet, quae nulla est*; D. 23,2,61 (Pap. 32 *quaest.*): *Dote propter illicitum matrimonium caduca facta exceptis impensis necessariis, quae dotem ipso iure minuere solent, quod indicio de dote rediturus esset maritus, solvere debet;* D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit.*): *Praefectus cohortis vel equitum, aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat; matrimonium non erit; quae species pupillae comparanda est, quum ratio potentatus nupcias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest. Exemplo tamen pupillae nuptae tutori, quod relictum est, potest mulier consequi, pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est.*

considerablemente las notas rígidas de etapas anteriores y deja de ser una institución eminentemente patriarcal y marital, para regirse por las nuevas concepciones del pretor y de la legislación imperial.

Por lo que se refiere a los elementos constitutivos esenciales que le definen, podemos diferenciar los siguientes[294]: i.- en primer lugar, la dote está formada por aquel conjunto de bienes o liberalidades, es decir, todo bien apto para transmitirse y proporcionar un disfrute aunque sea temporal; ii.- en segundo lugar se constituye con la finalidad clara de sustentar y sobrellevar las cargas del matrimonio; iii.- por último, la dote es una institución condicional pues extinguido o disuelto el matrimonio, esta carece de sentido y ha de restituirse al que, en su momento, la constituyó.

[294] L. SALOMÓN SANCHO, *Las retentiones en la actio rei uxoriae*..., op. cit., p. 1 ss.

En consecuencia, su naturaleza patrimonial derivaba de ser una institución condicional que dependía del matrimonio para ser eficaz, siendo su cuantía proporcional a las posibilidades económicas de la persona que la constituía[295].

[295] Sobre la importancia de la *dos* para el matrimonio romano, vid. D. 23,3,56,1 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt ad onera matrimonii sustinenda*.

III. El *iniustum matrimonium* ante la ausencia de *conubium*

La importancia del consentimiento como requisito constitutivo del matrimonio romano *iustum* deriva de la necesidad de que esa *voluntas* manifestada externamente fuese auténtica entre quienes estaban provistos de *conubium*. En realidad, el Derecho clásico no trataba de descubrir la intención de los cónyuges a la hora de contraer el vínculo matrimonial, sino más bien se limitaba a exigir una voluntad jurídica, consciente y verdadera, de querer formar un *matrimonium iustum* basado el ius *conubii* recíproco de los contrayentes.

Por este motivo, en Roma aparecieron distintas clases de uniones en función de los presupuestos que las conforman, y la particularidad que presenta cada una de ellas es que carecen de los requisitos y elementos esenciales para considerarlas matrimonios contraídos conforme al Derecho clásico. A tenor de lo expuesto, forman parte de la clasificación de *iniustum* o *sine conubio* ante la ausencia de *conubium* (de forma directa o indirecta) y de *affectio maritalis*, especialmente.

En cuanto a esta distinción entre *matrimonium iustum* del que no lo es, M. Falçao[296] parte del análisis del *conubium* para determinar que faltando este requisito positivo de capacidad jurídica puede que existiese una unión pero no de carácter conyugal, sino extra-familiar, por lo que en ningún caso podía producir los efectos propios de las relaciones lícitas.

Algunos autores han tratado de resumir la esencia de estos tipos de *matrimonium non iustum* incidiendo no sólo en su naturaleza jurídica sino también en los efectos atribuidos a este tipo de vínculos maritales. En este sentido, D´Ors[297] afirma que el derecho a contraer un matrimonio legítimo se llama *conubium,* y sólo lo tienen los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados, puesto que lo que la unión conyugal de los que no tenían *conubium* no producía efectos jurídicos y se consideraba como un *matrimonium iniustum* pero no nulo, pues de nulidad no se puede hablar propiamente porque el matrimonio romano no es considerado como un acto jurídico sino como una

[296] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 261. Literalmente mantiene que: "Geralmente, a doctrina fala de ius conubii para designar o directo natural de todo o homem a contrair matrimónio (…). Isto nâo quer dizer que, faltando o conubium, nâo existisse de modo algum matrimónio, por ejemplo na relaçáo conjugal de um cidadâo romano com uma latina ou estrangeira".

[297] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 282.

situación de hecho. Por su parte E. Volterra[298], al tratar este tipo de matrimonios, parte también de la importancia del *conubium* como requisito positivo consistente en la capacidad jurídica y recíproca de constituir una relación conyugal válida, por lo que su ausencia iba a determinar la configuración de matrimonios no justos desde el punto de vista del Derecho Romano clásico.

A la hora de exponerlos, hemos diferenciado entre matrimonios *iniustum inexistentes* (o *non potest)* y matrimonios *nulos o ineficaces* (*nullum*) pues presentan supuestos distintos, tal y como vamos a examinar seguidamente[299]. Lo cierto es que en las fuentes no existe una diferenciación clara entre ambas clases de matrimonios injustos[300], y debemos acudir a la consideración del vínculo conyugal como un hecho social con relevancia jurídica y no meramente como una *res facti*.

---

[298] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 469.

[299] En desarrollo de los matrimonios ilícitos e injustos en Roma, vid. por todos, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano* (Milano 1940) 159 ss.; J. R. CLARKE, *Sexo en Roma, 100 a.C-250 d.C*. (Madrid 2003).

[300] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales en época republicana*, en R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos Planes de estudio* (Jaén 1999) 195-210; P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis* (Valencia 2001) 60 ss.

A.- La autenticidad de la *affectio maritalis* y falta de presupuestos en el matrimonio romano

Los conocidos entre la Jurisprudencia romana como *iniustum matrimonium* o *matrimonium sine conubio* eran aquellos supuestos especiales de uniones entre hombre y mujer, que no cumplían con las exigencias y presupuestos propios del *iustum matrimonium* ni desplegaban, por tanto, plenos efectos jurídicos para el Derecho Romano en su etapa de mayor esplendor. Podemos confirmar que se trataba de una figura jurídica a la cual el Ordenamiento romano le había conferido una serie de consecuencias diferentes, a los otros matrimonios constituidos legalmente bajo las exigencias del *ius conubii* y en cumplimiento de todos lo requisitos exigidos como para considerarlos como tal, pues en todo caso faltaba el requisito de capacidad jurídica y/o el elemento subjetivo o intencional generador del vínculo marital, esto es, la *affectio maritalis*.

Para comprender la falta de presupuestos en el matrimonio romano, seguidamente analizamos etimológicamente la expresión *iniustum matrimonium*. En primer lugar, resaltar que el origen latino del adjetivo *iniustum* provine del sustantivo *iniustitia*, es decir, "injusticia" aludiendo de un modo genérico a "aquello que no es justo, recto o legal, sino desleal e inmoral y no observa o no se acomoda

al derecho". Por lo que aplicándolo al matrimonio romano, se puede decir que era aquella unión sin relevancia jurídica propia o, como señala M. Falçao[301], sin los requisitos necesarios para darse un matrimonio jurídicamente relevante, esto es, sin *conubium*, ni capacidad física para ejercer el acto conyugal y carente del consentimiento de las partes interesadas. Igualmente, ello se deduce de los siguientes textos que de alguna forma abordan esta cuestión:

D. 38,11,1 pr. (Ulp. 47 *ad edict.*): *Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet. ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest: nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest*.

[301] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 8-9.

En el pasaje que acabamos de transcribir sobre la herencia, el jurista Ulpiano mantiene que sólo podían reclamar la *bonorum possesio* (*ut bonorum possessio peti possit*) aquellos matrimonios contraídos conforme al Derecho Romano entre un hombre y una mujer (*unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet*). Excluyendo, en este punto, a los matrimonios injustos (*si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest: nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest*).

D. 50,1,37,2 (Callist. 1 *de cognition.*): *Mulieres, qua in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est, sed unde hipase ortae sunt; dique divi fratres rescripserunt*.

En un sentido general, en este texto se afirma que en aquellos matrimonios no legítimos (*qua in matrimonium se dederint non legitimum*), las mujeres no se encuentran integradas en la familia del marido ni tienen asignadas las tareas domésticas propias de una *mater* (*mulieres...non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est, sed unde hipase ortae sunt; dique divi fratres rescripserunt*). Por lo que no se producían los efectos

propios del *iustum matrimonium* por faltar los presupuestos constitutivos.

En todo caso lo cierto es que el m*atrimonium iniustum*, entendido como matrimonio injusto, si bien lícito y válido, celebrado entre ciudadano y peregrino, en los que en virtud de una *Lex Minicia* los hijos habidos en los mismos seguían la condición jurídica del cónyuge no ciudadano, se suele equiparar con el *matrimonium sine conubio* y el *matrimonium iuris gentium*: i.- *matrimonium sine conubio:* matrimonio contraído entre dos personas que carecen del ius conubii o entre un ciudadano y un peregrino, el cual siendo matrimonio lícito no producía los efectos propios de las iustae nuptiae y los hijos habidos seguían la condición del cónyuge no ciudadano. También se le denomina iniustum; ii.- *matrimonium iuris gentium:* matrimonio que no tenía la consideración de legítimo o *iustum*, en razón de que uno de los cónyuges no es ciudadano romano, bien por ser originariamente peregrino, bien por haber perdido la ciudadanía como consecuencia de una condena. También se da este nombre por los autores modernos al *matrimonium iniustum*.

Por su parte, A. Torrent[302] también aborda de forma genérica el concepto de *matrimonium* reparando en aquellos calificados como *iniustum*, dándoles un carácter más social que jurídico y destacando el principio exogámico propio de tales uniones. El profesor al tratar esta cuestión enumera cuáles eran los matrimonios *sine conubio* atestiguando que, aparte de las prohibiciones para contraer matrimonio entre *cognati, adgnati y adfines* (que en los casos más graves de matrimonios endogámicos eran calificados como *nuptiae nefariae atque incestae*[303], *matrimonium iniustum* y, por tanto, inválidos por estar privados de causa eficiente), nos encontramos con los siguientes: i.- el de la mujer culpable de adulterio con su cómplice; ii.- el matrimonio del tutor (y sus descendientes y ascendientes) con la pupila; iii.- el matrimonio del funcionario provincial con mujer con residencia en la misma provincia; iv.- y, en última instancia, el de los senadores (y sus descendientes) con mujeres de condición libertina.

[302] A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano* (Madrid 2005) 692-693.

[303] Gai. 1,64: *Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique; nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi, quos mater vulgo concepit: Nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is et incertus sit; unde solent spurii filii appellari vel a graeca voce quasi sporaden concepti vel quasi sine patre filii.*

Igualmente, el autor añade que el Derecho postclásico-justinianeo prohibió además los matrimonios entre raptor y raptada, entre el padrino (de bautismo) y la ahijada por entender que atentaba contra el parentesco espiritual que se creaba entre ambos, así como el contraído entre cristianos y hebreo, y el de quien hubiera pronunciado voto de castidad o hubiese tomado órdenes (religiosas) mayores. Sin embargo, aclara que la violación del llamado *tempus lugendi* no invalidaba el matrimonio de la viuda. Finalmente, considera que también era *matrimonium iniustum* el contraído por impúberes (que no tenían capacidad sexual para la procreación), pero podía convalidarse al alcanzar la pubertad[304].

De esta primera aproximación etimológica deducimos, en segundo término, que para el Derecho Romano clásico el *matrimonium iniustum* o *iniustum matrimonium* era aquella unión marital lícitamente contraída y válida aun considerada injusta, por haber sido contraída entre dos personas desprovistas del presupuesto de capacidad jurídica y derecho al matrimonio (*conubium*) o entre un *cives* y un peregrino.

[304] L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale…,* op. cit.

Siguiendo los estudios[305] sobre el origen de este tipo de matrimonios *contra legem*, afirmamos que nos encontramos con expresiones sinónimas que hacen alusión a este tipo de uniones carentes de los requisitos derivados de la propia naturaleza del *iustum matrimonium*, que sí podían desplegar efectos como matrimonio para el derecho extranjero, como son entre otras, *iniustae nuptiae*, *matrimonium non iustum*, *matrimonium sine conubio* o, incluso, el modernamente denominado por la doctrina como *matrimonium iuris gentium*[306].

[305] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 461. Expresamente el autor sostiene que: "La espressioni usate, matrimonium nullum, illicitum, iniustum, contra legem non corrispondono ciascuna ad una concezione giuridica diversa, ma esprimono semplicemente l´idea univoca che l´unione coniugale, pur esistendo di fatto, manca di uno o più dei requisiti per poter essere qualificata come iustum matrimonium e spiegare effetti giuridici".

[306] En este último supuesto resaltar que, por la Ley Minicia (S. I a.C.), se establece que en caso de que la ciudadana romana se casase con un extranjero dotado de *ius conubii*, los hijos habidos en dicho matrimonio seguían la condición del padre, siendo entonces extranjeros. Algunos autores denominan a este tipo de matrimonios como *iniustum matrimonium* y otros, en cambio, los han calificado de matrimonios propios del derecho de gentes.

1. Régimen unitario ante la inexistencia de requisitos constitutivos

Para comprender el régimen unitario en materia de *matrimonium iniustum* debemos considerar las palabras de E. Volterra[307] quien, al tratar la problemática suscitada en torno a este tipo de matrimonios *sine conubio*, manifiesta expresamente que al *iniustum matrimonium* le faltaba el requisito del *ius conubii*, presupuesto esencial para poder contraer matrimonio conforme a las reglas del Ordenamiento jurídico romano. No obstante, no podía considerársele nulo sino que de él no se derivaban los efectos jurídicos propios del matrimonio legítimo concebido como *iustum matrimonium* por cumplir con las exigencias del Derecho Romano clásico.

[307] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 441 ss. El profesor E. Volterra repara en el análisis textual de este vocablo diferenciándolo de aquellos matrimonios nulos o inexistentes al decir literalmente que: "La giurisprudenza romana avrebbe elaborato la nozione del matrimonium iniustum. Ora a me sembra che la varietà di espressioni usate per esprimere situazioni giuridiche del tutto analoghe sia dovuta al fatto che la stessa nozione del matrimonio all´epoca classica escludeva che i giuristi potessero configurare teóricamente la nullità del matrimonio nel significato tecnico che i moderni danno a aquesto termine e distinguirla dall´annullabilità e dall´inefficacia e tanto meno costruire la figura giuridica dell´iniustum matrimonium, diferenciándolo dal matrimonio nullo e da quello inesistente".

Entendemos que el autor delimita de forma precisa el alcance jurídico del concepto *iniustum matrimonium*, definiéndolo como aquella unión entre dos personas validamente constituida, pero con carácter y efectos jurídicos diversos al *matrimonium iustum*, que no daba lugar a la nulidad matrimonial y, en cuya virtud, los hijos habidos en dicha relación seguían la condición del cónyuge no ciudadano. Si bien es cierto que, en general, no no resulta fácil entender el ámbito de aplicación de los *matrimonium iniustum* y ha sido la propia Jurisprudencia la que se ha encargado de aportar cuál es el alcance y contenido de este tipo de matrimonios, considerados como válidos aun carentes de *conubium*.

En cualquier caso, la nota esencial que diferencia los *matrimonium iniustum* de los *iustum* es la de la existencia o no de *conubium*, tal y como deducimos de las palabras del jurista Gayo y del Ulpiano cuando abordan el concepto y presupuestos elementales del matrimonio legal en Roma[308]. A

[308] Gai. 1,78: Q*uod autem diximus, inter civem romanam peregrinumque nisi conubium sit (?), qui nascitur peregrinum esse, lege minicia cautum est, ut is quidem deterioris parentis condicionem sequatur. eadem lege ex diverso cavetur, ut si peregrinam, cum qua ei conubium non sit, uxorem duxerit civis romanus, peregrinus ex eo coitu nascatur. sed hoc maxime casu necessaria Lex Minicia: nam remota ea lege diversam condicionem sequi debuisset, quia ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit. qua parte autem iubet Lex ex cive romano et peregrina peregrinum*

sensu contrario, la carencia del requisito de capacidad jurídica entre hombre y mujer con capacidad natural, determinaba la consideración de *iniustum* o *ilegitima*; de manera que el *conubium* se configuraba como un requisito o presupuesto positivo de validez cuya inexistencia daba lugar a ciertas limitaciones matrimoniales.

Aunque analizaremos posteriormente cada supuesto, nos gustaría acabar este apartado de nuestro estudio dedicado al régimen unitario de este tipo de matrimonios, citando algunas expresiones extraídas de textos[309] que hacen uso de

nasci, supervacua videtur: nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat; Cfr. Ulp. 5,2.

[309] D. 23,2,12,1 (Ulp. 26 *ad sab.*): *Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur*; Cfr. D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*); D. 23,2,15 (Pap. 4 *resp*.): *Uxorem quondam privigni coniungi matrimonio vitrici non oportet nec in matrimonium convenire novercam eius qui privignae maritus fuit;* D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig*.): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur*; Cfr. D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap*.); D. 23,2,42 pr. (Mod. libro sing. *de ritu nupt*.): *Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit*; D. 23,2,42,1 (Mod. libro sing. *de ritu nupt*.): *Si Senatoris filia, neptis proneptis libertino vel qui artem Iudicram exercuit, cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt;* Cfr. D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit*.); D. 23,2,66 pr. (Paul 2 *sentent*.): *Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit*; Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 39,5,31

forma directa o indirecta de la expresión *matrimonium non iustum* y que complementan nuestra investigación, como son: *nuptiae contrahi non possunt*, *nec matrimonium est*, *matrimonium non erit*, o literalmente *non est matrimonium*.

De las fuentes expuestas previamente se derivan las siguientes consecuencias jurídicas, que resumimos en las siguientes líneas: i.- el matrimonio romano estaba formado por la intención de ser marido y mujer, no por la propia unión de hecho; ii.- la locura no impedía el matrimonio debidamente contraído, aun pudiendo ser una unión *sine conubio*; iii.- no se contraía matrimonio legal entre quienes no se deseaban casarse o simulaban dicho acto, pues el consentimiento era lo que configuraba la unión marital y no la cohabitación; iv.- en cualquier caso, no bastaba un simple documento para considerar un matrimonio vaálido en Roma.

pr. (Pap. 12 *resp*.)*;* D. 48,5,7 (Marcian. 10 *institut*.): *Qui pupillam suma duxit uxorem contra consultum, nec matrimonium est hoc et potest adulterii accusari, qui tutor vel curator fuit et intra vicensimum sextum annum duxit uxorem non a patre desponsam vel destinatam vel testamento denominatam;* Cfr. D. 50,1,37,2 (Callist. 1 *de cognition.*); Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab*.).

2. Los efectos de este "matrimonio"

Derivado de la propia naturaleza del *matrimonio iustum* es el hecho de que, en ausencia de los presupuestos y elementos esenciales para conformarlo como tal, los matrimonios contraídos con carácter *non iustum* no podían producir los mismos efectos jurídicos que los legalmente conformados o, incluso, podían no generar efecto jurídico alguno (en caso de ineficacia absoluta), considerándose como meros actos sexuales *contra natura*[310]*.* En este sentido, E. Volterra[311] manifiesta la imposibilidad de desplegar dichas consecuencias durante la etapa clásica cuando afirma que el matrimonio existe jurídicamente cuando un hombre y

[310] Así pues, centrándonos en la Ley Scantinia y el castigo con multa a todos aquellos actos sexuales *contra natura*, vid. por todos, J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p 8.

[311] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, pp. 450, 453 y 469. Lo que expresa literalmente con las siguientes palabras: "L´unione coniugale di un uomo e di una donna è giuridicamente qualificata iustum matrimonium e spiega effetti giuridici se vi sono i tre requisiti (…): altrimenti non esiste giuridicamente ed è priva di effetti (…) nè può avere più gli effetti giuridici propri di questo. L´unione coniugale esiste giuridicamente e spiega effetti quando sussistono i requisiti richiesti: in mancanza anche di uno solo di questi, non esiste giuridicamente ed è carente di effetti (…). Questa concezione è destinata a modificarse profundamente nel diritto giustinianeo, data la nuova configurazione giuridica del matrimonio, che è ormai divenuto un vero e proprio negozio giuridico, sorto in conseguenza di una manifestazione iníciale di volontà expresa in determinate forme".

una mujer libres que tenían el *conubium* y siempre que entre ellos no existiera ningún impedimento legal, establecían una relación conyugal con la voluntad efectiva y continuada de estar unidos duraderamente en matrimonio. Lo que simbolizaba una unión sin relevancia jurídica o, como ya nos advertía previamente M. Falçao[312], un matrimonio que no cumplía con los requisitos necesarios para ser jurídicamente relevante a efectos del Derecho Romano.

Si siguiéramos una interpretación, *a sensu contrario,* de los efectos que se derivaban de los matrimonios contraídos conforme al Derecho romano clásico, según los estudios[313] concluiríamos que en los *matrimonium iustum* los cónyuges no adquirían a través del matrimonio romano el título de *vir* y *uxor*, por lo que la mujer no participaba de la condición social y la dignidad del marido ni se le reconocían derechos sucesorios ni la prestación de alimentos[314]. Igualmente, tampoco existía un consentimiento

[312] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 8-9.

[313] A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009), p. 150-155; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., pp. 112-113.

[314] En este sentido, recordemos que previamente hemos justificado que dicha obligación sí se dio pero desde la etapa justinianea, vid. por todos, J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Alimentos entre parientes (II)...*, op. cit., pp. 1-50; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Datos sobre la prestación de alimentos...*, op. cit., pp. 1-25; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Realidad social o jurídica...*, op. cit., pp. 1-30.

mutuo y un respeto a la fidelidad conyugal de modo que los hijos nacidos del *matrimonium iniustum* no eran considerados como hijos legítimos.

Pues bien, ante esto, nos preguntamos cuáles son, en suma, las consecuencias que se derivaban de las uniones contraídas en ausencia de *conubium* y de otros requisitos esenciales, como era el caso de la *affectio maritalis* exigidos por el Derecho Romano. Para responder a esta pregunta consideramos oportuno detallar de un modo expreso y, a sensu contrario de los *iustum matrimonium*, aquellos efectos que el Ordenamiento jurídico romano confería a estos tipos particulares de "matrimonios"[315]:

[315] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales..., op. cit.,* pp. 195-210.

I. Limitación del derecho a contraer matrimonio ante la ausencia de *ius conubii*[316]: En la medida en la que el *iniustum matrimonium* era considerado como un *matrimonium sine conubio*, la ausencia de este requisito de capacidad jurídica impedía la calificación de *iustum* y ello traía como consecuencia fundamental una restricción en el derecho al matrimonio por parte de los cónyuges dada su situación social o de parentesco.

II. La inexistencia de una comunidad conyugal plena[317]: Derivado de lo anterior, es la consideración de una unión válida para el Derecho Romano aun cuando los presupuestos que la conforman le impiden denominarla desde un punto de vista pleno como "unión o comunidad conyugal" y "consorcio marital" para toda la vida, pues dicha consideración jurídica sólo la tenían los matrimonios romanos contraídos legalmente.

[316] Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*).

[317] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.); Cfr. IJ. 1,9,1.

III. Consideración jurídica de matrimonios menos perfectos o "imperfectos"[318]: Si bien hemos considerado a los *matrimonium iustum* como aquello "perfectos" que desplegaban plenos efectos jurídicos, en el caso del *matrimonium iniustum* la ausencia del *conubium* y su compleja naturaleza jurídica daba lugar a la calificación de *matrimonium* imperfectos o menos perfectos pero no nulos, por no tener reconocido ante el Derecho Romano el requisito del *ius conubii*.

IV. Ausencia de un consentimiento mutuo y continuado de las partes[319]: La carencia de este elemento subjetivo manifestado a través de la *affectio maritalis* conllevaba la inexistencia del presupuesto intencional constitutivo de la institución marital que se hacía imprescindible, no sólo durante la época republicana sino también en la clásica. Era frecuente encontrar durante la etapa clásica un gran número de matrimonios considerados *iniustum* ante la falta de ese consentimiento expreso y continuado entre los cónyuges de querer formar un *matrimonium iustum* y conforme al Derecho Romano. Tal era el caso del matrimonio del demente, el simulado o el matrimonio por miedo. De ahí la

[318] Cfr. Ulp. 5,2.

[319] Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*).

importancia de dicha ausencia del *consensus* o *voluntas* entendidos como aquel asentimiento consciente prestado por quienes jurídicamente estaban facultados para ello.

V. Carencia de cohabitación estable y duradera[320]: Al igual que en el caso anterior de la ausencia del elemento subjetivo, podía ocurrir que el matrimonio contraído no respetase las exigencias propias del elemento objetivo o externo generador del *matrimonium iustum*. En particular, nos referimos a la ausencia del *honor matrimonii* y a la inexistencia de una cohabitación estable y duradera entre las partes, de forma que, ésta no fuese exteriorizada y comúnmente apoyada por la sociedad romana[321]. Entre dichos supuestos, nos encontramos con el matrimonio *iniustum* informe, el matrimonio *non iustum contra mandata*[322], el matrimonio de persona romana con peregrina carente de la *civitas* o con liberta, y el matrimonio *iniustum* con adúltera.

[320] Cfr. D. 23,2,5 (Pomp. 4 *ad sab.*); Cfr. D. 23,2,6 (Ulp. 35 *ad sab.);* Cfr. D. 23,2,24 (Mod. 1 *reg.*)*;* Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*).

[321] E. QUINTANA ORIVE, *Observaciones sobre la prueba del estado civil...*, op. cit., p. 19. En este punto, la autora resalta específicamente que el Derecho Romano no conoció una prueba privilegiada en materia de estado civil de las personas físicas, a diferencia de lo que ocurre actualmente.

[322] Sobre el alcance de este tipo de prácticas *contra mandata*, vid. por todos, F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...,* op. cit., pp. 99-108.

VI. Inexistencia e ineficacia[323]: De lo expuesto previamente, se extrae la consideración jurídica que el Derecho Romano le reconocía a este tipo de uniones conyugales limitadas en derechos. En particular, eran tenidos como matrimonios *non iustum* y en ausencia de *conubium*, pero perfectamente lícitos y válidos aun cuando inexistentes e ineficaces desde un punto de vista general.

VII. Efectos jurídico-personales del *matrimonium non iustum* sobre la prole[324]: En la medida en la que el matrimonio *iniustum* era aquel contraído entre dos personas que carecían del *conubium* o entre un ciudadano y un peregrino, los hijos habidos seguían la condición jurídica del cónyuge no ciudadano y eran considerados como extranjeros. Concretamente, J. C. Ghirardi[325] analiza la consideración jurídica de los hijos habidos de este tipo de relaciones extra-maritales los cuales carecían de familia agnaticia a la que incorporarse, admitiendo que: "Estos hijos ilegítimos, genéricamente son denominados *spurii*

[323] Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*).

[324] Cfr. D. 1,9,1,1 (Ulp. 62 *ad edict.*); Cfr. D. 1,9,8 (Ulp. 6 *fideic.*); Cfr. D. 50,1,38,3 (Papirius Iustus 2 *de constitut.*).

[325] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 6 ss. El autor, indicando algunas excepciones, parte de la premisa general de que: "Tratándose de un matrimonio legítimo, los hijos seguían la condición del padre (Celso, en D. 1.5.24), y si no se trataba de justas nupcias, la de la madre (Ulpiano, en D. 1.5.19)".

(concebidos esporádicamente), tal como las semillas que se siembran al azar, dice Gayo *(Institutas.* 1.64). O también *vulgo concepti* (concebidos de manera vulgar, fuera del matrimonio) (...). Los habidos fuera del matrimonio son hijos ilegítimos, que el Derecho Romano ya cristianizado tratará de estigmatizar y colocar en situación inferior. No ahora por cierto, siguiendo las motivaciones de Augusto, que deseaba mantener incólumes las viejas estirpes republicanas, sino por la necesidad de resguardar la familia cristiana, y velar por que los hijos sean concebidos, nazcan y se educen en la Fe, dentro de ésta".

En este sentido el autor repara en la calificación que recibían este tipo de hijos ilegítimos, diferenciando entre: i.- los adulterinos, los incestuosos, los sacrílegos, y los espúreos propiamente dichos: Dentro de los que nos encontramos con los habidos con esclavas, prostitutas, con alcahuetas o actrices; ii.- los hijos del concubinato conocidos como *liberi naturales* (hijos naturales) a partir de Constantino, que gozaban de un estado superior al de aquellos, porque como aclara literalmente el profesor: "El concubinato fue en principio una unión lícita, si bien no configuraba justas nupcias, ya que la pareja que vivía en esa situación carecía de la *affectio maritalis* y sus integrantes no tenían –uno

respecto del otro- el *ius connubium*. De todos modos el Cristianismo combatió al concubinato, sin lograr jamás erradicarlo"; iii.- y, en último término, por lo que respecta a las uniones entre libres y esclavos se debía tener presente la condición de la madre: Si ésta era libre, o lo había sido durante algún momento de la concepción, sus hijos eran ingenuos (no importando que haya habido justas nupcias o una unión vulgar).

Finalmente, las consecuencias jurídicas examinadas previamente nos hacen considerar este tipo de matrimonios como uniones válidas y lícitamente contraídas a las que el Derecho Romano le otorgaba la consideración de matrimonios "menos perfectos" o "imperfectos" por no cumplir con las exigencias propias de los matrimonios legales, aun cuando nunca se podía hablar de nulidad en sentido literal del término pues sí producían, tal y como hemos visto en este apartado, efectos jurídicos para el Ordenamiento jurídico romano.

A modo de resumen, extraemos a continuación algunas expresiones que aparecen en las fuentes y que ofrecen una visión general de las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones conyugales como eran, entre otras, *matrimonium non iustum* o *sine conubio, matrimonia ilegitima* o *matrimonium non erit* o *non est matrimonium*.

En cualquier caso, concluimos este epígrafe con las aportaciones del profesor D`Ors[326] quien manifestó que el derecho a contraer matrimonio legítimo sólo lo tenían los *cives* y algunos extranjeros privilegiados. Es por esto, que, la unión conyugal de los que carecían de *conubium* no producía efectos jurídicos y se consideraba como un *matrimonium iniustum* pero no nulo, pues como señaló el autor "de nulidad no se podía hablar propiamente porque el matrimonio romano no era considerado como un acto jurídico, sino como una mera situación de hecho".

[326] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 282.

2. Sistematización de los *matrimonium iniustum* en Roma

La gran variedad de supuestos encuadrados dentro de los denominados como *matrimonium non iustum* en Roma nos ha llevado a la necesidad de profundizar en una sistematización de este tipo de uniones consideradas como "matrimonios", aun cuando no producían los efectos propios como para calificarlos de matrimonios legales por no cumplir con los presupuestos exigidos por el derecho Romano clásico, en especial, en lo que se refiere al requisito del *conubium* y de la *affectio maritalis*. Siguiendo a O. Robleda[327] y a E. Volterra[328], detallamos el alcance de estas

[327] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo en Derecho Romano*, en *Studi in Memoria di Guido Donatuti* III (Milano 1973) 1131-1132. O. Robleda afirma expresamente que: "Es verdad que hallamos las dos cosas predicadas, en modo al menos equivalente (el primero), del matrimonio en las fuentes romanas. La dificultad está en advertir si se da diferencia, y cuál, entre ellas. Por de pronto prescindimos del caso del matrimonio prohibido por razón del *luctus* (…) no era nulo (inválido) ni iniustum, y menos, inexistente. Otro presupuesto del que partimos es el de que el matrimonio no es un puro hecho, una res facti, sino que surge como acto jurídico (…). Inexistencia jurídica, nulidad, anulabilidad, ineficacia, rescindibilidad, *restitutio in integrum* no se predican, en la Teoría general jurídica, sino del acto jurídico".

[328] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 446. El profesor Volterra mantiene que: "Si parla per tanto di nullità, di annullabilità del matrimonio, di rapporto coniugale giuridicamente nullo capace però di generare effetti secondari sul piano giuridico: in diritto canonico è

dos grandes clasificaciones tradicionales que diferencian entre *matrimonium iniustum non potest* y *matrimonium iniustum nullum*, teniendo presente que serán objeto de desarrollo en el siguiente Capítulo de nuestra investigación al abordar las uniones extra-matrimoniales:

I. Matrimonio *non potest* o inexistente: Este tipo de matrimonio *non iustum* se caracterizaba por ser válido pero a la vez inexistente para el Derecho y su consideración como *non potest* derivaba del hecho de ser contraído en defecto del *consensus* mutuo entre las partes. Como veremos seguidamente, dentro de esta clasificación incluimos el matrimonio del demente, el matrimonio *non iustum* simulado o el matrimonio por miedo.

II. Matrimonio *nullum* o ineficaz: Por lo que se refiere al segundo grupo, decir que era aquel matrimonio considerado *nullum* por contravenir las exigencias legales y por no existir presupuestos tan esenciales, como por ejemplo, el del *conubium* lo que le llevaba a ser tenidos en cuenta como ineficaces jurídicamente. Pertenece a esta clasificación el matrimonio informe, el matrimonio *non iustum contra mandata*, aquel matrimonio de persona romana

stata da taluni elaborata l´ancora discussa distinzione fra matrimonium non existens e matrimomonium nullum".

con peregrina carente de la *civitas* o con liberta, y el matrimonio *iniustum* con adúltera.

Ambas categorizaciones pertenecen a una misma realidad y de un modo u otro sus supuestos desplegaban similares efectos jurídicos limitados, como *matrimonium non iustum* que eran, ya se englobasen en la categoría de matrimonios inexistentes o en la de ineficaces jurídicamente. En cualquier caso, lo cierto es que se dio tanto la figura de la inexistencia subsanable (en defecto de *consensus* o de su objeto) como la de la ineficacia del matrimonio romano.

1. *Matrimonium iniustum* considerado por las fuentes como *non potest* o inexistente

Pertenecen a esta primera clasificación todos aquellos matrimonios romanos *non iustum*, considerados como inexistentes por la ausencia del consentimiento mutuo entre las partes. Esta variedad derivaba de los supuestos en los que, además de no existir *ius conubii* entre los contrayentes, tampoco había un *consensus* mutuo y recíproco entre estos o este no era exteriorizado de forma auténtica. O. Robleda[329] también mantiene que se habla de inexistencia del matrimonio romano cuando hay un defecto de *consensus* pero que en cualquier caso podía ser sanable.

[329] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., p. 1132. De forma literal el autor sostiene: "Creo que para los romanos existe esta primera figura, quiero decir que fue tenida presente, y por tanto prevista y atendida en los textos; por más que así no se la califique terminológicamente. Ello influye, a priori, si se acepta la doctrina de que el matrimonio consistió para ellos en el consentimiento, o mejor dicho, (en cuanto a lo que ahora importa), si se acepta la doctrina de que el matrimonio era obra de los contrayentes (…). Mas no se trata, sin embargo, por otra parte de la figura de la inexistencia en la mente romana, porque admitía su sanabilidad (…) el matrimonio era inválido: o por falta de efectos = ineficaz, nulo, sanable de una u otra forma en virtud de la autoridad positiva que causó la privación de tales efectos al matrimonio; o por falta de la esencia misma del matrimonio, o sea del consensus; o del objeto posible".

En este contexto jurídico al hablar de matrimonio *iniustum no potest* se hace referencia, en definitiva, a aquellas uniones conyugales inexistentes y en defecto del *consensus* por lo que, en este sentido, el elemento subjetivo se configuraba como un requisito positivo necesario para ser considerado como *matrimonium iustum*; así, la *affectio* se manifestaba en el asentimiento consciente prestado por quienes jurídicamente estaba facultados para ello, esto es, el *vir* y la *uxor* que tenían la consideración de *cives*.

Dentro de la clasificación de matrimonios *non potest* y, teniendo presente que serán objeto de detalle en el Capítulo II de nuestro trabajo, nos encontramos con el matrimonio del demente, el matrimonio simulado y el matrimonio por miedo. Unos y otros, pasamos a describir brevemente en las siguientes líneas:

I. Matrimonio del demente: Hacemos referencia al vínculo contraído por aquella persona que había sido privada de juicio en razón de su situación mental y, como consecuencia, se veía afectada por una incapacidad de obrar absoluta. En este punto, las fuentes sostienen que el *furious* (o también denominado *demens* o *mente captus)* había contraído un matrimonio que para el Derecho Romano era inexistente en razón de su incapacidad[330]:

D. 1,6,8 pr. (Ulp. 26 *ad sab*.): *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. Nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est remanere eos in potestate. Quare non solum eos liberos in potestate habebit, quos ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. Sed et si in furore agente eo uxor concipiat, videndum an in potestate eius nascatur filius: Nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: Quod cum ita se*

[330] Cfr. D. 23,2,16,2 (Paul. 35 ad edict.); D. 23,2,38 pr. (Paul. 2 *sentent*.): *Si quis officium in aliqua provincia administat, inde oriundam; vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur; ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nupcias contrahere, liceat ei hoc facere arrhis tantummodo redditis, quas acceperat*.

habeat, in potestate filium habebit. Proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur: Sed et in furore eius conceptus ab eo qui non furebat sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. Sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus: Nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque.

Del tenor literal del pasaje de Ulpiano y, muy especialmente de la frase *nam furiosus, licet uxorem ducere non possit*, observamos que textualmente se niega la posibilidad (*non possit*) de que el loco (*nam furiosus*) contrajera matrimonio legítimo. Retomando, en este punto, la expresión *uxorem ducere* en el sentido de incapacidad para unirse maritalmente.

D. 36,1,79,1 (Scaev. 20 *dig*.): *Titius nepotes ex filia et furiosam filiam suam heredes instituit et fidei commisit filiae, ut, si sine liberis decessisset, pars ei data perveniret ad coheredes: Eam furiosam ipse Titius in matrimonio collocavit et enixa est filiam post mortem patris. Quaesitum est defuncta furiosa superstite ex eiusmodi coniunctione parta filia, an fideicommissum ad coheredes pertineret. Respondit, cum filiam reliquisse proponeretur, fideicommissum non deberi. CLAUDIUS: nam etsi matrimonium cum furiosa non fuit, satis tamen factum est eiusmodi condicioni.*

En la misma línea que en el caso anterior, en este texto se dice que el matrimonio entre furiosos nunca existió en el Ordenamiento romano (*nam etsi matrimonium cum furiosa*). Para ello, se acude a la expresión *non fuit* que entendemos que equivale a la inexistencia jurídica de la institución marital.

PS. 2,19,7: *Neque furiosus neque furiosa matrimonium contrahere possunt: Sed contractum matrimonium furore non tollitur*.

De nuevo, el fragmento que presentamos alude a la imposibilidad de que se produjera un matrimonio legal (*neque...matrimonium contrahere possunt)* entre dos personas privadas de juicio (*furiosus neque furiosa*). Aclarándose, en este punto, que si el matrimonio se contrajera entonces éste se tendría por inexistente (*sed contractum matrimonium furore non tollitur*).

Sin embargo, los textos que de forma directa o indirecta abordan esta cuestión nunca hacen alusión al término "inexistente" como tal, sino que hacen uso de expresiones paralelas como *neque matrimonium contrahere possunt* o *ducere non possit*, que demuestran este tipo de categoría de *matrimonium iniustum non potest* en razón de su inexistencia jurídica.

Cabe señalar que la escasez de fuentes que tratan esta cuestión dificulta la determinación de aquellos supuestos en los que estamos ante anomalías mentales[331], y los textos que existen tampoco aclaran qué grado de demencia debía tener el cónyuge como para ser considerado como tal y, es por esto, por lo que nosotros entendemos que debía tratarse

[331] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 38. La profesora advierte textualmente en su obra que, a la falta de claridad, se añade el hecho de que se haya perdido la página de las Instituciones de Gayo que trata esta cuestión, por lo que sólo queda analizar algunas obras como las de los profesores Audivert o Nardo.

de una persona absolutamente incapaz. En cualquier caso, hay que tener presente que en el supuesto de que a uno de los cónyuges, hombre (*furiosus*) o mujer (*furiosa*), le hubiese sobrevenido una enajenación mental ello no invalidaría el matrimonio y este continuaba siempre que la otra parte conservase la intención de estar unido en matrimonio[332].

De esta manera caracteriza O. Robleda[333] a este tipo de matrimonios al señalar la necesaria relación entre el Derecho y las facultades espirituales del hombre pues considera que donde el hombre, como tal no actúa, no se puede hablar de derecho respecto de él ni como sujeto activo ni como sujeto pasivo. En definitiva, puede decirse que al faltar el consentimiento nos encontramos con matrimonios inexistentes carentes de uno de los elementos más importantes que dan esencia al acto del matrimonio y, por ello, se califican como *non potest*.

[332] Cfr. D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*); Cfr. D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. PS. 2,19,2.

[333] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 135.

II. Matrimonio simulado: Se trataba del segundo supuesto de inexistencia jurídica de *matrimonium*, a pesar de que las fuentes directamente tampoco emplean el vocablo "inexistencia". De este modo lo aclara el profesor Robleda[334] cuando aborda el matrimonio romano simulado, defendiendo textualmente que tampoco en caso de simulación existía matrimonio, a pesar de no emplearse entonces la palabra inexistencia al no ser no es una cuestión de *verbis*:

D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Simulate nuptiae nullius momenti sunt*.

El jurista Gayo recoge en este fragmento ya transcrito anteriormente, el supuesto en el que las nupcias eran simuladas (*simulate nuptiae*) reconociendo que en ese caso el matrimonio sería inexistente para el Derecho Romano (*nullius momenti sunt*). Recordemos que uno de los presupuestos esenciales para que existiera un *iustum matrimonium* era el consentimiento libre y conscientemente de quienes contraían matrimonio con la intención de vivir en una comunidad y compartir una suerte en común para toda la vida, de modo que si éste era fingido, no había nupcias. Etimológicamente, el término *simulare* se traduce por

[334] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 102.

simular, imitar o llevar a cabo aparentemente un acto o negocio jurídico, que aplicado al *matrimonium* romano es entendido como un hecho con relevancia social. Es por esto, que, estaríamos ante una discordancia entre las voluntades declaradas y las que verdaderamente eran queridas.

El problema doctrinal[335] se plantea a la hora de determinar el alcance de la expresión *nullius momenti sunt*, puesto que se podría estar limitando el texto jurídico así como sus efectos. Entendemos que, en la medida en la que el consentimiento es el elemento esencial del matrimonio romano, su ausencia no lleva aparejada la nulidad del vínculo marital sino su inexistencia jurídica que se refleja en los efectos que debiera producir de haberse prestado un consentimiento no sólo inicial, sino también continuado y, como consecuencia, el matrimonio simulado no tiene ningún valor jurídico.

[335] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 96-97. En este sentido, el profesor Astolfi califica al matrimonio simulado como nulo en el sentido de inexistencia: "Il matrimonio è simulato quando i coniugi d´accordo non vogliono il matrimonio che essi aparentemente contraggono. Vi è da parte loro una discordanza intenzionale tra volontà e manifestazione. La simulazione determina la nullità del matrimonio, poiché lo priva di un elemento esénciale: l´effettivo consenso di entrambi i coniugi. Sembra questo il significato che in diritto giustinianeo assume il testo seguente (D. 23,2,30)".

Podemos concluir con la explicación de este supuesto manifestando que no cabe hablar de nulidad, ineficacia o matrimonio inoperante sino de inexistencia jurídica en cuanto que falta la *affectio maritalis* entre los cónyuges que han contraído un vínculo simulado y por ello, es un matrimonio inválido, sin efectos en razón de la inexistencia del acto jurídico.

III. Matrimonio por miedo: Se conformaba como aquel *matrimonium* contraído contra la voluntad de, al menos, uno de los cónyuges. El miedo no impedía que existiese consentimiento mutuo y, por ello, hubo matrimonio aunque fuese contraído bajo presión y sin existir una voluntad expresada libremente entre los contrayentes[336]:

D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.*

[336] En la misma línea que la fuente anterior pero refiriéndose al miedo en materia de herencia, vid. D. 4,2,21,5 (Paul. 11 *ad edict.*): *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur*.

En dicho texto, que ya hemos tenido ocasión de analizar, se precisa que el hijo de familia (*filius-familias)* no estaba obligado a tomar esposa hasta que no considerase que había llegado el momento de contraer matrimonio y formar una familia (*non cogitur...uxorem ducere*). Lo que, del mismo modo, pone de manifiesto la inexistencia jurídica de aquellos matrimonios contraídos por miedo ante la falta de voluntad de una de las partes.

Estos matrimonios han sido también objeto de debate[337] por considerarse tanto ineficaces como inexistentes. Nosotros los englobamos dentro de los *iniustum matrimonium* y, a su vez, en el subgrupo de los inexistentes al faltar el elemento del *consensus* y no haber acto jurídico alguno. De hecho, así lo refleja las principales fuentes expuestas

[337] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 98-99. El profesor Astolfi aporta en su obra un análisis detallado de las fuentes que tratan esta cuestión, resaltando que la violencia supone una limitación a la libertad matrimonial en época clásica y, por ello, nunca podemos calificar a estas uniones como *matrimonium iustum*: "L´atto di contrazione del matrimonio può essere viziato da violenza. Le fonti prendono in considerazione la violenza morale, cioè la minaccia di un male che ingeniera timore in chi la subiste e lo induce a volere diò che non avrebbe voluto, se non vi fosse statu costretto. Il diritto classico sancisce il principio secondo il quale chi contre matrimonio debe essere libero da costrizioni: l´esercizio della violenza è proibito e lo è tanto più quando limita la libertà matrimoniale (…). In età classica Celso era del parere che il matrimonio, pur essendo viziato da violenza, fosse valido: benché costretto, il cónyuge l´aveva voluto".

previamente que tratan la cuestión del *metus*, al no considerar que pudiese existir la nulidad del vínculo por ineficacia. Se desprende, del tenor literal de los textos, que el matrimonio contraído por miedo no fue válido para el Derecho postclásico y por tanto, se considera como "no contraído" debido al cambio en la concepción del *consensus* como inicial. Sin embargo, la doctrina tiene tesis contrapuestas en cuanto al fundamento y sentido de esta clase de matrimonio en Derecho clásico.

Así, para R. Orestano[338] matrimonio y coacción son términos que no pueden ir unidos ya que entiende que el matrimonio realizado con miedo era válido durante la etapa clásica debido a la concepción del matrimonio basado en un consentimiento continuado y no meramente inicial. En el largo tiempo que duraba el vínculo conyugal podría existir momentos de participación voluntaria de la parte que había sido coartada o amenazada con miedo o violencia, mostrando libremente su *consensus*.

[338] R. ORESTANO, *La Struttura giuridica del matrimonio romano...*, op. cit., p. 154 ss.

En la misma línea, O. Robleda[339] sostiene que el matrimonio de aquella persona que había sido coaccionada era completamente válido pues ante el miedo caben dos reacciones: el sujeto puede ceder y contraer matrimonio (al no anularle su consentimiento el miedo) o, por el contrario, resistir la coacción moral para no contraer matrimonio ya que, en caso contrario, sería realizado de forma involuntaria o contra su voluntad (*invitus*). La diferencia con el autor anterior es que, este último, entiende que se trata de un consentimiento inicial el que se otorgaba en la época clásica. En particular mantiene que el matrimonio contraído por miedo en la etapa clásica fue siempre válido, en base a la consideración de una voluntad para contraer *matrimonium* de carácter ético-social y no meramente jurídica manifestada expresamente en el texto de Celso cuando hace uso de la expresión *maluisse hoc videtur*[340]. No obstante, la situación cambia en el Derecho postclásico y el matrimonio contraído de forma coaccionada se considera como no celebrado al tratarse ya de una voluntad inicial suficiente para contraer *iustum matrimonium*.

[339] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 135.

[340] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1138-1139.

A tenor de lo anterior y, teniendo en cuenta las opiniones precedentes, podemos concluir que este tipo de matrimonios además de celebrados en ausencia de *conubium*, derivaban de un vicio del consentimiento y, por ello, eran inexistentes. Además, lo que se tiene en cuenta es la voluntad formal o jurídica exteriorizada en cualquiera de las dos etapas examinadas, a pesar de que en el Derecho clásico sea más difícil que el consentimiento fuese continuado porque esta voluntad podía desaparecer durante el tiempo que durase el vínculo.

2. *Matrimonium iniustum* calificado jurídicamente de *nullum* o ineficaz

Pertenecen a este grupo aquellos vínculos conyugales contraídos en ausencia de determinadas notas esenciales, como es el caso del *conubium*[341], que hacían que el matrimonio se considerase nulo en el sentido de ineficaz y que, en consecuencia, no produjera todos o partes de los efectos o consecuencias jurídicas atribuidas al *matrimonio iustum*. El adjetivo latino *nullus* denota un sentido peyorativo a la hora de calificar a la unión contraída entre dos personas, por lo que el problema que se planteaba era el del delimitar jurídicamente el alcance y reconocimiento que les hacía el Derecho Romano a este tipo de uniones.

Centrándonos en esta clasificación[342], podemos afirmar que se trataba de aquellos matrimonios ineficaces que el jurista Paulo denomina como matrimonio *contractum*, si bien, *no iure*. El motivo deriva del hecho de que la nulidad se entienda como un defecto propio de los negocios jurídicos, los cuales, no producen el alcance deseado debido al vicio del que adolece. En tal sentido, nulo para los romanos era

[341] En general en lo que respecta a este tipo de matrimonio y la carencia de *conubium*, vid. por todos, E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias*..., op. cit., p. 48 ss.

[342] Cfr. PS. 2,19,2.

aquel celebrado en contravención de las prescripciones del derecho positivo, concretadas en la exigencia de una determinada forma, la cual era necesaria para una cierta clase de personas.

Compartimos la tesis apuntada por el profesor O. Robleda[343] cuando, al abordar la cuestión del matrimonio nulo, equipara el término nulidad al de simple ineficacia; sin embargo y, a diferencia de lo que el explica en su obra, sí entendemos que de este tipo de matrimonios *iniustum* se podían derivar ciertos efectos jurídicos para el Derecho Romano pues, de lo contrario, no podríamos hablar de matrimonio aunque sea ilegal y no justo.

[343] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140 y 1154-1155. Seguidamente, exponemos los resultados de O. Robleda cuando trata la figura jurídica de la ineficacia en el sentido de que no producía los efectos que les eran propios, ya que el autor hace referencia a que en nuestros días se le denomina con el término "nulidad" pues el matrimonio así realizado no producía ni efectos formales ni extrínsecos (no hay una legitimación de los hijos, ni una relación "interconyugal" de tipo patrimonial o de respeto mutuo para toda la vida, etc.). Literalmente el profesor Robleda indica que: "Considero como matrimonio nulo el matrimonio simplemente ineficaz; por tanto, como diría Paulo en el texto que poco consideramos, el matrimonio contractum, si bien, no iure (…). No aquel que produce algunos efectos, otros en cambio no, (…) sino el que actu no produce ningún efecto. En tal sentido matrimonio nulo para los romanos era a nuestro parecer el celebrado en contravención a prescripciones del derecho positivo, concretadas en la exigencia (…) de conubium y del consentimiento del paterfamilias u otras personas y en el tiempo postclásico, de la forma, cual es sabido que era necesaria para una cierta clase de personas".

En cuanto a M. Falçao[344], señalar que este autor aporta una visión más subjetiva de este tipo de matrimonios. Parte de la base de que el matrimonio romano clásico era una situación de hecho con relevancia para el Derecho en el sentido de que, constituido válidamente, producía determinados efectos jurídicos. En este punto, interpreta que el concepto de matrimonio nulo no existe en la etapa clásica porque se trata de un hecho con relevancia social pero sí cabe hablar de ineficaz, en cuanto que no ha cumplido con los requisitos exigidos.

Bajo estas premisas, sostenemos que si bien no se puede hablar de nulidad propiamente dicha porque el matrimonio romano no era un acto con relevancia para el Derecho (como pudiera serlo cualquier negocio jurídico, por ejemplo), si podemos decir que existieron en Roma determinados *matrimonium iniustum* ineficaces para el Derecho Romano por no cumplir con las notas propias del *matrimonium* clásico. Así, la nulidad se refiere al estado del matrimonio que, en un determinado momento, no produce efectos y se considera ineficaz.

[344] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 26 ss.

En este contexto, nos resultan muy ilustrativas las palabras del profesor E. Volterra[345] ya que analiza el matrimonio *non iustum* afirmando que, en ningún supuesto, se puede hablar de nulidad absoluta del matrimonio y los hijos habidos en dicha relación seguían la condición del cónyuge no ciudadano. Dentro de esta clasificación, nos encontramos con los siguientes tipos: matrimonio informe, matrimonio *contra mandata*, matrimonio de persona romana con peregrina carente de la *civitas* o con liberta y matrimonio con adúltera. Unos y otros, pasamos a exponer a continuación de forma resumida, pues serán objeto de detalle en los siguientes epígrafes de nuestra investigación centrados en las uniones extramatrimoniales:

[345] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 441. Literalmente el autor mantiene que: "Nel suo classico lavoro del 1949 sul concetto di iustum matrimonium Jean Gaudemet accenna più volte alla locuzione usata dai giuristi romani, iniustum matrimonium, che egli retiene esprimere una situazione diversa da quella della nullità del matrimonio, dirigendo le sue ricerche soprattutto sulle sanzioni di quello che egli chiama matrimonio irregolare".

I. Matrimonio informe: Mientras que el Derecho Romano de la etapa arcaica exigía ciertas solemnidades para contraer *matrimonium*, el matrimonio clásico se caracterizaba por estar libre de forma, es decir, al ser un hecho con relevancia social lo que le importaba al Derecho era que éste cumpliese con ciertos requisitos:

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*): *Nuptiae sunt coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

Del tenor literal del texto de Modestino que hemos trascrito otra vez para demostrar de alguna forma la ineficacia de los matrimonios informes en Roma, se observa que los presupuestos para el matrimonio romano clásico (*nuptiae* sunt) eran la capacidad jurídica y física de los contrayentes, marido y mujer, el respeto al principio monogámico y la existencia de un consentimiento mutuo manifestado externamente a través del *honor matrimonii* (*coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae)*.

En este contexto, consideramos que el término latino *forma* hace referencia a un presupuesto de validez del negocio o acto celebrado[346]. En este caso, nos referimos a una *forma ad solemnitatem* que debía cumplir todo matrimonio contraído válidamente y, si no se verificaban tales notas formales, se producía lo que conocemos como un matrimonio informe o *infomis*, considerado ilegítimo, no firme y, en consecuencia, carente de efectos y nulo aun cuando no era ineficaz.

O. Robleda[347] manifiesta específicamente que si en tales casos la forma constituyese la esencia tendríamos, supuestos los textos, dos especies de matrimonio: el uno consensual, para cierta clase de persona, y el otro, formal, para otra cosa que a nadie se le ocurre sostener; en otras palabras, el autor dice que fue tal forma sólo *iuris conditio*, en modo de no ser el matrimonio eficaz, sin ella.

[346] Cfr. D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig*.); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap*; Cfr. D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig*.); Cfr. D. 23,2,25 (Mod. 2 *reg*.); Cfr. D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp*.).

[347] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140-1141.

Por lo que respecta al alcance jurídico de la forma durante la etapa clásica, consideramos que la solemnidad jurídico-matrimonial exigida aludía a la necesidad de que la *affectio maritalis* estuviese reconocida socialmente y se configurase como una *iuris conditio* para que el matrimonio clásico fuese eficaz desde el punto de vista jurídico. La ausencia de estas notas esenciales hacen que estemos ante un "matrimonio informe", o sea, *iniustum*, inexistente, ilegítimo, nulo y, en definitiva, contrario al Derecho clásico, no siendo firme y careciendo, en consecuencia, de efectos jurídicos.

II. Matrimonio *contra mandata*[348]: Nos referimos a aquel matrimonio ineficaz por haber sido contraído contra una determinada orden o encargo, aun cuando no fuera declarado nulo. En un primer momento podrían parecen inexistentes y no meramente ineficaces o nulos. Sin embargo, la sanción que se imponía a este tipo de *matrimonium iniustum* no era tan excesiva como para llegar a la inexistencia, si bien, uno de los efectos principales era que los hijos nacidos de tales vínculos no se consideraban legítimos[349]:

[348] F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...,* op. cit., pp. 99-108.

[349] Cfr. D. 23,2,38 pr. (Paul. 2 *sentent.*); D. 23,2,38,2 (Paul. 2 *sentent.*): *Qui in provincia aliquid administrat, in ea provincia*

D. 25,2,17 (Ulp. 30 *ad edict*.): *Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, ut furti teneatur: consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea, quae tutori suo nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem, quia competit furti.*

El pasaje de Ulpiano trascrito previamente, nos sirve de ejemplo para ver el uso de la expresión *contra mandata*, cuando literalmente se recoge el caso de una concubina considerada como tal por cesar el matrimonio (*nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium)*. Del texto, podemos extraer una serie de conclusiones generales que demuestran la esencia de este tipo de *matrimonium iniustum*: i.- el matrimonio contraído *contra mandata*, efectivamente existió en Roma; ii.- sin embargo, la propia naturaleza de este tipo de matrimonios nos lleva a la consideración de nulos y carente de efectos en el sentido de ineficaces; iii.- en cualquier caso, lo que sí queda claro es que los hijos habidos en tales matrimonios no tenían la consideración de legítimos, como sí ocurría en los matrimonios legales y conforme al Derecho Romano.

filias suas in matrimonium collocare, et dotem constituere non prohibentur.

III. Matrimonio de *cives* con peregrina carente de la *civitas* o con *libertas*: En estos supuestos también nos encontramos ante matrimonios ineficaces pero existentes para el Derecho Romano y, tal y como se deduce del contenido de las fuentes[350], por intervención del Senado era subsanable tal ineficacia o nulidad:

D. 23,2,28 (Marc. 10 *institut.*): *Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest*.

Aquí, Marciano afirma específicamente que no pude contraer matrimonio (*uxorem ducere...non potest*) un patrono con su liberta. Porque, en caso contrario, estaríamos ante un matrimonio ineficaz a efectos del Ordenamiento romano.

[350] D. 23,2,31 (Ulp. 6 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Si Senatori indulgentia Principis fuerit permissum libertinam iustam uxorem habere, potest iusta uxor esse*; D. 23,2,37 (Paul. 7 *resp*.): *Libertum curatoris Puellas prohiberi oportet uxorem eandem ducere*; D. 23,2,45 pr. (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *In eo iure, quod dicit: "invito patrono libertam, quae nuptia est, alii nubere non posse", «patronum» accipimus (ut Rescripto Imperatoris nostri, et Divi patris eius continetur), et eum, qui hac lege emit, ut manumittat, quia manumissa liberta emtoris habetur*; D. 23,2,48 pr. (Terenc. 8 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Filio patroni in libertam paternam eandemque uxorem idem iuris, quod ipsi patrono daretur, ex sentia legis accommodatur. Idemque dicendum erit, et si alterius patroni filius vivo altero libertam eorum uxorem duxerit*; D. 23,2,62 pr. (Pap. 4 *resp*.): *Quamquam in arbitrio matris pater esse voluerit, cui nuptum filia communis collocaretur, frustra tamen ab ea tutor datus eligetur; neque enim intelligitur pater de persona tutoris cogitasse, quum ideo maxime matrem praetulit, ne filiae nupcias tutori committeret*.

En este sentido, se suele asegurar que para el jurista Gayo este tipo de matrimonio existía pero era nulo en cuanto a los efectos que producía, por lo que se consideran como *matrimonia iniusta*, *non iusta* o *non legitima*. Se trataba, pues, de un *matrimonium contractum* pero viciado por error, en el sentido de que faltaba la capacidad jurídica de uno de los contrayentes aunque los hijos eran legítimos.

IV. Matrimonio con mujer adúltera: Nos referimos al último supuesto de matrimonio ineficaz considerado como *matrimonio iniustum* y además nulo. Para entender esta institución se hace preciso matizar el vocablo latino *adulterium*, configurado como un delito derivado de una relación ilegítima entre hombre y mujer en la que al menos uno de ellos, estaba casado. Es por esto, que, en términos generales, este tipo de vínculo conyugal se daba cuando la *uxor* había violado la fidelidad matrimonial.

D. 48,5,5 (Iul. 86 *dig*.): *Nuptam mihi adulterii ream postulari posse in priore matrimonio commissi, dubium non est, quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur, si quidem vidua sit, de cuius adulterio agetur, ut accusator liberum arbitrium habeat, adulterum an adulteram prius accusare malit: Si vero nupta sit, ut prius adulterum peragat, tunc mulierem.*

Tal y como se extrae del texto anterior, tradicionalmente se ha venido admitiendo que el matrimonio con una adúltera era ineficaz pero existente porque esta clase de matrimonio no le era indiferente al Ordenamiento jurídico romano (*nuptam mihi adulterii ream postulari posse*) y los hijos habidos, aun tenidos como *adulterinus*, eran reconocidos por el Derecho (*quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur*).

Postura que, igualmente, sostiene la profesor Núñez Paz[351] cuando afirma que el matrimonio contraído con mujer adúltera era *iniustum*, si bien el *vir* no era castigado por adulterio más que con determinadas penas pecuniarias y los hijos nacidos en tales matrimonios recibían el nombre de *adulterinus* (*accusator liberum arbitrium habeat, adulterum an adulteram prius accusare malit: Si vero nupta sit, ut prius adulterum peragat, tunc mulierem).*

En cuanto a las sanciones que entrañaba dicho adulterio, finalmente, podemos decir que a la mujer culpable (*adultera*) se le imponían sanciones graves que podían llegar a la muerte y, para el cónyuge adúltero (*adulter*), existían simples penas pecuniarias; si bien durante la República el *vir* tenía derecho de dar muerte a

[351] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 38.

la *uxor* si la sorprendía en adulterio, ya con la *Lex Iulia de adulterium* se le prohibió al marido matar a la mujer adúltera.

IV. Evolución del matrimonio desde el Derecho postclásico hasta su recepción romano-canónica

La institución matrimonial cambió de forma considerable en época postclásica debido a las transformaciones suscitadas en torno a la familia tradicional romana y a la influencia progresiva del Cristianismo, muy especialmente, con los emperadores Constantino I y Justiniano[352]. En este sentido, el matrimonio postclásico y justinianeo, basado en el parentesco natural o *cognatio*, concede un nuevo concepto de *consensus* o *affectio maritalis*.

[352] Sobre la evolución del matrimonio en la familia romana desde época postclásica, vid. por todo, L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore*, en *SDHI* LII (1986) 195-217; L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore e pupilla*, en *BIDR* XXVIII (1986) 443-463; J. GAUDUMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage aus Bas Empire*, en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II (Milano 1953) 173-196; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 102 ss.; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., p. 5 ss.; G. SUÁREZ PERTIERRA, *Derecho matrimonial comparado* (Valencia 2005); P. VOCI, *Nouvi studi sulla legislazione romana del tardo imperio* (Padova 1989).

Si bien en un principio pudiera parecer que el *consensus facit nuptias* debía ser como en el matrimonio clásico continuado, en tiempo postclásico sólo se exigía una intención inicial de carácter recíproca entre hombre y mujer con capacidad natural, para estar unidos en matrimonio y formar una unión marital, tal y como se deriva de las Constituciones imperiales más tardías.

Expresamente, el profesor Volterra[353] al tratar esta cuestión y ver la influencia de las ideas cristianas en el matrimonio romano sostiene que la configuración jurídica del matrimonio se transformó profundamente en el Derecho postclásico, como aparece por el examen de Constituciones imperiales tardías cuyas normas son debidas a la influencia de las concepciones cristianas. En los textos de los siglos V y VI, *consensus* y *affectio* indican exclusivamente la voluntad inicial de los cónyuges, por lo que el autor subrraya que la afirmación *consensus facit nuptias* significa que el matrimonio estaba basado en la voluntad recíproca de los contrayentes, y ya no en una voluntad continuada. A tenor de lo expuesto, la existencia del

[353] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 647.

vínculo conyugal ya no dependía de la persistencia de esa voluntad sino de una voluntad meramente inicial[354].

No obstante lo anterior, la problemática se plantea en el hecho de que los pasajes con los que contamos no aportan una reconstrucción expresa de la materia y debemos partir de las fuentes propias de la Jurisprudencia clásica y de las Constituciones imperiales para poder realizarla, siempre teniendo presente la existencia de interpolaciones y tratando de dejar al margen la visión del matrimonio canónico[355]. En esta materia, el profesor Daza[356] sostiene que la configuración jurídica del matrimonio cambió

[354] E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., pp. 581-582. De forma similar aborda esta cuestión la profesora Cantarella cuando asevera que: "Per i cristiani, infatti, il matrimonio era un vincolo fondato su una concezione della volontà profundamente diversa da quella pagana: per i pagani maritalis affectio era una volontà che doveva esistere non solo al momento dell´inizio della convivenza, ma per tutta la durata di questa. Qualora fosse venuta meno, il matrimonio era sciolto. L´affectio maritalis di cui parlavano i giuristi, insomma, era una volontà perenne che doveva continuare ad alimentare un rapporto, impensabile senza la sua sussistenza".

[355] M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes..., op. cit.;* M. D. PARRA MARTÍN, *Problemática en torno a las fuentes...*, op. cit., p. 225 ss.

[356] J. DAZA MARTÍNEZ, *La influencia cristiana en la concepción postclásica del matrimonio romano*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 109-148. Puede decirse, en definitiva, que en este campo han sido las investigaciones modernas las que han influido en el estudio y en la reconstrucción del matrimonio romano.

profundamente con el transcurso del tiempo siendo decisiva la influencia del Cristianismo; además, el autor señala que el estudio de esta materia ha pasado a un segundo plano pues durante siglos el matrimonio fue considerado como una institución reservada a los canonistas y, en algunos aspectos, fuera del campo civil.

Bajo estas premisas, a continuación nos interesa delimitar cuáles son los cambios experimentados durante la vigencia del Derecho Romano postclásico y, sobre todo, determinar el alcance de la regulación justinianea para poder entender los caracteres que definieron al matrimonio postclásico, la recepción del matrimonio romano-canónico y su crisis actual en Occidente:

I. Regulación postclásica y jusitinianea de la institución marital: La institución del matrimonio clásico se vio claramente influenciada por las ideas cristianas durante la etapa postclásica y justinianea, precisándose únicamente el consentimiento inicial para seguir con el vínculo conyugal. Si incidimos brevemente alguna de las fuentes que regulan esta cuestión, veremos de qué manera los requisitos constitutivos del matrimonio clásico se matizan posteriormente y llegan a perder el verdadero sentido del *matrimonium iustum* al estilo clásico, considerado específicamente por J. Gaudumet[357] como el "verdadero" matrimonio.

Así, recordemos que el emperador Justiniano[358] aludía a los requisitos matrimoniales pero sin nombrar el elemento que daba la esencia al vínculo, denominado como *ius conubium* o capacidad jurídica de los contrayentes. En su lugar hace uso de la expresión *secundum preacepta legum coeunt*, que como ya hemos tenido ocasión de traducir previamente, simbolizaba el debido respeto y sometimiento que ambos debían tener al cumplimiento de las normas prescritas, para no incurrir en algún tipo de impedimento a contraer justas *nuptiae*.

[357] J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 34.

[358] Cfr. IJ. 1,10 pr.

En este ámbito, nos preguntamos cuáles son los elementos constitutivos del *matrimonium* postclásico. Pues bien Volterra[359], al hacer referencia a estas notas características, habla de "requisitos positivos" y menciona sólo a la capacidad natural y el consentimiento inicial de los contrayentes, salvo que en este último caso los cónyuges fuesen *alieni iuris* pues también se requería el consentimiento del *paterfamilias* y el del padre. De este modo, podemos responder a la pregunta de por qué no aparece recogido el *conubium* o capacidad jurídica como una nota esencial del matrimonio postclásico y justinianeo, ya que en el Derecho postclásico el requisito del *conubium* desaparece con la intención de favorecer no sólo la plena equiparación de los cónyuges sino también la capacidad general de todas las personas de elegir con quién contraer matrimonio, no siendo necesario que existiese para ello un derecho especial.

[359] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 649; G. J. HERNÁNDEZ PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas...*, op. cit., p. 19 ss. De este modo al referirse al matrimonio, las fuentes postclásicas no utilizan los términos *auctoritas* ni *iussum* sino el de *consensus*.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en diversas fuentes tardías[360] sí aparece reflejado este aspecto pero utilizando el plural *conubia* debido a la equiparación entre los vocablos *conubium* y otros términos relacionados, como pueden ser *nuptiae* o *coniugium*. Sobre este particular, el profesor Robleda[361] aclara que tanto en la época clásica

[360] En cuanto a las fuentees principales que utilizan el concepto de *conubia* en sentido clásico al significar el propio derecho al matrimonio, Cfr. Ulp. 5,8; Cfr. Ulp. 5,9. Por lo que se refiere a las fuentes postclásicas y justinianeas que muestran al *conubium* como sinónimo de *matrimonium* y/o *nuptiae* (en su mayoría en plural): Cfr. IJ. 1,10 pr.; CJ. 5,5,8: *Licet quidam aegyptiorum idcirco mortuorum fratrum sibi coniuges matrimonio copulaverint, quod post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet, quod certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerint, nuptias re non videri contractas, et huiusmodi conubia tunc temporis celebrata firmata sunt, tamen praesenti lege sancimus, si quae huiusmodi nuptiae contractae fuerint, earumque contractores et ex his progenitos antiquarum legum tenori subiacere nec ad exemplum aegyptiorum, de quibus superius dictum est, eas videri fuisse firmatas vel esse firmandas;* CJ. 5,4,28,1: *Nos igitur dei sequentes iudicium non patimur in uno eodemque conubio mariti felicitatem uxori fieri infortunium, ut, quantum vir in altum tollatur, tantum et coniux eius decrescat, immo magis penitus depereat;* CJ. 5,4,28,2: *Absit itaque a nostro tempore huiusmodi asperitas et firmum maneat matrimonium et uxor marito concrescat et sentiat eius fulgorem stabileque maneat matrimonium ex huiusmodi superventu minime deminutum*; CJ. 5,27,11 pr.: *Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit, non ab initio adfectione maritali eam tamen cum qua poterat habere conubium;* Nov. 22,40: *Si autem tutelam gerat mulier filiorum, palam est, quia impuberum exsistentium iurans non ad secundae venire se nuptias, deinde contemnens et prius connubium et iusiurandum ad maritum veniat secundum (...).*

[361] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 86 ss.

como en la postclásica, las fuentes podían adoptar la forma singular del término aun siendo diferente su alcance.

Además de la capacidad natural de los contrayentes y la exigencia del consentimiento inicial, el Derecho postclásico requería la ausencia de preceptos de la ley impeditivos del *matrimonium*[362] y el respeto al principio monogámico del matrimonio romano. Sobre este último, señalar que si bien el matrimonio en Roma se configuró como estrictamente monogámico no fue hasta el siglo IV d.C. cuando, con las Constituciones imperiales se configura el crimen de bigamia castigándose con penas muy graves la existencia simultánea de dos matrimonios en los que no había un divorcio previo, pues recordemos que la bigamia llevaba aparejada la nota de infamia[363].

[362] Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*).

[363] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 648. En este sentido, resultan muy ilustrativas las palabras del profesor Volterra cuando al tratar el crimen de bigamia manifiesta expresamente: "En el Derecho postclásico, se castiga, en efecto con penas muy graves a aquel que, sin haber hecho un divorcio jurídicamente válido y, por tanto, mientras todavía está unido en un matrimonio, constituye un segundo vínculo conyugal con otra persona. La configuración de este nuevo delito presupone necesariamente que el matrimonio se concibe como basado en un consentimiento inicial y que persiste independientemente de que persevere la voluntad recíproca de los cónyuges".

Por tanto, la consideración de este nuevo delito nos lleva a confirmar el hecho de que el *matrimonium* postclásico estuviese basado en un consentimiento inicial de dos personas jurídicamente capaces, en el que el vínculo se mantenía independientemente que continuase o no el *consensus* de los cónyuges. Pues bien, ante esto, *conubium* y *matrimonium* se equiparan en los textos[364]:

D. 23,2,23 (Cel. 30 *dig.*): *Lege Papia cavetur omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere.*

D. 23,2,27 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea condicione est, ut, si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat*.

[364] Cfr. Gai. 1,63; Cfr. IJ. 1,9,1; Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*); Cfr. D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,33 (Marc. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 24,1,2 (Paul. 7 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,64 (Iav. 6 *ex post. Labeonis*); Cfr. D. 24,2,11,2 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*).

Concretamente, los dos textos anteriores demuestran que la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 d.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.)[365] habían introducido interesantes innovaciones para el Derecho Clásico y se configuraron como un imperativo matrimonial, por ejemplo, prohibiendo (*Lege Papia)* a los senadores (*si quis in senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem*) y sus descendientes hasta el tercer grado las nupcias con libertas y con mujeres de vida indecorosa (*omnibus ingenuis praeter senatores eorumque liberos libertinam uxorem habere licere*).

No obstante lo anterior, lo cierto es que a partir del siglo IV d.C. dichas leyes matrimoniales empezaron a caer en desuso debido al desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente y a la oposición del Cristianismo con sus ideas nuevas acerca del matrimonio, quedando en el Derecho justinianeo algunos restos de estas leyes pero ya de menor importancia:

[365] En este punto, vid. por todos, C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*..., op. cit., p. 507 ss.

CTh. 8,16,1 pr.: *Qui iure veteri caelibes habebantur, inminentibus legum terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant.*

CTh. 8,16,1,1: *Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus.*

A través de estos primeros pasajes del año 320 d.C., se observa que el emperador Constantino I suprimió parcialmente el contenido de estas leyes matrimoniales a través de esta Constitución dirigida *ad populum*[366]. Sin embargo, la contribución esencial de esta Constitución es que con ella se derogaron las limitaciones hereditarias de herederos ajenos, se promovió el principio de libertad de la mujer tanto para no contraer matrimonio contra su voluntad, como para permanecer viuda. Además, se mantuvo la

[366] Que se encuentra también recogida, fragmentariamente, en los siguientes textos: CJ. 8,57,0,R: *De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis et decimariis sublatis*; CJ. 8,57,1: *qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. nec vero quisquam orbus habeatur: Proposita huic nomini damna non noceant.*

incapacidad de recibir *inter virum et uxorem* que definitivamente fue suprimida posteriormente por el emperador cristiano Teodosio II, en el año 410 d.C. mediante el siguiente texto:

CTh. 8,17,2: *In perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte Lex alia minuerit derelicta. tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit*.

Si bien es cierto que fue el emperador Justiniano quien derogó, de forma expresa y completa, la legislación sobre el matrimonio de Augusto mediante la siguiente Constitución del año 534 d.C.:

CJ. 6,51,1 pr.: *Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret*.

Sobre la figura de Constantino I[367], cabe decir que fue emperador romano durante los años 306-337 d.C. y fundó la ciudad de Constantinopla. Constantino unificó un Imperio "tambaleante", reorganizó el Estado romano y se preparó para la victoria final del Cristianismo a finales del siglo IV d.C. En cuanto a su legislación, resultan muy

[367] En cuanto a la figura del emperador Constantino, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 250 ss.; L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio...*, op. cit., p. 195 ss.; L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore*..., op. cit., p. 443 ss. En todo caso, aportamos un resumen sobre la importancia del emperador en el Imperio romano. Nacido en Naissus, con el nombre de Flavio Valerio Constantino, luchó contra los sármatas y se unió a su padre en Britania, en el 306. Fue tan popular entre sus tropas, que le proclamaron augusto cuando Constancio murió ese mismo año. Sin embargo, durante las dos siguientes décadas tuvo que luchar contra sus rivales al trono, y no logró ser emperador único hasta el 324. Siguiendo el ejemplo de su padre y de los anteriores emperadores del siglo III, en su juventud fue un henoteísta solar. Consideraba que el dios romano Sol era la manifestación visible de un Dios Supremo invisible (*summus deus*), que era el principio del Universo, y que era equiparado con el emperador romano. Intervino en los asuntos eclesiásticos procurando establecer la unidad de la Iglesia, amenazada por el arrianismo; con este fin presidió el primer Concilio ecuménico de la Iglesia en Nicea, en el 325. También comenzó la construcción de Constantinopla, en el 326, en el emplazamiento del antiguo Bizancio griego. La ciudad se terminó en el 330 (ampliada más tarde), y fue embellecida con antiguas obras de arte griego. Además, Constantino construyó iglesias en Tierra Santa, donde se suele admitir que Elena, su madre, encontró la Vera Cruz en la que se crucificó a Jesús.

significativas las palabras de P. Bonfante[368] quien resume la normativa de Constantino de "enérgica" y "violenta".

En este punto, nos preguntamos cuáles fueron los motivos que llevaron a Constantino I a redactar la Constitución y, por ende, por qué quería el emperador suprimir parcialmente la legislación matrimonial de Augusto. Sobre este particular, existen diferentes posturas acerca de la influencia cristiana de la Constitución:

a) Autores contrarios a la influencia del Cristianismo en la Constitución del emperador Constantino I: A este grupo pertenecen autores como Piganiol[369], de actitud contraria a la política de Constantino, quien consideraba que la influencia de la filosofía pagana era la verdadera causa de esta Constitución. Para demostrar su tesis, se basaba en un texto de Sozomeno[370] por el que el emperador cristiano daría el derecho de poder disponer libremente de

[368] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 257. Literalmente el autor mantiene que: "Energica, anzi violenta ad eccesiva, come tutta la sua legislazione fu la prima reazione al divorzio di Constantino".

[369] A. PIGANIOL, *L´empereur Constantin* (Paris 1932) 124-125, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 28.

[370] SOZOMENO, *Historia de la Iglesia I, 9*, 67, 881 ss., en R. DOMINGO, *La Legislación Matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 28. Así lo expresa el autor quien, al reparar en esta cuestión, admite que: "C´est à l´ascètisme philosophique. Constantin accorde une prime".

sus bienes a los que tenían por oficio venerar a la divinidad o dedicarse a la filosofía.

Asimismo, nos interesa la opinión del profesor Gaudemet[371] quien estudió la legislación del Bajo Imperio e interpretó que la finalidad directa de dicha Constitución no era favorecer el ejercicio de las virtudes cristianas a pesar de ser realizada en época cristiana.

[371] J. GAUDUMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage...*, op. cit., en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II (Milano 1953), p. 186 ss. Literalmente cuestiona este aspecto al decir: "Que connaissait Constantin en 320 de la morale chrétienne? Sans doute peu de chose, lui qui ne verra jamais dans les querelles religieuses que le trouble à la paix de l´ètat. Intvoquera-t-on l´influence de son entourage ou des ses bureaux?. Elle ne trouve rien de mieux que d´assimiler les célibataires aux gens mariés?".

b) Autores que sostienen la influencia del Cristianismo en la Constitución de Constantino I: La opinión más generalizada viene representada por B. Biondi[372] y Ehrhardt[373] quienes sostenían que en esta Constitución había una notable influencia cristiana. Además, el profesor Humbert[374] advirtió de la importancia eclesiástica del texto y su influencia a la hora de derogar parcialmente la legislación caducaria de Augusto, añadiendo que los motivos que llevaron a la Iglesia a derogarla eran que contrariaba el sentido cristiano de la virginidad y el estado de viudedad, también debido a que la totalidad de los clérigos o bien eran *caelibes* o *futuros orbi* porque no podían contraer matrimonio y, desde el punto de vista patrimonial, perjudicaba a la Iglesia porque ni las iglesias locales

[372] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 142 ss.

[373] A. EHRHARDT, *Constantin der Grosse. Religionspolitik und Gesetzgebung*en, en *Zsav Stift R. A.* LXXII (1955) 184-190, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 29.

[374] M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, Étude d'histoire juridique et sociale. Giuffré Editore (Milano 1972) 142-173, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 29. M. Humbert afirma todos estos datos en la siguiente definición: "L´Èglise pour sa puissance, le clergé pour sa condition et son statut, le peuple des fidèles pour la réalisation de son idéal moral, la communauté chrétienne dans son ensemble donc pour assurer son essor ne pouvait, une fois reconnue officiellement par le pouvoir séculier, supporter sans réagir le maintien des lois d´Auguste".

podían ser instituidas herederas por ser *personae incertae* ni tampoco los clérigos por su incapacidad pasiva.

Nos preguntamos cuáles son, en consecuencia, los argumentos que llevan al autor a sostener la influencia eclesiástica en el texto de Constantino. Para responder a dicha cuestión, resulta significativo el hecho de que esta Constitución coincida cronológicamente con otras medidas que favorecen a la Iglesia Católica, como son, por ejemplo: la capacidad sucesoria de las iglesias, la *episcopalis audientia*, la *manumissio in ecclesia*, etc.

De la misma manera, Constantino se ve influenciado por su íntimo amigo el obispo español Osio de Córdoba, quien trabajó con el emperador entre el año 312 y 325 d.C. e intervino no sólo en su conversión sino también en la expansión del Cristianismo. Por último, R. Domingo[375] resalta la calificación que hace Eusebio de Cesarea en su obra al mantener que la Constitución era santa y religiosa, o aquella otra opinión de San Ambrosio quien todavía recuerda las leyes caducarias de Augusto en su *Liber de viduis*.

[375] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*..., op. cit., pp. 31-33.

Mantenemos que la importancia de la figura del emperador Constantino I está en la derogación parcial que hace de las leyes matrimoniales de Augusto, puesto que ello contribuyó decisivamente a la expansión de la Iglesia Católica y a la importancia del Cristianismo como religión. En relación con la cuestión de las circunstancias limitativas a contraer matrimonio, el emperador Constantino utiliza la palabra "prohibición" para referirse a la imposibilidad de que ciertas personas contrajeran justas nupcias. En especial, mantuvo las prohibiciones clásicas pero aumentó aquellas de carácter social como se describe en la siguiente Constitución del año 336 d.C.:

CTh. 4,6,3: *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennalitas vel fla(monii) vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive Romana facta seu Latina, vel scaenica vel scaenica filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescribti, ita ut, quidquid talibus liberis pater donverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri.*

Con esta Constitución, el emperador amplía la prohibición clásica que tenían los senadores (*senatores seu perfectissimos)* de casarse con una mujer liberta o de humilde nacimiento a otros altos cargos, como los *perfectissimi*, los *duoviri* municipales, los sacerdotes provinciales, etc. Además, en dicho texto se determina a qué mujeres afectaban tales prohibiciones (*si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive Romana facta seu Latina, vel scaenica vel scaenica filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel*

abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit). Si bien la expresión utilizada por el texto, *humili vel abiecta*, resulta de difícil interpretación[376] nosotros entendemos que *humilis* se refiere a la mujer de baja condición social por ser de humilde nacimiento y, por su parte *abiecta*, alude a la mujer de vida indecorosa e impúdica.

Por último, se suele entender que fue Constantino el emperador que incluyó el rapto dentro de la clasificación de prohibiciones a contraer justas nupcias, tal y como se podría derivar de la siguiente Constitución del año 320 d.C.[377] que recoge este supuesto:

[376] Sobre el alcance de dicho texto, vid. por todos, G. CARDASCIA, *La distinction entre honestiores et humiliores et le droit matrimonial*, en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II (Milano 1953) 665-667; F. M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al* matrimonio..., op. cit., p. 45 ss.; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 34-36. Así pues, ante esto, existen opiniones dispares como las de G. Cardascia y F. M. De Robertis, por una parte, y M. Falçao y R. Domingo, por otra. Apoyamos la tesis de estos dos últimos profesores quienes confirmaban que dicha Constitución hace referencia a las mismas prohibiciones matrimoniales de la época clásica que afectaban a las uniones entre una mujer con los miembros de la clase senatorial. De este modo, se les impedía el matrimonio a la esclava, la liberta, a la mujer ingenua de condición humilde por su nacimiento o *humilis (obscuro loco nata)*, y a la mujer de vida deshonesta o *abiecta*, denominada también *turpis*.

[377] Para más información sobre la exactitud de la fecha de esta Constitución y el rapto en general, vid. por todos, L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio...*, op. cit., pp. 195-217; M.

CTh. 9,24,1: *Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur.*

Sin embargo, esto no fue obra de este emperador sino de Justiniano. Comprendemos que este error se fundamenta en el hecho de considerar que, el crimen cometido entre un raptor y su raptada, era un obstáculo al matrimonio cuando en realidad se trataba de un delito sancionado con severas penas para el raptor o aquellas otras personas involucradas, esto es, los padres de la raptada, los instigadores, etc.

SARGENTI, *Il Diritto Privato nella legislazione di Constantio. Problemi e prospettive nella letteratura dell´ultimo trentenni, en Studi sul Diritto del Tardo Impero* (Milano 1938) 114-126; M. SARGENTI, *Per una revisione critica dei problemi di datazione delle Costituzioni di Costantino* (Padova 1986) 307-315, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino* (Pamplona 1989) 37.

Bajo estas premisas y, teniendo presente la evolución del contenido del texto de Ulpiano 5,2 y de IJ. 1,10 pr. analizados anteriormente, señalamos los efectos principales que se derivaban del matrimonio postclásico frente a los que se producían con la celebración del matrimonio romano durante la vigencia del Derecho clásico[378].

En cuanto al consentimiento, en primer lugar, destacar que la voluntad inicial[379] dirigida a la constitución de la unión conyugal no cesaba por desistimiento de los cónyuges ni estos dejaban de tener la consideración jurídica de marido y mujer, salvo que se produjese el divorcio[380]. En

[378] P. ZANNINI, *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi*..., op. cit., p. 365 ss.

[379] J. DAZA MARTÍNEZ, *La influencia cristiana...,* op. cit., pp. 119-120. Sobre el consentimiento inicial en el matrimonio postclásico, J. Daza sostiene que en tiempo postclásico se entendía como un pacto o acuerdo recíproco de las partes basado en el principo *consensus facit nuptias* que surgía en base a una relación convenional entre hombre y mujer y que, una vez constituido, permanecía independientemente de la persistencia de la voluntad de los cónyuges.

[380] En lo que se refiere a la consideración del divorcio como el cese de la *affectio maritalis* por parte de uno o de ambos cónyuges, resaltar que si bien durante la vigencia del Derecho clásico suponía la disolución del vínculo matrimonial sin necesidad de cumplir con formalidad alguna, ya en el Derecho postclásico el divorcio se hizo muy frecuente e incluso se practicaba por motivos insignificantes o sin importancia. Esta situación obligaba en cierta manera a limitar el número de divorcios, pues aun cuando seguían siendo libres se exigían una serie de justas causas. A modo de ejemplo, en época de Constantino (331 d.C.) era necesario que se produjera envenenamiento, adulterio,

este sentido, hemos determinado a lo largo de nuestra exposición que durante la época clásica, el consentimiento matrimonial debía ser continuado durante todo el tiempo que durase el consorcio, consistiendo en la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de estar unidos establemente en matrimonio; lo que varió de forma considerable en tiempo postclásico, pues dicho asentimiento pasó de ser continuado a meramente inicial. Es por esta razón por la que en el matrimonio romano postclásico se daba mayor importancia a la propia ceremonia nupcial, produciéndose la entrega de la dote y la redacción de un documento que recogía el destino de los bienes dotales[381].

práctica de artes mágicas hacia el hombre, y en el caso de la mujer homicidio, violación de sepulcros, pues en caso contrario se incurría en penas económicas. Con el emperador Justiniano, se distinguieron las siguientes formas y causas: a) divorcio con justas causas: entre otras, adulterio o las malas costumbres de la mujer, falsa acusación de adulterio por parte del marido, adulterio del marido, etc.; b) divorcio sin causa: cuando el repudio se produce sin justas causas; c) divorcio por el acuerdo de ambos cónyuges; d) divorcio *bona gratia*: fundado en una causa independiente de la voluntad o culpabilidad de uno de los cónyuges como puede ser la incapacidad para engendrar, cautividad de guerra, etc. En cualquier caso, divorciarse sin justas causas implicaba la imposición de sanciones de índole económico-patrimonial, por ejemplo, la pérdida de la dote.

[381] En cuanto a la importancia de la ceremonia nupcial, vid. por todos, M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., p. 355.

Se mantuvo el requisito de la capacidad natural de los cónyuges, si bien cambió el de la capacidad jurídica que pasó a considerarse como un sinónimo del propio matrimonio. Reproducimos, nuevamente, el texto íntegro que nos sirve de base en esta materia:

IJ. 1,10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeünt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotens, sive patres familias sint, sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio su adet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat, unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimomium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.*

En este fragmento, observamos una identificación entre *ius conubii* y matrimonio romano postclásico. En este punto, se alude de forma general a los requisitos matrimoniales (*iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt*) sin mencionar el elemento que daba la esencia al vínculo en época anterior, esto es, el *ius conubii*. En su lugar, recordemos que esta fuente utiliza los términos *secundum preacepta legum coeunt* que se traduce textualmente por: "El debido respeto y sometimiento que ambos cónyuges deben tener al cumplimiento de las normas prescritas", y alude a los: "Posibles impedimentos en los que pueden incurrir a la hora de contraer *nuptiae*". Lo que sí se recoge es una mención a la necesaria capacidad natural de los cónyuges (*masculi quidem puberes, feminae autem viripotens)* y al consenso mutuo (*sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt)*.

En efecto, se elimina el *conubium* como presupuesto esencial para contraer matrimonio válido, muy especialmente, tras la Constitución Antoniniana del 212 d.C. que concedía la ciudadanía romana a todos los súbditos del Imperio. Ello es muy probable que se deba, tal y como

confirma E. A. Lozano[382], a la nueva concepción del principio de igualdad que otorgaba en época postclásica la capacidad jurídica necesaria a hombre y mujer para contraer matrimonio (salvo en caso de impedimento legal).

En tercer lugar, señalar la influencia de la concepción cristiana en el matrimonio postclásico y justinianeo, pues de alguna manera justifica el hecho de que se castigue duramente el crimen de bigamia que se ve sometido a penas públicas. Lo que tiene su fundamento en los textos que hemos expuesto anteriormente al hablar de la posible influencia del Cristianismo en la Constitución de Constantino I.

Podemos decir, en definitiva, que el matrimonio romano clásico se fue transformando con el paso de los siglos debido a la influencia del Cristianismo y, durante la vigencia del Derecho postclásico y justinianeo, el principio *consensus facit nuptias* llegó a simbolizar la necesidad de que existiera un consentimiento inicial de las partes para formar el vínculo marital, independientemente de que esa voluntad persistiera o no. De este modo, los emperadores comenzaron a dictar disposiciones contra las uniones clandestinas y, desde el siglo IV d.C., aparece

[382] E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 104.

regulado el crimen de bigamia aplicable a todas aquellas personas que sin divorciarse previamente volvían a contraer un nuevo matrimonio.

Frente a la concepción clásica del matrimonio romano, se puede concluir afirmando, tal y como lo hace el profesor Garrido[383], que la legislación de los emperadores asume una posición hostil frente a las concepciones clásicas y se muestra contraria al divorcio y a las segundas nupcias. El matrimonio, que existía por el consentimiento inicial, perduraba aunque alguno de los cónyuges perdiese su capacidad jurídica; por lo que la cautividad, la esclavitud y la deportación no disolvían el matrimonio como en el Derecho clásico.

[383] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., pp. 355-356.

II. Breve referencia a la recepción del matrimonio romano-canónico y su crisis actual en Occidente: La tradición del pensamiento occidental europeo se ha visto especialmente influenciada por el Derecho Romano y el Derecho Canónico y es, a partir del Derecho postclásico, cuando el concepto de matrimonio clásico va desapareciendo y el Cristianismo deja su influencia en la institución matrimonial[384]. De tal modo que los emperadores Constantino I y Justiniano, reflejan estas nuevas ideas produciéndose una progresiva recepción del matrimonio romano-canónico en el Imperio.

Asi define el J. Miquel[385] al matrimonio postclásico, cuando asevera que en la época postclásica asistimos a la influencia del Cristianismo sobre el Derecho. El autor mantiene que en la concepción del matrimonio se va a producir un cambio calificado de "poderoso", si bien lento y paulatino y por tanto difícil de captar en todos sus

[384] A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009), p. 137 ss.; R. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano...*, op. cit., p. 345 ss. Tanto el profesor A. Fernández De Buján como Orestano, al definir el matrimonio romano, no dudan en referirse al Derecho Canónico como fuente principal de influencia de esta institución a lo largo de la Historia de Roma.

[385] J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., pp. 26 y 37 ss.; J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., pp. 360-361; A. M. VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela...*, op. cit., p. 77 ss.

matices. Es por esto, que, entiende que la repercusión de estas concepciones provoca que el centro de gravedad de la problemática se traslade del consentimiento duradero al inicial, y las diferencias mayores entre el matrimonio clásico y postclásico se encuentren en la nota de la indisolubilidad.

En este sentido, se justifica que el Cristianismo haya propugnado que el matrimonio sea esencialmente monogámico[386] e indisoluble, en base a las siguientes premisas generales que difieren de las ideas clásicas:

[386] J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 362. Subrayar que el matrimonio clásico también era monogámico, pero aún así, el profesor Miquel aporta las diferencias cuando sostiene que: "El matrimonio cristiano es monogámico, al igual que lo era el matrimonio del Derecho clásico. Pero también aquí cabe matizar. Así, mientras que el Derecho clásico con su consentimiento duradero hace que cese automáticamente el matrimonio anterior al iniciarse una nueva convivencia con otra pareja, en el Derecho postclásico al ser suficiente el consentimiento inicial se hace imposble un nuevo matrimonio. La diferencia se situaciones se puede captar bien en que mientras en el Derecho clásico una doble situación de convivencia conyugal hubiera provocado una sanción de tipo moral (la llamada nota censoria), en el Derecho postclásico se penaliza esa situación, dando lugar al delito de bigamia".

a) El principio de indisolubilidad del matrimonio cristiano: En primer lugar, se entiende que el vínculo marital nace del acuerdo libremente aceptado entre hombre y mujer aunque su continuidad no va ha depender de la intención de ambos, sino que el vínculo es indisoluble y se encuentra condicionado por la única voluntad de Dios. De esta manera lo expresa J. Daza[387] cuando analiza jurídicamente los efectos del principio de indisolubilidad del matrimonio canónico, afirmando que los escritores cristianos rechazan la estructura del matrimonio vigente en los distintos pueblos del antiguo oriente mediterráneo basado sobre una manifestación unilateral de voluntad del hombre, y sostienen que surge en virtud de una manifestación recíproca de voluntad del hombre y de la mujer.

El principio que toman como referencia es aquel que defiende que el vínculo conyugal, una vez formado, es indisoluble y permanece, aunque cese la voluntad recíproca de los esposos, aunque ambos o uno de ellos manifiesten la voluntad de disolver el matrimonio y aunque la condición jurídica de uno de los cónyuges o de los dos, al cambiar, haga cesar el *conubium* entre ellos. El matrimonio perdura aunque los cónyuges vivan separados y, por lo tanto, no

[387] J. DAZA MARTÍNEZ, *La influencia cristiana...,* op. cit., p. 124.

pueden celebrar un segundo matrimonio, porque éste sería considerado adulterio. De esta modo, el matrimonio canónico se ve influenciado por factores más divinos que humanos, a diferencia de lo que ocurría en el Derecho clásico con el *consensus* y la *consuetudo vitae*, tal y como expusimos previamente.

b) El matrimonio como Sacramento: En segundo término, el Cristianismo realiza una innovación profunda en la institución del matrimonio dándole categoría de Sacramento[388]. En esta línea, el profesor Daza[389] examina la influencia cristiana en la concepción postclásica y justinianea del matrimonio romano entendiendo que el Cristianismo sólo podía, al restaurar el orden y elevar el contrato a la dignidad de Sacramento, perfeccionarlo e inducir a los hombres a aceptarlo como un medio de perfección individual y social.

De igual forma, el autor defiende que si bien ha sido mérito casi exclusivo del profesor Albertario el haber puesto de manifiesto la diferencia entre la concepción romana clásica y la postclásica-justinianea y el haber

[388] Entre los pasajes que hablan del matrimonio como Sacramento, vid. S. Lucas, XVI, 18; S. Marco, X, 11; S. Mateo, XIX, 6; S. Pablo, *Rom.*, VII, 1-3; S. Pablo, *Cor.*, VII, 10-11, 39.

[389] J. DAZA MARTÍNEZ, *La influencia cristiana...,* op. cit., p. 121.

comprobado en ésta una orientación hacia la concepción cristiana, lo cierto es que a autores más modernos como D´Ercole, Volterra, Robleda, J. Gaudumet, etc., les corresponde el mérito de haber precisado el último estadio, el más próximo al Ordenamiento canónico, de la evolución justinianea bajo el influjo de la doctrina cristiana.

c) El nuevo concepto del Derecho matrimonial canónico[390]: Derivado de lo anterior, es la influencia de la Iglesia ejercida sobre los emperadores a partir del siglo IV d.C. con las Constituciones imperiales. Por este motivo, el emperador Justiniano[391] se ve claramente influenciado por la nueva concepción cristiana del matrimonio y conserva el principio clásico del *consensus facit nuptias*, aun cuando cambia de significado tal y como examinamos en el apartado anterior.

[390] J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 37 ss.; J J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae: Una reflexión...*, op.cit., p. 11 ss.

[391] Ni en las *Instituciones justinianeas* ni en las *Novelas*, Justiniano aporta una explicación expresa sobre el nuevo concepto jurídico del matrimonio ni la estructura del mismo, aun cuando efectivamente supone un cambio radical.

A. Bernardez[392] aporta una explicación muy aproximada del concepto de Derecho matrimonial canónico, al definirlo textualmente como el conjunto de normas jurídicas, promulgadas o reconocidas por la Iglesia católica, que regulan el matrimonio de los cristianos en aquellos aspectos que dicen relación a su significación sobrenatural.

En este contexto, se parte de la tradición jurídico-canónica aceptando las clásicas definiciones del Derecho Romano, es decir, la de Modestino y Justiniano que tuvimos ocasión de analizar detalladamente a la hora de estudiar el concepto clásico del matrimonio romano. Dichas definiciones entendemos que revelan la comunidad de vida en que se integraban los cónyuges al contraer matrimonio, así como demuestran los elementos constitutivos del mismo[393].

De un lado, destacamos la unión voluntaria de hombre y mujer en una comunidad de vida plena en la que se compartían los bienes comunes de forma perpetua. Motivo por

[392] A. BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1979) 25-28.

[393] Así en D. 23,2,1 *in fine* (Mod. 1 *reg*.) se alude a la participación de cada uno de los cónyuges en la intimidad del otro y, en especial, a la comunicación mutua en aspectos tan relevantes como la moral y la religión.

el que, según el propio A. Ortega[394], debían estar unidos físicamente y "atraerse, agradarse, complacerse y seducirse con reciprocidad". De otro, los derechos y deberes existentes entre ambos, destacando la finalidad de procreación y educación de la prole[395], pues como advierte específicamente el autor, forman un consorcio muy espcial y tienen una causa común: "en una relación de mutua dependencia pero no de debilidad sino de dos fuerzas que se unen para convertirse en otra mayor".

Es por esto, que, como sostiene A. Bernardez[396] al tratar el tema de la recepción del matrimonio romano-canónico, podemos concluir este apartado asegurando que las definiciones clásicas sobre el matrimonio romano han servido como punto de referencia para pensadores cristianos y canonistas, quienes mantienen que dicha concepción igualmente se plasma en los Cuerpos legales de la Iglesia, como sucede en las Decretales (II, X,2,3) o en el Decreto (2,27,2 pr). Tanto es así, que el propio Pio XI en su *Casti Connubii* (31 diciembre 1930) mencionó la definición de

[394] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 54.

[395] En cuanto a la cesión de la mujer para procrear, vid. por todos, M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La cesión de la mujer...*, op. cit., pp. 273-298.

[396] A. BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial...*, op. cit., pp. 32-33.

Modestino al decir literalmente que "como ya tantos siglos antes había definido el Derecho Romano: Matrimonio es la unión del marido y la mujer en la comunidad de toda la vida y en la comunidad del Derecho divino y humano”.

CAPÍTULO II
LOS IMPEDIMENTOS EN LA ROMA CLÁSICA ANTE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES SINE CONUBIO

I. LOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES EN EL DERECHO ROMANO

En este apartado de nuestra investigación partimos de la premisa generalmente admitida entre la romanística[397], de que el *ius conubii* constituía un requisito positivo para obtener el derecho al matrimonio y se configuraba en época clásica como uno de los elementos fundamentales para que podamos hablar de matrimonio romano válidamente constituido. En este sentido, la inexistencia de la capacidad jurídica de las partes y del derecho a poder contraerlo válidamente, así como la ausencia del elemento subjetivo y objetivo, van a resultar determinantes a la hora de poder aglutinar las limitaciones o prohibiciones matrimoniales que iremos detallando.

[397] E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana...*, op. cit., p. 21 ss.; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 8; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., pp. 48-50; G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*..., op. cit., p. 357 ss.; E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 104 ss.; R. ORESTANO, *Sul matrimonio presunto...*, op. cit., pp. 47-65; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 46-47; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 109.

Lo anterior, entendemos que justifica el hecho de dedicar a lo largo del presente Capítulo de nuestro trabajo una exposición a las clases o tipos de restricciones matrimoniales que existían en Roma, partiendo no sólo de los textos existentes en la materia sino de las distintas interpretaciones doctrinales para, de esta manera, matizarlas y adaptarlas a la realidad del Derecho Romano clásico, postclásico y justinianeo.

Es en este punto en el que nos va a interesar detenernos en cuál es la configuración jurídica de los conocidos como "impedimentos matrimoniales", en base a una serie de precisiones terminológicas y análisis evolutivo de tales limitaciones, desde la la legislación matrimonial de Augusto hasta su derogación parcial ya con el emperador Constantino I.

El mencionado estudio evolutivo consideramos que nos llevará, al final de nuestra exposición, a ofrecer una sistematización jurídica completa y homogénea de las uniones extramatrimoniales existentes desde el Derecho Romano clásico hasta la época de Justiniano. Abordando, en todo caso, cuáles han venido siendo las discusiones doctrinales más frecuentes en materia de limitaciones a contraer justas nupcias.

A.- Configuración jurídica de los impedimentos matrimoniales

Mientras que el Derecho Romano clásico consideraba como prohibición matrimonial la ausencia del *ius conubii,* es decir, la inexistencia del requisito positivo clásico de capacidad jurídica o del derecho al matrimonio, a continuación vamos a tratar de demostrar cómo en el Derecho postclásico y justinianeo, *matrimonium* y *conubium* se unen, llegando incluso a ser utilizados de forma indiferente por las fuentes. La complejidad de la materia así como su dualidad y transformación, han llevado a la doctrina a tener que interpretar la naturaleza jurídica de esta institución matrimonial en las distintas fases del Ordenamiento jurídico romano, tal y como nos advierte L. M. Robles Velasco[398].

Por ello, nosotros haremos uso del término "impedimento" en el sentido genérico de "prohibición" u "obstáculo" a contraer matrimonio válido en Roma, teniendo presente que etimológicamente este concepto encuentra sus raíces posteriormente con la llegada del Cristianismo al

[398] En cuanto a su origen en época arcaica, vid. por todos, L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., pp. 281-318.

Imperio[399]. A su vez, lo compararemos con otros conceptos sinónimos que parecen ajustarse más a la propia esencia de esta institución, como son, los denominados "obstáculos", "trabas", "dificultades", "inconvenientes", "limitaciones", "restricciones", "condiciones" o "prohibiciones" a contraer justas nupcias.

[399] Sobre la importancia de utilizar en época clásica la expresión "uniones extramatrimoniales en asuencia de *conubium*" en lugar de impedimentos, vid. por todos, C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.

1. Precisiones terminológicas y su regulación parcial en las fuentes

El *ius conubii* se configuró en época clásica como un requisito positivo esencial para que pudiésemos hablar de *matrimonium iustum*, por definirse como la capacidad jurídica de las partes para contraer un matrimonio romano válido[400], de tal forma que su inexistencia iba a determinar los conocidos como *matrimonium iniustum* o ilegítimos por no cumplir con los requisitos exigidos legalmente para su válida constitución.

El inconveniente que se plantea en esta materia es el de tratar de delimitar aquellas situaciones en las que existía una prohibición o un impedimento para contraer tales nupcias, ya que de ello iba a depender los efectos jurídicos que esa unión pudiera o no producir en el Ordenamiento jurídico romano. Al ser éste un requisito formulado negativamente, en el sentido de que la carencia de *conubium* dificultaba la celebración del matrimonio y producía el nacimiento de las prohibiciones matrimoniales, se hace necesario investigar en los textos con los que contamos, su origen y etimología.

[400] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 255 ss.

En este sentido consideramos muy precisas las palabras de E. Volterra[401] quien, al definir el matrimonio clásico, da a conocer implícitamente los elementos necesarios para su válida constitución así como alude a la necesidad de que no hubiera impedimento alguno. Pues el autor entiende que el matrimonio romano existía jurídicamente cuando un hombre y una mujer libres, con *conubium* y que carecían de impedimento legal alguno, establecían una relación conyugal con la voluntad efectiva y continuada de estar unidos duraderamente en matrimonio. De lo contrario, estaríamos ante un matrimonio *non iustum* o una unión entre dos personas simplemente, por no cumplirse con los requisitos válidamente requeridos y, sobre todo, por carecer una de las partes del *conubium* exigido.

Partiendo de esta definición general, vamos a detenernos en el origen del vocablo "impedimento", ya que esta palabra encuentra su raíz latina en *impedimentum* que se traduce textualmente por "estorbo", "limitación" o "prohibición" para realizar un determinado acto. Si lo aplicamos al ámbito del Derecho en sentido genérico, aludimos al obstáculo impuesto a la realización o validez de un determinado negocio jurídico pero, cuando nos referimos al matrimonio, ello quiere significar aquellas

[401] E. VOLTERRA, *La Conception du mariage...,* op. cit., p. 372 ss.

circunstancias de orden diverso (física, legal o espiritual) que hacen imposible la unión marital entre dos personas.

De esta manera, se comprende el alcance del *conubium* entendido como la capacidad jurídica para contraer matrimonio válido, por no existir obstáculo derivado de la condición de las personas, o de su situación social o parentesco. Trabas, dificultades, prohibiciones o ausencia de requisitos esenciales son expresiones que entendemos que hacen referencia a una misma idea, esto es, la imposibilidad de contraer válidamente un vínculo conyugal durante la vigencia del Derecho Romano clásico por no reunirse las notas esenciales necesarias para ello.

Parte de la doctrina[402], al abordar esta materia, resalta el hecho de que *impedimentum* sea una palabra cuyo significado completo no se alcanza durante la vigencia del Derecho Romano clásico, sino posteriormente con el Derecho

[402] F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico*..., p. 406; Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 280 ss.; W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 388 ss.; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 46-47. El primer autor, al tratar el vínculo marital, parte de la base de que el *matrimonium* era una situación social de hecho (*factum*) y, por este motivo, el Derecho Romano sólo contempla un sistema de prohibiciones de ius divinum (*fas*) y de tipo social, pero no un sistema completo de impedimentos como existe en el *Ius Canonicum*.

Canónico. Así, J. Iglesias[403] sostiene que el término *impedimentum* es propio del Derecho Canónico y lo define textualmente como aquellos motivos de variada índole (éticos, políticos, sociales o religiosos) que determinaron "una suerte de requisitos que se caracterizaron por estar formulados de modo negativo", y son los que actualmente se denominan "impedimentos"[404]. Por su parte, P. Bonfante[405] subraya la esencia de estas dificultades a contraer *matrimonium iustum* y las califica precisamente de "requisitos determinados de un modo negativo por la

[403] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 552.

[404] E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*..., op. cit., p. 104 ss.; R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., p. 295; Por su parte, E. A. Lozano y R. Panero también mantienen el origen canónico del término "impedimento" y le atribuyen una formulación negativa que se traduce por prohibición, esto es, se trata de un requisito formulado negativamente que obstaculiza la celebración de todo vínculo conyugal realizado conforme al Derecho Romano clásico. Expresamente, sostiene E. A. Lozano que: "Al lado de las condiciones requeridas positivamente por la ley para la validez del matrimonio, existen también determinadas circunstancias que impiden el mismo. Tales requisitos formulados de forma negativa, usualmente se llaman impedimentos -*impedimentum*-, siguiendo la terminología de derecho canónico. Sin embargo, el concepto y el término impedimentum es extraño a los romanos. Los impedimentos no son conceptualmente diversos de los requisitos: se puede hablar, indistintamente, de impedimentos o de requisitos, según que la condición requerida por la ley sea formulada en forma negativa o positiva".

[405] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 185.

ausencia de ciertas condiciones", por lo que en las Escuelas se usa el concepto de impedimentos matrimoniales.

A tenor de lo afirmado y, una vez analizado el vocablo *impedimentum*, vamos a delimitar cuál era la naturaleza jurídica y qué efectos producían en el Ordenamiento romano clásico. En primer lugar, se suele admitir[406] que eran prohibiciones matrimoniales que obstaculizaban la normal convivencia de los contrayentes y que, a diferencia de la regulación canónica, no suponían la capacidad general de contraer matrimonio sino más bien la ausencia de la capacidad jurídica de los cónyuges.

[406] P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage*..., op. cit., p. 24; Á. D´ORS, *Presupuestos críticos...*, op. cit., p. 282 ss.; P. E. Corbertt, al hacer referencia a la capacidad y condiciones para que existiese un matrimonio justo, define al *conubium* en relación con las limitaciones que podían darse, al decir que: "*Conubium* is said to exist between a man and a woman when they are capable of legal intermarriage. Under absence of conubium the compiler of Ulpian´s Regulae treats such various obstacles to marriage as foreign citizanship, slavery, and blood relationship within the prohibited degrees. Modern commentators add differences of rank and status, indeed all relative disabilities as distinc from the absolute obstacles such as absence of consent and impuberty".

La naturaleza de esta institución se comprende si consideramos las limitaciones matrimoniales como prohibiciones para contraer justas nupcias. De este modo se observa cuando E. Volterra[407], al definir al matrimonio clásico, aporta implícitamente los requisitos positivos y negativos para su válida constitución, aseverando que para que se considerase matrimonio válido no debía existir impedimento legal alguno.

Bajo las premisas expuestas, podemos entender el sentido de esta institución puesto que no tendrán las mismas consecuencias un matrimonio contraído contra las prohibiciones de la época clásica, que aquel otro llevado a cabo posteriormente. La razón de estas diferencias surge en el cambio de mentalidad respecto a lo que en Roma se entendía por *ius conubii*.

[407] E. VOLTERRA, *La Conception du mariage...,* op. cit., p. 372; E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 450. Así lo expone el autor en su obra definiendo que: "L´unione coniugale di un uomo e di una donna è giuridicamente qualificata iustum matrimonium e spiega effetti giuridici se vi sono i tre requisiti che abbiamo elencato: altrimenti non esiste giuridicamente ed è priva di effetti. L´idea dell´impedimento, cioè di un ostacolo allésplicazione di una generale capacità matrimoniale è ignota ai giuristi classici. Il sostantivo impedimentum e il verbo impediri è da essi usato in tuttáltro significato".

En esta línea, E. Volterra[408] al investigar acerca de las prohibiciones e impedimentos del vínculo conyugal, distingue entre los efectos jurídicos que se producían en cada periodo histórico del Derecho Romano, admitiendo que el matrimonio clásico que adoleciese de una prohibición para contraer el vínculo se consideraba como una situación de hecho contraria a la existencia de *iustae nuptiae* por la carencia de *conubium*. La doctrina[409] ha concretado lo

[408] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 649.

[409] L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., pp. 109-110; A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 432. Ello también se refleja en la definición que A. Torrent ofrece, cuando parte de la necesaria capacidad jurídica de las partes y enumera de forma general ofreciendo una primera aproximación de cuáles eran, en suma, dichos impedimentos matrimoniales en cada etapa: "Para que hubiera iustae nuptiae se requería la capacidad jurídica recíproca entre el hombre y la mujer (connubium) y capacidad natural para procrear (…). Del *connubium* están excluidos los esclavos y el que estuviera unido en otro matrimonio, y en Derecho justinianeo el que haya hecho voto de castidad y el clérigo que hubiera alcanzado órdenes mayores (…). Otros impedimentos vienen dados por razones de parentela (…), en Roma repugnaban los matrimonios entre agnados o cognados. En Derecho clásico la prohibición era absoluta entre parientes en línea recta; en línea colateral (salvo el matrimonio entre el emperador Claudio y Agripina -tío y sobrina- ….), se fue atenuando la primitiva repugnancia estando prohibido solamente el matrimonio entre los más cercanos parientes; en Derecho justinianeo se permitía el matrimonio entre primos (…). Entre parientes adoptivos se prohibía el matrimonio en línea recta; y en la colateral (…) cesaba la prohibición cuando uno de ellos se emancipaba (…). Respecto a los afines, en época clásica estaba prohibido el matrimonio entre afines en línea recta, y en la primera línea colateral (…). De todos modos, los juristas romanos no se preocuparon de teorizar sobre los impedimentos matrimoniales, y fue

anterior, señalando que tal prohibición matrimonial se traducía en la denegación del derecho a contraer matrimonio, si bien es cierto que para el matrimonio postclásico los impedimentos se daban ante la falta de algunos de los requisitos matrimoniales exigidos, para el Derecho clásico existía tal limitación si específicamente faltaba el *conubium* entre los cónyuges.

Como aclaramos en el apartado anterior, nosotros utilizamos la palabra "impedimento" para referirnos a tales inconvenientes o dificultades matrimoniales pues, a pesar de que es generalmente admitido el hecho de considerar el vocablo como propio del Derecho Canónico, nos encontramos con un texto que lo utiliza con el significado literal pero haciendo uso de una expresión similar, como es, *secundum preacepta legum coeünt* (posibles impedimentos). Reproducimos, otra vez, la fuente a la que nos referimos dada la importancia y alcance que adquiere en esta materia:

la doctrina canonística medieval la que los sistematizó clasificándolos en dirimentia (inderogables) e impedientia (derogables)".

IJ. 1,10 pr.: *Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coeünt, masculi quidem puberes, feminae autem viripotens, sive patres familias sint, sive filii familias, dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio su adet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat, unde quaesitum est, an furiosi filia nubere aut furiosi filius uxorem ducere possit? cumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiae furiosi filium quoque posse et sine patris interventu matrimomium sibi copulare secundum datum ex constitutione modum.*

En este pasaje, en primer lugar, se observaba una identificación entre *ius conubii* y matrimonio romano postclásico. En este sentido, si bien se aludía de forma general a los requisitos matrimoniales (*iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt*), en ningún caso se nombraba el elemento que daba la esencia al vínculo en época anterior, es decir, el *ius conubii*. En su lugar, esta fuente recordemos que hacía uso de los términos *secundum preacepta legum coeünt*, que se traduce por los posibles impedimentos a contraer matrimonio y el debido respeto de los cónyuges. Indicando, la necesaria capacidad natural de

los cónyuges (*masculi quidem puberes, feminae autem viripotens)* y el consenso mutuo (*sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt)*.

No obstante lo anterior, a continuación vamos a detallar otras fuentes que sí hacen un uso expreso de la voz *impedimentum*, en el sentido general clásico de prohibición legal de la convivencia matrimonial; si bien, nunca aludiendo a los impedimentos matrimoniales propios del Derecho Canónico. Por este motivo, los profesores W. Kunkel[410] y Á. D´Ors[411] prefieren utilizar expresiones como "obstáculos" o "prohibiciones" que no permitían el matrimonio, en lugar de usar el vocablo "impedimento", evitando así mezclar el significado etimológico de la palabra "impedimento" con el que le damos en tiempo clásico. Pues como afirma este último autor, la palabra "prohibiciones" matrimoniales se adecua mejor a la concepción romana del matrimonio ya que no existió propiamente en Derecho Romano un sistema de impedimentos pero si de prohibiciones.

[410] W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 388.

[411] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 282.

Del mismo modo, recordemos que R. Domingo[412] investiga acerca de la naturaleza de las prohibiciones advirtiendo que en el Derecho Romano no existió, *stricto sensu,* un sistema de impedimentos como se da, por ejemplo, en el Derecho Canónico y sólo se hace referencia a las "prohibiciones" matrimoniales de contraer matrimonio o nupcias. Otra expresión similar la aporta M. E. Baquero[413] quien directamente alude a la "prohibición" del *ius conubii*. Mientras que G. Ruiz[414] habla de "detracción del *connubium*", "privación del *connubium* clásico" e, incluso, de "quitar el *connubium*".

Si tenemos presente la escasez de textos que abordan la naturaleza, efectos y limitaciones al matrimonio legal en Roma, podemos comprender el alcance de las fuentes que mostramos seguidamente. En todas ellas, se hace un uso expreso del término *impedimentum* pero en sentido clásico de prohibición matrimonial, lo que les diferencia respecto a otros pasajes que abordan esta cuestión sin acudir en ningún momento a la voz "impedimento", sino empleando

[412] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., p. 31 ss.

[413] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 307 ss.

[414] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 98.

expresiones o locuciones equiparables, como por ejemplo, *nuptiae contrahi non possunt* o *uxorem ducere non licet*. Analicemos, pues, el contenido jurídico de cada uno de estos textos:

D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat*.

Como ya tuvimos ocasión de exponer, en este texto se mantiene que es evidente (*plus quam manifestum est*) que la locura también constituya un impedimento o limitación para contraer las futuras promesas de matrimonio (*furor quin sponsalibus impedimento sit*). Como en el supuesto siguiente pero refiriéndose a los esponsales, igualmente se utiliza el término "impedimento" (*impedimento*) y se hace una excepción para el caso en el que tal locura sucediera tras haber contraído las futuras promesas (*sed postea interveniens sponsalia non infirmat*), pues en ese supuesto sí serían válidas.

D. 23,2,16 pr. (Paul. 35 *ad edict.*): *Oratione Divi Marci cavetur, ut, si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent; quam et Senatusconsultum secutum est.*

D. 23,2,16,1 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet.*

D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit*.

En este caso, el jurista Paulo examina las consecuencias jurídicas de la persona que, afectada por locura, pretendiese contraer un matrimonio legal en Roma (*si Senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent...Nepote uxorem ducente et filius consentire debet, neptis vero si nubat, voluntas et auctoritas avi sufficiet*). Para dicho supuesto, se consagraba el principio de la imposibilidad de que el loco (*furor*) se casara dada la ausencia de uno de los elementos esenciales del matrimonio romano, como era, el consentimiento (*consensu*) válidamente prestado de los contrayentes en el momento de contraer la unión conyugal (*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est*). Sin embargo, haciendo uso de la voz "impedimento" (*impedit*) Paulo añade la excepción de aquellos matrimonios llevados a cabo antes de que le hubiera sobrevenido tal locura, a los cuales, no les afectaba tal prohibición matrimonial (*sed recte contractum non impedit)*.

D. 23,2,17 pr. (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nupcias, donec manet adoptio; ideoque eam, quam pater meus adoptavit, et emancipavit, potero uxorem ducere, aeque et si me emancipado illam in potestate retinuerit, poterimus iungi matrimonio.*

D. 23,2,17,1 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Itaque volenti generum adoptare suadetur, ut filiam emancipet; similiter suadetur ei, qui nurum velit adoptare, ut emancipet filium.*

D. 23,2,17,2 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Amitam quoque et materteram, item magnam quoque amitam et materteram magnam prohibemur uxorem ducere, quamvis magna amita et matertera quarto gradu sint. Utique autem amitam et amitam magnam prohibentur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis coniunctae sint*.

Finalmente, hemos reproducido otros textos que también utilizan el término impedimento (*impedit nupcias* o *impeditur*) para referirse a dos instituciones de carácter protector en Roma, como eran, la adopción y la tutela[415]. Expresamente en este primer pasaje de Gayo, se niega la posibilidad de constituir un matrimonio legal (*per adoptionem quaesita fraternitas eousque impedit nupcias, donec manet adoptio*) dados los lazos de fraternidad que se producían entre el adoptado y sus familiares (*qui nurum velit adoptare...et materteram, item magnam quoque amitam et materteram magnam prohibemur uxorem ducere...et matertera quarto gradu sint. Utique autem amitam et amitam magnam prohibentur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis coniunctae sint*).

[415] Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica y clases de *tutela mulierum*, vid. por todos, L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum...*, op. cit., pp. 1-26; L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum...*, op. cit., pp. 1-42; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare...*, op. cit., p. 1 ss.

D. 23,2,67 pr. (Tryph. 9 *disputat.*): *Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, exititerit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut praeteritus emancipatus; nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.*

D. 23,2,67,1 (Tryph. 9 *disputat.*): *De uno dubitaris potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipado natae, an nepote ex altero filio eam collocare possit sive emancipado, sive mamenti in potestate, quia par affectionis causa suspicionem fraudes amovet. Sed etsi Senatusconsultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt.*

D. 23,2,67,2 (Tryph. 9 *disputat.*): *Sed et si filiusfamilias tutor Puellas vel curator fuit, puto, vel magis patri eius non oportere eam nubere; numquid nec fatri, qui est in eiusdem potestate?.*

D. 23,2,67,3 (Tryph. 9 *disputat.*): *Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaveris, an perimuntur nuptiae, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius Puellas, cuius curator est; nam finita iam tutela, et nupta puella alii verdor, ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire, quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur; quam causam prohibitionis nuptiarm contrahendarum Oratio Divi Marci continet*.

Respecto al fragmento al que nos referíamos anteriormente, decir que el jurista Trifonino también recoge la prohibición matrimonial de que los tutores o curadores pudieran casarse válidamente (*sed et si filiusfamilias tutor Puellas vel curator fuit, puto, vel magis patri eius non oportere eam nubere*), dadas las funciones protectores y de guarda que tenían asignadas (*quam causam prohibitionis nuptiarm contrahendarum Oratio Divi Marci continet*). Si bien es cierto que dicha imposibilidad no sólo se extendía durante el tiempo que durase la tutoría o curatela sino que perduraba incluso cuando ésta finalizase (*non solum vivo tutore*) pues, como dice literalmente el texto, el tutor ejercía como un padre

(*cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit*) y ello era así incluso tras el fallecimiento del hijo tutelado (*post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam*)[416].

A modo de conclusión y, teniendo siempre presente que las fuentes regulan esta materia de forma fragmentaria haciendo uso de diferentes palabras para aludir a los impedimentos matrimoniales, entendemos que el análisis jurídico del contenido de dichos textos nos va a ser de gran utilidad para ofrecer posteriormente una clasificación de los impedimentos matrimoniales que reúna los elementos constitutivos de esta institución, desde el Derecho Romano clásico hasta el Derecho Canónico con las influencias del Cristianismo.

Pues bien, ante esto, consideramos que, en todo caso, lo correcto es admitir que el vocablo *impedimentum* puede dar lugar a confusiones si nos referimos tanto a la época clásica como a la postclásica, debido a la influencia del Derecho Canónico. Sin embargo, en sentido genérico, se puede usar esta palabra en cualquier período histórico para

[416] En general, por lo que respecta a la tutela de la mujer ante el matrimonio, vid. por todos, L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore*..., op. cit., pp. 443-463; F. DEL PINO-TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y su ex-pupila en el Libro 9 Disputationum de Claudio Trifonino*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (Huelva 2001) 143-187.

aclarar cuándo estamos ante una limitación o prohibición matrimonial dado que, como sostiene específicamente M. I. Núñez Paz[417], los "impedimentos" eran una circunstancia modificativa del *conubium* en época clásica pero desde tiempo postclásico, comenzaron a tener el sentido canónico.

[417] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 37. En este sentido, la profesora Núñez Paz considera que todos los impedimentos conllevan la inexistencia del matrimonio en época clásica y la nulidad en la postclásica.

2. Evolución jurídica de los impedimentos

La aportación de una clasificación completa que reúna los diferentes tipos de uniones no matrimoniales que existieron en Roma, entendemos que debe de ir precedida de un estudio detallado de la evolución jurídica de los impedimentos, así como de los emperadores y sus reformas matrimoniales introducidas en las distintas etapas históricas de la vigencia del Derecho Romano.

De este modo, el análisis de la legislación matrimonial clásica va a resultar clave en nuestro trabajo debido no sólo a la finalidad que estas normas pretendían sino también gracias a la figura del emperador Augusto quien introdujo numerosas reformas sociales, de entre las que destacamos, la restauración de las tradiciones morales del pueblo romano, la recuperación de los antiguos festivales religiosos y, muy especialmente, la integridad del matrimonio como institución.

Para entender el alcance jurídico de la legislación augustea y su evolución hasta llegar al emperador Constantino, consideramos necesario realizar una primera aproximación al contexto social, político y económico en el que se desenvuelven estas normas matrimoniales, para a continuación analizar jurídicamente su evolución a lo largo de las diferentes fases del Imperio Romano.

Sin olvidar, en cualquier caso, que Augusto fue el creador de un conjunto de principios reguladores del matrimonio que se distinguieron de los demás, por su carácter unitario y completo y por basarse en una serie de costumbres que, como señala M. E. Fernández Baquero[418], sirvieron de reglas de conducta y de fuentes del Derecho perfectamente aplicables[419].

[418] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 114. La profesora sostiene con firmeza que los *mores* se consideran como normas escritas con fuerza vinculante al igual que las demás norma.

[419] Por ello, en las fuentes se observa el alcance de la costumbre como fuente del Derecho más arcaico y primitivo: D. 1,1,9 (Gai. 1 *institut.*): *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*; D. 1,3,32 pr. (Iul. 83 *dig.*): *De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: Et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: Si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma*

Sin más, comenzamos nuestro estudio analizando el contexto en el que se enmarca la legislación matrimonial de Augusto para realizar un análisis detallado de su alcance jurídico en lo que se refiere al tema de las limitaciones a contraer matrimonio durante la época del Principado. Para acabar con este apartado, veremos la derogación parcial de las leyes matrimoniales que llevó a cabo Constantino I y su influencia para el Derecho Romano tardío[420].

utitur, servari oportet; D. 1,3,32,1 (Iul. 83 *dig.*): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*; D. 1,3,33 (Ulp. 1 *de off. proconsulis*.): *Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet. Ergo omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*; D. 23,2,8 (Pomp. 5 *ad sab.*): *Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est*; D. 23,2,39,1 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si quis ex his, quas moribus prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere*.

[420] Sobre la evolución jurídica del matrimonio ya con Valentiniano y Teodosio y cómo afecta a los impedimentos, vid. por todos, M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*..., op. cit., p. 239 ss.

2.1. Las reformas en época del emperador Augusto

La evolución del derecho matrimonial vigente durante la segunda etapa clásica o, también conocida, como etapa clásica "alta" o "central" (del 30 a.C. al 130 d.C.) vino marcada por el tránsito de la forma política Republicana al Principado de Augusto. La situación social, política y económica de este periodo se caracterizó por una serie de circunstancias que rodearon a la fase final de la República y que, siguiendo a C. Gómez Ruiz[421], exponemos en las siguientes líneas.

En primer lugar, la degeneración y tendencia al desorden. En este contexto, la autora advierte que la gran acumulación de riquezas, la ociosidad de la paz tras largas luchas sociales y civiles, así como las conmociones de todo tipo propias de una época de grandes conquistas habían destruido final y definitivamente los viejos principios de ética y moral que en gran medida soportaban, de una u otra manera, las bases de la familia romana. En segundo término, se destaca la depauperación de las familias pertenecientes a las clases más elevadas por lo que, como consecuencia de este empobrecimiento, la institución familiar que había sido un núcleo "indisoluble" pasó a un segundo plano para

[421] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 12 ss.

hacer surgir nuevos estratos sociales centrados más en la riqueza que en su ascendencia familiar.

A lo anterior se añade el hecho de que muchos libertos, con la intención de salir de su clase social y de dar riqueza al Estado con su actividad, pasaron a formar parte de la burguesía y del funcionariado imperial. Así, los caballeros se habían enriquecido y quisieron ennoblecer su estirpe dedicándose a profesiones tradicionalmente aristócratas, como la de políticos o terratenientes. Mientras que, por su parte, la clase patricia había aumentado considerablemente su número.

En el aspecto social y económico, observamos que durante el siglo II a.C. a la anteriormente nombrada destrucción de las familias de las clases más elevadas, se unen hechos tan determinantes como, por ejemplo, el elevado número de guerras, el otorgamiento de libertad a muchos esclavos (quienes normalmente se convertían en ciudadanos romanos, aunque no respondían a los mismos esquemas morales ni valores éticos que investían a un ciudadano propiamente dicho[422]), el caos económico derivado de las luchas y la

[422] En cuanto a la condición del escalvo en Roma, vid. por todos, M. FERNÁNDEZ PRIETO, *El esclavo en el delito de iniuriae*, en *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* VI (1997) 7-34; S. B. POMEROY, *Diosas, rameras, esposas y esclavas...*, op. cit., p. 1 ss.

grave decadencia de las costumbres. Produciéndose[423], un desuso tanto de los *mores maiorum* como de los ideales o virtudes tradicionales del pueblo romano.

En este punto se sostiene de forma generalizada por la doctrina romanística[424], que la tarea del emperador Augusto consistió en dictar normas unilaterales sin intervención del pueblo romano para recuperar el orden moral perdido. Por este motivo, se puede defender que Augusto se encontró con un desorden generalizado en todas las instituciones al que tuvo que hacer frente durante la época de mayor esplendor del Imperio.

[423] Con Augusto comienza el restablecimiento de los decaídos *mores maiorum* que ahora se traducen en leyes nuevas que contienen sanciones jurídicas, transformándose los deberes morales en jurídicos. Sobre este particular, vid. por todos, C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 16 ss.

[424] J. C. GHIRARDI, Regulación jurídica de las conductas sexuales..., op. cit., p. 6 ss ; B. BIONDI, *Scritti giuridici* II (Milano 1965) 14, en C. GÓMEZ RUIZ, *El Divorcio y las Leyes augusteas* (Sevilla 1987) 15; A. GUARINO, *Guida allo studio della fonti giuridiche romana* (Napoli 1952) 457, en C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas* (Sevilla 1987) 15-17; F. DE MARTINO, *Storia della Constituzione romana* IV (Napoli 1974) 262 ss., en C. GÓMEZ RUIZ, *El Divorcio y las Leyes augusteas* (Sevilla 1987) 17. C. Gómez Ruiz retoma las palabras del profesor Biondi, quien admitía expresamente que: "Accompagno il cives dal foro alla domus, dalla camera da letto alla camera de pranzo. E, igualmente, aporta los estudios de De Martino quien afirmaba que aquellas instituciones que tradicionalmente hacían referencia a relaciones entre particulares, se consideraban de interés público y, por ende, quedaban excluidas de ellas "cualquier signo de autonomía de la voluntad".

La reforma no se basaba en un ideal de perfección ética como sucederá posteriormente con la llegada del Cristianismo, sino más bien en la restauración de las costumbres que habían caracterizado al pueblo de Roma, a través de nuevas leyes demográficas y matrimoniales, las cuales, favorecieron la recuperación del orden moral y social perdido si bien fueron gravemente restrictivas de la libertad y derechos de los *cives*.

Así Augusto, considerado como un "férreo defensor de la estructura familiar"[425], pretendía no sólo aumentar el número de nacimientos sino que, de forma paralela quería que los nacidos fuesen ciudadanos genuinamente romanos. De ahí la idea de "Romanidad" expuesta en el Capítulo I de nuestra investigación, para hacer como una especie de raza pura de los ciudadanos que efectivamente cumpliese con las

[425] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 6. El autor realiza esta aseveración al admitir que: "Cayo Julio César Octaviano, o Augusto como prefirió él mismo ser llamado, fue un férreo defensor de la estructura familiar, a la debilitación de cuyos lazos atribuía la anarquía que había precedido a la disgregación de la República. Por ello hace dictar en el año 18 a J.C. su ley Iulia de Maritandis Ordinibus, seguida de la Papia Poppaea en el año 9 d J.C. Una y otra tendían a enaltecer y reforzar los vínculos matrimoniales y la procreación de hijos dentro del seno familiar, bajo apercibimiento de severas sanciones económicas. La circunstancia de que no hayan tenido éxito para los fines pretendidos, aunque resultaran en definitiva un excelente medio para incrementar la recaudación fiscal, carece aquí de importancia".

condiciones establecidas para ser *cives* y, como mantiene textualmente C. Gómez Ruiz[426], con todas las: "Virtudes propias de aquellos ciudadanos de Roma que hicieron posible la grandeza, expansión y hegemonía universal de otros tiempos".

A lo anterior, se añade el intento de restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones y de los *mores maiorum* para desarrollar una política legislativa que favoreciera las uniones matrimoniales lícitas. Durante este periodo histórico, el Derecho de Familia adquiere un carácter humano alejándose de las etapas anteriores y configurando al matrimonio como una unión libre y disoluble en la que vivían ambos cónyuges en pie de igualdad[427].

Sobre los efectos jurídicos que producía la mencionada "Romanidad", el profesor Puchta[428] concluye textualmente afirmando que la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) son el: "Monumento legislativo más importante, considerable y extenso del Derecho Romano después de la XII Tablas". Lo que se

[426] GÓMEZ RUIZ, C.: *El Divorcio y las Leyes augusteas* (Sevilla 1987), p. 16.

[427] F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano...*, op. cit., p. 99 ss.

[428] G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem II* (Leipzig 1875) 556, en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988) 100.

contradice con la opinión de otros autores, que lo califican de fracaso legislativo porque ni siquiera consiguieron el objetivo principal del incremento de nacimientos entre las clases altas, como Del Castillo[429], quien asegura precisamente que son un "total y catastrófico fracaso".

De cualquier modo, si bien estas normas no alcanzaron la finalidad inicialmente pretendida por Augusto, no es menos cierto que sirvieron de base para regular el matrimonio y los impedimentos al mismo, en una época en la que no existían más fuentes que las costumbres de los antepasados. Consideramos, en definitiva, que estas leyes matrimoniales se conformaron como una pieza clave para el Derecho Romano clásico y, en este sentido, no han tenido parangón frente a otras fuentes que abordaron la institución marital. Razón por la cual, en el siguiente epígrafe de nuestro trabajo reparamos en el análisis de las mismas.

[429] A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana...*, op. cit., p. 100.

2.2. Alcance jurídico de las leyes matrimoniales de Augusto

Como avazábamos anteriormente, parte de la romanística[430] justifica que las leyes augusteas no eran perfectas debido a la misma realidad romana, pues las escasas normas que existían tenían un carácter restrictivo o impeditivo y, por este motivo, pertenecían a la categoría de *minus quam perfectae*. Por tanto, no podemos entender una falta de previsión o precaución en esta materia sino más bien el fruto de las distintas circunstancias sociales, políticas y demográficas que rodearon a la legislación matrimonial del emperador[431].

[430] Con relación a la calificación de leyes imperfectas y sus carencias, vid. por todos, V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano...*, op. cit., p. 169; A. DEL CASTILLO, *Legislación romana y liberación femenina...*, op. cit., pp. 161-169; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 60 ss. S. Treggiari define exactamente cuáles fueron los efectos jurídicos de esta legislación al decir que: "Augustus introduced radical legislation which modified rights to marry, manipulated freedom to dispose of property, and attempted to encourage marriage and reproduction, especially in sections of society most susceptible to the type of rewards (praemia- and penalties –poenae) which the emperor had at his disposal. Augustus´laws responded to a complex situation and shifting political possibilities. They are themselves complex. We should not seek for one simple motive. But the need to encourage nuptiality and reproductivity in order to supply Rome with soldiers and administrators appears to have been prominent in the minds of Augustus and his advisers".

[431] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones..,* op. cit., p. 555; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 47-78.

En consecuencia, recordamos que tanto la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) como la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) formaban un único texto denominado *Lex Iulia et Papia Poppaea*, cuya finalidad primordial era la de intentar la restauración de la familia romana sobre la base de las tradiciones y de los *mores maiorum* para desarrollar una política legislativa que favoreciera las uniones matrimoniales lícitamente contraídas y la procreación[432]. Y, en su virtud, todos los ingenuos salvo los senadores y sus descendientes podían contraer matrimonio con los libertos; desapareciendo cualquier impedimento al matrimonio originado por la distinta clase o condición social. Sin embargo, sí se sancionaban determinadas prohibiciones matrimoniales de carácter social[433].

Para entender el alcance y sentido jurídico de estas leyes, consideramos necesario detenernos en sus orígenes y en el fundamento que le dan su razón de ser durante el Principado de Augusto. De esta manera, esta norma ocupó un lugar preeminente dentro de la gran obra de reforma política y social del emperador porque su finalidad

[432] C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*..., op. cit., p. 507 ss.

[433] P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi...*, op. cit., p. 45 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un Seminario sulla legislazione matrimoniale augustea* (Napoli 1998) 15 ss.

principal fue la regeneración de la población romana, terminando así con la procreación de la numerosa prole que había en la época. Durante su gobierno, en general, el príncipe publicó multitud de leyes con estos objetivos pero fracasó y tuvo que abandonar algunos de sus proyectos, salvó el triunfo de las mencionadas *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Iulia et Papia Poppaea* que se configuraron como las fuentes de mayor importancia para el Derecho Romano clásico[434].

En cuanto a la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* hacemos referencia, en primer lugar, a aquella ley rogada por Augusto y votada en el año 18 a.C. favorecedora de los matrimonios entre personas del mismo rango social y de la natalidad legítima[435]. A su vez, establecía cargas de tributación y restricciones de derecho y la capacidad hereditaria para solteros (*caelibes*) y casados sin descendencia (*orbi*), al mismo tiempo que concedía ventajas

[434] Para un estudio más detallado de esta legislación, vid. por todos, R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia* (Padua 1996); R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho Romano* (Navarra 2002) 378-379; W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 389 ss.

[435] Posteriormente, en el año 4 d.C., el emperador Augusto rogó otra ley de igual nombre que la anterior pero introduciendo modificaciones sustanciales.

económicas a los progenitores[436]. A modo de ejemplo, en el siguiente pasaje[437] se alude a esta ley con la intención de reformar las costumbres:

D. 30,96,1 (Iul. 39 dig.): *Quoties lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata, et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant*.

[436] Para desarrollar la cuestión de la capacidad de los *caelibes* u *orbi* y la regulación de Augusto, vid. por todos, R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., p. 1 ss.

[437] En el mismo sentido, vid. D. 23,2,32 (Marcel. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Sciendum est libertinum, qui se ingenuo dedit adrogandum, quamvis in eius familia ingenui iura sit consecutus, ut libertinum tamen a senatoriis nuptiis repellendum esse*; D. 23,2,44 pr. (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: "Qui senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quuis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto; neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto";* Cfr. Gai. 1,111; Gai. 1,178: *Nam et lege Iulia de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur dotis constituendae gratia a praetore urbano tutorem petere*; Gai. 2,207: *Et quamuis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatarium liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut colegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.*

Del texto de Juliano se observa que, al igual que ocurría con otras leyes denominadas "caducarias"[438], la *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* (*quoties lege Iulia)* limitaba la posibilidad de adquirir *mortis causa* al viudo sin hijos y a los solteros. Razón por la que los bienes vacantes (*bona vacantia*) pasaban a los herederos o padres legatarios pero, en su defecto, iban a parar al tesoro público (*ad fiscum pertinent, et legata, et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres, a quo relicta erant*) y, desde Caracalla, al Fisco.

W. Kunkel[439], al abordar esta cuestión, advierte textualmente que su incumplimiento llevaba aparejado una serie de perjuicios y sanciones, refiriéndose a los célibes quienes no podían adquirir nada de lo atribuido en un testamento como herederos o legatarios y, a los casados sin hijos (*orbi*), a quienes sólo les correspondía la mitad. En cualquier caso, hasta que esta legislación no se derogó en el Bajo Imperio, fue considerada como poco popular, de alcance incierto y debiendo ser interpretada restrictivamente por los juristas.

[438] En esta misma clasificación nos encontramos también con la *Lex Papia Poppaea Nuptialis*, votada en el año 9 d.C., que modifica la *Lex Iulia*.

[439] W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 391.

Por su parte la *Lex Iulia et Papia Poppaea* (18 a.C a 8 d.C.), en segundo término, destacó porque su vigencia perduró a lo largo de toda la etapa de mayor esplendor del Imperio Romano. En efecto, el rigor de la ley empezó a ser templado con la concesión del *ius liberorum* que el Senado y después el Príncipe, concedía por razones especiales a personas que no se encontraban en las condiciones requeridas por la ley. Con la extensión de la ciudadanía romana a todos los súbditos libres del Imperio, decayó el fin político de la ley, esto es, el de cierta defensa de la pureza de la raza latina y el tratar de proveer a la población romana necesaria para el gobierno del Imperio.

Otro de los contenidos regulados en esta norma es el hecho de que, al igual que la anterior ley, estaban obligados a contraer matrimonio los *cives* comprendidos entre los veinticinco y los sesenta años, así como las romanas mayores de veinte y menores de cincuenta. Sin embargo, esta ley además exigía la procreación y determinaba el número de hijos según los casos; por lo que a los matrimonios de ingenuos se les obligaba a tener tres y a los libertos cuatro[440]. En lo que se refiere a las viudas o divorciadas, éstas debían contraer nuevo

[440] R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho Romano*..., op. cit., op. cit., p. 378.

matrimonio en el plazo máximo de seis meses a dos años, excepto que hubiesen tenido ya tres hijos legítimos o cuatro, si estos eran libertos[441].

Cumplidas estas normas, se suele admitir[442] que se recompensaba con determinadas preferencias o privilegios como, por ejemplo, las mujeres que habían tenido los tres hijos legítimos exigidos (o cuatro en caso de libertas) quedaban liberadas de la *tutela mulierum* y se les concedía la posibilidad de disponer por testamento a través del *ius liberorum*.

Además, se eximía de los cargos a quienes tenían tres hijos en Roma, cuatro en Italia o cinco en las provincias. Por último, se daba preferencias para solicitar y obtener cargos públicos antes de la edad prescrita para el desempeño del mismo. En todo caso, dicha norma comenzó a perder vigencia influenciada de la concepción cristiana del matrimonio que no toleraba ninguna coacción para su realización y tampoco las rígidas prohibiciones

[441] Para las mujeres, este precepto fue un cambio respecto a lo que había venido siendo la tradición porque dejaban de tener la consideración social de *univiriae*.

[442] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 556; L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum...*, op. cit., p. 3 ss.; L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum...*, op. cit., p. 1 ss.

matrimoniales por lo que, como señala M. Falçao[443], Justiniano acabó por abolirla.

A pesar de lo objetivos perseguidos por ambas leyes, surgieron limitaciones que llegaban a prohibir el vínculo marital de los ingenuos y senadores con ciertas personas, para tratar de evitar la mezcla de clases y conseguir que la raza se conservase pura[444]:

D. 23,2,43 pr. (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit*.

Tal y como se extrae del tenor literal del presente pasaje, la *Lex Iulia et Papia Poppaea* prohibió que los ingenuos contrajesen matrimonio con mujeres de mala fama (*palam quaestum facere dicemus non tantum eam*). Incluyendo no sólo a las prostitutas que trabajaban en un lupanar (*quae in lupanario se prostituit*), sino también a aquellas que como dice textualmente el texto: "No respetaban su pudor en la taberna de un hostelero o en alguna otra parte", aludiendo de forma genérica a mujeres adúlteras, flagrantes y artistas de teatro (*verum etiam si qua (ut*

[443] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 11-12.

[444] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 18.

adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit).

D. 23,2,44 pr. (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Lege Iulia ita cavetur: "Qui Senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato cuius eorum est, erit, ne quuis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit; neve senatoris filia, neptisve ex filio, proneptisve ex nepote filio nato, nata, libertino eive, qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto; neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto".*

En este texto de Paulo que otra vez reproducimos, el jurista aclara que a los senadores y sus descendientes hasta los bisnietos (*qui senator est, quive filius, neposve ex filio, proneposve ex filio nato cuius eorum es)* se les impedía contraer matrimonio legal en Roma con libertas y con artistas o hijas de artistas, alcanzando igualmente a sus descendientes (*erit, ne quuis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam, aut eam, quae ipsa, cuiusve pater materve artem ludicram facit, fecerit*).

D. 23,2,44,1 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Hoc capite prohibetur Senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem iudicram fecerit, item libertinus Senatoris filiam ducere*.

En la misma línea que el fragmento anterior, el jurista aclara textualmente que se prohibe al senador (*hoc capite prohibetur Senator*) tomar por mujer a una libertina (*libertinam ducere eamve*) o a aquella cuyo padre o madre hubiere representado en las diversiones públicas (*cuius pater materve artem iudicram fecerit*). De la misma forma, que ocurría con el libertino a quien tampoco se le permitía tomar por mujer a la hija de un senador (*item libertinus Senatoris filiam ducere*).

D. 23,2,44,2 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Non obest, avum et aviam artem ludicram fecisse*.

Lo expuesto previamente, tal y como se deduce del tenor literal del presente pasaje de Paulo, no impedía que el abuelo y la abuela hubieran representado en las diversiones públicas (*avum et aviam artem ludicram fecisse*).

En el supuesto de no cumplir estas prohibiciones, aun no siendo considerado como un matrimonio nulo[445], la relación no era tenida en cuenta como un *matrimonio secundum legem iuliam et legem papiam poppaeam contractum*[446]. En suma, podemos decir que las prohibiciones matrimoniales se centraban en aquellos matrimonios entre senadores y sus descendientes con mujeres de condición social ínfima (como en el supuesto de las libertas o ingenuas *obscuro loco natae*). Mientras que a los ingenuos, fueran o no de clase senatorial, se les vetaba el matrimonio con mujeres consideradas como torpes (*turpes*) o infames por su vida inmoral.

Configurado de este modo el sistema demográfico, entendemos que Augusto exigía de los *cives* que se unieran en matrimonio pero siempre bajo uniones lícitas y honestas,

[445] W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 391 ss. Parece que fue un Senadoconsulto de la época de Marco Aurelio y Commodo (176 a 180 d.C.) el que declaró nulas estas uniones, sobre todo, el vínculo que se establecía entre una persona de clase senatorial con un liberto.

[446] Cfr. D. 23,2,16 pr. (Paul. 35 *ad edict*.); Cfr. D. 23,2,23 (Cel. 30. *dig*.); Cfr. D. 23,2,27 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); D. 23,2,34 pr. (Pap. 4 *resp*.): *Generali mandato quaerendi mariti filiaefamilias non fieri nupcias rationis est; itaque personam eius patri demonstrari, qui matrimonio conseuserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est;* D. 23,2,34,3 (Pap. 4 *resp*.): *Filiam Senatoris nuptias libertini secutam patris casus non faciat uxorem; nam quaesita dignitas liberis propter crimen patris auferenda (non) est*; Cfr. D. 23,2,44,1 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*).

esto es, que no tuvieran la consideración social de reprobables a pesar de que se permitiera, expresa o tácitamente, contraer matrimonio legítimo a ingenuos y libertos[447].

En este punto, mientras que una parte de la doctrina sostiene que el matrimonio entre ingenuos y libertos ya estaba permitido desde hacía dos siglos, otros autores piensan que esta permisividad se consiguió sólo con Augusto[448]. El fundamento de esta última tesis consideramos que es acertado, si tenemos en cuenta que el fin primordial de la legislación de Augusto, esto es, la legalidad de esas uniones justifica jurídicamente la pertenencia a este emperador.

Se suele aludir al impedimento de contraer matrimonio justo con personas de la clase senatorial, además de referirse a las uniones mal consideradas entre el liberto y la patrona, o a la imposibilidad de que la liberta se divorciase unilateralmente de su patrono (o, en caso de hacerlo, se le privaría de *conubium*).

[447] Cfr. D. 23,2,42 pr. (Mod. *libr.* sing. *de ritu nupt.*); Cfr. D. 23,2,42,1 (Mod. *libr.* sing. *de ritu nupt.*).

[448] En apoyo de esta última tesis, vid. por todos, V. ARANGIO RUIZ, *Instituzioni di Diritto Romano* (Nápoles 1980) 442; S. DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano 1946), p. 166.

A modo de conclusión, podemos decir que las leyes matrimoniales promulgadas durante el Principado favorecieron los matrimonios ampliando el círculo de personas que entre ellas tenían *conubium*, aunque se distinguiesen claramente las clases sociales y su regulación jurídica. La finalidad principal de estas normas fue el tratar de evitar el matrimonio entre personas desiguales y, a su vez, preservar el rango senatorial. Además, las Leyes augusteas impusieron determinadas limitaciones al divorcio[449], como la prohibición de que la liberta se divorciase unilateralmente contra la voluntad de su patrono-marido y, también, el establecimiento de una determinada forma para realizar el *repudium*.

[449] C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *El divorcio y la manus...*, op. cit., p. 1 ss. En este punto, recordamos que el autor analiza cómo el divorcio fue una de las figuras jurídicas más características del matrimonio romano clásico, haciéndose libre desde fines del siglo III a.C.

2.3. La derogación parcial con Constantino I

Si bien la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea* habían introducido interesantes innovaciones para el Derecho clásico y se configuraron como un imperativo matrimonial, a partir del siglo IV d.C. empezaron a caer en desuso debido al desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente y la oposición del Cristianismo con sus ideas nuevas acerca del matrimonio, quedando en el Derecho justinianeo algunos restos insignificantes de ellas. De este modo lo indica P. Bonfante[450] admitiendo que, a pesar de que fue el emperador Justiniano quien derogó expresamente la legislación matrimonial de Augusto, ya el 31 de enero del año 320 d.C. el emperador Constantino I había suprimido parcialmente el contenido de estas leyes a través de una Constitución dirigida *ad populum*. Reproduzcamos, de nuevo, el texto de la Constitución a la que nos referimos:

[450] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 257. Resultan muy significativas las palabras del profesor Bonfante quien inicia sus estudios sobre la legislación de Constantino empleando adjetivos calificativos, como legislación "enérgica" y "violenta" al decir que fue: "Energica, anzi violenta ad eccesiva, come tutta la sua legislazione fu la prima reazione al divorzio di Constantino".

CTh. 8,16,1: *Qui iure veteri caelibes habebantur, inminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capessendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.*

Como tuvimos ocasión de exponer al hablar de la evolución jurídica del matrimonio romano postclásico[451], a través del texto de esta Constitución, el emperador Constantino I suprimió parcialmente el contenido de estas leyes matrimoniales. No obstante, la contribución esencial de esta Constitución es que con ella se derogaron las limitaciones hereditarias de herederos ajenos, se promovió el principio de libertad de la mujer tanto para no contraer matrimonio contra su voluntad, como para permanecer viuda.

[451] M. SARGENTI, *Per una revisione critica...*, op. cit., p. 307 ss.

CTh. 8,17,2: *Impp. honorius et theodosius aa. isidoro praefecto urbi. in perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi, ex suis quoque eos solidum capere testamentis, nisi forte Lex alia minuerit derelicta. tantum igitur post haec maritus vel uxor sibi invicem derelinquant, quantum superstes amor exegerit*.

Del presente texto, podemos concluir afirmando que si bien es cierto que en la Constitución anterior del año 320 d.C. se había venido manteniendo la incapacidad de recibir *inter virum et uxorem*, ésta no quedó definitivamente suprimida hasta la promulgación de la presente Constitución del emperador cristiano Teodosio II en el año 410 d.C. (*Impp. honorius et theodosius aa. isidoro praefecto urbi. in perpetuum hac lege decernimus inter virum et uxorem rationem cessare ex lege papia decimarum et, quamvis non interveniant liberi).*

En todo caso, lo cierto es que no fue hasta el emperador Justiniano cuando se derogó, de forma expresa y completa, la legislación sobre el matrimonio de Augusto[452] mediante la siguiente Constitución del año 534 d.C. que transcribimos también en esta ocasión:

[452] Cfr. CJ. 6,51,1

CJ. 6,51,1: *Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe Romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret*.

B.- Los impedimentos para los esponsales

Como ya tuvimos ocasión de exponer al incidir en el concepto de matrimonio y otros términos similares, entendemos que un análisis de los impedimentos matrimoniales debe ir acompañado del estudio de la fase previa que se daba en el Derecho Romano arcaico, esto es, las promesas verbales de futuro matrimonio o lo que las fuentes[453] denominan como *sponsio* o *sponsalia*, concluidas estas promesas incluso varios años antes del casamiento.

En cuanto al origen etimológico de los "esponsales", decir que si bien el verbo latino *spondere* significa "prometer" podemos definir jurídicamente a los "esponsales" como aquellas promesas de matrimonio realizadas entre los futuros esposos, es decir, entre el novio (*sponsus*, "el que promete") y la novia (*sponsa*, "la que promete"), a través de estipulaciones mutuas denominadas *sponsiones*. Como mantiene la romanística[454], esta institución perduró a lo

[453] Sobre la regulación de los esponsales en el Digesto, vid. D. 23,1,1-18.

[454] En cuanto al significado de los esponsales desde la época arcaica a la justinianea, vid. por todos, E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., p. 559 ss.; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, op. cit., p. 7 ss.; C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.;; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009) 149-150; J. GARCÍA SÁNCHEZ, *Incumplimiento de esponsales...*, op. cit., p. 225 ss.; J. GAUDUMET, *El matrimonio en*

largo de la Historia de Roma aunque con distintos efectos jurídicos llegando incluso a ser regulada en nuestros días. Analicemos, nuevamente, los textos que definen esta institución jurídica:

D. 23,1,1 (Florent. 3 *institut*.): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*.

En primer lugar, el jurista Florentino trata de definir los esponsales (*sponsalia*) mediante el presente pasaje, asegurando que las promesas de futuro matrimonio eran aquella petición y promesa de futuras nupcias realizadas mediante esponsiones o acuerdos recíprocos (*mentio et repromissio nuptiarum futurarum*).

D. 23,1,2 (Ulp. libr. sing. *de sponsal*.): *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.*

Occidente..., op. cit., pp. 43-44;; M. SALAZAR REVUELTA, *Intervención del "pater familias" en la configuración de los esponsales...*, op. cit., pp. 221-229; A. TORRENT RUIZ, *Manual de Derecho Privado Romano* (Zaragoza 1995) 39 ss.

Asimismo, recordemos que mediante este texto de Ulpiano se aclara que era costumbre de los antepasados (*nam moris fuit)* el tratar de garantizar el matrimonio mediante los esponsales (s*ponsalia*). En este sentido, dichas promesas o estipulaciones mutuas entre el esposo y la esposa (*et spondere sibi uxores* futuras) se conformaban como una institución jurídica de garantía (*veteribus stipulari)* de que en un futuro próximo ambos iban a contraer la unión marital.

D. 23,1,3 (Florent. 3 *institut*.): *Unde et sponsi sponsaeque apellatio nata est.*

Finalmente, en el presente fragmento expuesto previamente, el jurista Florentino concluye que tras los esponsales el marido y la mujer pasaban a denominarse como esposo y esposa, respectivamente (*sponsi sponsaeque apellatio nata est*). Aludiendo a aquellos novios que, tras las estipulaciones mutuas, llegarían a contrar matrimonio por haberlo garantizado.

J. Iglesias[455], al tratar esta materia, no duda en sostener que tal promesa se contraía antiguamente mediante dos estipulaciones mutuas en las que eran partes, tanto el *paterfamilias* de la novia, el futuro marido y el *paterfamilias* de éste, señalando que por ellas el primero se obligaba a entregar a la mujer y, el segundo, a recibirla en matrimonio. El autor examina los requisitos de capacidad necesarios para llevarla a cabo y admite que eran similares a los que se exigían para el matrimonio, salvo[456] la acepción de que hasta antes del Derecho Justinianeo podrían contraerse esponsales sin haberse alcanzado la pubertad, pues ya con Justiniano se requería que hubiesen cumplido los siete años de edad.

Analizado el concepto y alcance jurídico de los esponsales, en segundo lugar, vamos a centrarnos en los impedimentos para los esponsales. En efecto, siguiendo al profesor Torrent[457] hemos estimado conveniente dedicar un

[455] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 561.

[456] Cfr. D. 23,1,14 (Modest. 4 *different*.).

[457] A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 432-433. El profesor Torrent define los impedimentos para los esponsales en los siguientes términos: "Todavía en Derecho clásico los esponsales eran una figura más social que jurídica, situación que cambia con la orientación cristiana del Derecho postclásico que consideraba los esponsales como fase prodrómica anterior al matrimonio a la que había que aplicar muchas de las reglas jurídicas relativas al

apartado de nuestra investigación a los denominados, desde el Derecho Romano postclásico y por la influencia progresiva del Cristianismo en el Imperio, como "impedimentos para los esponsales" o "limitaciones para realizar las promesas de futuro matrimonio". En particular, partimos de la concepción de los *sponsalia* como aquella promesa de futuro matrimonio llevada a cabo, bien por los futuros cónyuges o bien por los que tenían la *potestas* sobre los mismos, siempre que existiese un consentimiento expreso.

Desde un punto de vista formal, el *Ius Civile* exigía la celebración de una o dos estipulaciones recíprocas entre las partes, en las que se fijaba una pena económica para el caso de incumplimiento. No obstante lo anterior, el *Ius Honorarium* consideró deshonestas dichas estipulaciones y denegó la acción a quienes pretendían actuar *ex stipulatu*. Con el Derecho clásico la consideración de los esponsales tenía un carácter más social que jurídico, hecho que cambió posteriormente en el Derecho postclásico con las influencias cristianas.

matrimonio (…). Con esta nueva orientación se tienen en cuenta algunos impedimentos para los esponsales".

En este sentido, el Cristianismo comenzó a considerar estas promesas como una fase previa al matrimonio a la que se le debía aplicar muchas de las reglas jurídicas relativas al propio matrimonio legalmente constituido, y de la que se derivaban importantes consecuencias jurídicas, como el nacimiento de un vínculo obligatorio entre los esposos y la relación personal entre ellos.

Es en este ámbito en el que podemos afirmar que, desde la Roma postclásica, comenzaron a surgir ciertos impedimentos para los esponsales que conllevaban por existir una *iustae causae*, o bien la prohibición de realizar la promesa o bien la ruptura del compromiso y devolución de las arras esponsalicias. Sin embargo, aun cuando se ha cuestionado[458] si el emperador Justiniano admitía o no una *generalis iusta causa excusationis*, esto es, si se podía anular el compromiso matrimonial por otras razones diferentes, a continuación damos a conocer los supuestos legales de impedimento o limitación de los esponsales. Lo anterior conllevaba, como explicaremos con cada supuesto, la no constitución de la misma o la anulación no culpable de la promesa con la consiguiente

[458] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 657-658.

restitución de las arras (*arrhae*) por parte de la prometida[459]:

I. El primer caso que se conforma como un impedimento para los esponsales, es el de la ausencia del consentimiento del hijo de familia. Detengámonos, pues, en los textos que aluden a dicha limitación:

D. 23,1,11 (Iul. 16 *dig.*): *Sponsalia, sicut nuptiae, consenso contrahentium fiunt; et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet.*

Concretamente, de este pasaje del Jurista Juliano se deduce que no se podían contraer esponsales (*sponsalia*) a nombre del *filiofamilias* si éste no prestaba su anuencia (*ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet*). Ello se debía a que, al igual que ocurría con las nupcias (*sicut nuptiae, consenso contrahentium fiunt; et ideo sicut nuptiis*), las estipulaciones de futuro matrimonio requerían el consentimiento libremente prestado por quienes las llevaban acabo, esto es, el esposo y la esposa.

[459] En relación con la devolución de las arras, Cfr. D. 23,2,38 pr. (Paul. 2 *sentent.*).

D. 23,1,12 pr. (Ulp. libr. sing. *de spons*.): *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur.*

A tenor del presente texto, podemos decir que Ulpiano exceptúa (*sed)* el supuesto en el que el hijo de famlilia podía contraer esponsales sin hacerlo personalmente, siempre y cuando la persona que prestara el consentimiento (*consentire intelligitur*) para las promesas de futuro matrimonio fuera su padre (*patris voluntati non repugnat*).

D. 23,1,13 (Paul. 5 *ad edict*.): *Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*.

En línea con lo anterior, Paulo recoge el caso en el que el hijo de familia rechazase las promesas de futuro matrimonio (*filiofamilias dissentiente*). En dicho supuesto, se dice que nadie en su nombre (*nomine eius fieri non possunt*) podría contraer esponsales (*sponsalia*) dado el carácter personal de esta garantía para el matrimonio romano.

II. El siguiente impedimento a las futuras promesas de matrimonio era la falta de consentimiento entre personas ausentes. Aquí, se impedían los esponsales cuando la promesa de futuro matrimonio se había realizado sin el consentimiento de las partes por ausencia o sin que estos lo hubiesen ratificado. De este modo, lo establecen las fuentes que transcribimos a continuación:

D. 23,1,4 pr. (Ulp. 35 *ad sab*.): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.

En este texto, Ulpiano mantiene literalmente que para constituir las promesas de futuro matrimonio (*sponsalia*) bastaba con el consentimiento y el compromiso de las partes de esposarse y de en un futuro próximo unirse maritalmente (*sufficit nudus consensus ad constituenda*).

D. 23,1,4,1 (Ulp. 35 *ad sab*.): *Denique constat, et absenti absentem desponderi posse, et hoc quotidie fieri.*

A continuación, el mismo jurista añade la limitación a los esponsales cuando uno de ellos estaba ausente (*et absenti absentem desponderi posse*). Confirmando textualmente, al final de dicho texto, que la ausencia en los esponsales era muy frecuente en Roma (*et hoc quotidie fieri)*.

D. 23,1,5 (Pom. 16 *ad sab*.): *Haec ita, si scientibus his, qui absint, sponsalia fiant, aut si postea ratum habuerint.*

Sobre lo anterior, el jurista Pomponio alude al caso en el que los futuros esposos no hubieran ratificado los esponsales o estuvieran ausentes (*si scientibus his, qui absint*), pues de la misma manera estaríamos ante un impedimento a las futuras promesas de matrimonio por faltar el consentimiento (*sponsalia fiant, aut si postea ratum habuerint)*.

III. Otro caso de impedimento para los esponsales era la inexistencia de consentimiento prestado por la doncella. De forma paralela al supuesto anterior, no podían constituirse los esponsales cuando la doncella no había mostrado su voluntad de prometerse para futuras nupcias. En cuanto a esta restricción, podemos señalar el siguiente pasaje[460]:

D. 23,1,6 (Ulp. 36 *ad sab*.): *Si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt, non putarem suffecturum ad disolvendam nuptiarum spem hunc nuntium, non magis, quam sponsalia posse eos solos constituere, nisi forte omnia ista ex voluntate facta sint.*

[460] Cfr. D. 23,1,11 (Iul. 16 *dig.*).

A tenor del presente fragmento de Ulpiano, mantenemos que no se consideraría como válida aquella promesa de futuro matrimonio realizada por el tutor de la doncella (*si puellae tutores ad finienda sponsalia nuntium miserunt*), en la que se enviaba a un mensajero (*non putarem suffecturum ...spem hunc nuntium, non magis, quam sponsalia posse eos solos constituere*). En dicho supuesto, igualmente observamos una falta de consentimiento de la esposa para prestar la estipulación (*nisi forte omnia ista ex voluntate facta sint*)y en un futuro próximo contraer matrimonio legal en Roma (*ad disolvendam nuptiarum*).

IV. Impedimento para los esponsales de aquellos futuros esposos menores de siete años. A diferencia de la institución matrimonial, como tuvimos ocasión de analizar al definir los esponsales en el Capítulo I, para contraer estas estipulaciones en Roma sólo se exigía que ambas partes fueran mayores de siete años y que existiera un consentimiento mútulo de unirse. Pues se entendía que desde esa edad se tenía la capacidad suficiente, física y jurídicamente, como para comprometerse para un futuro matrimonio[461].

[461] Cfr. D. 23,1,14 (Mod. 4 *diff*.).

V. La locura antes de contraer las promesas de futuro matrimonio, igualmente podía alegarse como impedimento para no llevar a cabo la promesa de futuras nupcias y, para que ello ocurriera, hacía falta que dicha locura fuera previa a los esponsales. Sin embargo en caso de ser sobrevenida ello no supondría una limitación, tal y como deriva del texto[462] que analizamos al comienzo de este Capítulo I de nuestra investigación.

VI. El adulterio[463] como prohibición para los esponsales. De forma paralela a lo que ocurría con el matrimonio romano, cualquier relación sexual y/o afectiva con la prometida de otro era denominada jurídicamente como "adulterio", aunque aún no se hubiese celebrado el matrimonio romano[464].

VII. El parricidio como impedimento para los esponsales. Dada la naturaleza de esta prohibición a las promesas de futuro matrimonio, consideramos necesario transcribir primeramente los textos que la recogen:

[462] Cfr. D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov*.).

[463] Sobre el adulterio y, concretamente, aplicado a este caso, vid. por todos, B. BIONDI, *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, en *Scritti di Diritto e di Economia in Onore di F. Mancaleoni* (Sassari 1938) 63-96.

[464] Cfr. D. 48,5,7 (Marcian. 10 *institut*.); Cfr. D. 48,5,14,8 (Ulp. 2 *de adult.*).

D. 48,9,3 (Marcian. 14 *institut*.): *Sed sciendum est lege Pompeia de consobrino comprendí, sed non etiam eod pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt, sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sentencia tamen legis continentur*.

En este primer pasaje, el jurista Marciano afirma que existía parricidio (*sed non etiam eod pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt*) cuando se daba la muerte al desposado o la desposada a manos de los futuros suegros (*sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sentencia tamen legis continentur*).

D. 48,9,4 (Marcian. 1 *de publicis iudiciis*): *Cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum appellatione continentur*.

Asimismo, al tratar esta limitación a los esponsales el jurista sostiene que igualmente había parricidio cuando el asesinato del prometido o de los futuros yerno y nuera, había tenido lugar por obra de uno de ellos (*cum pater et mater sponsi sponsae socerorum, ut liberorum sponsi generorum*).

VIII. La vida monástica, la cualidad de *praeses* de la provincia en la que estuviera domiciliada la prometida, la diversidad de religión o la pertenencia a secta como causas impeditiva de las promesas de futuro matrimonio. En efecto, especialmente desde época postclásica se excluía de los esponsales la elección de vida monástica de uno de los *sponsi*, el nombramiento de gobernador (*praeses*) de la provincia y el parentesco o relación de servicio de este cargo, así como la diversidad de religión de ambos y/o la pertenencia a una secta. Todos estos casos[465] derivaban de

[465] CJ. 5,1,3: *Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt, iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebratur defuncta persona iam praebuit;* CJ. 5,1,4: *Si pater pactum de filiae nuptiis inierit, et humana sorte consumtus ad vota non potuerit pervenire, id inter sponsos firmum ratumque permaneat, quod a patre docebitur definitum, nihilque permittatur habere momenti, quod cum defensore, ad quem minoris commoda, pertinebunt, docebitur fuisse transactum*; CJ. 5,1,5 pr.: *Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantundem nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobatam huiusmodi arras suscepit: in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit;* CJ. 5,2,1,1: *Quod ita late patere volumus, ut non solum circa administrantes, sed etiam circa administrantium filios, nepotes ac propinquos, et participes, id est consiliarios, domesticosque locum habeat, quibus tamen administrator operam dederit;* CJ. 5,2,1,2: *Impleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod locuti sumus, arrhis fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat*.

la propia naturaleza jurídica de la institución de los esponsales y de su equiparación al matrimonio.

IX. Otras limitaciones matrimoniales que se extendieron a los esponsales: En Roma, surgieron otros supuestos equiparados a los impedimentos matrimoniales, como por ejemplo, la prohibición para el hijo del tutor de prometerse con la pupila del padre[466] y la limitación de esponsales entre senadores, hijas de libertos y mujeres de teatro[467]. Así, los esponsales se configuraban como un impedimento cuando se producía entre uno de los exprometidos y los ascendientes y descendientes del otro. En este punto, E. Volterra[468] considera que a pesar de lo anterior, el Magistrado de la provincia tenía la facultad de tomar como mujer a la provincial sometida a su

[466] D. 23,1,15 (Mod. lib. sing. *de enucleatis casibus*): *Tutor factam pupillam suma nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest; scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere*; D. 23,2,60,5 (Paul. libr. sing. *ad orat. divi Antonini et Commodi*): *Quamvis verbis orationis cautum sit, ne uxorem tutor pupillam suam ducat, tamen intelligendum est, ne desponderi quidem posse; nam cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem desponderi potest, nam quae duci potest, iure despondetur.*

[467] D. 23,1,16 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Oratio imperatorum Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est. recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momenti, ut suppleatur quod orationi deest*.

[468] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 658.

jurisdicción con la que había establecido esponsales antes de asumir su oficio, al igual que podía realizarse el matrimonio cuando las promesas de futuro matrimonio se habían producido antes del nombramiento del *sponsus* como tutor o curador de la prometida. A lo que se añade el caso de impotencia absoluta de una de las partes que podía ser causa de limitación para contraer los esponsales, así como la vida indecorosa y contra las buenas costumbres del futuro prometido pues conllevaba la existencia de un impedimento a contraer las futuras promesas de matrimonio.

En cualquiera de los supuestos citados previamente, se observa cómo desde la etapa postclásica el Derecho Romano comenzó a equiparar matrimonio con los esponsales, hasta tal punto de entender como impedimento algunos supuestos controvertidos de *iustae causae* que se podían dar en las promesas de futuro matrimonio, tales como el adulterio o el parricidio. De manera que, cuando existía una causa justa, se podía romper el compromiso esponsalicio al igual que ocurría con el matrimonio romano[469].

[469] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., p. 350. Literalmente el profesor sostiene que: "Por influencia de los esponsales de las iglesias orientales, los emperadores acogen la práctica de las arras esponsalicias. El compromiso esponsalicio se puede romper por determinadas justas causas y es dudosa la existencia en Derecho justinianeo de una justa causa general (…) se extienden a los esponsales los impedimentos establecidos para el matrimonio y se

C.- Discusiones doctrinales en torno a las clases de impedimentos

Uno de los problemas más importantes con los que nos encontramos en materia de impedimentos matrimoniales, es precisamente el gran número de discusiones doctrinales y discrepancias acerca de una sistematización coherente que ayude a clasificar los distintos tipos de impedimentos al matrimonio que existían en Roma. A lo anterior se añade la dificultad de interpretar las fuentes existentes, pues en ocasiones parecen contradecirse entre sí o incluso surgen interpolaciones entre los propios textos, lo que ha llevado a los autores a analizar esta cuestión sin poder precisar la fecha exacta de su aparición[470].

A tenor de las premisas expuestas, vamos a mostrar la inexistencia de una tipificación que englobe los diferentes impedimentos al matrimonio romano a través del análisis de algunas de las opiniones más mayoritarias. En cualquier

equiparan sus efectos para determinados fines patrimoniales y penales".

[470] Para un estudio del alcance de las interpolaciones, vid. por todos, M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes...*, op. cit.; M. D. PARRA MARTÍN, *Problemática en torno a las fuentes...*, op. cit., p. 225 ss.

caso, lo cierto es que en lo que sí existe unanimidad doctrinal es en el origen canónico del vocablo *impedimentum*, tal y como tuvimos ocasión de demostrar anteriormente y como a continuación justificamos. Todo ello, a pesar de que se utilice en términos genéricos para aludir a las trabas matrimoniales en las distintas etapas de la Historia de Roma.

Muestra de esta conformidad y acuerdo entre la *Communis opinio*, son las siguientes definiciones que confirman que esta palabra es extraña o ajena al Derecho Romano. En primer lugar, resultan muy ilustrativas las afirmaciones de Á. D´Ors[471] quien sostiene que a pesar de que las fuentes hablan a veces de *impedimentum*, se trata de alguna prohibición legal de la convivencia matrimonial en un sentido distinto de los impedimentos del Derecho Canónico, el cual, presupone la capacidad general de contraer matrimonio.

Por su parte, el profesor Kunkel[472] confirma que aun entre personas que poseyeran el *conubium*, podían interponerse ciertos obstáculos o prohibiciones que no permitían el matrimonio entre ellas y que, siguiendo el Derecho Canónico, se podían denominar impedimentos

[471] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 282.

[472] W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 388 ss.

matrimoniales. Asimismo, J. Miquel[473] declara que la distinción entre requisitos e impedimentos no es en Derecho Romano tan clara como en el moderno Derecho Canónico, que concede a las personas una capacidad general para contraer matrimonio en base a su capacidad natural. Por ello, este último autor observa que la distinción entre requisitos e impedimentos queda reducida en Derecho Romano a que, el requisito se formula como condición positiva, en tanto que el impedimento se expresa como condición negativa para la validez del matrimonio.

Otras opiniones que confirman el origen canónico del vocablo *impedimenum* vienen representadas por J. Iglesias[474], quien atestigua literalmente que el término impedimento es propio del Derecho Canónico, al igual que R. Panero[475] defiende que la palabra impedimento no es un término técnico romano pues proviene del Derecho Canónico, y se caracteriza por su formulación negativa y equivale a prohibición. Por último, el profesor Martínez[476] resalta la existencia de ciertos hechos o circunstancias, totalmente

[473] J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 356.

[474] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 553.

[475] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., p. 296.

[476] J. A. MARTÍNEZ, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho actual* (Huelva 2004) 421 ss.

ajenos a la voluntad de los contrayentes, que la conciencia social ha terminado por establecer como causas que determinan la imposibilidad de su celebración. Asimismo, advierte textualmente que a dichos hechos se les suele denominar como impedimentos matrimoniales, expresión esta última "extraña al Derecho Romano" teniendo su origen en el Derecho Canónico.

Una vez aclarado el origen del término "impedimento", seguidamente pasamos a sistematizar el contenido doctrinal de las clases de impedimentos matrimoniales. Por un lado, existen autores que defienden una clasificación clásica de los impedimentos matrimoniales, esto es, aquella parte de la doctrina que distingue entre impedimentos "absolutos" y "relativos", debiéndose añadir a dicha agrupación otros impedimentos complementarios "obedientes a motivos sociales, éticos o religiosos"[477].

En este sentido, P. Bonfante[478] al referirse a los obstáculos a contraer un matrimonio lícito, los define expresamente como otros requisitos determinados de un modo negativo por la ausencia de ciertas condiciones, por lo que en las Escuelas se usa el término "impedimentos"

[477] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., P. 47.

[478] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 185 ss.

matrimoniales. Asimismo, el autor entiende que su origen se encuentra en motivos éticos, sociales, políticos, etc. y se distinguen entre "absolutos" y "relativos", según que produzcan incapacidad absoluta para el matrimonio con cualquier persona, o solamente una incapacidad relativa para la celebración del matrimonio entre determinadas personas. Dentro del grupo de los absolutos, P. Bonfante engloba a los supuestos de matrimonio ya existente (en virtud del principio monogámico que rige para el matrimonio clásico), la esclavitud de uno de los cónyuges, el impedimento a causa del luto pues en este caso la viuda incurre en infamia, el voto de castidad y las órdenes mayores (estos dos últimos durante el derecho nuevo). Considera que son solamente impedimentos relativos, el parentesco de sangre o cognación dentro de ciertos grados, la afinidad, el adulterio y el rapto, y razones de tutela o de cargo público.

Por su parte, J. Iglesias[479] afirma textualmente que motivos de variada índole (éticos, políticos, sociales, religiosos) determinaron una suerte de requisitos que se caracterizaron por estar formulados de modo negativo, tales son los que los modernos denominan "impedimentos", y se distinguen en "absolutos" y "relativos", en función de

[479] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 553.

que produzcan incapacidad para contraer matrimonio en cualquier caso o bien sólo con referencia a determinadas personas. A la hora de sistematizar los impedimentos, el profesor Iglesias comparte los mismos tipos de condiciones absolutas que P. Bonfante y, en cuanto a las relativas, sólo añade el supuesto del parentesco espiritual (matrimonio prohibido entre padrino y ahijado) y razones especiales de varia índole (dentro de las cuales, aporta un análisis acerca de los matrimonio *contra mandata*, matrimonios de militares, y entre judíos y cristianos).

A su vez, R. Panero[480] también aglutina los impedimentos matrimoniales distinguiendo entre "absolutos" y "relativos". Considera que pueden ser absolutos, los que impiden contraer matrimonio con cualquier persona (por ejemplo, el ligamen) y los segundos, sólo con algunas personas determinadas (por ejemplo el parentesco). A partir de ahí, el autor va examinando cada uno de ellos como el ligamen, el parentesco en sus distintos tipos (cognaticio, adoptivo y por afinidad), la pública honestidad, los delitos, y diferentes motivos sociales, militares, éticos y religiosos (entre los que se encuentra el matrimonio entre patricios y plebeyos, ingenuos y

[480] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., p. 295.

libertos, senadores y descendientes en tercer grado, con libertas o mujeres de abyecta condición, etc.).

Por otra parte, otros autores se posicionan a favor de la existencia de impedimentos de carácter "social-político" y otros de carácter "religioso" (*ius divinum*). A esta clasificación pertenece F. Betancourt[481] quien sostiene específicamente que, como situación social de hecho que era el matrimonio romano, sólo se contemplaba un sistema de prohibiciones de *ius divini* y de tipo social, pero no como lo hará el muy posterior *Ius Canonicum*, un sistema de impedimentos. A continuación, el autor engloba dentro de las prohibiciones de *ius divinum* a la prohibición de incesto y a la *adfinitas* de línea recta, así como enumera cuáles son las de tipo social destacando el contubernio (como unión estable entre esclavo y esclava, o entre *cives* y esclava), el matrimonio con ciudadanas romanas de malas costumbres o condenadas en causa criminal[482] y el concubinato (esto es, la convivencia entre miembros de la clase senatorial y libertos, o la unión estable o convivencia entre cives y latina o peregrina), aunque podía convertirse en matrimonio justo

[481] F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico*..., p. 406 ss.

[482] En cuanto a esta cuestión, vid. por todos, P. RESINA SOLA, *La legitimación activa de la mujer...*, op. cit. 41 ss.

si desaparecía la prohibición social y aparecía el *honor maritali*s.

Por su parte, Á. D´Ors[483] asegura que un sistema de impedimentos no existe propiamente en Derecho Romano, pero sí hay prohibiciones y provienen unas de la doctrina del *fas*, como la del incesto que alcanza hasta una ilicitud de las nupcias entre cognados de tercer grado, a la que se agrega la de la unión con los afines de línea recta. Y otras, de miramientos sociales como además de la discriminación del contubernio con esclavos, la prohibición del matrimonio entre la clase senatorial y la linertina o con militares en servicio activo y el contubernio.

De igual modo, E. Volterra[484] comienza su exposición diferenciando entre denegación de *conubium* en época clásica e impedimento en la postclásica, para seguidamente relacionar cada uno de los impedimentos. Destacando, en este punto, la parentela y afinidad, la existencia de un matrimonio anterior, motivos sociales introducidos por las leyes de Augusto dentro de los que se encuentra el matrimonio por motivos prácticos y políticos, la imposibilidad de matrimonio entre el tutor y su hijo con

[483] Á. D´ORS, *Presupuestos críticos...*, op. cit., pp. 282-283.

[484] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 65.

la pupila, el vínculo entre el Magistrado de provincia y la mujer provincial o el matrimonio del soldado y cuestiones religiosas, así como la prohibición matrimonial de padrinos e ahijados, cristianos con judíos o herejes, y quienes hubieren hecho voto de castidad o pertenecieran a las órdenes mayores.

Asimismo, la tercera línea de autores clasifica los impedimentos en función del carácter "monogámico" o "exogámico" del matrimonio romano en sus distintos períodos históricos, ya que la mayoría aglutina los impedimentos de un modo genérico sin recabar en si tenían un carácter absoluto o relativo, social o de derecho divino. En concreto, estos autores toman como punto de referencia tanto el principio monogámico del matrimonio romano clásico, es decir, las personas que se unían en matrimonio no podían estar vinculadas a una relación conyugal anterior (impedimento de ligamen) y la exogamia, entendida esta última como la inexistencia de determinadas relaciones de parentela o afinidad entre los cónyuges (impedimento de parentesco).

Pertenece a esta clasificación, igualmente, J. Miquel[485] quien se refiere al ligamen, al parentesco, al matrimonio de la adúltera con su cómplice, al respeto del tiempo del luto y, en términos generales, a todas aquellas prohibiciones introducidas por las leyes matrimoniales de Augusto. Sobre esta última cuestión, el profesor Garrido[486] aclara textualmente que la legislación matrimonial de Augusto establece otras prohibiciones de carácter social, para evitar el matrimonio entre personas desiguales y preservar el rango senatorialy, por ello, los emperadores que le suceden añaden nuevas limitaciones aunque concediendo con generosidad el *conubium*.

El propio O. Robleda[487] explica cada uno de los impedimentos matrimoniales aclarando, en primer lugar, que no se detiene sólo en la época postclásica puesto que las circunstancias que constituyen los impedimentos en su mayor parte no son de origen precisamente postclásico en el sentido de hacer inválido el matrimonio, sino que fueron consideradas ya tales en el tiempo anterior, clásico y aun preclásico. A tenor de lo expuesto, el autor comienza su exposición con el impedimento de ligamen,

[485] J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 356.

[486] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano...,* op. cit., pp. 463-464.

[487] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 180.

consanguinidad, cognación legal, afinidad, adulterio, para seguir hablando del impedimento por razón de la tutela, luto, rapto. Acabando con el de colonato, impedimento de disparidad de religión entre judíos y cristianos, de cognación espiritual y el de orden sagrado y voto de castidad.

Por su parte W. Kunkel[488] analiza las prohibiciones matrimoniales y repara en las que él considera más importantes. Así, aclara que era nulo el matrimonio del interdicto y del demente por no tener capacidad de obrar, además esta nulidad se extendía a aquellos vínculos contraídos sin el consentimiento del *paterfamilias* o existiendo una unión marital anterior. A su vez, considera que el parentesco de consanguinidad, afinidad, el matrimonio del tutor y su pupia, y el del soldado constituían prohibiciones a contraer justas nupcias, pero no se detiene en clasificar cada uno de estos impedimentos.

[488] W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 387 ss.

Para acabar con este apartado, destacamos a F. Schulz[489] quien alude al principio exogámico al tratar las reglas de la consanguinidad y afinidad en el matrimonio romano lícitamente contraído. De este modo, el autor entiende que éstas fueron susceptibles de variación por lo que el Derecho Romano, semejante a otros sistemas, cambió frecuentemente sus normas relativas a estas formas parentales. Calificando específicamente al Derecho clásico como aquel Derecho que, en su conjunto, tuvo una orientación muy "sana", particularmente si se compara con las normas del Derecho Canónico.

[489] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., p. 108.

II. ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL TÉRMINO "EXTRA-MATRIMONIAL"

Como avanzábamos anteriormente y teniendo presente el alcance jurídico de los impedimentos matrimoniales en Roma, el estudio de las costumbres romanas desde época republicana nos sirve para reconstruir la naturaleza jurídica de este tipo de uniones de carácter extramatrimonial dada la dificultad que existe para clasificar estas limitaciones al no haber una investigación completa y desarrollada de esta materia[490]. Por ello, debemos acudir a los estudios aislados que abordan las relaciones *sine conubio* de carácter extra-familiar así como a los textos que, de forma directa o indirecta, reconocen jurídicamente la existencia o validez de las mismas.

[490] E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana...*, op. cit., p. 21 ss. De este modo la autora admite en su obra que: "Es nuestra intención, esbozar algunos problemas más destacados de entre la complejidad de cuestiones que se pueden exponer en torno a las relaciones extramatrimoniales en el Derecho Romano. La razón de que sólo nos centremos en la época republicana obedece al intento de reconstruir ese período, cuando los mores maiorum fue su principal fuente de regulación y cuando las demás fuentes son de un contenido fragmentario e impreciso. Por ello, no nos causa extrañeza que los estudios realizados sobre el tema se centren fundamentalmente a partir de la legislación matrimonial de Augusto, a tenor de la abundancia de disposiciones que permite su mejor interpretación y reconstrucción histórico-jurídica del tema".

En este ámbito, la profesora Fernández Baquero[491] realiza un análisis de las relaciones surgidas fuera del *iustum matrimonium* en época republicana resaltando la problemática existente en materia de uniones *contra legem* y cómo, el estudio de la legislación matrimonial de Augusto, sirve de base para comprender esta institución que surge de forma paralela al matrimonio romano.

En consecuencia, podemos mantener que existieron dos periodos históricos que influyeron de forma decisiva en la configuración jurídica de las uniones extra-maritales y que nos sirven de base para comprender el alcance y frecuencia de estas relaciones *sine conubio*, como eran, la etapa republicana con la influencia de los *mores maiorum* y, en particular, desde los orígenes del Imperio hasta el siglo III a.C., así como una segunda fase que abarcaba desde dicho siglo III a.C. hasta la legislación matrimonial de Augusto, por ser en este último periodo cuando se reconstruyó la institución del matrimonio a través de diversas fuentes jurídicas y/o literarias[492].

[491] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 195.

[492] En cuanto a la importancia de las fuentes literarias, la literatura jurídica y la poesía en Roma, vid. por todos, A. ALVAR EZQUERRA (Ed.), *Poesía de amor en Roma* (Madrid 1993); M. FUHRMANN, *Literatura romana*..., op. cit., p. 256 ss.; S. LILJA, *Homosexuality in Republican and Augustan Rome* (Helsinki 1983) 15 ss.

Ambas etapas nos van a servir de base para poder comprender posteriormente la clasificación personal de uniones extra-familiares que aportamos en nuestra investigación, así como para analizar su evolución con los emperadores Constantino I y Justiniano. Sobre esto último advertir que, la influencia de las ideas cristianas en el Imperio romano, nos llevará a clasificar una serie de supuestos extramatrimoniales que surgieron como tales, sólo desde la etapa postclásica al entenderse como verdaderos impedimentos o limitaciones al *matrimonium iustum*, destacando las relaciones ilícitas entre el tutor y la pupila[493], el crimen de rapto[494], las uniones con colonos, la disparidad de religión entre judíos y cristianos, el impedimento matrimonial por parentesco espiritual y el orden sagrado o voto de castidad.

Si bien el término "extramatrimonial" no aparece como tal en los textos por tratarse de un concepto moderno que no tiene origen latino, esta expresión alude a la existencia de relaciones "extra-conyugales", "extraordi-narias" en el sentido de irregulares, esporádicas,

[493] Para un estudio más detallado del impedimento a causa de la tutela, vid. por todos, L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore...*, op. cit., p. 443 ss.

[494] Sobre la evolución del rapto desde el emperador Constantino, vid. por todos, L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio...*, op. cit., p. 195 ss.

meramente sexuales o surgidas en Roma fuera del vínculo matrimonial y familiar[495]. En este contexto, nos referimos a aquellos vínculos contraídos entre quienes no cumplían todos los presupuestos como para unirse conyugalmente en un *iustum matrimonium*, y se configuraban como otro tipo de supuestos, más o menos admitidos por la moral romana o reconocidos por las fuentes jurídicas o literarias, que efectivamente existieron con cierta frecuencia en el Imperio romano.

Aunque el concepto de "matrimonio" en la Roma clásica lo hemos ido definiendo como aquella unión de hombre y mujer formando un consorcio para toda la vida al faltar alguno de los presupuestos o elementos esenciales en las relaciones extra-familiares, no podemos decir que existiera vínculo matrimonial alguno ni reconocimiento jurídico pleno o efectos para el Derecho, debido al surgimiento de ciertos impedimentos o limitaciones al matrimonio y a la ausencia de *conubium* entre las partes.

[495] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., pp. 222-224. Por lo que respecta a esas relaciones sexuales esporádicas o inestables, E. Montero recoge en su obra una serie de términos vocablos extraídos de las fuentes que se refieren sólo al acto sexual, como son: *abuti, coire, coitus, concubitus, futuere, luctari, ludere, penetrare, stuprare, violare,* o *voluptas*.

Por ello, debemos partir de las siguientes premisas generales al abordar esta materia. En primer lugar, existen otros términos que también se utilizan para designar al matrimonio como *coniugium* y *coniugatio*, definidos como unión marital, alianza o parentesco etimológico y como *consortium,* que se refiere a la suerte común que han de compartir quienes se unen maritalmente. No obstante, tampoco aparece en los textos referencia alguna a vocablos latinos que aludan a las relaciones fuera de estos vínculos, como podría ser la palabra *extraconiugium* o *extraconiugatio*, sino que lo único que encontramos son las expresiones *iniustum matrimonium*, *matrimonium iustum* o uniones *contra legem*, tal y como hemos tenido ocasión de apuntar y examinaremos en los siguientes epígrafes.

En lo que se refiere a la regulación de la institución matrimonial, en segundo término, podemos decir que la gran dificultad que encontramos a la hora de investigar sobre esta materia es que en los textos, o bien se define al matrimonio de manera parcial e incluso confusa y ambigua, o bien no se alude a determinados requisitos esenciales constitutivos del *matrimonium* clásico y, si se hace, es de manera indirecta; sin que en ningún caso exista la noción de "extramatrimonial" sino el de *iniustum*, en el sentido de ilegal.

El matrimonio era un hecho social que adquiría fundamento jurídico desde el mismo instante en el que los cónyuges intercambiaban sus voluntades, a través de la *affectio maritalis* y decidían crear un *consortium omnis vitae*, por lo que si no existía estos elementos podemos decir que había una relación extra-familiar.

Recordemos que dos han sido las fuentes básicas que nos han servido de base para tratar el fundamento jurídico del *iustum matrimonium* y que, en este apartado de nuestro trabajo, nos ayudan a comprender, *a sensu contrario*, el término "extra-matrimonial". Los reproducimos y explicamos brevemente para fijar los presupuestos de las relaciones extra-familiares:

D. 23,2,1 (Mod. 1 reg.): *Nuptiae sunt coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

Del tener literal de este pasaje, observamos que Modestino define de forma general a las nupcias en el sentido del matrimonio romano (*nuptiae sunt*), aludiendo a la unión del hombre y la mujer (*coniuctio maris et feminae*) en un consorcio para toda la vida (*et consortium omnis vitae*), con la comunicación del derecho divino y humano (*divini et humani iuris communicatio*).

IJ. 1,9,1: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.*

El presente texto, en primer lugar, define las nupcias equiparándolas expresamente al matrimonio (*nuptiae autem sive matrimonium est*) e igualmente las conceptualiza como la unión de hombre y mujer (*viri et mulieris coniunctio*) con el propósito de vivir en una comunidad conyugal (*coniunctio individuam consuetudinem vitae continens*).

De otro lado nos gustaría resaltar que aun cuando no son sinónimas, E. Volterra[496] interpreta la expresión "unión extramatrimonial" como paralela a la de *iniustum matrimonium*, por faltar los presupuestos que conformaban un *iustum matrimonium* y por carecer de los requisitos y elementos esenciales como para considerarlos matrimonios contraídos conforme al Derecho clásico. Sobre la ausencia de dichos presupuestos, Á. D`Ors[497] concluye que el derecho

[496] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 441. Como ya tuvimos ocasión de señalar, el profesor Volterra comienza su obra indicando expresamente el alcance de *iniustum* al decir que: "Nel suo classico lavoro del 1949 sul concetto di iustum matrimonium Jean Gaudumet accenna più volte alla locuzione usata dai giuristi romani, iniustum matrimonium, che egli retiene esprimere una situazione diversa da quella della nullità del matrimonio, dirigendo le sue ricerche soprattutto sulle sanzioni di quello che egli Chiapa matrimonio irregolare".

[497] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 282.

a contraer un matrimonio legítimo se llamaba *conubium,* y sólo lo tenían los ciudadanos romanos y algunos extranjeros privilegiados. El autor admite que la unión conyugal de los que no tenían *conubium* no producía efectos jurídicos y se consideraba como un *matrimonium iniustum* pero no nulo, pues de nulidad no se puede hablar propiamente porque el matrimonio romano no es considerado como un acto jurídico sino como una situación de hecho. De ahí que E. Volterra[498], al tratar este tipo de matrimonios, parta también de la importancia del *conubium* como requisito positivo consistente en la capacidad jurídica y recíproca de constituir una relación conyugal válida. Ante esto, el autor considera que su ausencia iba a determinar la configuración de matrimonios no justos desde el punto de vista del Derecho Romano clásico.

Lo expuesto nos sirve para seguidamente, ofrecer un estudio sobre la evolución del concepto hasta el siglo III a.C y, posteriormente, detenernos en la importancia de la legislación matrimonial de Augusto aplicada a la regulación que el emperador hace sobre las uniones extramatrimoniales.

[498] E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 469.

A.- Evolución del concepto hasta el siglo III a.C

Tal y como señala M. E. Fernández Baquero[499], el concepto de relación "extra-conyugal" desde la etapa arcaica hasta principios de la etapa republicana evoluciona en dos sentidos, por una parte, "extra-familiar" eran aquellos supuestos en los cuales existían individuos libres para contraer un *matrimonium iustum* pero no poseían el *conubium* o capacidad jurídica requerida. De otro lado, en esta expresión también englobamos a aquellas uniones extramatrimoniales contraídas por voluntad del hombre, normalmente el *pater*, que la moral y las costumbres romanas reconocían como tal.

Debemos tener presente que el *ius conubii*, en las primeras etapas del Imperio, estaba directamente relacionado con la ausencia de igualdad jurídica entre hombre o mujer, y ello se manifestaba directamente en el matrimonio y en las diversas relaciones que surgían de forma paralela al mismo. De este modo, la autora[500] destaca cuál fue la naturaleza jurídica de esta institución y su desarrollo hasta el siglo III a.C., afirmando literalmente

[499] Por lo que respecta al origen y evolución del matrimonio romano en relación con otro tipo de uniones, vid. por todos, M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Aspectos sobre el matrimonio...*, op. cit., pp. 193-208.

[500] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 196 ss.

que en los primeros siglos de la República las relaciones extramatrimoniales se desenvolvieron en dos vertientes: i.- la primera, entre aquellos individuos libres que aunque quisieran contraer *iustum matrimonium* no disfrutaban del *conubium*, ya fuera como resultado de los *pactum* o *foedus* que mantenía Roma con otros pueblos de la antigüedad, otorgando o no el *ius conubii*, o por la convivencia entre los distintos grupos familiares dentro del territorio romano, como es el caso de la prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos; ii.- la segunda vertiente, vendría determinada por aquellas relaciones extra-conyugales mantenidas voluntariamente por el varón, especialmente si era *paterfamilias*, que se conocían por la sociedad y eran permitidas por los *mores maiorum* como su principal fuente de regulación.

B.- Legislación matrimonial de Augusto y relaciones extra-familiares

El estudio de la influencia que ejerció la legislación matrimonial de Augusto en las relaciones extramatrimoniales entendemos que va a resultar clave en nuestra investigación, si tenemos en cuenta que el emperador introdujo numerosas reformas sociales como la restauración de las tradiciones morales del pueblo romano, la recuperación de los antiguos festivales religiosos y, muy específicamente, la integridad del matrimonio como institución rechazando aquellas otras uniones en ausencia de *conubium*[501].

Muestra de ello son las palabras con las que C. Gómez Ruiz comienza su exposición sobre estas leyes, admitiendo textualmente que[502]: "Al advenimiento de Augusto, Roma llevaba casi dos siglos de luchas internas a las que éste puso fin con su política legislativa y de gobierno instaurando la paz y en lo que toca a la familia buscó fortalecerla y desarrollarla por la vía del restablecimiento de los usos y tradiciones romanas, propiciando la estabilidad matrimonial y el incremento

[501] R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., p. 1 ss.

[502] C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.

demográfico, siempre dentro de los límites de una sociedad fuertemente clasista, a través de concesiones de pequeños privilegios y beneficios económicos para los matrimonios fértiles al mismo tiempo que penalizaba económicamente a los solteros y los matrimonios sin hijos y reprimía con graves sanciones las uniones no matrimoniales, excepción hecha del concubinato[503]. Los instrumentos utilizados fueron las ya mencionadas *Leges Iulia de maritandis ordinibus* y Iulia de adulteris coercendis (que tal vez sea solo un capitulo de la primera) del año 18 a.C. y *Papia Poppaea* del 9 d.C. que supusieron un quebranto de la tradicional libertad individual del ciudadano, tan grave, que Suetonio afirma que los equites pedían pertinaciter abolitionem legibus (Suetonio, Aug. 34.)".

En este contexto, la evolución del derecho matrimonial vigente durante la segunda etapa clásica (30 a.C. al 130 d.C.) viene marcada por el tránsito de la forma política Republicana al Principado de Augusto, época en la que el emperador trató de realizar una política demográfica y social nueva, gracias a las leyes matrimoniales que abordaban materias como matrimonio e impedimentos, divorcio, dote, donaciones entre cónyuges, concubinato,

[503] Sobre el alcance jurídico del concubinato en Roma, vid. por todos, P. BONFANTE, *Sulla reforma giustiniana...*, op. cit., pp. 283-286.

herencia y legados, etc. Como ya tuvimos ocasión de exponer, Augusto fue el creador de un conjunto de principios reguladores del matrimonio que se distinguen de los demás por su carácter unitario y completo y por basarse en una serie de costumbres que sirvieron de reglas de conducta y de fuentes del derecho perfectamente aplicables[504].

De este modo, el emperador promulgó la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea* que formaban un sólo texto denominado *Lex Iulia et Papia Poppaea* cuya finalidad era la de restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones para desarrollar una política legislativa que favoreciese las uniones matrimoniales lícitamente contraídas y la procreación. En su virtud, todos los ingenuos salvo los senadores y sus descendientes, podían contraer matrimonio con los libertos eliminando cualquier impedimento al matrimonio originado por la distinta condición social.

[504] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 114; La profesora Fernández Baquero sostiene que los *mores* se consideraban normas escritas con fuerza vinculante, al igual que las demás normas.

Bajo estas premisas podemos sostener que es a partir de esta época, cuando las relaciones extramatrimoniales evolucionaron más rápidamente no porque existiese regulación jurídica alguna de las uniones no conyugales, sino porque las leyes que regularon el matrimonio y el ámbito familiar, indirectamente, afectan a las propias uniones extra-familiares. En este sentido, M. E. Fernández Baquero[505] interpreta a *sensu contrario* la legislación del emperador teniendo muy presente el *conubium*, afirmando que a partir de esta época es cuando se aprecia una evolución importante en las relaciones extramatrimoniales no porque encontrasen una regulación expresa, sino porque surgen un mayor número de leyes regulando cuestiones que afectaban muy directamente al ámbito familiar. Asimismo, uno de los factores más interesantes para comprender la evolución que sufrió la familia romana es la transformación que se apreció en la institución del *conubium*, al estar en estrecha relación con el fenómeno de la expansión territorial romana.

[505] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 202 ss.

Aunque serán objeto de estudio más detallado en los siguientes apartados de nuestra investigación, nosotros hemos considerado resumir en este epígrafe las uniones no consideradas como matrimonio *secundum Legem Iuliam et Legem Papiam Poppaeam* por haber surgido fuera del matrimonio en esta época. Con carácter general y, por motivos de posición social, se impedía el matrimonio entre libertos e ingenuos manteniendo la prohibición respecto de los que pertenecieran a la clase senatorial y sus hijos. Estas mismas leyes, prohibieron el matrimonio entre ciudadanos ingenuos con mujeres adúlteras flagrantes, de modo que las personas de dignidad senatorial y sus hijos no podían casarse con personas que ejercieran ciertas profesiones, lo que habría sido abolido por Justiniano para poder casarse con Teodora, dado su dudoso y oscuro pasado.

III. LA AUSENCIA DE *CONUBIUM* EN LAS RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES

A continuación, aportamos los resultados del estudio que hemos realizado acerca de los requisitos esenciales de las relaciones extra-familiares, así como un análisis del fundamento y necesidad de realizar toda una sistematización completa de este tipo de vínculos desde la Roma clásica. Antes de exponerlos, nos gustaría resaltar la importancia del *ius conubii* en cada uno de ellos pues, de manera directa o indirecta, en todos existe una carencia de ese derecho al matrimonio o capacidad jurídica para contraerlo. De este modo, no será hasta el Derecho postclásico y justinianeo cuando podamos hablar de impedimentos matrimoniales como tales, ya que como hemos tenido ocasión de señalar en época clásica lo que existían eran uniones extra-maritales en ausencia de *conubium*.

A.- Requisitos constitutivos de las relaciones surgidas fuera del *iustum matrimonium*

En la medida en la que hemos ido definiendo a las uniones extramatrimoniales, en el sentido de relaciones *sine conubio* surgidas en Roma de forma paralela al *matrimonium iniustum*[506] y cuyo número fue aumentando progresivamente en el Imperio romano, consideramos necesario exponer de qué manera se concretan esos requisitos que constituyeron las relaciones surgidas fuera del *iustum matrimonium*. En este sentido, entendemos que los elementos definitorios de estas relaciones extra-maritales, se concretan en los siguientes aspectos que señala O. Robleda[507] y, que de alguna forma, demuestran esa falta de *conubium* entre quienes se unían.

En primer lugar, debía de tratarse de relaciones inestables o esporádicas cuya consideración jurídico-social dependiera de la condición jurídica de los sujetos que se unían. Teniendo, en este punto carácter de extra-marital el concubinato, el contubernio, las relaciones homo-sexuales,

[506] Recordemos sobre los matrimonios ilícitos e injustos en Roma, vid. por todos, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 159 ss.

[507] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 276.

los matrimonios *contra mandata*[508], entre ausentes o las uniones entre patricios y plebeyos. De igual forma, extra-familiar eran aquellas relaciones en las que no existía la capacidad física de las partes, ya fuese entre castrados, esterilizados o ancianos, dementes o *furiosus* o matrimonios contraídos por una menor.

En tercer término, estas relaciones extra-matrimoniales se podían caracterizar por no respetar los vínculos familiares existentes, lo que conllevaba la denominación de "extra-familiar" en caso de matrimonios incestuosos, ligamen, consanguinidad o matrimonios contraídos sin que la viuda respetase el *tempus lugendi*. Se consideraban relaciones extra-conyugales, asimismo, aquellas otras en las que no existía un consentimiento mutuo libremente prestado entre las partes o éste estaba de algún modo viciado. Nos referimos a los supuestos de matrimonio simulado, por miedo o violencia, matrimonios viciados por error o dolo y los matrimonios informes.

[508] En cuanto al carácter de extramatrimonial en los distintos tipos de *matrimonium iniustum* y, en especial, en los matrimonios *contra mandata*, vid. por todos, F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...,* op. cit., pp. 99-108; E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...,* p. 457.

De igual modo, se califican como extramatrimoniales aquellas uniones que no respetaban el principio monogámico del matrimonio romano *iustum*, como por ejemplo, en los casos de adulterio, bigamia, prostitución o lenocinio. A estos supuestos que se configuraban como uniones extramatrimoniales en función de los requisitos que las conformaban, se le añaden en época postclásica y justinianea otros que reflejaban la influencia de las ideas cristianas en los elementos esenciales que los conformaban.

Lo cuales, serán objeto de estudio en el siguiente apartado de nuestro trabajo, dedicado a la clasificación de este tipo de relaciones dada a la influencia de los emperadores, como eran, las relaciones *contra legem* entre tutor y pupila, el rapto, las uniones con colonos de baja condición social, la disparidad de religión entre judíos y cristianos, el parentesco espiritual y el orden sagrado o el voto de castidad.

B.- Prohibiciones al *iustum matrimonium* y su configuración clásica como uniones extra-matrimoniales *sine conubio*

1. Fundamento jurídico de este tipo de prácticas

A continuación, presentamos un elenco de estas clases de relaciones extra-conyugales que surgieron en Roma y que se caracterizaban por la falta de *conubium* o ausencia del derecho al matrimonio, por no cumplir los requisitos clásicos exigidos como para considerarlos un *iustum matrimonium,* dada la incapacidad jurídica de las partes. Lo que conllevaba la existencia de otro tipo de relaciones menos reguladas o incluso ilícitas o prohibidas, desde la Roma clásica hasta la etapa del emperador Justiniano.

Para llegar a comprender el fundamento jurídico de este tipo de prácticas, debemos tener presente las siguientes premisas generales[509]. En primer término, aun cuando son numerosas las relaciones *sine conubio* que se dieron en Roma, se plantea la dificultad de aportar una sistematización jurídicamente completa de todas ellas pues las fuentes son escasas y regulan la materia de manera fragmentaria y parcial. De tal forma que, determinadas

[509] M. DOMÍNGUEZ-RODRIGO, *El origen de la atracción sexual humana* (Madrid 2004).

uniones extra-maritales, sólo se abordaron jurídicamente desde el Derecho Romano postclásico por la influencia de las ideas cristianas.

De lo anterior se deriva el hecho de que la doctrina[510], aun cuando ha pretendido abordar esta materia, tampoco ha ofrecido una clasificación clara y sistemática de todas ellas. Razón por la cual, nuestra tarea consiste en tratar de integrar e interpretar los textos y analizar su evolución desde la etapa clásica hasta Justiniano.

En tercer lugar, recordar que a lo largo de nuestro estudio hemos hecho uso del término "impedimento", "prohibiciones" o "limitaciones" al matrimonio justo de forma indiferente, aludiendo a su significado literal, esto es, como meros obstáculos o inconvenientes a contraer un matrimonio conforme a las reglas del Derecho Romano dada la ausencia de *conubium*, siempre teniendo en cuenta el origen canónico de dicho vocablo.

[510] S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio...*, op. cit., pp. 54-56; A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 432.

Partiendo de la clasificación que aportamos en el Capítulo I en cuanto al *matrimonium iniustum non potest* y el *matrimonium iniustum nullum*, en cuarto lugar, cabe precisar que determinadas uniones extramatrimoniales que vamos a dar a conocer las hemos realizado teniendo presente el tipo de *matrimonium iniustum*. De un lado, pertenecían a la denominación de *matrimonium non potest* o inexistente aquellas uniones válidas para el Derecho Romano pero, a la vez inexistentes, por haber sido contraídas en defecto del *consensus* mutuo (como el matrimonio del demente, el matrimonio *non iustum* simulado o el matrimonio por miedo).

De otra parte, calificábamos como *matrimonium nullum* o ineficaz aquella unión considerada como *nullum* por contravenir las exigencias legales y por no existir presupuestos tan esenciales, como por ejemplo el del *conubium*, lo que le llevaba a ser ineficaces jurídicamente (como el matrimonio informe, el matrimonio *non iustum contra mandata* y las uniones ilícitas con mujer adúltera). En cualquier caso, conviene resaltar que ambas categorizaciones de las uniones que hemos realizando pertenecen a una misma realidad y, de un modo u otro, desplegaban similares efectos jurídicos limitados como *matrimonium non iustum* que eran, ya perteneciesen a la

categoría de matrimonios inexistentes o ineficaces jurídicamente.

Por último advertir que, en este apartado dedicado a las uniones extramatrimoniales *sine conubio*, nos sirve el análisis realizado previamente sobre los impedimentos o limitaciones al matrimonio romano destacando el por qué de esa carencia de *ius conubii* en cada supuesto. Nosotros partimos de la etapa clásica, para reconocer su evolución hasta llegar a la época postclásica con la influencia del Cristianismo.

2. Criterios para una sistematización completa de las distintas uniones extra-conyugales en ausencia de *conubium*

Derivado de lo anterior es la necesidad de aportar una sistematización completa y abierta de las numerosas y frecuentes uniones extra-conyugales que carecían de *ius conubii*, unas treinta aproximadamente, partiendo de la etapa clásica para ver su evolución con la influencia de las ideas Cristianas en el Imperio ya con el emperador Constantino I y con Justiniano[511]. En este sentido, seguidamente mostramos una relación ordenada de cada una de las uniones no matrimoniales y *contra legem*, clasificadas en función de los seis criterios básicos que hemos utilizado con la intención de aglutinar los caracteres propios de cada una de ellas.

[511] En cuanto a la importancia de calificar estas relaciones como "uniones extra-matrimoniales en ausencia de *conubium*", en lugar de impedimentos por referirnos al tiempo preclásico o clásico, vid. por todos, C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*..., op. cit.; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., p 3 ss. Este último autor concluye su exposición, admitiendo expresamente que: "En relación con los impedimentos para contraer, éstos son entendidos en época republicana como causas en las que la ausencia del *conubium* hacen imposible considerar legítima la relación conyugal".

I. Criterio de la consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente[512]: A este grupo pertenecen las relaciones extra-familiares por concubinato, contubernio, las uniones entre homosexuales o aquellas otras formadas entre patricios y plebeyos y los matrimonios *contra mandata*. De igual modo, podemos citar los vínculos fuera del matrimonio con persona deportada o desterrada a una isla desierta u oasis, o por causa del servicio militar.

II. El principio de la capacidad física o natural de las partes: En función de si mediase o no la capacidad física de los que se unían, se diferencia entre relaciones *sine conubio* con castrados, esterilizados, impotentes o ancianos, y aquellas otras carentes del derecho al matrimonio y/o la capacidad jurídica necesaria por haberse vinculado a un *furious* dada su falta de capacidad mental y demencia.

III. Conforme a los vínculos familiares existentes: De un lado, se distinguen las uniones extra-conyugales por incesto, ligamen, consanguinidad. Y, de otro, las relaciones *sine conubio* de la viuda sin haber respetado el *tempus lugendi* dada la posible mezcla de sangres.

[512] En general, sobre la condición social como causa impeditiva del matrimonio en Roma, vid. por todos, F. M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al* matrimonio…, op. cit., p. 45 ss.

IV. Criterio que tiene en cuenta la existencia o no de consentimiento por parte de los sujetos que se unen: Este criterio nos sirve para aglutinar aquellas uniones *sine conubio* calificadas como matrimonios simulados, los conocidos matrimonios por miedo o matrimonios informes.

V. El respeto al matrimonio romano monogámico y los principios de la moral romana: En base a estos principios, se distinguía entre uniones de *facto*, adulterio, prostitución y lenocinio.

VI. Según la influencia ideológica que ejercieran los emperadores: Podemos distinguir entre aquellas relaciones prohibidas por Augusto por ir contra la legislación matrimonial, como las uniones entre senadores y mujeres *turpes*, y aquellas otras limitadas por el emperador Constantino y más tarde por Justiniano, como el caso de parentesco espiritual, el orden sagrado o el voto de castidad.

De forma comparativa y en aras a complementar nuestra sistematización, a continuación nos interesa examinar brevemente la clasificación ofrecida por J. C. Ghirardi[513], quien de forma general y sin alutinar los distintos tipos de uniones extra-familiares ha enumerado las uniones extramatrimoniales existentes Roma. El autor las califica directamente de "uniones sexuales", "actos sexuales *contra natura*" y "relaciones carnales consentidas" llevadas a cabo al margen del matrimonio legítimo, en las que el sujeto activo generalmente era un hombre y el sujeto pasivo varíaba considerablemente. En este sentido diferencia diez tipos de prácticas sexuales ilegales:

I. Adulterio: Este primer caso de uniones sexuales se producía cuando un hombre tenía relaciones consentidas con una mujer casada estando penado por la Ley *Iulia de Adulteriis Coercendis*.

II. Estrupo: En segundo lugar, en el caso de que un hombre tuviera relaciones sexuales consentidas con una mujer viuda o una doncella de similar o superior posición social a la suya, incurría en estupro penado igualmente por la Ley *Iulia de Adulteriis Coercendis*.

[513] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 9 ss.

III. Estrupo con otro hombre. La homosexualidad: De forma paralela al supuesto anterior, si hombre mantenía relaciones carnales consentidas con otro hombre también cometía estupro. En este caso la sanción era tanto por la Ley *Iulia de Adulteriis Coercendis* como, en sentido económico, por la Ley Scatinia.

IV. Concubinato: Esta cuarta situación tenía lugar cuando un hombre tenía relaciones sexuales consentidas y estables con una mujer de baja extracción social o una liberta, con la cual, carecía de *ius connubium* y le era imposible por ese motivo contraer matrimonio y tener *affectio maritalis*. En este punto, el autor[514] aclara que se trataba de una relación de rango inferior al matrimonio pero lícita, si bien: "A partir del advenimiento del Cristianismo se tendió a mirarlo con disfavor, dado que la Iglesia primitiva enseñaba que la única manera de vida en común posible era dentro de una familia, fundada sobre la base de la unión matrimonial. Como el concubinato se salía de este molde, fue despreciado, además de considerárselo un pecado que ofendía el sexto mandamiento".

[514] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 9, 44-49.

V. Relaciones con prostitutas: A diferencia de los supuestos analizados previamente, en el caso de que un hombre alternase con prostitutas no cometía acto reprobable alguno a efectos del Derecho Romano ni era causa de divorcio.

VI. Violación y rapto: Si un hombre sometía por la fuerza a una mujer o a otro hombre contra la voluntad de éstos, era autor responsable de violación, siendo severamente penada por la Ley *Iulia de Vi Publica et Privata* e, igualmente, podría incurrir además en el delito de rapto. Si bien J. C. Ghirardi[515] nos aclara que: "Durante mucho tiempo no existió legislación específica que se refiriese a la violación, de manera que solamente debe haber cabido la posibilidad de perseguirla conforme la forma y penalidades establecidas para el delito de *iniuria*".

VII. Acoso sexual: Este supuesto tenía lugar cuando un hombre que, sin llegar al acceso carnal, acosaba o provocaba a una mujer libre, cometiendo el delito de iniuria y normalmente violando, a su vez, el Edicto de

[515] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 35-36.

Adtemptata Pudicitia dado el atentado al pudor que cometía[516].

VIII. Incesto[517]: Cometían incesto aquellos hombres que mantenían relaciones sexuales con su pupila o con una parienta en grado próximo de parentesco, conllevando la nulidad del matrimonio contraído y sanciones penales para quienes lo perpetraron

IX. Contubernio (unión donde intervenían esclavos, ya fuese éstos entre sí o con alguna otra persona libre)[518]: Por el contrario, cuando un hombre sometía sexualmente a una esclava o esclavo de su propiedad, no incurría en conducta reprochable alguna por ser una cosa suya, y tal

[516] En cuanto al alcance de este Edicto en materia de acoso, vid. por todos, M. J. BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones sobre el Edictum de Adtemptata ad pudicitia*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Murcia 1998) 41-53; D. DELAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum de Adtemptata Pudicitia* (Valencia 1999) 16-17; D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer...,* op. cit., p. 355 ss.; J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 38-39; M. GUERRERO LEBRÓN, *Notas sobre la difamación en Derecho Romano,* en *Rivista di Diritto Romano* II (2002) 433-439; M. GUERRERO LEBRÓN, *La idea de materfamilias en el Edictum de Adtemptata Pudicitia*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 297-310.

[517] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 39-43.

[518] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 43-44.

actitud tampoco justificaba que su mujer solicitase el divorcio o le repudiase. Como nos advierte el profesor Ghirardi, si el esclavo era ajeno, hubiera o no consentimiento de ellos, incurría para con el dueño de los siervos en el delito de daño y caía dentro de las previsiones de la Ley Aquilia, siendo pasible también de que se ejercitase contra él la acción pretoria de corrupción de esclavo.

X. Uniones lésbicas: Para concluir, sobre los casos de homosexualidad femenina decir que las uniones lésbicas entre mujeres no fueron reguladas expresamente por el Derecho Romano, si bien concluye el autor[519] admitiendo que ello: "No implica que no existiesen, y sin perjuicio de que las mismas, si resultaban escandalosas, podrían dar lugar a la correspondiente acción de injurias, por parte del o de los ofendidos".

Dejando al margen los distintos criterios clasificatorios, cabe precisar que todas estas uniones serán objeto de desarrollo en el siguiente apartado de nuestra investigación dada la importancia que tienen, aun cuando en la práctica se plantean dos dificultades fundamentales, como son, que salvo instituciones más

[519] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 10.

reguladas como el concubinato, el contubernio, o las uniones introducidas por la legislación matrimonial de Augusto, no contamos con fuentes jurídicas o literarias suficientes para las demás. Por lo que debemos acudir a las diversas interpretaciones textuales y opiniones doctrinales al respecto para poder entender el verdadero alcance de cada relación.

Y, la segunda dificultad a la que hacemos frente, es que las uniones extra-conyugales a causa de la tutela, el rapto, el colonato, la disparidad de religión entre judíos y cristianos, el parentesco espiritual y por orden sagrado o voto de castidad, serán objeto de estudio desde su existencia en la Roma postclásica e influencia del Cristianismo, dada la escasez de textos anteriores que regulen dichos supuestos.

En suma, no sólo la falta de *conubium* determinaba durante la época clásica el nacimiento de una prohibición matrimonial sino que a este requisito de carácter negativo se le podían unir otros también importantes, como eran, la ausencia de capacidad física o natural entre las partes, la inexistencia de un consentimiento recíproco entre los contrayentes o el incumplimiento del principio monogámico, entre otros[520]. Lo que tendrá su reflejo en los tipos de uniones extramatrimoniales *sine conubio* que presentamos a continuación.

[520] F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho Romano* (Alicante 1997) 31 ss.

IV. HACIA UNA CLASIFICACIÓN DE LAS UNIONES EXTRA-FAMILIARES EN ROMA

A.- Criterio de la consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente

1. El concubinato: De unión de hecho a *inaequale coniugium*

La institución del concubinato fue considerada en Roma como una relación extramatrimonial estable, libremente conformada entre las partes y admitida socialmente, si bien es cierto que su reconocimiento jurídico fue variando en las distintas etapas del Imperio Romano, desde ser una figura de hecho reconocida por el Derecho clásico hasta considerarse como una institución jurídica con plenos efectos ya con los emperadores cristianos. El concubinato conformaba un tipo frecuente de *iniustum matrimonium*, al tratarse de una unión extra-matrimonial fáctica o de hecho que se producía entre un hombre y una mujer cuando no existía una mutua intención de estar vinculados legalmente a través del matrimonio[521].

[521] Sobre la consideración del concubinato como una unión de hecho, de carácter estable y libre o como convivencia *more coniugali*, ante la falta de consentimiento continuado de formar una unión para toda la vida, vid. por todos, W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma*, en *Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante* VIII (2006) 77-86; P. BONFANTE, *Sulla reforma giustiniana...*, op. cit., 283 ss.;

En cuanto a su origen etimológico, podemos decir que el término "concubinato" deriva de las voces latinas *con* y *cubitus*, refiriéndose esta última a la "cama", a la "postura de una persona acostada" o también al "codo sobre el que se apoya quien se reclina o acuesta", posición usada en Roma para comer. Por ello, el vocablo *concubinus* alude al compañero de lecho y amante, mientras que *concubitus* se aplica a la unión extra-marital entre hombre y mujer.

Desde época republicana fue regulado tanto por los *mores maiorum* como por la conciencia social, diferenciándose del matrimonio por la falta de *affectio maritalis* o *consensus* entre las partes. De este modo, podemos señalar que el consentimiento era el elemento que marcaba la diferencia entre el matrimonio y el concubinato tal y como se deriva de la interpretación de los siguientes textos, de los cuales, el primero ya hemos tenido ocasión

G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore,* en *Rivista Storia del Diritto Italiano* XXXVII-XXXVIII (1964-1965) 163-220; J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 43-48; C. HERREROS GONZÁLEZ y M. C. SANTAPAU PASTOR, *Prostitución y matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho?*, en *Iberia: Revista de la Antigüedad* VIII (2005) 89-111; A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 52-53; P. PANERO ORIA, *El concubinato romano...*, op. cit., pp. 92-125; M. D. PARRA MARTÍN, *Mujer y concubinato en la sociedad romana*, en *Anales de Derecho* XXIII (Murcia 2005) 239-248; P. RASI, *Consensus facit nupcias*..., op. cit., p. 78 ss.

de tratar al aludir al *conubium* como requisito del matrimonio clásico:

D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*): *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.*

Recordemos que en este pasaje de Ulpiano se aseguraba, en primer lugar, que no se podía considerar válidas aquellas donaciones que se producían entre quienes las tenían prohibidas (*inter quos sunt prohibitae donationes...donatio non valebit*). Así como se mencionaban ciertas prohibiciones matrimoniales que generaban el concubinato (*si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata),* entre las que no existía la capacidad jurídica para considerarse

un matrimonio legal y en las que se daba la ausencia del consentimiento de estar unidos en matrimonio (*quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*). Todo ello de forma independiente a que las donaciones fuesen o no legítimas (*valebit donatio, quia nuptiae non sunt*).

D. 25,7,4 (Paul. 19 *resp*.): *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.*

Del tenor literal de este fragmento sobre el concubinato, podemos deducir que el jurista Paulo pretende demostrar cómo en Roma para ser considerada una concubina (*concubinam*) bastaba la mera intención de unirse en una relación extra-familiar que no cumpliera los requisitos del matrimonio legal (*ex sola animi destinatione aestimari oportet)*. Resaltándose, en este punto, el ánimo o voluntad de quien se unía en concubinato.

Aunque en las fuentes citadas no aparece una definición precisa del concepto de este tipo de convivencia *more coniugali*, lo cierto es que en el Digesto (Libro 25, Título 7) se dedica todo un apartado a esta institución, cuya rúbrica "Sobre las concubinas", nos sirve de base para diferenciar el instituto del concubinato del matrimonio legal. Desde una perspectiva global, entendemos que dichos textos resumen la esencia del concubinato desde época

clásica y resaltan la importancia de la *affectio* para diferenciar matrimonio de concubinato.

De tal modo que para el Derecho Romano, el concubinato era una unión de hecho o *de facto*, de carácter estable y libre, que se producía entre dos personas de distinto sexo carentes de *ius conubii* en la que no existía ninguno de los dos elementos generadores del matrimonio, esto es, el elemento subjetivo[522] (*affectio maritalis)* y el elemento objetivo (*honor maritalis)*, aunque tanto la ley como la conciencia social lo aceptaban y le otorgaban efectos como

[522] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 65-66; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 109-110. En materia del elemento subjetivo, este último profesor no duda en manifestar que: "No es pues la convivencia, que puede darse igualmente en el concubinato que en el matrimonio, lo que da vida a éste sino la affectio o *consensus*. Es cierto que alguna vez van pareados el *maritalis honor* y la *affectio*, como distintivo del matrimonio con respecto al concubinato; pero, teniendo presente los textos en que la affectio se encuentra sola, no cabe duda que el honor viene a constituir o implicar, o bien el elemento de prueba de la existencia de la *affectio*, o, si se quiere, la *communis vitae consuetudo*, es decir, aquello que la *affectio* produce: el matrimonio *in facto esse*. Lo que conduce, pues, al matrimonio, o sea, lo que le da vida, es también, por esos textos (PS 2,20; D. 24,1,3,1; D. 25,7,4), a todas luces, la *affectio maritalis*". Por su parte, M. I. Núñez Paz resalta la importancia que tiene la convivencia en el concubinato pues, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio romano justo, no cabe hablar de concubinato entre ausentes ni de *honor matrimonii*.

una verdadera institución jurídica[523]. De ahí que de forma generalizada entre la romanística[524], no se dude en sostener que se trataba de un tipo especial de *matrimonium iniustum* en el que faltaba la capacidad jurídica o derecho al matrimonio, el cual, pertenece a la clasificación de uniones extramatrimoniales *sine conubio* carentes de *affectio maritalis* en la Roma clásica.

Sobre el alcance jurídico y efectos del concepto de concubinato, la doctrina[525] ha tratado de reconstruir esta

[523] C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 24 ss.; E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 665. Esta definición general del término "concubinato" es compartida por estos profesores, afirmando concretamente E. Volterra que: "Con el nombre de concubinatus se indica, en la terminología jurídica romana, la unión estable del hombre y de la mujer entre los que no existe conubium, o bien, que no tienen la voluntad continua y efectiva de ser recíprocamente marido y mujer. La concubina no participa de la dignidad y rango social del marido y sus hijos no son legítimos".

[524] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 197 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 146 ss.

[525] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 255-276; J. GAUDEMET, *Union libre et marriage...*, op. cit., pp. 2-3; L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico* romano, uniones de *hecho...*, op. cit., pp. 303-307. El primero de los autores defiende expresamente que: "Geralmente, a doctrina fala de ius conubii para designar o directo natural de todo o homem a conrair matrimónio (…). Se a mulher nâo participase da dignidade do marido, entâo nâo havia socialmente matrimónio, mas concubinato, o qual nâo era considerado pelo directo –isto, é, nâo tinha relevância jurídica-, excepto o caso do concubinato do patrono com sua liberta, que era considerado honroso. Por su parte, J. Gaudumet no duda en mantener que:

institución tan frecuente en Roma admitiendo que se trataba de un tipo de *iniusta matrimonia*[526] de carácter estable que carecía del requisito positivo del *conubium*, de forma que concubinato e *iniustum matrimonium* vendrían a significar lo mismo y producirían los mismos efectos penales, esto es, que las infidelidades cometidas en ambas figuras podrían ser penadas como adulterio[527].

Concubinatus doit-il s´entendre d´une union <que la morale réprouve> ou d´une union matrimoniale respectable, mais qui a refusé de se soumettre à certaines exigences de forme ou de fond imposées au legitimum matrimonium? (…). Le concubinatus apparaît dans les textes comme une union matrimoniale qui ne se soucie pas de respecter certaines des exigences de forme ou de fond du matrimonium (…). Dans ces cas l´union ne comporte pas l´affectio maritalis (ou l´honor matrimonii). Elle se distingue donde d´un mariage essentiellement par une différence dans l´intention des parties. Come le dit Paul (D. 25,7,4)".

[526] P. PANERO ORIA, *Algunas observaciones en torno al concubinato*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 527-540; P. PANERO ORIA, *El concubinato romano...*, op. cit., p. 92 ss.

[527] Para un estudio detallado del adulterio, vid. por todos, J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 10 ss.

En este punto, se ha calificado de "uniones para-matrimoniales"[528] y de "uniones o parejas de hecho"[529] por ser similares o a imitación del matrimonio, perfectamente diferenciadas de las relaciones transitorias y voluptuosas, al no tratar se de configurarse como una mera relación sexual y esporádica. Sin embargo, en ellas o bien faltaba la causa, la voluntad de estar unidos en matrimonio o algún presupuesto necesario como para ser calificadas de *iustum*

[528] A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 195.

[529] W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho...*, op. cit., pp. 77 y 81. W. Arévalo no duda en denominar al concubinato como unión de hecho en Roma, pues en esta institución considera que se dan las mismas notas que en este tipo de relaciones extra-familiares, es decir, no hay una intención marital de vivir en comunidad pero sí es reconocida socialmente tal relación al no tratar se de una mera relación sexual y esporádica: "Cuando se alude a parejas de hecho, tanto en Roma como en época actual, se hace referencia a uniones estables y no de mera relación sexual que deben cumplir determinados requisitos, recogidos por la Jurisprudencia, en los que se evita la voluntad de los convivientes de contraer matrimonio conforme a las normas del Ordenamiento jurídico (…). Uniones de hecho en Roma o por citarlo en terminología latina -concubinatus- (…). El concubinato se configuró como una unión de hecho que se distinguía por su estabilidad de las uniones fugaces de mera relación sexual. Esta institución no fue en Roma ni ilegal ni socialmente reprochable y su fundamento y amplia difusión obedeció, primordialmente, a la legislación de Augusto en materia matrimonial que vino a restringir, notablemente, el número de mujeres con las que podía contraerse iustum matrimonio".

matrimonium, siendo patente la desigualdad[530] de los que se unían en este tipo de relaciones *sine affectio* ya que la concubina no participaba de la dignidad del marido, ni entraba en su familia ni sus hijos eran legítimos[531].

Por todo ello, señalar que si no se daban todos los requisitos como para que el matrimonio existiese, lo que sí podía establecerse era un concubinato considerado como una verdadera institución jurídica ya en época de los emperadores cristianos. En términos generales, podemos concluir afirmando que no toda relación extramatrimonial estable podía ser considerada en Roma como concubinato, pues desde la etapa clásica se requerían ciertos requisitos que hacían de ésta una unión diferente, formada por la convivencia entre hombre y mujer libres sin *affectio*

[530] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Evolución histórico-jurídica del consentimiento matrimonial...*, op. cit., pp. 37-38. La profesora M. I. Núñez Paz resume, en los siguientes términos, cuál fue la consideración jurídica del concubinato y la patente desigualdad de los que se unían en este tipo de relaciones *sine affectio*: "Se denomina concubinato a aquella institución jurídica, formada a partir de la convivencia de un hombre y una mujer sin *affectio maritalis*, por tanto sin honor matrimonii y sin conubium. El sentido de esta institución se encuentra en la desigualdad básica entre los individuos que caracterizan la sociedad y el Derecho Romano (…). Establecían entonces una relación de hecho que, cuando tenía carácter estable, se denominó concubinato y a la que el emperador Augusto concedió sanción legal".

[531] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., pp. 468 ss.

maritalis ni *honor matrimonii* y en ausencia del requisito del *conubium*.

De entre los caracteres que presenta el concubinato y, siguiendo a M. D. Parra Martín[532], a continuación señalamos los más destacados. En primer lugar, debía ser una unión lícita y reconocida socialmente que diera lugar a una vida cuasi-marital, que demostrase externamente el consentimiento recíproco y continuado entre el hombre y la mujer[533]. En principio, el carácter monogámico del concubinato y el requisito de perdurabilidad, le diferenciaba de las meras relaciones temporales o sexuales, así como su carácter legal y permitido por la conciencia social. Por lo que, en ningún caso, se podría hablar de concubinato entre ausentes como sí ocurría con el matrimonio.

En segundo término, al considerarse el concubinato como la cohabitación estable con mujer de cualquier índole, ello hacía que tuviese un rango inferior al *iustum matrimonium* y una posición intermedia entre éstas y las demás uniones extra-conyugales. En este contexto, destacar

[532] M. D. PARRA MARTÍN, *Mujer y concubinato...*, op. cit., pp. 239-248.

[533] Cfr. D. 23,2,5 (Pom. 4 *ad sab.*); Cfr. D. 25,7,4 (Paul. 19 *resp.*); Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*); PS. 2,20,0,R: *De Concubinis*; PS. 2,20,1: *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.*

que Augusto prohibió el matrimonio a los soldados lo que se consideró como una medida inhumana que tuvo como consecuencia que, al ser el servicio militar de larga duración, una parte importante de la población no pudiese contraer matrimonio, resultando inevitable que los soldados vivieran en concubinato. Posteriormente, tras la *honesta missio*, se otorgó la ciudadanía a sus hijos y Septimio Severo derogó esta prohibición doscientos años más tarde.

Asimismo, eran condiciones indispensables para la consideración jurídica del concubinato el no cometer adulterio o incesto, pues no podían unirse en concubinato los que se hallaban en matrimonio con terceras persona o ligados en grado de parentesco, que impidiese también el matrimonio. Igualmente, debía existir un libre consentimiento de ambas partes pues no podía mediar violencia o corrupción como ocurría, por ejemplo, en los supuestos de mujer ingenua o de buenas costumbres.

Cabe señalar que por virtud de la presunción anterior, sólo podía tenerse en concubinato las mujeres que además de ser púberes (requisito físico o de capacidad natural) fueran de baja condición social o mala reputación, esclavas manumitidas o las ingenuas que hubieran declarado expresamente su voluntad de descender a la condición de

concubina (requisito ético o moral). De esta manera se observa en los siguientes textos:

D. 25,7,1,4 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap*): *Cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit*.

Del tenor literal del presente texto de Ulpiano que aborda la figura de la concubina en Roma, se deduce que la mujer concubina en términos generales era aquella mujer soltera (*cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est)* y mayor de doce años (*nisi minor annis duodecim sit*) que vivía con alguien como si fuera casada. Ser concubina no era algo deshonroso o moralmente reprochable pues, cuando no era posible la celebración del matrimonio, se acudía al concubinato como forma alternativa o incluso era utilizado por personas de clase social elevada.

En cualquier caso, la concubina no participaba ni en la dignidad ni en el rango social del marido y sus hijos no eran legítimos[534]. Concretamente, era requisito fundamental

[534] D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer...*, op. cit., p. 355 ss.; A. LÓPEZ, *Las prostitutas en Roma*, en J. M. GARCÍA GONZÁLES y A. POCIÑA PÉREZ, *En Grecia y Roma: Las gentes y sus cosas* (Granada 2003) 145-153; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., pp. 52-53. Con estas palabras lo expresa S. Treggiari cuando aborda el estatus de la mujer concubina: "The marital status of the man was irrelevant. But the women honoured in epitaphs and occasionally discussed by jurists

la condición social de la mujer aludiéndose a mujeres púberes, libertas, mujeres que ejercían la prostitución, mujeres de malas costumbres o de mala fama, aunque hubieran nacido en buena familia. Se consideraba por ejemplo de bajo nacimiento la doncella, la hija de la doncella, la liberta, la hija de la liberta, la mujer de teatro, etc. Mientras que, por su parte, las humildes y apartadas (*abiectas*) eran aquellas indignas por su menester o por el de sus padres. La mujer honrada que consentía en ser concubina tenía que hacer pública su deshonra, a través de un acto formal en presencia de testigos y con todos los requisitos legales.

Al igual que para el matrimonio, en cuarto lugar, decir que no se podía tener más de una concubina pues este tipo relaciones de carácter estable se conformaba por un hombre y una mujer. No obstante, si bien un hombre no podía tener a la vez dos mujeres legítimas lo que sí podía tener era una mujer legítima y otra ilegítima o concubina, tal y como aclara M. E. Fernández Baquero[535]. En dicho caso, si la

appear to be living in an avowed monogamous relationship with a man who did not have a legal wife (…). Concubines were chosen precisely because they were socially ineligible for marriage: the man obtained a stable sexual and presumably affective relationship with a companion and domestic partner who had no legal claim on his property and was not expected to bear him children (…). But the union was asymmetrical: there is no word to describe the male partner of a concubina".

[535] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 207. La profesora Fernández Baquero atribuye el incremento de

esposa no toleraba esa situación, tenía la opción de divorciarse o estipular una pena antes de la celebración del matrimonio o incluso en el matrimonio mismo, en el supuesto de que en el futuro el marido tuviera una concubina.

Otro aspecto relevante era la situación de los hijos habidos dentro del concubinato. En este sentido, con el emperador Justiniano los hijos concubinarios se consideraban naturales (*vulgo concepti*) y seguían el nombre y la condición de la madre al no crearse ningún parentesco con el padre ni éste poder ejercer la patria potestad sobre los hijos. Con el tiempo, se autorizó al padre a dejarles cierta porción de patrimonio, declarando a los hijos con derecho a participar en la sucesión *intestato* del padre y facultando a éste para poder elevarlos a la categoría de legítimos, con lo que los hijos naturales eran equiparados total o parcialmente a los legítimos. Tal y como aclara M. Sargenti[536], la legitimación propiamente no se conocía como tal hasta el tiempo de los emperadores Constantino,

los concubinatos a esta última posibilidad, cuando afirma expresamente que: "El hecho de que pudiera darse siguiendo el matrimonio existente, siempre y cuando se tratase del varón ya que, hasta la legislación matrimonial de Augusto, el marido en ningún caso incurría en adulterio, mientras que la mujer casada sí".

[536] M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*..., op. cit., pp. 239-257.

Teodosio y Valentiniano, si bien con Justiniano la legitimación se hizo por *rescripto* imperial y el hijo de la concubina no era legítimo, pero a diferencia de lo que sucedía con los hijos fruto de otras relaciones extramatrimoniales, se trataba como un hijo natural susceptible de ser legitimado mediante distintos expedientes jurídicos.

Es por esto, que, si bien frente a la madre eran iguales que los legítimos (*iustus*), frente al padre tenían sólo ciertos derechos, como por ejemplo, el derecho de alimentos[537] y ciertos derechos sucesorios pues podían heredar por testamento (l1/12 de sus bienes, si el padre tenía hijos legítimos y, si no los tenía pero tenía otros parientes, podía heredar 3/12. Si no tenía ningún pariente legítimo heredaban toda la masa hereditaria). En estos casos, Justiniano le atribuyó la totalidad del acervo hereditario al hijo fruto de esta relación *more coniugali*,

[537] De forma paralela al matrimonio romano ahora nos referimos a la prestación de alimentos entre parientes que fue obligatoria desde tiempo justinianeo, tal y como justificamos anteriormente. En este punto, vid. por todos, J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Alimentos entre parientes (II)...*, op. cit., p. 1 ss.; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Datos sobre la prestación de alimentos...*, op. cit., p. 1 ss.; J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Realidad social o jurídica...*, op. cit., p. 1 ss.

otorgándoles una 1/6 parte de la sucesión *ab-intestato* de su padre muerto sin hijos legítimos.

En sexto lugar, cabe señalar cuáles son las semejanzas que existieron entre matrimonio y concubinato. Entendemos que ambas instituciones se parecen en cuanto a que para su consideración jurídica, la unión de hecho debía producirse entre hombre y mujer por entenderse que estaban capacitados biológicamente para formar este tipo de uniones. Si bien es cierto que variaban los términos para designarlos, pues a la mujer que contraía matrimonio romano justo se le designaba como *uxor* y no como concubina, mientras que al marido tanto en el matrimonio como en el concubinato se requerían la existencia de un vínculo estable y de carácter duradero, diferenciándose así de las meras relaciones sexuales extramatrimoniales tan frecuentes en Roma. En definitiva, ambos estaban permitidos por la ley pues el concubinato estaba también socialmente reconocido y admitido por la propia sociedad romana.

Igualmente, nos interesa reparar en las diferencias entre el concubinato y el matrimonio romano. Concretamente, consideramos que las discrepancias esenciales entre ambas figuras eran que el concubinato se podía calificar como *matrimonium iniustum* cuando hombre y mujer carecían del *ius conubii*. A diferencia del matrimonio, en el concubinato no

existía ni *affectio maritalis* ni *honor matrimoni*, pues la concubina ni participaba como la *uxor* de la dignidad del marido ni entraba a formar parte de su familia, siendo el elemento subjetivo el que servía para diferenciarlos[538]. Asimismo, destacar que en la mayoría de los casos se consideraba concubinato a aquella unión entre personas de clase social inferior no haciendo falta, en ningún caso, ninguna formalidad o ritos para su celebración ya que bastaba con que la unión heterosexual fuese admitida por la legislación.

Para comprender cuál fue la consideración jurídica y social de este tipo de relaciones extra-conyugales tan frecuentes en la Historia de Roma, a continuación exponemos la evolución de esta institución desde época republicana, consideradas como uniones estables sin *affectio maritalis* hasta el emperador Justiniano y la influencia de las ideas cristianas, época en la que se constituyeron como verdaderos impedimentos al matrimonio:

[538] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 109-110. O. Robleda repara en las diferencias sustanciales entre ambas instituciones y sostiene abiertamente que: "No es pues la convivencia, que puede darse igualmente en el concubinato que en el matrimonio, lo que da vida a éste sino la *affectio* o *consensus* (…). Lo que conduce, pues, al matrimonio, o sea, lo que le da vida, es también, por esos textos (PS 2,20; D. 24,1,3,1; D. 25,7,4), a todas luces, la *affectio maritalis*".

I. Evolución del concubinato desde la República hasta la etapa clásica: El reconocimiento jurídico-social del concubinato surge en Roma durante la etapa republicana y continúa en la etapa clásica considerándose a este tipo de uniones concubinarias lícitas, como vínculos estables sin un verdadero carácter jurídico o meras relaciones de hecho reguladas por las costumbres de los mayores; dicha relación extramatrimonial aunque no estaba sistematizada por las leyes, lo que sí estaba era admitida y tolerada por los *mores maiorum*. Se trataba, por tanto, de una institución intermedia entre las *iustae nuptiae* y el *strupum* cuya regulación por las costumbres de los antepasados y su carácter oral hacía pensar que pudiera estar desprovista de cualquier carácter jurídico, sin embargo en este caso, se daba todo lo contrario pues el concubinato desplegaba numerosas consecuencias jurídicas en época republicana.

De esta manera lo indica M. E. Fernández Baquero[539], cuando resalta el valor de la costumbre como fuente del derecho cuando textualmente considera inadecuado no reconocer el carácter jurídico del concubinato en época republicana, por el simple hecho de que el Derecho escrito no lo contemple. Pues, según la autora, ello supondría

[539] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 206.

negar el valor de la costumbre como fuente siendo imprescindible conocer el contenido y evolución de los *mores* para poder reconstruir la configuración jurídica del concubinato en esta época.

En este ámbito nos interesa centrar nuestra investigación en el Derecho clásico por considerarse la época de mayor esplendor del Imperio Romano y, sobre todo, por ser desde esta etapa cuando la legislación matrimonial de Augusto comenzó a regular por escrito el concubinato, otorgándole ciertos efectos jurídico-sociales para el Ordenamiento romano. Así, la *Lex Iulia de adulteriis*[540] castigaba como delito las uniones sexuales producidas fuera del *matrimonium* y las consideraba como *adulterium* o *strupum*, a la vez que ofrecía toda una sistematización[541] de aquellas mujeres de clase social inferior con las que se podía tener relaciones sin incurrir en las penas previstas para el adulterio o estrupo como, por ejemplo, las meretrices, las actrices condenadas en juicios públicos,

[540] Con relación a los caracteres específicos de esta ley, vid. por todos, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, strupum* (Italia 1997) 5-8.

[541] En cuanto a dicha clasificación, vid. por todos, G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore...*, op. cit., pp. 163-185; P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi...*, op. cit., pp. 76-97; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 191-195 y 275 ss.

las esclavas o las libertas[542]. Aunque no tenían *honestas*[543], con estas mujeres era posible la unión extra-conyugal estable por ser no ser penalmente punible.

R. Astolfi[544] realiza una investigación en cuanto a la posición jurídica de estas *feminae probosae*, destacando las capacidades que tenían al ser mujeres con las que se podían

[542] La posibilidad de formar concubinato con este tipo de mujeres carentes de *honestas* se extrae, especialmente, del texto de D. 25,7,1,1 (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concibinatu habere posse sine metu criminis, in quas strupum non committitur*.

[543] En cuanto a la determinación de la honestas desde un criterio objetivo, vid. por todos, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 171 ss.

[544] R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., pp. 49-61. El profesor Astolfi mantiene literalmente que: "Anche le feminae probosae sono carente di capacitas. Su di esse informa lanconicamente Svetonio, il quale ricorda che Domiziano (8,3) volendo riformare i costumi (suscepta correctione forum), tolse loro, assieme al diritto di usare la lettiga, la facoltà di capere eredità e legati (…). La probositas non consiste necesariamente in una inmoralità sessuale: la sua essenza è una degradazione morale e sociale, che può derivare anche da un atto non contrario al pudore e alla denza pubblica (…). Perchè una donna possa essere qualificara probosa nel senso voluto da Domiziano, occorre che lo scandalo sia pubblico (…). Il rapporto sessuale con la femina probosae non dovrebbe essere statu punito come strupum dalla Lex iulia de adulteriis: il crimine presupone che la donna goda di buona reputazione sociale. Tuttavia va tenuto presente che non si commetteva strupum con una prostituta clandestina. La donne con cui non si commette strupum sono quinde più numerose delle feminae probosae cui doveva far riferimento Domiziano (…) con essa era lecito il concubinato (…). Di conseguenza si crede posible elencare fra le donne con le quali strupum non committitur le figlie di donne probosae".

mantener relaciones concubinarias lícitas. De igual modo, la profesora Panero Oria[545] advierte de la licitud de estas relaciones, al ser mujeres *in quas strupum non comittitur* consideradas en Roma como *feminae probosae*. Por lo expuesto, podemos decir que Augusto a través de la *Lex Iulia de adulteriis* excluyó expresamente de la pena por adulterio y/o estrupo las relaciones concubinarias establecidas entre un hombre y cualquiera de las mujeres citadas anteriormente, al no ser consideradas jurídicamente ni como matrimonio ni como unión ilícita pudiendo coexistir con el matrimonio del marido, sin embargo, el concubinato de la mujer sí era castigado como adulterio.

Por su parte, la *Lex Papia Poppaea* consideraba que era concubinato y no matrimonio, aquellas uniones con mujeres ingenuas o con las que se favorecía la formación del concubinato. En cuanto al contenido de esta norma, decir que Augusto eliminó la posibilidad de que tales uniones creadas en concubinato pudieran ser entendidas como matrimonios legítimos. De igual modo, excluía del derecho

[545] P. PANERO ORIA, *El concubinato romano...*, op. cit., pp. 92-125; P. PANERO ORIA, *Algunas observaciones en torno al concubinato*..., op. cit., pp. 530-531. Expresamente la autora insiste en esta última obra que: "Como anunciábamos, nos da noticia de la existencia de ese grupo de mujeres, D. 25,7,1,1 (…). Texto del que se deduce que el concubinato puede ser practicado con una serie de mujeres con las que es lícito mantener relaciones sexuales estables sin incurrir en la pena de estrupo".

al matrimonio o *conubium* y se consideraba como concubinato, las uniones configuradas por miembros de la clase senatorial y mujeres de baja condición social aun cuando entre ellos existiera cierto elemento subjetivo generador del matrimonio (*affectio maritalis*). Al carecer de *conubium*, esa situación no era entendida como matrimonio legítimo y, por tanto, venía a constituir una variante de concubinato. Así lo confirma W. Arévalo[546] cuando aborda el tratamiento de las uniones de hecho en época clásica, sosteniendo específicamente que el concubinato se configuró como una unión de hecho que se distinguía por su estabilidad de las uniones fugaces de mera relación sexual.

Esta institución no fue en Roma ni ilegal ni socialmente reprochable y su fundamento y amplia difusión obedeció, primordialmente, a la legislación de Augusto en materia matrimonial que vino a restringir notablemente, el número de mujeres con las que podía contraerse un *iutum* matrimonio. Por un lado, la *Lex Iulia et Papia Poppaea* prohibía el matrimonio entre personas de distinto rango social para evitar la mezcla de la clase alta (senadores e hijos de senadores) con personas de baja o abyecta condición social (libertas, artistas, hijas de artistas,

[546] W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho...*, op. cit., p. 81.

meretrices, etc.) y estableció, asimismo, el impedimento para contraer matrimonio entre los gobernadores provinciales y las mujeres de la provincia en la que estaban destinados, prohibición que también se impuso a los militares. En todo caso nos referimos a las mujeres consideradas, según M. Falçao[547] como *probosae*, *turpes* y carentes de honestidad, con las que sólo se podría contraer concubinato y no matrimonio, y a las que nunca se les podría denominar *materfamilias*[548].

Reparemos, pues, en el alcance jurídico de cada una de estas mujeres deshonestas. En primer término, aludimos a las esclavas[549] (*servus)* consideradas como mujeres que no podían contraer matrimonio por su falta de personalidad jurídica al estar sometidas a la potestad de su dueño.

[547] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 22. En concreto, el profesor M. Falçao califica de *turpes* a las prostitutas, alcahuetas, sorprendidas en adulterio, condenadas en juicio público y las *quae artem ludicram fecerit*.

[548] Para un estudio detallado sobre este tipo de mujeres, vid. por todos, R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., pp. 50-51; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., pp. 106-138; W. WOLODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di "mater familias"*..., op. cit., p. 735 ss.

[549] D. 48,5,6 pr. (Pap. 1 *de adult.*): *Inter liberas tantum personas adulterio stuprumve passas Lex Iulia locum habet. Quod autem ad servas pertinet, et legis Aquiliae actio facile tenebit et iniuriarum quoque competit nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto: Nec propter pluses acciones parcendum erit in huiusmodi crimine reo*.

Extendiéndose al concubinato lo que jurídicamente y a efectos del Derecho Romano sería un contubernio. Asimismo, pertenecen a este grupo las denominadas como alcahuetas (*lenas*) y las actrices (*scaenica*)[550] pues la *Lex Iulia* permitía mantener relaciones concubinarias sin caer en las penas por estrupo o adulterio, tanto con mujeres que se dedicaran al lenocinio como con actrices de teatro[551].

Asimismo, enumeramos las mujeres condenadas en juicio público (*iudicio publico damnata*), las adúlteras condenadas, las mujeres que habían violado la fidelidad matrimonial y las sorprendidas en adulterio (*in adulterio deprehensa*)[552], pues también en el caso de las adúlteras

[550] D. 23,2,47 (Paul. 2 *ad. Leg. Iul. et Pap*.): *Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem iudicram fecerit, aut indicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit; nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit*; D. 48,5,11,1 (Pap. 2 *de adult*.): *Mulieres quoque capite legis, quod domum praebuerunt vel pro comperto strupo aliquid acceperunt, tenentur*; D. 48,5,11,2 (Pap. 2 *de adult*.): *Mulier, quae evitandae poenae adulterio gratia lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit, adulterio accisari damnarique ex senatus consulto potest*.

[551] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 275. En cuanto a lo dispuesto en D. 48,5,11,1 (Pap. 2 *de adult*.), el profesor Robleda aclara literalmente que: "El fraude a que se alude en ese texto está significando que las alcahuetas y actrices (…) de no realizar tal actividad con el fin de evitar las penas del adulterio, no cometía éste en sentido jurídico".

[552] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., pp. 96-97. El profesor Biondi califica el adulterio de *impedimentum criminis*.

Augusto permitía mantener relaciones esporádicas sin caer en estrupo, por el propio reconocimiento que tenían de estas en la sociedad romana. Los textos[553] que regulan el supuesto de las concubinas condenadas por adulterio la

[553] Cfr. D. 23,2,43 pr. (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); Cfr. D. 23,2,47 (Paul. 2 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); D. 48,5,12,13 (Pap. lib. sing. *de adult*.): *Ream adulterio uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. Quaero, an causam decidí praestitisse videor. Respondit: cum per legem Iuliam huiusmodi uxorem retinere prohibearis, non Viteri causam te discidii praetitisse palam est. Quare ita ius tractabitur quasi culpa mulieris facto divortio*; D. 25,7,1,2 (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Qui autem damnatam adulterii in concubinatu habuit, non puto lege Iulia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem eam duxisset, teneretur*; D. 34,9,13 (Pap. 32 *quaest*.): *Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Maevius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem: qui moriens heredem eam reliquist: quaero, an iustum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pretiñere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. Sed et si talis mulier virus heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus*; D. 48,5,41 pr. (Paul. 19 *resp*.): *Quaesitum est, an ea, quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est nec quicquam egit vel iure mariti vel iure publico, nubere possit ei, quem in ea reum adulterio destivavit. Paulus respondit nihil impedire , quo minus ei, quem suspectum maritus habuit, ea de qua quaeritu nubere possit.* D. 48,5,41,1 (Paul. 19 *resp*.): *Item quaeritur, an idem maritus destitisse videatur vel lenocinium commisse, qui eandem reduxit uxorem. Paulus respondit, eum qui post crimen adulteri intentantum eandem uxorem reduxit, destitisse videri et ideo eadem lege postea accusandi ei ius non superesse*; D. 50,16,101 pr. (Mod. 9 *different*.): *Inter "strupum" et "adulterioum" hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, strupum in viduam committitur. Sed Lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*.

excluyen expresamente de las penas impuestas por la *Lex Iulia*.

Las meretrices, prostitutas (*corpore quaestum faciens*) o exprostitutas, en base a las fuentes[554],

[554] D. 12,5,4,3 (Ulp. 26 *ad edict.*): *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: Illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*; D. 23,2,43,1 (Ulp. 1 *ad leg. iul. et pap.*): *Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu: Non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet*; D. 23,2,43,2 (Ulp. 1 *ad leg. iul. et pap.*): Item quo cum uno et altero pecunica accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere; D. 23,2,43,3 (Ulp. 1 *ad leg. iul. et pap.*): *Octavenus tamen rectissime ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit his connumerari*; D. 23,2,43,4 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap.*): *Non solum autem ea, quae facit, verum ea quoque, quae fecit, et si facere desiit, lege notatur; neque enim aboletur turpitudo, quae postea intermissa est*; D. 23,2,43,5 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap.*): *Non est ignoscendum ei, quae obtentu paupertatis turpissimam vitam egit*; D. 25,7,3 pr. (Marcian. 12 *institut.*): *In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere*; 25,7,3,1 (Marcian. 12 *institut.*): *Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit*; D. 37,12,3 pr. (Paul 8 *ad Plaut.*): *Paconius ait: Si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur: aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus*; D. 47,2,39 (Ulp. 41 *ad sab.*): *Verum est, si meretricem alienma ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed*

igualmente eran consideradas deshonestas si bien se podía legalmente tener relaciones extra-conyugales con este tipo de mujeres que traficaba con su cuerpo[555] sin considerarse penalmente como un estrupo. A su vez, nos encontramos con las calificadas como mujeres *obscuro loco natae* aludiendo, según el propio C. Castello[556], a un conjunto de mujeres de

causa faciendi : causa autem faciendi libido fuit, non furtum. Et ideo etiam eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non a eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egesserunt, furti non teneri. An tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa ? et non puto teneri, et ita etiam ex facto, cum incidisset, dixi : hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat, certe fur non est; D. 48,5,14 pr. (Ulp. 2 de adult.): *Si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, iure quidem mariti accusare eam non poterit, quae uxor non fuit, iure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur, si modo ea sit, qua in concubinatum se dando matronae nomen non amisit, ut puta quae patroni concubina fuit*; D. 48,5,14,2 (Ulp. 2 *de adult.*): *Sed et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae volgaris fuerit, quamvis, si vidua esset, impune in ea strupum committeretur;* D. 48,5,14,3 (Ulp. 2 *de adult.*): *Divi Severus et Antoninus rescripseruntt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium qualecumque nec spem matrimonii violare permittitur.*

[555] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 276. En cuanto al contenido del texto D. 48,5,14,2 (Ulp. 2 *de adult.*), el profesor Robleda sostiene que con las "viudas de mala vida" no se cometía estrupo.

[556] Sobre este tipo de mujeres y la posibilidad de que viviesen en concubinato con un ingenuo sin cometer ningún crimen, vid. por todos, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 135 ss.; J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 22 ss.; M. A. LÓPEZ BLANCO, *La pérdida de la dignidad: La prostitución femenina en la Roma imperial*, en C. ALFARO GINER y A.

obscuro nacimiento o nacidas en un oscuro linaje (como las hijas de actores o actrices) cuyo origen se consideraba que era "oscuro" y "poco honorable" y, en dicho supuesto[557], Augusto admitía las relaciones sexuales no matrimoniales. Sobre las *libertas*, en última instancia, decir que la *Lex Iulia de adulteriis*[558] excluía de las penas por adulterio o estrupo las relaciones con mujeres que habiendo sido esclavas anteriormente, ahora eran consideradas como libres.

Bajo las premisas expuestas, podemos afirmar que Agusto consiguió que el concubinato se configurase como una institución familiar de carácter jurídico-social con efectos para el Ordenamiento romano clásico. Dichos resultados requerían el cumplimiento de determinados requisitos, como eran, el respeto al principio monogámico del matrimonio romano, la relación con una sóla concubina y que ésta tuviese la capacidad natural necesaria, es decir, que hubiera cumplido los doce años. Precisándose, en

NOGUERA BOREL (Eds.), *Actas del Primer Seminario de Estudios sobre la mujer en la Antigüedad*, SEMA I (Valencia 1997) 117-125.

[557] Cfr. D. 25,7,3 (Marcian. 12 *institut.*).

[558] D.23,2,41 pr. (Marc. 26 dig.): *Probrum intelligitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam*; D.23,2,41,1 (Marc. 26 dig.): *Et si qua se in concubinato alterius, quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse eam dico*; Cfr. D. 48,5,14 pr. (Ulp. 2 de adult.).

cualquier caso, la inexistencia de cualquier tipo de prohibición legal.

Pues bien, ante esto, podemos decir que con Augusto el concubinato era una institución extra-marital considerada como lícita y admitida por la legislación matrimonial, al no castigarse en virtud de ellas como *adulterium* o *stuprum*[559]. Si bien es cierto que la configuración del concubinato como institución jurídica con plenos efectos para el Derecho Romano, no surgió hasta la llegada de los emperadores cristianos debido a los principios y a la moral cristiana que propugnaban la necesidad de erradicar estas uniones mediante dicha regulación jurídica, amparando los

[559] W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho...*, op. cit., p. 82. Sobre esta cuestión, W. Arévalo plantea la problemática en torno a si Augusto consideró el concubinato como unión jurídica, para finalmente negar esta hipótesis en base a los siguientes argumentos: "Un punto discutido por la doctrina romanistíca fue la posibilidad de que las leyes promulgadas por Augusto hubiesen sido las determinantes de la elevación del concubinato de relación social a instituto jurídico, pero se llegó a la conclusión de que las leyes caducarias no establecieron normas que definiesen y regulasen el concubinato y sólo se hacía mención al mismo para declararlo exento de las penas que castigaban el delito de estupro de la *Lex Iulia de adulteriis* y para distinguirlo del matrimonio regulado en la *Lex Iulia et Papia*. Sin embargo, hay que precisar que no se redujo el concubinato por el exceso de puritanismo marcado por Augusto sino que su legislación llevó a un resultado contrario, estimulando la propagación de las parejas de hecho al limitar tanto las mujeres como los hombres con los que los ciudadanos romanos podían contraer matrimonio".

derechos y la situación de los hijos concubinarios que eran los realmente perjudicados.

II. La influencia del Cristianismo en la etapa postclásica y la regulación del concubinato con Constantino I: La doctrina mayoritaria no duda en sostener que el reconocimiento del concubinato como figura jurídica con plenos efectos para el Derecho Romano escrito tuvo lugar en la época postclásica, pues desde entonces se comienza a perseguir con la intención de proteger al matrimonio. De esta forma lo indica el profesor E. Volterra[560], resaltando específicamente que el instituto asumió un valor jurídico gracias los emperadores cristianos quienes lo combatieron siguiendo dos caminos distintos pero que concurrían al mismo fin. Por un lado, rebajando la condición de la concubina y de los hijos de la misma (designados con el término *liberi naturales*) y, por otro, intentando convertir el concubinato en una unión conyugal. De hecho, cuando P. Bonfante[561] incide en la importancia del concubinato tardío de época postclásica, admite textualmente que bajo los emperadores cristianos el concubinato ascendió ciertamente al grado de institución jurídica pero en sentido favorable,

[560] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 665.

[561] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 197-199.

pues en general los emperadores tendieron a suprimirlo y, solamente Justiniano, elevó el concubinato a la consideración de *inaequale coniugium*, con los efectos que veremos seguidamente.

En este contexto, resaltamos a figura del emperador Constantino I quien pretendía reformar la práctica del concubinato limitando su número, al tratarse de una unión extra-conyugal lícita muy frecuente en Roma. Para lograrlo, según el propio R. Domingo[562], Constantino dedicó una Constitución a la institución del concubinato, la cual fue recogida posteriormente por el emperador Justiniano en el

[562] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., pp. 69-76. En lo que se refiere a esta ley, el profesor Domingo mantiene expresamente que: "Es ya *Communis opinio* entre los romanistas pensar que en este título del Código de Justiniano sólo se conserva una parte de la ley constantiniana del 326, ya que, con carácter general, las Constituciones que Constantino dirigía ad populum –como es el caso que estamos contemplando- solían ser mucho más extensas. De todas formas, estas nueve palabras son suficientes para advertir que Constantino quiso reformar y moderar la práctica del concubinato, que estaba tan arraigada en Roma (…). En mi opinión, Constantino, con esta Constitución del 326, pretendía abolir lo que acabo de denominar como "poligamia de facto". Para conseguir este objetivo, no prohibió el concubinato –lo cual hubiera sido impensable en su tiempo debido a las prohibiciones de carácter social para contraer matrimonio-, sino que no permitió al marido constante matrimonio *concubinam penes se habere*. Eso, en cierta medida, revalorizaba y moralizaba el concepto de concubinato, ya que lo situaba en una posición semejante al matrimonio, pues de la misma manera que un marido no podía estar casadp con dos mujeres a la vez, tampoco podía tener uxor concubinaque simultáneamente".

Codex Repetitae Praelectionis como una única ley del Título 26 del Libro V, bajo la rúbrica *De concubinis*. En cuanto a su contenido, podemos decir que lo único que se conserva son las siguientes palabras:

CJ. 5,26,1: *Nemini licencia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere.*

Del texto, se entiende que la expresión *penes se habere* significa "en su poder", "en su casa" y "bajo un mismo techo". De ahí que este principio general encuentre cierta influencia de la doctrina cristiana recogida en el Evangelio, en las Epístolas paulinas y en los Concilios (Concilio de Elvira, del 305 d.C.), y esta posibilidad se fundamenta según el autor en dos sentidos, el primero, porque sólo se nos conserva una aparte muy pequeña del texto de la Constitución y, en segundo lugar, porque en el supuesto de que hubiera existido tal influencia de la Iglesia hubiera sido suprimida la expresión *penes se*. Aunque también cabe pensar que Constantino sólo moralizó relativamente.

En todo caso, Constantino I quiso proteger las uniones legales y honestas ordenando su conversión en matrimonio y prohibiendo toda liberalidad, especialmente las donaciones a favor de las concubinas que no se casasen y de sus hijos (*liberi naturalis*). El emperador pretendía, de esta forma,

obstaculizar el concubinato aun cuando no consiguió su objetivo pues este tipo de unión adquirió desde entonces una mayor importancia y efectos jurídicos en Roma.

Por su parte Valentiniano, hacia el 371 d.C., moderó el rigor de tal disposición no haciendo punible los legados módicos o reducidos a favor de los hijos. Así, permitió que se otorgara a la concubina y a los *liberi naturalis* una onza de los propios bienes y trez onzas, en el supuesto de que no se tuviesen ascendientes ni hijos legítimos. Sobre este particular, el profesor E. Volterra[563] asevera expresamente que en el año 371, Valentiniano concedió que se diera a la concubina y a los *liberi* naturales una onza de los propios bienes y tres onzas cuando no se tenían hijos legítimos ni ascendientes, concesión modificada en varias ocasiones por lo emperadores posteriores. Muestra de los cambios producidos, es que Anastasio hiciera permanente la legitimación de los *liberi naturales* por el matrimonio subsiguiente, e introdujese la *adrogatio per divinos adfatus* abrogada por Justino en el año 519 d.C.

En los dos siglos anteriores a Justiniano, existió el intento de combatir el concubinato y, a la mera situación de hecho del tiempo clásico, se le otorgaron consecuencias

[563] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 665-666.

jurídicas ya en el periodo postclásico. Bajo estas premisas, el profesor Schulz[564] mantiene que en el Derecho postclásico se produce una transformación del concubinato, pues la Iglesia trató de combatirlo con la llegada de las ideas cristianas al Imperio Romano. En concreto, este autor indica textualmente que en la época postclásica, el concubinato sufrió una notable transformación ya que la Iglesia consideró pecaminosa toda relación ilegítima y adoptó, consecuentemente, una actitud hostil frente a dichas uniones. Limitándose a consignar un sucinto esquema de lo que fue el Derecho justinianeo, al tiempo de redactarse el Digesto (533 d.C.) y establecerse las correspondientes normas mediante la interpolación de los textos clásicos.

Concretando lo anterior, en la obra de F. Schulz se detallan los cambios que presentaba el concubinato de época tardía, pudiéndose resumir en los siguientes. Primeramente, podemos decir que existía una equiparación entre las condiciones del matrimonio y las del concubinato, pues se exigía los doce años de edad para la mujer y se impedía el

[564] Para un análisis detallado del concubinato en la etapa postclásica, vid. por todos, M. MORINEAU, *El concubinato en Roma y en México*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 445-454; F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., p. 449.

concubinato incestuoso con el hijo o nieto del hombre que se había unido en concubinato. Asimismo, decir que los hijos de una concubina poseían ciertos privilegios y la sucesión *ab-intestato* sólo fue otorgada a la concubina.

La cuarta transformación que destacamos es que la infidelidad de la mujer concubina no era considerada como adulterio, pues tal y como recogía la *Lex Iulia de adulteriis*, este delito lo cometía la mujer casada que sostuviera una relación extra-conyugal. Asimismo, Constantino había prohibido al marido tener una concubina siendo una limitación que posteriormente también aplicó el emperador Justiniano; sin embargo, un hombre soltero podía tener varias concubinas al mismo tiempo, hasta que Justiniano suprimió el concubinato poligámico. En todo caso, el concubinato no fue consentido con mujeres ingenuas y respetables haciendo falta una manifestación expresa de las partes, por escrito y frente a testigos.

A lo anterior se añade, finalmente, el hecho de que una liberta concubina de su patrono, no podía abandonarlo sin consentimiento del mismo pues se le sancionaba con la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio o entrar en una nueva relación concubinaria.

III. Justiniano y la consideración del concubinato como *inaequale coniugium*[565]: El concubinato fue reconocido por Justiniano como una *inaequale coniugium*, esto es, una unión lícitamente contraída y monogámica pero de carácter inferior al matrimonio. Asimismo, el emperador permitió que excepcionalmente la concubina y sus hijos pudieran concurrir a la sucesión legítima del *pater*, aceptando como relación lícita y no como estrupo el concubinato con mujer honesta.

De esta forma lo afirma P. Bonfante[566], cuando destaca que el emperador Justiniano consideró estas uniones como *inaequale coniugium* ya que las relaciones sexuales fuera del matrimonio con una persona de condición honesta eran castigadas severamente por la Ley Julia, la cual, favorecía los matrimonios y, en cambio, el concubinato no era castigado por la ley por ser una institución de hecho meramente tolerada pero absolutamente fuera de derecho en el mundo pagano. Pues bien, ante esto, el autor concluye su exposición, resaltando que solamente Justiniano mostró una

[565] En cuanto a la evolución de esta institución y las novedades ya en tiempo justinianeo, vid. por todos, P. BONFANTE, *Sulla reforma giustiniana...*, op. cit., pp. 284-285.

[566] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 197-199.

tendencia favorable y elevó el concubinato a *inaequale coniugium*.

En la misma línea, E. Volterra[567] y M. Morineau[568] al referirse al concubinato de época justinianea no dudan en admitir que se suprimió la categoría de mujeres *in quas strupum non committitut*. Asimismo, el paso de unión de hecho a situación jurídica regulada por el Derecho Romano desde época postclásica y, especialmente con Justiniano dada la influencia del Cristianismo, es abordado por W. Arévalo[569] cuando sostiene literalmente que desde el punto de vista jurídico, la elevación del concubinato de relación social a institución jurídica se debió, sobre todo, al esfuerzo de los emperadores cristianos por abolirlo.

---

[567] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 666. E. Volterra indica que: "En el Derecho justinianeo, abolida la categoría de las mujeres *in quas strupum non committitur*, es jurídicamente lícito, previa declaración de los dos que conviven, el concubinato con mujeres ingenuas, hasta entonces (…) no castigado. El concubinato es ahora configurado como una unión conyugal inferior al marimonio legítimo; como éste, es rigurosamente monogámico (…). Naturalmente, el concubinato está libre de las penas previstas para el *strupum* (D. 48,5,35; D. 25,7,3,1)".

[568] M. MORINEAU, *El concubinato en Roma...*, op. cit., p. 448. El profesor aclara que: "El emperador concibió al concubinato como la cohabitación estable con mujer de cualquier rango, y si ella fuera una mujer honorable, exigió que la unión se manifestara en forma expresa".

[569] W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho...*, op. cit., pp. 83-85.

Ahora bien, este último autor advierte que será Justiniano el que modifique el concepto del instituto y atenúe su régimen: i.- en primer lugar, el emperador declaró abolida la categoría de mujeres con las cuales no se cometía *stuprum* de las leyes augusteas, todas aquellas que no fuesen ingenuas y honestas; ii.- y, en segundo lugar, estableció que era jurídicamente lícito, previa declaración de los dos convivientes, el concubinato con mujer honesta e ingenua.

De hecho, una vez reconocido el concubinato como relación jurídica, se configuró como una unión conyugal inferior al matrimonio legítimo por lo que exigió las mismas condiciones establecidas para el matrimonio, y que tal y como destaca P. Bofante[570], eran las siguientes. En primer término, el concubinato era rigurosamente monogámico prohibiéndose al hombre que tenía esposa mantener una concubina y al soltero poseer más de una. Igualmente, para el concubinato se requería la misma edad que para el matrimonio, esto es, que los convivientes fueran púberes, así como dicha institución estaba sujeta a los impedimentos de parentela consanguínea, por adopción o afinidad vigentes para el matrimonio.

[570] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 197-199.

Con la regulación del concubinato y sobre todo con la eliminación de los impedimentos para contraer matrimonio de las leyes augusteas Justiniano, a diferencia de otros emperadores, logró suprimir la imposibilidad para contraer matrimonio con determinadas mujeres, consiguiendo que se fuera extinguiendo el concubinato. De hecho, en Roma el concubinato amparó uniones entre parejas de distinto sexo que o no podían o no querían contraer matrimonio, pero nunca contempló la unión entre parejas homosexuales.

Lo que sí hizo el emperador Justiniano, a nuestro entender, fue suprimir la diferencia entre mujeres *honestas* y no *honestas* aceptando el concubinato con cualquiera de ellas y, en el caso de que la concubina fuera honorable, se requería que la unión se hiciera de forma expresa y la distinción con el matrimonio se hacía a través de una *testatio probativa* que demostrase la ausencia de *afecctio maritalis.* De la misma manera, el *stuprum* también era posible con todo tipo de mujeres sin distinción de clase o posición social, no rigiendo ya las reglas que lo diferenciaban en el Derecho clásico.

En definitiva, podemos concluir manteniendo que el emperador Justiniano siguiendo a sus precedentes post-clásicos (Valentiniano, Valente y Graciano), otorgó al concubinato un completo estatuto legal configurándolo a imitación del matrimonio, pero sobre la consideración de "unión inferior al matrimonio" o *inaequale coniugium*[571]. En el concubinato de época justinianea no existió la *affetio maritalis*, los hijos no eran legítimos aun cuando continuaban siendo naturales (aunque después se pueda producir la legitimación de los mismos), se permitían liberalidades *mortis causa* a favor de la concubina y de sus hijos, dependiendo de la cuantía según concurrían o no herederos legítimos, y la esclava concubina y sus hijos se podían hacer libres si el dueño no dispusiera lo contrario.

[571] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 666. Por lo que, como sostiene el profesor E. Volterra, para calificar jurídicamente una relación estable como matrimonio o concubinato se atiende exclusivamente a la voluntad inicial de las partes de constituir una u otra relación.

A diferencia de lo que ocurrió con Augusto, como sostiene P. Bonfante[572], el emperador Justiniano hizo más fácil el acceso al matrimonio y las uniones concubinarias fueron desapareciendo paulatinamente hasta que acabaron por abolirse en Oriente en tiempos de Basilio "El Macedonio" y León VI "El Filósofo" (837 d.C.). Este último emperador derogó las leyes que permitían el concubinato por considerarlas contrarias a la religión y al decoro público, subsistiendo en Occidente hasta el siglo XI donde no alcanzó la prohibición de forma inmediata como había sucedido en Oriente.

Por tanto, el Cristianismo que velaba por la moralidad de las costumbres censuró definitivamente el concubinato. Así, en la época justinianea cambió radicalmente la situación y el concubinato se consideró como un matrimonio "inferior" equiparándose a los requisitos del matrimonio, esto es, la capacidad física, la monogamia e incluso el

[572] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 198-199. P. Bonfante mantiene expresamente que: "Solamente Justiniano mostró una tendencia favorable y elevó el concubinato a inaequale coniugium (…) a pesar de los textos, el concepto justiniano de concubinato es independiente del strupum y la institución puede definirse: la cohabitación estable con mujer de cualquier condición sin affectio maritalis. Justiniano, eliminando los impedimentos matrimoniales de índole social, suprimió en gran parte la base del concubinato; sin embargo, duró en Oriente hasta los tiempos de León el Filósofo (siglo IX) y en Occidente hasta el siglo XII".

reconocimiento de ciertos derechos de alimentos y sucesorios a favor de la concubina y de sus hijos naturales, pero sin que exista esa intención recíproca de vivir como marido y mujer en un *consortium omnis vitae*. En cuanto a los efectos patrimoniales, es comúnmente admitido[573] afirmar que se podía dar a la concubina media onza del patrimonio en presencia de padres e hijos legítimos.

[573] J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., pp. 563-564.

2. El Contubernio como unión extra-conyugal con persona esclava

Mención especial requiere en este apartado de nuestra investigación dedicado a la sistematización de las distintas uniones extramatrimoniales desde la Roma clásica, la institución el contubernio. Etimológicamente, el término *contubernium* se traduce textualmente por "compañerismo", "intimidad" o "vida en común" entre un joven al que generalmente sirve, aludiéndose a un tipo frecuente de unión extramatrimonial. En este sentido, se trataba de una relación inestable y con un reconocimiento más social que jurídico[574], que se producía entre esclavos, entre una persona libre y un esclavo o siervo. Ampliándose este segundo supuesto, al caso en el que el cónyuge que había contraído un matrimonio *iustum*, caía en cautiverio y se hacía *servus*[575].

[574] L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., pp. 308-309. Sobre el reconocimiento social de este tipo de uniones, este autor matiza que: "El hecho de que no se le diera valor legal, si hay un cierto reconocimiento social, por cuánto que se encontraron lápidas funerarias o inscripciones sepulcrales donde se hacía referencia aparte de a los patronos o dueños, a familiares fallecidos, a los esposos, hijos o familiares perdidos, o en el caso de convivientes al número de años que estuvieron unidos".

[575] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., pp. 268-269; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Derecho Privado Romano*..., op. cit.,

El contubernio, que conformaba un impedimento al *matrimonium iustum* en época postclásica, no tenía ningún efecto civil y podía ser disuelto con absoluta libertad por parte del dueño del esclavo. De esta forma define la institución la propia doctrina[576], destacando la prohibición matrimonial que tenían los esclavos dada la falta de capacidad jurídica y la ausencia del derecho al matrimonio al ser considerados como objetos y no sujetos de pleno derecho.

Si bien el *conubium* se relacionaba como la capacidad jurídica necesaria para contraer matrimonio legítimo por no existir obstáculo derivado de la condición de las personas o de su posición social o parentesco, la situación de esclavo[577] conllevaba un tipo de impedimento matrimonial y,

p. 149. El profesor A. D´Ors, al tratar la condición de los esclavos, señala que estos eran a la vez *homo* (hombre) y también res *mancipi* en propiedad de su dueño. Por su parte A. Fernández De Buján destaca la ausencia de capacidad para contraer matrimonio, al no existir el *conubium* entre ellos.

[576] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 88; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social...*, op. cit., pp. 40-42; A. E. DE MAÑARICUA, *El matrimonio de los esclavos*, en *Estudio histórico jurídico hasta la fijación de la disciplina en el Derecho Canónico*, (Romae 1940); O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 276.

[577] E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana* (Madrid 1991) 196. En lo que respecta a la consideración jurídica de las esclavas en Roma y su falta de *conubium*, la profesora Cantarella advierte que: "Es evidente que,

a tenor de lo anterior, la formación de un contubernio carente de cualquier tipo de reconocimiento jurídico en la sociedad romana[578]. Motivo por el cual, consideramos que pertenece a la clasificación de uniones extramatrimoniales *sine conubio* entre esclavos o con persona libre y esclavo/a.

---

entre las mujeres que vivían en Roma, las que se encontraban en la peor condición, la más dura e inhumana, eran las esclavas. Jurídicamente consideradas "objeto" y no "sujeto" de derecho (…) las esclavas se destinaban a las tareas más pesadas (…) no podían casarse: al no tener el conubium, es decir, la capacidad de contraer iustum matrimonium, su relación con un hombre, aunque fuese duradera y de naturaleza conyugal por sus intenciones, era sólo una relación de hecho. Cuando estaban unidas a un hombre de condición servil también él, como ocurría regularmente, su unión (que se llamaba *contubernium* y no *matrimonium*) podía ser interrumpida en cualquier momento con el patrón, si se lo ocurría vender a uno de los dos convivientes".

[578] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., pp. 79-88; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 69 ss.; J. GAUDEMET, *Union libre et marriage...*, op. cit., p. 12 ss.; R. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano...*, op. cit., pp. 345-382.

En efecto, el profesor A. E. De Mañaricua[579] analiza las relaciones entre esclavos partiendo de la importancia que tenía para el Derecho clásico la existencia de capacidad jurídica entre las partes ya que, como ocurría con los esclavos, la ausencia de *conubium* entre los sujetos les limitaba la formación de una unión conyugal en el sentido de *matrimonium iustum* o una familia romana con plenos derechos, debiendo formar un contubernio.

En los supuestos en los que había existido un *matrimonium iustum* pero que, por motivos de cautiverio de uno de los cónyuges (normalmente del *vir*) desaparecía tanto la convivencia efectiva entre ambos como el consentimiento mutuo, el cautivo sufría una *capitis deminutio* que le impedía seguir con el matrimonio válidamente constituido

[579] A. E. DE MAÑARICUA, *El matrimonio de los esclavos*..., op. cit., pp. 73-77. El autor insiste que: "El matrimonio romano, las *iustae nuptiae*, que aun cuando tengan derivaciones jurídicas, en sí mismas no constituyen una relación jurídica, sino un hecho, un estado social, vienen a situarse dentro del ámbito del derecho civil (…). No existe nuptiae iustae, si ambas partes no gozan del *connubium* (Ulp. 5,2). Ahora bien; el *ius connubii* no todos los hombres lo poseen (…). El esclavo desposeído de capacidad civil, situado fuera de la comunión del derecho civil en el cual no es considerado ni como sujeto de obligaciones no de derechos (D. 28,1,20,7), no posee dicho connubium (Ulp. 5,7). El esclavo es incapaz de contraer un matrimonio dotado de fuerza legal; le es imposible formar una familia reconocida y protegida por el derecho. Si se une a una mujer y de ella procrea hijos, aunque su unión reúna cuantos elementos exige el derecho natural al legítimo matrimonio, ante la ley romana ellos no son ni marido y mujer, ni padres e hijos".

por la pérdida del derecho al matrimonio y por su consideración jurídica como *servus*. Salvo en caso de *postliminium*, que permitía al cautivo que había sido ciudadano romano volver a la posición jurídica que tenía antes del cautiverio con el sólo hecho de entrar en territorio romano[580].

Es en ese supuesto en el que se plantea la problemática entre la calificación de esas uniones como matrimonio o como contubernio entre el esposo cautivo y la esposa libre. Sobre este particular, podemos decir que la doctrina[581] está dividida no sólo en cuanto al tipo de unión marital o extra-marital que ambos conformaban, sino también sobre los efectos que en Roma pudieron producir estos vínculos, ya que no se sabía con certeza si en caso de

[580] F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico*..., pp. 50-52. F. Betancourt, al analizar los efectos de la *capitis deminutio* y el alcance del *ius postliminii* (entendido el *postliminium* como la capacidad de un prisionero de recuperar todos los derechos que había perdido a causa del cautiverio como si nunca hubiese estado preso del enemigo), no duda en resaltar que: "El plazo de espera para que la mujer libre pudiera contraer de nuevo matrimonio varía de un emperador a otro; así, si bien Constantino estableció un plazo de espera de 4 años (C. 5,17,7) con Justiniano se amplía a 5 años siempre que se dudase si el marido cautivo vivía o no (Nov. 22,7 del 536)".

[581] J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii...*, op. cit., p. 567 ss.; M. FERNÁNDEZ PRIETO, *El esclavo en el delito de iniuriae*..., op. cit., p. 17 ss.; P. URSO, *Il matrimonio del prigionero in Diritto Romano*, en *SDHI* LVIII (1992) 85-142.

cautiverio de una de las partes el matrimonio legítimamente constituido continuaba o no y, si lo hacía de qué forma y bajo qué denominación, a efectos jurídicos.

Desde época clásica hasta Justiniano[582], el contubernio fue entendido como una unión extra-marital esporádica entre esclavos o entre un esclavo y una persona libre, como era el caso del marido que se convertía en prisionero del enemigo y la esposa legítima de éste. En este sentido, consideramos necesario aportar cuál fue la evolución jurídica de esta institución diferenciando tres fases fundamentales, la etapa clásica, la postclásica y la justinianea.

En cuanto al contubernio clásico y la ausencia de *conubium* entre las partes[583], decir que en época clásica el contubernio era calificado como una ausencia de *conubium* en relaciones con mujeres esclavas y como una cohabitación ilícita entre personas que carecían de la capacidad física

[582] En cuanto a la evolución de esta institución después del Derecho justinianeo y la influencia de la Iglesia en el *contubernium*, vid. por todos, O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 276-278.

[583] Hasta el año 286 a.C. el esclavo, al ser considerado como cosa, carecía de cualquier derecho o reconocimiento jurídico por parte del Ordenamiento romano; aunque desde la Ley Aquilia, al *servus* se le fueron reconociendo más derechos aun cuando continuaron careciendo de *conubium* para contraer matrimonio legal en Roma y tuvieron que formar uniones ilícitas.

y jurídica necesaria como para contraer matrimonio y, muy especialmente, en lo que se refiere al derecho al matrimonio o *ius conubii*. Se trataba, pues, de una relación contraria a las buenas costumbres que podía ser sancionada por el Derecho Romano. Así, M. Falçao[584] nos ofrece un concepto general del término *contubernium* clásico entendido como la unión conyugal con persona esclava, que también es recogido por el profesor R. Domingo[585] y por R. Astolfi[586].

[584] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 69-70. En este punto, el profesor advierte que: "En la época clásica, la inexistencia de conubium con persona esclava era demasiado obvia para que fuera necesario enunciarla explícitamente (…). A la unión conyugal de una persona libre con otra esclava se le denominaba también contubernio. Tal unión no era ciertamente conforme a los boni mores, dada la patente desigualdad de condición; y, en ciertos casos, era severamente penada (…). Según el Senadoconsulto Claudiano (52 d.C.), si una mujer libre cohabitara con un esclavo ajeno contra la voluntad del dueño, podía ser hecha esclava, previsa denuncia; los anteriores hijos ya nacidos, si concebidos en iustae nuptiae, cuando la madre era libre, nacían libres, y esclavos del dueño de la madre, si vulgo concepti (Gai. 1,91; Gai. 1,160). En caso de que la mujer libre cohabitara con un esclavo ajeno con el acuerdo del dueño, el mismo Senadoconsulto la dejaba libre, pero determinaba que los hijos del contubernio nacieran esclavos; sin embargo, posteriormente, el emperador Adriano (117.118) abolió tal disposición (…) restableciendo la regla del *Ius Gentium*, según la cual los hijos seguirían la condición de la madre".

[585] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., p. 79 ss.

[586] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 127-129. Nos interesa exponer las palabras del profesor Astolfi, quien literalmente que: "Il rapporto coniugale fra schiavi (contubernium) non é matrimonio, mancando lo schiavo di capacità in

En todo caso, entendemos que resulta necesario realizar ciertas matizaciones a dicha definición para evitar confusiones entre los términos "contubernio" y "matrimonio", pues el contubernio era una relación extra-familiar y, en ningún caso, en Roma podría conceptualizarse como una unión conyugal, todo lo contrario, como una unión extra-conyugal e ilícita o una relación esporádica de carácter carnal o sexual. Por lo demás, coincidimos con el requisito de que las partes podían ser

ordine ai rapporti personali, oltre che patrimoniali. I figli che ne nascono sono chiavi e appartengono al propietario della madre (Gai. 1,85). Tuttavia lúnione conyugal dello schiavo non è del tutto irrelevante peri l diritto privato dell´età classica (D. 48,2,12,4). Il rapporto di sangue cui dà luogo la procreazione (cognatio servilis) costituisce impedimento al matrimonio che si intenda contrarre dopo lácquisto della libertá (D. 32,2,14,2). Lo stesso sembra possa dirsi per láffinità nata da unùnione coniugale tra schiavi (adfinitas servilis: D.23,2,14,3; D. 23,2,27). La giurisprudenza classica, specialmente quella degli ultimi secoli del principato, evita, per quanto possibile, la disgregazione della famiglia servile quando essa è oggetto di atti mortis causa o inter vivos (…). Qualora due schiavi uniti in contubernium vi rimanevano dopo aver acquistato entrambi la libertà, il vincolo si trasformava automáticamente in matrimonio, non essendo richiesta alcuna formalità per la sua contrazione. Se la donna, quando era schiava, si fosse portata, come non di rado avveniva, una specie di dote (quasi dos), i beni, quando ciò era posible, si convertivano automáticamente in dotte effettiva (D. 23,3,39). Anche il rapporto coniugale di una persona libera e una persona schiava è contubernium, non avendo i liberi conubium con glo schiavi (Ulp. 5,5,: PS. 2,19,6). I figli seguono la condizione della madre e sono con essa libera o schiavi (Gai. 1,86)".

esclavas o bien una libre y la otra esclava, por faltar en ambos casos el requisito del *conubium*.

Bajo las premisas expuestas, aseveramos que el contubernio servil era una comunidad de habitación y convivencia, esto es, una unión sexual permanente y de hecho que se producía entre siervos o entre siervos y personas libres, y de forma paralela al matrimonio romano aun cuando numerosas inscripciones funerarias equiparan ambas instituciones[587]. El contubernio clásico se basaba, pues, en un conjunto de principios básicos que reflejaban su naturaleza como hecho social sin consecuencias jurídicas para el Ordenamiento romano, presentando los siguientes caracteres. Primeramente, la potestad sobre el cuerpo del esclavo la tenía el dueño del mismo y las relaciones extra-conyugales de los mismos estaban a manos del dueño.

Asimismo, el esclavo nunca decidía sobre los actos jurídicos que le pudieran afectar ni se veía protegido por las leyes morales, pues era el dueño quien imponía su voluntad. En tercer lugar, destacar que en la medida en la que no podían contraer *matrimonium iustum*, también los siervos estaban incapacitados para contraer esponsales. Finalmente, resaltar que si bien el contubernio era una

[587] A. E. DE MAÑARICUA, *El matrimonio de los esclavos*..., op. cit., p. 78 ss.

mera relación de hecho, podemos decir que éste se caracterizaba por la unidad y permanencia, de modo que el dueño adquiría al esclavo en potestad de forma omnipotente, perpetua y su violación no podía calificarse de adulterio.

Sobre la regulación de esta institución, debemos acudir a la *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) que castigaba como estrupo o adulterio toda relación habida fuera del matrimonio, ya fuera la cohabitación ilícita realizada por parte del marido que engañaba a la mujer, o bien por parte de una mujer ingenua que mantenía relaciones con un esclavo fuera del matrimonio. En el primer caso, la pena era la ofensa y castigo al reo y, en el segundo, la sanción más probable fue que a la mujer se le prohibieran las nupcias, tal y como advierte la propia doctrina[588].

En el caso del matrimonio entre el esposo cautivo y la mujer que había sido legítima hasta entonces señalar que, en este periodo, se producía la disolución *ipso iure* del vínculo conyugal pues el c*onsortium omnis vitae* desaparecía al no haber una convivencia efectiva[589], al no existir el

[588] En cuanto al *crimen stupri* y la dificultad de determinar las penas por estrupo respecto al adulterio en la *Lex Iulia de adulteriis*, vid. por todos, M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 71-72; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., pp. 171-267 y 347.

[589] Sobre la problemática de considerar al marido que se había convertido en un cautivo de guerra como esclavo o ausente, en base al

ius conubii entre ambos y al faltar la capacidad matrimonial dada la *capitis deminutio* del que caía prisionero del enemigo (quien pasaba a considerarse como *servus*), no bastando la intención de la *uxor* de continuar con el matrimonio.

En este punto, J. A. Arias Bonet[590] mantiene textualmente que la cautividad en tiempo clásico impedía la continuidad del matrimonio ante la falta de *affectio maritalis* disolviendo el matrimonio, aunque tampoco se atreve a identificar estos supuestos con cautivos como de contubernios. A modo de ejemplo, el profesor Urso[591] nos muestra un elenco de opiniones doctrinales sobre la disolución matrimonial automática por cautiverio, entre las

concepto de "ausencia" que hemos ido definiendo previamente según D. 23,2,10 (Paul. 35 *ad ed*.), vid. por todos, B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia...,* p. 23 ss.

[590] Por lo que respecta a la *capitis deminutio* del cautivo y la disolución matrimonial, vid. por todos, J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii...*, op. cit., p. 572 ss.

[591] P. URSO, *Il matrimonio del prigionero...*, pp. 97-98. Conozcamos, pues, cómo alude el profesor a esta cuestión cuando mantiene que: "Esaminerò ora quali siano i motivi, per i quali la "captivitas" provoca lo scioglimento del matrimonio. Il Bonfante afferma che il matrimonio si scioglie oltre che per la morte di uno dei coniugi e peri l venir meno dell´affectio maritalis pel venir meno Della capacità (…). Carlo Longo afferma che il matrimonio del prisionero si scioglie per sopravvenuta incapacità, in quanto il servo (tale è il cittadino romano captus ab hostibus) è privo della capacità civile (…)."En droit classique la captivitè d´un des conjoints dissout ipso iure le mariage", scrive il Volterra".

que destacamos las explicaciones de P. Bonfante quien señala como causa principal de la disolución del *consortium omnis vitae* la *capitis deminutio* del prisionero, C. Longo que resalta la pérdida sobrevenida de capacidad civil del *servus* como causa principal, o el profesor Volterra cuando alude a la disolución *ipso iure* del vínculo por no existir los requisitos necesarios ni la libertad recíproca como para considerarlo un *iustum matrimonium*.

En todo caso, se puede concluir que en época clásica el *cives* que caía cautivo del enemigo se convertía en *servus*, careciendo de *conubium* y perdiendo su capacidad matrimonial. Hecho que conllevaba el paso de ser considerado a todos los efectos como un *matrimonium iustum* a un contubernio entre esclavo y persona libre.

Desde época postclásica y con el emperador Constantino, se produce la exclusión del matrimonio entre esclavos o persona libre y esclavo. En efecto, no será hasta la llegada del emperador Constantino I cuando las leyes[592] reconozcan expresamente el impedimento matrimonial

[592] A continuación exponemos las fuentes postclásicas que entendemos que recogen la esencia de esta institución y que sirven de base para diferenciar al contubernio de otro tipo de unión también muy frecuentes en Roma, como era el concubinato: CTh. 4,12,4: *Quaecumque mulierem post hanc legem servi contubernio (se) miscuerit, et non conventa per denuntiationes, sicut ius statuebat antiquum, statum libertatis amittat;* CTh. 4,12,5: *Senatusconsultum Claudianum firmum*

esse censemos omnibus constitutionibus, qua contra id latae sunt, penitus infirmatis, ut libera mulier, sive procuratori sive actori privato sive alii cuilibet condicione polluto fuerit sociata, non aliter libertate amissa nexu condicionis deterrimae adstringatur, nisi trinis fuerit denuntiationibus ex iure pulsata. Quod quidem circa privatas personas convenit observari; nam eas mulieres, quae fiscalibus vel civitatis servis sociantur, ad huius sanctionis auctoritatem minime pertinere sancimus; CTh. 4,12,7: *Cuncti provinciales agnoscant, nisi trinis denuntiationibus liberae feminae servorum consortiis arceantur, nullo modo posse eas ad servitium detineri;* CTh. 12,1,6: *Nulla praeditos dignitate ad sordida descendere conubia servularum etsi videtur indignum, minime tamen legibus prohibetur; sed neque conubium cum personis potest esse servilibus et ex huiusmodi contubernio servi nascuntur. Praecipimus itaque, ne decuriones in gremia potentissimarum domorum libidine ducente confugiant. Si enim decurio clam actoribus atque procuratoribus nescientibus alienae fuerit servae coniunctus, et mulierem in metallum trudi per sententiam iudicis iubemus et ipsum decurionem in insulam deportari, bonis eius mobilibus et urbanis mancipiis confiscandis, praediis vero et rusticis mancipiis civitati, cuius curialis fuerat, mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus nullosque habeat liberos vel parentes vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocantur. quod si actores vel procuratores loci, in quo flagitium admissum est, fuerunt conscii vel compertum facinus prodere noluerunt, metallo eos convenit implicari. Si vero dominus hoc fieri permisit vel postea cognitum celavit, si quidem in agro id factum est, fundus cum mancipiis et pecoribus ceterisque rebus, quae cultui rustico sustinentur, fisci viribus vindicetur; si vero in civitate id factum est, dimidiam bonorum omnium partem praecipimus confiscari, poenam augentes, quoniam intra domesticos parietes scelus admissum est, quod noluit mox cognitum publicare. Igitur si legis latae die repperietur quisquam patrimonium suum alienasse atque in dominum servulae contulisse, ordini liceat diligenter inquirere, ut ita rei publicae civitatis quod de facultatibus supra dicti fuerit deminutum, in pecunia sarciatur;* Cfr. Gai. 1,91; Gai. 1,160: *Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit; quae accidit incensis, qui ex forma censuali veniri iubentur quodius (...) qui contra eam legem in urbe Roma domicilium habuerint;*

existente en las relaciones entre esclavos o entre persona libre y esclava. En concreto, las Constituciones que recogen esta prohibición castigan con penas severas ambos supuestos y, muy especialmente el segundo, pues la mujer ingenua que se unía extra-maritalmente a un esclavo, se volvía también esclava y debía ser condenada a la pena capital, pasando todos sus bienes a lo hijos legítimos y no a los habidos dentro del contubernio[593]. Analicemos, pues, dos Constituciones que abordan esta cuestión:

CTh. 4,12,3: *Cum ius vetus ingenuas fiscalium servorum contubernio coniunctas ad decoctionem natalium cogat nulla vel ignorantiae venia tributa vel aetati, placet coniunctionum quidem talium vincula Viteri, sin vero mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum servo fiscali convenerit, nullum eam ingenui status damnum sustinere,*

Item feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum domininorum, quibus invitus et denuntiantibus nihilo minus cum servis eorum coierint; PS. 2,19,6: *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest: Contubernium potest;* Cfr. Ulp. 5,2; Cfr. Ulp. 5,5.

[593] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 276; M. SARGENTI, *Per una revisione critica...*, op. cit., p. 307 ss. Sobre la posible equiparación entre contubernio y concubinato, O. Robleda los diferencia en base a los textos anteriores, asegurando precisamente que: "En tal caso no cupo en Roma nunca sino el contubernio: ni matrimonio, pues, ni propiamente, concubinato si bien en las fuentes no deje de hablarse también en tal caso de concubinato; y esto, así entre esclavos, como entre esclavos y personas libres".

subolem vero, quae patre servo fiscali, matre nascetur ingenua, mediam tenere fortunam, ut servorum liberi et liberarum spurii Latini sint, qui, liceo servitutis necesítate solvantur, patroni tamen privilegio tenebuntur.

Del tenor literal del texto, se deduce que el emperador Constantino mediante esta Constitución del año 320 d.C. añade una excepción sobre la regla general anterior al defender que la mujer que cohabitase con un esclavo (fiscal) no perdía su libertad (*cum ius vetus ingenuas fiscalium servorum contubernio coniunctas... placet coniunctionum quidem talium vincula Viteri, sin vero mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum servo fiscali convenerit*). En todo caso, en este pasaje se especifícia que si tuviera hijos considerados como espurios, estos no serían romanos sino latinos (*ut servorum liberi et liberarum spurii Latini sint, qui, liceo servitutis necesítate solvantur, patroni tamen privilegio tenebuntur).*

CTh. 9,9,1 pr.: *Si qua cum servo occulte rem habere detegitur, capitali sentencia subiugetur trayendo ignibus verberone, sitque ómnibus facultas crimen publicum arguendi, sit officio copia nuntiandi, sit etiam servo licencia deferendi, cui probato crimine libertas dabitur, cum falsae accusationi poena immineat*.

Por esta Constitución, Constantino I castiga con la pena capital (*capitali sentencia subiugetur trayendo ignibus verberone)* a la mujer que mantuviese ocultamente y sin hacerlo público relaciones sexuales extra-conyugales con un esclavo propio (*si qua cum servo occulte rem habere detegitur*). En este sentido, se consideraba que dicha mujer había cometido un crimen público (*crimen publicum arguendi*) que debía ser castigado con la sanción más dura bajo el principio de igualdad de oportunidades (*sitque ómnibus facultas*).

Concretando lo anterior, el Senadoconsulto Claudiano del año 54 d.C. estableció que la mujer libre que mantuviera relaciones contubernales *contra legem* con un esclavo y fuese denunciada por el dueño de éste por tres *denuntiationes*, perdía la libertad siendo adjudicada por el Magistrado al dueño del contubernal[594]. No obstante,

[594] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., pp. 80-85. En cuanto a la naturaleza jurídica de la *denuntiatio*, R. Domingo mantiene que: "Constituye ya un tópico romanístico el atribuir a este Senadoconsulto Claudiano el requisito de tres denuntiationes (…). Es posible que el origen de este tópico radique en la Interpretatio de una ley de Constantino del 317 (CTh. 4,12,2), cuyo texto desconocemos. Sin embargo, en sus Instituciones, nada nos dice Gayo de la necesidad de tres denuncias; es más emplea el término denuntiatio en singular (denuntiante domino) (Gai. 1,91; Gai. 1, 160). También en las Pauli Sententiae se utiliza, con carácter general, el singular para referirse a la denuntiatio (PS. 2,21ª). Conviene advertir que una denuntiatio procesal se hacía necesaria para incoar

posteriormente dicha situación cambió tal y como se observa a continuacón:

CTh. 4,12,0,R: *Ad Senatus Consultum Claudianum*.

CTh. 4,12,1: *Si quae mulieres liberae vel a servis vel a quolibet alio vim perpessae contra voluntatem suma servilis condicionis hominibus iunctae sint, competente legum severitate vindictam consequantur.*

CTh. 4,12,1,1: *Si qua autem mulier suae sit immemor honestatis, libertatem amittat atque eius filii servi sint domini, cuius se contubernio coniunxit. Quam legem et de praeterito custodiri oportet.*

Mediante esta Constitución del año 314 d.C., el emperador Constantino eliminó la necesidad de la triple denuncia por parte del dueño del esclavo para que fuese el Magistrado el que impusiera directamente la sanción (*si*

el proceso extra ordinem ante el Magistrado encargado de la causa de libertad y esclavitud, y también que era el Magistrado quien adjudicaba por derecho pretorio (…) como esclava del dominus del esclavo contubernal a la mujer libre. Es posible que en provincias hubiera hecho falta una *trina denuntiatio* para que el gobernador adjudicara la propiedad de la mujer reducida a esclavitud a favor del dueño denunciante (…). No era difícil que, en la práctica, se pasara de la denuntiatio procesal ante el Magistrado a una denuntiatio privada y admonitoria, y por eso triple a la mujer contra la que se quería hacer valer el efecto penal del Senadocunsulto Claudiano, y que esa denuncia privada triple fuese necesaria para el decreto del Magistrado (PS. 2,21ª,17)".

quae mulieres liberae vel a servis vel a quolibet alio vim perpessae contra voluntatem suma servilis condicionis hominibus iunctae sint, competente legum severitate vindictam consequantur), consistente en que la mujer se hiciera esclava del *dominus* del contubernal (*si qua autem mulier suae sit immemor honestatis, libertatem amittat atque eius filii servi sint domini, cuius se contubernio coniunxit*). De igual modo, se impedía a los senadores y altos cargos tener como legítimos los hijos nacidos de una esclava pues en dicho supuesto se les tacharía con la nota de infamia[595] o mala reputación, careciendo de cualquier tipo de protección jurídica[596].

Ya con Juliano, se retoman las disposiciones de época clásica requiriéndose tres denuncias para que la mujer se hiciera esclava del dueño de su contubernal. De este modo, lo indica el profesor Falçao[597] al decir literalmente que Juliano restablece las disposiciones clásicas del Senadoconsulto Claudiano y, en contra de las Constituciones de Constantino, se necesitaban tres denuncias para que la

[595] Incidiendo en la infamia y su evolución como concepto social en época justinianea, vid. por todos, F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia...*, op. cit., p. 145 ss.

[596] Cfr. CTh. 4,6,3.

[597] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., pp. 75-76.

mujer pudiera ser esclava del dueño de su contubernal[598], por lo que la mujer permanecía libre si el dueño del esclavo consentía en tal unión[599]. Respecto a la mujer que estaba unida a un esclavo, los emperadores León y Antemio reafirmaron en el año 468 d.C. lo sancionado por la Constitución de Constantino, declarando que ni el hecho de dar la liberta al esclavo (en una unión de la patrona con su liberto) le permite escapar a la dura sanción de la ley, consistente en la confiscación de todos sus bienes y la perpetua deportación.

En época del emperador Justiniano, se produce la transformación del contubernio al matrimonio. En esta última etapa, Justiniano[600] mantiene el concepto clásico y postclásico de *contubernium* al prohibir el matrimonio entre una persona libre y otra esclava, dada la desigualdad de condición entre las partes que hacía que no tuvieran el

[598] Cfr. Cth. 4,12,5.

[599] Cfr. Cth. 4,12,7.

[600] Cfr. IJ. 1,10 pr.; Nov. 22,9: *Si vero decretum iudicialia libertum aut libertam aut horum filios in servitutem redigat, constat quidem ab initio matrimonium, postea vero apparents servitus separat eos ab invicem, tanquam mortem secuta, quoniam praecedentes nos dicunt, supervenientem servitutem non procul a morte differre. Idcirco hoc quidem, quod proprium est, unusquisque recipiat placitum vero solum, quod ex morte est, liberis acquiratur reliqua vero veniant ad cum, qui redigitur in servitutem.*

conubium[601]. A la vez que este emperador realiza importantes transformaciones en esta institución pues, como señala F. Fernández de Buján Fernández[602], en esta fase el matrimonio romano más que una situación de hecho era un negocio jurídico basado en la voluntad de los cónyuges.

Concretando dichos cambios, cabe destacar que la unión ilícita entre un hombre libre y una esclava formando un contubernio ya no era perseguida y castigada por el Derecho Romano, al favorecerse la transformación *ipso iure* de este tipo de relación extra-conyugal al matrimonio a través de la adquisición de la libertad por parte del cónyuge esclavo, como señala R. Astolfi[603]. La segunda

[601] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino...,* op. cit., p. 69 ss. El profesor Domingo retoma la Cth. 12,1,6., afirmando que en esta Constitución de Constantino se refleja la continuidad de la calificación legal de contubernio aportada en la etapa clásica, prohibiénose expresamente el matrimonio con persona esclava. Por ella, el emperador Constantino además de castigar las uniones clandestinas de los decuriones con esclavas ajenas, la relación sexual con esclava se consideraba como indigna y prohibida por la ley (*etsi videtur indignum, minime tamen legibus prohibetur*). Añadiendo que, a diferencia de lo que sucederá con Justiniano, el emperador Constantino alude a las uniones contubernales entre hombre libre y esclava, y no al caso al revés.

[602] Con relación al concepto de contrato y su evolución en Roma, vid. por todos, F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Sistema contractual romano...*, op. cit., p. 108 ss.

[603] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 130. Sobre el paso del contubernio al matrimonio, el profesor Astolfi matiza que: "L´unione tra schiavi si converte automáticamente

transformación que observamos se refiere al caso anterior, reconociéndose que si el hombre libre tuviera descendencia de la esclava, los hijos habidos del contubernio podían quedar bajo su potestad y ser considerados como herederos *sui et ab intestato* siempre que se dieran tres condiciones, esto es, que no tuviese mujer y/o hijos legítimos de un matrimonio anterior. Otro presupuesto era que se requería que a ella se le hubiera concedido la libertad, así como en tercer lugar, la esclava ahora libre debía ser tomada como legítima *uxor* otorgándosele instrumentos dotales.

Sobre esta cuestión, M. Falçao[604] analiza la reforma del derecho de patronato resaltando que en el año 531 d.C. se dispuso que si alguno no teniendo mujer legítima, por afecto a una esclava suya la tomaba como concubina, y persistía en la misma voluntad hasta la muerte, entonces la esclava se hacía libre y los hijos habidos pasan a ser ingenuos y herederos del padre.

Si existiera un error o confusión sobre la condición de esclavitud de la mujer y se hubiera contraído un

in matrimonio se i coniugi acquistano entrambi la libertà. Anche il matrimonio con una schiava ritenuta libera si convalida ipso iure nel momento in cui essa deviene effettivamente tale, purchè abbia continuato a rimanere unita al marito (D. 23,3,67). Lo stesso è da ritenere se è l´umomo a essere erroneamente creduto libero".

[604] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 78.

matrimonio aparentemente legítimo y *iustum*, en cuarto término, se consideraba que desde el momento que se contrajo tal unión no se habían producido efectos jurídicos por la desigualdad de condición y la falta de *conubium* entre ambos. A lo que se unió otro supuesto similar, como era el de la entrega por parte del dueño de una esclava como si fuera esta libre pues, en este último caso, el matrimonio se consideró válido como ocurría en el caso de los libres o ingenuos.

Es por esto, que, al supuesto contrario, es decir, la unión de mujer libre con esclavo, el emperador Justiniano le sancionaba como lo había hecho Constantino. Sin embargo, derogó el Senadoconsulto Claudiano con la intención de que sus súbditos alcanzaran la libertad, aunque su dueño mantuviese la potestad de castigar tal intento de unirse maritalmente con mujer libre o, incluso, podía separarlo de la mujer.

En cuanto al matrimonio legítimo en el que una de las partes se había convertido en prisionero de guerra (*captivus*), decir en último lugar, que si bien en época clásica se había producido la disolución automática de éste al basarse en una situación meramente de hecho, con el paso de los años se fue evolucionando hasta la continuidad del vínculo conyugal. Y, finalmente con el emperador

Justiniano, no sólo se permitió la existencia del matrimonio del cautivo sino que también se le reconoció personalidad jurídica al *servus* siempre que se probase que estuviera vivo y que éste continuaba con la intención marital de formar un *consortium omnis vitae*, lo que se alejaba de la posible consideración de estas uniones como contubernio. Sobre esta última cuestión, P. Urso[605] repara en el contenido de la Novela 22,7, la cual, transcribimos a continuación:

Nov. 22,7: *Sed etiam captivitatis causa talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium. Sive enim contigat tale infortunium viro, muliere in republica manente, sive rursus mulier quidem in captivitatem ducatur, maneat autem vir in republica, scrupulosa quidem et subtilis ratio transigit nuptias (servitute namque semel superveniente alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit), attamen humanius talia contemplantes, donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus, et non venient ad secundas nuptias neque mulieres neque viri, nisi voluerint videri ausu temerario hoc egisse, et poenis succumbere, illum quidem ante nuptias donationis dicimus exactioni, illa vero dotis. Si vero incertum sit,*

[605] P. URSO, *Il matrimonio del prigionero...*, p. 121 ss.

utrum superest an non, quae ad hostes persona devenit, tunc quinquennium exspectandum est sive a viro, sive a muliere, post quod, sive manifestum de morte fiat, sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo. Et hoc enim nuncupatis bona gratia transactionibus a praecedentibus connumeratum est, nos quoque in hoc consentimus, ut hic neque repudio fiat tempus, ita personis distantibus ab alterutris, et nullus ex hoc lucratibur, neque vir dotem, neque mulier antenuptialem donationem, sed unusquisque in suis manebit.

Del presente fragmento, el autor plantea la duda de que si bien parece que en principio la cautividad en época justinianea también disolvía el matrimonio (*sed etiam captivitatis causa talis est, quale est bona gratia distrahere matrimonium)*, lo cierto es que de expresiones contenidas en el propio texto de la Novela 22,1 tales como *bona gratia*, *scrupulosa quidem et subtilis ratio* o *inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit*, podría deducirse que el matrimonio seguía con todos sus efectos jurídicos al entenderlo como un contrato.

Implicando superar el famoso principio de *dirimitur matrimonium captivitate* y, por tanto, más que considerar al cautivo como un siervo, esclavo o una cosa incapaz, sería un prisionero y no conformaría un contubernio sino un matrimonio romano. De este modo el profesor Urso[606], siguiendo las explicaciones de R. Orestano y E. Volterra, concluye afirmando que la *affectio* y el consentimiento meramente inicial (no continuado como en la etapa clásica) eran elementos esenciales en el matrimonio justinianeo, lo que permitía este tipo de uniones legales.

Por lo expuesto, con Justiniano la relación inestable y carente de *conubium* entre eslavos o personas libres y esclavos denominada contubernio, fue derogada por un Senadoconsulto Claudiano. Así, se favorecieron los matrimonios legítimos entre esclavos y mujer libre con la intención de que los súbditos del emperador adquirieran la libertad[607]. Respecto a la posición de la Iglesia y la

[606] P. URSO, *Il matrimonio del prigionero...*, pp. 131-132. Expresamente el autor indica que: "Il motivo è da ricercare nel fatto che il captivus non è più un incapace sotto ogni aspetto e quindi può avere la affectio maritalis, unico elemento necessario (…) l´innovazione legislativa è causata non da un mutamento della concezione della captivitas, quanto dalla trasformazione della concezione del matrimonio, che non richiede più una volontà continuativa peri l suo mantenimento".

[607] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 79. El profesor Falçao concluye este apartado referido al Derecho justinianeo

influencia de las ideas Cristianas en el Imperio, en términos generales, podemos asegurar que de los textos[608] se extrae que existía un rechazo total a este tipo de vínculos extramatrimoniales aun cuando disminuyeron considerablemente el número de esclavos.

aseverando que: "En resumen: no hay, ciertamente, matrimonio entre persona libre y otra esclava; pero, con tal que el consorte esclavo adquiera la libertad, existe matrimonio como entre ingenuos".

[608] Particularmente, vid. *Sanctiones et Decreta* del Concilio de Nicea (325 d.C.).

3. La homosexualidad en la *Lex Scantinia de Nefanda Venere:* Amor lésbico y relaciones esporádicas entre personas del mismo sexo

A continuación tratamos la ausencia de *conubium* en las relaciones homosexuales en época clásica y su evolución posterior como impedimento matrimonial. En términos generales, la “homosexualidad” la podemos definir como la tendencia u orientación sexual a mantener relaciones íntimas con personas del mismo sexo.

Si bien el término como tal no tiene una raíz latina, su origen etimológico lo encontramos en la unión de dos palabras, como son, de un lado "homo" que alude a la persona, el hombre o el ser humano y, de otro, "sexual" (*del lat*. *sexus* y *sexualis*) que se traduce por aquello que es perteneciente o relativo al sexo. La voz "homo" también se refiere a lo que es igual, hecho que nos obliga a definir la "homosexualidad" en Roma, como aquellas relaciones entre personas del mismo sexo, iguales, y con los mismos órganos naturales aptos para la procreación[609].

[609] S. LILJA, *Homosexuality in Republican...*, op. cit., p. 15 ss. S. Lilja define la palabra compuesta "homosexualidad" en los siguientes términos: "The hybrid homosexuality, wich has repeatedly been mentioned, awaits a definition for the purpose of this study. Dover´s definition of homosexuality as “the disposition to seek sensory pleasure through bodily contact with persons of one´s own sex in preference to contact with the other sex” is, in my opinion, too

En cuanto al origen de la homosexualidad, el profesor Ghirardi[610] no duda en resaltar textualmente que la fuerte influencia de la cultura griega que sufrió Roma durante la República favoreció el gran número de uniones entre personas del mismo sexo que se dio en el Imperio, especialmente desde el siglo II a.C., admitiendo que: "La sociedad griega acostumbraba a separar muy jóvenes a los efebos de la casa paterna, llevándolos a campamentos en los que se instruían en el arte del desarrollo del cuerpo, y las habilidades guerreras. Este ambiente fue seguramente campo propicio para estimular las relaciones sexuales entre ellos, lo que no era extraño, ya que al despuntar la pubertad, cuando los instintos comienzan a despertar, se hallaban rodeados de personas de su mismo sexo. Pero eso no era motivo de vergüenza, ya que la sociedad lo aceptaba. Era inclusive común que, al llegar el mancebo a los dieciséis años, pasase dos meses a solas en el campo con un hombre, que le servía de instructor en la caza, la pesca y las actividades marciales durante el día, al par que hacía uso de su cuerpo por la noche. Cuando el período de

limited. Although homosexuality as a word puts emphasis on the sexual desire for bodily contact, it has become customary to include in it a variety of emotional shades, not only erotic, but also purely spiritual feelings".

610 J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 9 y 25 ss.

aprendizaje terminaba, el muchacho regresaba a la ciudad, convertido en un guerrero, portando un juego de armas que su preceptor, y amante, le obsequiaba".

De lo anterior se deriva el hecho de que dos personas de igual género no pudieran contraer *matrimonium iustum*, en base a los siguientes aspectos que reflejaban la *incapacitas assumendi*[611]. En primer lugar, no existía un consentimiento recíproco de las partes como para unirse maritalmente para formar un *consortium omnis vitae*, pues estas prácticas sólo tenían carácter sexual y esporádico y, en la mayoría de los casos, complementaban a las relaciones lícitas mantenidas en un matrimonio preexistente.

No podemos hablar ni de *consensus* continuado o *affectio maritalis* como elemento subjetivo exigido para el matrimonio romano clásico, ni tampoco de consentimiento meramente inicial ya con el Derecho postclásico, pues en ningún caso existía esa voluntad mutua exteriorizada externamente ni esa intención de vivir honestamente y conforme a las buenas costumbres, que como advierte G.

[611] En cuanto a la homosexualidad en Roma como impedimento matrimonial dada la *incapacitas assumendi* de las partes, vid. por todos, A. ALVAR EZQUERRA (Ed.), *Poesía de amor...*, op. cit., p. 7 ss.; C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la Jurisprudencia y la doctrina canónica* (Madrid 2004) 229, 262 y 480.

Rizzelli[612], servía para reflejar la exigencia del elemento objetivo del matrimonio u *honor matrimonii*.

Derivado de lo anterior es la falta de respeto al principio monogámico del matrimonio romano, pues al no formar un matrimonio heterosexual, esta unión meramente sexual entre personas del mismo sexo no estaba sometida a este principio. Asimismo, cuando sí se violaba la monogamia era en los supuestos en los que una de las partes tuviera un matrimonio contraído válidamente y, de manera ilegal, practicara este tipo de relaciones sexuales.

En tercer lugar, aun cuando la intención de este tipo de uniones no era la procreación sino la mera satisfacción sexual y el placer, lo cierto es que existía una clara incapacidad física como para contraer matrimonio romano válido pues en este tipo de prácticas las dos personas compartían un mismo género u órganos sexuales[613]. Esta

[612] G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 219.

[613] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., 219-221. Sobre los términos latinos que definen los genitales en Roma, E. Montero aclara en su obra que si bien existían palabras que específicamente se referían a los órganos femeninos (como por ejemplo, *bulga*, *cunnus*, *sulcus* y *vulva*) o a los masculinos (tales como *cucumis*, *fascinum*, *gladius*, *mentula*, *penis*, y *verpa*), de los textos se extrae un gran número de latinazgos que se usaban de modo indistinto para los dos órganos y, muy especialmente, para referirse al miembro viril en las relaciones homosexuales, tales como, *inguen*, *medius*, *membrum*, *natura* o *pars*.

incapacidad natural unida a la propia definición de matrimonio romano como la unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida[614], nos lleva a calificar a este tipo de relaciones como de "extramatrimoniales". De lo expuesto se extrae, en último lugar, que la ausencia del *ius conubii* entre las personas que realizaban prácticas homosexuales era el requisito más claro de la ilicitud de este tipo de relaciones en Roma. Es por esto, que, la falta de capacidad jurídica o derecho al matrimonio, les llevaba a la calificación de unión extramatrimonial *sine conubio*.

Bajo estas premisas, señalar que no existe en el Derecho Romano un *Corpus* o Cuerpo legal que regule esta cuestión de manera completa en un conjunto de textos ordenados cronológicamente, a pesar de la frecuencia con la que se daban estas prácticas homosexuales y bisexuales[615]. En este sentido, la aceptación de este tipo de uniones en Roma aun con determinados límites desde finales de la

[614] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*).

[615] C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio...*, op. cit., p. 229 ss.; JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral en la Roma antigua* (Madrid 1999) 217-218. En lo que respecta al alcance de la homosexualidad en Roma, Jean-Noêl Robert manifiesta expresamente que: "La homosexualidad era, como hemos de ver, muy corriente en esta época. Aunque sería más exacto hablar de bisexualidad. De hecho, la sociedad no condenaba el amor contra natura, sino el hecho de ser pasivo, es decir, de estar al servicio del otro. Este papel no era concebible más que en un ser de rango inferior".

República, nos hace tener que acudir a las fuentes existentes en cada etapa histórica para interpretar jurídicamente cómo se entendía la sexualidad entre personas del mismo sexo, ya fuese a través del ejercicio de la homosexualidad, la bisexualidad o el lesbianismo[616].

A lo anterior hay que añadir el problema de identificar de forma precisa cuáles eran los efectos jurídicos que, durante la vigencia del Derecho Romano clásico, este tipo de relaciones pudieron producir ya que si bien biológicamente estas personas carecían de los órganos de reproducción que le serían propios a un hombre o una mujer, también es cierto que entre ambas no existía la capacidad jurídica necesaria, es decir, no tenían reconocido el derecho a contraer *matrimonium*, ni tampoco se daba una intención recíproca manifiesta de comportarse como *vir* o *uxor*. A tenor de lo anterior, se trataría de un impedimento moral a contraer matrimonio en razón de la antinaturalidad de la relación, siendo el acto heterosexual el único según *natura*[617].

[616] Para comprender la importancia y evolución de este Derecho en su etapa de mayor esplendor, vid. por todos, F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., pp. 99-134; F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*..., op. cit., p. 27 ss.

[617] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo* (Madrid 1991) 281.

En efecto, recordemos que si bien *maris et feminae* o *viri et mulieris* eran los sujetos que podían conformar un *iustum matrimonium* romano y crear una familia, la *coniunctio* entre *maris et mari* o *viri et viri* se hacía impensable en Roma por la imposibilidad de poder procrear y perpetuar la especie[618]. Así, son muchos los autores[619] los que sostienen como fin propio del matrimonio romano la reproducción.

Nuestro estudio comienza en la etapa republicana por dos razones fundamentales. La primera, por ser en esta época cuando la sociedad y, en concreto, la institución de la familia evolucionaron más radicalmente expandiéndose su concepto. En segundo término, por la importancia que adquirieron los *mores maiorum* durante la República pues las costumbres de los antepasados se constituyeron como la principal fuente reguladora de estas manifestaciones sexuales dejando al margen otro tipo de textos parciales e

[618] Los términos *viri et mulieris* son utilizados en las fuentes con el significado de hombre o varón poseedor de cualidades y fuerzas viriles, y mujer casada y virtuosa (Cfr. IJ. 1,9,1). De igual modo que, otros textos, toman los vocablos *maris et feminae* en el mismo sentido (Cfr. D. 23,2,1 [Mod. 1 *reg*.]).

[619] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 61-63. Olís Robleda recoge en su obra un elenco de textos jurídico sobre la procreación en el matrimonio, así como destaca esta finalidad conyugal en los profesores Kunkel, Volterra o Kaser.

imprecisos. Sobre este particular, la doctrina[620] no ha dudado en resaltar que las relaciones homosexuales de época republicana eran frecuentes siempre que se respetasen los *mores maiorum*, y que no es hasta Augusto cuando se trató de limitar el ejercicio libre de este tipo de prácticas[621].

La homosexualidad, entendida de este modo, formaba parte de los diferentes juegos sexuales del hombre y eran permitidos por la sociedad siempre que se cumpliesen tres

[620] En relación con la importancia de los *mores maiorum* en las relaciones extramatrimoniales entre homosexuales, vid. por todos, M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales...,* op. cit., p. 208. La profesora afirma que: "Se observa que, junto a las relaciones heterosexuales, se dan también las homosexuales. Puesto que la homosexualidad formaba parte de los distintos juegos sexuales del varón, permitidas y toleradas por la sociedad, siempre que el ciudadano romano actuase como sujeto activo y se realizasen con esclavos, en conformidad con los mores imperantes".

[621] A. GARCÍA VALDÉS, *Historia y presente de la homosexualidad. Análisis crítico de un fenómeno conflictivo* (Madrid 1981) 22-24. García Valdés aborda esta cuestión, empleando los siguientes términos: "En la Antigua Roma, la homosexualidad también se consideraba normal, aunque no había una tendencia homoerótica entre adultos y adolescentes tan general como en Grecia (…). En la legislación romana no se hace mención de la homosexualidad hasta que Augusto trató de moderar la vida del Imperio y, más tarde, la ley Scantinia condenara el adulterio y la pederastia, aunque la observación de esta ley, que definía estas faltas como delitos privados, dando al cabeza de familia toda la autoridad necesaria para que se erigiera en juez y verdugo del acusado, permanece desconocida. El abuso homosexual de menores fue prohibido también por la ley Julia, pero tampoco se conoce mucho acerca de su cumplimiento que, de aplicarse alguna vez, sería exclusivamente sobre las clases más populares".

condiciones esenciales. De un lado, el *ciudadano romano* debía actuar como sujeto activo en sus relaciones para que de esta forma demostrase sus virtudes y su virilidad. Lo que se conocía en la Roma primitiva como *virtus*, eran un conjunto de cualidades propias de la condición de hombre que se traducían por el valor, la valentía y el esfuerzo viril que debía demostrar el *cives romanus*.

De esta manera lo expresa E. Cantarella[622] quien, al tratar el tema de la homosexualidad masculina de época republicana, sostiene que para un romano la virilidad era "la máxima virtud, una virtud política". Desde la infancia, un romano era educado para ser dominador y estaba destinado a la tarea de conquistar el mundo, siendo la ética del romano, la del dominio y debía imponerse sobre sus conciudadanos con el uso político de la palabra. Para convertirse en un ciudadano romano digno de este nombre, la autora dice literalmente que se debía "aprender desde la más tierna edad a no someterse nunca y a imponer a todos su voluntad, también la sexual".

Por tanto, se trataba de una exigencia que indicaba la calidad del hombre romano en cuanto que éste se oponía a la mujer no sólo en su fuerza y apariencia externa, sino también en su potencial sexual; a lo que se añade que, como

[622] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...*, op. cit., p. 132.

consecuencia del papel que desempeñaba el varón en la sociedad romana, el vocabulario latino era más amplio en aquellos términos que designaban a los órganos sexuales masculinos que a los femeninos.

A modo de ejemplo, en Roma el *membrum virile* era objeto de *cuasi* veneración y, por este motivo, existían más de ciento veinte formas distintas de llamarle, tanto en el sentido sarcástico como en el neutro o biológico del término[623]. A lo expuesto, hay añadir una serie de palabras indiferentes que se aplican tanto para el sexo femenino como para el masculino, tales como *pars*, *membrorum*, *natura* o *medius*, y también algunos verbos genéricos que hacen referencia a la unión sexual y, más en particular, a las prácticas homosexuales, bisexuales u otras desviaciones como *futuere*, *coire* y sus derivados, los cuales, ya tuvimos ocasión de explicar al hablar de otras voces relacionadas con el vínculo conyugal.

[623] Entre esta gran variedad de términos latinos, nos encontramos con *mentula*, *cauda-penis*, *mutto*, *peculium*, *verpa*, y *fascinum*. Este último vocablo, derivado del término *fas*, se traduce por "lo que está permitido por las leyes divinas y humanas", y hace referencia a un talismán de fertilidad y prosperidad que servía para ahuyentar a los malos espíritus de las casas romanas.

Pero no podía el sujeto activo ejercer su dominio sexual sobre todos los seres indistintamente, pues tenía prohibidos a los niños, los hombres y mujeres de nacimiento libre, los ciudadanos e hijos de ciudadanos a excepción de su legítima mujer, pudiendo hacerlo con los que no gozaban de libertad ni carta de ciudadanía, esto es, los esclavos[624].

Por su parte, otro requisito imprescindible era que el *molles* o *semi-vir* debía ejercer como sujeto pasivo en el ejercicio de este tipo de prácticas homosexuales, por tener la consideración de semi-hombre o afeminado carente de todas aquellas cualidades y virtudes propias de los *cives*. En particular, debía ser un siervo[625] (*servus*) o una prostituta homosexual (*scortum*[626]) al pertenecer a una clase

[624] JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., p. 28 ss.

[625] Gai. 1,123: (...) *Quidem quae coemptionem faceret, non redigitur in servilem condicionem, at ex diverso (?) a parentibus et a coemptionatoribus mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur, adeo quidem ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditates neque legata aliter capere possunt, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona servorum. sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione.* En cualquier caso, se alude al siervo o esclavo carente de libertad y de personalidad jurídica por encontrarse sometido a la consideración de cosa, siendo aquel ser humano susceptible de formar parte del patrimonio de una persona.

[626] Se alude a aquella persona que ejercía la prostitución homosexual, teniendo la misma consideración social que las prostitutas o rameras

social muy baja[627]. Por último, la tercera condición esencial consistía en que el ejercicio de estas prácticas sexuales debía hacerse conforme a lo establecido en los *mores maiorum* vigentes hasta finales de la República, aunque no fuesen considerados como normas escritas. Estos *mores* representaban el conjunto de usos y costumbres tenidos como reglas de conducta por los antepasados (*maiores*), formando la primera fuente no escrita del *Ius Civile* o, por lo menos, su primer medio de expresión.

Ya al final de esta etapa comenzaron a establecerse determinadas prohibiciones al ejercicio de este tipo de prácticas por considerarse contrarias a las costumbres de los antepasados, aglutinando las relaciones mantenidas

heterosexuales: D. 41,4,8 (Iul. 2 *ex Minicio*): *Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt eum nihilo minus bona fide emptorem esse, idque verius est: quomodo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi forte et is, qui a luxurioso et protinus scorto daturo pecuniam servos emit, non usucapiet.*

[627] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...* p. 29 ss. Como advierte E. Montero, para hacer alusión a los órganos femeninos o *membrum virginale* también se tomaban los términos latinos *cunnus*, *uterus*, *concha* o *podex*, y las expresiones eufemísticas *verba omnibus*, *factotum*, y *loca-loci*. De esta manera, entendemos que si un *cives* que actuaba como sujeto activo en una relación homosexual tenía un miembro viril, se le denominaría *mentula* porque esta palabra se traduce en una visión erótica del órgano de reproducción masculino, en cuanto a que actúaba como sujeto activo de la relación mostrando su virilidad. Sin embargo, cuando actuase de forma afeminada o como sujeto pasivo, podría decirse que tendría una *mentula* con efecto de *podex*.

entre personas libres y adultas, o entre una persona adulta y un menor. Muestra de estas limitaciones, como mantiene E. Cantarella[628], la encontramos en Plutarco quien afirmaba que los ciudadanos romanos protegían a sus hijos de posibles seducciones, colocándoles en el cuello un amuleto de oro (*bulla*) que servía de distintivo entre clases sociales para que, cuando jugasen desnudos, no fuesen confundidos con esclavos.

En este contexto, aparece por primera vez en Roma una ley destinada a sancionar no solamente a las mujeres que se prostituían sino también a los pederastas[629], imponiendo multas para los estrupos cometidos sobre niños o entre adultos, siempre que estuviesen acompañados de escándalo público, de esta manera, se conseguía proteger al adolescente varón de condición libre y a la joven virgen no esclava. Nos referimos a la *Lex Scantinia de Nefanda Venere*, que trató de limitar el comportamiento sexual de los romanos en lo que se refería a las manifestaciones sexuales entre personas de igual género, sancionando

[628] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...*, op. cit., p. 140 ss.

[629] En tema de castigo por pederastia, vid. por todos, F. X. RYAN, *The Lex Scantinia and the prosecution of Censors and Aediles*, en *Classical Philology by the University of Chicago Press* LXXXIX (1994) 159-162.

preferentemente el amor homosexual entre varones que el amor lésbico o sáfico.

Su origen y contenido nos resulta bastante inciertos al ser escasas las noticias que nos hablan de ella[630]. No obstante lo anterior, sabemos de su existencia por determinadas fuentes, Epístolas y Cartas de juristas como Cicerón, Suetonio, Juvenal, Ausonio, Tertuliano o Prudencio, quienes la nombraron y utilizaron desde el año 149 d.C. al regular los comportamientos homosexuales de los *cives*[631]. También se duda si su verdadero nombre es Ley

[630] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., p. 143 ss.

[631] C. LOVISI, *A l´origine de la Loi Scantinia?*, en *Mélanges de Droit Romaní et d´ Histoire Ancienne. Hommage à la Mémoire de André Magdelain* XXXVI (Paris 1998) 279; F. X. RYAN, *The Lex Scantinia and the prosecution...*, op. cit., p. 159. Sobre el discutido origen de esta ley, tanto C. Lovisi como F. X. Ryan manifiestan expresamente la imposibilidad de datar de forma precisa la norma. El primero afirma que: "La date de la Loi Scantinia a également été vivement discutée. Assurément est-elle antériure à 50 avant J.C. (…). On a voulu rapprocher la loi d´une affaire de 226: un certain C. Scantinius Capitolinus avait été condamné à une amende pur avoir fait des propositions honteuses à un jeune garcon (…). Rien dans les sources ne laisse purtant présumer que ce P. Scantinius, mort en 216, ait été tribun; il est seulement attesté comme pontife. Mientras que, por su parte, F. X. Ryan admite que: "We cannot establish with certainly that the Scantinian law made pederasty a private crime, we may deny that the text of Caelius is proof of the criminal liability of censors and aediles. On the contrary, both interpretations offered above seem to have merit insofar as they explain the text of Caelius without causing us to abandon the principle that magistrates in office were uniformly

Scantinia o Scatinia pues la doctrina está dividida. Mientras que E. Cantarella[632], por ejemplo, entiende que se denominaría *Lex Scatinia* en honor al autor de dicha medida legislativa, *Scatinius*, M. E. Fernández Baquero[633] prefiere utilizar la conjunción disyuntiva "o" y aceptar las dos acepciones, y, por su parte, A. García[634] hace uso del nombre *Lex Scantinia.* En cualquier caso, nosotros sostenemos que la ley apareció a finales de la República

immune from criminal prosecution –a principle nowhere attested, yet all but certain".

[632] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad..,* op. cit., p. 143. La profesora Cantarella no duda en admitir que: "Aunque sea con escasas noticias, las fuentes hablan de una Lex Scatinia de época republicana, destinada a regular el comportamiento sexual de los romanos, y más exactamente su comportamiento homosexual (…). Por lo que respecta al auténtico nombre de la ley, prefiero Scatinia a Scantinia, como a veces es denominada".

[633] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales..,* op. cit., p. 209 ss. La profesora Fernández Baquero concluye que: "En consecuencia, sería por medio de la Lex Scatinia o Scantinia de fecha muy discutida, aunque en general la podríamos situar en los últimos siglos de la República y de la que hacen expresa mención distintas fuentes. Con ella se intentó limitar algunas manifestaciones de homosexualidad consideradas graves".

[634] A. GARCÍA, *Historia y Presente de la Homosexualidad. Análisis crítico de un fenómeno conflictivo* (Madrid 1981), p. 24. Así lo indica el autor: "En la legislación romana no se hace mención de la homosexualidad hasta que Augusto trató de moderar la vida del Imperio y, más tarde, la ley Scantinia condenara el adulterio y la pederastia, aunque la observación de esta ley, que definía estas faltas como delitos privados, dando al cabeza de familia toda la autoridad necesaria para que se erigiera en juez y verdugo del acusado, permanece desconocida".

aun en fecha incierta y que su nombre completo sería *Lex Scantinia* porque, si bien es cierto que se crea en honor a *Scatinius*, las palabras latinas primitivas conservan en las fuentes la "n" originaria.

En cuanto a su contenido destacar que la ley sólo castigaba aquellas relaciones homosexuales que eran reprobables y graves, por lo que el problema que se plantea es delimitar exactamente cuándo dichas prácticas eran reprobables y sancionables o, por el contrario, estaban permitidas por el Derecho Romano. En este contexto, podemos sintetizar el contenido sancionatorio de esta norma en dos supuestos punibles:

I. El primer supuesto se daba cuando el adulto había mantenido una relación sexual con un muchacho de 17 años. En general, la pederastia era sancionada por la *Lex Scantinia* por tratarse de un *strupum cum masculo,* ya que esta ley castigaba al *strupum cum puero* al ejercerse el estrupo con un *puer* o muchacho de edad pueril, es decir, de edad media entre la infancia y la adolescencia. Pues ben, ante esto, se condenaba la pederastia como delito aunque por primera vez se dejaba al Magistrado para que facultativamente decida la cuantía del castigo y la sanción a imponer al varón adulto. Asimismo, también se podían

castigar las tentativas de estrupo como, por ejemplo, la seducción al menor.

En este contexto, conviene aclarar que el término *strupum* no coincide en su significado latino con lo que hoy conocemos por "estrupo" y en Roma era una palabra que aludía a las relaciones sexuales mantenidas de forma ilícita y fuera del matrimonio, pudiendo ser traducido por *adulterium*[635], por lo que *stuprum* se refería a cualquier clase de inmoralidad sexual incluida el *adulterium.* Los juristas habían tratado de diferenciar ambos vocablos pero, concretamente es el jurista Modestino, el que especifica que el adulterio y el estupro son confundidos por algunos autores, siendo que el primero se comete con mujer casada y el estupro con aquella que no lo es, o es viuda o es un

[635] Cfr. D. 48,5,5 (Iul. 86 *dig.*); D. 48,5,6,1 (Pap. 1 *de adult.*): *Lex stuprum et adulterium promiscue (…), propter partum ex altero conceptum composito nomine: stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Graeci (...) appellant;* Cfr. D. 48,5,35 (Mod. 1 *reg.*); D. 50,16,1 (Ulp. 1 *ad edict.*): *Verbum hoc 'si quis' tam masculos quam feminas complectitur;* Cfr. D. 50,16,101 pr. (Mod. 9 *different.*); D. 50,16,225 (Thryp. 1 *disputat.*): *"Fugitivus" est non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum iactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit. Nam et furem adulterum aleatorem quamquam aliqua significatione ex animi propositione cuiusque sola quis dicere posset, ut etiam is, qui numquam alienam rem invito domino subtraxerit, numquam alienam matrem familias corruperit, si modo eius mentis sit, ut occasione data id commissurus sit, tamen oportere eadem haec crimina adsumpto actu intellegi. Et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intellegi constat.*

joven. Por tanto, el *estrupo cum pueri* no consistía en imponer una relación por la fuerza sino más bien se caracterizaba por ser una relación ilícita mantenida, incluso, con una persona que consistiese[636].

II. El segundo caso punible legalmente era el de los *molles* o compañeros pasivos. En Roma, el *molles* era aquel sujeto frágil y débil de carácter que llevaba una vida afeminada, en contraposición con el *vir* poseedor de la fuerza y cualidades propias del varón. En una relación homosexual entre varones adultos, se castigaba al que tomaba la actitud pasiva no sólo por su fragilidad y afeminamiento sino, sobre todo, por su pasividad sexual ya que se les comparaba con el sexo femenino.

[636] Para una mayor comprensión del alcance jurídico y evolución de la institución del adulterio, como uno de los delitos más graves que una mujer podía cometer por atentar contra el resto de familia al introducir sangre extraña en la misma, vid. por todos, E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., p. 569 ss.; M. E. FERNÁNDEZ, *Repudium-Divortium...*, op. cit., p. 255 ss.

De hecho, la sanción[637] prevista para los *molles* era doble, esto es, social y jurídica. De un lado, estaba la acusación social de *impudicitia* o deshonestidad que recaía exclusivamente sobre ellos por considerarse como "blandos", "pasivos sexualmente", "sometidos al igual que las mujeres" y, por ende, "indignos de ser ciudadanos romanos" por no ser capaces de dominar y ser objeto de burlas y risas. De otro y, desde un punto de vista jurídico, la sanción consistía en una pena pecuniaria cuya cuantía no aparece en las fuentes aunque parece deducirse que se trataba de 10.000 sestercios[638]. Unos treinta años después de esta ley, el creciente bienestar económico de la ciudad romana había introducido un nuevo estilo de vida en el que era frecuente que los varones adultos continuasen seduciendo a los *pueri*, incluso, por las calles.

El castigo impuesto por la Ley Scantinia no había resultado suficiente para los ciudadanos y por ello surgió el Edicto de *Adtemptata Pudiciticia,* para tratar de limitar el ejercicio de estas prácticas homosexuales enmarcándose

[637] En materia de *iniura* y sanciones, vid. por todos, B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*..., op. cit., p. 60 ss.; J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La "iniura" en Derecho Romano*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* II (Milano 1982) 525-538.

[638] C. LOVISI, *A l´origine de la Loi Scantinia?*..., op. cit., p. 275-284.

dentro de los edictos específicos en materia de *iniura*, tal y como mantiene la doctrina[639]. En Roma, la *iniura* era entendida como aquel acto contrario a Derecho considerado como un ataque a la persona física[640] y el Derecho Clásico exigía la intencionalidad de causar un daño ya fuese físico, psíquico, por escrito o de palabra[641]. Los esfuerzos

[639] Recordemos que para un estudio detallado del Edito de *Adtemptata Pudiciticia*, vid. por todos, M. J. BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones sobre el Edictum de Adtemptata...*, op. cit., pp. 41-53; D. DELAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum de Adtemptata...*, op. cit., p. 16 ss.; D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer...,* op. cit., pp. 355-372; M. GUERRERO LEBRÓN, *Notas sobre la difamación...*, op. cit., p. 437; M. GUERRERO LEBRÓN, *La idea de materfamilias...*, op. cit., p. 297 ss. Sobre la regulación pretoria de la *iniura*, la profesora Guerrero sostiene que la doctrina mayoritaria es unánime en afirmar la existencia de un primer Edicto, conocido como general, que introdujo la *actio iniurarium aestimatoria* y que, con posterioridad, aparecieron una serie de edictos específicos entre los que se encuentra el Edicto de *Adtemptata Pudiciticia.*

[640] D. DELAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum de Adtemptata...*, op. cit., pp. 16-17. La profesora Delapuerta aborda en su obra el problema del concepto de *iniura* en Derecho Romano, afirmando que los juristas clásicos trataron dicho término desde una perspectiva etimológica, considerando que la *iniura* es todo aquello que se realiza contra derecho o injustamente, y lo que carece de justicia. En este sentido, la autora mantiene que el *ius* y la *iniura* resultan términos antónimos de una misma realidad.

[641] Acerca de la configuración jurídica de la *iniura* en Roma, vid. por todos, D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer...,* op. cit., pp. 355-372; M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Ulpiano*, en *RGDR* III (2004) 1-15; J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La "iniura" en Derecho Romano...*, op. cit., p. 525 ss.

del emperador tampoco obtuvieron los resultados esperados y, como afirma Jean-Noêl Robert[642], "la sociedad romana liberada parecía abandonarse sin freno a sus pasiones".

Con Augusto, las prácticas sexuales continuaron ejercitándose en el Imperio y la orientación sexual del *cives* era de libre elección. Tanto es así, que aumentó el número de ciudadanos bisexuales que no podían encuadrarse ni dentro de los homosexuales ni tampoco a los heterosexuales porque ejercitaban prácticas sexuales de su mismo sexo y del sexo opuesto. Si bien ello no significaba que biológicamente el ciudadano romanos estuviese preparado con los dos órganos reproductores, como si se tratase de un hermafrodita, sino que en sus relaciones íntimas podía elegir el sexo con el que las iba a mantener según la intención fuese el mero placer o la búsqueda de la procreación y formación de una familia, tal y como señala la doctrina[643].

[642] JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., p. 27 ss.

[643] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., pp. 237-238; F. SALVADOR VENTURA, *Los homosexuales en el mundo antiguo,* en J. M. GARCÍA y A. POCIÑA (Eds.), *En Grecia y Roma: Las gentes y sus cosas* (Granada 2003) 431-450. Postura sostenida también por E. Cantarella, quien utiliza el término "bisexual" para aludir a la sexualidad del ciudadano romano, si bien, F. Salvador prefiere hablar de homosexualidad masculina y femenina.

Desde el Siglo IV hasta Justiniano, los emperadores llevaron a cabo una política más represiva y severa dirigida a intentar frenar la propagación de la homosexualidad entre adultos y *pueri*, llegando a establecer la pena de muerte para la pasividad sexual y también castigando posteriormente la homosexualidad activa. En particular, se trataba de limitar el comportamiento sexual de los romanos, sobre todo, en lo que se refería al amor por los muchachos ya que ni la Ley Scantinia ni Augusto habían conseguido hacerlo y la sociedad aceptaba de forma generalizada estas desviaciones sexuales. De este modo, la política imperial estaba impulsada a imponer la moral cristiana y el emperador Constantino hacia el año 319 d.C., empezó a apoyarse en las iglesias cristianas para condenar taxativamente las prácticas abusivas con menores (*pederastia*) y considerar las relaciones sexuales anales (*sodomía*), como crímenes[644].

Los emperadores Constancio y Constante, el 4 de diciembre del año 342 d.C. a través de una Constitución en Milán, condenaron no sólo la homosexualidad pasiva sino además a aquellos homosexuales que pretendían casarse con una mujer. Del tenor del contenido de la misma, parece deducirse que la pena impuesta era la decapitación pero, en

[644] Cfr. CTh. 9,24,1.

realidad, se trataba de la vivicombustión o muerte en la hoguera. De igual modo, el 6 de agosto del año 390 d.C. Valentiniano, Arcadio y Teodosio en una Constitución dirigida a Orencio castigaron el ejercicio de estas prácticas con la muerte por llamas. Sin embargo, M. Sargenti[645] duda entre quiénes podían ser castigados por esta pena, pudiéndose tratar de los homosexuales activos, los pasivos o *semi-vir*, los que empleaban a muchachos y hombres en la prostitución homosexual o, por último, los que hoy conocemos como travestidos. Analicemos el siguiente pasaje:

D. 34,2,33 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*): *Inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest: sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste, quae etiam mulieribus conveniens est. itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit. nam et Quintus Titius ait scire se quendam senatorem muliebribus cenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur*

[645] M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*..., op. cit., p. 239 ss.

A tenor de este texto de Pomponio, se puede decir que en Roma existía la costumbre de que los senadores (*nam et Quintus Titius ait scire se quendam senatorem*) pudieran cenar vestidos de mujer (*muliebribus cenatoriis uti solitum, qui si legaret muliebrem vestem, non videretur de ea sensisse, qua ipse quasi virili utebatur*). Es por esto, que, concluimos defendiendo que la última hipótesis apuntada anteriormente se descarta si tenemos presente que era costumbre bastante extendida y tolerada, social y jurídicamente, el ponerse vestidos femeninos *(inter vestem virilem et vestimenta virilia nihil interest*).

En el año 438 d.C., la Constitución de Teodosio el Grande fue incluida por Teodosio II en el Código Teodosiano y, por primera vez, se condenaba a la hoguera a todos los homosexuales pasivos, sin distinción. Todos estos datos nos llevan a afirmar que hasta el siglo V, la política imperial había respetado los principios de la ética sexual antigua condenándose a muerte sólo los homosexuales pasivos y quedando impune los activos por su virilidad[646]. A pesar de ello, con la llegada de Justiniano la situación cambió radicalmente y la homosexualidad, aun practicándose con respeto a las normas antiguas, debía desaparecer

[646] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., pp. 237-238; F. SALVADOR VENTURA, *Los homosexuales en el mundo antiguo...*, op. cit., p. 431 ss.

radicalmente por considerarse como una relación *contra natura* en ofensa a Dios.

La legislación justinianea luchaba contra la lujuria y el afán de placeres sexuales antinaturales, esto es, lo que se conoce como *luxuriantur contra naturam* y, tal y como nos advierte A. García[647], los que cometían tal acto instigaban al diablo (*diabolica instigatione*)y eran culpables, debiendo confesarse al patriarca y hacer penitencia[648]. Al principio, la pena por el ejercicio de estas prácticas era la castración pero, con la divulgación del *Corpus Iuris* y en concreto con las Instituciones justinianeas publicadas en el año 533 d.C., también se sancionaba con pena de muerte a aquella persona que realizase cualquier manifestación homosexual, ya actuase de forma pasiva o activa, por considerarse como "un pecado imperdonable e

[647] A. GARCÍA VALDÉS, *Historia y presente de la homosexualidad...*, op. cit., pp. 32-33.

[648] A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 220. A. Torrent analiza la evolución de la homosexualidad y su consideración jurídica en la etapa justinianea, admitiendo que: "El Derecho penal romano acabó su delineamiento en el Derecho justinianeo, especialmente en las Novelas, que probablemente por influencias cristianas que superaban la tolerancia del Mundo antiguo hacia estas conductas, se puede ver en las Nov. 77 y 141, que sanciona con penas durísimas a los luxuriantes *contra naturam* (también en Nov. 123,10 y Nov. 133,5,1), que por otro lado presentan toda una nueva perspectiva acerca de la función de la pena".

inmemorable que ofendía al Señor más que ningún otro", tal y como indica textualmente E. Cantarella[649].

Asimismo, Justiniano promulgó poco después dos nuevas Constituciones que confirmaron la pena de muerte para los homosexuales activos y pasivos. En particular, nos estamos refiriendo a la Constitución del año 538 d.C. que imponía una doble sanción a quienes ejercían estas prácticas sexuales, de un lado, la sanción humana de pena de muerte impuesta por la sociedad y, de otro, la sanción divina al ser un crimen religioso castigado por deseo divino.

Por su parte, la segunda Constitución data del año 559 d.C. y no ofrecía ninguna regulación novedosa, pero lo que sí hacía Justiniano era que se persiguiera a todos aquellos que cometían actos lujuriosos *contra natura*. La importancia de ambas Constituciones ha sido descrita por A. García[650], al defender que hay coincidencia entre los desastres de Roma en 525 d.C. que sufrió terremotos, grandes crecidas y la peste de Constantinopla, con la publicación por el

[649] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., p. 281.

[650] A. GARCÍA VALDÉS, *Historia y presente de la homosexualidad...*, op. cit., p. 33. Ya anteriormente, en el *Concilio de Iliberis* en 305 d.C., se hablaba de *stupratores puerorum* aunque en la práctica se consideraban así todos los que tenían relaciones homosexuales y se les excluía de la comunión, aun en el caso de peligro de muerte.

emperador Justiniano de estas dos leyes o *Novellas* en las que condenaba duramente las prácticas homosexuales.

Tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de la exposición, el análisis jurídico de las prácticas morales a finales de la República requiere un estudio detallado de otras fuentes existentes en Roma que ayudan a comprender la mentalidad de los *cives* durante esta etapa del Derecho. En particular, nos estamos refiriendo a las numerosas muestras de Arte y Literatura[651] que reflejaban la manera que tenían los romanos de vivir la sexualidad. De esta manera, la Literatura recoge los comportamientos sexuales de los *cives*, en especial, en los supuestos en los que se sobrepasaban los límites establecidos por los tradicionales *mores* para el ejercicio de las diferentes prácticas sexuales.

En efecto, en el siglo II a.C. los romanos acostumbraban a acortejar abiertamente y sin pudor a los muchachos libres y pronto, ese deseo sexual por los *pueri*,

[651] Por lo que se refiere a la importancia de las fuentes literarias en la investigación romanística, vid. por todos, X. D´ORS, *Posiciones programáticas...*, op. cit., pp. 100-101. Cabe recordar que se suele recurrir a las fuentes literarias en la medida en la que nos aportan referencias jurídicas interesantes para nuestra investigación. Estas fuentes han alcanzado gran importancia en los últimos tiempos debido a la corriente sociologista del Derecho Romano al entender que sirven de complemento a la investigación romanística, aunque nunca se deben usar como fuentes principales del Derecho.

se convirtió en el tema literario de moda al igual que había sucedido en Grecia. Se trataba, en suma, de una situación nueva que el Derecho no aprobaba y que las autoridades ciudadanas habían intentado controlar en vano[652].

Por otra parte, un reconocimiento especial merecen los supuestos de homosexualidad femenina recogidos en los distintos textos literarios ya que esta poesía nos muestra el ejercicio de las relaciones homosexuales entre mujeres, aun considerándose estas prácticas como la peor de las depravaciones a los ojos de los romanos. La diferencia de valoración de la homosexualidad en función de si era ejercida por un hombre o una mujer, se refleja claramente en los escasos pero suficientes testimonios encontrados en los textos literarios, y de ellos se deduce expresamente que este tipo de prácticas, a diferencia de lo que sucedía con la homosexualidad masculina, eran *contra natura* y criminales[653].

[652] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., p. 159.

[653] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...,* op. cit., pp. 9-10.

E. Cantarella[654], al tratar el tema de la homosexualidad femenina en comparación con la masculina, no duda en afirmar que desde el punto de vista de los hombre ésta iba *contra natura* y, a diferencia de lo que sucedía para Grecia, "en Roma todo lo que sabemos del asunto está filtrado a través de la palabra de los hombres, los cuales, hablaban desde su punto de vista". Sobre la homosexualidad femenina, la autora mantiene textualmente que al igual que para los griegos, también para los romanos "la mujer era por naturaleza un ser peligroso siendo incapaz por sí sola de imponerse una norma". Por tanto, concluye que la homosexualidad era la peor de las depravaciones femeninas a los ojos de los romanos por ir *contra natura* y por ser criminal.

La denominación como relación *contra natura* o "antinatural", se deriva de la concepción primitiva basada en el papel fundamental que tenía la mujer a la hora de educar a su prole dentro de la familia a la que pertenecía[655], y era delito o crimen si la mujer casada mantenía una relación homosexual de forma extra-familiar al considerarse

[654] E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad...,* op. cit., pp. 212-216.

[655] De la simple lectura de la *Metamorfosis de Ovidio* se puede deducir la diferencia de concepciones entre la homosexualidad masculina y femenina (OVIDIO, *Metamorfosis*, 9, 666-797).

como adulterio. Bajo estas premisas, la Ley Scantinia trató de sancionar sin éxito aquellas conductas homosexuales más graves, en particular, la pederastia y los comportamientos sexuales pasivos y afeminados, pero sus medidas no supusieron un límite al ejercicio de estas relaciones y los ciudadanos romanos continuaron practicándolas. Lo que sí se consiguió fue crear una de las primeras normas escritas que tratara este tema, frente a los antiguos *mores maiorum* de época republicana. Si bien hasta entonces la homosexualidad había sido considerada como un signo de virilidad, con la llegada del emperador Justiniano y las ideas cristianas, la situación cambio radicalmente y la sanción ya no sólo era social sino también divina.

En suma, la homosexualidad femenina era considerada como una aberración y el peor vicio que podía tener una mujer, pues los escasos testimonios que regulan esta cuestión están tratados desde el punto de vista del ciudadano romano como varón poseedor de cualidades viriles. Las relaciones entre mujeres eran, en consecuencia, tachadas de *contra natura y* criminales ya que entonces se entendía que el papel fundamental de la mujer consistía en educar a su prole dentro de la familia a la que pertenecía.

4. El *officium gerens* y matrimonios *contra mandata*

Como tuvimos ocasión de exponer al hablar del matrimonio *nullum*, este supuesto de matrimonio ineficaz se concretaba en época clásica en aquellas uniones carentes de *ius conubii* por haber sido contraídas entre Magistrados, funcionarios o soldados que ejercían su profesión u oficio en las provincias y aquellas mujeres nacidas o domiciliadas en dicho lugar (*provincialis mulier*). En este caso, F. Cuena Boy[656] aclara que se producía un vínculo marital ilegítimo por contradecir el *officium gerens* las órdenes del emperador contenidas en los mandatos o instrucciones que estos administraban a los gobernadores, y por esa razón se denominan matrimonios *contra madata, contra interdictum*

[656] F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...*, op. cit., p. 99 ss. F. Cuena trata el tema de la prohibición del matrimonio entre en funcionario y la mujer de la provincia, abordando la problemática en torno a la hora de determinar la fecha excacta del nacimiento de este impedimento al *iustum matrimonium*, señalando literalmente que: "La prohibición de contraer matrimonio del Magistrado o el funcionario provincial con mujer nacida o domiciliada en la provincia en la que ejerce su cargo fue introducida por diversos *mandata* imperiales cuyo momento de aparición inicial es difícil de precisar, aunque no debieron ser muy tempranos a juzgar por los juristas que se refieren a ellos: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Marciano. Los pasajes que tratan de estas uniones las presentan asiduamente bajo el aspecto de uniones *contra mandata* y permiten reconstruir las líneas esenciales del funcionamiento de la prohibición".

o contraídos contra lo ordenado por el emperador a los gobernadores.

En cuanto a la expresión latina *contra mandata*, podemos aclarar que su origen etimológico lo encontramos en los *mandata principis* o mandatos imperiales destinados a los gobernadores de provincias, los cuales, se conformaban como un tipo de Constituciones imperiales bajo la forma de instrucciones u órdenes dirigidas a las autoridades o funcionarios de él dependiente, especialmente a los gobernadores de provincias.

Hacemos referencia, en definitiva, a las uniones extramatrimoniales *sine conubio* por razón del cargo público[657], que ejercía el *officium gerens* en la provincia siendo extensible esta limitación al matrimonio legal de los hijos varones aunque ello no ocurría igualmente con las mujeres[658]. Lo expuesto se extrae de la interpretación

[657] C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 159 ss.; F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...*, op. cit., p. 99 ss.

[658] Sobre los efectos de la dote en este tipo de matrimonio y, en concreto, por lo que respecta a la confiscación de la dote en razón del matrimonio realizado en contra de los mandatos imperiales y su evolución, vid. por todos, R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni "contra mandata"*, en *Studi di Storia e Diritto in Memoria di Guido Bonolis* I, (Milano 1942) 9 ss. El autor mantiene que: "Non vi è in genere manuale di istituzioni o trattato di diritto romano che non accenni al matrimonio contra mandata, per lo più nell´esposizione degli

jurídica de los textos[659] que tratan sobre los efectos de estas uniones:

impedimenti relativi. Si tratta quasi sempre di enunciazioni brevissime. Tuttavia l´argomento merita di essere approfondito, sia in sè e per sè, sia nel quadro di quelle ancor necessarie ricerche per una più completa conoscenza del problema dei matrimonia injusta nel diritto romano, così importante per le molteplici questioni storiche e dommatiche che vi sono conoce, non ultima quella del così detto matrimonio iuris Gentium (…). È noto come nel diritto romano classico i mandata imperiali interdicevano a ocluí che in provincia officium aliquid gerit di prendere in moglie una donna oriunda della provincia o ivi domiciliata. Línfrazione del divieto faceva si che l´unione, ancorchè fondata sulla reciproca affectio maritalis delle parti e circondata di tutte le esteriorità di un rapporto legittimo, non valesse giuridicamente come matrimonio (…). Cessato l´impedimento per esser venuto a termine l´officium, allora l´unione, se nelle parti continuativa a sussistere l´intenzione che fosse matrimonio, acquistava automáticamente valore e cualifica di iustae nuptiae; ma la prole nata prima di questo momento restava illegitima (…). Peri l Volterra invece nel diritto postclásico e giustinianeo, al seguito di una estensione della pena della confisca della dote a tutte le infrazioni degli impedimenti nuziali –la regola della caducità della dote, già vigente nel diritto classico per le nuptiae incestae, sarebbe stata applicata anche ai matrimoni contra mandata (…). Severo la pena della confisca della dote nel matrimonio contra mandata. Che la confisca della dote fosse una pena, come osservava giustamente il Volterra, che veniva a colpire non solo l´uomo, ma anche la donna o la famiglia di lei non è dubbio".

[659] Cfr. D. 23,2,38 pr. (Paul. 2 *sentent.*); Cfr. D. 23,2,38,2 (Paul. 2 *sentent.*); D. 23,2,57 (Marcian. 2 *institut.*): *Qui in provincia officium aliquod gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti*; Cfr. D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit.*); D. 23,2,65 pr. (Paul. 7 *resp.*): *Eos, qui in patria sua millitant, non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere, idque etiam quibusdam mandatis contineri. Idem eodem*; D. 23,2,65,1 (Paul. 7 *resp.*): *Respondit, mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia,*

D. 25,2,17 (Ulp. 30 *ad edict*.): *Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, ut furti teneatur: consequenter dicemus, ubicumque cessat matrimonium, ut puta in ea, quae tutori suo nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem, quia competit furti.*

El pasaje de Ulpiano trascrito nuevamente en este apartado, nos sirve de ejemplo para recordar el uso de la expresión *contra mandata*, cuando se recoge el caso de una concubina considerada como tal por cesar el matrimonio (*nupsit vel contra mandata convenit vel sicubi alibi cessat matrimonium)*. Del texto, podemos extraer una serie de conclusiones generales, que demuestran la esencia de este tipo de *matrimonium iniustum*: i.- el matrimonio contraído *contra mandata*, efectivamente existió en Roma; ii.- sin embargo, la propia naturaleza de este tipo de matrimonios nos lleva a la consideración de nulos y carente de efectos en el sentido de ineficaces; iii.- en cualquier caso, lo que sí queda claro es que los hijos habidos en tales matrimonios no tenían la consideración de legítimos, como sí ocurría en los matrimonios legales y conforme al Derecho Romano.

tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici, et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse; Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab*.).

El profesor Robleda[660] se detiene en el fundamento y naturaleza jurídica de este tipo de prohibiciones matrimoniales de los *officium gerens*, indicando que son dos los problemas que se plantean en torno a los matrimonios *contra mandata*, esto es, la fecha de aparición y las razones por las que surge. Respecto al origen del mismo, se discute si tiene lugar en tiempo clásico o posteriormente dadas las fuentes con las que contamos y, en cuanto a lo segundo, el problema surge a la hora de determinar la naturaleza jurídica de dicha institución. En todo caso, el autor[661] concluye su exposición asegurando que el matrimonio *contra mandata* era nulo en cuanto a todo efecto positivo y se tenía por inexistente, por lo que los hijos de tales matrimonios no eran legítimos.

A lo anterior, habría que añadir dos supuestos excepcionales que no eran matrimonios contraídos contra lo ordenado por el emperador a los gobernadores a través de los mandatos. Primeramente nos referimos al matrimonio entre funcionario y mujer de la provincia con la que, antes de ejercer tal cargo, hubiese realizado las promesas de futuro matrimonio:

[660] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 202-203.

[661] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., p. 1146 ss.

D. 23,2,38,1 (Paul. 2 *sentent.*): *Veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest, et dos data non fit caduca*.

Del texto Paulo que regula este supuesto, se extrae literalmente que no existía prohibición matrimonial ni caducaba la dote (*dos data non fit caduca*) en aquella unión entre el funcionario y la *vetus sponsa* (*veterem sponsam in provincia, quam quis administrat, uxorem ducere potest*), por la inexistencia de la que antes hemos denominado como "razón de poderío" y porque la libertad matrimonial de la mujer no se veía afectada. Sin embargo, se suele admitir que se trata de una interpolación propia de época postclásica.

El segundo caso, sería el matrimonio entre militares y mujeres oriundas o domiciliadas en la provincia donde tenían su oficio. El fundamento jurídico[662] de esta excepción matrimonial se encuentra en la posibilidad que daban ciertos mandatos imperiales de que, quienes ejercieses la milicia en su patria, pudieran tomar como *uxor* a una mujer de la misma provincia, por lo que los hijos habidos en dichas uniones serían considerados como legítimos.

[662] Cfr. D. 23,2,65 pr. (Paul. 7 *resp*.); cFR. D. 23,2,65,1 (Paul. 7 *resp*.).

En cuanto a la evolución jurídica de los matrimonios *contra madata*[663], cabe señalar algunas modificaciones introducidas en tiempo postclásico y justinianeo derivadas de dos leyes de Teodosio I conservadas en el Código Teodosiano y en el de Justiniano, como son: i.- la transformación en el alcance de las prohibiciones matrimoniales, pues el abuso de poder se extendía no sólo a las provincias sino a la administración en general; ii.- y también que estos vínculos extramatrimoniales sin ser nulos, pasaron a imponer una sanción de diez libras de oro y a privar de la dignidad a su infractor[664].

Por tanto, entendemos que el fundamento de la ausencia del derecho al matrimonio en estos supuestos y el nacimiento de una unión extra-marital por razón del cargo público del varón tanto en época clásica como posteriormente se encuentra, en primer lugar, en tratar de salvar la libertad matrimonial de la mujer domiciliada o nacida en dicha provincia (oriunda) ante la posibilidad de que algún funcionario tratase de aprovechar su cargo para

[663] R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni "contra mandata"...,* op. cit., p. 9-52; M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*..., op. cit., pp. 239-257.

[664] F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...,* op. cit., pp. 103-105.

imponerle el matrimonio[665]. En segundo término, entendemos que lo anterior también se debía a un intento por evitar que el matrimonio del *officium gerens* con mujer de familia prestigiosa de la provincia, tuviese como finalidad acabar con su profesión; de ahí que el varón que ejerciera un cargo público pudiera casarse con mujeres de Roma o de distinta provincia en la que ellos gobernaban pero no así con aquellas otras oriundas, y que la sanción prevista para quienes contrajeran este tipo de uniones *contra mandata* tuviese carácter patrimonial y se tradujera en la confiscación de la dote, afectando no sólo al funcionario sino del mismo modo a la mujer.

En consecuencia, los mandatos imperiales fueron los que impidieron al Magistrado provincial y demás funcionarios contraer matrimonio con mujer oriunda del territorio en que ejercía su cargo o bien en el que estuviera domiciliada. Es por esto, que el matrimonio sólo

[665] Es lo que conocemos como la "razón de poderío o cargo" (*sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum*) que se extrae de la interpretación del siguiente texto del jurista Papiniano, que trasncribimos nuevamente: D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit*.): *Praefectus cohortis vel equitum, aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat; matrimonium non erit; quae species pupillae comparanda est, quum ratio potentatus nupcias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest. Exemplo tamen pupillae nuptae tutori, quod relictum est, potest mulier consequi, pecuniam tamen in dotem datam mulieris heredi restitui necesse est.*

era justo después de cesado el cargo (*post depositum officium*) y, hasta entonces, era considerado como una unión extra-conyugal *sine conubio* nula, ineficaz e inexistente[666], ante la falta de voluntad recíproca de las partes de formar un *iustum matrimonium* siendo sus hijos ilegítimos.

Finalmente, decir que como consecuencia de dicha prohibición el matrimonio *contra mandata* era nulo o por mejor decir "jurídicamente inexistente, por ser el *connubium* lo que faltaba entre el funcionario y la mujer como consecuencia de la prohibición imperial"[667]. Por lo que, una vez subsanada esa falta por la salida del funcionario del cargo, la convivencia que venía dándose entre ellos podía convertirse en matrimonio legítimo sólo con comprobar que subsistía efectivamente la voluntad matrimonial, aunque dada la inexistencia jurídica del matrimonio, de las uniones *contra mandata* no podía derivarse filiación legítima alguna.

[666] Sobre la inexistencia y nulidad del matrimonio, vid. por todos, E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium...*, p. 446 ss.

[667] F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer...,* op. cit., pp. 101-102.

5. La deportación ante la pérdida de los derechos de ciudadanía

La deportación a una isla impedía la formación de un matrimonio romano válidamente constituido debido a la estancia involuntaria del desterrado en una isla u oasis con la consiguiente pérdida de los derechos de ciudadanía[668]. En caso de relación entre el deportado a una isla y una mujer libre, esta unión sería considerada como extramatrimonial y *sine conubio* por razón del destierro. En este contexto, en la Roma clásica la deportación suponía un obstáculo al *iustum matrimonium* no sólo por la falta de los derechos propios atribuidos a los ciudadanos romanos sino por la ausencia del *ius conubii*, formándose uniones extra-conyugales sin efectos jurídicos para el Derecho Romano. Conozcamos, en este punto, la regulación del destierro[669]:

[668] B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia...*, op. cit., p. 38 ss. El profesor Periñán aclara que tanto el deportado como el exiliado voluntario, son ejemplos claros de situación de alejamiento territorial sin que exista una verdadera ausencia en el sentido que hemos venido definiéndola.

[669] D. 24,3,56 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Si quis sic stipuletur a marito: 'si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis?' hac generali commemoratione et ab hostibus capta ea committetur stipulatio vel etiam si deportata fuerit vel ancilla effecta: hac enim conceptione omnes hi casus continentur. plane quantum veniat in stipulatione, utrum quasi mortua sit an quasi divortium fecerit? humanius quis id competere dixerit, quod propter mortem convenit;* D. 48,20,5,1 (Ulp. 33 *ad edict.*): *Quod si deportata sit filia familias,*

D. 24,1,13,1 (Ulp. 32 *ad sab.*): *Proinde et si mortis causa uxori donaverit et deportationem passus est, an donatio valeat, videamus. et alias placet in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causam divortii. cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur, ita tamen, ut non adimatur licentia marito eam revocare, quia et mors eius exspectanda est, ut tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus, sive reversus sive adhuc in poena constitutus*.

En este pasaje de Ulpiano, el jurista nos muestra que la deportación se configuraba como una condición limitativa a contraer un nuevo matrimonio o el cese del ya contraído (*cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit)*, por no existir una convivencia conyugal efectiva y por perderse los derechos de ciudadanía (*quando ab hac luce fuerit subtractus, sive*

Marcellus ait, quae sententia et vera est, non utique deportatione dissolvi matrimonium: nam cum libera mulier remaneat, nihil prohibet et virum mariti affectionem et mulierem uxoris animum retinere. si igitur eo animo mulier fuerit, ut discedere a marito velit, ait Marcellus tunc patrem de dote acturum. sed si mater familias sit et interim constante matrimonio fuerit deportata, dotem penes maritum remanere: postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione.

reversus sive adhuc in poena constitutus). Si bien en el texto se precisa que las donaciones a causa de la muerte o el divorcio (*proinde et si mortis causa uxori donaverit et deportationem passus est, an donatio valeat... causam divortii)* se considerarían válidas aun siendo desterrado el marido.

En cuanto a los estudios doctrinales que abordan la evolución de este supuesto, destacar que el profesor Robleda[670] analiza específicamente la disolución del matrimonio por destierro y mantiene que la deportación no disolvió el vínculo a partir del emperador Constantino y, con Justiniano, dejó de ser causa de impedimento al matrimonio o de extinción al mismo si ya hubiera sido contraído previamente, conformando uniones matrimoniales con derecho al matrimonio o *ius conubii.* En la misma

[670] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 246-248. O. Robleda nos muestra que: "Aunque el matrimomio se diga perpetuo para los romanos: perpetuum in omne saeculum; consortium omnis vitae; no por eso como arriba expusimos, se ha de entender que lo tenían por indisoluble; sino al contrario: era para ellos disoluble, sea por voluntad de los cónyuges, sea por otras causas (…). Circunscribiéndonos al tiempo clásico y postclásico, la disolución del matrimonio a causa del destierro (deportatio) creo que cesó de darse al menos con Constantino (…) porque el tenor del texto de la Constitución transcrita puede dar pie a la preexistencia incluso de un tal derecho o de una praxis que solo auténticamente la Constitución formule. De todos modos, que la cesación al menos se dio con Constantino lo comprueba Justiniano, con la conocida referencia que de ello hace en Nov. 22,13".

línea, R. Domingo[671] mantiene que fue el propio Justiniano el que advirtió que ya antes el emperador Constantino había excluido la deportación como causa de extinción de la unión marital[672].

Por último, hacemos una breve alusión a la condena al desterrado. En este punto, se entiende que la *deportatio in insulam* era una pena *extra ordinem* que suponía la estancia coactiva en una isla o un oasis del desierto, lo que conllevaba la consiguiente pérdida de la ciudadanía romana (*ademptio civitatis et bonorum*) por la *capitis*

[671] R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho Romano*..., op. cit., op. cit., p. 46.

[672] En los siguientes pasajes se obervan algunas posibles interpolaciones realizadas por Justiniano, con la finalidad de poner en boca del emperador Constantino el principio de no disolución del matrimonio en caso de deportación: CJ. 5,16,24,1: *Et donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in uxorem, quia pudicitiae praemio cessit, observanda est, tamquam si maritum eius natura, non poena subduxerit;* CJ. 5,16,24,2: *Sin autem aqua et igni ei interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro;* Nov. 22,13: *Deportatio tamen in quam migravit et antiqua ignis et aquae interdictio, quam aquae et ignis interdictionem vocant nostrae leges, non solvit matrimonia. Hoc enim et sacratissimo pridem placuit Constantino clemens quaedam causa, et a nobis quidem probata est, praeserti vero non copulata legi, unde neque effectus causae dicendi sunt, quum in suo maneat ordine.*

deminutio media y la confiscación de los bienes del deportado y condenado[673].

[673] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 372-382. El profesor Astolfi lo asegura empleando los siguientes términos: "Ancora in età classica la pena dell´aqua et igni interdictio fa subire al colpevole una capitis deminutio media. Gli fa perdere la cittadinanza (Gai. 1,161) e quinde il matrimonio si extingue (…). In età postclásica intervenne Constantino (C. 5,16,24,2). L´imperatore disciplina la sorte dei beni dei condannati a una pena capitale (…). Giustiniano trae conforto proprio dall´autorità di Constantino quando, completando il riconoscimento del conubium al prigioniero di guerra, lo riconosce a tutti gli effetti anche al deportato, richiamandosi, come Ulpiano, all´humanitas e concluyendo un processo storico che ancora una volta appare essersi svolto per tappe (Nov. 22,13)".

6. El matrimonio *inter absentes* a causa del servicio militar

En principio podemos considerar que, hasta finales del siglo II d.C., el cumplimiento del servicio militar impedía el matrimonio romano legalmente contraído al entenderse que de esta manera se mantenía la disciplina en el ejército. En estos casos, la doctrina[674] mantiene que se

[674] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 82; P. GIUNTI, *Consors vitae, matrimonio…*, op. cit., p. 157; M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 62; Centrándose en el matrimonio entre ausentes, la profesora Núñez Paz sostiene que: "Lo realmente importante en el matrimonio entre ausentes, como entre presentes, es que los esposos se guardaran la recíproca consideración de cónyuges: el honor matrimonii que en el caso de los ausentes, y sólo en éste, debía exteriorizarse de modo necesario en la deductio in domum de la mujer". Mientras que, por su parte, R. Astolfi no duda en conceptuarlos como: "Il matrimonio fra asentí ha due aspetti fra di loro collegiati, a seconda che l´assenza riguardi la contrazione del matrimonio, cioè la formazione della volontà di dare inizio al rapporto, oppure riguardi la prosecuzione del rapporto già costituito, cioè la volontà di continuarlo (…). Benché i coniugi cesión dal coabitare, assentandosi uno di loro dal domicilio conigali, il matrimonio continua, se continua l´affectio maritalis dimostrata da un comportamento recíproco dei coniugi conforme all´honor matrimonii (…). La giurisprudenza ne trae la regola che un fidanzamento può essere contratto anche da persone non presenti contextualmente alla conclusione dell´atto (absentes) (D. 23,1,4,1). In questo caso esse si servono di un mezzo per trasmettere la loro volontà: una letrera o una persona. La persona può avere soltando il compito di comunicare una scelta e una volontà definitivamente e interamente compiuta (nuncios) oppure le viene attribuita una facoltá di scelta (mandatario) (D. 23,1,8)". Igualmente, P. Giunti aborda la naturaleza jurídica del matrimonio inter absentes sosteniendo que:

creaban las conocidas como uniones extramatrimoniales *sine conubio* o matrimonios entre ausentes (*inter absentes*) debido al servicio militar. El texto básico que nos sirve de referencia en este caso es el siguiente[675]:

D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp*.): *Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit*.

De este pasaje de Papiniano transcrito previamente, se extrae que el soldado o hijo de familia militar (*filius familias miles)* no podía contraer matrimonio (*non contrahit*) sin la voluntad o el consentimiento de su padre (*miles matrimonium sine patris voluntate*). A lo que se añade la limitación de que los que ejerciesen la milicia en su patria tomasen contra lo mandado mujer de la misma provincia.

"Significativa, in primo luogo, la disciplina dettata peri l matrimonio contratto nell´assenza di uno dei nubendi: un brano delle P.S. 2,19,8, e un frammento di Pomponio (D. 23,2,5) attestano con toni risoluti che la macanza dello sponsus non pregiudica la regolarità della celebrazione nuziale, ferma la posibilita che la nubenda *in domum eius deduceretur*".

[675] D. 23,1,4,1 (Ulp. 35 *ad sab*.): *Denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri*; Cfr. D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*); Cfr. D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit*.); Cfr. D. 23,2,65 pr. (Paul. 7 *resp*.); D. 23,2,65,1 (Paul. 7 *resp*.); Cfr. D. 24,1,13,1 (Ulp. 32 *ad sab*.).

En todo caso, no se sabe de forma cierta si este obstáculo de carácter social y político a contraer un matrimonio justo se dio como tal en Roma, aunque tenemos noticias de su existencia al menos desde la etapa de Augusto ya que antes el ejército romano no estaba consolidado. En particular, se suele admitir que efectivamente el ejercicio de este cargo militar constituyó en época clásica una prohibición matrimonial en razón de la ausencia de *conubium*, pues el cumplimiento con la tarea militar era incompatible con la formación de una familia e, igualmente, con la procreación.

Por su parte J. Iglesias[676], al tratar los impedimentos matrimoniales de carácter relativo, afirma textualmente que con el fin de favorecer el mantenimiento

[676] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 133 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 554. R. Astolfi, en la misma línea, admite que: "In età classica la concessione del conubium avviene di regola mediante provvedimento imperiale, sia esso directo a singoli o a collettività. Fra le concesión a singoli sono da ricordare quelle a favore delle donne non romane che il legionari romani sposavano subito dopo il loro congedo (Gai. 1,57) (…). Sembra infatti che in età classica, così come in età preclásica, i soldati potessero sposare durante il servizio, i romani le romane o le donne non romane munite di conubium, gli stranieri le donne straniere secondo il diritto della loro comune nazione. Si dubita il contrario, ma non pare con sicuro fondamento, anche se Mopti dei testi giuridici che si citano a sostengo della capacità matrimoniale del soldado mostrano che egli è unito in matrimonio, ma non quando il matrimonio fu contratto".

de la disciplina en el ejército, el Derecho de la época imperial prohibió a los militares que contrajesen nupcias.

No obstante lo anterior, las escasas fuentes con las que contamos han llevado a gran parte de la romanística a no admitir este impedimento como tal. Esta tesis negativa[677] se fundamenta en el hecho de que los soldados de la época clásica pudieron mantener su matrimonio si estos habían sido contraídos antes de ser reclutados en el servicio militar o incluso formar uno nuevo, siempre que no fuese con mujeres oriundas o domiciliadas en la provincia donde prestasen el servicio.

Esta problemática se refleja también en las palabras de E. Volterra[678] quien admite que era bastante discutida la existencia en época imperial de una prohibición de matrimonio para los soldados que estaban en servicio, dada la inseguridad de las fuentes literarias, epigráficas y papirológicas. Concluyendo que era más probable la existencia de una prohibición para los militares de residir con sus compañeras, estuvieran o no unidas en

[677] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 200 ss. El profesor Robleda, R. Orestano, E. Volterra o C. Castello, entre otros, forman parte de esta tesis negativa.

[678] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 650-651.

matrimonio legítimo, en los campamentos militares o de hacerse acompañar por ellas en las expediciones bélicas.

Lo anterior, nos ayuda a entender la intención del emperador Constantino I (año 337 d.C.) de romper con la tradición clásica de restringir las posibilidades que tenía la *uxor* de contraer un nuevo matrimonio en el supuesto de ausencia del marido a causa del servicio militar, pues la mujer podía unirse en segundas nupcias sin caer en adulterio.

Estableciéndose, en este sentido, la posibilidad de que la mujer del militar pudiera contraer otro matrimonio sin que ello le supusiera la pérdida de la dote o el cometer un delito de adulterio. Siempre que se hubieran cumplido dos requisitos esenciales que evitaban la calificación de estos matrimonios como clandestinos[679]: i.- en primer lugar, que hubieran transcurrido al menos cuatro años sin tener noticia de su marido y sin posibilidad de *habere iudicium*; ii.- así como hacía falta la notificación al *dux* del marido, su intención de contraer un nuevo matrimonio. Por lo que, tal y como concluye B. Biondi[680],

[679] R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho Romano*..., op. cit., op. cit., pp. 50-51.

[680] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 154. El profesor Biondi manifiesta literalmente que: "Questi limiti di tempo e queste precauzioni dimostrano come nel pensiero della legge lo

se trataba de un derecho singular que pretendía buscar la seguridad de la muerte del primer marido.

scioglimento del matrimonio si riconduca sempre alla morte, sia pure presunta".

7. Especial referencia a las uniones entre patricios y plebeyos

Aun cuando en nuestro trabajo nos centramos en aquellas uniones para-matrimoniales no consideradas como *matrimonium iustum* por no cumplir con todas las notas esenciales exigidas en época clásica y su evolución con el Derecho postclásico y justinianeo, entendemos que merecen un apartado específico en nuestra investigación el origen y reconocimiento de las uniones entre patricios y plebeyos al tratarse de dos clases sociales muy diferenciadas en Roma que, finalmente, consiguieron contraer matrimonio libre-mente[681]. Conozcamos, pues, el texto que nos sirve de referencia en esta materia:

[681] Sobre los impedimentos matrimoniales por diversidad de clases sociales, vid. por todos, F. M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al* matrimonio…, op. cit., pp. 45-69; P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer...*, op. cit., p. 99. Concretamente, el profesor Resina Sola resalta la desigualdad que existía en Roma entre estas dos clases al decir que: "La sociedad romana, como todas, está basada en la desigualdad, girando según los diferentes períodos en torno a libres/esclavos, patricios/plebeyos, honestiores/humilliores, dominadores/súbditos, o ciudadanos/no ciudadanos, hombres/mujeres; en suma, privilegiados/no privilegiados".

CICERON, *De Re Publica*, 2,36,61-37,63: *(Decemviri): Cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque concripsissent, in nahum posterum X viros alios subrogaverunt, qui duabus tabulis iniquarum legum additis –conubia- ut ne plebe cum patribus essent, inhumanissima lege sanxerunt.*

Del tenor literal de este pasaje, entendemos que Cicerón trataba de reflejar que a causa de las luchas patricio-plebeyas de la época, la Ley de las XII Tablas (*cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque concripsissent*) prohibió el *ius conubii* entre ambos órdenes sociales (*in nahum posterum X viros alios subrogaverunt, qui duabus tabulis iniquarum legum additis –conubia- ut ne plebe cum patribus essent*). Añadiendo un último inciso en el que se calificaba de "inhumana" tal limitación (*inhumanissima lege sanxerunt)*.

Estas uniones estaban prohibidas hasta entonces por razón de la posición social de los sujetos que se unían[682]: i.- de un lado, nos encontramos con los patricios, quienes formaban la clase privilegiada y en los comienzos de la Historia de Roma sólo ellos eran ciudadanos y tenían la posibilidad de votar en los comicios curiados; ii.- de otro

[682] L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 110.

lado con los plebeyos, que conformaban la mayor parte de la población romana y eran los que luego fueron incorporándose a la ciudad. En este punto, si bien es cierto que estas uniones formaron con la Ley de las XII Tablas vínculos extra-conyugales *sine conubio*, desde el año 445 a.C. fueron legitimadas como *iustum matrimonium* por la *Lex Canuleia*.

A pesar de la problemática que plantea este tipo de uniones, la profesora Fernández Baquero[683] no duda en

[683] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., pp. 306-309. Expresamente la profesora se plantea esta cuestión en los siguientes términos: "¿En qué medida tales hechos incidieron en el desarrollo de la institución matrimonial (…)?. 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, la prohibición del ius conubii contenida en la legislación decemviral fue una nocedad puesto que con anterioridad a la misma los matrimonios entre patricicios y plebeyos si fueron posibles y, muestra de ello fue la escasa vigencia de dicha norma ya que, al poco tiempo (en el 445 d.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, 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 Tablorum fue una innovación, tal y como se desprende de las siguientes fuentes cuando relatan lo injusta que fue la actividad de los últimos decemviros (CICERÓN, *De Re Publica*, II, 37; TITO LIVIO, *Ar urb. Cond*., 4, 4,5;

afirmar textualmente que el contenido de la ley decemviral supuso una "novedad"[684] en la medida en la que, hasta entonces, los matrimonios estaban permitidos y la limitación duró poco tiempo.

Por lo que se refiere al *ius conubii* alcanzado con las luchas patricio-plebeyas, entendemos que es preciso delimitar la posición de cada una de las partes que contraían el vínculo afectuoso para ver en qué medida obtuvieron el derecho al matrimonio aun cuando tenían distinta posición social. En cuanto a los patricios, cabe resaltar que eran una aristocracia configurada entre los

DION. HAL, *Antiq.rom*. X, 60,5…). 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".

[684] Para justificar lo anterior, la autora parte de los siguientes textos literarios que de algún modo reflejan que tal innovación se debe a la regulación escrita que por primera vez se hizo de la materia: CICERÓN, *De Re Publica*, 2,37: *Ergo horum ex iniustitia subito exorta est maxima perturbatio, et totius commutatio reipublicae: qui dabas tabulis iniquarum legum additis, quipus, etiam quae disiunctis populis tribui solent, conubia, haec, illi ut ne plebei cum patribus essent, inhumanissima lege manxerunt;* TITO LIVIO, *Ar urb. Cond*., 4,4,5: *Hoc ipsum, ne conubium patribus cum plebe esset, non decemviri tulerunt paucis his annis pésimo ejemplo publico cum summa iniuria plebis?*; TITO LIVIO, *Ar urb. Cond*., 4,2,6: *Coluvionem Gentium, pertubationem auspiciorum publicorum privatorumque adferre, ne quid incontaminati sit, ut discrimine ovni sublato nec se quisquam nec suos noverit… ut qui natus sit ignoret, cuius sanguinis, quórum sacrorum sit; dimidius patrum sit, dimidius plebis, nec secum quidem ipse consors.*

siglos VIII-VI a.C. y constituida por los *patres* y las *gentes maiores*[685]. Durante la fase de los últimos Nonarcas, se procedió a una ampliación de la clase dirigente incorporando a las gentes *minores* para impedir la división entre patricios y no patricios, lo que conllevó una diferenciación mayor entre el *populus* (entendido como el conjunto de ciudadanos que integraban al mismo tiempo el ejército y la asamblea centuriada) y la plebe. En cuanto al poder que ejercían las *gentes*, decir que éste era excesivo tanto en el plano político como social y estaba ligado a su poder económico, militar y religioso.

Sobre los plebeyos, en segundo término, subrayar que formaban parte de este grupo las personas que no eran consideradas como patricios y no pertenecían a las *gentes*, esto es, los extranjeros asentados en Roma por la prosperidad de la ciudad, los ricos y los *proletarii*, considerados como inferior dentro de la población romana. El movimiento plebeyo incluía tanto a personajes influyentes y ricos del ejército como a plebeyos *adsidui* (que poseían bienes) como *proletarii* (que no poseían nada).

[685] R. PANERO, *Derecho Romano*..., op. cit., p. 47. El profesor R. Panero aborda en su trabajo cuáles eran los caracteres principales de la sociedad en época arcaica, y mantiene que la población se dedicaba especialmente al pastoreo o la labranza, y que dicha comunidad rural convivía con una profunda distinción entre dos órdenes sociales, esto es, los patricios y los plebeyos.

Y su programa de reivindicaciones se centró en tres objetivos, como eran, la admisión de plebeyos en magistraturas y sacerdocios, la redistribución de tierras públicas y la abolición de la servidumbre por deudas. A las tres principales reivindicaciones habría que añadir otras subordinadas, planteadas a medida que la plebe consolidaba su organización, como por ejemplo, el derecho de *connubium* que posibilitaba los matrimonios entre plebeyos y patricios o la codificación de las leyes escritas.

Bajo estas premisas, cabe señalar que las luchas patricio-plebeyas hicieron que, a partir de mediados del siglo V a.C. (445 a.C.) con la *Rogatio Canuleia* del tribuno Canuleyo, se consiguiera que el gobierno patricio aceptara el derecho al matrimonio y la validez legal de las uniones entre patricios y plebeyos, concediéndoseles el *ius conubii* y siendo generalmente admitido[686] el hecho de que no existían limitaciones legales.

[686] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 309. Literalmente lo dice así la autora: "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 naturaleza patricia, es decir, que sus ascendientes no fueron los originarios habitantes del Lacio sino de poblaciones vecinas, e incluso, señalando en otro momento (TITO LIVIO, *Ar ur. Condita*, 4, 3), la oscura ascendencia de algunos de los

Ante esto, podemos concluir este apartado manteniendo que si bien desde el año 445 a.C. patricios y plebeyos pudieron contraer matrimonio por la *Lex Canuleia*, lo cierto es que no se sabe con certeza si fueron muchas las uniones maritales legalmente conformadas y provistas de *conubium* desde entonces o, por el contrario, desde finales de la Monarquía y principios de la República disminuyeron. En cualquier caso, en la etapa clásica y postclásica estos vínculos fueron desapareciendo pues apenas contamos con textos que regulan esta cuestión, y sólo la Ley de las XII Tablas prohibió este tipo de relaciones entre patricios y plebeyos, siendo permitidas antes y después por las distintas leyes[687].

que fueron reyes romanos, como podía ser el caso de Numa Pompilio, L. Tarquino, o bien el de Servio Tulio".

[687] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., pp. 309-310. La profesora Fernández Baquero indica que: "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 periodo 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 ente ambos órdenes sociales no fuesen frecuentes y que, en los mores, se encontrasen disciplinados los motivos fundamentales que inspirasen dicha situación. 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

B.- En función de la capacidad física o natural de las partes

1. Castrados, esterilizados y ancianos ante la impotencia *generandi*

Existiendo una impotencia *generandi*, el Derecho Romano prohibía el matrimonio con quienes habían sido castrados, denominados como eunucos (*castrati*) o esterilizados, calificados de espadones (*spadones*). Sin embargo, se permitía la unión marital cuando el varón nacía impotente siendo un espadón por naturaleza o era anciano (*senes*), pues en estos dos últimos casos se presuponía que sí podían procrear.

En todos los supuestos, entendemos que existía una cierta incapacidad física que obstaculizaba la validez del matrimonio romano clásico[688] pues el *iustum matrimonium*

---

factores o circunstancias que condicionaron a que dicha rogatio prosperase (…) el problema del *ius conubii* hay que encuadrarlo dentro de un extenso programa de reivindicaciones plebeyas (…). No encontramos fuentes seguras que nos informen si en realidad, tras la promulgación de la *Lex Canuleia*, la práctica de matrimonios mixtos fue o no frecuente".

[688] En cuanto al impedimento por impotencia, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 243 ss.; B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., pp. 91-93; L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale…,* op. cit.; E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La impotencia en las Leges Iulia et Papia Poppaea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*(Huelva 2004) 167-176.

exigía la convivencia marital con la intención de perpetuar la especie. A continuación, nos interesa detenernos en el concepto y naturaleza jurídica de los castrados y de los esterilizados para comprender el alcance de este tipo de uniones extra-familiares *sine conubio*[689].

Los c*astratus* o *eunuchus*[690] eran aquellos varones que habían sido privados de su capacidad debido a la castración y, por dicho motivo, no podían contraer matrimonio válido en Roma ni ser designados para una tutela. Precisamente, es frecuente definirlos[691] como aquellos que jurídicamente estaban afectados de una cierta incapacidad de obrar, de modo que si bien en el Derecho clásico no podían engendrar pero sí adoptar, lo cierto es que en la etapa justinianea tal limitación se hizo extensible tanto a la adopción como al hecho de contraer

[689] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico....*, op. cit., p. 220. Sobre los términos latinos que aluden a los miembros viriles, recordar los señalados por el profesor Montero al referirse a *cucumis*, *fascinum*, *gladius*, *mentula*, *penis*, o *verpa*.

[690] En tema de castrados, vid. por todos, L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale…,* op. cit., p. 263 ss.

[691] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana* (Madrid 1988) 125.

matrimonio. A modo de ejemplo, E. Volterra[692] repara en este supuesto aclarando que mientras el Derecho Romano clásico ignoraba esta categoría de personas, el Derecho justinianeo declaraba a los eunucos como hombres castrados e incapaces para constituir un matrimonio y adoptar. Detengámonos en las fuentes[693] que recogen la falta de capacidad que presentaban los castrados o eunucos:

D. 21,1,38,7 (Ulp. 2 *ad edict. aedilium curulium*): *Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non adeo: ut puta si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid eius detrahitur neque de utilitate, cum ad generandum numquam sit habilis. Caelius quoque scribit non omnia animalia castrata ob id ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem facta sunt*

[692] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 665.

[693] D. 28,2,6 pr. (Ulp. 3 *ad sab.): Sed est quaestium, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Casius et Iovalenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest: spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt : quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est;* D. 28,2,6,1 (Ulp. 3 *ad sab.): Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur;* D. 40,2,14,1 (Marcian. 4 *reg.*): *Sunt qui putant etiam feminas posse matrimonii causa manumittere, sed ita, si forte conservus suus in hoc ei legatus est. Et si spado velit matrimonii causa manumittere, potest: non idem est in castrato.*

inbecilliora: et ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert Ofilium existimasse equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est, sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem: et verum est quod Ofilius.

En el presente pasaje, Ulpiano alude a la castración identificándola como una enfermedad propia de los hombres y no de los animales o las bestias (*sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non adeo*), poniendo un ejemplo comparativo con mulas (*si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid eius detrahitur neque de utilitate, cum ad generandum numquam sit habilis*) y caballos (*et ideo mulum non esse vitiosum. idem refert Ofilium existimasse equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est, sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem: et verum est quod Ofilius*), pues estos aun siendo castrados servían de utilidad a sus dueños para realizar las tareas diarias. De forma genérica, el jurista hace uso de los términos "castrados" y "eunucos" (*sicuti spado quoque sanus est*) señalando la incapacidad, natural y/o de obrar, que ambos supuestos generaban.

D. 23,3,39,1 (Ulp. 33 *ad sab.*): *Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est.*

En la misma línea que el fragmento anterior, el jurista Ulpiano aclara las consecuencias jurídicas del caso en el que una mujer estuviera casada con un espadón (*si spadoni mulier nupserit*) en época clásica, pues si éste hubiese sido castrado se le consideraría un eunuco (*distinguendum arbitror, castratus fuerit necne)* y podría contraer matrimonio válido (*quia est matrimonium*) si bien no engendrar. Motivo por el cual, no era necesaria la dote (*in castrato dicas dotem non esse*).

Por su lado, nos encontramos con el s*pado*[694]. El espadón era aquel hombre que sufría una incapacidad natural para mantener relaciones sexuales y contraer matrimonio legítimo por haber sido esterilizado. Conozcamos de qué forma recogen las fuentes[695] este segundo tipo de incapaces:

[694] En desarrollo del alcance de los espadones, vid. por todos, L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale…,* op. cit., p. 262.

[695] Cfr. D. 23,2,39,1 (Paul. 6 *ad Plaut.*); Cfr. D. 28,2,6 pr. (Ulp. 3 *ad sab.)*; Cfr. D. 28,2,6,1 (Ulp. 3 *ad sab.)*; Cfr. D. 40,2,14,1 (Marcian. 4 *reg.*); Gai. 1,103: *Illud vero utriusque adoptionis commune*

D. 1,7,2,1 (Gai. 1 *institut*.): *Illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.*

A tenor de este pasaje de Gayo, se puede decir que el jurista compara los espadones (*illud utriusque adoptionis commune est)* con los eunucos (*quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones*) confirmando que si bien ambos padecían una incapacidad de obrar para realizar ciertos actos jurídicos por no poder engendrar a hijos naturales, lo cierto es que la esterilidad de los espadones no impedía que pudiesen adoptarlos (*adoptare possunt*).

D. 50,16,128 (Ulp. 1 *ad leg. Iul. et Pap*.): *Spadonum generalis appellatio est: Quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur.*

Aquí nos encontramos que Ulpiano trata de aclarar el término "espadón", afirmando que se utilizaba de forma genérica para aludir tanto a los castrados o eunucos como a los espadones o estériles (*spadonum generalis appellatio est*) por faltarles la capacidad de obrar y de engendrar a

est, quod et hi qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; Cfr. Gai. 1,196.

ambos; si bien se trata de supuestos distintos, pues los espadones eran estérlies por naturaleza (*qui natura spadones sunt*).

En este ámbito cabe señalar que en el caso de los castrados y esterilizados, surgían las denominadas como uniones *sine conubio* por razón de la incapacidad sexual que ambos presentaban y, en los supuestos del anciano o el impotente, se veían mermadas sus facultadas a causa de la avanzada edad o de la propia esterilidad con la que había nacido pero no se limitaba el derecho al matrimonio de estos.

Al tratar el tema de la incapacidad natural de los *spadones* por naturaleza o impotentes, el profesor O. Robleda[696] no duda en resaltar la importancia de la incapacidad *generandi* para diferenciar ambos supuestos, admitiendo que de los textos anteriores se extrae que los *spadones* podían contraer matrimonio a no ser que fueran incapaces artificialmente. Refiriéndose a los *castrati*, mantiene que en ellos recaía la certeza absoluta de que tenían una incapacidad *generandi*, lo que supuso una innovación justinianea.

[696] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 150.

Sobre esta última cuestión, nos planteamos tratar de determinar si durante la vigencia del Derecho clásico existió este impedimento de derecho divino como tal o, por el contrario, nació con el emperador Justiniano y la influencia cristiana; pues ciertos textos de la Compilación justinianea reflejan la impotencia de los *castrati*, mientras que otros pasajes aluden a los estériles o naturalmente incapaces[697]. En todo caso, nosotros

[697] L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale…,* op. cit., pp. 246, 250, y 288. De esta forma lo afirma el autor expresamente cuando aborda la incapacidad sexual en el Derecho Romano y, muy especialmente, con Constantino: "Un eventuale incapacità sessuale di uno dei coniugi potrà essere valutata nel corso della vita in comune e fornire motivo per un venir meno della volontà che lo tengono in vita. La libertà di divorziare, praticamente illimitata fino a Constantino e, per quanto riguarda l´ipotesi di mutuo consenso, fino a Gisutiniano, è lo strumento che permette di ridimensionare l´importanza della capacità sessuale, che viene se del caso valutata, al pari di qualsivoglia altro motivo, come causa per far cessare, unilateralmente o d´accordo, il rapporto (…). Se sotto l´aspetto della sterilità l´incapacità della donna viene chiaramente presa in considerazione nel mondo romano e risolta in motivo, riconosciuto e legittimato dal costume e indirectamente dalla legislazione (augustea), di divorzio, non emergono dati da cui poter desumere l´incidenza dell´incapacità del marito (…). In definitiva, il contributo del Cristianesimo alla sucesiva evoluzione del matrimonio, per quanto atiene al tema, si può raccogliere in alcuni punti fondamentali. Si riscontra anzitutto la tendenza da Constantino in poi sul divorzio unilaterale, e più tardi sullo stesso divorzio per mutuo consenso. Una volta negata, nei secoli a venire, la libertà di divorziare, i contraenti non saranno più arbitri di sciogliere il vincolo attraverso lo schema del divorzio, il che imporrà alla Chiesa l´elaborazione di una nozione di impotenza che

consideramos que si bien estas limitaciones al matrimonio surgieron durante la época clásica, su regulación jurídica expresa aparece con Justiniano quien consideraba como impotentes y, por ende, en ausencia de *conubium* a los *castrati* pero no así a los estériles o naturalmente *incapaces generandi*.

De otro lado, incidamos en el caso de que la incapacidad sexual hubiera sobrevenido después de haber contraído un *iustum matrimonium*. En dicho supuesto, de los textos se deduce que hasta el emperador Constantino con la llegada del concepto del matrimonio indisoluble, el cónyuge podía divorciarse libremente de la persona incapaz y, más aún, en el caso de que la estéril fuera la *uxor*[698]:

salvi insieme l´indissolubilità e il rispetto dei fini del matrimonio (bonum proles)".

[698] D. 1,6,6 (Ulp. 9 *ad sab*.): *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*; Cfr. D. 23,3,39,1 (Ulp. 33 *ad sab*.); D. 24,1,32,10 (Ulp. 33 *ad sab*.): *Si divortium post donationem intercessit aut prior decesserit qui donum accepit, veteri iuri statur, hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio, quod si non vult, exstinguitur: plerique enim cum bona gratia discedunt,*

D. 24,1,60,1 (Hermog. 2 *iuris epitomarum*): *Divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt: saepe enim evenit, uti propter sacerdotium vel etiam sterilitatem.*

Del tenor literal del presente fragmento de Hermogeniano, se extrae que el divorcio producía el reparto de las donaciones que el marido y la mujer (*divortii causa donationes inter virum et uxorem concessae sunt*) se habían hecho al contraer la unión marital. Especificándose que tal caso podía ocurrir de forma posterior al matrimonio (*saepe enim evenit)*, tanto porque el marido decidiera ser sacerdote (*uti propter sacerdotium)* o porque le hubiera sobrevenido una esterilidad que le produjera una incapacidad natural para engendrar (*vel etiam sterilitatem)*.

D. 24,1,61 (Gai. 11 *ad edict. prov*.): *Vel senectutem aut valetudinem aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit.*

plerique cum ira sui animi et offensa; Cfr. D. 28,2,6 pr. (Ulp. 3 *ad sab*.); Cfr. D. 28,2,6,1 (Ulp. 3 *ad sab.)*; D. 40,9,14,4 (Ulp. 4 *de adult*.): *Sed et si bona gratia finierit matrimonium, dicetur manumissionem vel alienationem non impediri.*

En este pasaje el jurista Gayo recoge tres supuestos en los que el matrimonio podía disolverse, esto es, la vejez, una enfermedad (como podía ser la esterilidad) o a causa del servicio militar (*vel senectutem aut valetudinem aut militiam)*. Afirmando que en tales casos, el matrimonio podía no continuar siempre que ello se hubiera producido tras contraer la unión conyugal (*satis commode retineri matrimonium non possit)*.

D. 24,1,62 pr. (Hermog. 2 *iuris epitomarum*): *Et ideo bona gratia matrimonium dissolvitur.*

Siguiendo con los tres supuestos anteriores (*et ideo)*, Gayo concreta que en esos casos los bienes matrimoniales se repartían dada la disolución del vínculo marital (*bona gratia matrimonium dissolvitur)*.

Antes de finalizar con este tipo de uniones extra-maritales, nos gustaría hacer una breve mención a los ancianos en Roma[699]. Debemos advertir que el *senes* era aquel hombre anciano mayor de 60 años o aquella mujer anciana de más de 50 años, a los que se le presumía cierta incapacidad física para contraer matrimonio[700]. Si bien hemos ido viendo

[699] C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea...*, op. cit., pp. 512 ss.

[700] D. 19,1,21 (Paul. 33 *ad edict.*): *Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta.*

como requisito esencial de capacidad física para contraer matrimonio romano clásico el haber superado la pubertad, esto es, catorce años para varones y doce para hembras, no es de extrañar que al llegar a la ancianidad las aptitudes físicas se fuesen deteriorando. Acudiendo a las reglas de Ulpiano, observamos que solamente se excluye de la obligación de contraer matrimonio a los ancianos y a los menores de 25 años (varones) o 20 (hembras), a los que no se les imponían las penas previstas por las leyes augusteas para los célibes y carentes de hijos entre esas edades[701].

Al igual que en el supuesto de la mujer menor de edad, también aquí se plantea la discusión doctrinal acerca del momento en el que aparece la ancianidad como posible elemento de incapacidad matrimonial. De hecho, mientras que en Derecho Justinianeo se reconocía que no había impedimento u obstáculo para el matrimonio de los ancianos, en lo que se refiere a su regulación en tiempo clásico la cuestión es más discutida y se duda sobre su origen con Augusto[702] o con Senadoconsultos posteriores. Fuera en una etapa u otra, lo cierto es que como mantiene O. Robleda[703],

[701] Cfr. Ulp. 16,1; Cfr. Ulp. 16,3.

[702] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 250 ss.

[703] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 151-155. El profesor Robleda, en este punto, no duda en defender que:

a priori en este supuesto no se daba una impotencia *generandi* como para negarles el *iustum matrimonium*.

En cuanto a la importancia del *conubium* en la Compilación justinianea[704] a la hora de regular a los *castrati* (castrados), *spadones* (impotentes) y a los *senes* (ancianos) hay que tener en cuenta que, a diferencia de las fuentes clásicas, las justinianeas regulan expresamente que los ancianos podían contraer matrimonio. Por su parte,

"Creemos que por la misma razón por la que los spadones naturales no eran incapaces de contraer matrimonio, no lo eran tampoco los ancianos, o sea, los mayores, ellos, de 60 años, y ellas de 50. No hay tampoco aquí la seguridad absoluta de la impotencia generandi, como existe, en cambio en los castrati (…). De todos modos, el derecho de Justiniano en tal sentido es claro: no hay impedimento alguno para el matrimonio de los ancianos (…). Lo que no queda tan claro es si lo hubo antes; y, si lo hubo, desde cuándo (…). Concluyendo, ni las leyes augusteas dichas, ni los subsiguientes SS.CC., completivos en la materia, indujeron como impedimento del matrimonio la ancianidad, por más que quisiesen y aun impusiesen el matrimonio en la edad anterior a ella".

[704] CJ. 5,4,27: *Sancimus nupcias, qua inter masculos et feminas mayores vel minores sexagenariis vel quinquagenariis lege Iulia vel Papia prohibitae sunt, homines volentes contrahere et ex nullo modo vel ex nulla parte nupcias impediri;* C. 6,58,12: *Et sancimus, liceo mirabilis huiusmodi partus invenitur et raro contingit (…);* CJ. 6,58,12,1: *(…) Et summatim non absimilis aliis fiant, quos similes natura effecit, maxime cum et anteriore nostra lege huiusmodi nuptias permisimus, impares eas videri minime concedentes.*

Ulpiano diferencia entre *spadones* y *castrati* negando que la unión con estos últimos fuese un *matrimonium iustum*[705].

En suma, concluimos nuestra exposición con las palabras de E. Domínguez López[706], quien mantiene que todos estos textos han sido objeto de duras críticas por parte de un amplio sector de la doctrina que considera que la distinción entre *spadones* y *castrati* fue obra de los compiladores justinianeos, no existiendo en Derecho clásico diferencia alguna entre los diversos casos de impotencia. En cualquier caso, entendemos que los *spadones* naturales eran capaces de contraer matrimonio por no poder demostrarse su impotencia *generandi*, y los hombres mayores de 60 años y las mujeres de 50, respectivamente, también podían unirse maritalmente formando un verdadero *iustum matrimonium* con plenos efectos para el Ordenamiento romano.

[705] Cfr. D. 23,3,39,1 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 28,2,6 pr. (Ulp. 3 *ad sab.*); Cfr. D. 28,2,6,1 (Ulp. 3 *ad sab.*); Cfr. D. 40,2,14,1 (Marcian. 4 *reg*.).

[706] E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La impotencia en las Leges Iulia et Papia...*, op. cit., p. 170 ss.

2. El *furiosus* o *mente captus* en las relaciones bajo demencia

Como tuvimos ocasión de advertir cuando abordamos los *matrimonium iniustum* considerados por las fuentes como *non potest* o inexistentes, al hacer referencia al matrimonio del demente aludimos al vínculo contraído por aquella persona que había sido privada de juicio en razón de su situación mental, viéndose afectada por una incapacidad de obrar absoluta.

Los motivos para impedir que los dementes contrajesen un matrimonio legal en Roma, se basaban en que no tenían conciencia de los actos o hechos que ejecutaban en su vida social y jurídica, por lo que como advierte la doctrina[707] no existía el elemento subjetivo o generador del matrimonio que hemos venido definiendo como la *affectio maritalis*. Razón por la que, en principio, no se podía hablar de un verdadero matrimonio a efectos del Derecho Romano clásico.

[707] R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 293 ss. Entendido el elemento subjetivo, tal y como tuvimos ocasión de exponer al hablar del consentimiento matrimonial como requisito al *matrimonium iustum*.

En este punto, O. Robleda[708] destaca que el *furiousus* o también denominado *demens* o *mente captus* ya en época justinianea, había contraído un cuasi-matrimonio que para el Derecho Romano era inexistente en razón de su incapacidad y dada su falta de voluntad, lo que tenía su repercusión a la hora de unirse maritalmente. Sin embargo, los textos[709] no hacen alusión expresa al término "inexistente" para referirse a los actos del enajenado mental sino que utilizan expresiones similares, las cuales, se reflejan a continuación:

D. 28,1,17 (Paul. 3 *sentent*.): *In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest.*

En este pasaje sobre la herencia se observa la incapacidad de la persona que padecía una locura para administrar sus bienes. Concretamente, Ulpiano haciendo uso de la expresión *non potest* aclara que no podía hacer testamento (*testamentum facere non potest*) quien en dicho momento (*eo tempore*) estaba privado de juicio, dada su

[708] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., p. 1133. En este sentido, recordemos que el profesor Robleda califica el matrimonio del demente como de "inexistente".

[709] Cfr. PS. 2,19,7; Cfr. D. 1,6,8 (Ulp. 26 *ad sab*.); Cfr. D. 23,2,9 pr. (Ulp. 26 *ad. sab.*); Cfr. D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 36,1,79,1 (Scaev. 20 *dig*.).

situación mental (*in adversa corporis valetudine mente captus*).

D. 50,17,40 (Pomp. 34 ad sab.): *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.*

A tenor de este texto de Pomponio, en línea con el anterior, observamos que se declaraba nula la voluntad o intención (*nulla voluntas est*) de la persona enajenada mental de retener sus bienes o administrarlos para un futuro a través de un testamento (*cui bonis interdictum sit)*. Por tanto, tampoco se utiliza la palabra "inexistencia" sino que se hace uso de la expresión *nulla voluntas est* para referise al que padecía una locura (*furiosi vel eius*).

Por tanto, con relación al matrimonio, igualmente la locura impedía que se contrajese dicha unión porque se necesitaba el consentimiento matrimonial continuo de los que se unían formando un consorcio para toda la vida, pues el matrimonio romano clásico necesitaba de este tipo de voluntad o *affectio maritalis*; no bastando, como advierte R. Astolfi[710], el mero consentimiento inicial. De ahí que

[710] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 94-95. El profesor Astolfi no duda en nombrar al matrimonio del demente como "nulo": "Il pazzo (furiosus) non può sposare: l´atto di contrazione del matrimonio è nullo. Se lo deviene dopo, il matrimonio continua invece a rimanere valido (D. 23,2,16,2; PS. 2,19,7). È

seguidamente, nos interese abordar el concepto de *furiosus* frente al de *mente captus* o *demens*[711]:

I. Sobre el f*uriosus*, decir que era aquel considerado como loco, furioso y demente que se encontraba privado de juicio en razón de su situación mental, lo que igualmente conllevaba una incapacidad de obrar absoluta. En el Derecho justinianeo, se restringió este concepto al demente con momentos de lucidez, frente al *demens* o *mente captus* afectado de locura permanentemente. Pues bien, ante

l´applicazione del principio secondo il quale il pazzo (furiosus) non può porre in essere nessun atto giuridico, perché non è in grado di sapere e/o di volere (…). A questo modo formza la realtà (quasi), ma permette al matrimonio di continuare e riese a considerare legittimi i figli che verano procreati, ponendoli nella potestà del padre furiosus".

[711] Acerca de la distinción de estos conceptos, vid. por todos, M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas...*, op. cit., pp. 5, 8-9. En este sentido, la profesora Martínez De Morentín asegura que en Roma se tomaron en consideración sólo los casos graves y notorios, estando el *furiosus* desde antiguo, sujeto a un *curator*. Así, la autora aclara que: "Los romanos empleaban este término para denominar al loco, pero no es muy aventurado afirmar que también dentro de ese término se podría estar haciendo referencia, de manera general, a todas aquellas personas que por uno u otro motivo tenían perturbadas sus facultades mentales, con independencia de la locura, si consideramos ésta en sentido estricto (...). Las palabras *furiosus, demens, mentecaptus* son adoptadas como sinónimos en un gran número de textos (...). A pesar de ello algunos autores establecen diferencias entre *furiosus* y *demens*, debidas al lenguaje tardío, consistentes en que mientras el segundo sería el que permanece tranquilo, el primero está alterado pero tiene intervalos lúcidos, diferencias que no afectarían a su tratamiento jurídico".

esto, solamente tenía capacidad legal en los conocidos literalmente como "intervalos lúcidos", es decir, cuando temporalmente recobraba la salud mental[712].

II. Por lo que respecta al *mente captus* y *demens*, en segundo término, aludimos a aquella persona que se encontraba privada de razón o falta de inteligencia, y dicha enajenación mental constituía una enfermedad mental y una causa de incapacidad de obrar en Derecho[713]. Su distinción del *furiosus* no resulta clara en los textos, estimándose que el *mente captus* era la persona privada de inteligencia que no gozaba de momento alguno de lucidez[714].

En todo caso ya pusimos de manifiesto al hablar del demente en el Capítulo I de nuestra investigación, que la escasez de fuentes clásicas que abordan esta cuestión dificulta la determinación de aquellos supuestos en los que nos encontramos ante anomalías mentales, y los textos que existen tampoco aclaran qué grado de demencia debía tener el cónyuge como para ser considerado demente. Hecho

[712] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*..., op. cit., p. 142.

[713] Igualmente, en cuanto al alcance de la enfermedad mental en Roma, vid. por todos, M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas...*, op. cit., p. 5 ss.

[714] Cfr. D. 23,2,16,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 23,1,8 (Gai. 11 *ad edict. prov.*).

que nos hace entender que debía tratarse de una persona absolutamente incapaz que nunca tuvo momentos de lucidez. De esta forma lo señala la profesora Núñez Paz[715], cuando plantea la autenticidad de la *affectio maritalis* en lo que califica directamente como "matrimonio del demente", ya que considera específicamente que el Derecho clásico referente a los deficientes mentales desgraciadamente es poco conocido y en las fuentes no se explicita nada respecto al grado de demencia, por lo que parecen referirse a una persona absolutamente incapaz.

Bajo las premisas expuestas, podemos concluir nuestra exposición aseverando que si a uno de los cónyuges le hubiese sobrevenido una enajenación mental ello no invalidaría el matrimonio siempre que la otra parte conservase la intención de estar unidos. En este sentido, O. Robleda[716] ha tratado de determinar si en el supuesto de

[715] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., p. 72. La profesora Núñez Paz advierte en su obra que, a la falta de claridad se añade el hecho de que se haya perdido la página de las Instituciones de Gayo que aborda esta materia, por lo que sólo queda analizar algunas obras de los profesores Audivert y Nardi.

[716] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 134-135. El profesor Robleda mantiene que: "El matrimonio no se disuelve por el hecho de la demencia, si bien el demente haya cesado de querer su matrimonio, o sea, haya cesado de poder continuar dándole vida con la calidad de consentimiento que para ellos se requiere (…) la disolución del matrimonio, exige un acto positivo contrario, el divorcio, por el hecho de repetirse que el demente no puede enviar el

demencia sobrevenida seguía o no existiendo *matrimonio iustum* concluyendo, en base a los textos previamente examinados, que en estos casos no se disolvía el vínculo matrimonial porque para ello hacía falta el divorcio expreso y el *furiosus* o *mente captus* estaba privado de juicio como para realizarlo.

A tenor de lo expuesto, con los términos *furiosus* o *mente captus* se aludía al *demens* que había sido privado de juicio por razón de su enajenación mental y su falta de voluntad matrimonial, y esa ausencia de capacidad natural hacía que el individuo se viese afectado por una incapacidad de obrar absoluta y le llevara a una verdadera enfermedad mental[717]. Por el contrario, si temporalmente podía recobrar el juicio, podemos decir que en esos momentos de lucidez el Derecho Romano consideraba que sí estaba capacitado para realizar determinados actos jurídicos pero no para contraer matrimonio, pues este

repudium, o sea que, no puede divorciar. En una palabra, parecen desprenderse de estos textos dos cosas en la mente de los clásicos, primera: no basta la mera cesación del consentimiento; segunda: se requiere un acto contrario al matrimonio para disolverlo por divorcio".

[717] Sobre el alcance y protección del que padecía una enfermedad mental, vid. por todos, M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas...*, op. cit., pp. 3, 5, 8 ss.

derecho requería la plena capacidad física y jurídica de las partes en el momento de contraer el vínculo marital[718].

De lo expuesto hasta ahora se deduce, en suma, que al faltar el consentimiento nos encontramos con matrimonios inexistentes carentes de uno de los elementos más importantes que daba la esencia al acto del matrimonio como era la *affectio maritalis* y, por ello, se calificaban de matrimonios *non potest*.

[718] Cfr. D. 50,17,40 (Pomp. 34 *ad sab.*).

3. Problemática en torno al matrimonio de la menor en Roma

Aun cuando este tipo de uniones con menores fueron abordadas al hablar del requisito de la capacidad natural de los que iban a contraer matrimonio, seguidamente realizamos una breve referencia al conocido como "matrimonio de la menor" dada la posible falta de capacidad física que ésta presentaba en razón de su minoría de edad. En este contexto cabe señalar que uno de los fines principales del matrimonio romano era la procreación, de manera que en principio no podían contraerlo aquellas personas que no habían alcanzado la pubertad por no tener la madurez sexual suficiente. Y de este modo lo indica R. Astolfi[719], al defender textualmente que en términos generales la uniones con menores eran inválidas desde época republicana y, muy especialmente, con la influencia de las ideas cristianas.

[719] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 238 ss. El profesor Astolfi sostiene expresamente que: "La frequenza di matrimoni con fanciulle molto giovano non è solo della´età preclásica, ma cotinua nell´età classica ed è riscontrabile anche in epoca cristiana (…). La giurisprudenza classica, come del resto quella republicana, non ha dubbi sull´invalidità del matrimonio dell´impubere (D. 12,4,8; D. 24,1,65; D. 36,2,30; D. 23,1,9). Esso si convalida automáticamente al rompimiento del 12º anno di età e comincia a esistere da quel momento (D. 23,2,4)".

Como tuvimos ocasión de detallar, en principio, la capacidad natural de las partes la tenían los cónyuges que habían alcanzado a la pubertad siendo el varón *puber* (catorce años) y la mujer *viri potens* (doce años), de tal forma que llegada la madurez sexual[720] ambos pudieran ejercer el acto conyugal.

Sin embargo, dicha regla general debe ser matizada pues como sostiene S. Tafaro[721], la condición jurídica de los menores romanos debe analizarse teniendo presente que en Roma no se partía de la madurez psicointelectiva del menor sino que, al menos desde época republicana, se diferenciaba la infancia con fundamento en la capacidad natural de engendrar y contribuir a través de la procreación al crecimiento de la familia. Por ello, el autor[722] matiza que la pubertad se conformaba como un límite

[720] G. CERVENCA, *Osservazioni sul <curator> della donna minore di venticinque anni*, en *IURA* XL (1989) 24 ss.; G. CRIFÓ, *La condizione femminile in Roma*..., op. cit., pp. 237-245; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 8; C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*..., op. cit., pp. 510-518; L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., pp. 295 ss. Este último autor nos recuerda que: "Todos sabemos la edad para contraer matrimonio, y que el varón no podía contraer matrimonio hasta los 14 años y a la mujer hasta los 12, esto en realidad no era sino una mera formalidad legal, porque los esposos no se casan, se les casa".

[721] S. TAFARO, *Pubes e viripotens...*, op. cit., p. 20 ss.

[722] S. TAFARO, *Breves notas sobre los infantes...*, op. cit., p. 5 ss.

entre la infancia y la adolescencia que dependía de la capacidad para formar una familia, y no tanto de la propia madurez de pensamiento o la capacidad para realizar actos jurídicos.

Dejando al margen la problemática planteada en el Capítulo I de nuestra investigación sobre la posibilidad de que el marido contrajera matrimonio sin haber cumplido los catorce años, a continuación nos interesa tratar de justificar la edad concreta que la mujer debía tener para que el Derecho Romano le reconociera efectos jurídicos al matrimonio contraído con una menor. Con carácter general, nos encontramos con diversas fuentes que ponen como límite los doce años para que la menor pudiera unirse maritalmente, considerándose que en este momento alcanzaba la pubertad y era *viri potens*. Reproduzcamos también en este caso, los textos que entendemos que fijan los doce años de la mujer como restricción al matrimonio:

D. 23,1,9 (Ulp. 35 *ad edict.*): *Quaestium est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecim annum si fuerint nuptiae collatae, et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est non videri sponsalia facta, quam sententiam Papinianus quoque probat*.

En el presente texto, se afirma que son los juristas los que admiten la posibilidad de que las promesas de futuro matrimonio (*an sponsalia sint*) sean válidas y desplieguen plenos efectos, en el caso de que la mujer las hubiese realizado un año antes de cumplir los doce años (*ante duodecim annum si fuerint nuptiae collatae*). Siempre que, tras esa fecha, contrajese matrimonio conforme al Derecho Romano y se produjera el traslado de la novia en comitiva a la casa del novio (*durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est non videri sponsalia facta*). Extendiéndose a los esponsales la restricción de los doce años de edad, para la mujer que quería casarse.

D. 23,2,4 (Pomp. 3 *ad Sab*.): *Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos*.

En este segundo pasaje sobre la capacidad física de la mujer para contraer matrimonio romano, vimos que el jurista Pomponio aclara cómo la edad de doce años (*minorem annis duodecim)* se conforma como un límite para que la mujer alcanzara la pubertad y pudiese contraer matrimonio legalmente (*nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset*).

No obstante lo anterior, recordemos que parte de la doctrina ha añadido la posibilidad de que la mujer contrajese matrimonio antes de esos doce años, a los siete, siempre que se considerase como *viri potens* y fuese capaz de soportar físicamente el ser "poseída por un hombre", dejando a un margen el haber alcanzado o no la pubertad. Cuestión que como vimos ya había sido matizada por M. J. García Garrido[723], al aclarar que el matrimonio de la menor de doce años no podría ser legítimo en épocas antiguas porque la mujer no estaría capacitada para prestar su consentimiento, si bien podría serlo durante la época

[723] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII...*, op. cit., p. 76 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*..., op. cit., p. 1135 ss.

clásica cuando la mujer alcanzó cierta independencia personal y económica que le posibilitaba prestar válidamente su *consensus*. Trasncribimos otra vez el texto que nos sirve de referencia en esta materia:

D. 23,1,14 (Modest. 4 *different*.): *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis, quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est, si non sint minores quam septem annis*.

En dicho pasaje que vimos al tratar el tema de los esponsales y sus diferencias con el concepto de *matrimonium*, el jurista Modestino repara en la edad para contraer las promesas de futuro matrimonio en relación con el matrimonio romano (*in sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis)*. En este ámbito, el jurista añade la excepción de contraer esponsales sin que los novios hubiesen llegado a la pubertad, con el límite de los siete años (*si non sint minores quam septem annis*).

Sobre este particular, M. J. García Garrido[724] advierte que la costumbre de conducir a la desposada a partir de los siete años al domicilio del prometido y celebrar determinadas ceremonias nupciales, hizo que los juristas clásicos reaccionasen contra esas prácticas y comenzaran a exigir que la mujer cumpliera los doce para poder considerar el matrimonio como válido y con plenos efectos en el Ordenamiento jurídico romano.

En suma, la romanística[725] ha concluido afirmando que el límite de los doce años en la mujer no siempre se respetaba y eran frecuentes los matrimonios romanos con mujeres menores de esa edad, fijándose el límite de los siete años. Produciendo en ese último caso, lo que se ha venido calificando como un "matrimonio blanco" en el sentido de que sólo con el paso del tiempo y con la efectiva convivencia conyugal, daría lugar a un matrimonio legal con plena eficacia a efectos del Derecho Romano.

[724] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 462.

[725] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII...*, op. cit., pp. 76-88; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*..., op. cit., pp. 1135-1142; S. TAFARO, *Pubes e viripotens...*, op. cit., p. 143 ss.;

Lo que entendemos que nos impide poder denominarlo como una unión extra-matrimonial *sine conubio* en razón de la minoría de edad de la mujer, por tratarse de un "matrimonio prematuro" que en unos años se convertirá en un *iustum matrimonium* al cumplir entonces los presupuestos esenciales de las uniones legales en Roma[726].

[726] F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae...*, op. cit., p. 27. Previamente, hemos visto que F. Del Pino-Toscano defendía que la menor de doce años frecuentemente comenzaba sus relaciones de pareja antes de los doce años de edad, para lo que únicamente se le exigía el ser *viripotens* y la continuidad de dicha relación.

C. Conforme a los vínculos familiares existentes

1. Matrimonios incestuosos y clandestinos entre parientes: Consanguinidad y afinidad

Hemos de empezar el estudio de este tipo de unión extra-conyugal resaltando que el pueblo romano, según la propia doctrina[727], rechazaba las relaciones entre parientes de forma que se anulaba el matrimonio incestuoso y se imponían penas al que se hubiera unido en un matrimonio clandestino, como era el caso de la sanción de la *deportatio in insulam* de época clásica. De este modo, la ausencia de *conubium* a causa del parentesco entre los sujetos que formaban una relación afectiva, se configuró en la Roma clásica como una limitación matrimonial en razón del vínculo familiar existente entre hombre y mujer que compartían una misma sangre, hecho que conllevaba la calificación de relación extra-familiar.

[727] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 150; B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 94 ss.; F. BETANCOURT SERNA y C. GÓMEZ-RUIZ, *D. 23,2,57a (¿?): Si legitime concepti fuissent*..., op. cit., p. 86 ss.; M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 265 ss.; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 49; JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., p. 277; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 110. La doctrina no duda en mantener que todos los actos incestuosos entre padres e hijos y entre hermanos eran contrarios a la ley y, en consecuencia, llevaban aparejados la deportación ya en época clásica, al ser considerados como *iniustum matrimonium*.

En términos generales, podemos definir al "incesto" (*incestus*) como aquel acto ilícito cometido por quien contraía matrimonio sin atender a la prohibición legal por razón de próximo parentesco o de alianza, y que suponía la nulidad del matrimonio contraído y sanciones penales para el autor de la infracción, como se desprende de los textos que reconocen esta institución:

D. 23,2,68 (Paul. libr. sing. *ad sentus consultum Turpilianum)*: *Iure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit. qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur, vel adfinem quam impeditur, si quidem palam fecerit, levius, si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. cuius diversitatis illa ratio est: circa matrimonium quod ex latere non bene contrahitur palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur*.

En el presente pasaje del jurista Paulo, se asevera que quien cometía incesto (*incestum committit*) al casarse con ascendientes o descendientes (*qui ex gradu ascendentium vel descendentium uxorem duxerit*) de forma clandestina (*si vero clam hoc commiserit)*, por Derecho de Gentes (*iure gentium)* era severamente castigado (*gravius punitur*) públicamente por el acto cometido y sancionado penalmente

(*non bene contrahitur palam delinquentes ut errantes maiore poena excusantur, clam committentes ut contumaces plectuntur*).

D. 48,5,38 (Pap. 5 *quaest.*): *Papinianus libro quinto quaestionum Testo: Filium familias publico iudicio adulterium in uxorem sine voluntate patris arguere constitutum est: vindictam enim proprii doloris consequitur.*

Concretando lo anterior, en este segundo pasaje se alude a la unión marital contraída clandestinamente por un hijo de familia (*filium familias)* sin atender a la prohibición legal de matrimonio por razón de próximo parentesco o de alianza. Por este motivo, se dice textualmente que al haberse casado contra la voluntad de su padre (*in uxorem sine voluntate patris arguere constitutum est*) era acusado públicamente en juicio (*publico iudicio adulterium)* y tenía que sufrir las consecuencias de dicha clandestinidad (*vindictam enim proprii doloris consequitur)*.

En este contexto, el profesor Puliati[728] realiza una clasificación de estas uniones extramatrimoniales por incesto según los diferentes juristas de cada etapa histórica, que nos sirve de base para a continuación explicar el alcance de la consanguinidad y la afinidad. En primer lugar, nos encontramos ante el impedimento matrimonial por parentesco que podía ser tanto por consanguinidad como por afinidad y, a su vez, se dividía en línea recta y en línea colateral.

Derivado de los anterior, es el hecho de que se limitase el *matrimonium iustum* a las uniones entre madres o padres e hijos, hermanos, y nietos, ya fuesen naturales o por adopción (ascendientes y ascendientes por línea recta o colateral). Asimismo, debemos señalar tres clases de incesto[729]: i.- el incesto *iuris*, que era aquel cometido por quien contraía matrimonio sin tener presente la prohibición del derecho civil que lo impedía por razón de la alianza contraída o el parentesco en línea colateral *civilis*; ii.- el incesto *iuris gentium*, en segundo lugar, consistía en el incesto cometido por quienes habían contraído matrimonio

[728] S. PULIATI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano* (Milano 2001) 300-303.

[729] En cuanto a la distinción entre estos tipos de incesto desde época clásica, vid. por todos, S. PULIATI, *Incesti crimina...*, op. cit., pp. 39-47.

sin observar las prohibiciones del *ius gentium*, por ejemplo, la limitación matrimonial del matrimonio entre parientes próximos en línea recta; iii.- en último término, el incesto *superveniens* que se trataba del incesto sobreviviente con posterioridad a la celebración del matrimonio, el cual, era una causa de disolución del matrimonio *iustum* cuando, por ejemplo, el suegro adoptaba como *filius* al yerno y quedaban los cónyuges como hermanos.

Por lo que respecta a la evolución de esta restricción marital, señalar que se suele mantener por la doctrina[730]

[730] F. BETANCOURT SERNA y C. GÓMEZ-RUIZ, *D. 23,2,57a (¿?): Si legitime concepti fuissent*..., op. cit., p. 85 ss.; J. A. MARTÍNEZ VELA, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 421-438. J. A. Martínez varela parte del análisis del impedimento de parentesco, resaltando cómo la sociedad romana se aterrorizaba ante las relaciones incestuosas y, por ello, se prohibían estas uniones y se les perseguía penalmente, afirmando que: "Nosotros vamos a centrarnos en el impedimento de parentesco, tratando de dar una breve visión de cómo fue concebido y contemplado a lo largo de la historia. La antigüedad clásica griega y romana conoció sin duda este horror a las relaciones entre parientes, siendo muy numerosos los textos en los cuales podemos apreciar ese sentimiento de repulsa total y sincera ante tales comportamientos. Incluso, encontramos algún texto en el cual se intenta dar una justificación a esta prohibición. En cualquier caso, es significativa también la existencia de numerosos textos en los cuales se hace referencia a relaciones incestuosas por parte de los dioses. Ahora bien, ya desde la antigüedad no sólo se prohibían estos matrimonios entre parientes, sino que la existencia de relaciones sexuales entre dichas personas a las cuales les estaba prohibido contraer matrimonio daba también lugar a una persecución

que en Roma el incesto se caracterizó por la indefinibilidad, debido a condicionantes históricos, culturales y sociológicos que constituyeron el fundamento de este tipo de relaciones. La unión entre tío materno y sobrina constituía, desde los comienzos del Imperio romano, una unión incestuosa y vetada que impedía no sólo el matrimonio legítimo sino cualquier relación extra-matrimonial entre los mismos. En la etapa clásica, los cónyuges podían formar un matrimonio clandestino siempre que éste no fuese incestuoso, pues en este último caso tendría la consideración de ilícito y nulo.

De hecho, la la *Lex Iulia de adulterris coercendis* (18 a.C.) que sistematizó penalmente toda la materia de las uniones extramatrimoniales, contempló el incesto castigando con dureza y declarando nulo el matrimonio entre parientes y afines. Mientras que la legislación postclásica, retomando las sanciones contra el incesto, reprimió fuertemente los llamados delitos sexuales y en particular el incesto. Por su parte, el emperador Constancio castigó con pena de muerte el matrimonio entre tío y sobrina, y la pena de muerte por fuego que se extendía a las uniones

penal. Es decir, el incesto originariamente tenía una doble vertiente: civil -en cuanto impedimento al matrimonio-, y penal –en cuanto persecución de las relaciones sexuales".

entre primos fue abrogada por Arcadio que la sustituyó por sanciones patrimoniales, aunque el mismo Arcadio legitimó poco después los matrimonios entre primos[731].

En todo caso, podemos afirmar que el Derecho Romano clásico distinguía dos tipos de parentesco por el que no se podía contraer matrimonio, a saber, el parentesco de sangre o *cognatio* y el parentesco por afinidad o *adfinitas*. Siguiendo a J. A. Martínez Vela[732], conozcamos el alcance de cada uno de ellos de forma detallada:

[731] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 70-71.

[732] J. A. MARTÍNEZ VELA, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco...*, op. cit., p. 436. A las clases de parentesco anteriores hay que añadir un tercer tipo que nace en la etapa justinianea, denominado "parentesco espiritual". Esta limitación al matrimonio será analizada posteriormente, cuando estudiemos las uniones *sine conubio* nacidas por la influencia del cristianismo, las cuales, serán calificadas como "matrimonios sacrílegos" e "incestuosos" teniéndose por no celebrados. Expresamente aclara Martínez Vela que: "Hemos de hacer mención a la introducción en época justinianea del denominado impedimento por parentesco espiritual, el cual era el resultado de los vínculos establecidos por el bautismo entre el bautizado y sus padrinos y madrinas (…). Los matrimonios contraídos en vulneración de estas prohibiciones se consideraban en Roma sacrílegos e incestuosos, teniéndose por no celebrados, consecuencia de lo cual los posibles hijos nacidos del mismo no se consideraban legítimos, *sino spurii*".

I. Parentesco de sangre o *cognatio*: Nos referimos al parentesco natural, de sangre o por consanguinidad en el que se diferenciaba entre la línea recta y la colateral. En la línea recta, se impedía el matrimonio de forma absoluta no pudiendo contraer el vínculo los ascendientes y descendientes entre sí. Por su parte en la línea colateral, no siempre se aplicó un mismo criterio aun cuando la regla general fue la prohibición matrimonial entre adoptante y adoptado, y entre el adoptante y la mujer de su hijo adoptivo.

Si bien es cierto que no es hasta la etapa clásica cuando la consanguinidad impedía precisamente la formación de un matrimonio romano justo por el antepasado común que compartían dos consanguíneos, cabe resaltar que ya los *mores maiorum* habían prohibido los matrimonios unidos por consanguinidad y perseguido también las relaciones extra-conyugales de este tipo. Así, al *cognatus* se le prohibía contraer justas nupcias por razón de la antinaturalidad de la unión y la ausencia de *conubium*, y la única posibilidad que le quedaba era unirse extra-conyugalmente.

De entre los textos que regulan este impedimento matrimonial por consanguinidad, podemos diferenciar entre aquellas fuentes que establecen esta limitación en línea recta hasta el infinito[733] y otras que lo hacen en función de los grados o número de generaciones entre hermanos y

[733] Las siguientes fuentes establecen la limitación matrimonial en línea recta hasta el infinito (*usque in infinitum*): D. 23,2,53 (Gai. 11 *ad edict. prov.*): *Nuptiae consistere non possunt inter eas personas qua in numero parentium liberorumve sunt, sive proximi sive proximi sive ulterioris gradus sint usque ad infinitum*; Ulp. 5,6: *Inter parentes et liberos infinite cuiuscumque gradus conubium non est. Inter cognatos autem ex transverso gradu olim quidem usque ad quartum gradum matrimonia contrahi non poterant: Nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere; sed tantum fratris filiam, non etiam sororis filiam, aut amitam vel materteram, quamvis eodem gradu sint. Eam, quae noverca vel privigna vel nurus vel socrus nostra fuit, ducere non possumus*; CJ. 5,4,17: *Nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte, pronepte itemque matre, avia, proavia, et ex latere amita ac matertera, sorore, sororis filia et ex ea nepte, praeterea fratris filia et ex ea nepte, itemque ex affinibus privigna, noverca, nuru, socru, ceterisque, quae iure anttiquo prohibentur ; a quibus cunctos volumus se abstinere*; IJ. 1,10,1: *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam quarundam nuptiis abstinendum est. inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, veluti inter patrem et filiam vel avum et neptem vel matrem et filium vel aviam et nepotem et usque ad infinitum: et si tales personae inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat: itaque eam, quae tibi per adoptionem filia aut neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris*.

hermanas y entre tíos con sobrinas o viceversa[734]. Lo

[734] Asimismo, nos encontramos con diversos textos que prohíben el matrimonio en función de los grados o número de generaciones entre hermanos y hermanas, por ser consanguíneos de segundo grado y entre tíos con sobrinas o viceversa, al ser consanguíneos de tercer grado: Cfr. D. 23,2,57 (Marcian. 2 *institut*.); D. 28,7,23 (Marcel. 12 *dig*.): *'Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres esto'; aut nubit alteri, aut non vult nubere; consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: 'si uxorem duxerit', 'si dederit', 'si fecerit' ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat aut det aut faciat;* D. 38,10,1,1 (Gai. 8 *ad edict. prov*.): *Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit, ex transverso sive a latere nullus est primus gradus et ideo incipit a secundo. itaque in primo gradu cognationis superioris quidem et inferioris ordinis cognati possunt concurrere, ex transverso vero numquam eo gradu quisquam concurrere potest. at in secundo et tertio et deinceps in ceteris possunt etiam ex transverso quidam concurrere et cum superioris ordinis cognatis;* D. 38,10,10 pr. (Paul. libr. sing. *de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*): *Iuris consultus cognatorum gradus et affinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque agnatum redire consuerunt; sed et Edicto Praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem; praeterea lege iudiciorum publicorum contra affines et agnatos testimonium inviti dicere non cogimur;* Gai. 1,61: *Sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum. sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis;* Gai. 1,62: *Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum venit, cum divus claudius agrippinam, fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet. et haec ita principalibus constitutionibus significantur*; Cfr. Gai. 1,63; IJ. 3,6 R: *De gradibus cognationes*; IJ. 3,6 pr.: *Hoc*

anterior nos sirve para extraer la naturaleza jurídica de la consanguinidad y la razón de ser de este límite al matrimonio. En particular, la consanguinidad así entendida se define como el vínculo que une a las personas que tienen un mismo descendiente y se tiene en cuenta no sólo para el matrimonio sino también para otro tipo de relaciones de carácter esporádico, como el concubinato, o el contubernio. Se conformó según la romanítica[735], como aquel parentesco

loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur, qua in re inprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentium, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumve eorumque, qui ex his progenerantur, et convenienter patrui amitae avunculi materterae, et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea, quae ex transverso numeratur, a secundo; IJ. 3,6,1: *Primo gradu est supra pater mater, infra filius filia*; IJ. 3,6,2: *Secundo supra avus avia; infra nepos neptis, ex transverso frater soror.*

[735] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 137-139; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana* (Madrid 1988), p. 81; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 181-183. Este último autor justifica que: "Precisión hecha de que antes del tiempo postclásico se pensase en Roma más bien que en un impedimento, en la ausencia de conubium, derecho vigente en Roma fue siempre el que entre consanguíneos, dentro del grado que diremos, el matrimonio era inválido. Tal disciplina, no fue debida (en general) a las leyes (ius scriptum) sino a la costumbre (D. 23,2,39,1; D. 23,2,8; D. 23,2,54) (…). No hay impedimento, por tanto, entre hijos de hermanos, o sea, entre primos carnales; ya que se trataría de parentesco en cuarto grado (…). Todo esto quita, como decíamos, la evidencia a la extensión del impedimento entre tíos y sobrinos segundos, o sea, nietos de hermanos, antes del tiempo postclásico". Mientras que Astolfi, destaca en su obra que: "In età

que ligaba a las personas que descendían de un mismo padre, siendo considerado impedimento ya en tiempo postclásico pues antes se hablaba de uniones creadas en ausencia de *ius conubii.*

Tanto es así que incluso los grados de parentesco que constituían impedimento fueron cambiando en el Imperio. Si bien al principio llegaba hasta el sexto grado, a comienzos del siglo II a.C. se estableció la limitación hasta el cuarto grado, esto es, primos hermanos, y más tarde se prohibió hasta el tercer grado impidiéndose el matrimonio entre hermanos, tío y sobrina, y entre tía y sobrino. No obstante, un Senadoconsulto del emperador Claudio (año 49 d.C.) autorizó el matrimonio entre tío y sobrina hija de hermano, es decir, colaterales en el tercer grado para permitir el matrimonio del emperador Claudio con su sobrina

risalente era probito il matrimonio fra tutti i consanguinei (cognati) di qualsiasi grado e linea, sia retta che collaterale, sia maschile (agnatio) che femminile (cognati: la parola, come è noto, ha anche questo significato speciale, oltre a quello generale di consanguinei…). A differenza del divieto di sposare i parenti in linea retta, quello di sposare i parenti in linea collaterale con il tempo e già in età preclásica da absoluto deviene relativo (…). La proibizione fu poi tolta per l´Oriente da Arcadio e Onorio nel 405 e per tutto l´impero da Giustiniano, che accolse nel suo Codice la costituzine di Arcadio (…). Costituisce impedimento non solo la parentela legittima, ma anche quella illegittima e addirittura quella derivante dall´unione tra schavi o con chiavi".

Agripina, hija de su hermano Germánico[736], restableciéndose las cosas al estado anterior ya el emperador Constantino.

Con el Derecho Canónico, esta limitación matrimonial pasó a denominarse "de pública honestidad", tal y como establece el profesor Robleda[737] cuando aborda la evolución de este impedimento y un supuesto particular en Roma, como era la unión marital entre el hijo y la concubina de su padre.

[736] A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana...*, op. cit., p. 89 ss. En relación a esta excepción, A. Del Castillo sostiene que: "Una excepción es necesario connotar con respecto a esta línea colateral, por lo que hace referencia al matrimonio entre tíos y sobrinas, hijas de hermanos, cuya prohibición fue abolida en el año 49 d.C. mediante un senatus-consultum para permitir el matrimonio del emperador Claudio y Agrippina, hija de su hermano Germánico".

[737] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 186-187. El profesor Robleda mantiene expresamente que: "El impedimento que en el derecho canónico se llama de pública honestidad, por razón todavía de consanguinidad, se dio también entre los romanos en una hipótesis –no en las dos que la Iglesia señala (c. 1078)- a saber, respecto del matrimonio entre el hijo y la concubina de su padre (C. 5,4,4 [a. 228 d.C.]). Que el concubinato debía entenderse público, es claro, una vez que tenía que ser reconocido, socialmente al menos, (antes del postclásico), o sea, con mujeres in quas strupum non committitur (D. 25,7,11), que eran todas aquellas con las cuales las leyes augusteas Julia y Papia Poppaea impedían el matrimonio a los ingenuos, senadores e hijos de senadores".

II. Parentesco por afinidad o *adfinitas*: Se alude al parentesco nacido en virtud del matrimonio que entre el cónyuge y los cognados del otro, o entre los cognados de ambos[738]. Este parentesco de afinidad impedía en época imperial el *matrimonium iustum* con la madrastra viuda o divorciada con su hijastro, el padrastro viudo o divorciado con su hijastra, la suegra y el yerno y el suegro y la nuera, llegándose a prohibir con el Cristianismo el matrimonio entre cuñados. El fundamento de esta institución era el tratar de prohibir el matrimonio en línea recta y en primer grado para de esta manera evitar la bigamia, razón por la que en lugar de matrimonio formasen uniones extra-conyugales *sine conubio*. Así entendida la afinidad, ésta pasaba a constituir un obstáculo de derecho divino al matrimonio clásico y fue, a partir de Augusto, cuando se daba en línea recta entre suegro y nuera, suegra y yerno, madrastra y hijastro o padrastro y hijastra[739].

[738] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 141. Este profesor define el impedimento por afinidad en los siguientes términos: "Costituisce impedimento l´affinità (adfinitas) intesa quale rapporto che lega un cónyuge ai consanguinei dell´altro".

[739] Las fuentes que nos muestran la existencia de la afinidad, al menos durante la vigencia del Principado, son: D. 12,7,5,1 (Pap. 11 *quaest*.): *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit. Condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit, condictio igitur competit;* Cfr. D. 23,2,12,1 (Ulp. 26 *ad*

sab.); D. 23,2,12,2 (Ulp. 26 *ad sab.*): *Sed et per contrarium sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur*; D. 23,2,14,3 (Paul. 35 *ad edict*.): *Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam, quae in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere, et contra eam, quae in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere: aeque nec matrem eius, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. cum enim cognatio servilis intellegitur, quare non et adfinitas intellegatur? sed in re dubia certius et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere*; D. 23,2,14,4 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nunc videamus, quomodo noverca et privigna et socrus et nurus intellegantur, ut sciamus, quas non liceat ducere. Quidam novercam per se patris uxorem et nurum filii uxorem et privignam uxoris ex alio marito filiam intellegunt: Sed quod ad hanc causam verius est nec avi uxorem nec proavi duci posse. duas ergo vel plures novercas ducere non poterit: Non mirum, nam et is qui adoptivus est nec naturalis patris nec adoptivi uxorem ducere potest: sed et si plures uxores pater habuerit, nullam earum ducere possum. Itaque socrus appellatione non tantum uxoris meae mater, sed et avia et proavia intellegitur, ut nullam earum ducere possim. nurus quoque appellatione non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur, licet quidam has pronurus appellant. Privigna quoque non solum ea mihi intellegitur quae uxoris meae filia est, sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim. item eius matrem, quam sponsam habui, non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est: fuisse enim eam socrum*; D. 38,10,4,3 (Mod. 12 *pandect*.): *Sed quoniam quaedam iura inter adfines quoque versantur, non alienum est hoc loco de adfinibus quoque breviter disserere. adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit: Namque coniugendae adfinitatis causa fit ex nuptiis;* D. 38,10,4,4 (Mod. 12 *pandect*.): *Nomina vero eorum haec sunt: socer socrus, gener nurus, noverca vitricus, privignus privigna*; D. 38,10,4,5 (Mod. 12 *pandect*.): *Gradus autem adfinitati nulli sunt*; D. 50,16,36 (Ulp. 23 a*d edict*.): *Litis' nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit.*

A pesar de que se considere que aparece en el Principado, el profesor Volterra[740] plantea la posibilidad de que durante este periodo no estuviera permitido el matrimonio entre afines, tal y como se aprecia en sus palabras al decir que "se discute si ya en el Derecho clásico existía la prohibición del matrimonio entre afines". Por su parte, O. Robleda[741] entiende que esta limitación por afinidad comenzó antes del tiempo clásico pero su carácter jurídico lo tendrá con el Principado y durante todo el tiempo clásico tuvo lugar en línea recta, como indica Gayo[742], dándose entre suegro y nuera, o viceversa, suegra y yerno; entre madrastra e hijastro, o padrastro e hijastra.

Sobre la evolución jurídica del parentesco por afinidad, en este contexto, analicemos el contenido de la Constitución del emperador Constantino I del año 335 d.C. pues al abordar esta materia mantiene literalmente que:

[740] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 650.

[741] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 189-190.

[742] Cfr. Gai. 1,63.

CTh. 3,12,2: *Etsi licitum veteres crediderunt nubtiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam post martem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium, abstineant huiusmodi nubtiis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio preocreari: Nam spurios esse convenit qui nascentur*.

En dicho texto observamos que la limitación por afinidad se extendió también a la línea colateral en el segundo grado (*etsi licitum veteres crediderunt nubtiis fratris solutis ducere fratris uxorem, licitum etiam post martem mulieris aut divortium contrahere cum eiusdem sorore coniugium*), esto es, a los cónyuges y hermanos del otro cónyuge (cuñados). Lo que nos pone de manifiesto la evolución de tal restricción matrimonial desde el periodo postclásico y, especialmente, con los emperadores Constancio a Constante y con Justiniano ya en el 527 d.C., no considerándose como legítimos los hijos habidos de tales uniones (*abstineant huiusmodi nubtiis universi nec aestiment posse legitimos liberos ex hoc consortio preocreari*).

Otra de las novedades postclásicas la encontramos en el hecho de que la afinidad en línea recta de primer grado fue originada no sólo a causa del *matrimonium iustum*, sino también por los esponsales, el *contubernium*, y el concubinato, formando una *quasi* afinidad. Por ello, la carencia de *conubium* en aquellos supuestos regulados por primera vez con las leyes de Augusto pasaron a ser considerados como impedimentos relativos y de carácter social desde la vigencia del Derecho Romano postclásico[743].

Bajo las premisas expuestas, resaltar que los supuestos incestuosos más frecuentes recogidos por lo textos en los que se pone de manifiesto la antinaturalidad de dichas uniones[744] son las relaciones sexuales esporádicas entre un hijo y su madre y, más aún, cuando de esta relación hubieran nacido hijos, pues estos merecían la desprotección de los dioses, a lo que se añadía las uniones ilícitas entre un hermano con su hermana, así como el vínculo entre parientes cercanos.

[743] Cfr. Gai. 1,63; IJ. 1,10,9: *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem privigna tua; Sed Iulianus huiusmodi nuptiis abstinere debere ait; nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse, rectius tamen et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinuerint.*

[744] G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 244 ss.

Concluimos este apartado con las palabras de S. Puliati[745], quien no duda en calificar al incesto como aquella relación entre parientes cuyo carácter a lo largo de la vigencia del Imperio romano fue "repugnante a la conciencia moral y a la razón jurídica". Lo que en todo

[745] S. PULIATI, *Incesti crimina...*, op. cit., pp. 1, 2, 22-23. Expresamente dice así el autor en su obra: "Il diritto romano ha in ogni tempo individuato incesto in qualsiasi unione eterosessuale di persone tra le quali esistono legami di parentela o di affinità, considerando tale rapporto, temporaneo o stabile, repugnante alla coscienza morale e alla ragione giuridica. L´origine dell´illiceità dell´incesto sta nell´identificazione della sua nozione con il concetto, di estrazione religiosa, della sua nefandezza e impurità (…). Durante l´età arcaica, insomma, incesto é l´eveto impuro, religiosamente e moralmente execrando, la cui essenza consiste nell´antisacralità prima che nell´antigiuridicità: è un nefas, prima che un crimen (…) con la fine dell´età republicana, precisamente con la promulgazione della *Lex Iulia de adulteriis coercendis* nel 18 a.C., per iniciativa di Augusto nell´ambito del suo programma di risanamento del custome e di reforma della legislazione matrimoniale romana (…). Il diritto classico continua bensì a guardare alle conseguenze della turbatio sanguinis, o per dirla con Paipiniano (D. 48,5,39,1), della sanguinis contumelia: la criminosità dell´evento viene ancora collegata con la violazione dei vincoli di cognatio o di adfinitas esistenti trai i soggetti (…). Alla definizione della figura dell´incesto fosse quale rapporto conigale illecito tra cognati o tra adfines non ha fatto in alcun tempo riscontro un equivalente assestamento terminologico (…). Le fonti mostrano che in età classica e postclásica caratteristica propria della nozione d´incesto è l´inesistenza giuridica in quanto matrimonio. Le nozze incestuose non sono sin dalla loro istituzione un matrimonio perchè del iustum matrimonium non hanno né i requisito mé le conseguenze sia per quanto riguarda i soggetti che le contraggono, sia per quel che atiene alla condizione dei figli".

caso impedía la calificación de *matrimonium iustum* y conllevaba la consideración de *incesti crimina*, siendo una clara unión extra-conyugal sine *conubio*.

2. El Ligamen y la exigencia de divorcio ante el doble vínculo

Desde época clásica y, en especial en tiempo postclásico, la formación de una segunda relación preexistiendo un matrimonio anterior no disuelto hacía que esa unión fuera considerada como extra-conyugal, ilícita, y no permitida por el Derecho Romano dado el ligamen que existía con el primer vínculo matrimonial. El término "ligamen" tiene su origen en la voz latina *ligamen-ligaminis*, esto es, ligazón, atadura o vendaje que, aplicado a los impedimentos, alude al vínculo no disuelto entre quienes todavía están unidos en matrimonio.

Debemos tener en cuenta que el matrimonio romano clásico fue esencialmente monogámico y, la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, se entendía como una limitación matrimonial o impedimento al matrimonio debido a dos motivos fundamentales. En primer lugar, a la ausencia de *ius conubii* entre las partes y, en segundo término, a la antinaturalidad que suponía la existencia de un doble vínculo. Todo ello con independencia de la condición o profesión de la persona que pretendiera contraer dos matrimonios.

En cuanto a la evolución de esta figura, decir que a finales de la República y principios del Principado la disolución del matrimonio fue una práctica habitual en Roma, incluso por parte de las mujeres, quienes fueron adquiriendo progresivamente determinados derechos. En este ámbito, del siguiente texto se deduce que el divorcio clásico podía producirse por cualquier causa y fue libre de forma, lo que condujo a la casi inexistencia del impedimento de ligamen[746]:

D. 24,2,1 (Paul. 35 ad *edict*.): *Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*.

En el presente pasaje, el jurista Ulpiano concreta las causas que en Roma ponían fin al matrimonio válidamente constituido (*dirimitur matrimonium)*, señalando en primer lugar el divorcio (*divortio*) y añadiendo otros supuestos como la muerte, la cautividad por guerra u otro tipo de casos similares (*morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*).

[746] Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab*.).

De este modo lo entiende gran parte de la *Communis opinio*[747], cuando aborda la libertad de disolución del vínculo marital en época clásica en contra posición con las trabas impuestas en la etapa postclásica y justinianea[748].

[747] En cuanto a la libertad para divorciarse en la Roma clásica y el repudio, vid. por todos, R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 301-307; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*..., op. cit., pp. 585-586; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano* (Palermo 1919), p. 54-56; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La mujer romana ante el divorcio*..., op. cit., p. 121 ss.; P. GIUNTI, *Consors vitae, matrimonio…*, op. cit., p. 83 ss.

[748] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., pp. 312-313 y 343 ss.; J. R. CLARKE, *Sexo en Roma...*, op. cit., p. 95 ss. La profesora Fernández Baquero se detiene en la hipótesis de que el primer divorcio fue el de Sp. Carvilio Ruga, manteniendo que debemos acudir a las fuentes literarias para reconstruir la naturaleza jurídica del divorcio pues son escasos los textos que regulan esta cuestión: "Tras 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 disponemos 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. A lo anterior, J. R. Clarke define el divorcio como un reflejo más de la autonomía que la mujer romana del siglo I a.C. había adquirido: Otro de los pilares de la autonomía de la mujer fue la ley de divorcio (…) durante el siglo I a.C., el matrimonio tradicional que sometía a la mujer a la autoridad de su marido desapareció para ser sustituido por un vínculo que la supeditaba a la autoridad de su padre, con lo que cuando moría el padre, la mujer tenía derecho a heredar la parte que le correspondía del patrimonio paterno. Pero además, las prácticas matrimoniales

En primer lugar el profesor Robleda[749], al referirse al número de divorcios en época clásica, indica textualmente que se trataba de una práctica "amplísima y abusiva". De hecho, considera que tal frecuencia de los divorcios llega al *maximum* al fin de la República o principios del Imperio, surgiendo un nuevo derecho sobre esta materia en tiempo tiempo postclásico con el emperador Constantino.

En línea con lo anterior, C. Gómez Ruiz[750] aborda el tema de la libertad para divorciarse en época clásica, admitiendo que esa disolución del matrimonio se justificaba en la propia naturaleza del matrimonio romano *iustum*. Asimismo, mantiene que el intento de imponer con carácter general una forma para el divorcio era esfuerzo inútil si no se procedía a una nueva reglamentación del matrimonio en el mismo sentido, y tal cosa hubiera supuesto con toda

también se modificaron para facilitar el divorcio. Así, para divorciarse bastaba con que el hombre o la mujer declararan que no deseaban seguir casados. Y como ahora la mujer poseía el control de su propio patrimonio, al separarse se llevaba consigo sus bienes, con lo que los hombres que se casaban por dinero o para alcanzar una mejor posición social temblaban con la sola mención de la palabra divorcio, pues si sus acaudaladas esposas pedían el divorcio, ellos perdían su posición".

[749] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 255 ss.

[750] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 43 ss.

seguridad según sus palabras, un "cataclismo social de magnitud imprevisible".

Así, los intentos posteriores a la época clásica para limitar la libertad de divorcio, que se sustanciaban en el establecimiento de causas para el mismo, estaban todos ellos caracterizados por una nota común, esto es, la de establecer sanciones más o menos graves para aquellos cónyuges que no han seguido la legislación vigente al efecto. Concluyendo, en este punto, con el tema de la forma para la validez del divorcio, al establecer que ésta sólo aparecerá en una época tardía del Derecho Romano por obra de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III, con una Constitución del año 449 conservada en el Código Teodosiano y en el Justinianeo[751].

[751] En cuanto a la evolución jurídica del divorcio, especialmente desde la perspectiva de la mujer romana, vid. por todos, C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *El divorcio y la manus...*, op. cit., pp. 1-18; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La mujer romana ante el divorcio*..., op. cit., p. 121 ss.. Concretamente, retomamos las palabras de C. F. Amunátegui Perelló quien aclaraba que la libertad en el matrimonio se comprendía no desde el consentimiento inicial, sino desde el ánimo permanente que debían demostrar los cónyuges de perseverar en su unión, e: "Incluso en tiempos que el Cristianismo floreció al interior del imperio, la libertad de divorcio se mantuvo".

Por su parte, la profesora Núñez Paz[752] analiza de forma evolutiva el divorcio y lo define diferenciándolo del repudio. Parte del hecho de que en las épocas monárquica y republicana, el repudio era la disolución unilateral (siempre por parte del varón, ya fuese marido o *paterfamilias*) de un matrimonio. Sin embargo, al abordar el estudio de las fuentes romanas nos encontramos con que se utilizan indistintamente los términos *repudium* y *divortium,* el divorcio surge cuando cesa la voluntad de estar unidos en matrimonio y esta situación se produce cuando hay *diversitas gentium*.

No obstante, la autora advierte que la plena configuración jurídica del divorcio romano se produce en el Derecho clásico, época en la que no pudo darse la bigamia y el divorcio consistía simplemente en un "no querer el matrimonio precedente", exteriorizándose de una forma clara contrayendo uno nuevo. En todo caso, finaliza su exposición afirmando que, como consecuencia de la nueva filosofía cristiana y del cambio producido en la concepción del consentimiento, la libertad de romper el matrimonio tendía a hacerse cada vez más difícil.

[752] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 101-132 y 148 ss.

Pues bien, ante esto, mantenemos que en época postclásica se siguió respetando el principio monogámico del *matrimonium iustum* y, como tal, el ligamen se configuró como una verdadera prohibición matrimonial regulada por el Derecho Romano. En cuanto a la falta de *conubium* en este periodo, decir que ello no derivaba de la relación con el divorcio sino de la necesidad de disolver el primer matrimonio antes de poder contraer el segundo o, lo que es lo mismo, en no poder ser válido el segundo preexistiendo el primero.

No obstante lo anterior, el divorcio del primer vínculo dejaba de ser libre a partir del Derecho postclásico y, muy especialmente, con el emperador Justiniano lo que hizo incrementar el número de relaciones extra-conyugales *sine conubio* por existencia de doble vínculo en el Imperio, tal y como se recoge en los textos justinianeos que abordan este impedimento y que literalmente sostienen que el ligamen al menos desde época postclásica impedía el matrimonio[753]. La disolución por

[753] IJ. 1,10,6: *Adfinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere necesse est. Ut ecce privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraeque filiae loco sunt. Quod scilicet ita accipi debeat, si fuit nurus aut privigna: nam si adhuc nurus est, id est si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non possis, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc privigna tua est, id est si mater eius tibi nupta est, ideo eam uxorem ducere non*

divorcio para evitar el ligamen en época postclásica y justinianea conllevaba, en definitiva, la ruptura del vínculo por la voluntad, al menos, de una de las partes. En general, el divorcio fue admitido en Roma desde sus orígenes, aunque los supuestos en los que éste se concedía eran muy limitados hasta el siglo III a.C[754].

poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet; IJ. 1,10,7: *Socrum quoque et novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod et ipsum dissoluta demum adfinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est si adhuc patri tuo nupta est, communi iure impeditur tibi nubere, quia eadem duobus nupta esse non potest: item si adhuc socrus est, id est si adhuc filia eius tibi nupta est, ideo impediuntur nuptiae, quia duas uxores habere non possis*.

[754] Sobre los orígenes y evolución del divorcio en Roma, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 189 ss.; J. R. CLARKE, *Sexo en Roma...*, op. cit., p. 95 ss.; P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage*..., op. cit., p. 218 ss.; A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana...*, op. cit., p. 94 ss.; A. DEL CASTILLO, *Apuntes sobre la situación de la mujer...*, op. cit., p. 173 ss.; L. FULCI, *Il divorzio nella prima epoca del Diritto Romano*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* III (Modena 1894); L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., pp. 113-114; E. RUIZ FERNÁNDEZ, *El divorcio en Roma* (Madrid 1992) 23 ss.; J. VALENTI ABREU, *La disolución del matrimonio romano: Efectos jurídicos respecto de la identidad del nasciturum*, en *Estudios en Homenaje al profofesor F. Hernández-Tejero* II (Madrid 1994) 529-538.

En concreto, si bien alguna fuente literaria fija que el primer divorcio romano fue el de *Spuris Carvilius Ruga*[755] en el año 230 a.C. llevándose a cabo por causas ajenas a las admitidas en derecho, otro texto[756] sostiene que el primer divorcio fue el de Lucio Annio pues la tradición habla que dicha disolución marital que se había realizado sin una sentencia amigable (*absquae sentencia amicorum*)[757].

En suma, concluimos este epígrafe alegando que la existencia de un matrimonio anterior sólo constituyó impedimento matrimonial como tal desde época postclásica, ya que el matrimonio estaba basado en el consentimiento

[755] AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 17,21,44: *Anno deinde post Roman conditam quingentésimo undevicessimo (: 230 a.C.) Spurius Carvilius Ruga primus Romae de amicorum sententia divortium cum uxore fecit, quod sterila esset iurassetque apud censores uxorem se liberum querendorum causa habere*.

[756] VALERIO MAXIMO, *Factorum et dictorum memorialium libri novem*, 2,1,4: *Primus autem Spurius Carvilius uxorem sterilitatis causa dimisit. Qui quanquam tolerabili ratione motus videbatur, reprehensione tamen non caruit, quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur (…) L. enim Annium senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiaste nullo amicorum [in] consilio adhibito*.

[757] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano Preclassico...*, op. cit., p. 111 ss.; M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 312 ss. En cuanto al supuesto planteado de Spuris Carvilius Ruga como primer divorcio en Roma, tanto la profesora Fernández Baquero como Astolfi, plantean la problemática suscitada en torno a la fecha exacta y las hipótesis de que efectivamente fuera el primer divorcio.

meramente inicial y no necesariamente continuado[758]. De hecho, en el Derecho clásico cuando el matrimonio dependía de que se mantuviera la voluntad efectiva de los cónyuges, tal situación no podía darse porque habría significado necesariamente la cesación de la *affectio* en la primera unión conyugal y, por tanto, habría tenido como consecuencia la disolución de ésta.

[758] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 650.

3. *Tempus lugendi* y mezcla de sangre como prohibiciones a la viuda

En este apartado nos referimos a las uniones extramatrimoniales *sine conubio* que se producían cuando la viuda, no respetando el tiempo de luto, había vuelto a contraer un nuevo matrimonio. Desde los orígenes del Derecho Romano, existía una imposibilidad para que la viuda pudiera contraer un segundo *matrimonium iustum* antes de los diez meses siguientes a la muerte del primer marido, para tratar así de evitar posibles dudas sobre un embarazo posterior y la mezcla de sangre (también conocida como *partus* o *turbatio sanguinis*).

Concretando lo anterior, desde la etapa clásica las personas que no respetaban este periodo sufrían una limitación al matrimonio romano justo y sólo podían formar una unión extra-familiar no admitida por el Derecho dada la posible mezcla de sangres y la "incertidumbre ante una posible paternidad". Por estas razones, el jurista Ulpiano[759] dispuso que el luto de los hijos y de los padres

[759] D. 3,2,11 pr. (Ulp. 6 *ad edict.*): *Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est*; D. 3,2,11,1 (Ulp. 6 *ad edict.*): *Etsi talis maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vor elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.*

no era impedimento para contraer justas nupcias, pero no así la mujer quien no podía casarse si no respetaba el tiempo legal de luto.

En cuanto al origen etimológico de la expresión latina *tempus lugendi* podemos decir que con ella se aludía al conocido como *luctus*, es decir, "tiempo de luto" o periodo en el que se "lloraba" al difunto aun cuando éste no se lo mereciese. Ello simbolizaba en la Roma arcaica, el deber religioso de duelo y respeto que la mujer debía guardar por el marido muerto durante los diez primeros meses[760], plazo en el cual, no podía contraer matrimonio para evitar la mezcla de sangres. En caso de hacerlo y, por motivos de mala reputación, incurrirían según la romanística[761] en *infamia* tanto el segundo marido como los ascendientes con autoridad que consintieran el matrimonio y, por supuesto, la mujer viuda.

[760] Centrándonos en dicha presunción, vid. por todos, M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Régimen jurídico de las presunciones* (Madrid 2007) 90.

[761] R. ASTOLFI, *Il fidanzamento...*, op. cit., p. 135; F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia...*, op. cit., p. 31 ss. En cuanto a la evolución del término "infamia" en las fuentes, tanto el profesor Astolfi como Camacho De Los Ríos reparan en esta cuestión, confirmando este último que: "Etimológicamente el vocablo alude a aquel sujeto que ha sido privado de la fama, de tal forma que, su comunidad no le reconoce ni honor ni dignidad personal. Por lo que el infame ve modificado su status jurídico en el ámbito público y privado, por ejemplo, en cuanto al ius conubii".

En este ámbito, la doctrina[762] relaciona el concepto de *tempus lugendi* con el de *luctus* y el de la *turbatio sanguinis*, definiéndolos como el tiempo de luto y de respeto que la viuda debía esperar para evitar la mezcla de sangres y posibles dudas en caso de embarazo. Veamos, pues, una definición más precisa de cada uno de ellos.

Sobre el *tempus lugendi*, en primer lugar, si bien es cierto que en el Derecho antiguo tal precepto tenía carácter de deber religioso, decir que en general consistía en el periodo de luto de diez meses que debía observar la mujer en duelo de su marido y durante el cual no podría contraer matrimonio, pues de hacerlo incurría en infamia el segundo marido, la mujer y los ascendientes con autoridad que consentían el matrimonio. Por su parte, la *turbatio sanguinis* significaba aquella confusión de sangre e incertidumbre sobre la filiación del hijo, en caso de

[762] P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage*..., op. cit., p. 36; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana...*, op. cit., p. 226. P. E. Corbett aborda esta limitación matrimonial afirmando expresamente que: "The woman who remarries within the tempus lugendi is forbidden to hand over more than one-third of her property as dowry to secundus vir. Now this offence, which dates from an ancient period, rendered the woman famosa or infamis, and the *Lex Iulia* prohibited marriage with such persons. By her hasty remarriage, then, the widow placed herself in a prohibited class, and if the Lex Iulia had been perfecta, the union must have been treated as void. The mention of secundus vir and dos shows recognition of matrimonium; therefore the Lex was not perfect".

segundas nupcias de la madre, sin haber dejado transcurrir el *tempus lugendi* entre el fallecimiento del primer marido y el segundo matrimonio, e igualmente, ocurría con la mujer divorciada que contraía nupcias sin haber transcurrido seis meses de la disolución del anterior matrimonio.

Finalmente, podemos definir al *lucuts* como el tiempo de luto (*tempus lugendi*) durante el que la viuda no podía contraer segundas nupcias, debiendo esperar un plazo de diez meses para volver a casarse. La razón de este plazo, que posteriormente se amplió a once meses, obedecía a evitar dudas sobre la paternidad de un hijo póstumo y evitar así la *turbatio sanguinis*; si bien, podía volver a casarse sin plazo alguno con permiso del emperador y cuando tenía el hijo del marido muerto. No obstante lo anterior, en el año 382 d.C., la falta de *conubium* ante supuestos en los que no se respetase el *tempus lugendi* se extendió hasta los doce meses siguientes al fallecimiento del marido pero nunca se aplicó al hombre viudo, tal y como el profesor Robleda[763] aclara en su obra. En todo

[763] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 207; O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., p. 1131. El profesor Robleda sostiene en la primera obra que: "A partir de esta fecha el impedimento duró un año a contar desde la muerte del marido. El impedimento, como se ve, afectaba únicamente a la mujer viuda; no, en cambio, al viudo; escribe, en efecto Séneca: Annum feminis ad

caso, estaríamos ante un impedimento relativo porque durante ese tiempo se hacía inviable aquellas uniones maritales contraídas sin respetar el tiempo de luto y, además, de carácter religioso y social, ya que lo que se pretendía era evitar dudas sobre la paternidad y la mezcla de sangres. Tampoco podemos hablar de *matrimonium iniustum* ni en el sentido de *nullum* o inválido ni en el sentido de inexistente, pues el matrimonio contraído en contravención del *tempus lugendi* se consideraba como tal aun cuando tenía ciertas limitaciones[764].

En consecuencia, podemos decir que con la vigencia del Derecho postclásico y la influencia cristiana, además de exigirse los doce meses o *annus lugendi* también se requería que esta limitación al *iustum matrimonium* recayera tanto sobre la viuda como la divorciada[765]. Aunque

lugendum constituere mayores, non ut tam diu lugerent, sed ne diutius; viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum (Plutarchus, *Numa*, 12; Cic., *Pro Clue*. 12,35; Senec., *De consolatione ad Helv. Matrem*, 16,1; A. Gell., *Noct. Att.* 3,16,12; Paul., *Sent.* 1,21,14; C. 5,8,2)".

[764] D. 3,2,8 (Ulp. 6 *ad edict.*): *'Genero' inquit 'mortuo': merito adiecit praetor:'cum eum mortuum esse sciret', ne ignorantia puniatur. sed cum tempus luctus continuum est, merito et ignoranti cedit ex die mortis mariti: et ideo si post legitimum tempus cognovit, Labeo ait ipsa die et sumere eam lugubria et deponere;* D. 3,2,9,1 (Paul. 5 *ad edict.*): *Sponsi nullus luctus est.*

[765] Cfr. Nov. 22,40.

algunos autores[766] califican estos hechos de "involución" en tiempo postclásico en base a la pérdida del fundamento inicial de esta institución, esto es, el tratar de evitar la mezcla de sangres, lo cierto es que nosotros consideramos que no se dio tal retroceso y el impedimento siguió teniendo la misma naturaleza de evitar la *turbatio sanguinis*, aun influenciado por las ideas morales y cristianas.

[766] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 100; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 208-209. Sobre esta discusión doctrinal, tanto O. Robleda como B. Biondi concluyen entendiendo que efectivamente la mezcla de sangres sigue siendo el límite principal al matrimonio legal romano en época postclásica y justinianea. El segundo asevera que: "Se disputa (…) sobre si una tal razón del impedimento continuó invariada también luego en el postclásico, o se dio una especie de involutio, considerándoselo fundado también en razones ético-religiosas. Esto último opina Biondi, deduciéndolo del alargamiento del tiempo a un año, y del mismo tenor de los textos (…). Por nuestra parte creeríamos que la turbatio sanguinis continua todavía siendo la principal razón del impedimento. Lo deducimos del hecho de que precisamente en este tiempo el impedimento se extiende a la divorciada (communi consensu o iusta causa probata), y de que aun el tiempo prohibido extendido a un año, se dice expresamente prescrito para obtener la certeza de la paternidad de la prole. Por su parte, el profesor Biondi no duda en aclarar que: "Circa il lutto vedovile, la legislazione civile coincide con quella canonica, fino al punto che si può discutere se in questa l´istituto sia stato ricevuto dal diritto romano oppure abbia avuto origine indipendente (…). Tuttavia in epoca cristiana, senza che sia superata la preoccupazione della turbatio sanguinis, hanno il sopravvento le considerazioni morali. Certamente non si tratta della religione dei Mani, ma di elementi cristiani, che fanno capo al matrimonio concepito come sacramento ed alla ostilità per le seconde nozze".

D.- Dependiendo de si mediaba o no consentimiento de los sujetos

1. Matrimonio simulado e inexistencia jurídica

Pertenecen a esta categoría aquellos vínculos contraídos en la Roma clásica por personas entre las que no había un consentimiento verdadero como para formar una familia y procrear, sino todo lo contrario, la intención real era el beneficiarse de las ventajas que se daban a los matrimonios en las Leyes de Augusto[767]. Al abordar tanto los matrimonios inexistentes como los impedimentos matrimoniales, vimos que el término *simulare* se traduce por simular, imitar o llevar a cabo aparentemente un acto o negocio jurídico.

Por lo que en el caso del *matrimonium* como hecho con relevancia social, se trataría de la discordancia entre las voluntades declaradas por las partes y las que verdaderamente son queridas, no existiendo una intención real de convivir en una sociedad conyugal ni una voluntad continuada de formar una familia, lo que entendemos que finalmente conllevaría al divorcio.

[767] En tema de matrimonio romano y la importancia de que existiese una voluntad real de unirse perpetuamente en un *consortium omnis vitae*, vid. por todos, B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 101; J. VALENTI ABREU, *La disolución del matrimonio romano...*, op. cit., p. 529.

Estas relaciones, también llamadas "matrimonios de complacencia" o "uniones a cambio de un precio", se considerarían como relaciones extramatrimoniales *sine conubio* por razón de la simulación y la ausencia de *affectio maritalis*, tal y como se deriva del siguiente texto que incide en la simulación de las nupcias, el cual, lo volvemos a reproducir por entender que es la única fuente en la que se declara expresamente que las nupcias simuladas o fingidas no tenían ningún valor ni efecto jurídico:

D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad leg. Iul. et Pap*.): *Simulate nuptiae nullius momento sunt.*

En dicho pasaje visto previamente, el jurista Gayo recoge el supuesto en el que las nupcias fuesen simuladas (*simulate nuptiae*), reconociendo que en ese caso el matrimonio sería inexistente para el Derecho Romano (*nullius momenti sunt*). Recordemos que uno de los presupuestos esenciales para que existiera un *iustum matrimonium* era el consentimiento libre y conscientemente de quienes contraían matrimonio con la intención de vivir en una comunidad y compartir una suerte en común para toda la vida, de modo que si éste era fingido, no había nupcias dada la discordancia entre las voluntades declaradas y las queridas realmente por las partes.

En cualquier caso, al tratar la clasificación de los matrimonios *iniustum nos potest*, confirmamos que eran supuestos de inexistencia jurídica a pesar de que las fuentes directamente tampoco emplean el vocablo "inexistencia". En esta línea, la profesora Núñez Paz[768] en base al texto antes citado, cuestiona la autenticidad de la *affectio maritalis* en los casos que califica como "matrimonios simulados" al carecer de cualquier valor jurídico. Del tenor literal del pasaje, podemos decir que el matrimonio simulado no tendría ninguna eficacia jurídica y se podría calificar como de "cuasi-matrimonio".

En último lugar, nos gustaría citar un ejemplo de matrimonio que ya desde las primeras etapas del Imperio había sido fingido y que hemos examinado previamente, se trataba del matrimonio por *coemptionem* consistente en un negocio o acuerdo de voluntades entre las partes para

[768] M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio...,* op. cit., pp. 71-72. De esta forma, lo recoge la profesora en su obra al decir que: "Poniendo en concodancia la literalidad del texto con la concepción clásica del matrimonio, no parece caber duda de que el matrimonio simulado no tiene ningún valor. Desde el momento en que falta el consentimiento, la voluntad jurídica de realizar un matrimonio, falta el requisito fundamental para su constitución y en consecuencia aquel no puede surgir –si la simulación tiene lugar en el momento de contraer matrimonio – o cesa- si la simulación se produce en un momento posterior. Al ser necesaria la voluntad continuativa, si se rompe la continuidad a causa de la simulación, se rompe el matrimonio mismo".

realizar una venta simulada. Desde los orígenes de esta institución, el vínculo matrimonial no tenía ningún efecto jurídico, pues era una ficción de compra propia de los matrimonios *cum manu* en los que se empleaban las formalidades del cobre y la balanza por un precio fingido o *nummus unnnus*, aunque ya en época clásica, fue la mujer la que hacía la *mancipatio*. De hecho, Gayo[769] define a este tipo de uniones como "matrimonios por compra" por ser una *imaginaria venditio* que se veía modificada al tratarse del matrimonio sólo en la última parte del negocio, es decir, en las palabras o fórmulas usadas para indicar la unión entre el *mancipio accipiens* y la *uxor*.

[769] Cfr. Gai. 1,113; Gai. 1,120: *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur. animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini, item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt italica, eodem modo solent mancipari*; Gai. 1,138: *Hi qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*; Gai. 2,22: *Mancipi vero res/sunt, quae?/ per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio*.

2. Los matrimonios por miedo o violencia

Los conocidos como matrimonios por miedo o violencia eran aquellas uniones cuasi-maritales contraídas en Roma contra la voluntad real de, al menos, uno de los cónyuges y, al igual que ocurría en los matrimonios simulados, también se producía una inexistencia de consentimiento efectivo y real pero a causa del miedo y el temor producido por la amenaza y coacción.

Este tipo de para-matrimonios por miedo (*metus*) o por violencia (*vis*) se caracterizaban por la fuerza material y física o la violencia externa, que había que ejercer para que una de las partes contrajese el vínculo marital, no consistiendo en un mero temor o coacción. Detengámonos, pues, en el texto[770] que entendemos nos sirve de base en esta materia:

D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig*.): *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrio esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur*.

[770] Cfr. D. 4,2,21,5 (Paul. 11 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap*.).

Del tenor literal de este pasaje de Celso, podemos deducir que el miedo, como tuvimos ocasión de exponer a la hora de sistematizar los *iniustum matrimonium* inexistentes, no impedía que existiese el consentimiento mutuo necesario para la existencia del matrimonio romano y, por ello, en la época clásica hubo matrimonio aunque fuese contraído sin existir una voluntad expresada libremente entre los contrayentes. Concretamente, en este caso se afirma que si un padre obligó a su hijo a casarse (*Si patre cogente ducit uxorem)*, dicha unión aun siendo bajo coacción era válida para el Derecho Romano (*quam non duceret, si sui arbitrio esset, contraxit tamen matrimonium*) por existir un consentimiento expreso, aunque éste no fuese real y se hubiera hecho por miedo (*maluisse hoc videtur*).

Como ya afirmábamos previamente, estas uniones extra-conyugales *sine conubio* a causa del miedo han sido también objeto de debate por considerarse tanto ineficaces como inexistentes. Siguiendo a O. Robleda[771], nosotros las englobabamos dentro de los *iniustum matrimonium* y, a su

[771] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., p. 1136. El profesor Robleda clasifica el matrimonio por miedo como de inexistente: "Creo que se puede reconocer la tesis general romana, del matrimonio inexistente cuando defecte el *consensus* (…) el sentido más obvio de los textos lleva a la conclusión de que el matrimonio celebrado o realizado por miedo no era nulo en la mente de los romanos (…) hubo matrimonio, porque hubo consentimiento: *maluisse videtur*".

vez, en los inexistentes al faltar el elemento del *consensus* y no haber acto jurídico alguno. En cualquier caso, el matrimonio romano clásico no podía ser contraído bajo coacción ya que era un derecho que debía ser aceptado libremente, pues la finalidad principal era formar un consorcio para toda la vida y perpetuar la especie.

Es por esto, que, las principales fuentes que abordan este tipo de matrimonios aluden más a los contraídos por miedo que a los realizados bajo fuerza física, a pesar de que son similares. Teniendo presente la disparidad de opiniones doctrinales en esta materia, nosotros entendemos que los textos clásicos recogen el matrimonio por *metus* y el hijo de familia no podía ser obligado a tomar esposa, pues en ese supuesto el matrimonio era inexistente dada la ausencia de *affectio maritalis* entre ambos aun cuando no podía existir la nulidad del vínculo por ineficacia.

Por lo que respecta al matrimonio conformado por miedo o bajo coacción en tiempo postclásico, señalar que dicho matrimonio no fue válido y se consideró como "no contraído" debido al cambio en la concepción del *consensus* como meramente inicial.

3. El *error in persona*: Matrimonios viciados por error o dolo

En la línea del anterior supuesto, nos encontramos con un tipo especial de matrimonio *iniustum* considerado como tal por estar viciada la voluntad de al menos uno de los cónyuges. El problema principal que se plantea entre estos conocidos como "matrimonios por error" o "matrimonios por dolo" son los escasos textos que abordan la materia, lo que nos ha dificultado la tarea de determinar la esencia de este tipo de uniones extramatrimoniales *sine conubio* en época clásica e impedimentos matrimoniales ya en tiempo postclásico[772]. No obstante, reparamos en el pasaje que consideramos que resumen esta materia:

[772] Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict*.); D. 23,2,43,10 (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap*.): *Senatus censuit, non conveniens esse ulli Senatori, uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio; quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas;* Cfr. D. 23,2,58 (Marcian. 4 reg.); Cfr. Gai. 1,64; Gai. 1,67: *Item si civis romanus latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis romanus est, sed aut latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit; sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare; et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis romana*; Gai. 1,68: *Item si civis romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi romano,*

Gai. 2,142: *Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatus consulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel latina, quae per errorem quasi civis romana uxor ducta esset, natus esset: Nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi adgnatione rumpebat testamentum*.

En este texto, Gayo recoge el supuesto del matrimonio contraído entre un ciudadano romano con plenos derechos y una peregrina carente de la civitas o una latina (*quia forte ex peregrina vel latina, quae per errorem quasi civis*

permittitur ei causam erroris probare; et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem romanam perveniunt, et aeque simul incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si peregrino tamquam latino ex lege aelia sentia nupta sit: nam et de hoc specialiter senatus consulto cavetur. idem iuris est aliquatenus, si ei qui dediticiorum numero est, tamquam civi romano aut latino e lege aelia sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua condicione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis romanus, in potestatem patris non redigitur; Gai. 1,75: *Ex iis quae diximus, apparet, sive civis romanus peregrinam sive peregrinus civem romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse, sed si quidem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex senatus consulto secundum ea, quae superius diximus. si vero nullus error intervenerit, sed scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii*; Gai. 1,86: *Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari potest; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex his legibus tutor petendus est; qui desinit tutor esse, posteaquam aliquis ex testamento tutor esse coeperit*.

romana uxor ducta esset), afirmando que dicha unión sería ilegítima por estar viciada de error (*ex senatus consulto erroris causa probatur*) al faltar la capacidad jurídica o *conubium* de la mujer. En todo caso, en dicho pasaje se aclara que los hijos eran legítimos y se tenían en cuenta a efectos hereditarios (*nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi adgnatione rumpebat testamentum*).

En primer lugar, se trataría de una unión ilícita contraída a través de un consentimiento viciado por dolo o error entre las partes, lo que contrastaría con la voluntad libremente expresada y continuada exigida en el Derecho Romano clásico para los matrimonios legales. De igual modo, el *error in persona* podía conllevar o bien que una de las partes careciese del *conubium* o que alguno de ellos no tuviera la capacidad física suficiente como para ser marido y mujer. Si el error fuese cometido con dolo, entendido como aquella mala intención y engaño, el matrimonio no sólo sería considerado como inválido sino que se traduciría en una serie de sanciones, como por ejemplo, la ilicitud del

acto constitutivo de la dote y la restitución de la misma[773].

A modo de valoración global de este tipo de relaciones extra-familiares, nos parecen muy acertadas las precisiones del profesor Astolfi[774] quien directamente concluye que estos matrimonios eran nulos debido al error en la identidad del cónyuge, conformándose como un impedimento al matrimonio legal en Roma.

[773] Para un estudio detallado de la restitución de la dote, vid. por todos, L. SALOMÓN SANCHO, *Las retentiones en la actio rei uxoriae*..., op. cit., p. 5. En este sentido, la autora defiende que: "La restitución de la dote alcanzó auténtica relevancia jurídica cuando la disolución del matrimonio comenzó a plantear conflictos de intereses patrimoniales entre los esposos o más concretamente, entre los paterfamilias de los esposos".

[774] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 102-103. El profesor Astolfi declara textualmente que: "La volontà di dare inizio a un rapporto matrimoniale, cioè la volontà di contrarre matrimonio, può essere viziata da errore, circostanza, questa, che avalora la esistenza, nel matrimonio classico, di una volontà iníciale. L´errore può riguardare l´identità del cónyuge ed è tradicionalmente chiamata error in persona. Determina la nullità del matrimonio ed è relevante anche quando a cometerlo non sia chi sposa, ma chi, nella sua qualità di pater familias, consente al matrimonio del figlio in potestà (…). Se il matrimonio è invalido perché un cónyuge non ha la capacità giuridica a contrarlo, cioè manca di conubium, l´ignoranza in proposito non ha rilievo alcuno: è la mancanza del conubium e non l´errore a invalidare il matrimonio (…). L´impedimento può non solo causare l´invalità del matrimonio, ma sottoporre a sanzioni chi l´ha contratto".

4. Matrimonios informes y requisitos *ad solemnitatem*

Siguiendo la explicación que ofrecimos de los matrimonios informes al hablar de uniones ineficaces, cabe recordar que mientras que el Derecho Romano arcaico exigía ciertas solemnidades para contraer *matrimonium*[775], en época clásica los vínculos maritales podían ser contraídos libremente y de cualquier forma. En este contexto, el matrimonio romano era un hecho con relevancia social y lo que importaba era la existencia de un consentimiento mutuo entre las partes, la capacidad jurídica y física, así como el respeto al principio monogámico del matrimonio, tal y como se deriva del texto que hemos tomado como referencia desde el principio de nuestra investigación y que transcribimos nuevamente:

[775] En cuanto a los ritos nupciales y las solemnidades en las primeras etapas del Imperio romano, vid. por todos, A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 64 ss.; L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., p. 287. Este último autor parte de las siguientes premisas generales: "Lo cierto es, que en la época arcaica, esa relación con lo sagrado, ese toque divino, es esencial en el matrimonio. El efecto que produce el matrimonio es básicamente, introducir en el hogar del marido a una mujer que será su compañera en los actos del culto domestico, y que simultáneamente asegurará la continuación de la estirpe familiar, mediante la descendencia que eventualmente se produzca. Por ello en un entorno mágico, ancestral de ritos y solemnidades, todo gira en función de la visión de los dioses porque todo forma parte de una ceremonia sagrada".

D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*): *Nuptiae sunt coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

Específicamente en dicho pasaje no se observa la exigencia de ninguna forma para el matrimonio, ya que lo que el jurista Modestino nos ofrece son los presupuestos para el matrimonio romano clásico válidamente constituido (*nuptiae* sunt). En este sentido, el jurista señala la capacidad jurídica y física de los contrayentes, marido y mujer, el respeto al principio monogámico y la existencia de un consentimiento mutuo manifestado externamente a través del *honor matrimonii* (*coniuctio maris et feminae, et consortium omnis vitae)*. No obstante, cabe señalar que en la práctica siempre existían determinados ritos, como por ejemplo, el manifestar externamente ese afecto (*voluntate maritali adfectu*) a través de la apariencia honorable de vida conocida como el elemento objetivo u *honor matrimonii*.

En este caso nos referimos a una *forma ad solemnitatem* que cumplía todo matrimonio romano contraído válidamente y que si no se verificaban tales notas o elementos formales, se producía lo que conocemos como “matrimonios informes” (*infomis*) considerados ilegítimos, no firmes y, en

consecuencia, carentes de efectos y nulos aun cuando no ineficaces, tal y como interpretamos de los textos[776]:

D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestad sunt.*

En dicho fragmento de Paulo que retomamos nuevamente, se advierte que el matrimonio romano no se conformaba sólo (*nuptiae consistere non possunt)* por el consentimiento de las partes en alusión al elemento subjetivo e interno conocido como *affectio maritalis* (*nisi consentiant omnes*), ya que hacía falta el asentimiento del *paterfamilias* bajo cuya potestad estaban (*qui coeunt quorumque in potestad sunt*). Ante esto, se observa que formalmente hacía falta que existiera ese consentimiento expreso para que el matrimonio fuera válido.

D. 23,2,5 (Pomp. 4 ad *sab.*): *Mulierem absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.*

[776] D. 23,2,6 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig.*); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig.*); Cfr. D. 23,2,25 (Mod. 2 *reg.*); Cfr. D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp.*).

Por su parte, este segundo texto que volvemos a transcribir hace referencia al elemento objetivo y externo denominado *honor matrimonii* como requisito para que se diera el matrimonio legal, así como a la *deductio in domum mariti* entendida como aquel rito por el que la mujer recién casada era conducida a casa del marido y ambos mostraban su intención de comenzar una nueva vida matrimonial. Sobre dicha convivencia, Pomponio aclara que no hacía falta que ambos cohabitaran en la misma casa pues si la mujer estaba ausente (*mulierem absenti)* pero seguía escribiendo al marido por cartas o por mensajero y le respetaba (*per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet*) dicha unión era legítima para el Derecho Romano. Concretando lo anterior, el jurista añade que la citada comunicación se debía hacer al domicilio conyugal (*domicilium matrimonii)* y no a la casa de la familia de la mujer (*non in uxoris domum)* ni a la del marido (*duci a marito non posse)*, pues para que el matrimonio continuase debía producirse la *deductio* como forma *ad solemnitatem (deductione enim opus esse in mariti... quasi in domicilium matrimonii).*

Recordemos que O. Robleda[777], al tratar esta materia, sostiene textualmente que habría dos tipos de matrimonio en función de la forma en la que se constituyesen, ya que si en tales casos la forma constituía la esencia tendríamos dos especies de matrimonio. El primero, un matrimonio consensual para cierta clase de persona y, el segundo, un matrimonio formal para lo que el profesor califica como de "otra cosa que a nadie se le ocurre sostener". Concluyendo que dicha forma sólo fue una *iuris conditio*, en el sentido de que el matrimonio no sería eficaz sin ella.

Es en este punto donde nos preguntamos qué alcance tiene la forma[778] durante la etapa clásica y cuál fue su evolución posterior con el Derecho postclásico y justinianeo, puesto que el matrimonio clásico era libre de formas exteriorizadas *ad solemnitatis*. Pues como advierte

[777] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140-1141.

[778] L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., p. 282. En cuanto a la edad como formalidad legal en Roma el profesor Robles, partiendo de la afirmación generalizada de que en toda sociedad antigua el amor y el matrimonio son absolutamente distintos, explica en su obra que: "Al igual que todos sabemos la edad para contraer matrimonio, y que el varón no podía contraer matrimonio hasta los catorce años y a la mujer hasta los doce, esto en realidad no era sino una mera formalidad legal, porque los esposos no se casan, se les casa".

A. Ortega[779], nos encontramos con diversos textos[780] que eliminan expresamente la *deductio* y las *tabulae* como formas *ad solemnitatem* para el matrimonio romano clásico, otros pasajes[781] indican la importancia de la voluntad recíproca de los esposos de unirse en matrimonio frente al requisito de la forma, mientras que existen diferentes fragmentos postclásicos y justinianeos[782] que abiertamente excluyen la forma como elemento necesario del *matrimonium iustum*.

[779] A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., pp. 75-80. El profesor A. Ortega realiza un análisis detallado de la institución de la *deductio in domum mariti*.

[780] Cfr. D. 23,2,24 (Mod. 1 *reg.*); D. 24,1,66 pr. (Scaev. 9 *dig.*): *Seia Sempronio, cum certa die ruptura esset, antequam domum deduceretur tabulaeque dotis signarentur, donavit tot aureos: quaero, a nea donatio rata sit. Non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, donatio facta esset, aut tabularum consignatarum, quae plerumque et poste contractum matrimonium fierent…Itaque, nisi ante matrimonium contractum, quod consenso intellegitur, donatio facta esset, non valere*; Cfr. D. 39,5,31 pr. (Pap. 12 *resp*.).

[781] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg*.); Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,3 (Paul. 1 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 50,17,30 (Ulp. 36 *ad sab.*); QUINTILIANO, *Declamationes*, 247: *Finfamus enim factas esse nupcias, consecutam statim alterius mortem: erit profecto uxor, etiam te confitente, tradita, si in societate vitae non fuerit (…). Fingamus, enim nupcias quidem fecisse nullas, coisse autem liberorum crandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata (…) nuptia in domo hanc habent ostendendae voluntatis.*

[782] CJ. 5,4,13: *Neque sine nuptiis instrumenta facta matrimonii ad probationem sunt idonea diversum veritate continente, neque non inpositis instrumentis iure contractum matrimonium irritum est, cum omissa quoque scrptura cetera nuptiaerum indicia non sunt irrita*; CJ.

A tenor de lo expuesto, nosotros entendemos que la solemnidad jurídico-matrimonial de época clásica exigida entre los cónyuges se refería a la necesidad de que la *affectio maritalis* estuviese reconocida socialmente y se configurase como una *iuris conditio* para que el matrimonio clásico fuese eficaz desde el punto de vista jurídico. Aun basándose estos matrimonios en el consentimiento manifestado expresamente y en la convivencia honorable en una comunidad conyugal, consideramos que la ausencia de las notas esenciales propias del *iustum matrimonium* hacían que estuviésemos ante una unión extra-conyugal *sine conubio* por razón de la forma. Así, ni la convivencia (*societas vitae*)

5,4,22: *Si donatium ante nupcias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum culebritas omittatur, nullus aestimet ob id deesse alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestote personas nulla lege impediente consoritum, quod ipsorum consenso atque amicorum fide firmatur;* CJ. 5,17,11: *Iubemus, ut, quicumque mulierem cum voluntate parentium aut, si parentes non habuerit, sua voluntate maritali adfectu in matrimonium acceperit, etiamsi dotalia instrumenta non intercesserint nec dos data fuerit, tanquam si cum instrumentis dotalibus tale matrimonium processisset, firmum coniugium forum habeatur: Non enim dotibus sed adfectu matrimonia contrahuntur;* Nov. 22,3: *Nuptias itaque affectus alternus facit, dotalium non egens augmento. Quum enim semel convenerit sub puro nuptiali affectu, sive etiam oblatione dotis et propter nuptias donationis, oportet causam omnino sequi etiam solutionem aut innoxiam, aut cum poena, quoniam eorum, quae in hominibus subsequuntur, quidquid ligatur solubile est. Ita autem etiam super indonatis matrimoniis distractione facta poena merito subsequatur, hoc nos adinvenimus primi*.

ni las ceremonias o ritos nupciales propios de la época arcaica eran necesarios pues el Derecho Romano clásico y el postclásico, consideraban que esas solemnidades la única misión que cumplían era la de manifestar aparentemente esa *voluntas* marital o *affectio maritalis* con la intención de formar una familia y perpeturar la especia, esto es, la conocida como *filiorum quaerendorum causa*.

En este punto, ni la formalidad de la *deductio in domun* ni las *tabulae* (esto es, el documento escrito de la constitución de la dote) eran exigidas para configurar un *iustum matrimonium*, pues éste surgía por el consentimiento mutuo exteriorizado externamente. Es por esto, que podía ocurrir que el matrimonio fuera plenamente válido por cumplir con los requisitos de capacidad física y jurídica, aun sin haber respetado las solemnidades externas o formas o, al revés, no considerarse como unión marital legal habiendo cumplido ciertos ritos externos.

Estos "matrimonios informes" o "para-matrimonios" si no cumplían con los requisitos de capacidad pasaban, a pertenecer a la clasificación de *iniustum*, ilegítimos, nulos[783] y, en definitiva, contrarios a las normas clásicas,

[783] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1140-1141. El profesor Robleda califica el matrimonio informe como de nulo al decir que: "Comenzando por esto último, o sea, por la prescripción de la forma, se debe afirmar que aun supuesta la necesidad de ella, el

por lo que no eran firmes y carecían de efectos jurídicos plenos. A tenor de lo expuesto, el requisito de la forma no será desde la época clásica un elemento esencial del matrimonio romano, sino más bien un presupuesto que servía de complemento a los demás pues lo que importaba era la intención de contraer matrimonio para toda la vida, estando permitidos los matrimonios sin formas.

matrimonio sigue consistiendo para el emperador postclásico, que la prescribiere, sólo en el consentimiento (…). Esta forma, bajo la determinación más o menos limitada en que se dio, fue, sí, absolutamente necesaria en orden a hacer reconocible la adfectio maritalis interna como existente y operativa de la figura social jurídica del matrimonio. En otras palabras, fue tal forma sólo iuris conditio, en modo de no ser el matrimonio eficaz sin ella".

E.- Según la moral romana y el principio monogámico del matrimonio

1. Adulterio y bigamia en Roma. La nota de infamia

Si bien hemos ido definiendo a lo largo de nuestro trabajo al matrimonio romano como esencialmente monogámico, en principio no cabe hablar de una tercera persona ajena o "cómplice" en dicha relación conyugal. En este sentido, recordamos que las fuentes[784] definen el *matrimonium iustum* como la unión entre un hombre y una mujer con la intención mutua de vivir en comunidad, siendo, por tanto, rechazadas desde los comienzos del Imperio romano aquellas uniones maritales bígamas[785].

[784] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*); Cfr. IJ. 1,9,1.

[785] A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana...*, op. cit., pp. 84-85; A. DEL CASTILLO repara en el origen del adulterio y su represión desde época arcaica y mantiene expresamente que: "En el antiguo derecho, la mujer era castigada, en caso de adulterio, mientras que, en un semejante caso, el esposo podía con impunidad pasar sin castigo. La fuerza del régimen patrimonial resulta evidente y, es así que, la propia familia se encarga de castigar a la culpable (…). El esposo mantenía en estos momentos el ius occidendi, que le daba derecho para matar a su mujer, sin previo juicio, en el caso de que la sorprendiese en flagrante delito. Cuando no existía esta característica de que la mujer hubiese sido sorprendida en el acto, el marido había de recurrir al dictamen de un concilium familiar, formado por los agnados y cognados de la propia esposa (…) la pena de muerte parece norma muy corriente (…) con el paso del tiempo esta medida fue desapareciendo sustituyéndose por un exilio a doscientas millas de Roma".

En este ámbito, adquiere importancia el término "adulterio" cuya raíz latina la encontramos en la voz *adulterium*, traduciéndose por lo que es "impúdico", "adulterado", "alterado", o "falsificado". Aplicado al matrimonio, E. Volterra[786] aclara que se refiere al delito cometido por quienes mantenían relaciones sexuales esporádicas impúdicas fuera de la unión marital, esto es, el *adulter* o la *adultera* tachado con la denominada "nota de infamia" y sobre el que caían sanciones, no sólo pecuniarias sino también aquellas otras más graves como la muerte para la mujer adúltera, tal y como apuntábamos en el Capítulo I de nuestro trabajo.

En la misma línea, G. Rizzelli[787] ha venido definiendo la evolución jurídica de esta institución, señalando como fundamento jurídico del delito de adulterio la infidelidad matrimonial de al menos uno de los cónyuges, lo que constituía un impedimento para el matrimonio en caso de querer unirse el adúltero con su cómplice.

[786] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 113-114. El profesor Volterra plantea la problemática jurídica en torno a la consideración de *infames*, las condiciones y formalidades de tal declaración, la autoridad que podía considerar que existía mala reputación, así como las consecuencias jurídicas que se derivasen de tal declaración respecto a la capacidad de una persona *sui iuris*.

[787] G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 9 ss.

En esta línea cabe recordar que, al abordar los matrimonios ineficaces, aludimos al matrimonio con mujer adúltera admitiendo textualmente que era el último supuesto de matrimonio ineficaz considerado como *matrimonio iniustum* y además nulo, a tenor del siguiente pasaje que reproducimos nuevamente:

D. 48,5,5 (Iul. 86 *dig*.): *Nuptam mihi adulterii ream postulari posse in priore matrimonio commissi, dubium non est, quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur, si quidem vidua sit, de cuius adulterio agetur, ut accusator liberum arbitrium habeat, adulterum an adulteram prius accusare malit: Si vero nupta sit, ut prius adulterum peragat, tunc mulierem.*

Tal y como se extrae del texto, tradicionalmente se ha venido admitiendo que el matrimonio con una adúltera era ineficaz pero existente porque esta clase de matrimonio no le era indiferente al Ordenamiento jurídico romano (*nuptam mihi adulterii ream postulari posse*) y los hijos habidos, aun tenidos como *adulterinus*, eran reconocidos por el Derecho (*quum aperte lege Iulia adulteriis coercendis caveatur*).

En este punto cabe diferenciar entre el "adúltero", que era quien violaba la fidelidad debida en matrimonio y la "adúltera", conocida esta última como aquella mujer que de alguna manera violaba la fidelidad matrimonial. Se suele admitir que estamos ante una unión sexual extra-familiar en la que tenía un papel fundamental la mujer, por ser ella quien únicamente cometía adulterio en sentido estricto, como nos recuerda P. Panero Oria[788].

En la etapa arcaica, el varón que sufría el adulterio por parte de su esposa podía castigarla a través del *iudicium domesticum* o procedimiento privado excepcional en el que se consultaba al *paterfamilias* y demás parientes que formaban el conocido como "consejo de familia" (*concilium propinquorum*). A través de este juicio, se permitía al padre de la mujer adúltera matarla tanto a ella como a su

[788] P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi...*, op. cit., pp. 27-28. Expresamente la profesora mantiene esta idea al decir que: "A pesar de que en las fuentes jurídicas no se encuentra una definición precisa de adulterio, no faltan referencias a éste en las fuentes literarias, siendo considerado, ya en época antigua, como la unión sexual de una mujer casada, libre, de condición honorable –matrona-, con un hombre distinto de su marido. Así pues, la adúltera es la mujer que comete adulterio (mujer casada que se une canarnalmente con otro hombre) y el adúltero es el tercero, con quien se lleva a cabo la relación (el que se une carnalmente con una mujer casada). No obstante, la protagonista será siempre la mujer, ya que la violación de la fe conyugal por parte del marido no se consideró adulterio en el Derecho Romano, o mejor dicho, no tuvo las consecuencias jurídicas que se derivan de la tradición femenina".

cómplice en caso de que ésta mantuviera dichas relaciones a escondidas y en la casa del marido.

Así, se entendía como una acción de impudor gravísima que no sólo afectaba la moral de la mujer, sino a todo el círculo familiar, como a sus dioses y ritos privados. En cuanto a la represión familiar del adulterio en el Derecho primitivo, es C. Gómez Ruiz[789] quien admite las diferentes sanciones que se imponían a la mujer respecto al hombre, aun cuando se tratase del mismo delito.

Con las leyes matrimoniales de Augusto[790], se sustituyó el antiguo *iudicium domesticum* por el *iudicium moribus* considerándose el adulterio como una limitación al matrimonio dada la falta de *conubium* entre los contrayentes para contraer un matrimonio justo, calificándose generalmente como de *impedimentum criminis*[791]. Se defiende,

[789] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., pp. 115-116.

[790] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 219-222; E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in Diritto Romano*, en *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* I, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica (Milano 1972) 243-274; ENRICO G. VITALI, *Premesse romanistiche a uno Studio sull´<impedimentum criminis> (adulterio e divieti matrimoniali)*, en *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* I (Milano 1972) 275-298.

[791] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., pp. 96-97. En esta línea, recordemos que el profesor Biondi calificaba el adulterio como un *impedimentum criminis*.

en este contexto, que no es hasta Augusto cuando se considera el adulterio como un crimen público al tratarse de un delito que gozaba de una *accusatio publica*, a diferencia del estrupo que también era reprimido por la *Lex Iulia*. Pues bien, en caso de unirse, esta relación era calificada como impúdica y nula en el sentido de ineficaz debido al crimen cometido, tal y como se extrae de la interpretación de los textos[792] analizados a lo largo de nuestro trabajo y que abordan indirectamente tanto la represión del adulterio como la infamia. La *Lex Iulia de adulteriis coercendis*[793] prohibía el matrimonio entre una

[792] Cfr. D. 17,2,52,8 (Ulp. 31 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*); Cfr. D. 24,1,2 (Paul. 7 *ad sab.*); Cfr. D. 24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab.*); Cfr. D. 35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 48,5,5 (Iul. 86 *dig.*); Cfr. D. 48,5,6,1 (Pap. 1 *de adult.*).

[793] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*..., op. cit., p. 126; P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi...*, op. cit., pp. 47, 57 y 100 ss. El profesor García Garrido se detiene en analizar el término "adulterio" en la *Lex Iulia de adulteriis* y su evolución hasta Justiniano, señalando cómo la mujer adúltera podía ser castigada hasta con la pena capital: "La *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, de Augusto (18 a.C.) castiga a la mujer casada que tiene relaciones sexuales con otro varón distinto de su marido (Cfr. D. 48,5,6,1). En el derecho primitivo, el marido procedía al castigo de la adúltera después de consultar con los parientes y celebrar un juicio (iudicium domesticum). Se permitía al padre de la adúltera matarla; así como a su pareja, si los sorprendía en su casa o en la de su marido. Más tarde el adulterium se considera un crimen público, perseguido a instancias del marido o del padre de la adúltera y también de cualquier ciudadano si ellos no lo hacen transcurridos dos meses desde el divorcio. Las penas para los adúlteros consistían en la

persona casada y el/la adúltero/a, castigando a la mujer casada que mantenía relaciones sexuales con otro varón distinto de su marido[794]. El *adulterium* se consideraba entonces como un crimen público, perseguido a instancias del marido o del padre de la adúltera y también de

confiscación de un tercio de sus bienes, además de la pérdida de la mujer de un tercio de su dote. Constantino, seguido de Justiniano, castiga el adulterio con la pena capital. *Adulter*. Adultera: varón o mujer que viola la fidelidad matrimonial".

[794] B. BIONDI, *La poena adulterii...*, op. cit., pp. 63-96; E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua...*, op. cit., p. 203 ss.; C. HERREROS GONZÁLEZ y M. C. SANTAPAU PASTOR, *Prostitución y matrimonio en Roma...*, op. cit., pp. 94-95; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus...,* op. cit., p. 65 ss. En tema de adulterio y su regulación con Augusto, C. Herreros asegura que: "En el año 18 a.C., Augusto fijó por la Lex Iulia de maritandis ordinibus la obligación de estar casado para todos los ciudadanos que tuviesen la edad exigida por ley. Esta obligación fue sancionada por la norma de que los caelibes, pertenecientes a cierta categoría de personas que debían estar casadas, serían totalmente incapaces de adquirir sucesiones testamentarias y leyes. Unos meses más tarde Augusto promulga la *Lex Iulia de adulteriis coercendis,* por la cual defiende y castiga todas las relaciones sexuales fuera del matrimonio entre personas de sexo diferente, es decir, que llega a penalizar incluso con la pena de juerte el adulterio; por su parte el profesor Biondi mantiene que: La storia della pena per l´adulterio presenta non poche difficoltà, non solo per l´epoca più antica per cui la deficienza delle fonti puó giustificare la nostra incertezza, ma altresì per l´epoca che va da Augusto a Giustiniano, rispetto alla quale non può dirsi che manchino le fonti (…). La Lex Iulia de adulterris proposta da Augusta nel 18 a.C., a giudizio del Mommsen, è una delle più durevoli che registri la storia del diritto penale. Senza dubbio resta la legge fondamentale in ordine ai reati sessuali fino all´ultima epoca del Diritto Romano".

cualquier ciudadano si ellos no lo hacían transcurridos dos meses desde el divorcio.

En particular, la represión pública de esta ley de Augusto se manifiestaba en los siguientes hechos que nos muestra E. Cantarella[795] y que pasamos a resumir a continuación. En primer lugar, decir que *Lex Iulia de adulteriis coercendis* se conformó como la primera norma escrita que castigaba el adulterio como crimen en sí mismo considerado a través del nuevo *iudicium*[796]. En este sentido, Augusto pretendía restaurar las costumbres tradicionales y familiares en Roma incrementando el número de matrimonios

[795] E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua...*, op. cit., p. 210 ss.

[796] D. 48,5,25 pr. (Macer 1 *public*.): *Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur, sed non quemlibet, ut patri: nam hac lege cavetur, ut liceat viro deprehensum domi suae (non etiam soceri) in adulterio uxoris occidere eum, qui leno fuerit quive artem ludicram ante fecerit in scaenam saltandi cantandive causa prodierit iudiciove publico damnatus neque in integrum restitutus erit, quive libertus eius mariti uxorisve, patris matris, filii filiae utrius eorum fuerit (nec interest, proprius cuius eorum an cum alio communis fuerit) quive servus erit*; D. 48,5,39 pr. (Pap. 36 *quaest*.): *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna nuru noverca, mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret*; D. 48,5,43 (Tryph. 2 *disputat*.): *Si is, qui ius anulorum impetravit, adulterium commisit in patroni uxorem aut in patronam suam, aut in eius eive, cuius libertus patris aut matris, filii filiaeve fuit: an ut libertus puniri debeat? et si deprehensus sit in adulterio, an impune occidatur? et magis probo subiciendum poenae libertinorum, quoniam lege Iulia de adulteriis coercendis ad tuenda matrimonia pro libertinis eos haberi placuit et deteriorem causam per istud beneficium patronorum haberi non oportet.*

legales con carácter estable en el Imperio y rechazando las uniones extramatrimoniales ilegítimas, lo que le llevó importantes innovaciones en el ámbito penal.

Asimismo, destacar que con esta norma se hacía pública la acusación contra los adúlteros aun cuando se sometía el ejercicio de esta *accusatio iure extranei* a la acusación privilegiada a favor del marido de la mujer que cometía adulterio y de su *paterfamilias*[797]. La ley calificaba como adulterio las relaciones extramatrimoniales en sí mismas y aquellas otras mantenidas al margen de los *matrimonia injusta*. En cuanto a los presupuestos del adulterio decir, en tercer término, que la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* exigía en estos casos una violación de la fe conyugal[798], diferenciándose así del estrupo que aludía a cualquier otra relación sexual esporádica de carácter ilícito en la que no existía tan intención marital.

[797] D. 48,5,14,1 (Ulp. 2 *de adult*.): *Plane siva iusta uxor fuit sive iniusta, accusationem instituere vir poterit: Nam et Sextus Caecilius ait, haec Lex ad omnia matrimonia petinet, et illud Homericum adfert: Nec enim soli, inquit, Atridae exores suas amant*.

[798] Cfr. D. 48,5,6,1 (Pap. 1 *de adult*); Cfr. D. 48,5,35 pr. (Mod. 1 *reg.*).

Igualmente, esta ley imponía al marido que había sufrido el adulterio y tenía pruebas de ello, la obligación de divorciarse disolviendo el vínculo marital por la actitud impúdica de la mujer deshonesta, a pesar de que esta imposición iba en contra de la libertad de los cónyuges. Se entendía, entonces, que sólo así se podría acusar con la nota de infamia a la adúltera e imponerle penas severas[799]. En caso de que el marido no repudiara a la adúltera ni disolviera el matrimonio dicho incumplimiento podría llevarle, tal y como examinaremos en el siguiente epígrafe de nuestro trabajo, a ser acusado del crimen de lenocinio[800].

[799] Cfr. D. 48,5,12,13 (Pap. libr. sing. *de adult*.).

[800] D. 24,2,9 (Paul. 2 *de adult*.): *Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberis adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet. libertum accipiemus etiam eum, qui a patre avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit*; D. 48,5,2 pr. (Ulp. 8 *disputat*.): *Ex lege Iulia servatur, ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. peregisse autem non alias quis videtur, nisi et condemnaverit*; D. 48,5,2,1 (Ulp. 8 *disputat*.): *Marito iure mariti accusanti illa praescriptio obicitur, si legem prodisse dicatur ob hoc, quod adgressus accusationem adulterii destitit*; D. 48,5,2,2 (Ulp. 8 *disputat*.): *Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit en eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit*; D. 48,5,13 (Ulp. 1 *de adult*.): *Haec verba legis "ne quis posthac strupum adulterium facito sciens dolo malo" et ad eum, qui suasit, et ad eum, qui strupum vel adulterium intulit, pertinent*; D. 48,5,30 pr. (Ulp. 4 *de adult*.):

A lo anterior cabe añadir, que la ley permitía que el varón que hubiera sufrido el adulterio por parte de su mujer pudiese matar al cómplice de adulterio cuando hubieran sido sorprendidos en su casa, y el adúltero fuera de clase inferior a él, dada la actitud deshonrosa que había cometido. Dejándose impune la venganza privada del marido por considerarse que hacía falta también una actitud pública y notoria que reflejase el profundo rechazo y desaprobación del adulterio[801]. De igual modo, esta norma otorgaba el *ius occidendi* al *paterfamilias* para llevar a cabo la venganza privada contra el cómplice adúltero, pero

Mariti lenocinium Lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patentiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim Lex ita locuta est *"adulterum in domo deprehensum dimiserit", quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere*.

[801] Los textos que abordan la muerte del cómplice son: Cfr. D. 24,2,9 (Paul. 2 *de adult*.); D. 48,5,24,2 (Ulp. 1 *de adult*.): *Quare non, ubicumque deprehenderit pater, permittitur ei occidere, sed domi suae generive sui tantum, illa ratio redditur, quod maiorem iniuriam putavit legislator, quod in domum patris aut mariti ausa fuerit filia adulterum inducere*; Cfr. D. 48,5,25 pr. (Macer 1 *public*.); D. 48,5,25,1 (Macer 1 *public*.): *Et praecipitur, ut is maritus, qui horum quem occiderit, uxorem sine mora dimittat*.

sólo en supuestos de delitos flagrantes como aclara G. Rizzelli[802].

Por último, merece una especial referencia el tema de las penas impuestas por la ley en caso de adulterio ya que se considera que si bien la ley imponía al adúltero la confiscación de un tercio de sus bienes, a la mujer adúltera se le castigaba con la pérdida de un tercio de su dote así como con la disolución del matrimonio por parte del marido siempre que éste hubiera tenido constancia de ello[803]. En este punto, partimos de los siguientes textos del jurista Ulpiano quien precisamente trata la cuestión de la consideración jurídica del adulterio como delito sancionable[804]:

---

[802] Sobre el *ius occidendi* y la acusación de adulterio, vid. por todos, G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 9 ss.

[803] A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana...*, op. cit., pp. 84-85; A. DEL CASTILLO, *Apuntes sobre la situación de la mujer...*, op. cit., pp. 173-187; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Limitaciones a la libertas nuptialis en la legislación augustea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual* (Huelva 2004) 391-406; L. FULCI, *Il divorzio...*, op. cit.

[804] D. 29,5,3,3 (Ulp. 50 *ad edict.*): *Si tamen maritus in adulterio deprehensam occidat, quia ignoscitur ei, dicendum est non tantum mariti, sed etiam uxoris servos liberandos, si iustum dolores exsequenti domino non restiterunt;* D. 37,10,1,9 (Ulp. 41 *ad edict.*): *Idem ait, cum quidam exheredem scripsisset filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum, quia fieret ei haec controversia, an inter liberos sit, ex hac parte edicti ei bonorum possessionem competere, cum, si sine elogio exheres scriptum esset, non haberet bonorum*

D. 4,2,7,1 (Ulp. 11 *ad edict*.): *Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicensimo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. Quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus*.

En primer lugar, en este pasaje Ulpiano de forma general reconoce que si alguien era sorprendido robando, cometiendo adulterio o cualquier acto reprobable similar (*proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit*) sería sancionado legalmente. Aclarando que en ningún caso se le daría la muerte si bien se le castigaría por ello (*quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus*) y sufriría por el delito cometido (*quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus*).

possessionem. idemque et si ita sit scriptum:‘quisquis est, qui filium meum se esse dicit, exheres esto’, quia non est filius exheredatus.

D. 23,2,43,12 (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est. proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum quia deprehensa est erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est eam in adulterio deprehensam, quia factum Lex, non sententiam notaverit.*

Específicamente aludiendo al supuesto de adulterio, en este pasaje el jurista Ulpiano mantiene que la mujer que fuese sorprendida en adulterio (*quae in adulterio deprehensa est)* sería enjuiciada públicamente y castigada (*quasi publico iudicio damnata est)*. Resaltando, asimismo, la posible sanción por infamia (*quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem)*.

Por consiguiente las adúlteras no podían contraer matrimonio, pues con el *adulterium* se incumplía la promesa de mutuo consentimiento entre los contrayentes. Este hecho

era importante si tenemos en cuenta que, durante la época clásica, dicho consentimiento debía ser continuado y no meramente inicial consistiendo en la voluntad efectiva y continuada de los cónyuges de estar unidos establemente en matrimonio. De este modo lo confirma la doctrina[805] cuando, al tratar este impedimento, indican que el matrimonio en Roma era rigurosamente monogámico siendo imposible la existencia de un cónyuge unido matrimonialmente con otras personas contemporáneamente, porque si ello ocurría, o se entendía disuelto el primer matrimonio por *divortium* o si éste no se había disuelto se producía una situación de concubinato entre el cónyuge y la tercera persona.

El *adulterium* por su carácter social limitaba, en definitiva, el matrimonio de forma relativa y la ausencia de *conubium* en estos supuestos venía justificada por el principio monogámico del matrimonio romano clásico pues quienes cometían adulterio eran considerados bígamos y, por ende, acusados de infamia[806]. En cuanto a la evolución de

[805] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 197-198; A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 132; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 275.

[806] Cfr. Gai. 1,63; Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*); D. 12,5,4 pr. (Ulp. 26 *ad edict*.): *Idem si ob struprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt*.

este tipo de uniones, finalmente, cabe señalar que no será hasta el emperador Constantino I y, especialmente con Justiniano, cuando este impedimento se establezca como prohibición expresa entre la adúltera y el cómplice por influencia del Cristianismo, extendiéndose incluso hasta después de la muerte del marido y castigándose el adulterio con la pena capital[807].

[807] Cfr. D. 50,16,101 pr. (Mod. 1 *different*.); Cfr. D. 50,16,225 (Tryph. 1 *disputat*.); PS. 2,26,3: *Capite quinto legis iuliae cavetur, ut adulterum deprehensum viginti horas attestando vicinos retinere liceat;* PS. 2,26,4: *Maritus in adulterio deprehensos non alios quam infames et eos qui corpore quaestum faciunt, servos etiam, excepta uxore quam prohibetur, occidere potest;* PS. 2,26,8: *Eum, qui in adulterio deprehensam uxorem non statim dimiserit, reum lenocinii postulari placuit.*

2. La prostitución y el lenocinio como prácticas habituales en Roma

Comenzamos este apartado con las palabras del profesor Ghirardi[808] quien, al abordar el tema de la prostitución en Roma, afirma literalmente que: "Suele decirse que es la profesión más antigua del mundo y eso, al menos en lo que a Roma respecta resulta verdad, si hemos de estar al mito de su fundación. Cuenta Tito Livio que Rómulo y Remo fueron recogidos y amamantados por Acca Laurentia, mujer que pese a disfrutar de una posición social relativamente elevada, ya que su esposo Fáustulo era el mayoral de los ganados del rey, ejercía la prostitución. Por ello, porque frecuentaba los lupanares, los pastores la llamaban "lupa", la loba, lo que habría dado lugar –según el historiador- a la prodigiosa leyenda. La profesión en Roma no era en sí ilícita, ¿cómo podría serlo? Sin embargo las mujeres que la practicaban ameritaban la tacha de infamia".

[808] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 9 y 30 ss.

En este sentido, la *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.) castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, existiendo diferentes categorías de mujeres con respecto a las cuales era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna. En concreto, la doctrina[809] ha aclarado que se trataba de aquellas mujeres consideradas *probosae* o *turpes*[810] y carentes de honestidad, con las que se podía contraer concubinato y a las que nunca se les podría denominar como *materfamilias*[811].

Dentro de este grupo nos encontramos con las mujeres esclavas (*servus)*, las actrices (*scaenica*) y las condenadas en juicio público. Asimismo, cabe añadir las adúlteras condenadas, las mujeres que habían violado la fidelidad

[809] R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., p. 50-51; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., pp. 106-138; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 22. Tanto el profesor Castello como Astolfi aportan un estudio detallado sobre este tipo de mujeres, y recordemos que es precisamente el profesor M. Falçao quien califica de *turpes* concretamente a las prostitutas, alcahuetas, sorprendidas en adulterio, condenadas en juicio público y las *quae artem ludicram fecerit*.

[810] Para un análisis de la etimología de estos términos latinos que exponemos, vid. por todos, R. LÓPEZ GREGORIS, *El amor en la comedia latina. Análisis léxico y semántico* (Madrid 2002).

[811] En este punto, retomamos los siguientes estudios en torno a la *materfamilias* en Roma: R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., pp. 50-51; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., pp. 106-138; W. WOLODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di "mater familias"...,* op. cit., p. 735 ss.

matrimonial y las sorprendidas en adulterio, así como las *obscuro loco natae*, es decir, las hijas de actores o actrices cuyo origen fue oscuro y poco honorable. Finalmente, no podemos olvidar a las *libertas*, las meretrices o amantes (*meretrix*), las prostitutas (*corpore quaestum faciens*) o exprostitutas, y las alcahuetas o seductoras (*lenas*).

Nos interesa analizar detalladamente las dos últimas clases de *feminae probosae*, esto es, las prostitutas y las alcahuetas o seductoras dada la frecuencia con la que en Roma se daban estas prácticas sexuales. Así, pertenecían a la consideración jurídico-social de “prostitutas” todas aquellas mujeres romanas de vida torpe, deshonrosa y falta de pudor, que se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo a cambio de mantener relaciones sexuales esporádicas[812]. Por su parte, se califican como *lenae*[813] las

[812] M. DOMÍNGUEZ-RODRIGO, *El origen de la atracción sexual...*, op. cit.; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 16; A. LÓPEZ, *Las prostitutas en Roma*..., op. cit., pp. 145-153. Por lo que respecta a la alcahueta y su equiparación con las prostitutas, el profesor Falçao, aclara en su obra que: "Ambas figuras son similares aunque lenae era aquella quae mulieres quaestuarias protituunt tal y como se deriva de D. 23,2,43,7-9".

[813] C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., pp. 117-118. C. Castello define el "lenocinio" en los siguientes términos: "Meritano un attento esame pure le disposizioni nelle quai si parla del mezzano. Lenocinium è un termine che si riferisce sia el mezzano e sia al marito che, scoperto l´adulterio della moglie, invence di

alcahuetas y/o seductoras que concertaban, encubrían o facilitaban una relación amorosa de carácter ilícito, por considerarse esa actitud como poco honorable.

El Derecho clásico prohibió el *matrimonium iustum* con este tipo de personas y las relaciones por concubinato fueron consideradas como uniones extra-familiares en ausencia de *conubium*, dado el *corpore quaestum faciens* o el encubrimiento. Detengámonos, en este punto, en alguno de los textos[814] que regulan estos supuestos excluidos penalmente de estrupo y en los que se permitía legalmente

ottemperare alle disposizioni della Lex Iulia de adulteriis, trattiene presso di sè la donna: non importa se egli ha ricevuto danaro dal correo, opure no; la severità dell´applicazione delle leggi del primo imperatore, debbono esser state diverse a seconda dei tempi: da una costituzione di Severo e Antonio Caracalla sappiamo però che peri l crimen lenocinio, non basta un semplice sospetto".

[814] Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict.*); D. 3,2,4,2 (Ulp. 6 *ad edict.*): *Ait praetor: 'qui lenocinium fecerit'. lenocinium facit qui quaestuaria mancipia habuerit: sed et qui in liberis hunc quaestum exercet, in eadem causa est. Sive autem principaliter hoc negotium gerat sive alterius negotiationis accessione utatur (ut puta si caupo fuit vel stabularius et mancipia talia habuit ministrantia et occasione ministerii quaestum facientia: sive balneator fuerit, velut in quibusdam provinciis fit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habens mancipia hoc genus observantia in officina), lenocinii poena tenebitur;* D. 3,2,4,3 (Ulp. 6 *ad edict.*): *Pomponius et eum, qui in servitute peculiaria mancipia prostituta habuit, notari post libertatem ait;* Cfr. D. 12,5,4 (Ulp. 26 *ad edict.*); Cfr. D. 37,12,3 pr. (Paul 8 *ad Plaut.*); Cfr. D. 47,2,39 (Ulp. 41 *ad sab.*); Cfr. D. 48,5,11,2 (Pap. 2 *de adult.*); Cfr. D. 48,5,14,2 (Ulp. 2 *de adult.*); D. 48,5,14,3 (Ulp. 2 *de adult.*).

tener relaciones concubinarias extra-conyugales con mujeres que traficaban con su cuerpo o personas seductoras que se dedicaban al lenocinio, tal y como hemos tenido ya ocasión de reproducir:

D. 23,2,44,1 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Hoc capite prohibetur Senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem iudicram fecerit, item libertinus Senatoris filiam ducere*.

Como tuvimos ocasión de exponer, el jurista Paulo aclara que se prohibe al senador (*hoc capite prohibetur Senator*) tomar por mujer a una libertina (*libertinam ducere eamve*) o a aquella cuyo padre o madre hubiere representado en las diversiones públicas (*cuius pater materve artem iudicram fecerit*); al igual que ocurría con el libertino, a quien tampoco se le permitía tomar por mujer a la hija de un senador (*item libertinus Senatoris filiam ducere*). Si bien es cierto que, en ningún caso, del pasaje se desprende que se limitasen las relaciones concubinarias.

D. 23,2,47 (Paul. 2 *ad. Leg. Iul. et Pap.*): *Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem iudicram fecerit, aut indicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit; nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit.*

En línea con el fragmento anterior, en este supuesto también Paulo niega el honor (*enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit*) a la hija de un senador que hubiera hecho ganancia con su cuerpo (*senatoris filia, quae corpore quaestum)*, representado en las diversiones públicas (*vel artem iudicram fecerit*) o que hubiese sido condenada en juicio público (*aut indicio publico damnata fuerit)*. Aclarando, en este punto, que se si se casaba debía hacerlo con un libertino para que fuera inpune (*impune libertino nubit)*.

Las siguientes líneas las vamos a dedicar al caso de las prostitutas romanas[815]. En primer lugar, cabe decir que a diferencia de los que ocurrió en Grecia, en Roma la prostitución no era sagrada ni era considerada como algo infamante sino que se entendía como una expresión de la libertad que sólo estaba prohibida a las matronas

[815] Por lo que se refiere a la consideración de las prostitutas y las uniones de hecho, vid. por todos, C. HERREROS GONZÁLEZ y M. C. SANTAPAU PASTOR, *Prostitución y matrimonio en Roma...*, op. cit., pp. 89-111.

honorables, tal y como señala la doctrina[816]. Tras la II Guerra púnica (siglo II a.C.), la actividad política y la vida social se desarrollaba en el foro romano y eran los hombres los que salían a la calle a ejercer su profesión[817], salvo un tipo de mujeres de baja condición social que comerciaban con su cuerpo a cambio de dinero, conocidas con el nombre de "prostitutas".

En términos generales, los estudios[818] que abordan el ejercicio de la prostitución y el comercio sexual, mantienen que este oficio era resultado del contexto económico-social de la Roma de finales de la etapa republicana. Las primeras normas reglamentarias que conocemos son las promulgadas por un edil hacia el año 180 a.C., *Marcus*, quien trató de regular el ejercicio de la prostitución en los lupanares y en las calles.

[816] En cuanto a la *pudicitia* de las mujeres romanas y la prostitución en esta época, vid. por todos, JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., pp. 36-37; C. SALLES, *Los bajos fondos de la antigüedad* (Barcelona 1983) 184-185.

[817] Acerca de la actividad de las prostitutas en el foro, vid. por todos, A. LÓPEZ, *Las prostitutas en Roma*..., op. cit., p. 145 ss.

[818] V. VANOYEKE, *La prostitución en Grecia y en Roma* (Madrid 1991) 95-96. V. Vanoyeke afirma, en este punto, que: "Se ha señalado a menudo que Roma era la ciudad con el índice más alto de prostitución. Lo que hay que entender bien es que la vida en Roma resulta particularmente difícil para la gente modesta. El hambre, las catástrofes naturales (…) y las epidemias –peste, malaria-, son frecuentes".

En concreto, estas mujeres que comerciaban con su cuerpo debían inscribirse en un registro especial para poder ejercer su profesión legalmente en zonas aisladas, concediéndosele una *licencia stupri* (aunque ello no le otorgaba ninguno de los derechos civiles y eran consideradas como prostitutas-esclavas para toda la vida). De hecho, se le asignaba un propietario (*lenons*) para siempre, quien podía incluso venderla si ésta seguía ejerciendo la prostitución con el nuevo dueño. En este ámbito, resulta muy ilustrativo el contenido íntegro de la siguiente fuente que reproducimos otra vez pues de ella se extrae tanto el listado de mujeres consideradas prostitutas como el significado de su oficio, con la expresión "hacer públicamente ganancia con su cuerpo"[819]:

[819] Cfr. D. 23,2,43,4 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); Cfr. D. 23,2,43,5 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); D. 23,2,43,6 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.): *Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere*; D. 23,2,43,7 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.): *Lenas autem eas dicimus, quae mulieres quaestuarias prostituunt*; D. 23,2,43,8 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.): *Lenam accipiemus et eam, quae alterius nomine hoc vitae genus exercet*; D. 23,2,43,9 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.): *Si qua cauponam exercens in ea corpora quaestuaria habeat, ut multae assolent sub praetextu instrumenti cauponii prostitutas mulieres habere, dicendum, hanc quoque lenae appellatione contineri*; Cfr. D. 23,2,43,10 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); D. 23,2,43,11 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap.): Si qua calumniae iudicio damnata sit ex causa publici iudicii et quae praevaricationis damnata est, publico iudicio damnata esse non videtur;* Cfr. D. 23,2,43,12 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap*.); D. 23,2,43,13 (Ulp. 1 *ad. Leg. Iul. et Pap.*): *Non adicitur hic*

D. 23,2,43 pr. (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit*.

Como vimos anteriormente, en este pasaje, el jurista Ulpiano nos mostraba que la *Lex Iulia et Papia Poppaea* prohibió que los ingenuos contrajesen matrimonio con mujeres de mala fama (*palam quaestum facere dicemus non tantum eam*). Incluyendo no sólo a las prostitutas que trabajaban en un lupanar (*quae in lupanario se prostituit*), sino también a aquellas que "no respetaban su pudor en la taberna de un hostelero o en alguna otra parte". Refiriéndose de forma genérica a mujeres adúlteras, flagrantes y artistas de teatro (*verum etiam si qua [ut adsolet] in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit*).

ut in lege Iulia de adulteriis a quo vel ubi deprehensam: prinde sive maritus sive quis alius deprehendisse proponatur, videtur notata: sed et si non in domo mariti vel patris sui deprehensa sit, erit notata secundum verba legis.

Concretando lo anterior y tal y como ocurrió en Grecia, las prostitutas romanas con las que se podía tener relaciones *contra legem* podían ser de diferente tipo[820]:

I. *Delicatae* (*del lat.,* delicado, encantador): Prostitutas que desempeñaban su profesión dentro de los burdeles.

II. *Lorettes*: Eran mujeres que traficaban con su cuerpo a cambio de grandes cantidades de dinero, que recibían de sus clientes.

III. *Cuadrautariae*: A diferencia del caso anterior, eran las prostitutas de más baja condición social y, por ello, cobraban menos por su servicio.

IV. *Lupae* (*del lat*. loba, prostituta, cortesana, ramera)[821]: Conocidas también como "mujeres lobo" quienes, desde los bosques cercanos a las ciudades, trataban de atraer a sus clientes fingiendo el aullido de estos animales salvajes, simbolizando que estaban libres.

[820] FUNDACIÓN "SOLIDARIDAD DEMOCRÁTICA", *La prostitución de las mujeres*, en *Instituto de la Mujer. Serie Estudios* XVII (Madrid 1988) 13-14; V. VANOYEKE, *La prostitución en Grecia y en Roma*..., op. cit., p. 95 ss.

[821] C. HERREROS GONZÁLEZ y M. C. SANTAPAU PASTOR, *Prostitución y matrimonio en Roma...*, op. cit., p. 107.

V. *Copae* (*del lat*. tabernera) o *caupona* (posadera): Este nombre lo recibían las prostitutas que servían en posadas y tabernas.

VI. *Foraie*: Se trataba de aquellas mujeres que ejercían su oficio en los caminos.

A pesar de los escasos documentos que conservamos[822], podemos asegurar que la prostitución se vio reducida hacia el año 476 d.C. con la llegada de los bárbaros al Imperio y la decadencia de Occidente. Así, en el año 531 d.C. el emperador Justiniano promulgó la *Lex de lenonibus* con la intención de reglamentar la prostitución y las demás prácticas ilícitas en el Imperio, considerándose a este tipo de mujeres como *polar omnibus*, es decir, mujeres que se ofrecían públicamente por dinero y no por placer.

[822] JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., p. 225. Centrándose en la regulación de la prostitución en Roma, Jean-Noêl Robert mantiene que conservamos más datos en la regulación literaria que en la jurídica al indicar que: "El placer de la carne limitado a la simple voluptuosidad sensual ofrecía en Roma, para satisfacer el insaciable apetito de los romanos, el comercio de las cortesanas y otras prostitutas. Y resulta que, sobre este tema, poseemos una mina de información particularmente rica: la comedia latina, especialmente con las piezas de Plauto y Terencio. Este teatro se dirige a una muchedumbre popular, descargada de preocupaciones por lo cotidiano, puesto que las representaciones tenían lugar los días de fiesta, y bien decidida a divertirse a expensas de los defectos de la sociedad".

Llegándose a crear por parte de Teodora, esposa de Justiniano, una institución para reinsertarlas socialmente. Por lo que se refiere al lenocinio, en segundo lugar, vamos a analizar las tres causas que existían para reprimir el *lenocinium* en la *Lex Iulia de adulteriis*[823]. En términos generales, se suele definir el lenocinio como "el hacer ganancia con el cuerpo". La doctrina[824] no ha dudado en

[823] F. J. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Algunas observaciones a propósito de la represión del lenocinium en la Lex Iulia de Adulteriis*, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* II (Madrid 1988) 565 ss. Álvarez Cienfuegos realiza un estudio detallado sobre el lenocinio castigado por la *Lex Iulia de adulteriis*, aseverando que esta norma es: "La ley fundamental en orden a los delitos sexuales hasta la última época del Derecho Romano (…) el lenocinio, como veremos, es una figura criminosa que tiene incidencia en esta Lex, cuyo objeto fundamental lo constituye, por lo demás, la represión del adulterium. Con carácter previo, hay que decir que, según el Edicto del pretor, infamia notatur…qui lenocinium fecerit (D. 3,2,1) y que Ulpiano, en el libro cuarto de sus comentarios al Edicto, define el *lenocinium* del siguiente modo: *lenocinium facit, qui quaestuaria mancipia habuerit; sed et qui in liberis hunc questum exercte, in eadem causa est. Sive autem principalieter hoc negotium Herat, sive alterius negotiationis accessione utatur…lenocinio poena tenebitur* (D. 3,2,4,2). (…) Sin embargo, la *Lex Iulia de adulteriis* no castiga el lenocinium en general, es decir, tal y como hemos visto que lo define Ulpiano en sus comentarios al Edicto, sino que sólo reprime determinadas conductas configuradas por ella como constitutivas de lenocinium en relación con el adulterium; a saber: el *lenocinium mariti*, el lenocinio de la mujer (*lenocinium uxoris*) y el lenocinium en que incurre, según la *Lex Iulia de adulteriis*, quien contrae matrimonio con una mujer condenada por adulterio".

[824] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 33 ss.; P. PANERO ORIA, *Lenae et lenones*, en J. GARCÍA

incidir en el estudio de esta institución equiparándola a la de la alcahuetería, advirtiéndose en todo caso que a partir del emperador Augusto el lenocinio se configuró como

SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios Jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge* (Salamanca 2002) 783-798; S. PULIATI, *Incesti crimina...*, op. cit., pp. 284-285; TORRENT RUIZ, A. (Coord.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge* (Salamanca 2002), p. 783 ss.; Expresamente la profesora Panero Oria mantiene que: "El término *lenocinium*, en Roma y hoy, es entendido como alcahuetería y ésta comprende, tanto en su significado latino, como en el castellano, no sólo el solicitar o inducir a una mujer para que tenga un trato lascivo con un hombre, sino el encubrir u ocultar algo. A pesar de que en las fuentes no se encuentra una noción presisa de lenocinium no faltan referencias a las personas que lo cometen en todas se relaciona esta figura con la obtención de un lucro o ganancia. Con la expresión crimen lenocinio nos referimos, no sólo a toda conducta consistente en adquirir un provecho de una unión sexual de las sancionadas en la Lex Iulia de adulteriis, sino también, de aquellas otras tendentes a encubrir la comisión de alguna de esas uniones. Puliati, por su parte, repara en el lenocinio y su evolución desde la etapa clásica manifestando expresamente en su obra el alcance de este crimen: Sicché, si può concludere, il diritto classico osserva il principio della punibilità della donna peri l lenocinio, come per l´incesto e per l´adulterio. Le scarse testimonianze portate dalle fonti giuridiche postclassiche attengono al crimen lenocinii commesso esclusivamente da soggetti maschili. Le Pauli Sententiae prevedono, infatti, soltando il lenocinium mariti, il caso cioè dell´uomo che, colta in flagrante adulterio la propria moglie, non la repudia nei termini previsti dalla *Lex Iulia*; non prendono in considerazione il caso inverso (PS. 2,26,8). È difficile intendere il silenzio come indizio dell´impunità della donna per il crimen lenocinio (…). Tralasciando il crimen lenocinii nelle sue diverse figure, il diritto giustinianeo concentra il proprio interesse sua fattispecie del lenocinium quale avviamento e sfruttamento della prostituzione. Giustiniano asserisce di aver promulgato prima del 535 leggi contro il prossenetismo e di avere di inaspirito le pene irrogate dai suoi predecessori".

un crimen en el que siempre había un lucro o ganancia, persiguiéndose como el propio adulterio o estrupo[825].

[825] En los textos que tratan esta cuestión, además de recogerse el alcance del concepto de adulterio, se define la alcahuetería y el lenocinio en los términos que estamos describiendo: D. 3,2,4 pr. (Ulp. 6 *ad edict.*): *Athletas autem Sabinus et Cassius responderunt omnino artem ludicram non facere: Virtutis enim gratia hoc facere. et generaliter ita omnes opinantur et utile videtur, ut neque thymelici neque xystici neque agitatores nec qui aquam equis pargunt ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosi habeantur*; Cfr. D. 23,2,43 pr. (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 48,5,2,2 (Ulp. 8 *disputat.*); D. 48,5,2,6 (Ulp. 8 *disputat.*): *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;* D. 48,5,12 pr. (Pap. *libr. sing. de adult.*): *Miles, qui cum adultero uxoris suae pactus est, solvi sacramento deportarique debet*; D. 48,5,12,13 (Pap. *libr. sing. de adult.*): *Ream adulterii uxorem duxi: eam damnatam mox repudiavi. quaero, an causam 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 divorti;* D. 48,5,26 pr. (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. de Adult.*): *Capite quinto legis Iuliae ita cavetur, ut viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut non liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti testandae eius rei causa sine fraude sua iure liceat;* D. 48,5,26,5 (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. de Adult.*): *Quod adicitur 'testandae eius rei gratia', ad hoc pertinet, ut testes inducat testimonio futuros accusatori deprehensum reum in adulterio*; Cfr. D. 48,5,30 pr. (Ulp. 4 *de adult.*), *quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere*; D. 48,5,30,3 (Ulp. 2 *de adult.*): *Qui quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit, plectitur nec enim mediocriter deliquit, qui lenocinium in uxore exercuit*; D. 48,5,30,4 (Ulp. 4 *de adult.*): *Quaestum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor: sive enim*

Con el emperador Augusto, la persona considerada como *lena* (en femenino) o *leno* (en masculino) era aquella, alcahueta o seductora, cuya actitud era sancionada como *crimina* por la *Lex Iulia de adulteriis* por realizar, según G. Rizzelli[826], cualquiera de las siguientes conductas motivadoras del lenocinio:

I. Lenocinio del hombre (*lenocinium mariti*): Esta conducta perseguida consistía en obtener algún lucro o beneficio por parte del marido, a causa del adulterio con otra mujer.

II. Lenocinio de la mujer (*lenocinium uxoris*): Este tipo de lenocinio se caracterizaba por el hecho de que el marido, aun habiendo sorprendido *in fraganti* a su mujer en adulterio con el cómplice y cometiendo ésta un flagrante delito, no la repudiaba.

saepius sive semel accepit, non est eximendus: quaestum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod si patiatur uxorem delinquere non ob quaestum, sed neglegentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtu.

[826] G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., pp. 62 y 123 ss.

III. *Lenocinium* por contraer matrimonio con adúltera condenada en juicio: Esta tercera causa tenía lugar cuando el hombre contraía un matrimonio con una mujer, que había sido condenada previamente por adulterio.

Las tres *ex causa lenocinii* analizadas se complementan con otras dos actitudes no consideradas por la ley como lenocinio, pero sí como formas de cooperación o encubrimiento del *adulterium* o *estrupum* por favorecer o encubrir dichos actos y no reprimirlos. En este punto, la doctrina[827] alude, en primer lugar, la conducta consistente en tratar de proporcionar el lugar donde la adúltera y su cómplice mantenía dicha conducta ilegítima; y, en segundo término, el encubrir o no delatar el estrupo o adulterio ajeno[828].

[827] F. J. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Algunas observaciones a propósito...*, op. cit., pp. 570-571; C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 55 ss.; P. PANERO ORIA, *Lenae et lenones*..., op. cit., p. 783 ss.; C. SALLES, *Los bajos fondos...*, op. cit., p. 184. Según Álvarez Cienfuegos, estas conductas serían también castigadas y sancionadas por la ley como lenocinio, lo que implicaba: "La inexactitud de no discernir entre el lenocinium, tipificado de forma autónoma por la Lex Iulia de adulteriis, como hemos visto, y otras conductas que la misma ley no considera sino como formas de cooperación y encubrimiento del *adulterium* y *strupum*. De igual modo, C. Castello trata en su obra sobre las disposiciones contra los que cometen lenocinio".

[828] De este modo se regula en las siguientes fuentes que abordan los supuestos de encubrimiento: D. 48,5,9 (Marcian. 2 *de adult.*): *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum*

Es por esto, que, podemos concluir afirmando que Augusto a través de la *Lex Iulia de adulteriis* excluyó precisamente de la pena por adulterio y/o estrupo aquellas relaciones concubinarias establecidas entre un hombre y cualquiera de las mujeres citadas anteriormente, especialmente en lo que respecta a las prostitutas y alcahuetas, al no ser consideradas jurídicamente ni como matrimonio ni como una unión ilícita propiamente dicha, pudiendo incluso coexistir con el matrimonio del marido. Sin embargo, el concubinato de la mujer sí sería castigado como adulterio.

masculo fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur; D. 48,5,10 pr. (Ulp. 4 *de adult*.): *Et si amici quis domum praebuisset, tenetur*; Cfr. D. 48,5,11,1 (Pap. 2 *de adult*.); D. 48,5,15 pr. (Scaev. 4 *reg*.): *Is, cuius ope consilio dolo malo factum est, ut vir feminave in adulterio deprehensi pecunia aliave qua pactione se redimerent, eadem poena damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur*; D. 48,5,30,2 (Ulp. 4 *de adult*.): *Plectitur et qui pretium pro comperto stupro acceperit: nec interest, utrum maritus sit qui acceperit an alius quilibet: quicumque enim ob conscientiam stupri accepit aliquid, poena erit plectendus. ceterum si gratis quis remisit, ad legem non pertinet.*

Pues bien, ante esto, P. Panerio Oria[829] concluye admitiendo que la legislación matrimonial de Augusto, en definitiva, dividió en tres categorías a las mujeres: i.- las mujeres que podían casarse con los senadores y con los demás ingenuos; ii.- aquellas a quienes no les estaba permitido contraer matrimonio con senadores, pero sí con ingenuos; iii.- y, por último, las mujeres que no podían ser castigadas por la *Lex Iulia de adulteriis*, es decir, prostitutas, alcahuetas, actrices y las nacidas de oscuro linaje, consideradas *probosae* y que no tenían el derecho a contraer un *matrimonium iustum* en Roma.

[829] P. PANERO ORIA, *Algunas observaciones en torno al concubinato...*, op. cit., p. 530.

F.- En función de la influencia ideológica que ejercieran los emperadores

1. *Libertas nuptialis* y uniones no consideradas por Augusto como *matrimonio secundum Legem Iuliam et Legem Papiam Poppaeam*

Siendo conscientes de que algunas de las premisas con las que hemos trabajado hasta ahora se van a repetir en el presente epígrafe, sin embargo, consideramos necesario establecer este sexto y último criterio clasificatorio de las uniones extra-maritales *sine conubio* al estar dedicado específicamente al estudio de las leyes matrimoniales del emperador Agusto. Hasta ahora hemos ido manteniendo que las leyes matrimoniales promulgadas durante el Principado, favorecieron los matrimonios válidamente conformados ampliando el número de personas que tenían la capacidad jurídica para contraerlos o *ius conubii*[830], si bien, se distinguían entre las clases sociales con la intención de evitar el vínculo matrimonial entre personas desiguales y, a su vez, tratar de preservar de esta forma el rango senatorial[831]

[830] M. FALÇAO, O "ius conubii"..., op. cit., p. 255-276; J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium...*, op. cit., p. 4.

[831] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 196. Sobre la evolución de dichas limitaciones, el profesor Robleda afirma

Como examinábamos anteriormente, Augustó promulgó la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) que formaban la *Lex Iulia et Papia Poppaea* cuya finalidad era restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones, para desarrollar una política legislativa que favoreciese tanto las uniones matrimoniales lícitamente contraídas como la procreación. Por esta norma, todos los ingenuos salvo los senadores y sus descendientes, podían contraer matrimonio con los libertos, eliminando cualquier impedimento al matrimonio originado por la distinta clase o condición social.

Sin embargo, se sancionaban determinadas prohibiciones matrimoniales de carácter social que pasaban a formar parte de las uniones extra-maritales *sine conubio* introducidas por la legislación matrimonial de Augusto. De este modo, aun no siendo considerado como matrimonio nulo, el vínculo nunca iba a formar un matrimonio *secundum Legem Iuliam et Legem Papiam Poppaeam contractum*[832]. Lo anterior nos lleva a

que: "Perdurando, como veremos, algunos en el tiempo postclásico, y otros, en cambio, no. Excusamos repetir de suyo durante el tiempo clásico la cuestión en tales hipótesis era propiamente de falta de conubium (positivo) por parte de aquellos a los que no era dado contraer el matrimonio; en el postclásico, en cambio, de prohibiciones, o sea, de impedimentos en orden al matrimonio".

[832] Cfr. D. 23,1,16 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,16 pr. (Paul. 35 ad *edict*.); Cfr. D. 23,2,23 (Cel. 30. *dig*.); Cfr. D. 23,2,27 (Ulp. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,34 pr.; Cfr. D. 23,2,34,3

analizar estas prohibiciones matrimoniales augusteas, en función de las distintas opiniones doctrinales existentes sobre la materia. Siguiendo a M. Falçao[833], cabe resaltar en primer lugar la importancia de las leyes matrimoniales promulgadas por el emperador y su aplicación rigurosa en época clásica, afirmándose en todo caso que si bien el matrimonio republicano llegó a un grado máximo de perfección, desde el siglo I a.C. se impusieron ciertas trabas a la libertad matrimonial con la intención de aumentar el número de matrimonios válidos y habitantes en el Imperio[834].

(Pap. 4 *resp*.); Cfr. D. 23,2,44,1 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 24,1,3,1 (Ulp. 32 *ad sab.*).

[833] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 10 ss. El profesor plantea esta problemática en los siguientes términos: "¿A qué categorías de mujeres afectaban las prohibiciones de la ley Iulia et Papia? No hay todavía unanimidad completa por pate de los romanistas, excluyendo algunos lo que otros incluyen. Todos están de acuerdo en que, a los senadores y sus descendientes hasta el tercer grado, estaban prohibidas las nupcias con libertas y con mujeres quórum pater materve artem ludicram fecerit: lo dicen las mismas fuentes. Y a todos los ingenuos estaría prohibido el matrimoino con prostitutas, adúlteras y artistas de teatro; sin embargo la nota discordante la da especialmente Castelli, afirmando que era posible el matrimonio de un simple ingenuo con una prostituta. Los puntos dudosos son, pues, los relativos a la prostituta y también a la *quae artem lidicram facit*".

[834] A. LÓPEZ PEDREIRA, *Limitaciones a la libertas nuptialis...*, op. cit., pp. 398-402. El profesor López Pedreira analiza las limitaciones a la *libertas nuptialis* en época augustea, sosteniendo que: "El matrimonio republicano representa una genial creación del espíritu

Con carácter general y, por motivos de posición social, se impedía el matrimonio entre libertos e ingenuos. Limitación que ya hacia la segunda mitad de la época republicana había caído en desuso, aunque no fue hasta la promulgación de las leyes matrimoniales del emperador Augusto cuando fue derogada específicamente, manteniendo la prohibición respecto de los que pertenecieran a la clase senatorial y sus hijos, y a las uniones entre ciudadanos ingenuos con mujeres adúlteras flagrantes. De este modo, las personas de dignidad senatorial y sus descendientes no podrían casarse con personas que ejercieran ciertas profesiones, lo que habría sido abolido por Justiniano para

jurídico de Roma lo que se va a ver sin embargo modificado en el siglo I a.C. por la política matrimonial impuesta por Augusto que alegando razones de interés general se entromete en esta esfera individual obligando a los ciudadanos al matrimonio y a la procreación, lo que como veremos no fue bien aceptado por un gran sector de la sociedad romana y generará unos resultados adversos. Pero sobre todo acude Augusto a esta vía de las sanciones indirectas porque consciente de la materia tan personal de la que estaba tratando no podía imponer una obligación general de contraer matrimonio sin más en cuanto ello iría en contra de la tan arraigada libertas nuptialis, por lo que los matrimonios que no se ajustasen a esta legislación, según entiende un gran sector de la doctrina, son válidos iure civile (D. 48,5,14,2; D. 48,5,25,3) y producen sus efectos en relación con los hijos, prohibición de donaciones entre los cónyuges, acusación de adulterio (D. 48,5,14,2; D. 48, 5,25,3), simplemente no lo son a efectos de disfrutar de las ventajas sociales y económicas de esta ley pues los contrayentes son considerados como caelibes (D. 23,2,48,1)".

poder contraer matrimonio válido con Teodora quien había tenido un oscuro pasado.

Si bien no nos encontramos con fuentes que indiquen el origen de estos impedimentos y, menos aún, que defiendan que estas limitaciones naciesen con las leyes matrimoniales de Augusto, nosotros entendemos que la ausencia de *conubium* relativo y de tipo social se dio en los siguientes supuestos que pasaban a formar parte de las conocidas como "uniones concubinarias":

I. En primer lugar, en los matrimonios entre senadores, sus hijos y ulteriores descendientes hasta el tercer grado (hasta los bisnietos) tanto ellos como ellas por una parte, y libertinas, personas de teatro o hijos de personas de teatro, artistas o hijas de artistas y prostitutas, por la otra. Todo ello para tratar de evitar la mezcla de clases y conseguir que la raza se conservase pura[835]. Precisamente el cese del matrimonio entre el senador y la liberta por falta de *conubium*, viene regulado en los siguientes textos:

[835] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 18.

D. 23,2,44,8 (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Eas, quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores, senatores non ducent*.

En efecto, en este pasaje el jurista Paulo alude a las libertas (*eas*) aseverando que del mismo modo que tenían prohibido el matrimonio con ingenuos o nacidos libres (*quas ingenui ceteri prohibentur ducere uxores)*, no podían tomar como marido a senadores (*senatores non ducent*) dada la falta de capacidad jurídica.

CJ. 5,4,28 pr.: *Si libertam quis uxorem habeat, deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus, an solvatur matrimonium, apud Ulpianum quarebatur, quia Lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*.

En la misma línea que el texto anterior, en este pasaje se afirma que la Ley Papia no reconocía el *ius conubii* entre senadores y libertas (*quia Lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur*) ni en el caso de que la liberta hubiera disuelto un anterior matrimonio (*si libertam quis uxorem habeat)*, dada la dignidiad y consideración social de los senadores (*deinde inter senatores scribatur dignitate illustratus)*.

II. Con la misma intención de evitar la mezcla de sangre estaban vetados los vínculos contraídos entre ingenuos, fueran o no de la clase senatorial, con personas que practicaban el lenocinio, prostitutas, las condenadas en juicio como adúlteras (adúlteras flagrantes) y artistas de teatro. Como analizamos en el epígrafe anterior, con la *Lex Iulia et Papia Poppaea* se prohibía que los ingenuos pudieran contraer matrimonio con mujeres de mala fama.

III. En tercer lugar, entendemos que existió este tipo de impedimento al matrimonio romano legal en tiempos de Augusto en aquellos matrimonios entre un liberto y su patrona, o el liberto y la que hubiera sido *uxor* del patrono (o la hija del mismo), tal y como se deriva del análisis del siguiente texto:

D. 23,2,62,1 (Pap. 4 *resp*.): *Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione coniungitur.*

Con esta breve frase, el jurista Papiano aclara que no se considera como unión legítima (*mala ratione coniungitur)* aquella producida entre una mujer y el liberto de su marido o de su patrono (*mulier liberto viri ac patroni)*.

IV. En las uniones estables o convivencia entre un ciudadano romano y una latina o peregrina carente de la *civitas*, así como en los matrimonios entre un *cives* y la libertas[836], tal y como tuvimos ocasión de exponer en el Capítulo I al estudiar los tipos de matrimonios ineficaces

[836] Gai. 1,67: *Item si civis romanus latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis romanus est, sed aut latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit; sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare; et ita uxor quoque et filius ad civitatem romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit civis* romana; Gai. 1,68: *Item si civis romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi romano, permittitur ei causam erroris probare; et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem romanam perveniunt, et aeque simul incipit filius in potestate patris esse. idem iuris est, si peregrino tamquam latino ex lege aelia sentia nupta sit: nam et de hoc specialiter senatus consulto cavetur. idem iuris est aliquatenus, si ei qui dediticiorum numero est, tamquam civi romano aut latino e lege aelia sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua condicione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis romanus, in potestatem patris non redigitur;* Gai. 1,75: *Ex iis quae diximus, apparet, sive civis romanus peregrinam sive peregrinus civem romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse, sed si quidem per errorem tale matrimonium contractum fuerit, emendari vitium eius ex senatus consulto secundum ea, quae superius diximus. si vero nullus error intervenerit, sed scientes suam condicionem ita coierint, nullo casu emendatur vitium eius matrimonii.*

en Roma. En este ámbito, recordemos que O. Robleda[837] concluye que esos matrimonios existían, aun cuando eran nulos e ineficaces, respecto a los matrimonios considerados como legales en la Roma clásica.

V. Asimismo, era nulo el matrimonio del interdicto y del demente por la falta de capacidad de obrar que existía en este tipo de unión.

VI. Los hijos de familia requerían el consentimiento del *pater*[838] para contraer matrimonio porque, en caso contrario, el matrimonio contraído sería considerado como nulo. Si ese consentimiento se hubiese denegado injustificadamente, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* ofrecía medios para obligar a otorgarlo.

[837] O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1151-1153. Literalmente el autor mantiene que: "Se habla de *matrimonium contractum*, si bien viciado, de matrimonio, si bien no iusto, de *ducere uxorem cum qua ei conubium non sit*, y *cum qua conubium est*. Confírmase todo ello por el hecho de que al quedar comprobado el error, de que en esos casos se trata, no se entendía que se contraía matrimonio, sino que el matrimonio ya hecho se convertía de no justo en justo".

[838] En cuanto al consentimiento del *pater* las fuentes se refieren a la necesidad de que *consentiant omnes.* Sobre esta cuestión, Cfr. Ulp. 5,2; Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,19 (Marcian. 16 *dig*; Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp*.).

De lo expuesto hasta ahora, podemos interpretar que las prohibiciones matrimoniales se centraban en aquellos matrimonios entre senadores y sus descendientes con mujeres de condición social ínfima (como en el supuesto de las libertas o ingenuas *obscuro loco natae*). Mientras que a los ingenuos, fueran o no de clase senatorial, se les limitaba el matrimonio con mujeres consideradas como torpes (*turpes*) o infames por su vida inmoral. El emperador Augusto[839] exigía a los ciudadanos romanos que se unieran en matrimonio pero siempre bajo uniones lícitas y honestas, esto es, que no tuvieran la consideración social de reprobables a pesar de que se permitiera, expresa o tácitamente, contraer matrimonio legítimo a ingenuos y libertos. De ahí que en estos supuestos sólo se pudieran unir en concubinato, entendido éste, en los términos que hemos ido exponiendo a lo largo de nuestra investigación.

En este contexto, mientras que una parte de la doctrina sostiene que el matrimonio entre ingenuos y libertos ya estaba permitido desde hacía dos siglos, otros autores defienden que esta permisividad se consiguió sólo

[839] Cfr. D. 23,2,23 (Cel. 30 *dig.*); Cfr. D. 23,2,42 pr. (Mod. libr. sing. *de ritu nupt.*); Cfr. D. 23,2,42,2 (Mod. *libr.* sing. *de ritu nupt.*).

con Augusto[840]; siendo el fundamento de esta última tesis acertado si tenemos en cuenta que Augusto pretendía aumentar la legalidad de esas uniones.

Nos encontramos con textos[841] que aluden al impedimento de contraer matrimonio justo con personas de la clase senatorial, además de referirse a las uniones mal consideradas entre el liberto y la patrona, o a la imposibilidad de que la liberta se divorciase unilateralmente de su patrono (pues, en caso de hacerlo, se le privaría de *conubium*), tal y como se ha venido manteniendo[842].

---

[840] En apoyo de esta última tesis, vid. por todos, V. ARANGIO RUIZ, *Instituzioni di Diritto Romano...*, op. cit., p. 442 ss.; S. DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano*..., op. cit., p. 166.

[841] D. 23,2,13 (Ulp. 34 *ad sab.*): *Si patrona tam ignobilis sit, ut ei honestae sint vel saltem liberti sui nuptiae, officio iudicis super hoc cognoscentis hae prohiberi non debent;* Cfr. D. 23,2,62,1 (Pap. 4 *resp*).

[842] A. LÓPEZ PEDREIRA, *Limitaciones a la libertas nuptialis...*, op. cit., p. 402; A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., p. 195; Con estas palabras lo expresa el profesor Torrent y López Pedreira cuando abordan este tipo de uniones extramatrimoniales existentes en época de Augusto. El primero afirma que: "La *Lex Iulia de maritandis ordinibus* declaró nulas determinadas uniones matrimoniales (como entre senadores y libertas) y la Lex Iulia de adulteriis coercendis (19 a.C.) consideró sujetas a represión penal determinadas relaciones extramatrimoniales sometiéndolas a la quaestio de adulteriis que sancionaba tres tipos de uniones sexuales: el *adulterium*; el *incestum* (unión entre parientes y afines), y el *strupum*, unión carnal con mujer virgen o viuda salvo que se tratase de

La carencia de *conubium* en aquellos supuestos regulados por primera vez con las leyes de Augusto, pasaron a ser considerados como impedimentos relativos y de carácter social durante la vigencia del Derecho Romano postclásico. Estos siguieron en vigor hasta la época del emperador Constantino, quien extendió la lista de mujeres con las que los senadores (u otros altos cargos dignatarios como los *perfectissimi, duoviri* municipales, o sacerdotes provinciales) no podían contraer matrimonio por su baja condición social, como por ejemplo, con una mujer liberta o de humilde nacimiento[843]. En todo caso aludimos a la ya mencionada Constitución de Constantino del año 336 d.C., que decía así:

una libertina (mujer de costumbres muy liberales) o de mujer de incierto nacimiento (*obscuro loco nata*)". Por su parte, el segundo mantiene que: "Con el objeto de legitimar muchas uniones de hecho quizá porque era mayor el número de varones que el de hembras, esta ley declara la validez del matrimonio entre ingenuos y libertas, excepto para la clase senatorial, para la cual se mantiene la prohibición, (D. 23,2,44; D. 23,2,32) y para todos los ciudadanos, ceteri ingenui, prohíbe el matrimonio con prostitutas, D. 23,2,43,5, alcahuetas, D. 23,2,43,6-9, y adúlteras, D. 23,2,43,12-13".

[843] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*..., op. cit., pp. 34-36.

CTh. 4,6,3: *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennalitas vel fla(moni) vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive Romana facta seu Latina, vel scaenica vel scaenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescribti, ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri.*

Concretamente, la Constitución hacía referencia a las mismas prohibiciones matrimoniales con las que el senador no podía contraer nupcias en época clásica, esto es, la esclava, liberta, mujer ingenua de condición humilde por su nacimiento (*humilis*) y la mujer de vida deshonesta (*abiecta*). A este respecto, el profesor Falçao[844] se detiene en analizar el contenido de dicha Constitución y entiende que Constantino no amplía las categorías de mujeres a quienes estaban prohibidas las nupcias con los

[844] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 49.

senadores en la época clásica, pero lo que sí hace es extender esa prohibición respecto a otros altos[845]. Por su parte, O. Robleda[846] no duda en resaltar que Constantino amplía la lista de mujeres con las que los senadores no podían unirse maritalmente y no fue hasta la llegada de Justiniano y la influencia del Cristianismo, cuando definitivamente cayeron en desuso y fueron abolidas en su totalidad.

En consecuencia, con el emperador Augusto surgieron una serie de impedimentos matrimoniales que pretendían evitar la mezcla de clases y conservar el rango senatorial, lo que conllevaba el nacimiento de las uniones extra-conyugales en ausencia de *conubium* introducidas por las leyes matrimoniales del emperador. Por lo que confirmamos que tanto la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 d.C.) como la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) habían introducido interesantes innovaciones en materia

[845] Cfr. D. 23,2,44 pr. (Paul. 1 *ad Leg. Iul. et Pap.*). Entendemos que la cita que mejor resume la perdurabilidad de estos impedimentos en la época postclásica es esta que aporta Paulo en sus comentarios a la Ley Julia y Papia.

[846] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 196. Expresamente mantiene que: "Estos impedimentos continuaron totalmente en vigor, al menos en la primer parte del tiempo postclásico; más aún, con respecto al primero Constantino parece haberlo alargado, añadiendo a la lista de mujeres, con las que no podían los senadores contraer, según los textos de Ulpiano y Paulo, otras varias de baja condición".

matrimonial aunque a partir del siglo IV d.C., comenzaron a caer en desuso debido a la influencia de las ideas cristianas en el Imperio romano.

2. Relaciones *sine conubio* en la Roma postclásica e influencia del Cristianismo

2.1. Relaciones ilícitas entre tutor y pupila

Partiendo de la premisa general de que la prohibición matrimonial entre el tutor y la pupila se ha venido conformando como un tema en el que existe una especial "indefinición de los aspectos fundamentales de su contenido", tal y como nos advierte el profesor Del Pino-Toscano[847], en este caso hacemos referencia a las relaciones extra-conyugales *sine conubio* mantenidas entre el tutor y la tutelada durante el tiempo que durase la tutela. Reparando, especialmente, en su evolución desde la época postclásica[848].

[847] F. DEL PINO-TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y su ex-pupila...,* op. cit., p. 143 ss.

[848] F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Hacia un modelo ideal de tutor*, en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la Uiversidad Nacional de Educación a Distancia XIII* (Madrid 1998) 359-365. En cuanto al origen etimológico del término nos resultan muy interesantes las palabras del profesor F. Fernández De Buján cuando, al tratar sobre la misión esencial del tutor en Roma, mantiene expresamente que: "Y para desentrañar, desde el origen, el sentido más genuino de las misiones del tutor, ¡qué mejor que acudir a la propia etimología y significación de la expresión!. Tutor del latín tutor-tutoris, en su primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua se dice: «persona que ejerce tutela». Y tutela, del latín tutelae, se define en la tercera acepción del Diccionario como: «Protección, amparo, dirección o defensa». Este sentido etimológico nos da una

El cargo de tutor era de carácter vitalicio y sus funciones debían ser, de un lado, proteger a la pupila o tutelada, suplir su falta de incapacidad de obrar y, por supuesto, desempeñar su cargo con la diligencia y honestidad debida[849]. La tutela, entonces, surgía cuando a la muerte del *pater* éste no hubiese nombrado a un *heres* ante los comicios.

Planteándose el problema en aquellos casos en los que el tutor (o curador) además de ejercer su cargo como tal, pretendiese contraer matrimonio con la pupila al excederse de sus responsabilidades de protección y defensa, lo que

pista para ponemos en el camino correcto, a la hora de tratar de descubrir la esencia de la función tutora".

[849] En cuanto a la institución de la tutela en Roma y las funciones esenciales del tutor y el curador sobre los impúberes no sometidos a la *patria potestas* y las mujeres que ni estaban sometidas a la *patria* ni a la *manus* del marido, vid. por todos, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 215 ss.; E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua...*, op. cit., p. 208; G. CERVENCA, *Osservazioni sul <curator> della donna* minore, op. cit., pp. 24-40; L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore...*, op. cit., p. 443 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Hacia un modelo ideal de tutor*..., op. cit., pp. 361-365; W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 420 ss.; L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum...*, op. cit., pp. 1-26; L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum...*, op. cit., pp. 1-42; M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare...*, op. cit., p. 1 ss.

conllevaba un impedimento matrimonial[850] por razones de tutela o cargo público.

En este sentido, en los textos se defiende que la prohibición de semejantes nupcias era con la intención de que las pupilas no fuesen engañadas en sus bienes familiares, pues en principio se trataba de un derecho y un poder de protección lejos de cualquier intención conyugal o familiar:

D. 23,2,64,1 (Callist. 2 *quaest.*): *Senatusconsulti, quo prohibentur tutores et filii forum pupillas suas ducere, puto heredem quoque tutoris extraneum sentencia apprehendi; quum ideo prohibuerit huiusmodi nupcias, ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes iis gestae tutelae reddere compelluntur.*

[850] Con relación al impedimento por razón de tutela, vid. por todos, P. BORRELLI, *Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, en *LABEO* XLIII (1997) 365-389; M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma* (Valladolid 1972) 147; F. DEL PINO-TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y su ex-pupila en el libro 9 Disputationum de Claudio Trifonino*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española* (1940-2000) (Huelva 2001), 143 ss.; P. BORRELLI, *Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, en *LABEO* XLIII (1997) 365-389; M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma* (Valladolid 1972) 147.

En particular, este pasaje de Calístrato se refleja la premisa anterior de la que partíamos, al decirse textualmente que la decisión del Senadoconsulto (*senatusconsulti)* por la cual se prohibía que los tutores y sus hijos se casasen con sus pupilas (*quo prohibentur tutores et filii forum pupillas suas ducere)*, se extendía igualmente al heredero extraño del tutor (*puto heredem quoque tutoris extraneum sentencia apprehendi)*. Tal prohibición matrimonial, entendemos que tenía por finalidad que las pupilas no fuesen engañadas en sus bienes familiares (*ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his*) por quienes estaban obligados a rendirles cuenta de la tutela administrada (*qui rationes iis gestae tutelae reddere compelluntur)*.

Concretando los derechos del tutor sobre la pupila, P. Borreli[851] no duda en señalar que un aspecto fundamental de la tutela era la posibilidad del tutor de unirse maritalmente cuando la tutelada alcanzase la pubertad. Esta prohibición se extendía, desde época postclásica[852], a los hijos y nietos del tutor, los hijos adoptivos de éste siempre que estuvieran bajo su potestad, el padre del tutor y sus herederos aunque fuesen extraños. Todos ellos conformaban, tal y como se deriva de las fuentes[853],

[851] P. BORRELLI*, Il divieto di matrimonio tra tutore...*, op. cit., p. 366 y 368. P. Borelli mantiene que: "L´introduzione normativa della prohibitio potrebbe essere collocata –come avremo modo di argomentare tra breve- negli anni che vanno dal 175 al 180 d.C. ad opera di un Senadoconsulto emanato sotto sanciva il divieto per tutore e pupilla di contrahere nupcias, ma estendeva tale disciplina anche ai rapporti tra pupilla e figlio del tutore (…). Certo, se non è difficile immaginare una più o meno difusa propensione al matrimonio tra il tutor mulieris e l´assistita, più problemático –tenendo conto anche del regime dei requisiti del matrimonio- diventa prospettare la posibilita di unión matrimoniali tra tutor impuberis e pupilla: per l´esistenza di un matrimonium legitimum, infatti, era necesario, tra l´altro, il raggiungimento della pubertas da parte dei nubendi".

[852] M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer...*, op. cit., pp. 69-79. En cuanto a las funciones y responsabilidades del *tutor mulieris* en el Derecho antiguo hasta la etapa clásica, el profesor Casado no duda en resaltar la evolución de esta institución al decir que: "Durante la época clásica el *tutor mulieris* se limita a la prestación de auctoritas, ya que la mujer gestionaba personalmente sus negocios".

[853] Cfr. D. 23,1,15 (Mod. libr. sing. *de enucleatis casibus*); D. 23,2,36 (Paul. 5 *quaest.*): *Tutor, vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa destinatave testamentote nominata conditione nuptiis secuta fuerit*; Cfr. D. 23,2,37 (Paul. 7 *resp.*); D.

uniones extra-maritales carentes de *conubium* por razón del cargo público de tutor. Conozcamos el alcance jurídico del texto siguiente que nuevamente reproducimos:

D. 23,2,67,3 (Thryph. 9 *disputat*.): *Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaveris, an perimuntur nuptiae, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius Puellas, cuius curator est; nam finita iam tutela, et nupta puella alii verdor, ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire, quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur; quam causam prohibitionis nuptiarm contrahendarum Oratio Divi Marci continet.*

Del tenor literal de este pasaje que ya tuvimos ocasión de analizar, podemos entender con un ejemplo el alcance jurídico de este tipo de uniones. Concretamente, el jurista Trifonino afirma que si el hijo de Ticio tomaba por mujer a la que fue su pupila una vez alcanzada la

23,2,59 (Paul libr. sing. *de assignat. libert.*): *Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur*; Cfr. D. 23,2,60,5 (Paul. libr. sing. *ad orat. divi Antonini et Commodi*); Cfr. D. 23,2,64,1 (Callist. 2 *quaest.*).

pubertad (*si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium)* y después adoptaba (*vel filium eius adoptaveris)* no estaba claro si se invalidaban las nupcias o se impidía tal adopción (*an perimuntur nuptiae, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur?)*. En todo caso, se advierte que si se demostrase que tal unión se había hecho con la intención de evitar la rendición de cuentas de la tutela (*ut ratio tutelae reddendae cohibeatur*) ello sería una prohibición matrimonial contenida en la propia Oración del Divino Marco (*quam causam prohibitionis nuptiarm contrahendarum Oratio Divi Marci continet)*; lo que igualmente se extendía al supuesto del curador (*quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius Puellas, cuius curator est).*

D. 23,2,67,4 (Thryph. 9 *disputat*.): *Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem Senatusconsulti inducit, nam et hic debet rationem reddere; nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in totore, nec curatote discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum est.*

Como adelantábamos anteriormente, también en este texto el jurista Trifonino amplía tal prohibición matrimonial al caso del curador (*nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in totore, nec curatote discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum est)*. En efecto, se mantiene literalmente que si alguno hubiera sido nombrado curador del que estaba en el vientre y de sus bienes (*si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem Senatusconsulti inducit, nam et hic debet rationem reddere)*, tenía prohibido el matrimonio legal por la obligación de rendir cuentas (*nec spatium administrationis movere nos debet)*.

En este punto la doctrina[854] concluye que, de acuerdo a un Senadoconsulto de los tiempos de Marco Aurelio y Cómodo (175 y 180 d.C.), se prohibía el matrimonio entre tutor y pupila antes de rendir cuenta sobre la administración de sus bienes y en tanto que no se extinguiese el plazo para intentar una *restitutio in integrum* por la minoría de edad. De forma que el impedimento se extendía, igualmente, al *pater* del tutor y a sus descendientes.

En definitiva, finalizamos nuestra exposición resaltando que si bien es clara la influencia del emperador Constantino I en el impedimento matrimonial entre el tutor y su pupila, lo cierto es que esta

[854] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 186. O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 204-205; P. Bonfante mantiene expresamente que: "En virtud de un Senadoconsulto dictado bajo Marco Aurelio y Cómodo, están vedadas las nupcias entre el tutor, su paterfamilias, sus descendientes y la pupila, antes de que se hayan rendido cuentas y de que haya transcurrido el plazo de la restitutio in integrum por menor de edad; en virtud de mandatos imperiales también están prohibidas las nupcias entre el Magistrado provincial y la mujer oriunda de la provincia o domiciliada en ella". Por su parte, el profesor Robleda aclara que: "Debe notarse que el impedimento duraba en las diversas hipótesis sólo mientras durase la tutela (o curatela), y no se hubiesen rendido las cuentas de la misma. El impedimento como tal (…) se debió (…) a un SC., y precisamente de Marco Aurelio y Cómodo entre los aa. 177-180. Y la razón jurídica la significa Calistrato".

limitación fue regulada ya desde época clásica[855]. No obstante, existían determinadas excepciones en las que no actuaba tal impedimento y el tutor tenía el *ius conubii* sobre la pupila como para contraer matrimonio legal[856]. Muestra de ello, era el supuesto en el que el padre de ésta la hubiese declarado como *uxor* en el testamento, la hubiese dado como *sponsa* o el tutor hubiese colocado en matrimonio a su hija con su pupilo. Asimismo, tampoco se aplicaba tal prohibición al acabarse la tutela con la rendición de cuentas correspondiente o esta hubiera cumplido los 25 años de edad, por haber pasado el tiempo de la *restitutio in integrum*.

[855] L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore...*, op. cit., p. 449 y 452. L. Dessanti establece que: "C´è da dire che la legge di Constantino interviene in una materia già ampiamente regolamentata. Il matrimonio tra pupilla e tutore resulta infatti proibito sin dall´età classica e tale divieto è sopravissuto nel diritto postclásico e giustinianeo (…). Il matrimonio concluso contro il divieto era probabilmente nulo, c´è chi dice iniustum. Ulteriori conseguenze interessavano, in particolare, lo sposo. Le nozze, a quel che sembra, venivano accordate in casi eccezionali: quando lo stesso pater fidanzava la fanciulla al tutore o la destinava a lui per testamento".

[856] Cfr. D. 23,2,66 pr. (Paul. 2 *sentent.*); Cfr. D. 23,2,67,3 (Tryph. 9 *disputat.*); Cfr. D. 23,2,67,4 (Tryph. 9 *disputat.*).

2.2. El *crimen raptus* ante la falta de consentimiento matrimonial

El rapto se configuró en Roma como una limitación matrimonial introducida en la etapa postclásica a causa del arrebato de una doncella núbil, casada o viuda, sin su previo consentimiento o el de sus padres; si bien, ya previamente la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* había prohibido el matrimonio entre el raptor y mujer raptada según la propia romanística[857].

En época postclásica, el *raptus* se entendió más que como la mera ausencia de *ius conubii* como un crimen o delito del raptor y su colaborador, castigado con la pena de muerte. Dejando a salvo los supuestos en los que la

[857] Sobre el rapto y la *Lex Iulia de adulteriis*, vid. por todos, B. BIONDI, Il Diritto Romano cristiano III..., op. cit., p. 93 ss.; L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio...*, op. cit., pp. 195-217; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 244 ss; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 209. Precisamente, el profesor Robleda aborda el impedimento matrimonial a causa del rapto, situándolo dentro de aquellas prohibiciones que no fueron reguladas como tales por el Derecho Romano hasta la época postclásica al decir que: "Desde muy antiguo, y aun luego, por todo el tiempo clásico, el rapto definido como la sustracción de una mujer núbil, no consintiendo ella y el padre de él y de ella, con fin libidionoso, siguiése o no matrimonio, fue un crimen del raptor, castigado con la pena de muerte; pero no constituía impedimento matrimonial. Más aún, el medio del librarse el raptor de la pena lo tenía en el casarse con la raptada si ella quisiese, consintiendo el padre de él y el de ella".

raptada y sus padres aceptasen el matrimonio con el raptor, pues entonces existía un consentimiento explícito de contraer matrimonio[858].

Es por esto, que, los requisitos exigidos para que existiera tal limitación matrimonial eran, en primer lugar, que dicha unión extramatrimonial *sine conubio* fuera a causa del rapto de una mujer núbil, casa o viuda. En segundo término, la sustracción debía realizarse con fines libidinosos y de contraer matrimonio con una mujer. Asimismo, no podía mediar un previo consentimiento ni de ella ni de sus padres.

Configurada de esta forma dicha prohibición matrimonial, en principio se entendía como un crimen dada la unión ilícita entre el raptor y la raptada, que parecía haber sido introducido por el emperador Constantino, aun cuando el emperador no hable directamente de tal

[858] En concreto, los textos que incluyen el rapto como crimen y, en consecuencia, lo configuran como una limitación al *matrimonio iustum* son: D. 21,1,43,5 (Paul. 1 *ad edict. aedilium curulium*): *Si quis servum em erit et rapto eo vi bonorum raptorum actione quadruplum consecutus est, deinde servum redhibeat reddere debebit quod accepit: sed si per eum servum iniuriarium passus iniuriae nomine egerit, non reddet venditori: aliter forsitan atque si loris ab aliquo caeso aut quaestione de eo habita emptor egerit;* D. 47,8,4,9 (Ulp. 56 *ad edict*.): *Loquitor autem hoc edictum de damno dato et de amisso, de rapto non: Sed superiori edicto vi bonorum raptorum agi poterit*.

limitación[859]. Retomamos, pues, el texto íntegro de la Constitución a la que nos referimos:

CTh. 9,24,1,1: *Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immineat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur.*

De este pasaje parece deducirse que el emperador Constantino incluyó el rapto dentro de la clasificación de prohibiciones a contraer justas nupcias. Todo ello, por considerar que el crimen cometido entre un raptor y su raptada era un obstáculo al matrimonio cristiano (*et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus*), cuando en realidad se trataba de un delito sancionado con severas penas para el raptor o aquellas otras personas involucradas, esto es, los padres de la raptada o los posibles instigadores (*poena immineat, ut eis meatus oris*

[859] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 209. En este contexto, apuntamos cómo el profesor Robleda mantiene que el emperador Constantino parece haber tratado sólo de configurar: "En modo nuevo el crimen de rapto extendiendo las penas, también, a la raptada y a los cooperadores del delito (Cth. 9,25,2)".

et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur).

No obstante lo anterior, como ya tuvimos ocasión de aclarar en el Capítulo I de nuestro trabajo al abordar la evolución del matrimonio postclásico, lo cierto es que no fue Constantino sino el emperador Justiniano el que realmente configuró tales limitaciones como verdaderos impedimento al *matrimonium iustum*, extendiéndose también a las viudas y sancionándose con la invalidez perpetua. Siendo, en suma, el primer impedimento que como tal fue introducido a partir de la época postclásica[860].

[860] Para un estudio detallado del rapto desde el emperador Constantino I, vid. por todos, L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio...*, op. cit., p. 197 ss.

2.3. Uniones con colonos de baja condición social

El colonato, entendido en términos generales, como aquel sistema de explotación de las tierras por medio de colonos, se impuso en el Imperio romano desde finales del siglo III d.C. para que los campesinos y sus hijos se dedicaran al cultivo de la tierra y no pudieran abandonar el campo para marcharse a las ciudades, dadas las necesidades económicas de la época y el descenso de la natalidad[861].

Expresamente, al contextualizar este tipo de unión *contra legem* por colonato, el profesor Torrent[862] ha subrayado que en el Bajo Imperio el absolutismo político y la estatalización de la economía llevó a hacer obligatorio el desempeño de determinadas actividades profesionales, estableciendo que los hijos y descendientes tenían que seguir necesariamente la profesión paterna. Siendo, en consecuencia, una institución por la que una persona se

[861] En desarrollo del matrimonio de los colonos, vid. por todos, A. E. DE MAÑARICUA, *El matrimonio de los esclavos*..., op. cit., pp. 171-141.

[862] A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 181-182. Expresamente el profesor mantiene que: "Desde finales del siglo III d.C. la disminución de esclavos, natalidad decreciente, correrías de los bárbaros y peso excesivo de los impuestos, llevaron a los campesinos a abandonar el campo emigrando a las ciudades, con lo que disminuyó la producción agraria y la rentabilidad fiscal, que trató de evitarse imponiendo el *colonatus*".

encontraba unida a la tierra que cultivaba en una situación de cuasi-esclavitud.

Los denominados impedimentos matrimoniales por colonato se regularon en Roma a partir del emperador Justiniano, aunque ya desde época postclásica comenzaron a surgir las uniones extramatrimoniales *sine conubio* por impedimento de colonato entre una mujer libre y un colono ajeno (*coloni adscripticii* o *servi glebae*). En este punto, nos sirve de ejemplo el contenido del texto que trasncribimos a continuación:

Nov. 22,17: *Adscripticio autem alieno nubere liberam non licet neque ignorate neque sciente, neque consentiente possessore, sed licet aliquid tale ab adscriptitio geratur, licebit domino ipsi per se et per provinciae iudicem castigare plagis mediocribus haec agentem adscriptitium, et abstrahere ab ea quae frustra ei coniuncta est, nec oblatio dotis, nec antenuptialis dontionis, sed pura facti mali correctio.*

De dicho pasaje del año 536 d.C. del emperador Justiniano, se desprende literalmente que los *coloni adscripticii* (*adscripticio*) no podían casarse válidamente ni con el consentimiento de su patrono (*autem alieno nubere liberam non licet neque ignorate neque sciente, neque consentiente possessore).* Pues si bien estos colonos eran

considerados como aquellos campesinos y cultivadores de la tierra pertenecientes a las categorías más bajas, en caso de que falleciesen, su patrimonio era adquirido por el propietario de la tierra que cultivaba y no por sus herederos (*sed licet aliquid tale ab adscriptitio geratur, licebit domino ipsi per se et per provinciae iudicem castigare plagis mediocribus haec agentem adscriptitium, et abstrahere ab ea quae frustra ei coniuncta est)*, pues su unión no tenía dichos efectos jurídicos (*nec oblatio dotis, nec antenuptialis dontionis, sed pura facti mali correctio)*. Razón por la que se defiende que el colono, siendo jurídicamente libre, se encontraba en una situación de cuasi-esclavitud transmitiéndose a sus descendientes[863].

Al abordar esta limitación matrimonial, se suele defender que tal prohibición sólo era aplicada a los *colonus* pero no a los esclavos. La razón de esta diferenciación es que al esclavo no se le prohibía el matrimonio, ya que las prohibiciones sobre el uso del derecho en orden a obtener efectos jurídicos, tenían significado sólo respecto de los sujetos jurídicos y los esclavos no lo eran (pero sí los colonos).

[863] Sobre el origen incierto del instituto del colonato y, en especial, en lo que se refiere a la equiparación entre *coloni adscripticii* y los esclavos, vid. por todos, E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 114-115.

Por lo que, si bien en principio la esclavitud de uno de los cónyuges daba lugar a un impedimento de carácter absoluto, ya en el Derecho Justinianeo pasó a ser lícito el matrimonio entre un hombre libre y su esclava. Por tanto, *colonus* y *servus* no tenían los mismos derechos y obligaciones, lo cual se reflejaba en los impedimentos matrimoniales. Se trataría, entonces, de un impedimento relativo y de tipo social porque era la sociedad la que lo prohibía cuando fuese entre una mujer libre y un colono ajeno.

2.4. La disparidad de Religión entre judíos y cristianos

Hasta la Roma clásica, las creencias religiosas no supusieron un impedimento para no celebrar *el iustum matrimonium* ya que se tenía una especial tolerancia por los cultos de los pueblos extranjeros. De tal modo, que muchos de ellos los practicaban y resultó muy común, a comienzos de la época imperial, el hecho de que las mujeres romanas se sintieran atraídas por los cultos en adoración a la diosa egipcia Isis.

No obstante, las persecuciones en contra de los Cristianos tuvieron un motivo político más que religioso, ya que atentaban a las costumbres romanas por enfrentarse a la esclavitud y no prestar adoración a la figura del emperador, el cual, era considerado como una divinidad al igual que lo eran los dioses.

En este sentido, podemos decir que la diversidad de religión desde la Roma postclásica pasó a conformarse como una verdadera limitación al matrimonio *iustum*, dadas las luchas políticas e ideológicas entre judíos y cristianos. Motivo por el cual, los cristianos no pudieron contraer matrimonio con personas de otra religión o culto y, en caso de hacerlo, se consideraban como uniones extramatrimoniales *sine conubio* por disparidad de religión entre estos. En cuanto a la evolución del impedimento de disparidad de

religión y las relaciones *sine conubio*, se suele mantener[864] que tal unión perduró hasta la etapa de Justiniano aun cuando variaron las penas impuestas. Reparemos, pues, en el contenido de los textos que nos sirven de referencia en esta materia:

CTh. 16,8,6: *Quod ad mulieres pertinent, quas iudaei in turpitudinis suae duxere consortium in gynaeceo nostro ante versatas, placet easdem restitui gynaeceo idque in reliquium observari, ne christianas mulieres suis iungant flagitiis vel, si hoc fecerint, capitali periculo subiugentur.*

De este primer pasaje, podemos decir que el nacimiento en Roma de una serie de limitaciones a las relaciones extra-conyugales entre judíos y cristianos (*quas iudaei in turpitudinis suae duxere consortium in gynaeceo nostro ante versatas, placet easdem restitui gynaeceo idque in reliquium observari, ne christianas*

[864] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 212-213. A modo de ejemplo, este autor lo expresa en los siguientes términos: "Pues el impedimento comenzó -por motivo religioso cristiano- con una Constitución del emperador Constancio; y se dio en ese momento entre judío y cristiana; no, viceversa (C. 4,48,21,1). En un segundo tiempo se dio también ya en la hipótesis inversa; siendo autores de la extensión los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (…). Desde luego, el impedimento continúa en el derecho de Justiniano; no continúan en cambio, de modo exactamente igual, las penas".

mulieres suis iungant flagitiis vel) tuvo lugar a través de esta Constitución del emperador Constancio del año 339 d.C., mediante la cual, comenzó a aplicar como impedimento matrimonial de *ius divini* dicha diferencia de religiones (*si hoc fecerint, capitali periculo subiugentu)*.

CTh. 3,7,2: *Ne quis christianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat, neque Iudaeae Christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata*.

Dicho motivo religioso hizo que, años más tarde, también se extendiera[865] dicha restricción matrimonial (*adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata*) a los vínculos entre cristianos y judías (*ne quis christianam mulierem in matrimonium Iudaeus accipiat, neque Iudaeae Christianus coniugium sortiatur*) gracias a esta Constitución del año 388 d.C. de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio.

[865] Recordemos que para un estudio relacionado con la evolución jurídica del matrimonio con Valentiniano y Teodosio y cómo afecta a los impedimentos, vid. por todos, M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*..., op. cit., pp. 239-257.

Nov. 134,10,1: *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium mitti (...).*

Del tenor literal de este último fragmento cabe decir, finalmente, que el emperador Justiniano en el año 556 d.C. aunque mantuvo dicho impedimento, sí suprimió la pena capital de la adúltera (*adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam*) a cambio de la vida monástica (*in monasterium mitti)*.

2.5. Parentesco espiritual e hijos *spurii*

Como tuvimos ocasión de resaltar al tratar el tema del incesto, el parentesco espiritual o religioso impidió el matrimonio en época del emperador Justiniano dada la relación existente entre las partes. En concreto, con la llegada del Cristianismo no podían ser consideradas como matrimonio romano legal y, formaban parte de las calificadas de uniones extramatrimoniales *sine conubio*, las relaciones entre el padrino y la ahijada dado el vínculo establecido por el bautismo entre el bautizado y sus padrinos y madrinas, a pesar de que se podían unir maritalmente madrina y ahijado. El siguiente texto nos sirve de referencia en este punto:

CJ. 5,4,26,2: *Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit sive non, a sacrosancto suscepit baptismate, cum nihil aliud sic inducere potest paternam adfectionem et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus per quem deo mediante animae eorum copulatae sunt.*

Mediante esta Constitución del año 530 d.C., el emperador Justiniano confirmaba que los hijos habidos de matrimonios contraídos en vulneración de tal impedimento se consideraban como *spurii*[866] o no legítimos, lo que igualmente se precisaba en las Instituciones de Gayo[867]. La doctrina[868] ha abordado la naturaleza jurídica de este tipo

[866] Sobre los hijos ilegítimos nacidos de relaciones extra-familiares, vid. por todos, J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., p. 6.

[867] Cfr. Gai. 1,64; Cfr. Ulp. 5,7; IJ. 1,10,12: *Si adversus ea quae diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae nec matrimonium nec dos intellegitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. nam nec hi patrem habere intelleguntur, cum is etiam incertus est: Unde solent filii spurii appellari, vel a graeca voce quasi #sporadyn# vel quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut et dissoluto tali coitu nec dotis exactioni locus sit. qui autem prohibitas nuptias coeunt, et alias poenas patiuntur, quae sacris constitutionibus continentur*.

[868] J. A. MARTÍNEZ VELA, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco...*, op. cit., p. 436; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., pp. 214-215. El profesor Robleda concluye que: "Justiniano –antes ningún emperador había atendido al texto niceno- prohíbe también el matrimonio entre el padrino y la ahijada por razón que él mismo consigna en la Constitución: CJ. 5,4,26,2: *Ea videlicet persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis, sive alumna sit sive non, a sacrosancto suscepit baptismate, cum nihil aliud sic inducere potest paternam adfectionem et iustam nuptiarum prohibitionem, quam huiusmodi nexus per quem deo mediante animae eorum copulatae sunt* (alumna es la niña abandonada, recogida y educada por alguno). Parecería que la razón indicada por Justiniano había de valer igualmente para que se diese el impedimento entre madrina y ahijado. Sin embargo, de éste no se hace mención: por tanto, no existía". Aclarando Martínez Varela,

de impedimento por cognación espiritual, concluyendo que fue el emperador Justiniano el primer emperador que lo configuró como tal, considerándolos literalmente como matrimonios "sacrílegos" e "incestuosos" teniéndose por no celebrados. Ante esto, los hijos adquirían la consideración de *spurii* y todo ello conllevaba el ser una prohibición relativa y de *ius divinum*.

por su parte, que: "Por último, hemos de hacer mención a la introducción en época justinianea del denominado impedimento por parentesco espiritual, el cual era el resultado de los vínculos establecidos por el bautismo entre el bautizado y sus padrinos y madrinas, y el cual aparece por primera vez contenido en una constitución de Justiniano (C.J. 5,4,26). Los matrimonios contraídos en vulneración de estas prohibiciones se consideraban en Roma sacrílegos e incestuosos, teniéndose por no celebrados, consecuencia de lo cual los posibles hijos nacidos del mismo no se consideraban legítimos, sino spurii, tal como ya establecen de modo taxativo las Instituciones de Gayo (Gai. 1,64)".

2.6. Orden sagrado y voto de castidad como límite matrimonial

En esta última clasificación recogemos aquellas uniones *sine conubio* que Justiniano prohibió que se denominasen como *matrimonium*, dado el orden sagrado o el voto de castidad de una de de las partes. En cuanto al orden sagrado, cabe señalar que el término "orden" en Roma designaba los cuerpos constituidos en sentido civil, es decir, el cuerpo de los que gobernaban (*ordines*). Por su parte el "voto de castidad", simbolizaba la renuncia abierta a una vida marital con otra persona y el no mantener relaciones sexuales por el voto público y solemne contraído con la institución religiosa. Detengámonos, pues, en analizar el contenido de los textos que inciden en estas uniones:

CJ. 1,3,44 pr.: *Cum sacri canones neque religiosissimis presbyteris neque devotissimis diaconis vel subdiaconis vel subdiaconis post talem ordinationem nuptias contrahere permittant (...) Quemadmodum sacris canonibus ea interdicuntur, ita et secundum nostras leges rem inhiberi (...). Quod enim sacri canones prohibent id etiam nos legibus nostris vetamos.*

CJ. 1,3,52,14: *Eandem legem extendimus etiam in mulieres virginitatem professas et devotissimos claricos quibus matrimonium omnino interdictum est (...).*

Si bien es cierto que con la llegada del Cristianismo al Imperio en tiempo postclásico se había ido reconociendo progresivamente dicha limitación, específicamente mediante esta Constitución del año 531 d.C. Justiniano declaró que tanto el orden sagrado como el voto de castidad *(cum sacri canones neque religiosissimis presbyteris neque devotissimis diaconis vel subdiaconis vel subdiaconis post talem ordinationem nuptias contrahere permittant*) se conformaban como impedimentos matrimoniales (*quod enim sacri canones prohibent id etiam nos legibus nostris vetamos*), en los que el emperador aplicó la doctrina canónica al Derecho Romano (*aandem legem extendimus etiam in mulieres virginitatem professas et devotissimos claricos quibus matrimonium omnino interdictum est)*.

Sobre este particular, el profesor Biondi[869] aclara que ya antes de la llegada de las ideas cristianas al Imperio romano surgieron determinados impedimentos por motivos religiosos, como por ejemplo, el de las diosas

[869] En lo que alude a los impedimentos de carácter religioso, vid. por todos, B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., pp. 91-93.

Vestales que hacían votos de castidad y no podían contraer matrimonio. Sin embargo, cuando el Cristianismo ejerció su influencia en el Imperio es el momento en el que realmente surgieron como impedimentos el de los individuos que hacían voto de castidad para consagrarse a Cristo.

Bajo estas premisas, concluimos este apartado resaltando la imposibilidad matrimonial en estos supuestos, pues tanto el orden sagrado como el voto de castidad eran prohibiciones matrimoniales de tipo absoluto y por motivos meramente religiosos y, como concluye O. Robleda[870]: "Haciendo de los cánones de la Iglesia ley también civil, Justiniano constituyó impedimentos dirimentes los dos mencionados: a causa del orden sagrado y del voto de castidad".

[870] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 215.

CONCLUSIONES

Con la elaboración de la presente Tesis doctoral hemos pretendido profundizar en el concepto y naturaleza jurídica del matrimonio a lo largo de la Historia de Roma, sus presupuestos constitutivos y elementos, así como hemos analizado de qué manera la ausencia de esos requisitos de capacidad física y jurídica determinaba el nacimiento de ciertas prohibiciones o impedimentos matrimoniales que conformaban las tan frecuentes "uniones extra-familiares", surgidas durante lo que se conoce como la época de mayor esplendor del Imperio romano, esto es, la etapa clásica o también denominada fase política del Principado de Augusto.

Entendemos que un estudio centrado en el Derecho de Familia y, en particular en lo que se refiere al matrimonio romano y su evolución, merece ser objeto de una investigación específica debido a la escasez de fuentes clásicas que regulan esta materia ya que, como apuntábamos al comienzo de nuestra exposición, en gran medida sólo nos encontramos con la visión postclásica y/o justinianea. En este sentido, el interés que suscita en nuestros días conocer cuál es el fundamento jurídico de la institución matrimonial para de alguna manera comprender lo que hoy

conocemos como "Crisis de la familia tradicional"[871] y tratar así de dar respuesta a las lagunas jurídicas existentes en nuestro Ordenamiento, nos ha llevado a plantearnos como objetivo principal de nuestra investigación el realizar una interpretación jurídica de los textos con los que contamos, que refleje las dificultades e impedimentos a contraer un *matrimonium iustum* durante la vigencia del Derecho Romano clásico.

Dicho análisis ha derivado en la aportación original de una clasificación abierta de las limitaciones al *ius conubii*, que consideramos homogénea y completa, que no sólo trata de recoger cada una de las uniones extramatrimoniales existentes en el Imperio romano sino que se establecen seis criterios clasificatorios para sistematizar dichas relaciones, tal y como hemos ido detallando a lo largo de nuestro trabajo. Este objetivo general y básico da la razón de ser a la línea de investigación en la que venimos trabajando desde hace ya varios años y en la que hemos profundizado, muy especialmente, con la realización de la presente Tesis.

[871] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La familia en Roma...*, op. cit., p. 103.

Es por esto, que, en este apartado final de nuestro trabajo, consideramos necesario recoger de forma ordenada las CONCLUSIONES generales a las que hemos llegado con nuestras investigaciones sobre el Derecho de Familia, desde la Roma clásica hasta su evolución en la etapa justinianea. Centrándonos, en todo caso, en la naturaleza del matrimonio y su consideración en las fuentes como un *iustum matrimonium*, siempre que se dieran los presupuestos constitutivos necesarios como para poder producir plenos efectos en el Ordenamiento jurídico romano:

I. Comenzábamos el Capítulo I de nuestra Tesis doctoral reparando en la configuración jurídica del matrimonio romano, su naturaleza y presupuestos constitutivos desde época clásica. Destacando, muy especialmente, el requisito del *ius conubii* por considerarse como un elemento esencial que en Roma determinaba la capacidad jurídica para poder contraer un *matrimonium iustum* y, cuya inexistencia, iba a determinar el surgimiento de las conocidas como uniones "extramatrimoniales", "extra-familiares" o "relaciones *sine conubio*", denominadas así por carecer de los presupuestos esenciales del matrimonio romano legalmente conformado.

En este sentido, hemos examinado el alcance jurídico del concepto de "matrimonio romano clásico" entendiendo por tal, la unión de dos personas de sexo distinto capaces, natural y jurídicamente, con la intención de comportarse recíprocamente como marido y mujer. Siendo una situación fundada en la convivencia conyugal, cuyos elementos constitutivos eran el *honor matrimonii* (representado por la necesidad de que existiese una reconocida convivencia entre los contrayentes) y la *affectio maritalis* (conocida en Roma como la intención recíproca de los cónyuges de tenerse por marido y mujer, precisándose la renovación diaria de ese consentimiento continuado y mutuo)[872]. La existencia del matrimonio dependía, en definitiva, de la continuidad del *conubium* y, a su vez, de la voluntad recíproca de los contrayentes de compartir una vida en común y dicha intención mutua, a diferencia de otras relaciones extramatrimoniales, se exteriorizaba a través de cualquier forma y mediante cualquier medio, deduciéndose del modo de vivir y comportarse de los cónyuges.

[872] O. ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*..., op. cit., p. 42 ss.

II. En segundo término, hemos centrado nuestra investigación en la importancia que tenía para la regulación jurídica del matrimonio romano la etapa clásica, por ser en este periodo cuando se alcanzó un *ius* matrimonial humano que otorgaba la máxima libertad e igualdad individual a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para disolverlo. Es en este punto, en el que hemos concluido que el Derecho Romano clásico se conformaba como un modelo a seguir en lo que respecta al desarrollo de instituciones privadas tan importantes en la sociedad romana como la familia, el matrimonio y el resto de relaciones extra-maritales carentes de una regulación jurídica específica, al estar formado por un conjunto de normas clásicas creadas por la clase social más alta. Por tal motivo, retomamos las palabras del profesor Schulz[873] quien calificó al Derecho clásico del matrimonio, como el logro más impresionante y la más alta expresión del genio jurídico romano por ser un hallazgo "originalísimo y lleno de audacia".

[873] F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*..., op. cit., p. 88 ss.

III. Partiendo de las dos célebres definiciones del matrimonio clásico contenidas en la Compilación justinianea[874], que definen literalmente las nupcias o el matrimonio como "la unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida" y "la unión de hombre y mujer con la finalidad de vivir en comunidad", a continuación nos hemos detenido en el estudio del origen etimológico del matrimonio ante la idea de procreación.

Sobre este particular, hemos concretado que la palabra *matrimonium* tiene su raíz en *mater* y se refiere tanto a "madre" como a "maternidad" (porque al contraer matrimonio, el *vir* conducía a la *domus* a una madre considerada como una mujer legítima que presidía y gobernaba la casa de forma digna y noble), encontrando su equivalente latino tanto en *coniugatio* ("alianza", "unión", "mezcla" o "parentesco") como en *coniugium* ("unión conyugal").

Si bien, tradicionalmente para designar a la unión solemne de un hombre y una mujer se ha venido utilizando de forma indistinta y sin seguir un criterio fijo los términos "matrimonio", "nupcias", "boda", "casamiento" e incluso "esponsales". Motivo por el cual, nos hemos detenido en cada una de esas voces, diferenciándolas de la unión matrimonial con plenos efectos para el Ordenamiento romano.

[874] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg*.); Cfr. IJ. 1,9,1.

IV. Por lo que se refiere al matrimonio como institución fundamental dentro de la familia romana[875], en cuarto lugar, hemos partido de las fuentes para diferenciar dos sentidos distintos de lo que se entiende por "familia" a efectos del Derecho Romano, determinando que: i.- en sentido etimológico, se aludiría al primer círculo de la vida del hombre que satisface las necesidades vitales; ii.- por su parte la familia en sentido dogmático, representaría tanto el conjunto de personas sometidas al *paterfamilias* como el conjunto de esclavos sometidos al poder dominical del *paterfamilias*. Así, cabe recordar que el jurista Ulpiano[876], aun partiendo de los importantes cambios que durante la época clásica experimentó la estructura del grupo familiar (especialmente en el siglo III d.C.), en la definición incluida en dicho texto tuvo presente la concepción originaria y patriarcal de la familia[877].

[875] R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 411 ss.; P. RESINA SOLA, *El estudio del Derecho de Familia...*, op. cit., p. 23 ss.

[876] Cfr. D. 50,16,195,1-2 (Ulp. 46 *ad edict*.).

[877] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *El significado del término familia...*, op. cit., p. 1 ss.

Como consecuencia de lo anterior y ante la posible existencia de dos clases de matrimonio antes de la vigencia del Derecho Romano clásico, la doctrina se ha visto obligada a reconstruir el régimen jurídico matrimonial a partir de diversas y contradictorias Teorías sobre la regulación del vínculo marital, diferenciándose entre las "Tesis que admiten la posible existencia de dos tipos de matrimonio en función de la *manus*", y aquellas otras "Tesis contrapuestas a favor de un sólo matrimonio". Produciéndose, en este punto, una separación entre la *conventio in manum* y el *matrimonium*.

V. Sobre la premisa general de que el matrimonio romano fue una institución universal y "viva" en contacto directo con la realidad[878], que arrastraba una larga tradición histórica bajo la influencia de las distintas costumbres de cada etapa, el siguiente epígrafe de nuestro trabajo ha estado centrado en la naturaleza del vinculo conyugal y su posible equiparación con otras instituciones

[878] En cuanto a la afirmación de que el matrimonio romano es una "institución viva", vid. por todos, R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio...*, op. cit, p. 424.

de gran trascendencia en el ámbito del Derecho[879], como son, el contrato y la posesión.

Sobre el contrato, destacar que no fue hasta el año 1885 cuando el profesor Manenti[880] demostró técnicamente que el matrimonio romano clásico no era un contrato porque debía estar formado por dos elementos esenciales, esto es, la *consuetudo individua vitae* (convivencia marital) y la *affectio maritalis* (consentimiento mutuo prestado libremente). De la misma forma que el autor confirmó que el consentimiento se entendía en Derecho clásico como un continuo y no como inicial o mero productor del vínculo.

En cuanto a la posesión, en segundo término, hemos aludido a la conocida como "Teoría posesoria del matrimonio romano" y la posible equiparación entre *matrimonium* y *possessio*, justificando los motivos que han llevado a la doctrina a calificar dicha vinculación de peligrosa e injustificada. Pues bien, ante esto, nosotros entendemos que, en todo caso, no se puede aceptar la caracterización posesoria del matrimonio clásico ni tampoco su posible naturaleza contractual aunque el elemento del *consensus*

[879] Sobre la problemática de la naturaleza jurídica del matrimonio en sentido histórico, vid. por todos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2009), p. 137 y 143 ss.

[880] C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, op. cit., pp. 40-41.

esté presente en todos ellos, pues el alcance va a variar en función de si nos referimos al *matrimonium*, al *contractum* o a la *possessio.*

VI. De la misma manera, el siguiente apartado de nuestra Tesis ha estado centrado en el estudio detallado de cada uno de los presupuestos constitutivos del *iustum matrimonium*, aclarando que la romanística suele utilizar indistintamente los términos *iustae* o *legitimae nuptiae*, *iustum* o *legitimum matrimonium* y *matrimonium iustum* o *iustum matrimonium*, para en general referirse a los matrimonios válidos o conforme al Derecho clásico considerados doctrinalmente como "verdaderos matrimonios"[881].

Por lo que respecta a dichos requisitos esenciales de la unión conyugal, hemos fijado los siguientes: a) la capacidad física o natural de las partes; b) el *conubium* como requisito positivo y como capacidad jurídica o derecho al matrimonio, siendo el presupuesto central a lo largo de nuestra investigación; c) la exigencia del consentimiento mutuo y continuado entre el hombre y la mujer; d) el respeto al principio monogámico; e) y, finalmente, el cumplimiento de los dos elementos constitutivos del

[881] En cuanto a la calificación de "verdadero matrimonio", vid. por todos, J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 34.

matrimonio, es decir, la *affectio maritalis* y el *honor matrimonii*.

Motivo por el cual, podemos concluir asegurando que se producía un *matrimonium iustum* cuando un hombre y una mujer que habían alcanzado la pubertad y tenían reconocida entre ellos la capacidad mutua para contraer matrimonio válido (*ius conubii*), expresaban su consentimiento o intención (*affectio maritalis*) de formar una comunidad de vida, con la conciencia y voluntad recíprocas de que la unión estable que integraban era un matrimonio en el que iban a respetar el principio monogámico. Lo que se manifestaba externamente en el modo de comportarse como marido y mujer (*honor matrimonii*), y producía una serie de efectos jurídicos personales y patrimoniales especialmente para el Derecho Romano en su etapa de mayor esplendor.

VII. No obstante lo anterior, en el caso de que faltase alguno o algunos de esos requisitos esenciales (especialmente, en lo que se refiere al *conubium*) estaríamos ante el tan frecuente *iniutum matrimonium*, en cuyo supuesto como advierte M. Falçao[882], podía existir una unión pero no de carácter conyugal sino extra-familiar que en ningún caso produciría los efectos propios de las

[882] M. FALÇAO, *O "ius conubii"...,* op. cit., p. 261.

relaciones lícitas, por tratarse de matrimonios imperfectos o menos perfectos contraídos en ausencia de la capacidad jurídica necesaria. Así, la gran variedad de supuestos encuadrados dentro de los denominados como *matrimonium non iustum* en Roma nos ha llevado a la necesidad de en el siguiente epígrafe, profundizar en una sistematización abierta de este tipo de uniones consideradas como "matrimonios", que toma como referencia las dos grandes clasificaciones tradicionales[883] que han venido diferenciando entre *matrimonium iniustum non potest* en el sentido de inexistente y *matrimonium iniustum nullum* por ser ineficaz.

VIII. Para acabar con este primer Capítulo, se ha examinado la evolución de la institución matrimonial desde el Derecho postclásico hasta su recepción romano-canónica. En este sentido, hemos concluido que el matrimonio romano cambió de forma considerable en época postclásica debido a las transformaciones suscitadas en torno a la familia tradicional romana y a la influencia progresiva del Cristianismo, muy especialmente, con los emperadores Constantino I y Justiniano.

[883] En lo que respecta a la sistematización del *iniustum matrimonium*, vid. por todos, O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo...*, op. cit., pp. 1131-1132; E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium*..., p. 446.

Reflejándose especialmente en el hecho de que en tiempo postclásico, sólo se exigía una intención inicial de carácter recíproca entre hombre y mujer con capacidad natural, para estar unidos legalmente en matrimonio y ya no la voluntad continuada propia de época clásica. De esta forma, concluye también el profesor Garrido[884] cuando sostiene literalmente que la legislación de los emperadores posteriores asumió una posición hostil frente a las concepciones clásicas, mostrándose contraria al divorcio y a las segundas nupcias. De tal modo que el matrimonio postclásico, existía por el consentimiento inicial y perduraba incluso en el caso de que alguno de los cónyuges hubiera perdido su capacidad jurídica, pues ni la cautividad, ni la esclavitud ni la deportación disolvían ya el vínculo conyugal, como sí lo habían hecho en la etapa precedente.

[884] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos...*, op. cit., pp. 355-356.

IX. En línea con lo anterior, a lo largo el Capítulo II de nuestro trabajo hemos llevado a cabo una sistematización original de las diferentes clases de prohibiciones matrimoniales que existían en Roma, en base a los escasos y fragmentarios textos que regulan la materia y teniendo presente las distintas interpretaciones doctrinales para, de alguna manera, tratar de adaptarnos a la realidad del Ordenamiento clásico y su evolución desde tiempo postclásico.

Aclarando, sobre este particular, que nosotros hemos hecho uso del término "impedimento" en el sentido genérico de "prohibición", "estorbo", "trabas", "dificultades", "inconvenientes", "limitaciones", "restricciones" u "obstáculos" a contraer una unión marital plenamente legal, teniendo presente que etimológicamente este concepto encuentra sus raíces posteriormente con la llegada del Cristianismo al Imperio romano, siendo una palabra propia del Derecho Canónico[885]. Lo que nos ha servido para comprender el alcance jurídico del requisito del *conubium*, configurado como la capacidad jurídica para contraer matrimonio válido por no existir obstáculo alguno derivado

[885] Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*..., op. cit., p. 280 ss.; J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones...,* op. cit., p. 552; W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o..., op. cit., p. 406.

de la condición de las personas, de su situación social o parentesco.

X. En cuanto a la evolución de los impedimentos matrimoniales, en el siguiente epígrafe se ha insistido en que si bien las leyes augusteas no eran perfectas debido a que las escasas normas que existían tenían un carácter impeditivo y pertenecían a la categoría de *minus quam perfectae* tal y como señala la propia romanística[886], lo cierto es que tanto la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 d.C.) como la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) trataron de restaurar la familia romana favoreciendo las uniones matrimoniales lícitamente contraídas y la procreación. De tal forma que todos los ingenuos, salvo los senadores y sus descendientes, podían contraer matrimonio con los libertos; desaparecieron, de esta forma, los impedimentos al matrimonio originados por la diferencia de clases[887].

[886] Recordemos que sobre la calificación de "leyes imperfectas" y sus carencias, vid. por todos, V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano...*, op. cit., p. 169; A. DEL CASTILLO, *Legislación romana y liberación femenina...*, op. cit., pp. 161-169; S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges...*, op. cit., p. 60 ss.

[887] En este punto, habíamos precisado que sí se sancionaban determinadas prohibiciones matrimoniales de carácter social. En este sentido, vid. por todos, P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi...*, op. cit., p. 45 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus...,* op. cit., p. 65 ss.

Sin embargo, las innovaciones introducidas por estas leyes matrimoniales de Augusto a partir del siglo IV d.C. empezaron a caer en desuso debido al desplazamiento del centro de gravedad del Imperio hacia Oriente y la oposición del Cristianismo con nuevas ideas sobre el matrimonio, quedando en el Derecho Justinianeo algunos restos insignificantes de ellas. A pesar de que fue el emperador Justiniano quien derogó expresamente dicha legislación[888], cabe señalar que ya el 31 de enero del año 320 d.C. Constantino I había suprimido parcialmente el contenido de estas leyes a través de una Constitución dirigida *ad populum*[889].

XI. Como adelantábamos previamente, uno de los problemas más importantes con los que nos hemos encontrado en materia de impedimentos matrimoniales es precisamente la inexistencia de una sistematización doctrinal completa que a nuestro entender clasifique ordenadamente y bajo distintos criterios las diversas limitaciones al matrimonio romano que tuvieron lugar a lo largo de la Historia de Roma, así como la dificultad de interpretar las fuentes pues en ocasiones éstas parecen contradecirse entre sí o incluso surgen interpolaciones entre los propios textos.

[888] Cfr. CJ. 6,51,1.

[889] Cfr. CTh. 8,16,1.

En este sentido, nos ha servido de ejemplo la doble clasificación de los impedimentos al matrimonio defendida por P. Bonfante[890] quien, conceptualizando textualmente a los obstáculos a contraer un matrimonio lícito como "otros requisitos determinados de un modo negativo por la ausencia de ciertas condiciones, por lo que en las Escuelas se usa el término impedimentos matrimoniales", subraya que su origen se encuentra especialmente en motivos éticos, sociales o políticos. Razón por la que el profesor distingue entre impedimentos "absolutos" y "relativos", según que produjeran incapacidad absoluta para el vínculo conyugal con cualquier persona o solamente una incapacidad relativa para la celebración entre determinadas personas: i.- dentro del grupo de los impedimentos absolutos, el autor engloba los supuestos de matrimonio ya existente, la esclavitud, el luto, el voto de castidad y las órdenes mayores; ii.- asimismo, considera que son solamente impedimentos relativos el parentesco de sangre o cognación dentro de ciertos grados, la afinidad, el adulterio, el rapto y razones de tutela o de cargo público.

[890] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., p. 185 ss.

XII. A esa sistematización de los impedimentos cabría añadir, a su vez, una más que consideramos que completaría el listado anterior ya que desde época postclásica comenzaron a surgir ciertos impedimentos para los esponsales que conllevaron, o bien la prohibición de realizar la promesa de futuro matrimonio entre los esposos, o la ruptura del compromiso con la consiguiente devolución de las arras esponsalicias. Todo ello motivado por ciertos hechos, como por ejemplo, que los futuros esposos fueran menores de siete años, por locura, por parricidio, a causa del adulterio, porque faltaba el consentimiento del hijo de familia o que dicha promesa se había realizado entre ausentes.

XIII. Y es en este contexto donde se comprende que si bien el término "extramatrimonial" no aparece como tal en los textos por tratarse de un concepto moderno, esta expresión que hemos recogido en numerosas ocasiones a lo largo de nuestra investigación, en general, alude a la existencia de relaciones "extra-conyugales" y "extraordinarias" *sine conubio* en el sentido de irregulares, esporádicas, meramente sexuales o surgidas en Roma fuera del vínculo matrimonial y/o familiar[891] y contraídas entre quienes no cumplían todos los presupuestos

[891] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., p. 222-224.

como para unirse en un *iustum matrimonium*. Conformándose, por tanto, como otro tipo de uniones nacidas de forma paralela al matrimonio que estaban más o menos admitidas por la moral romana o reconocidas por las fuentes, y que efectivamente existieron con cierta frecuencia en el Imperio romano.

XIV. Derivado de lo anterior ha sido la aportación, en último término, de una clasificación original de las numerosas y frecuentes uniones extra-conyugales que carecían de *ius conubii*, que ha tenido como punto de partida la regulación clásica hasta su evolución con la influencia de las ideas Cristianas ya con el emperador Constantino I y Justiniano. En particular, hemos mostrado una relación abierta y ordenada de las cerca de treinta relaciones no matrimoniales y *contra legem*, clasificadas en función de seis criterios básicos que hemos utilizado con la intención de aglutinar claramente los caracteres propios de cada una de ellas, y que resumimos a continuación:

a) La consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente: Dentro de este primer criterio clasificatorio, destacamos el concubinato, el contubernio, las uniones entre homosexuales, entre patricios y plebeyos, los matrimonios *contra mandata*, los vínculos fuera del matrimonio con persona deportada o desterrada a una isla desierta u oasis, o por causa del servicio militar.

b) El principio de la capacidad física o natural de las partes: En función de si se diera o no la capacidad física de los que se unían, hemos diferenciado entre relaciones *sine conubio* con castrados, esterilizados, impotentes o ancianos, y aquellas otras relaciones carentes del derecho al matrimonio y/o la capacidad jurídica necesaria por haberse celebrado con un *furious* dada su falta de capacidad mental y demencia.

c) Conforme a los vínculos familiares existentes: Sobre este tercer criterio clasificatorio, se distingue entre uniones extra-conyugales por incesto, por ligamen, por consanguinidad, y aquellas otras relaciones *sine conubio* de la viuda que no hubiera respetado el *tempus lugendi* dada la posible mezcla de sangres.

d) Según la existencia o no del consentimiento por parte de los sujetos que se unían: Hemos englobado dentro de este grupo, a aquellas uniones *sine conubio* calificadas como matrimonios simulados, matrimonios por miedo o matrimonios informes.

e) El respeto al matrimonio romano monogámico y los principios de la moral romana: Asimismo, en base a estos principios hemos incidido en las uniones de *facto*, el adulterio, la prostitución y el lenocinio.

f) Por la influencia ideológica que ejercieran los emperadores: Finalmente, en este apartado hemos aglutinado las relaciones prohibidas por Augusto por ir contra la legislación matrimonial (tales como las uniones entre senadores y mujeres *turpes*), y aquellas otras limitadas por el emperador Constantino y más tarde por Justiniano (como era el caso del parentesco espiritual, el orden sagrado o el voto de castidad).

XV. Teniendo presente el primer criterio clasificatorio de la consideración jurídico-social de los que se unen ilícitamente, a continuación nos interesa detenernos especialmente en el concubinato. Sobre esta figura, decir que conformaba un tipo frecuente de *iniustum matrimonium* que presentaba un carácter estable y era admitido socialmente. No obstante, hemos tenido ocasión de advertir que su reconocimiento jurídico fue variando a lo largo de las distintas etapas de la Historia de Roma, desde ser una figura de hecho reconocida por el Derecho clásico hasta considerarse como una institución jurídica con plenos efectos ya desde época postclásica con los emperadores cristianos y, especialmente, con Justiniano.

Concretamente, esta primera unión extra-matrimonial *sine conubio* fáctica o de hecho que hemos analizado, se producía libremente entre un hombre y una mujer cuando no existía una mutua intención de estar vinculados legalmente a través del matrimonio y, en general, faltaban los requisitos esenciales. Siendo precisamente la ausencia de la *affectio maritalis* o el *consensus* entre las partes, el elemento que marcaba la diferencia entre el matrimonio y el concubinato.

En este punto, se han venido calificando de "uniones para-matrimoniales" y de "uniones o parejas de hecho" por ser similares o a imitación del matrimonio romano aun faltando el elemento volitivo, así como por estar perfectamente diferenciadas de las uniones transitorias o voluptuosas, y de las meras relaciones sexuales esporádicas.

En este ámbito, hemos centrado nuestro estudio en el Derecho clásico por considerarse la época de mayor esplendor del Imperio Romano y, sobre todo, por ser desde esta etapa cuando la legislación matrimonial de Augusto comenzó a regular por escrito el concubinato, otorgándole ciertos efectos jurídico-sociales para el Ordenamiento romano. Así, recordemos que la *Lex Iulia de adulteriis* castigaba como delito las uniones sexuales producidas fuera del *matrimonium* y las consideraba *adulterium* o *strupum*, a la vez que ofrecía toda una sistematización[892] de aquellas mujeres de clase social inferior con las que se podía tener relaciones sin incurrir en las penas previstas para el adulterio o estrupo, como por ejemplo, citar el caso de las meretrices, las actrices condenadas en juicios públicos,

[892] En cuanto a dicha clasificación, vid. por todos, G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore...*, op. cit., pp. 163-185.

las esclavas o las libertas[893]. Aunque no tenían *honestas*[894], lo cierto es que con estas mujeres era posible la unión extra-conyugal estable por ser no ser penalmente punible.

Sobre la evolución de esta figura, hemos concluido afirmando que si bien Constantino I quiso proteger las uniones legales y honestas ordenando su conversión en matrimonio con la finalidad de obstaculizar el concubinato, lo cierto es que el emperador no alcanzó su objetivo y este tipo de relaciones extra-maritales comenzó a adquirir desde entonces una mayor importancia aumentando su número de forma considerable.

En este punto, destacar que el concubinato fue reconocido por Justiniano como una *inaequale coniugium*, esto es, una unión lícitamente contraída y monogámica pero de carácter inferior al matrimonio, requiriéndose la misma edad que para el matrimonio y sujetándose a los mismos impedimentos de parentela consanguínea, por adopción o afinidad. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurrió

[893] La posibilidad de formar concubinato con este tipo de mujeres sin *honestas* se extrae, especialmente, del siguiente texto visto previamente: D. 25,7,1,1 (Ulp. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*): *Cum Atilicino sentio et puto solas eas in concibinatu habere posse sine metu criminis, in quas strupum non committitur*.

[894] En cuanto a la determinación de la *honestas*, vid. por todos, C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., p. 171 ss.

con Augusto[895] podemos decir que el emperador Justiniano hizo más fácil el acceso al matrimonio romano legalmente conformado, por lo que las uniones concubinarias fueron desapareciendo paulatinamente en el Imperio.

XVI. Igualmente, hemos englobado dentro de esta clasificación la institución el contubernio, el cual, en época clásica se conformaba como un tipo frecuente de unión extramatrimonial *sine conubio*. Se trataba de una relación inestable y con un reconocimiento más social que jurídico[896], que se producía entre esclavos, entre una persona libre y un esclavo, ampliándose este segundo supuesto al caso en el que el cónyuge que había contraído un matrimonio *iustum* caía en cautiverio y se hacía *servus*. Sin embargo conviene recordar que, con el emperador Justiniano, toda relación denominada contubernio inestable y carente de *conubium* entre eslavos o personas libres y esclavos fue derogada. Favoreciéndose, por tanto, los matrimonios legítimos entre esclavos y mujeres libres con

[895] P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*..., op. cit., pp. 198-199.

[896] L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., pp. 308-309.

la intención de que los súbditos del emperador adquiriesen la libertad[897].

XVII. Cabe mencionar, de la misma manera, el alcance jurídico de otra de las uniones extra-conyugales *sine conubio* que existieron en Roma y que hemos clasificado en función de la consideración jurídico-social de las partes, esto es, la homosexualidad y las relaciones lésbicas. Dada la influencia de la cultura griega que sufrió Roma durante la etapa republicana, no es de extrañar el gran número de uniones extra-familiares *sine conubio* que se produjeron entre personas del mismo sexo y que tenían los mismos órganos sexuales[898].

[897] M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 79. El profesor Falçao finaliza este apartado referido al Derecho Justinianeo, con las siguientes palabras que aportamos nuevamente a modo de conclsuión: "En resumen: No hay, ciertamente, matrimonio entre persona libre y otra esclava; pero, con tal que el consorte esclavo adquiera la libertad, existe matrimonio como entre ingenuos".

[898] S. LILJA, *Homosexuality in Republican...*, op. cit., p. 15 ss.

Concretamente, hemos demostrado cómo la finalidad de este tipo de uniones no era la procreación sino la mera satisfacción sexual y el placer, siempre teniendo presente que existía una clara incapacidad física para contraer matrimonio romano válido, dado que en este tipo de prácticas las dos partes compartían un mismo género u órganos sexuales[899]. Con el emperador Augusto, estas prácticas sexuales continuaron ejercitándose en el Imperio e, incluso, aumentó el número de ciudadanos bisexuales que no podían encuadrarse ni dentro de los homosexuales ni tampoco a los heterosexuales porque ejercitaban prácticas de su mismo sexo y del sexo opuesto. No obstante lo anterior, las relaciones homosexuales entre mujeres sí se consideraban en los textos literarios como la peor de las depravaciones, calificándose de uniones lésbicas *contra natura* y criminales[900].

[899] E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico...*, op. cit., pp. 219-221.

[900] J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales...*, op. cit., pp. 9-10.

XVIII. A continuación hemos investigado a cerca de los matrimonios *contra mandata* y sus efectos para el Ordenamiento romano, determinando que se trataba de un tipo de matrimonio *nullum* e ineficaz dada la falta de voluntad recíproca de las partes de formar un *iustum matrimonium*, que en época clásica lo conformaban aquellas uniones carentes de *ius conubii* por haber sido contraídas entre Magistrados, funcionarios o soldados que ejercían su profesión u oficio en las provincias y aquellas mujeres nacidas o domiciliadas en dicho lugar.

Entendemos que el fundamento de la ausencia del derecho al matrimonio en estos supuestos y el nacimiento de una unión extra-marital por razón del cargo público del varón, tanto en época clásica como posteriormente, se encuentra, en primer lugar, en tratar de salvar la libertad matrimonial de la mujer domiciliada o nacida en dicha provincia (oriunda) ante la posibilidad de que algún funcionario tratase de aprovechar su cargo para imponerle el matrimonio[901]. En segundo término, hemos afirmado que lo anterior también se debía a un intento por evitar que el matrimonio del *officium gerens* con mujer de familia

[901] Es lo que conocemos como por "razón de poderío o cargo" contenida en Cfr. D. 23,2,63 (Pap. 1 *definit*.).

prestigiosa de la provincia, tuviese como finalidad acabar con su profesión.

Motivo por el cual, el varón que ejerciera un cargo público podía casarse con mujeres de Roma o de distinta provincia en la que ellos gobernaban pero no así con aquellas otras oriundas, y que la sanción prevista para quienes contrajeran este tipo de uniones *contra mandata* tenía carácter patrimonial consistiendo en la confiscación de la dote. Finalmente decir que, como consecuencia de dicha prohibición, los matrimonios *contra mandata* eran nulos o jurídicamente inexistentes por ser el *conubium* lo que faltaba entre el funcionario y la mujer, como consecuencia de la prohibición imperial (haciéndose sólo legítimo tras cesar el cargo) y sus hijos tenían la consideración jurídica de ilegítimos.

XIX. En cuanto a los matrimonios por deportación, subrayar que la deportación impedía la formación de un matrimonio romano válidamente constituido debido a la estancia involuntaria del desterrado en una isla u oasis con la consiguiente pérdida de los derechos de ciudadanía[902] y, en caso que existiera una relación entre el deportado a una isla y una mujer libre, esta unión

[902] B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia...*, op. cit., p. 38 ss.

sería calificada como extramatrimonial y *sine conubio* por razón del destierro. Concretamente, en la etapa clásica la deportación suponía un obstáculo al *iustum matrimonium* no sólo por la falta de los derechos propios atribuidos a los ciudadanos romanos sino por la ausencia del *ius conubii*, pero desde el emperador Constantino I y con Justiniano, la deportación comenzó a no disolver el vínculo dejando de ser causa de impedimento si ya había sido contraído previamente[903].

[903] Reproducimos, nuevamente, los textos a los que nos referimos: CJ. 5,16,24,1: *Sin autem aqua et igne et interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donaciones a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus disolvitur;* CJ. 5,16,24,2: *Sin autem aqua et igni ei interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsecuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro;* Cfr. Nov. 22,13.

XX. Sobre el matrimonio *inter absentes* a causa del servicio militar hemos concluido que, hasta finales del siglo II d.C., el cumplimiento del servicio militar impedía el matrimonio romano legalmente contraído al entenderse que de esta manera se mantenía la disciplina en el ejército. No obstante lo anterior, las escasas fuentes con las que contamos han llevado a gran parte de la romanística a no admitir este impedimento como tal, fundamentando dicha tesis negativa en el hecho de que en época clásica los soldados podían mantener su matrimonio si estos habían sido contraídos antes de ser reclutados en el servicio militar o incluso formar uno nuevo, siempre que no fuese con mujeres oriundas o domiciliadas en la provincia donde prestasen el servicio.

Desde tiempo postclásico, el emperador Constantino I (año 337 d.C.) trató de romper con la tradición clásica de restringir las posibilidades que tenía la *uxor* de contraer un nuevo matrimonio en el supuesto de ausencia del marido a causa del servicio militar, pues ya la mujer podía unirse en segundas nupcias sin caer en adulterio y sin que ello le supusiera la pérdida de la dote. Lo anterior era posible si se cumplían dos requisitos esenciales que evitaban la calificación de estos matrimonios como clandestinos, esto es, que hubieran transcurrido al menos cuatro años sin

tener noticia de su marido y sin posibilidad de *habere iudicium*, así como hacía falta la notificación al *dux* del marido su intención de contraer un nuevo matrimonio. Pues bien, como confirmaba B. Biondi[904], se trataba de un derecho singular que pretendía buscar la seguridad de la muerte del primer marido.

XXI. Cerrando este primer criterio clasificatorio hemos aludido, en última instancia, a las uniones entre patricios y plebeyos justificando su inclusión en el hecho de ser dos clases sociales muy diferenciadas que, finalmente, consiguieron contraer un matrimonio libre. En cuanto a su reconocimiento desde los orígenes del Imperio, decir que si bien la Ley de las XII Tablas había prohibido específicamente el *ius conubii* entre ambos órdenes sociales por considerarlas como relaciones inhumanas, lo cierto es que las luchas patricio-plebeyas hicieron que a partir de mediados del siglo V a.C. (445 a.C.) con la *Rogatio Canuleia* del tribuno Canuleyo, se consiguiera que el gobierno patricio aceptara el derecho al matrimonio y la validez legal de las uniones entre patricios y plebeyos,

[904] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 154.

concediéndoseles el *ius conubii* y aceptándose[905] la ausencia de limitaciones legales a las uniones maritales.

En todo caso, podemos concluir advirtiendo que si bien desde el año 445 a.C. patricios y plebeyos pudieron contraer matrimonio por la *Lex Canuleia*, no se sabe con certeza si fueron muchas las uniones maritales legalmente conformadas o, por el contrario, desde finales de la Monarquía y principios de la República disminuyeron. En cualquier caso, sí podemos afirmar que desde tiempo clásico y, especialmente en época postclásica, estos vínculos fueron desapareciendo dado que apenas contamos con textos que regulen dicha cuestión.

XXII. El siguiente criterio tomado como referencia para sistematizar estas prácticas sexuales, era el de las uniones extra-conyugales *sine conubio* en razón de la capacidad física o natural de las partes. En primer lugar, hemos reparado en el supuesto de los castrados (*castrati*), esterilizados (*spadones*) y ancianos (*senes*) quienes en principio presentaban cierta impotencia para engendrar y, por ese motivo, tenían limitado su derecho a contraer matrimonio legítimo en Roma. Cabe recordar que en estos casos existía cierta incapacidad física que obstaculizaba

[905] M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium...*, op. cit., p. 309.

la validez del matrimonio romano clásico pues el *matrimonium iustum* exigía la convivencia marital, una intención recírpoca y continuada de vivir en comunidad y perpetuar la especie.

No obstante, a lo largo de nuestra investigación hemos demostrado que se dieron dos supuestos excepcionales para unirse maritalmente con plenos efectos para el Ordenamiento romano, esto es, cuando el varón nacía impotente siendo un espadón por naturaleza o era anciano, pues se presuponía que ellos sí podían procrear. En este ámbito hemos determinado que en el caso de los castrados y esterilizados, surgían las denominadas como uniones *sine conubio* por razón de la incapacidad sexual que ambos presentaban y, en los supuestos del anciano o el impotente, se veían mermadas sus facultadas a causa de la avanzada edad o de la propia esterilidad con la que había nacido pero no se limitaba el derecho al matrimonio de estos.

Finalmente, nos hemos planteado si durante el Derecho clásico existió este impedimento o nació con el emperador Justiniano y la influencia del Cristinanismo en el Imperio, dado que ciertos textos de la Compilación justinianea reflejan la impotencia de los *castrati* mientras que otros

pasajes aluden a los estériles o naturalmente incapaces[906]. Concluyendo que, si bien estas limitaciones al matrimonio surgieron durante la época clásica, su regulación jurídica expresa aparece con Justiniano quien consideraba como impotentes y, por ende en ausencia de *conubium*, a los *castrati* pero no así a los estériles o naturalmente *incapaces generandi*.

XXIII. Asimismo, hemos aglutinado en este segundo criterio clasificatorio las relaciones del *furiosus*, el *mente captus* y el *demens*. Recordar que hacemos referencia, en términos generales, a la persona demente que había sido privado de juicio por razón de su enajenación mental; por lo que esa ausencia de capacidad natural hacía que el individuo se viese afectado por una incapacidad de obrar absoluta y le llevara a una verdadera enfermedad que le impedía unirse maritalmente[907]. De hecho, si temporalmente recobraba el juicio, el Derecho Romano entendía que estaba capacitado para realizar determinados actos jurídicos pero no para contraer matrimonio, pues este derecho requería la

[906] L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale...,* op. cit., pp. 246, 250, y 288.

[907] Centrándonos en el alcance y protección del que padecía una enfermedad mental, vid. por todos, M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas...*, op. cit., pp. 5 y 8 ss.

plena capacidad física y jurídica de las partes en el momento de contraer el vínculo marital[908].

Si bien son escasos los textos cásicos que abordan estas prácticas y los que existen no aclaran el grado de demencia que debía tener el cónyuge para ser considerado demente, hemos concluido que se trataba de un tipo de *matrimonium iniustum* calificado de *non potest* o inexistente al carecer del elemento subjetivo o generador del matrimonio (*affectio maritalis*), pues no bastaba con un mero consentimiento inicial sino que dicha voluntad recírpoca de las partes debía ser continuada[909].

En cuanto a la evolución jurídica de estas prácticas sexuales, decir que en el Derecho Justinianeo se restringió este concepto al demente con momentos de lucidez, frente al *demens* o *mente captus* afectado de locura permanentemente. Es por esto, que, solamente tenía capacidad legal en los conocidos literalmente como "intervalos lúcidos", es decir, cuando temporalmente recobraba la salud mental.

[908] Cfr. D. 50,17,40 (Pomp. 34 *ad sab.*).

[909] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 94-95.; R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones...*, op. cit., p. 53.

XXIV. Sobre el matrimonio de la menor en Roma, hemos comenzado nuestra exposición bajo la premisa general de que uno de los fines principales del matrimonio romano era la procreación por lo que, en principio, no podían contraerlo aquellas personas que no hubiesen alcanzado la pubertad por carecer de la madurez sexual suficiente para tener descendencia. No obstante lo anterior, se ha venido añadiendo[910] la posibilidad de que la mujer contrajese matrimonio incluso antes de los doce años que marcaban la pubertad, fijando el límite mínimo de los siete años de edad si era *viri potens*, es decir, capaz de soportar físicamente lo que hemos definido como el ser "poseída por un hombre". Cuestión matizada por M. J. García Garrido[911], al admitir que el matrimonio de la menor de doce años no podría ser legítimo en épocas antiguas porque la mujer no estaría capacitada para prestar su consentimiento, pero sí podría serlo desde la época clásica cuando la mujer alcanzó cierta independencia personal y económica que le posibilitaba prestar válidamente su *consensus*.

[910] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 238 ss.

[911] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII...*, op. cit., p. 76 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*..., op. cit., p. 1135 ss.

Tras los diversos estudios en la materia, recordar que la romanística[912] ha concluido asegurando que el límite de los doce años en la mujer no siempre se respetaba y en el Imperio romano eran frecuentes los matrimonios romanos con mujeres menores de esa edad, produciendo en ese último caso lo que se ha venido calificando como un "matrimonio blanco" en el sentido de que sólo con el paso del tiempo y con la efectiva convivencia conyugal, daría lugar a un matrimonio legal con plena eficacia a efectos del Derecho Romano. Lo que nos ha llevado a justificar el hecho de que no podemos denominarlo como una unión extra-matrimonial *sine conubio* en razón de la minoría de edad de la mujer, por tratarse de un "matrimonio prematuro" que en unos años se convertiría en un *iustum matrimonium* al cumplir entonces los presupuestos esenciales propios de las uniones legales en Roma[913].

[912] M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII...*, op. cit., pp. 76-88; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*..., op. cit., pp. 1135-1142; S. TAFARO, *Pubes e viripotens...*, op. cit., pp. 143-147;

[913] F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae...*, op. cit., pp. 1-27.

XXV. Centrándonos en el tercer criterio clasificatorio relativo a los vínculos familiares existentes como límite al matrimonio romano, cabe señalar el caso de los denominados matrimonios incestuosos y clandestinos entre parientes. En este sentido, hemos comenzado el estudio de este tipo de unión extra-conyugal resaltando que el pueblo romano, según la propia doctrina[914], rechazó de forma absoluta las relaciones entre parientes anulando el matrimonio incestuoso e imponiendo penas al que se hubiera unido en un matrimonio clandestino, como era el caso de la *deportatio in insulam*, sanción propia de época clásica. En términos generales, el "incesto" se conformaba jurídicamente como aquel acto ilícito cometido por quien contraía matrimonio sin atender a la prohibición legal por razón de próximo parentesco o de alianza, diferenciándose entre dos tipos de parentesco por el que no se podía

[914] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., p. 150; F. BETANCOURT SERNA y C. GÓMEZ-RUIZ, *D. 23,2,57a (¿?): Si legitime concepti fuissent*..., op. cit., p. 86 ss.; B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 94 ss.; M. FALÇAO, *O "ius conubii"...*, op. cit., p. 255 ss.; J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*..., op. cit., p. 49; JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral...*, op. cit., p. 277; L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano...*, op. cit., p. 110. Nuevamente, recordamos cómo la doctrina no ha dudado en mantener que todos los actos incestuosos entre padres e hijos y entre hermanos eran contrarios a la ley y, en consecuencia, llevaban aparejados la deportación ya en época clásica, al ser considerados como *iniustum matrimonium*.

contraer matrimonio, esto es, el parentesco de sangre o *cognatio* y el parentesco por afinidad o *adfinitas*.

De este modo, la ausencia de *conubium* a causa del parentesco entre los sujetos que formaban una relación afectiva, se configuró en la Roma clásica como una limitación matrimonial en razón del vínculo familiar existente entre hombre y mujer que compartían una misma sangre, hecho que conllevaba la calificación de relación extra-familiar. Concretamente, la *Lex Iulia de adulterris coercendis* que sistematizó penalmente las uniones extramatrimoniales contempló el incesto, castigando con dureza y declarando nulo el matrimonio entre parientes y afines. Mientras que, por su lado, la legislación postclásica retomó las sanciones contra el incesto y reprimió fuertemente los delitos sexuales y, en particular, en lo que respecta al incesto.

XXVI. A continuación, hemos reparado en el ligamen y la exigencia de divorcio ante el doble vínculo. Desde época clásica y, en especial en tiempo postclásico, la formación de una segunda relación preexistiendo un matrimonio anterior no disuelto hacía que esa unión fuera considerada como extra-conyugal, ilícita, y no permitida por el Derecho Romano dado el ligamen que existía con el primer vínculo matrimonial. Debemos tener en cuenta, que el matrimonio

romano fue esencialmente monogámico y, la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, se entendía como una limitación matrimonial debido a dos motivos fundamentales, como eran, la ausencia de *ius conubii* entre las partes y la antinaturalidad que suponía la existencia de un doble vínculo, independientemente de la condición o profesión de la persona que pretendía contraer dos matrimonios.

Teniendo en cuenta que el divorcio del primer vínculo dejó de ser libre a partir del Derecho postclásico y, muy especialmente con el emperador Justiniano, ello hizo incrementar el número de relaciones extra-conyugales *sine conubio* por existencia de doble vínculo en el Imperio, tal y como se recoge en los textos justinianeos que abordan este impedimento y que literalmente sostienen que el ligamen al menos desde época postclásica impedía el matrimonio[915]. Pues bien, ante esto, hemos concluido nuestra investigación, defendiendo que la existencia de un matrimonio anterior sólo constituyó impedimento matrimonial como tal desde época postclásica, cuando el matrimonio estaba basado en un consentimiento meramente inicial[916].

[915] Cfr. IJ. 1,10,6; Cfr. IJ. 1,10,7.

[916] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., p. 650.

XXVII. Dentro de este grupo, hemos englobado en último término, el supuesto del *tempus lugendi* y la mezcla de sangre como prohibiciones a la viuda. En particular, nuestro estudio ha hecho referencia a aquellas uniones extramatrimoniales *sine conubio* que se producían cuando la viuda, no respetando el tiempo de luto, había vuelto a contraer un nuevo matrimonio. Desde los orígenes del Derecho Romano, existía una imposibilidad para que la viuda pudiera contraer un segundo *matrimonium iustum* antes de los diez meses siguientes a la muerte del primer marido, tratando así de evitar posibles dudas sobre un embarazo posterior y la mezcla de sangre (*partus* o *turbatio sanguinis*).

De hecho, desde la etapa clásica las personas que no respetaban este periodo sufrían una limitación al matrimonio romano justo y sólo podían formar una unión extra-familiar dada la posible mezcla de sangres y la incertidumbre ante una posible paternidad. Muestra de ello, es que el jurista Ulpiano[917] aclarse que el luto de los

[917] Transcribimos nuevamente el texto de Ulpiano al que aludimos. D. 3,2,11 pr. (Ulp. 6 *ad edict.*): *Liberorum autem et parentium luctus impedimento nuptiis non est*; D. 3,2,11,1 (Ulp. 6 *ad edict.*): *Etsi talis maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari: praetor enim ad id tempus se rettulit, quo vor elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.*

hijos y de los padres no era impedimento, pero sí el de la mujer quien no podía casarse si no respetaba el tiempo legal de luto.

En cuanto a al Derecho postclásico y la influencia cristiana, destacar que además de exigirse los doce meses o *annus lugendi* también se requería que esta limitación al *iustum matrimonium* recayera tanto sobre la viuda como la divorciada[918]. Aunque se ha venido calificando[919] estos hechos de "involución" en tiempo postclásico en base a la pérdida del fundamento inicial de esta institución, esto es el tratar de evitar la mezcla de sangres, lo cierto es que nosotros hemos concluido que no se dio tal retroceso y el impedimento siguió teniendo la misma naturaleza de evitar la *turbatio sanguinis*, aun influenciado por las ideas morales y cristianas.

[918] Cfr. Nov. 22,40.

[919] B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 100.

XXVIII. Dependiendo de si mediaba o no consentimiento de los sujetos, en primer lugar hemos distinguido los matrimonio simulados, caracterizándolos como aquellos vínculos contraídos entre personas entre las que no había un consentimiento verdadero como para formar una familia y procrear, sino todo lo contrario, la intención real era la de beneficiarse de las ventajas que se daban a los matrimonios dentro de las Leyes de Augusto[920].

Estas relaciones, también denominadas como "matrimonios de complacencia" o "uniones a cambio de un precio", se consideraban como relaciones extramatrimoniales *sine conubio* por razón de la simulación y la ausencia de *affectio maritales*, siendo supuestos de inexistencia jurídica al surgir una discordancia entre las voluntades declaradas por las partes y las que verdaderamente eran queridas. No existiendo, en ningún caso, una intención real de convivir en una sociedad conyugal ni una voluntad continuada de formar una familia, lo que entendemos que finalmente conllevaría al divorcio.

[920] En tema de matrimonio romano y la importancia de que existiese una voluntad real de unirse perpetuamente en un *consortium omnis vitae*, vid. por todos, B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 101; J. VALENTI ABREU, *La disolución del matrimonio romano...*, op. cit., p. 529 ss.

Hemos visto que un ejemplo de matrimonio que ya desde las primeras etapas del Imperio había sido fingido, lo conformaba el matrimonio por *coemptionem*, consistente en un negocio o acuerdo de voluntades entre las partes para realizar una venta simulada. De hecho, desde los orígenes de esta institución el vínculo matrimonial no tenía ningún efecto jurídico al ser una ficción de compra propia de los matrimonios *cum manu*, en los que se empleaban las formalidades del cobre y la balanza por un precio fingido.

XXIX. Igualmente, destacamos dentro de este cuarto criterio clasificatorio sobre el consentimiento, los matrimonios contraídos por miedo o violencia. Concretamente, los hemos definido como aquellas uniones cuasi-maritales contraídas en Roma contra la voluntad real de al menos uno de los cónyuges y, al igual que ocurría en los matrimonios simulados, también se producía una inexistencia del consentimiento efectivo y real pero a causa del miedo o el temor producido por la amenaza y coacción. Este tipo de para-matrimonios por miedo (*metus*) o por violencia (*vis*) se caracterizaba por la fuerza material y física o la violencia externa, que había que ejercer para que una de las partes contrajese el vínculo marital, no

consistiendo en un mero temor o coacción[921]. En todo caso, recalcar que estas uniones extra-conyugales *sine conubio* a causa del miedo han sido también objeto de debate por considerarse tanto ineficaces como inexistentes.

Si bien, a nuestro parecer, el matrimonio romano clásico no podía ser contraído bajo coacción ya que era un derecho que debía ser aceptado libremente, pues la finalidad principal era formar un consorcio para toda la vida y perpetuar la especie. De la misma forma que, en tiempo postclásico, tampoco fueron válidos dichos matrimonios y se consideraron como "no contraídos", debido a la concepción del *consensus* como inicial.

XXX. Mención especial requieren los matrimonios viciados por error o dolo pues, en la línea del anterior supuesto, nos encontramos con un tipo especial de matrimonio *iniustum* considerado como tal por estar viciada o modificada la voluntad de al menos uno de los cónyuges. El problema principal de estos conocidos como "matrimonios por error" o "matrimonios por dolo" son los escasos textos que abordan la materia; lo que nos ha dificultado la tarea de determinar a lo largo de nuestra investigación, la esencia de este tipo de uniones extramatrimoniales *sine*

[921] Cfr. D. 4,2,21,5 (Paul. 11 *ad edict.*); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap*.); Cfr. D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig*.).

conubio en época clásica e impedimentos matrimoniales ya en tiempo postclásico[922].

De esta forma, finalizábamos el estudio de estas prácticas retomando las palabras del profesor Astolfi[923] quien afirmaba que estos matrimonios eran nulos debido al error en la identidad del cónyuge, conformándose en Roma como un claro impedimento al matrimonio legal.

XXXI. Por último, decir que pertenecen también a este cuarto criterio los casos de matrimonios informes. Nos referimos, en general, a una *forma ad solemnitatem* que cumplía todo matrimonio romano contraído válidamente y que si no se verificaban tales elementos formales, se consideraban ilegítimos, no firmes y carentes de efectos aun cuando no ineficaces[924]. En este sentido, recordar que hemos venido advirtiendo en reiteradas ocasiones que mientras el Derecho Romano arcaico exigía ciertas

[922] Cfr. D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad edict*.); Cfr. D. 23,2,43,10 (Ulp. 1 *ad Leg. Iul. et Pap*.).

[923] R. ASTOLFI, *Il Matrimonio nel Diritto Romano classico*..., op. cit., pp. 102-103.

[924] Cfr. D. 23,2,2 (Paul. 35 *ad edict.*); D. 23,2,6 (Ulp. 35 *ad sab.*); Cfr. D. 23,2,18 (Iul. 16 *dig*.); Cfr. D. 23,2,21 (Terent. Clem. 3 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,22 (Cel. 15 *dig*.) ; Cfr. D. 23,2,25 (Mod. 2 *reg*.); Cfr. D. 23,2,30 (Gai. 2 *ad Leg. Iul. et Pap.*); Cfr. D. 23,2,35 (Pap. 6 *resp*.).

solemnidades para contraer *matrimonium*[925], lo cierto es que en época clásica los vínculos maritales podían ser contraídos libremente y de cualquier forma pues el matrimonio romano era un hecho con relevancia social y lo que importaba era la existencia de un consentimiento mutuo continuado, así como la capacidad jurídica y física entre las partes[926].

Es en este punto donde nos preguntamos qué alcance tiene la forma[927] durante la etapa clásica y cuál fue su evolución posterior con el Derecho postclásico y justinianeo, puesto que el matrimonio clásico era libre de formas exteriorizadas *ad solemnitatis*. A tenor de lo expuesto, nosotros hemos defendido que la solemnidad jurídico-matrimonial exigida entre los cónyuges se refería a la necesidad de que la *affectio maritalis* estuviese reconocida socialmente y se configurase como una *iuris conditio* para que el matrimonio clásico fuese eficaz desde el punto de vista jurídico.

[925] En cuanto a los ritos nupciales y las solemnidades en las primeras etapas del Imperio romano, vid. por todos, A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos...*, op. cit., p. 64 ss.

[926] Cfr. D. 23,2,1 (Mod. 1 *reg.*).

[927] L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho..., op. cit., p. 282.

En este punto, ni la formalidad de la *deductio in domun* ni las *tabulae* eran exigidas para configurar un *iustum matrimonium*, pues éste surgía por el consentimiento mutuo exteriorizado externamente. Es por esto, que, podía ocurrir que el matrimonio fuera plenamente válido por cumplir con los requisitos de capacidad física y jurídica, aun sin haber respetado las solemnidades externas o formas o incluso, al revés, no considerarse como unión marital legal habiendo cumplido ciertos ritos externos.

XXXII. En cuanto al quinto criterio clasificatorio que diferenciaba los casos que afectaban a la moral romana y el principio monogámico del matrimonio, hemos distinguido en primer término el supuesto del adulterio y la bigamia en Roma. En este sentido, resaltar que desde el inicio de nuestra exposición hemos definido al matrimonio romano como esencialmente monogámico, por lo que no cabría hablar de una tercera persona ajena o "cómplice" en dicha relación conyugal pues desde los comienzos del Imperio romano se rechazaban las uniones maritales bígamas.

Aplicado al matrimonio, retomamos los estudios E. Volterra[928] quien admitía que cometían este delito de adulterio quienes mantenían relaciones sexuales esporádicas impúdicas fuera de la unión marital, esto es, el *adulter* o la *adultera* tachados con la denominada "nota de infamia" y sobre los que caían sanciones pecuniarias o incluso otras más graves, como por ejemplo, la muerte para la mujer adúltera. En la misma línea que G. Rizzelli[929] advierte que el fundamento jurídico del delito de adulterio era precisamente la infidelidad matrimonial de al menos uno de los cónyuges, conformándose como un impedimento para el matrimonio en caso de querer unirse el adúltero con su cómplice. Si bien se suele admitir que estamos ante una unión sexual extra-familiar en la que tenía un papel fundamental la mujer, por ser ella quien únicamente cometía adulterio en sentido estricto.

En la etapa arcaica, el varón que sufría el adulterio por parte de su esposa podía castigarla a través del *iudicium domesticum* o procedimiento privado excepcional en el que se consultaba al *paterfamilias* y demás parientes que formaban el citado "consejo de familia". Con las leyes

[928] E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado...*, op. cit., pp. 113-114.

[929] G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 9 ss.

matrimoniales de Augusto, se sustituyó por el *iudicium moribus* considerándose el adulterio como una limitación al matrimonio dada la falta de *conubium* entre los contrayentes para contraer un matrimonio justo, calificándose generalmente como de *impedimentum criminis*.

Ante esto, el *adulterium* pasó a ser un crimen público perseguido a instancias del marido o del padre de la adúltera y también de cualquier ciudadano, si ellos no lo hacían transcurridos dos meses desde el divorcio. En cuanto a su evolución posterior, finalmente cabe señalar que no será hasta Constantino I y especialmente con el emperador Justiniano, cuando este impedimento se establezca como prohibición expresa entre la adúltera y el cómplice por influencia del Cristianismo, extendiéndose incluso hasta después de la muerte del marido y castigándose el adulterio con la pena capital[930].

XXXIII. En segundo lugar, este penúltimo criterio también aglutinaría los casos de prostitución y lenocinio por ser unas prácticas muy habituales en Roma. En este sentido, habíamos visto que la *Lex Iulia de adulteriis* castigaba como *adulterium* o *stuprum* toda unión sexual fuera del matrimonio, existiendo diferentes categorías de mujeres

[930] Cfr. PS. 2,26,3.

con respecto a las cuales era posible tener relaciones sexuales sin incurrir en pena alguna. En concreto, la doctrina[931] ha aclarado que se trataba de aquellas mujeres consideradas *probosae* o *turpes* y carentes de honestidad, con las que se podía contraer concubinato y a las que nunca se les podría denominar *materfamilias*[932].

Dentro de este grupo nos encontrábamos con las mujeres esclavas (*servus)*, las actrices (*scaenica*) y las condenadas en juicio público. Asimismo, cabe añadir las adúlteras condenadas, las mujeres que habían violado la fidelidad matrimonial y las sorprendidas en adulterio, así como las *obscuro loco natae*, es decir, las hijas de actores o actrices cuyo origen fue oscuro y poco honorable.

Finalmente, no podemos olvidar a las *libertas*, las meretrices o amantes (*meretrix*), las prostitutas (*corpore quaestum faciens*) o exprostitutas, y las alcahuetas o seductoras (*lenas*). Sobre estas dos últimas clases de *feminae probosae*, esto es, las prostitutas y las alcahuetas o seductoras hemos justificado que pertenecían a la

[931] C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato...*, op. cit., pp. 106-138; R. ASTOLFI, *La Lex Iulia...*, op. cit., p. 50-51; M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, op. cit., p. 22.

[932] R. LÓPEZ GREGORIS, *El amor en la comedia latina...,* op. cit., p. 13 ss.

consideración jurídico-social de "prostitutas", todas aquellas mujeres romanas de vida torpe, deshonrosa y falta de pudor, que se dedicaban a la exposición pública y venta de su cuerpo a cambio de mantener relaciones sexuales esporádicas. Por su parte, se calificaban como *lenae* las alcahuetas y/o seductoras que concertaban, encubrían o facilitaban una relación amorosa de carácter ilícito, por considerarse esa actitud como poco honorable.

Es por esto, que, entendemos que el Derecho clásico prohibió el *matrimonium iustum* con este tipo de personas y las relaciones por concubinato fueron consideradas como uniones extra-familiares en ausencia de *conubium*. Así el emperador Augusto, a través de la *Lex Iulia de adulteriis*, excluyó precisamente de la pena por adulterio y/o estrupo aquellas relaciones concubinarias establecidas entre un hombre y cualquiera de las mujeres citadas anteriormente, especialmente en el caso de las prostitutas y alcahuetas, al no ser consideradas jurídicamente ni como matrimonio ni como una unión ilícita propiamente dicha, pudiendo incluso coexistir con el matrimonio del marido.

Por lo que la legislación matrimonial de Augusto, en definitiva, dividió en tres categorías a las mujeres[933]: i.- las mujeres que podían casarse con los senadores y con los demás ingenuos; ii.- aquellas a quienes no les estaba permitido contraer matrimonio con senadores, pero sí con ingenuos; iii.- y, por último, las mujeres que no podían ser castigadas por la *Lex Iulia de adulteriis*, es decir, prostitutas, alcahuetas, actrices y las nacidas de oscuro linaje, consideradas *probosae* y que no tenían el derecho a contraer un *matrimonium iustum* en Roma.

XXXIV. El sexto y último criterio tomado como referencia para dividir las distintas uniones extra-conyugales, es el que tiene en cuenta la influencia ideológica de los emperadores a lo largo de las distintas etapas de la Historia de Roma. Sobre las uniones no consideradas por Augusto como matrimonio *secundum Legem Iuliam et Legem Papiam Poppaeam*, en primer lugar, hemos retomado la importancia de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.) promulgadas por el emperador Augusto con el nombre de *Lex Iulia et Papia Poppaea*, cuya finalidad era restaurar la familia romana sobre la base de las tradiciones para

[933] P. PANERO ORIA, *Algunas observaciones en torno al concubinato...*, op. cit., pp. 530-531.

desarrollar una política legislativa que favoreciese tanto las uniones matrimoniales lícitamente contraídas como la procreación. Recordar que, por esta norma, todos los ingenuos salvo los senadores y sus descendientes, podían contraer matrimonio con los libertos, eliminando cualquier impedimento al matrimonio originado por la distinta clase o condición social.

Si bien no nos encontramos con fuentes que indiquen el origen de estos impedimentos y, menos aún, que defiendan que estas limitaciones naciesen con las leyes matrimoniales de Augusto, nosotros hemos mantenido que la ausencia de *conubium* relativo y de tipo social se dio en los siguientes supuestos que pasaban a formar parte de las conocidas como "uniones concubinarias". En primer lugar, en los matrimonios entre senadores, sus hijos y ulteriores descendientes hasta el tercer grado (hasta los bisnietos), tanto ellos como ellas por una parte y libertinas, personas de teatro o hijos de personas de teatro, artistas o hijas de artistas y prostitutas, por la otra. Todo ello, para tratar de evitar la mezcla de clases y conseguir que la raza se conservase pura[934].

[934] C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas...*, op. cit., p. 18.

Con la misma intención de evitar la mezcla de sangre estaban vetados los vínculos contraídos entre ingenuos, fueran o no de la clase senatorial, con personas que practicaban el lenocinio, prostitutas, las condenadas en juicio como adúlteras (adúlteras flagrantes) y artistas de teatro. Como analizamos en el epígrafe anterior, con la *Lex Iulia et Papia Poppaea* se prohibía que los ingenuos pudieran contraer matrimonio con mujeres de mala fama.

En tercer lugar, entendemos que existió este tipo de impedimento al matrimonio romano legal en tiempos de Augusto en aquellos matrimonios entre un liberto y su patrona, o el liberto y la que hubiera sido *uxor* del patrono (o la hija del mismo). Así como en las uniones estables o convivencia entre un ciudadano romano y una latina o peregrina carente de la *civitas*, o en los matrimonios entre un *cives* y la libertas, tal y como tuvimos ocasión de exponer en el Capítulo I al estudiar los tipos de matrimonios ineficaces en Roma

Asimismo, era nulo el matrimonio del interdicto y del demente por la falta de capacidad de obrar que existía en este tipo de unión. E, igualmente, los hijos de familia requerían el consentimiento del *pater* para contraer matrimonio porque, en caso contrario, el matrimonio contraído sería considerado como nulo. Si ese

consentimiento se hubiese denegado injustificadamente, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* ofrecía medios para obligar a otorgarlo.

En suma, hemos concluido este tipo de uniones asegurando que la carencia de *conubium* en aquellos supuestos regulados por primera vez con las leyes de Augusto, pasaron a ser considerados como impedimentos relativos y de carácter social durante la vigencia del Derecho Romano postclásico. De hecho, estos siguieron en vigor hasta la época del emperador Constantino quien extendió la lista de mujeres con las que los senadores (u otros altos cargos dignatarios como los *perfectissimi, duoviri* municipales, o sacerdotes provinciales) no podían contraer matrimonio por su baja condición social, como por ejemplo[935], con una mujer liberta o de humilde nacimiento.

XXXV. El segundo grupo de uniones extra-maritales que pertenecían a este útlimo criterio que nos sirve de cierre de nuestra clasificación, era el relativo a las relaciones *sine conubio* surgidas desde la Roma postclásica por la influencia del Cristianismo. Así, observábamos en primer

[935] R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*..., op. cit., pp. 34-36.

lugar, las uniones ilícitas entre tutor y pupila[936] resaltando expresamente que, de acuerdo a un Senadoconsulto de los tiempos de Marco Aurelio y Cómodo (175 y 180 d.C.), se prohibió el matrimonio entre tutor y pupila antes de rendir cuenta sobre la administración de sus bienes y en tanto que no se extinguiese el plazo para intentar una *restitutio in integrum* por la minoría de edad, de forma que el impedimento se extendía también al *pater* del tutor y a sus descendientes.

Respecto a la evolución jurídica de este supuesto, recordemos que desde época postclásica[937] esta prohibición se extendía a los hijos y nietos del tutor, los hijos adoptivos de éste siempre que estuvieran bajo su potestad, el padre del tutor y sus herederos aunque fuesen extraños, ya que se consideraba que todos ellos conformaban uniones extra-maritales carentes de *conubium* por razón del cargo público del tutor[938].

---

[936] P. BORRELLI*, Il divieto di matrimonio tra tutore...*, op. cit., p. 366 y 368; L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore...*, op. cit., p. 443 ss.

[937] M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer...*, op. cit., pp. 69-79.

[938] Cfr. D. 23,1,15 (Mod. libr. sing. *de enucleatis casibus*); Cfr. D. 23,2,36 (Paul. 5 *quaest.*); Cfr. D. 23,2,37 (Paul. 7 *resp.*); Cfr. D. 23,2,59 (Paul libr. sing. *de assignat. libert.*); Cfr. D. 23,2,60,5 (Paul. libr. sing. *ad orat. divi Antonini et Commodi*); Cfr. D.

De la misma manera, cabría señalar que el rapto se configuró como una limitación matrimonial introducida en la etapa postclásica a causa del arrebato de una doncella núbil, casada o viuda, sin su previo consentimiento o el de sus padres, aunque ya la *Lex Iulia de adulteriis coercendis* había prohibido el matrimonio entre el raptor y mujer raptada, según la propia romanística[939].

Pues bien, ante esto, decir que en época postclásica el *raptus* se entendió más que como la mera ausencia de *ius conubii* como un crimen o delito del raptor y su colaborador, castigado con la pena de muerte, dejando a salvo los supuestos en los que la raptada y sus padres aceptaban el matrimonio con el raptor, pues entonces existía un consentimiento explícito de contraer matrimonio[940].

23,2,64,1 (Callist. 2 *quaest.*); Cfr. D. 23,2,67,3 (Thryph. 9 *disputat.*); Cfr. D. 23,2,67,4 (Thryph. 9 *disputat.*).

[939] Con relación al rapto y la *Lex Iulia de adulteriis*, vid. por todos, B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 93 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 209; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis...*, op. cit., p. 244 ss; B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*..., op. cit., p. 93 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 209.

[940] En cuanto a los textos que incluyen el rapto como crimen y, en consecuencia, lo configuran como una limitación al *matrimonio iustum* Cfr. D. 21,1,43,5 (Paul. 1 *ad edict. Aedilium curulium*); Cfr. D. 47,8,4,9 (Ulp. 56 *ad edict.*).

Sobre las uniones con colonos de baja condición social, hemos mantenido que si bien los denominados impedimentos matrimoniales por colonato se regularon específicamente en Roma a partir del emperador Justiniano, lo cierto es que ya desde época postclásica comenzaron a surgir las denominadas uniones extramatrimoniales por impedimento de colonato entre una mujer libre y un colono ajeno (*coloni adscripticii* o *servi glebae*). En este sentido, recordemos que O. Robleda[941] aclaraba que tal prohibición sólo era aplicada a los *colonus* pero no a los esclavos, ya que al esclavo no se le prohibía el matrimonio.

En cuanto a la disparidad de religión entre judíos y cristianos, subrayar que hasta la Roma clásica, las creencias religiosas no supusieron un impedimento para no celebrar *el iustum matrimonium* ya que se tenía una especial tolerancia por los cultos de los pueblos extranjeros, de tal modo que muchos de ellos los practicaban. Resultando muy común, a comienzos de la época imperial, el hecho de que las mujeres romanas se sintieran atraídas por los cultos en adoración a la diosa egipcia Isis.

[941] O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano...*, op. cit., p. 212.

No obstante, las persecuciones en contra de los Cristianos tuvieron un motivo político más que religioso porque atentaban a las costumbres romanas por ir en contra de la esclavitud y por no prestar adoración a la figura del emperador, el cual, era considerado como una divinidad al igual que lo eran los dioses. Así, la diversidad de religión desde la etapa postclásica pasó a conformarse como una verdadera limitación al matrimonio *iustum* dadas las luchas políticas e ideológicas entre judíos y cristianos. Motivo por el cual, los cristianos no pudieron contraer matrimonio con personas de otra religión o culto y, en caso de hacerlo, se consideraban como uniones extramatrimoniales *sine conubio* por disparidad de religión entre estos.

En cuanto a la evolución del impedimento de disparidad de religión y las relaciones *sine conubio*, se admite que tal unión perduró hasta la etapa de Justiniano aun cuando variaron las penas impuestas y, finalmente, el emperador Justiniano en el año 556 d.C. aun manteniendo dicho impedimento lo que sí hizo fue suprimir la pena capital de la adúltera por la de la vida monástica.

En línea con los casos analizados previamente, cabe recordar que el parentesco espiritual o religioso también impidió el matrimonio en época del emperador Justiniano, dada la relación existente entre las partes[942]. En concreto, con la llegada del Cristianismo no podían ser consideradas como matrimonio romano legal y, formaban parte de las calificadas de uniones extramatrimoniales *sine conubio*, las relaciones entre el padrino y la ahijada dado el vínculo establecido por el bautismo entre el bautizado y sus padrinos y madrinas, a pesar de que se podían unir maritalmente madrina y ahijado.

Finalmente, destacar que la doctrina[943] ha abordado la naturaleza jurídica de este tipo de impedimento por cognación espiritual, concluyendo que fue Justiniano el primer emperador que lo configuró como tal, considerándolos literalmente como matrimonios "sacrílegos e incestuosos" y teniéndose por no celebrados. Es por esto, que, los hijos adquirían la consideración de *spurii* y todo ello conllevaba el ser una prohibición relativa y de *ius divinum*.

[942] Cfr. CJ. 5,4,26,2.

[943] J. A. MARTÍNEZ VELA, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco...*, op. cit., p. 436 ss.

Para acabar, nos queda hacer una breve alusión al orden sagrado y al voto de castidad como límite matrimonial. En efecto, dentro de esta última clasificación hemos investigado sobre aquellas uniones *sine conubio* que Justiniano prohibió que se denominasen como *matrimonium*, dado el orden sagrado (los cuerpos constituidos en sentido civil, es decir, el cuerpo de los que gobernaban) o el voto de castidad (simbolizaba la renuncia abierta a una vida marital con otra persona y el no mantener relaciones sexuales por el voto público y solemne contraído con la institución religiosa*).*

Si bien es cierto que con la llegada del Cristianismo al Imperio en tiempo postclásico se había ido reconociendo progresivamente dicha limitación, lo cierto es que no fue hasta el año 531 d.C. cuando el emperador Justiniano[944] declaró que, tanto el orden sagrado como el voto de castidad, se conformaban como impedimentos matrimoniales en los que el emperador aplicó la doctrina canónica al Derecho Romano.

[944] Cfr. CJ. 1,3,52,14.

En general, entendemos que dicha sistematización ha dado la razón de ser a nuestro trabajo de investigación pues, como advertíamos en la Introducción a nuestra Tesis doctoral, a nuestro parecer el estudio de los efectos jurídicos de las uniones extra-familiares surgidas en Roma nos puede ayudar a comprender muchos de los problemas actuales. Especialmente, nos referimos a aquellos derivados de la reforma introducida por el Código Civil español en el año 2005, cuando el legislador permitió que personas del mismo sexo pudieran unirse legítimamente en un matrimonio produciendo los mismos derechos y obligaciones. Extendiéndose, desde entonces, una nueva terminología en nuestro Ordenamiento jurídico español que incluye otras relaciones frecuentes surgidas de forma paralela al matrimonio, como las ya citadas parejas de hecho, uniones libres o convivencia *more uxorio*[945].

Concretamente, aludimos a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual, comenzaba su exposición afirmando específicamente que la relación y convivencia de pareja basada en el afecto es: "Una expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que

[945] P. PANERO ORIA, *El concubinato romano...*, op. cit., pp. 92-96.

nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra Jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja. Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución".

Advirtiéndose, finalmente en un último inciso, que en general es la ley la encargada de desarrollar ese derecho teniendo presente cada momento histórico, determinando la capacidad exigida para contraer matrimonio, su contenido y el régimen jurídico aplicable.

A modo de Conclusión final entendemos que, centrar nuestro trabajo en el matrimonio y sus elementos esenciales, supone profundizar en una de las instituciones jurídicas cuyo objeto de estudio puede resultar interesante para cualquier investigador del Derecho, debido a las transformaciones constantes que no sólo el matrimonio sino la familia en general están experimentando en los últimos años.

Igualmente, cabría añadir que el resultado de este análisis acerca del alcance jurídico de los impedimentos matrimoniales consideramos que destaca por la sistematización abierta y original que hemos ofrecido. Demostrándose, de este modo, que la falta de textos y la disparidad de opiniones doctrinales en esta materia no impide examinar los efectos jurídicos e importancia del *iustum matrimonium* desde la etapa clásica.

En suma, concluimos nuestro trabajo afirmando que los escasos estudios jurídicos que tratan la naturaleza jurídica y tipología de las prohibiciones matrimoniales existentes en Roma han justificado la elaboración de la presente Tesis doctoral. Con ella, pretendemos superar la segunda fase del periodo de investigación centrada, muy especialmente, en el análisis del matrimonio y otras uniones extra-familiares surgidas durante la vigencia del

Derecho Romano clásico, hasta su evolución jurídica ya en la etapa postclásica y justinianea.

"Hubo en Roma muchas posibilidades de uniones o de conductas que implicasen algún tipo de relación sexual, con trato íntimo o no, al margen del matrimonio legítimo. Hoy pasa igual, me atrevería a decir que, tampoco en esto, hemos descubierto nada nuevo (...) ¿Hay mucha diferencia entre la realidad de Roma y la de hoy?"

J. C. GHIRARDI
(2005)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

E. ALBERTARIO, *La definizioni del matrimonio secondo Modestino*, en *Estratto dagli Studi in Memoria di Aldo Albertoni* I, Editorial Antonio Milani (Padova 1935) 241-256.

J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria*, en *RGDR* IV (2005) 1-50.

J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Datos sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano: Ascendientes y descendientes*, en *RGDR* VIII (2007) 1-25.

J. M. ALBURQUERQUE SACRISTÁN, *Realidad social o jurídica de la prestación de alimentos entre cónyuges*, en *RGDR* X (2008) 1-30.

C. ALFARO GINER y A. NOGUERA BOREL (Eds.), *Actas del Primer Seminario de Estudios sobre la mujer en la Antigüedad*, SEMA I (Valencia 1997).

A. ALVAR EZQUERRA (Ed.), *Poesía de amor en Roma*, Ediciones Akal (Madrid 1993).

F. J. ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Algunas observaciones a propósito de la represión del lenocinium en la Lex Iulia de Adulteriis*, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* II, Editorial Artes gráficas bental (Madrid 1988) 565-577.

U. ÁLVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Madrid 1944).

C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *El divorcio y la manus en la Comedia del siglo II a.C.*, en *RGDR* XII (2009) 1-18.

V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* I-II, Giuffré Editore (Milano 1953).

V. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus (Madrid 1980).

V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Editore Jovene (Napoli 1954), en O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana (Roma 1970).

W. ARÉVALO CABALLERO, *Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma*, en *Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante* VIII (2006) 77-86.

L. R. ARGÜELLO, *Manual de Derecho Romano*, Editorial Astrea (Buenos Aires 1997).

J. A. ARIAS BONET, *En torno a la no reintegración iure postliminii del matrimonio romano*, en *AHDE* XXV (1955) 567-582.

J. A. ARIAS BONET, *El matrimonio en el Derecho Romano*, en *AAMN* (1962) 5-23.

J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado (Madrid 1993).

P. ARIÈS y G. DUBY, *Historia de la vida privada*, Editorial Taurus-Alfaguara (Madrid 1993).

R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*, Editorial CEDAM (Padua 1996).

R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel Diritto Romano*, Editorial CEDAM (Padova 1997).

R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel Diritto Romano Preclassico*, Editorial CEDAM (Padova 2002).

R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel Diritto Romano classico,* Editorial CEDAM (Padova 2006)

A. BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, Editorial Tecnos (Madrid 1979).

F. BETANCOURT SERNA, *El libro anónimo "de Interdictis". Codex Vaticanus Latinus Nº 5766*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1997).

F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1995).

F. BETANCOURT SERNA, *Derecho Romano clásico,* Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 2000).

F. BETANCOURT SERNA, *Líneas de investigación romanística. Estado de la cuestión*, en R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos Planes de estudio*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén (Jaén 1999) 77-86.

F. BETANCOURT SERNA y C. GÓMEZ-RUIZ, *D. 23,2,57a (¿?): Si legitime concepti fuissent*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001) 67-94.

B. BIONDI, *La poena adulterii da Augusto a Giustiniano*, en *Scritti di Diritto e di Economia in Onore di F. Mancaleoni*, Studi Sassaresi (Sassari 1938) 63-96.

B. BIONDI, *Il Diritto Romano cristiano III*, Giuffrè Editore (Milano 1954).

B. BIONDI, *Scritti giuridici* II (Milano 1965), en C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1987).

B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore (Milano 1972).

P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, Giuffrè Editore (Milán 1925).

P. BONFANTE, *Sulla reforma giustiniana del concubinato*, en *Scriti Giuridici Vari*, Studi Generali (Roma 1925).

P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Reus (Madrid 1929).

P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano I. Diritto di Famiglia*, Giuffrè Editore (Milano 1963).

P. BORRELLI, *Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, en *LABEO* XLIII (1997) 365-389.

M. J. BRAVO BOSCH, *Algunas consideraciones sobre el Edictum de Adtemptata ad pudicitia*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia (Murcia 1998) 41-53.

G. BUIGUES OLIVER, *¿Protección o limitación de la actividad negocial de la mujer en el Senadoconsulto Veleyano?: Un análisis de textos jurisprudenciales*, en *RGDR* XV (2010) 1-30.

F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho Romano*, Editorial Instituto de Cultura Juan Gil-Albert (Alicante 1997).

H. CAMPOS VARGAS, *La mujer en la Literatura jurídica romana: Una aproximación de género a las "Instituciones" de Gayo*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* CVII (2005) 11-32.

E. CANTARELLA, *Adulterio, omicidio legittimo e causa d'onore in Diritto Romano*, en *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* I, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica (Milano 1972) 243-274.

E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, en *Storia di Roma* IV. *Caratteri e morfologie,* Editorial Einaudi (1989).

E. CANTARELLA, *Según natura. La bisexualidad en el mundo antiguo*, Editorial Akal (Madrid 1991).

E. CANTARELLA, *La calamidad ambigua: Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*, Editorial Clásicas (Madrid 1991).

E. CANTARELLA, *Viejas y nuevas hipótesis sobre el matriarcado*, en *Arenal: Revista de Historia de las Mujeres* II (1995) 7-24.

E. CANTARELLA, *Matrimonio e sessualità nella Roma repubblicana: Una storia romana di amore coniugale*, en *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición romanística* XIII. *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* (2001) 21-35.

G. CARDASCIA, *La distinction entre honestiores et humiliores et le droit matrimonial*, en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II, Giuffré Editore (Milano 1953) 665-667.

M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Editorial Secretariado de publicaciones de la Universidad de Valladolid (Valladolid 1972).

G. C. CASELLI, *Concubina pro uxore,* en *Rivista Storia del Diritto Italiano* XXXVII-XXXVIII (1964-1965) 163-220.

C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Giuffrè Editore (Milano 1940).

C. CASTELLO, *Consortium omnis vitae*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*. Pontificia Università Lateranense. Pontificium Institutum Utriusque iuris (Roma 1980).

A. CASTRO SÁENZ, *Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: Un estudio comparativo*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIII (2001) 75-112.

G. CERVENCA, *Osservazioni sul <curator> della donna minore di venticinque anni*, en *IURA* XL (1989) 41-54.

J. R. CLARKE, *Sexo en Roma, 100 a.C-250 d.C*, Océano Grupo Editoria (Madrid 2003).

P. E. CORBETT, *The Roman Law of marriage*, Editorial Oxford (Oxford 1969).

G. CRIFÓ, *La condizione femminile in Roma*, en J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Salamanca 2002) 237-245.

F. CUENA BOY, *La prohibición del funcionario con mujer de la provincia en la que sirve. Derecho Romano y Derecho castellano*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 99-108.

Á. D´ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Salamanca 1943).

Á. D´ORS, *Derecho Privado Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1977).

X. D´ORS, *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*, en *Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela* LIV, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela 1982).

J. A. D´ORS, *Elementos de Derecho Privado Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Navarra 1992).

L. DANILO DALLA, *L´Incapacità sessuale in Diritto Romano*, en *Seminario giuridico della Università di Bologna* LXXVI, Giuffrè Editore (Milano 1978).

J. DAZA MARTÍNEZ, *Nuptiae et matrimonium*, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Seminario de Derecho Romano "Ursicino Alvarez" (Madrid 1978) 57-67.

J. DAZA MARTÍNEZ, *La influencia cristiana en la concepción postclásica del matrimonio romano*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 109-148.

R. DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in Iure" a una controversia patrimonial: Transacción, juramento y confesión*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 2006).

F. DE MARTINO, *Storia della Constituzione romana* IV (Napoli 1974), en C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1987).

F. M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel Basso Imperio*, en *Annali Bari* IV (1939) 45-69.

I. DE SEVILLA, *Etimologias 9,7,13*, Edición Oroz Reta y Marcos Casquero. Biblioteca de Autores Españoles (Madrid 1993).

A. E. DE MAÑARICUA, *El matrimonio de los esclavos*, en *Estudio histórico jurídico hasta la fijación de la disciplina en el Derecho Canónico*, Editorial Series *Facultatis Iuris Canonici* XXIII (Romae 1940).

D. DELAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el Edictum de Adtemptata Pudicitia*, Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia 1999).

D. DELAPUERTA MONTOYA, *La Contumelia indirecta en los ataques a la buena reputación de la mujer e hijos*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 355-372.

A. DEL CASTILLO, *La emancipación de la mujer romana en el S. I d.C.*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada (Granada 1976).

A. DEL CASTILLO, *Apuntes sobre la situación de la mujer en la Roma imperial*, en *Latomus: Revue d'Études Latines* XXXVIII (1979) 173-187.

A. DEL CASTILLO, *Legislación romana y liberación femenina: Una relación inconsciente*, en *Lucentum: Anales de la Universidad de Alicante. Prehistoria, Arqueología e Historia antigua* VII-VIII (1988-1989) 161-169.

F. DEL PINO-TOSCANO, *El matrimonio entre el descendiente del tutor y su ex-pupila en el Libro 9 Disputationum de Claudio Trifonino*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001) 143-187.

F. DEL PINO-TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D. 42,8*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2002).

F. DEL PINO-TOSCANO, *Sistematización de las nuptiae I*, en *RGDR* XVI (2011) 1-27.

L. DESSANTI, *Costantino, il ratto e il matrimonio riparatore*, en *SDHI* LII (1986) 195-217.

L. DESSANTI, *Costantino ed il matrimonio fra tutore e pupilla*, en *BIDR* XXVIII (1986) 443-463.

S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Edizione Anastatica (Palermo 1919).

S. DI MARZO, *Istituzioni di Diritto Romano,* Giuffrè Editore (Milano 1946).

S. DI MARZO, *Manuale elementare di Diritto Romano*, Unione tipográfico-Editrice (Torino 1954).

R. DOMINGO, *Teoría de la "auctoritas"*, Editorial EUNSA (Pamplona 1987).

R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho Romano*, Editorial Aranzadi (Navarra 2002).

E. DOMÍNGUEZ LÓPEZ, *La impotencia en las Leges Iulia et Papia Poppaea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 167-176.

M. DOMÍNGUEZ-RODRIGO, *El origen de la atracción sexual humana*, Ediciones Akal (Madrid 2004).

M. DURRY, *Le mariage des files impúberes dans la Rome Antique*, en *RIDA* II (1956), en M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-Divortium Origen y configuración jurídica hasta la Legislación matrimonial de Augusto*, Ediciones TAT (Granada 1987).

A. EHRHARDT, *Constantin der Grosse. Religionspolitik und Gesetzgebung*en, en *Zsav Stift R. A.* LXXII (1955) 127-190, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

M. FALÇAO, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Navarra 1973).

M. FALÇAO, *O "ius conubii" romano e o Direito ao matrimónio*, en *Revista española de Derecho Canónico* LXIII (2006) 255-276.

C. FAYER, *La familia romana: Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. matrimonio. dote*, L'Erma di Bretschneider (Roma 2005).

A. FERNÁNDEZ y J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho Privado Roman*o, Editorial Universitaria Ramón Areces (Madrid 1992).

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Repudium-divortium. Origen y configuración jurídica hasta la Legislación matrimonial de Augusto*, Ediciones TAT (Granada 1987).

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La mujer romana ante el divorcio*, en A. LÓPEZ; C. MARTÍNEZ y A. POCIÑA (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Seminario de Estudios de la mujer (Granada 1990) 121-135.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Relaciones extramatrimoniales en época republicana*, en R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos Planes de estudio*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén (Jaén 1999) 195-210.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Conubium y Sponsalia: Reflexiones sobre la concepción originaria del matrimonio romano,* en A. MURILLO VILLAR (Coord.), *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Mª Reimundo Yanes I* (Granada 2000) 197-216.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La familia en Roma: Entre los mores maiorum y la norma escrita*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001) 103-123.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *La cesión de la mujer con fines de procreación según la concepción de la familia romana arcaica y preclásica*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* IV (2001) 273-298.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 193-208.

M. E. FERNÁNDEZ BAQUERO, *El significado del término familia en el Derecho Romano, según el texto de Ulpiano, Lib. 46 ad Edictum, D. 50, 16, 195, 1-5*, en *RGDR* XVI (2011) 1-21.

F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Hacia un modelo ideal de tutor*, en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la Uiversidad Nacional de Educación a Distancia XIII* (Madrid 1998) 359-365.

F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *La Tesis doctoral: Una aproximación y algunas pistas*, en *Revista de Economía aplicada e Historia económica* VIII (Madrid 2001) 93-102.

F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN FERNÁNDEZ, *Sistema contractual romano,* Editorial Dykinson (Madrid 2004).

A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*, en *RGDR* VI (2006) 33-44.

A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Derecho Privado Romano*, Editorial Iustel (Madrid 2009).

A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación*, en *RGDR* XVII (2011) 1-8.

M. FERNÁNDEZ PRIETO, *El esclavo en el delito de iniuriae*, en *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* VI (1997) 7-34.

P. FLORES SANTAMARÍA, *Las jóvenes romanas: Una educación para el matrimonio,* en *Actas de las V Jornadas de Investigación interdisciplinaria*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid (Madrid 1986) 217-224.

G. FRANCIOSI, *Sul matrimonio tra cugini incrociati in Roma antica*, en S*tudi in Onore di Cesare Sanfilippo* III, Giuffrè Editore (Milano 1983).

M. FUHRMANN, *Literatura romana*, Editorial Gredos (Madrid 1985).

L. FULCI, *Il divorzio nella prima epoca del Diritto Romano*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* III, Giuffrè Editore (Modena 1894).

FUNDACIÓN "SOLIDARIDAD DEMOCRÁTICA", *La prostitución de las mujeres*, en *Instituto de la Mujer. Serie Estudios* XVII (Madrid 1988).

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Conventio in manum y matrimonio*, en *AHDE* XXVI (1956) 781-787.

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Minor annis XII nupta*, en *LABEO* III (1957) 76-88.

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor*, en *AHDE* XXVII-XXVIII (1957-1958) 1135-1142.

M. J. GARCÍA GARRIDO, *La convivencia en la concepción romana del matrimonio*, en *Separata del Libro Homenaje al profesor Jiménez Fernández* (Sevilla 1967).

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, Editorial Dykinson (Madrid 1979).

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Editorial Dykinson (Madrid 1988).

M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones,* Ediciones Académicas (Madrid 2008).

J. GARCÍA SÁNCHEZ, *Incumplimiento de esponsales: De Roma al Derecho vigente*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 225-270.

J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Salamanca 2002).

J. M. GARCÍA y A. POCIÑA (Eds.), *En Grecia y Roma: Las gentes y sus cosas*, EUG: Editorial Universidad de Granada (Granada 2003).

A. GARCÍA VALDÉS, *Historia y presente de la homosexualidad. Análisis crítico de un fenómeno conflictivo*, Akal Editor (Madrid 1981).

J. GAUDUMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage aus Bas Empire*, en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II, Giuffré Editore (Milano 1953) 173-196.

J. GAUDEMET, *Union libre et marriage dans la Rome impériale*, en *IURA* XL (1989) 1-23.

J. GAUDUMET, *El matrimonio en Occidente*, Editorial Taurus Humanidades (Madrid 1993), del original J. GAUDUMET, *Le mariage en Occident. Les moeurs et le Droit*, Les Éditions du Cerf (Paris 1987).

J. C. GHIRARDI, *Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano*, en *RGDR* V (2005) 1-49.

P. GIUNTI, *Consors vitae, matrimonio e ripudio in Roma antica,* Giuffré Editore (Milano 2004).

F. GLÜCK, *Comentario alle Pandette,* trad. por D´ACONA (Milán 1898), *en* M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma (Salamanca 1988)*.

C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1987).

C. GÓMEZ RUIZ, *Matrimonio. Efectos del matrimonio*, en *IUSTEL: Portal Derecho, Base de Conocimiento Jurídico* (Madrid 2002).

G. GROSSO (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo I-III,* Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica (Milano 1972).

A. GUARINO, *Guida allo studio della fonti giuridiche romana*, Editorial Pellerano-Del Gaudio (Napoli 1952), en C. GÓMEZ RUIZ, *El divorcio y las Leyes augusteas*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1987).

M. GUERRERO LEBRÓN, *Notas sobre la difamación en Derecho Romano,* en *Rivista di Diritto Romano* II (2002) 433-439.

M. GUERRERO LEBRÓN, *La idea de materfamilias en el Edictum de Adtemptata Pudicitia*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 297-310.

M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Ulpiano*, en *RGDR* III (2004) 1-15.

A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* CDXCIV (1973) 253-259.

R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos Planes de estudio*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén (Jaén 1999).

R. HERRERA BRAVO y M. SALAZAR REVUELTA (Coords.), *Problemática del Derecho Romano ante la implantación de los nuevos Planes de estudio*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén (Jaén 1999).

C. HERREROS GONZÁLEZ y M. C. SANTAPAU PASTOR, *Prostitución y matrimonio en Roma: ¿Uniones de hecho o de derecho?*, en *Iberia: Revista de la Antigüedad* VIII (2005) 89-111.

G. HUBER, *Accezione dell´omnis vita nella definizione di Modestino in rapporto alla durata del matrimonio*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*. Pontificia Università Lateranense. Pontificium Institutum Utriusque iuris (Roma 1980).

M. HUMBERT, *Le remariage à Rome*, Étude d'histoire juridique et sociale. Giuffré Editore (Milano 1972) 142-173, en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Ariel (Barcelona 1972).

M. KASER, *Das Römisches Privatrecht*, Editorial Beck (München 1971).

M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*, Editorial Comares (Granada 1998).

W. KUNKEL, *Derecho Privado Roman*o, Editorial Labor (Barcelona 1965).

W. KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, Editorial Ariel Derecho (Barcelona 1994).

J. L. LACRUZ, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Editorial Civitas (Madrid 1994).

S. LILJA, *Homosexuality in Republican and Augustan Rome*, Editorial Societas Scientiarum Fennica (Helsinki 1983).

C. LONGO, *Diritto Romano III. Diritto di famiglia*, Giuffré Editore (Roma 1940).

G. LONGO, *Sullo scioglimento del matrimonio per volontà del paterfamilias*, en *BIDR* XL (1932) 201-224.

G. LONGO, *Affectio maritalis*, en *BIDR* XLVI (1939) 119-141.

G. LONGO, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, en *Scritti in Onore di Antonio Guarino*, Editore Jovene (Napoli 1984).

A. LÓPEZ, *Las prostitutas en Roma*, en J. M. GARCÍA GONZÁLES y A. POCIÑA PÉREZ, *En Grecia y Roma: Las gentes y sus cosas*, Sociedad Española de Estudios Clásicos. Universidad de Granada (Granada 2003) 145-153.

M. LÓPEZ-AMOR, *La mujer romana a través de la Sátira VI de Juvenal*, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* III, Editorial Artes gráficas bental (Madrid 1988).

M. A. LÓPEZ BLANCO, *La pérdida de la dignidad: La prostitución femenina en la Roma imperial*, en C. ALFARO GINER y A. NOGUERA BOREL (Eds.), *Actas del Primer Seminario de Estudios sobre la mujer en la Antigüedad*, SEMA I (Valencia 1997) 117-125.

R. LÓPEZ GREGORIS, *El amor en la comedia latina. Análisis léxico y semántico*, Ediciones Clásicas (Madrid 2002).

M. L. LÓPEZ HUGUET, *Un estudio sobre la configuración jurídica del término domicilium en Derecho Romano*, en *RGDR* VIII (2008) 1-71.

A. LÓPEZ PEDREIRA, *Limitaciones a la libertas nuptialis en la legislación augustea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 391-406.

A. LÓPEZ; C. MARTÍNEZ y A. POCIÑA (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Seminario de Estudios de la mujer (Granada 1990).

R. LÓPEZ-ROSA, *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxorem,* Cuadernos del Colegio Universitario de Jerez. Publicación de la Caja de Ahorros de Jerez (Cádiz 1977).

R. LÓPEZ-ROSA, *Apuntes de Historia de la organización política romana y del sistema de fuentes de su Derecho*, Editorial Kronos (Sevilla 1990).

R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y matrimonio: A propósito de la organización social y política en la Roma antigua,* en *Libro Homenaje in Memoriam Carlos Díaz Rementería*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 1998) 411-432.

R. LÓPEZ-ROSA, *Familia y civitas a propósito de la Lex Cincia,* en J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Salamanca 2002) 613-623.

R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001).

R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004).

E. A. LOZANO CORBI, *Roma y su gran aportación al mundo: El Derecho Romano (El estudio del mismo y su docencia e investigación)*, Mira Editores (Zaragoza 1993).

E. A. LOZANO CORBI, *El matrimonio en Derecho Romano*, en *Anales II: Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Calatayud* (Calatayud 1994) 89-114.

C. LOVISI, *A l´origine de la Loi Scantinia?*, en *Mélanges de Droit Romaní et d´ Histoire Ancienne. Hommage à la Mémoire de André Magdelain* XXXVI (Paris 1998) 275-284.

G. LUCHETTI, *Il matrimonio "cum scriptis e sine scriptis" nelle fonti giuridiche giustinianee*, en *BIDR* XXXI-XXXII (1989-1990) 325-376.

M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)*, en *RGDR* IV (2005) 1-66.

M. L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Régimen jurídico de las presunciones*, Editorial Dykinson (Madrid 2007).

E. M. MARTÍNEZ GALLEGO, *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca 2001).

J. A. MARTÍNEZ VELA, *Algunas claves para el estudio de las relaciones de parentesco como impedimento matrimonial*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 421-438.

C. MANENTI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio* (Siena 1889).

M. MAÑAS NÚÑEZ, *Mujer y sociedad en la Roma imperial del siglo I*, en *Norba: Revista de Historia* XVI (1996-2003) 191-207.

J. MIQUEL, *Derecho Privado Romano,* Editorial Marcial Pons (Madrid 1992).

J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae: Una reflexión sobre Derecho matrimonial comparado*, en *RGDR* VI (2006) 1-15.

J. MIQUEL, *Consortium omnis vitae*, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna* XX (2003) 1-15.

M. MORINEAU, *El concubinato en Roma y en México*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 445-454.

E. MONTERO CARTELLE, *El latín erótico. Aspectos léxicos y literarios (hasta el s. I d.C.)*, Editorial Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (Sevilla 1991).

A. MURILLO VILLAR (Coord.), *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito Mª Reimundo Yanes I* (Granada 2000).

M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca 1988).

M. I. NÚÑEZ PAZ, *La mujer romana: Aspectos magico-religiosos y repercusion penal*, en *LABEO: Rassegna di Diritto Romano* XLIV (1998) 268-284.

M. I. NÚÑEZ PAZ, *Evolución histórico-jurídica del consentimiento matrimonial en Derecho Romano*, en E. M. MARTÍNEZ GALLEGO, *Matrimonio y uniones de hecho*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca 2001) 31-38.

J. A. OBARRIO MORENO, *Reseña de la lectura y defensa de la Tesis doctoral Iustum Matrimonium. La influencia de la doctrina cristiana en la evolución jurídica del matrimonio romano, leída el 3 de Noviembre de 2008 en la Universidad de Vigo*, en *RGDR* XI (2008) 1-8.

J. A. OBARRIO MORENO, *La edad pupilar y la mayoría de edad en la tradición romanística*, en *RGDR* XV (2010) 1-36.

R. ORESTANO, *La dote nei matrimoni "contra mandata",* en *Studi di Storia e Diritto in Memoria di Guido Bonolis* I, Giuffrè Editore (Milano 1942) 9-52.

R. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclásica,* en *Scritti di Diritto Romano in Onore di C. Ferrini* III (Milano 1946) 345-382.

R. ORESTANO, *La Struttura giuridica del matrimonio romano, del Diritto Clásico al Diritto Giustinianeo*, en *BIDR* XLVII (1940) 154-402.

R. ORESTANO, *Sul matrimonio presunto in Diritto Romano*, en *Atti Congresso Internazionale di Diritto Romano* III, (Milano 1948) 47-65.

A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Editorial Dykinson (Madrid 2006).

A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *El jurista Modestino y el matrimonio. Sobre cónyuges, consortes y cómplices*, Editorial Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (Granada 2006).

A. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Derecho Privado Romano*, Editorial Ediciones Del Genal (Málaga 2010).

C. ORTÍN GARCÍA, *Edad, matrimonio y Lex Iulia et Papia Poppaea*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 507-518.

R. PANERO, *Derecho Romano*, Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia 2000).

P. PANERO ORIA, *Ius occidendi et Ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis*, Editorial Tirant Lo Blanch (Valencia 2001).

P. PANERO ORIA, *Lenae et lenones*, en J. GARCÍA SÁNCHEZ; P. DE LA ROSA DÍAZ y A. TORRENT RUIZ (Coords.), *Estudios Jurídicos in Memoriam del profesor Alfredo Calonge*, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Salamanca 2002) 783-798.

P. PANERO ORIA, *Algunas observaciones en torno al concubinato*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia. De Roma al Derecho Actual*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2004) 527-540.

P. PANERO ORIA, *El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho*, en *RIDROM* V (2010) 92-125.

M. D. PARRA MARTÍN, *Mujer y concubinato en la sociedad romana*, en *Anales de Derecho* XXIII, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia (Murcia 2005) 239-248.

M. D. PARRA MARTÍN, *Problemática en torno a las fuentes en el Derecho Romano clásico. Referencia especial Publio Iuvencio Celso-Hijo*, en *Anales de Derecho* XXIII, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia (Murcia 2005) 225-238.

M. J. PELÁEZ, Reseña de *"El jurista Modestino y el matrimonio. Sobre cónyuges, consortes y cómplices"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXIX (2007) 604-607.

C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio. Estudio sobre la Jurisprudencia y la doctrina canónica*, Editorial Edisofer (Madrid 2004).

B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: Absentia y postliminium*, Editorial Comares (Granada 2008).

S. PEROZZI, *Instituzioni di Diritto Romano I,* Casa Editrice Dottor Franceso Villardi (Milano 1947), en O. ROBLEDA, *El Matrimonio En Derecho Romano. Esencia, Requisitos de validez, Efectos, Disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana (Roma 1970).

R. PICHÓN, *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana*, Editorial Signifer Libros (Madrid 2001).

PIERANGELO CATALANO, *La familia "fuente de la Historia" según el pensamiento de Giorgio La Pira*, en *RGDR* III (2004) 1-6.

A. PIGANIOL, *L´empereur Constantin*, Editorial Rieder (Paris 1932), en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

I. PIRO, *<Conventio in manum> e sucesivo matrimonio in GAI 2.139*, en *Rassegna di Diritto Romano,* Editore Jovene (Napoli 1989).

S. B. POMEROY, *Diosas, rameras, esposas y esclavas, mujeres en la antigüedad clásica*, Editorial Akal (Madrid 1990).

G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem II*, Breitkopf-Hartel (Leipzig 1875), en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca 1988).

S. PULIATI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Editore Giuffré (Milano 2001).

E. QUINTANA ORIVE, *Observaciones sobre la prueba del estado civil en Derecho Romano*, en *RGDR* XIII (2009) 1-20.

S. RAMÓN Y CAJAL, *Reglas y Consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Madrid 2000).

P. RASI, *Consensus facit nupcias*, Editore Giuffré (Milano 1946), en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Ediciones Universidad de Salamanca (Salamanca 1988).

P. RESINA SOLA, *La condición jurídica de la mujer en Roma*, en A. LÓPEZ; C. MARTÍNEZ y A. POCIÑA (Eds.), *La mujer en el mundo mediterráneo antiguo*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Seminario de Estudios de la mujer (Granada 1990) 98-119.

P. RESINA SOLA, *La legitimación activa de la mujer en el proceso criminal romano*, Ediciones Clásicas (Madrid 1996).

P. RESINA SOLA, *El estudio del Derecho de Familia a través de la doctrina romanística española (1940-2000)*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001) 23-47.

G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, strupum*, Edizioni del Grifo (Italia 1997).

JEAN-NOÊL ROBERT, *Eros romano. Sexo y moral en la Roma antigua*, Editorial EDAF (Madrid 1999).

O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana (Roma 1970).

O. ROBLEDA, *Sobre el matrimonio en Derecho Romano,* en *SDHI* XXXVII (1971) 337-350.

O. ROBLEDA, *Matrimonio inexistente o nulo en Derecho Romano*, en *Studi in Memoria di Guido Donatuti* III, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica (Milano 1973).

O. ROBLEDA, *La definizione del matrimonio nel Diritto Romano*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*. Pontificia Università Lateranense. Pontificium Institutum Utriusque iuris (Roma 1980).

L. M. ROBLES VELASCO, *Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano*, uniones de hecho, concubinato y *contubernium* de Roma a la actualidad, en *RIDROM* VII (2011) 281-318.

Á. ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valor culturali nella storia giuridica del matrimonio*, Editore Jovene (Napoli 1996).

L. C. ROSENFELD, *Matrimonio en el Derecho Romano*, en *Revista del Notariado* DXXLXIII (1979).

E. RUIZ FERNÁNDEZ, *El divorcio en Roma*, Editorial Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid (Madrid 1992).

F. X. RYAN, *The Lex Scantinia and the prosecution of Censors and Aediles*, en *Classical Philology by the University of Chicago Press* LXXXIX (1994) 159-162.

M. SALAZAR REVUELTA, *Intervención del "pater familias" en la configuración de los esponsales en época preclásica*, en R. LÓPEZ-ROSA Y F. DEL PINO-TOSCANO (Eds.), *El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la Romanística española*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva (Huelva 2001) 221-229.

C. SALLES, *Los bajos fondos de la antigüedad*, Ediciones Juan Granica (Barcelona 1983).

L. SALOMÓN SANCHO, *Las retentiones en la actio rei uxoriae*, en *RGDR* X (2008) 1-22.

F. SALVADOR VENTURA, *Los homosexuales en el mundo antiguo,* en J. M. GARCÍA, y A. POCIÑA (Eds.), *En Grecia y Roma: Las gentes y sus cosas*, EUG: Editorial Universidad de Granada (Granada 2003) 431-450.

J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La "iniura" en Derecho Romano*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* II, Giuffrè Editore (Milano 1982) 525-538.

L. SANZ MARTIN, *Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atencion a la situacion juridica y familiar de la mujer*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* LXXXVIII (1996-1997) 291-306.

L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano* XII (2009) 1-26.

L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano* XV (2010) 1-42.

M. SARGENTI, *Il Diritto Privato nella legislazione di Constantio. Problemi e prospettive nella letteratura dell´ultimo trentenni, en* Studi sul Diritto del Tardo Impero (Milano 1938) 114-126.

M. SARGENTI, *Il matrimonio nella legislazione di Valentiniano e Teodosio*, en *Atti IV Convegno Accad. Romanística Constantiniana* (Perugia 1981) 239-257.

M. SARGENTI, *Per una revisione critica dei problemi di datazione delle Costituzioni di Costantino*, Editorial CEDAM (Padova 1986), en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

F. CH. SAVIGNY, *Veber die erste Ehescheidung*, Vermichte Soriften I (Berlín 1850), en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988).

M. SERRANO-VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho Romano*, Editorial Tébar (Madrid 2006).

S. SOLAZZI, *Consortium omnis vitae,* en *Estratto dágli Annali della R. Universita di Maceratà* V (1929), en O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Librería Editrice Università Gregoriana (Roma 1970).

T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus. Un Seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Editore Jovene (Napoli 1998).

G. SUÁREZ PERTIERRA, *Derecho matrimonial comparado*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia 2005).

F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, Bosch Casa Editorial (Barcelona 1960).

F. SCHULZ, *Principios del Derecho Romano*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Madrid 1960).

SOZOMENO, *Historia de la Iglesia 1, 9,* en R. DOMINGO, *La legislación matrimonial de Constantino*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra (Pamplona 1989).

S. TAFARO, *Pubes e viripotens nella esperienza giuridica romana*, Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell´ Università di Bari. Caucci Editore (Bari 1988).

S. TAFARO, *Breves notas sobre los infantes en el Derecho Romano*, en *Revista de Derecho Privado* XIV (2008) 5-32.

A. TORRENT RUIZ, *Manual de Derecho Privado Romano*, Editorial Edisofern (Zaragoza 1995).

A. TORRENT RUIZ, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Edisofer (Madrid 2005).

S. TREGGIARI, *Roman marriage. Iustes coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Editorial Oxford University (Oxford 1993).

P. URSO, *Il matrimonio del prigionero in Diritto Romano*, en *SDHI* LVIII (1992) 85-142.

J. VALENTI ABREU, *La disolución del matrimonio romano: Efectos jurídicos respecto de la identidad del nasciturum*, en *Estudios en Homenaje al profofesor F. Hernández-Tejero* II (Madrid 1994) 529-538.

J. B. VALLET DEGOYTISOLO, *Metodología de la determinación del Derecho I,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid 1994).

J. B. VALLET DEGOYTISOLO, *Metodología de la determinación del Derecho II,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces (Madrid 1996).

V. VANOYEKE, *La prostitución en Grecia y en Roma*, Editorial EDAF (Madrid 1991).

E. VARELA MATEOS, *Los derechos hereditarios de las mujeres en los bienes de los libertos*, en *RGDR* IV (2005) 1-24.

A. M. VEGA GUTIÉRREZ, *La unidad del matrimonio y su tutela penal. Precedentes romanos y canónicos del delito de bigamia*, Editorial Comares (Granada 1997).

ENRICO G. VITALI, *Premesse romanistiche a uno Studio sull´<impedimentum criminis> (adulterio e divieti matrimoniali)*, en *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* I (Milano 1972) 275-298.

P. VOCI, *Nouvi studi sulla legislazione romana del tardo imperio*, Pubblicazioni dell´ Università di Padova (Padova 1989).

E. VOLTERRA, *La Conception du mariage d´après les juristas romains*, Editrice la Garangola (Padua 1940), en M. I. NÚÑEZ PAZ, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma* (Salamanca 1988).

E. VOLTERRA, *La nozione giuridica di conubium,* en V. ARANGIO RUIZ (Coord.), en *Studi in Memoria di Emilio Albertario* II, Giuffré Editore (Milano 1953) 349-361.

E. VOLTERRA, *Iniustum matrimonium,* en G. GROSSO (Coord.), *Studi in Onore di Gaetano Scherillo* II, Istituto Editoriale Cisalpino-La Goliardica (Milano 1972) 441-470.

E. VOLTERRA, *Consensus facit nuptias*, en *La definizione eséncial giuridica del matrimonio. Atti del Colloquio romanistico-canonistico (13-16 marzo 1979)*. Pontificia Università Lateranense. Pontificium Institutum Utriusque iuris (Roma 1980).

E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Editorial Civitas (Madrid 1986).

W. WOLODKIEWICZ, *Attorno al significato della nozione di "mater familias"*, en *Archivio Giuridico Filippo Serafín* III, Giuffrè Editore (Milano 1983) 735-756.

P. ZANNINI, *Rapporti personali e patrimoniali fra coniugi*, en *Enciclopedia del Diritto. Estratto dal XXXVIII volume pubblicazione fuori commercio,* Giuffrè Editore (Milano 1987) 365-375.