

1-2927 98

TUCH. DER
G984dr
1989
C.1

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Memoria de Prueba para optar al grado
de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

" EL DIVORCIO EN ROMA "

Profesor guía: Sra. Angela Cattan Atala
Alumno : Carlos Isaac Gutiérrez Lira

UNIVERSIDAD DE CHILE



35601006842508

Santiago - Chile

1989



TUCH.DER.
G984dr
1989
C.1

DEDICATORIA

Dedico la presente Memoria de Prueba, a mi Madre, Lucía y a mi Hermana, Lina, sin cuya valiosa ayuda y constante estímulo, nunca habría alcanzado el anhelo profesional tan largamente acariciado y, finalmente, logrado. Muchas gracias a ustedes.

I N T R O D U C C I O N

La novedosa legislación que en muchos países de nuestro moderno mundo existe acerca de la disolución del vínculo matrimonial por la vía del divorcio, es una de las razones que me llevaron a interesarme y, por ende, a estudiar el tema del **"DIVORCIO EN ROMA"**, con miras a investigar en el Derecho Romano, que, sin duda, constituye la más importante fuente sobre la que descansan la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales, su existencia, importancia y ámbito de aplicación.

Una segunda justificación que me animó al estudio de este tema y que yo considero la más importante de las muchas otras que podría mencionar, estriba en mi particular modo de pensar respecto de esta forma de disolverse los matrimonios.

En efecto, yo pienso que el divorcio es una de las formas de poner fin al vínculo conyugal que debería ser objeto de una juiciosa, cuidadosa y seria legislación en nuestro país y en todos aquéllos donde no la hay; toda vez que una normativa de esta naturaleza se hace absolutamente necesaria si se tiene en cuenta, por un lado, la abundante y alarmante estadística que nos habla de matrimonios fracasados y cuyos miembros viven separados de hecho y, por el otro, lo poco serios y hasta cierto punto ridículos que resultan, a veces, los juicios sobre nulidad de matrimonios; ya que en la mayoría de los casos se basan ya en meras invenciones de las partes involucradas o de sus abogados.

A mayor abundamiento, es evidente que el divorcio sujeto a un ordenamiento bien pensado, no se encuentra en modo alguno reñido con los principios religiosos; puesto que, ya en tiempos de nuestro Señor Jesús, esta forma de terminación matrimonial existía

cuando los fariseos le preguntaron a Jesús si le era lícito a la pareja el repudio él respondió que no podía repudiar el uno al otro, salvo el caso de adulterio.

Todo lo que he dicho sobre esta materia está avalado, en gran medida, por todo cuanto he investigado y que será objeto de la exposición que el lector tendrá ocasión de conocer y de juzgar.

La exposición en cuestión comienza con un pertinente y breve análisis relativo a la familia romana; su composición e importancia, continúa con un corto estudio acerca del matrimonio y su decisiva y determinante participación en todo lo que fue la organización legal de la familia para, finalmente abocarnos de lleno al tratamiento detallado y profundo del divorcio romano, enfocándolo en todas las diversas épocas y legislaciones imperiales en que existió y fue tratado respectivamente.

CAPITULO I

1.- NOCIONES GENERALES DE LA FAMILIA ROMANA

GRUPO FAMILIAR

1.1. EL PARENTESCO: El vocablo "familia", cuando apunta única y exclusivamente al vínculo sanguíneo, hace alusión ya al conjunto de personas que conforman la parentela de una persona romana o bien al grupo familiar propiamente tal; hablamos entonces de lo que se conoció como los "domus" o "familia romana" (1). En consecuencia, a partir de estas primeras ideas, podemos conceptualizar la voz "familia" como el conjunto de individuos componentes de la parentela de un romano, siempre y cuando haya entre los tales vínculos de carácter romano.

El parentesco que se advierte entre los miembros de la familia romana, era, desde el punto de vista del derecho civil, exclusivamente agnaticio; es decir, eran parientes, de acuerdo a este derecho, los que descendían por varón de un mismo antepasado.

En esta materia, Ulpiano, ilustre jurisconsulto del derecho romano, consideraba una antigua definición de "agnación", según la cual no eran parientes agnados sino aquellos que, efectivamente, habían vivido bajo el poder de un mismo PATER FAMILIAS.

Si miramos el parentesco desde el punto de vista religioso, podemos afirmar, teniendo en cuenta que el elemento religioso era parte integrante de la familia romana, que también se consideraban parientes a aquellas personas que tenían un antepasado común a quien rendirle el culto debido a los muertos.

De lo anterior se desprende que era similar la regla que regía a los dos tipos de parentesco que hemos visto, el agnítico y el que se establecía por la vía religiosa.

1.2. COMPOSICION DE LA FAMILIA: La familia o domus estaba compuesta principalmente por dos clases de individuos: EL PATER FAMILIAS, que era el jefe de ella y que no dependía sino de sí mismo, y los llamados "ALIENI IURIS", que eran individuos libres pero sometidos al poder y autoridad del anterior.

Ahora bien, el grupo de las personas libres en la domus, estaba constituido, además de los alieniuris, por la mujer casada "IN MANUS", por los hijos y demás descendientes por varón.

Es importante destacar que la "gens" o sociedad de la cual emerge la domus, es un conglomerado religioso, por cuya razón el núcleo familiar romano se caracteriza por tener su culto doméstico y sus celebraciones religiosas tales como la "sacra privata"; sobre todo lo cual los pontífices de la ciudad sólo tenían un derecho de vigilancia.

Se podría decir que la familia romana, a parte de sustentarse en principios de orden religioso e idólatra, a nuestro juicio, constituía también una sociedad civil, cuya conformación autónoma y monárquica, erigía al PATER FAMILIAS como un magistrado doméstico en una virtud del derecho que le era inherente. No obstante, dicho jefe máximo no podía intervenir arbitrariamente en aquellos derechos que estaban garantizados por la ley o por la legislación de Roma en general. Sin embargo, como lo hemos dicho, este magistrado era en su casa la máxima autoridad, por lo cual el Poder Público no penetraba en ella sino en lo que propiamente le correspondía.

Queda claro entonces que la potestad ejercida por este singular "juez doméstico", era evidente, y se reflejaba particularmente en las sentencias que dictaba por sí mismo.

Asimismo, la calidad de jefe supremo que tenía el PATER FAMILIAS sobre los miembros de la familia, se advertía claramente en el poder de reglamentos, poder que implementaba mediante sus decisiones.

Otra de las características que describen al PATER FAMILIAS en su investidura de jefe máximo de la familia, es que gozaba de una absoluta y vitalicia potestad sobre el patrimonio de la misma, patrimonio que era común entre ésta y él mientras vivía y, una vez muerto, esta comunidad patrimonial permanecía inalterable, pero ahora respecto de sus descendientes varones.

La manifestación más patente de este derecho se hacía notar en las disposiciones testamentarias del PATER FAMILIAS.

1.3. LA PATRIA POTESTAD FUNDAMENTO DE LA FAMILIA ROMANA: Ya se ha dicho que el PATER FAMILIAS era el ciudadano "sui iuris" por excelencia, es decir, solo dependía de sí mismo fuera soltero o casado; sin su existencia no habría familia y él en sí mismo la constituía.

Tan cierto es lo que decimos que, sobre todo lo que la familia romana comprendía entre personas y bienes, este importantísimo personaje de la historia romana que estudiamos, tenía no sólo un derecho; sino que, como ya hemos hecho notar en párrafos anteriores de nuestra exposición, un poder o potestad total.

Ahora bien, en un principio la potestad del PATER FAMILIAS sobre todo el núcleo de la familia se designó con la denominación "manus"; pero en atención a estudios jurídicos incipientes y, atendida la necesidad de hacer un claro distingo entre los derechos que le estaban garantizados por el Estado, hubo de restringirse el significado de esta palabra, pasando a designarse con ella únicamente al poder que el jefe de la familia ostentaba sobre la mujer casada.

Creemos del caso, a propósito de esta materia, tener presente algunas definiciones tan básicas como las que siguen;

- a) Patria potestad: Es el poder que el PATER FAMILIAS tiene sobre los descendientes .
- b) Potestas domínicas: Es el señorío que tiene sobre los esclavos y demás cosas de la familia.
- c) Mancipium: Esta voz tiene el particular significado de designar a la cuasi servidumbre integrada por aquellas personas libres pero que, por una razón y otra, habían sido vendidos al jefe de familia.
- d) Juras patronatus: Estos vocablos aluden a los derechos que el PATER FAMILIAS tiene sobre los emancipados.

Por todo lo estudiado hasta aquí, no nos debe caber ninguna duda de que, la potestad del PATER FAMILIAS sobre las personas y personas a su cargo, fue, durante un significativo período de la historia de Roma, ilimitada. No obstante, con el correr del tiempo, se fueron produciendo ciertos cambios en este estado de cosas, todo lo cual possibilitó que, en un momento dado, la forma en que el jefe de familia romana ejercía su ilimitado poder sobre ella, fue puesta en tela de juicio por los censores de Roma (2).

Posteriormente, con la paulatina aparición y desarrollo del individualismo, fueron siendo incorporadas a las leyes relativas al poder total que el PATER FAMILIAS tenía sobre la familia de que era jefe, ciertas restricciones, de poca importancia al principio, pero más significativas según avanzaba este proceso evolutivo.

A raíz de todo este proceso, que fue disminuyendo ostensiblemente la autoridad que hasta entonces poseía el PATER FAMILIAS, potestad que solo podía extinguirse con su muerte, se produjo una significativa desmembración cuyo punto más decisivo, estuvo enmarcado por la desaparición del antiguo principio con arreglo al cual el PATER FAMILIAS podía componer su familia a su entero arbitrio.

Vale la pena señalar, a nuestro juicio, algunos ejemplos que vienen a corroborar de modo elocuente todo lo que decimos acerca de estos trascendentales cambios.

En efecto, el culpable de cualquier delito no podía ser separado de su familia, sino por sentencia de un magistrado estatal; la "lex iulia de adulteriis" privó al marido del derecho de vida o muerte que tenía sobre su mujer, manteniéndolo sólo respecto a su padre; el derecho de dar en prenda a los hijos bajo potestad fue derogado; etc. (3)

Este importante y definitivo quiebre que hemos descrito en relación a la estructura de la familia romana, data aproximadamente del siglo II de la Era Cristiana.

Muy ligada a la familia, constituida ya de una manera más legal o civilizada si se quiere, está la institución del matrimonio, institución a la que nos referimos detalladamente en nuestro próximo capítulo. No obstante, adelantaremos que la unión en matrimonio marca, desde su surgimiento en la Era Cristiana, la perpetuación de la familia romana.

En relación con el matrimonio romano, es destacable señalar que la monogamia fue una práctica constante durante toda la vida de Roma. Tanto fue así que el PATER FAMILIAS podía disponer sólo de una mujer, a la que con posterioridad investía del título de cónyuge.

Por otra parte, el celibato, que hasta entonces había sido una costumbre aceptada dentro de la sociedad romana, devino, con el surgimiento del matrimonio, en una forma de vida condenable. Tal es así que en las ciudades romanas, los censores sometían a toda

clase de humillaciones y vituperios a aquellos ciudadanos en celibato; al par que eran privados por las leyes de una serie de derechos.

Así como en Roma advertimos la existencia legal del matrimonio, también encontramos la existencia de las uniones de hecho denominadas "concubinato".

Respecto de este tipo de uniones, diremos, a modo de ilustración, que la concubina manumitida, que era aquella a la que le estaba impuesta la obligación de observar fidelidad a su patrón y la de no abandonarlo, debía cumplir dicha obligación, a menos que él consintiera, en lo contrario, por el obsequio que le debía a ella, y no porque tuviera alguna obligación legal en este sentido.

2. LOS HIJOS DE FAMILIA

2.1 LOS HIJOS LEGITIMOS: Como se desprende de lo que era la institución del matrimonio en Roma, su fin último era el de hacer perenne una raza, un nombre o un culto doméstico. Con todo, la autoridad máxima de la familia, o sea, el PATER FAMILIAS, colocaba en ella y a los hijos que le daba su mujer y a los extraños adrogados o adoptados.

Lo que decimos encuentra su sentido y razón de ser si se considera que, como lo hemos visto a lo largo de esta exposición, la antigua ciudad romana no tenía ingerencia ni en el origen ni en la estructuración interna de la familia. Tampoco podía intervenir ni en las gens ni en la domus en estos aspectos.

Así las cosas, las condiciones que debían darse para que un hijo fuera reputado legítimo, eran, además de la de haber nacido

dentro del matrimonio, la de ser admitido dentro de la familia por el PATER FAMILIAS. Este era, pues, el requisito más importante.
(4)

Por lo que afirmamos, parece que en esta época la concepción del hijo dentro del matrimonio no era, como lo es en nuestros días, condición esencial para considerarlo legítimo; conclusión ésta que tiene asidero si se tiene a la vista, tal como, lo hemos anotado en otros acápite de este capítulo que, en este período de la historia romana, el PATER FAMILIAS la formaba como mejor le pareciera.

Creemos oportuno señalar que, aunque el jefe de la familia podía aceptar o repudiar hijos a su voluntad, le era altamente conveniente agregar varones que asegurasen la continuación de la familia en lo que tocaba, sobre todo, al culto doméstico.

3.- LAS FILIACIONES FICTICIAS:

LOS ADROGADOS Y LOS ADOPTADOS. La denominación "adrogatio" se refería, en los primeros tiempos de la historia de Roma, a la economía de las ciudades romanas. De este modo, resulta normal y conveniente que un jefe de familia transfiera, por razones económicas, a otro su familia y el culto doméstico que ella tenía.

Dentro de los requisitos que las leyes exigían para que la adrogación prosperara, estaba aquél según el cual el adrogante debía carecer absolutamente de la posibilidad de tener hijos; toda vez que este instituto del derecho tenía dentro de sus objetivos el fin de allegar hijos al ciudadano romano que no los tuviera.

Más tarde la legislación exigió, además, que el adrogante tuviera la edad máxima de 60 años; tal es lo que dispuso la legislación caducaria (5).

Asimismo, era requisito, para que la adrogación tuviera lugar, que tanto el adrogante como el adrogado fuesen aptos para participar en los comicios.

Posteriormente, cuando desaparecieron las colectividades para dar paso en la ciudad sólo a los individuos, la institución que analizamos decayó en importancia, y únicamente se mantuvo por su forma ante los treinta victores de las curias.

En lo que dice relación con la llamada "adoptio" romana, diremos que ésta consistía en una simple negociación privada, en cuya virtud un PATER FAMILIAS cedía a otro un hijo a título de descendiente.

Considerando la historia de la familia romana tal como la hemos estudiado, pensamos que el fenómeno jurídico de la adopción en Roma, no hubo de practicarse sino con motivo de la desaparición de las gens y el advenimiento de la igualdad civil entre el populus y la plebe.

El objeto de la adopción, cual fue primitivamente el de procurar descendencia a la familia romana, explica el hecho de que, en un principio, sólo el PATER FAMILIAS tenía el derecho de adoptar sin mayores formalidades jurídicas.

Más tarde se estableció, por el mero afán de hacer similitud a la naturaleza, que el adoptante debía tener más edad que el adoptado; dejándose de lado a los castrados.

Finalmente, si corresponde hacer un paralelo entre la adrogación y la adopción, podemos decir que ambas eran instituciones semejantes en cuanto a sus objetivos básicos; ya que, tanto la adrogación

como la adopción servían para procurar la descendencia a aquel ciudadano que carecía de ella por no tener la posibilidad de conseguirla por sí mismo. Pero diferían en cuanto a que la una se aplicó de manera colectiva, mientras que la otra es por excelencia individual.

4.- LOS ESCLAVOS: Los esclavos formaban parte del patrimonio de la familia romana; no eran personas, sino cosas. En tal condición, eran introducidos a la familia por el amo (dominus).

No obstante, su condición de esclavo, estos individuos eran presentados al "lar" u hogar, y participaban del agua lustral y del culto doméstico, llegando a suplir en él, a veces, al jefe de la casa.

Aunque poco numerosos al principio y traídos de países vecinos, los esclavos vivían en la familiaridad del señor y eran objeto de un buen trato.

La potestad domínica bajo la cual estaban los esclavos, apenas se distinguía de la patria potestad en cuanto a derecho de castigo, de vida y muerte que el señor tenía sobre su esclavo, derecho que obedecía más bien a actos de magistratura que de propiedad (6).

La condición de hombre libre (status libertatis), fue otorgada o denegada con arreglo a la "causa liberalis".

La esclavitud en Roma tiene como sus más antiguas fuentes las relacionadas con el derecho de gentes, y entre ellas destacan: la captura, ya en guerra, ya en paz, del extranjero (pues éste constituía siempre una buena presa), el nacimiento de una madre esclava

el día del alumbramiento; las provenientes del derecho civil a consecuencia de sanciones penales; etc.

Cabe hacer notar que aquellos ciudadanos romanos hallados culpables de algún delito de los que resultase como sanción la esclavitud, debían ser vendidos a un extranjero; dado que ningún ciudadano romano podía llegar a ser esclavo.

En cuanto a la misión jurídico-social que les correspondía a estos individuos, es de interés señalar que, como estaban desprovistos de personalidad y hasta de un nombre, ellos no contraían matrimonio; puesto que tal instituto se suplía, en su caso, por el denominado "contubernium", fenómeno éste que implicaba uniones de hecho, cuyas únicas consecuencias eran la vaga "cognatio servile".

Por otra parte, el esclavo era incapaz de adquirir por sí mismo, ya que, como lo hemos dicho, no era una persona. De consiguiente, tampoco le estaba permitido celebrar acto o contrato alguno; por lo cual, se puede decir que el esclavo era comparable a la mujer casada con manus y al hijo de familia, es decir, era como éstos un instrumento de adquisición para el jefe de la familia.

De lo anterior resulta que el esclavo era utilizado por el "PATER FAMILIAS" en la explotación del patrimonio de la familia, pues debía ocuparse de sus negocios, y contando siempre con autorización, podía comprometerlo.

A mayor abundamiento, resulta importante resaltar la misión que a los esclavos les competía en el comercio, la industria y las finanzas, hacía de ellos, en la mayoría de los casos, personajes de una gran trascendencia e influencia.

Seguramente, a medida que los esclavos fueron aumentando en número, fueron siendo objeto de toda clase de excesos por parte de los señores. Las cosas llegaron a un punto tal en este sentido, que el derecho hubo de aportar importantes frenos a la potestad dominical. Es así como promediando el fin de la República y, sobre todo lo que fue el imperio en el siglo II de nuestra era, la llamada "familiae urbana y rusticae" o el conjunto de la servidumbre doméstica urbana y rural, da lugar a consideraciones e ideas más humanitarias, especialmente, respecto a los esclavos, con lo que su situación mejoró notablemente.

Un ejemplo claro que confirma lo que decimos lo constituyen las disposiciones de una ley Petrónea de la época, que prohibían la entrega de los esclavos a las fieras sin mediar previamente una sentencia judicial (7). Además el dueño de un esclavo que lo hubiera maltratado, era obligado a venderlo. Asimismo, se establece que un esclavo enfermo, viejo o abandonado se manumitiera de oficio.

Otras reformas introducidas por las leyes en beneficio de estos seres humanos, nos reafirman de manera elocuente la favorable evolución que experimentó su condición en este período de la historia romana.

5.- LA MANUMISION: La manumisión o "manumitio" surgió como una institución destinada a poner fin a la esclavitud.

Sus efectos se radicaban en el esclavo cuya condición no había sido la consecuencia de haber caído prisionero durante una guerra; sino sobre aquél que era esclavo por otras causales y en tiempos de paz.

El esclavo manumitido pasaba a ostentar y disfrutar de la calidad de ciudadano romano.

Para los romanos que habían caído en tal condición por haber sido hechos prisioneros de guerra, existía la posibilidad de llegar a ser libres en virtud de los efectos del ius postliminii. En este evento, la persona del esclavo desaparecía del ámbito de las relaciones jurídicas romanas.

Los efectos de la manumisión sobre la potestad, se traducían en que ésta era sustituida por aquellas, de tal manera que el manumitido

era tenido como ciudadano romano desde sus orígenes. Así se entendía que el manumitible traía al manumitido a la vida civil haciéndolo depositario de su nombre y estatuto político, no obstante lo cual no desaparecen totalmente entre el uno y el otro, es decir, entre el manumitido y el manumitible, los vínculos de sujeción que habían unido a éste con aquél.

A su turno, los derechos de patronato, que eran siempre perpetuos, vinieron a reemplazar a los que suponía la potestad dominica.

Ahora bien, la manumisión tenía lugar con arreglo a las disposiciones del derecho civil, bajo las siguientes condiciones:

- a) Per vindictam, era éste un procedimiento de ficción de la ley según el cual el magistrado podía decretar la libertad de un esclavo con la concurrencia de tres requisitos fundamentales: las afirmaciones favorables a un adsertor libertatis, la confessio y la falta de defensa del dueño.
- b) El censu. Esta causal se daba cuando, previa la orden del propietario del esclavo, éste reclamaba y obtenía una inscripción como sui iuris en los registros del censo del día de la lustratio.
- c) Per testamentum. La manumisión se producía en este caso, por sola voluntad del testador, pasando el manumitido a ser su continuador. En tal evento el manumitido era llamado "libertus ortinus". ?

Cabe tener presente, que cuando la manumisión era el producto de esta última causal, el esclavo era libre ya por la obligación impuesta a los herederos en tal sentido, ya en virtud de una condición suspensiva contenida en el testamento, en cuyo caso cumplida la condición, el beneficiario quedaba libre de hecho.

Durante el período del derecho clásico, encontramos tres clases de manumitidos (liberti libertini): los cives romani, los latini juniani y los dediticii (7a.).

Los ciudadanos por manumisión, cualquiera que fuesen, tomaban el nombre gentilicio, el apellido, el domicilio, la órigo y la nacionalidad de su manumisor. Sin embargo, sus derechos de ciudadanía eran limitados, ya que carecían del iushonorum y, en un comienzo, del ius militae y del ius sufragii (8).

6.- LOS CLIENTES: Similar a la categoría de los manumitidos, emerge la de los clientes, toda vez que éstos, que se remitían a la fe (commendare tradere in clientelam in fidem) y a un patrón que los recibía (fidem sucipere), le debían respeto y abnegación ilimitada. Por su parte el patrón tenía como deberes fundamentales frente a sus clientes, los de ayudarlos y brindarles protección en sus actividades necesarias tanto físicas como morales.

Dentro de las clientelas existían una clasificación que consideramos oportuno anotar a modo de mera ilustración. Es así como podemos destacar: a) la clientela de los amici; b) la de los comites; c) la de los combibaes; d) la de los familiares y, e) la de los simples salutatores.

Consecuente con lo que hemos dicho en el sentido de que la familia romana tenía como uno de los elementos integrantes de su formación las creencias religiosas, creemos del caso señalar, para concluir este capítulo, que una vez muerto uno de sus miembros varones, era tenido como un ser divino e infinitamente dichoso, pero para ello era imprescindible que quienes lo sobreviviesen le ofrecieran

de manera continua la comida fúnebre en el culto que debía rendírsele.

Tanto era así que cualesquiera interrupción a este rito importaba que el difunto cayera en la triste condición de un ente desgraciado y degradado a la categoría de un demonio malhechor.

La conclusión final es, entonces, que de extinguirse una familia por no haberse procurado descendencia masculina o porque ésta no hubiera rendido el culto debido a sus muertos, desaparecía con ella una religión y un culto doméstico.

N O T A S

- 1) DECLAREUIL, J.
Roma y la Organización del Derecho. p. 112.
- 2) Id., p. 115
- 3) Id., p. 117
- 4) Id., p. 138
- 5) Id., p. 141
- 6) Id., p. 152
- 7) Id., p. 157
- 8) Id., p. 161
- 7a) SCHULZ, FRITZ
Derecho Romano Clásico . p.81

CAPITULO II

EL MATRIMONIO EN ROMA

CONCEPTO Y CARACTERISTICAS:

1.- **Concepto:** Uno de los elementos que nos permiten conceptualizar la institución del matrimonio en Roma, teniendo en cuenta que, como ya lo hemos señalado, dicho instituto tiene como objetivo último el de perpetuar la Familia Romana, constituida ya desde un punto de vista legal, es aquel que dice relación con el poder denominado "la potestad marital".

En efecto, analizando someramente este poder o potestad a que nos hemos referido, podemos decir que constituye el tercero y último de los poderes extraños a que podían hallarse sometidos los romanos, quienes, por esta causa, pasaban a llamarse "alieni iuris".

La potestad marital, que hasta nuestros días subsiste quizás con la misma connotación que tenía entonces, se la define como el conjunto de derechos que tiene el marido sobre la persona y bienes de la mujer.

Como se puede fácilmente concluir, el poder en estudio surge dentro del matrimonio como un componente integrador y caracterizante; de tal suerte que, de faltar, el matrimonio quedaría relegado tal vez a un segundo plano de importancia.

A mayor abundamiento, diremos que el matrimonio en Roma, fuera de ser considerado como el fundamento o base de sustenta-

ción de la familia, desde el punto de vista del derecho, constituye particularmente uno de los pilares básicos del parentesco y de derechos civiles tan importantes como los que tocan a la tutela y a la herencia legítima, fenómenos éstos que resultan del mencionado parentesco.

El carácter del matrimonio como ente integrador de la familia, se mantiene hasta nuestros días de un modo inalterable.

Por otra parte, los autores romanos nos dejaron una definición de esta fundamental institución social, que en Roma se llamó también "justae nuptiae", definición que, por su importancia histórica y para nuestro estudio acerca del tema, creemos imprescindible reproducir aquí.

En efecto, el insigne jurisconsulto romano Modestino nos dice que "el matrimonio consiste en la total convivencia de un hombre y de una mujer que produce consorcio para toda la vida, mediante la comunicación de derechos divinos y humanos" (9).

Como se puede advertir en la definición que precede, ella trasunta el carácter civil y religioso que configuraba la institución del matrimonio en Roma.

Ahora bien, dos tipos de constitución del matrimonio se conocen en la historia de Roma: El matrimonio cum manus y sine manus, comprendiendo la manus en términos generales el poder que se lograba a través de lo que conocía como la "mancipiu". Pero, de un modo más restringido, la citada manus era simple y llanamente la potestad marital, es decir, el poder que el marido tenía sobre la persona y bienes de su cónyuge.

a) MATRIMONIO CUM MANUS: Esta clase de matrimonio creaba la ya analizada manus, poder que implicaba y traía consigo para quien lo poseía una amplia gama de atribuciones respecto de su cónyuge.

En términos específicos diremos que el cúmulo de facultades o atribuciones que suponía la manus se refería a una autoridad de orden más propiamente correccional y disciplinaria que de otro tipo.

Profundizando aún más acerca de este importante ingrediente del matrimonio cum manus, cabe destacar que la manus se podía adquirir con arreglo a tres singulares formas, es a saber, por confarreación o "confarreatio", por "coemptio" y por "usus".

1. Por confarreatio: La manus se adquiría de acuerdo a este modo, mediante la celebración del matrimonio de una forma solemnísimamente y con la concurrencia al acto nupcial de los padres de cada uno de los contrayentes acompañados de diez testigos, presumiéndose que cada padre aportaba cinco de ellos.

La ceremonia matrimonial transcurría y se celebraba ante el sumo pontífice, e incluía dentro de su ritual, la preparación de una torta de harina (los llamados "panis farrens") que se repartía entre los cónyuges bajo fórmulas sacramentales. Luego los padres hacían entrega de sus respectivos hijos, después de lo cual la alta autoridad religiosa los declaraba casados (10).

Cabe agregar que la confarreación, como modo de adquirir la manus, conllevaba la celebración de un matrimonio aristocrático en Roma. Es así que era practicada únicamente por la clase de los patricios, siendo indispensable además que los contrayentes

que la usasen provinieran de distintas Gens.

Más tarde, al tener lugar el predominio de la organización de la clase plebeya, este modo de adquisición de la potestad marital quedó reservada exclusivamente a las cartas sacerdotales; esto porque sólo podían acceder a la investidura de sacerdotes los hijos procedentes de matrimonios confarreados.

A partir de la situación recién descrita, la confarreación fue decayendo en importancia hasta desaparecer del todo.

2. Por coemptio: Considerado desde el punto de vista de su denominación, corresponde a este modo de adquirir la manus de un matrimonio romano, a una venta simbólica y recíproca entre futuros cónyuges (11).

En efecto, a la celebración de este singular negocio concurrían ambas partes interesadas, acompañadas de testigos suficientes para tal acto, ante un funcionario habilitado para el efecto, funcionario que recibía el nombre de "libripens", y a quien, por lo demás, le cabía participación en todo primitivo negocio de venta, por lo que a todo evento iba premunido de una balanza, en la que el futuro marido golpeaba con una moneda de cobre la "stipa", símbolo del precio. Acto seguido, este varón preguntaba a la que quería hacer su cónyuge si deseaba compartir su casa y su lecho, a cuya afirmativa respuesta de ella, el libripens los declaraba marido y mujer.

Como se ha dicho, la coemptio era un singular negocio jurídico cuya existencia y vigencia se explica por el surgimiento

de la organización plebeya de la Familia Romana, en donde la mujer estaba supeditada y sometida totalmente al marido, teniendo la misma calidad y posición de los hijos.

3. Por usus: Esta última forma de constitución de la manus que se conoce consistía en la posesión de ella por el usus; puesto que en el derecho romano, como ocurre en nuestro moderno sistema jurídico, las cosas se adquirían por tenerlas o poseerlas durante largo tiempo alguien en su poder.

De conformidad con este modo de allegarse para sí las cosas, que primitivamente se llamó "usucapión", la manus respecto de la mujer se lograba por haberse convivido con ella durante un año.

En efecto, transcurrido que hubiera sido un año de convivencia ininterrumpida con la mujer, se adquiría la manus a su respecto. No obstante, si se verificaba alguna interrupción en esa convivencia, la que se estimaba tal con la ausencia de la mujer por tres noches consecutivas del hogar conyugal, la adquisición de la manus se interrumpía; pues se suponía que, si ella se ausentaba así del hogar de su marido, lo hacía con el único fin de reanudar el culto de sus antepasados y descuidaba el de la sacra privata de su cónyuge.

Este tipo de unión conyugal encuentra similitud con el concubinato; pero se diferencia de éste en cuanto en aquella existía la llamada "affectio maritalis", o sea, la voluntad de un enlace matrimonial legal futuro, elemento éste que no encontramos en la institución del concubinato; porque en ella no había la intención de contraer un matrimonio bien constituido alguna vez.

Cabe agregar que el matrimonio cuya manus se adquiría vía usus es posterior al practicado con arreglo a las dos formas de adquirirse la potestad marital analizadas precedentemente, y subsistió hasta la época de los antoninos.

Creemos de interés hacer notar que las tres formas de procurarse la manus ya citadas, observan en su terminación o cesación modos similares a los que les dan base y consistencia.

Ciertamente, podemos decir entonces que la manus se pierde, cuando ha sido adquirida por confarreatio, mediante la ceremonia contraria llamada "disfarreatio"; si se había adquirido por coemptio, se perdía por una retroventa y, finalmente, si se había obtenido por usus, la manus desaparecía, como ya lo hemos señalado, por la interrupción de la convivencia que la mujer propiciaba con su ausencia del hogar conyugal durante tres noches consecutivas, modo de extinción de la potestad marital que recibía la denominación de "trinociti usurpatio".

b) MATRIMONIO "SINE MANUS": A este género de unión conyugal se le daba también el nombre de "matrimonio libre"; ya que no creaba la manus o potestad marital.

Aparecida esta nueva forma de contraer matrimonio, a fines de la República, prosperó durante todo lo que siguió del Imperio.

Ahora bien, la unión matrimonial sine manus consistía simplemente en el enlace conyugal de un hombre y una mujer sin que se tuvieran a la vista las solemnidades que operaban en aquellos matrimonios constituídos cum manus; dado que en el matrimonio que ahora nos ocupa tenía lugar la situación de llevar quienes se habían

de la *affectio maritalis*, elemento éste que diferenciaba la clase de matrimonio en estudio de simple concubinato. No obstante, no ha habido consenso entre los autores acerca de si en el analizado matrimonio habría sido necesario o no algún tipo de formalidad.

Es así como hay quienes sostienen que una de las solemnidades de imprescindible concurrencia aquí tuvo que ser aquella relativa a la tradición de la mujer, esto es, que ella hubiera sido llevada solemnemente a la casa de su marido.

Cabe señalar, pero sólo a modo de mera ilustración, ya que no estimamos del caso ahondar mayormente en la materia, que los requisitos de validez del matrimonio romano en general eran: la capacidad de los contrayentes, su consentimiento libre y espontáneo así como el de aquellos llamados por la ley a darlo cuando era preciso y, por último, la falta de impedimentos para casarse de parte de cualesquiera de ambos futuros cónyuges.

2.- **Características:** Las características generales y principales del matrimonio romano, que se desprenden de lo que ya hemos estudiado al respecto, son las que siguen:

a) Matrimonio podía ser *cum manus* o *sine manus*: el primero de ellos comprendía y creaba la potestad marital; mientras que el segundo, que era llamado matrimonio libre, no la creaba.

b) En este enlace era siempre necesario, además del consentimiento de las partes contrayentes, el de las personas llamadas por la ley a darlo. Como es el caso del *pater familia* si se trataba de personas dependientes.

c) El matrimonio romano, como ocurre con el actual, presentaba impedimentos absolutos y relativos que hacían imposible o difícil su celebración.

Entre los impedimentos absolutos más interesantes de destacar podemos incluir los que siguen: el que afectaba a los esclavos, por no ser considerados personas; el que tocaba a los extranjeros por carecer del ius connubi; etc.

En cuanto a los impedimentos relativos, diremos que éstos podían provenir del parentesco, de la profesión o posición social y de los delitos.

Dentro de los que derivaban del parentesco, estaba aquel impedimento que no permitía el matrimonio entre un ascendiente y un descendiente; el que afectaba el casamiento de los comunicados con algún grado de parentesco respecto del tronco común y el que impedía las uniones matrimoniales entre parientes por afinidad.

Dentro de los impedimentos derivados de la profesión o posición social, estaba el referido a casamientos entre un gobernador y una mujer de una provincia a su cargo; el que aludía a matrimonios entre un senador y sus hijos con mujeres libertas y muchos otros.

Finalmente, entre los impedimentos consecuencia de los delitos, destaca aquél que impedía la unión matrimonial entre el raptor con la que había raptado.

N O T A S

- 9) CAMUS, E.F.
Historia y fuentes del Derecho Romano. 2a. Ed.
Vol. 1-2, P. 106.
- 10) SERAFINI, FELIPE
Instituciones de Derecho Romano. Vol. 2. p. 232.
- 11) Id. p. 233.
- 12) DECLAREUIL, J.
Roma y la Organización del Derecho. p. 123.

CAPITULO III

DE LAS CAUSALES DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

Las causas según las cuales se podía poner fin al matrimonio romano eran de diverso tipo. Algunas podían imputarse a los cónyuges y otras surgían por situaciones ajenas a ellos.

Entre las causales atribuibles a los unidos en matrimonio, tenemos las siguientes: la cesación de la *affectio maritalis*, el divorcio, que resultaba o podía derivar de la anterior, etc.; entre las que les eran imputables, mencionamos la muerte de uno de los contrayentes, la prisión por guerra y la modificación del estado social de, las personas o de alguna de ellas unidas por justas nupcias entre otras.

Nos detendremos brevemente en aquellas causales que disolvían el matrimonio por cuestiones no imputables a los cónyuges; para luego hablar de aquéllas que sí les eran imputables.

1. Causales ajenas a los cónyuges:

- a) La muerte de uno de ellos: esta causal de terminación del matrimonio no resiste mayor análisis si se considera que uno de los requisitos de existencia del matrimonio en aquella época, como lo es también en nuestros días, es precisamente la concurrencia en su celebración y de manera constante, de un hombre y de una mujer; de modo que la falta o inexistencia de cualquiera de ambos hace imposible su conformación y existencia.

- b) La prisión por guerra: esta causal determina la disolución del enlace conyugal por haber caído el cónyuge varón en poder del enemigo, en cuyo caso, por haber sido hecho prisionero y quedar en la condición de esclavo, perdía su matrimonio y su familia resultante de él, no pudiendo volver a recuperar ambos nexos sociales. No obstante esto, debemos señalar que, de acuerdo con "ius postliminii, el ciudadano romano prisionero de guerra, si era liberado, recobraba todos sus derechos como tal; salvo como ya lo dijimos, su matrimonio y la familia que dicho enlace le había prodigado (13).

Por otra parte, es necesario tener presente que, con arreglo a la ficción establecida por la lex "cornelia", el ciudadano romano que caía en poder del enemigo de guerra, era considerado muerto desde la fecha en que tal hecho acaecía.

- c) La modificación del estado civil de las personas; dicha modificación también traía consecuencias en el ámbito de las relaciones matrimoniales.

En efecto, la "capitis deminutio" o disminución de la capacidad máxima y media, influyen en la pérdida de la familia; toda vez que las justas nupcias sólo eran posibles entre seres libres que gozaban de la ciudadanía romana y cuyo estatuto personal sufría modificaciones en virtud de ella.

Ahora bien, por la capitis deminutio máxima, se perdía la libertad y, de consiguiente, la ciudadanía, de lo cual resultaba, consecuentemente, la pérdida de la familia. Por la capitis deminutio en su grado medio, en cambio resultaba la pérdida de la ciudadanía y también la imposibilidad de optar a justas nupcias dentro de la legalidad vigente. Además, también por el efecto de esa disminución del grado de capacidad, se perdía la familia.

2. Causales imputables a los cónyuges:

- a) Cesación de la affectio maritalis: esta, que corresponde a una de las causales de terminación del matrimonio imputable a los cónyuges, se traduce en la disolución del vínculo conyugal vía divorcio por mutuo consenso o repudio.

Adelantándonos un poco a lo que trataremos en capítulo aparte, creemos del caso hacer algunas breves consideraciones acerca del divorcio como una de las más importantes causales que determinaban la disolución del matrimonio romano.

En efecto, conviene señalar a este respecto que autores tales como Jörs-Kunkel, Arias Ramos, Arangio Ruíz y otros, coinciden en la correspondencia que debía existir entre la cesación de la affectio maritalis y el divorcio como formas de dar término a la unión matrimonial. Así se dice que, si la formalización del enlace conyugal requería sólo de la manifestación de la voluntad de los contrayentes para su perfeccionamiento, de un modo inequívoco e idéntico al divorcio se le exigía, para que produjera sus efectos, la exteriorización de la voluntad de quienes optaban por el para separarse, es decir, al repudiante se le exigía expresar su voluntad de divorciarse mediante actos ostensibles tales como el cese de la vida en común; siendo así, el divorcio se reputaba perfecto aún cuando se careciera de causales legales para intentarse.

- b) En la época del cristianismo, se puede consignar, como causal de terminación del matrimonio, la muerte civil, esto es, la profesión solemne hecha por alguno de los cónyuges en algún instituto monástico y la cual era reconocida por la Iglesia.

Producto de la terminación del matrimonio por cualesquiera de las causales ya enumeradas y sucintamente descritas, surgían consecuencias jurídicas interesantes de hacer notar. Desde luego, respecto de los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, se debe tener presente que, tal como ocurre en el derecho moderno, ellos se reputaban legítimos aún cuando dicho matrimonio se hubiese disuelto; esto, en virtud de una presunción simplemente legal que los amparaba; nos referimos a la presunción llamada "PATER IS ET".

A pesar de la situación descrita precedentemente, se presentaban no pocas dificultades, en la época en estudio, en esta materia; escollos que vino a solucionar, por haberlos previstos con antelación, el senado consulto planciano, de acuerdo con cuyas disposiciones, la mujer divorciada podía intentar, dentro del plazo de 30 días, contados desde la disolución del vínculo nupcial, la actio "partu acnos sendum" si hubiere quedado en estado de embarazo; esto, con el fin de que el hijo que estaba por nacer fuera reconocido por su ex marido. Pero el marido, por su parte, tenía derecho a impugnar la legitimidad a que hemos aludido, tal como si el matrimonio siguiera siendo válido. Después del plazo ya indicado, precluía el derecho de la mujer para entablar la referida acción de reconocimiento filial, quedando el hijo que esperaba como ilegítimo.

Para el evento de que el matrimonio se hubiera disuelto con motivo de la muerte del cónyuge varón, los hijos se reputaban póstumos, quedando por ello en la categoría y condición de hijos legítimos siempre y cuando hubieran sido concebidos dentro del matrimonio y nacidos en un plazo no superior a los 300 días desde el acaecimiento del deceso del padre; pues sólo en estos casos quedaban bajo el amparo de la presunción de legitimidad antes citada.

Otras de las consecuencias que traía consigo la disolución del matrimonio por el divorcio o la muerte del marido, estribaba en el derecho que tenía la mujer divorciada o viuda de contraer segundas nupcias; pero en estos dos casos, específicamente, este nuevo matrimonio no era nada bien mirado durante los períodos de la Monarquía y la República. No obstante esto, estas nuevas nupcias podían celebrarse sin más exigencias que transcurso de un año después de disuelto el anterior enlace, ello con el único propósito de evitar probables confusiones de paternidad.

Más tarde, durante el Principado, la celebración de segundas nupcias, que seguramente constituía un derecho facultativo de la mujer, pasó a ser una obligación con miras a lograr el aumento de la natalidad en el Imperio. Así, las mujeres viudas estaban obligadas a casarse de nuevo transcurridos dos años a lo menos de viudez; en tanto que las divorciadas debían hacerlo después de un año y medio de disuelto el anterior matrimonio que hubieran tenido por esa causal (14).

Una tercera consecuencia, producto de impedimentos que dicen relación con el parentesco por afinidad, surgida de la disolución del vínculo nupcial vía divorcio o repudio, la vemos justamente analizando los impedimentos a que hacemos referencia. Por de pronto, hablando de estos obstáculos que dificultaban o hacían imposible la celebración nupcial en Roma, podemos afirmar que el marido divorciado de su mujer no estaba facultado ni tenía derecho a contraer matrimonio con la hija de ésta nacida con posterioridad al divorcio de ambos (15).

Una cuarta consecuencia derivada de la disolución o terminación del enlace nupcial, entre muchas que se podrían traer a colación,

es la que toca o apunta a la institución de la dote; instituto que, como se sabe, constituía un importante expediente al que debía recurrirse con motivo de la celebración de un matrimonio romano.

Ciertamente, si la dote había tenido por objeto la contribución a los gastos que demandaba la vida matrimonial, a la terminación de dicho enlace debía devolverse a aquél de los cónyuges que la había constituido u otorgado. Pero esta devolución o restitución de la dote no consideraba, en épocas primitivas del derecho romano, las adquisiciones producto de la dote de la mujer que el marido agregaba a la masa de sus bienes; las cuales, en tales períodos del derecho aludido, tenían el carácter de definitivas e irrestituibles; situación ésta que, con motivo de la conocida evolución que experimentó la legislación sobre esta materia con el correr del tiempo, varió positivamente para la mujer.

N O T A S

- 13) ARIAS RAMOS, JOSE
Derecho Romano. 5a. ed.
Vol. II - III, p. 658.
- 14) Id. p. 659.
- 15) IGLESIAS, JUAN
Instituciones de Derecho Romano. Vol 1
p. 158

CAPITULO IV

EL DIVORCIO EN ROMA

1. CONCEPTO: Dentro de las causales de disolución del matrimonio vistas en el capítulo anterior con algún detalle, señalamos al divorcio como una de las más socorridas¹ y frecuentes, según tendremos oportunidad de comprobar a medida de lo estudiemos en esta parte de nuestro análisis.

La institución del divorcio se entendía en Roma como el repudio recíproco o unilateral que se producía entre los cónyuges por el sólo consentimiento de ambos o por la notificación que uno hacía al otro en el evento de que el repudio fuera unilateral.

El título del Digesto referido al divorcio o repudio, que nos servirá de base fundamental al tratar la materia objeto de esta parte de nuestra exposición, comienza señalándonos las causales de extinción del matrimonio romano; esto es, el divorcio, la muerte de uno de los cónyuges, el cautiverio u otra servidumbre que le sobrevenga a cualesquiera de ellos (16).

El divorcio o repudio estuvo regido desde sus comienzos por el principio, siempre admitido por la legislación romana, en el sentido de que el matrimonio podía disolverse por la sola voluntad de alguno de los cónyuges como consecuencia de la ausencia de la affectio maritalis y teniendo en cuenta, además, la naturaleza misma del matrimonio romano, naturaleza que, como sabemos, lo definía como una situación de hecho.

Asimismo, era tal la libertad de repudio que existía que la ley no admitía la posibilidad de pactar una pena en su contra; puesto que las disposiciones legales señalaban expresamente que, "se consideró deshonesto que los matrimonios o futuros o ya contraídos fuesen ligados por el vínculo de una pena" (17).

Al par de los cambios que fue experimentando la institución del matrimonio en Roma con el paso del tiempo, el divorcio también fue presentando transformaciones. Así, ya no era lo mismo el divorcio que operaba en el matrimonio cum manus que el que se producía en los enlaces libres.

a) Desde luego, con motivo de los matrimonios bajo el régimen de la manus, el divorcio tenía lugar en virtud de la autoridad del marido, haciendo uso de la llamada jurisdicción familiar. Con todo, tal derecho de repudio no podía ser ejercido por éste de manera arbitraria; toda vez que el jefe de familia estaba sujeto y caía bajo la fiscalización de las costumbres, las que únicamente en situaciones de extrema gravedad lo autorizaban.

De lo dicho es fácil deducir que en esta época el divorcio era atribución exclusiva del marido; dado que la mujer, por depender enteramente de la autoridad o potestad marital, no se podía divorciar.

Por otro lado y, como ya lo hemos estudiado, la manus sólo se podía extinguir por la disfarreatio o por la remancipatio; actos solemnes de disolución a los que la mujer pudo obligar a su marido únicamente a fines de la República cuando deseaba la separación.

b) La situación era diametralmente diversa tratándose de matrimonios sine manus o libres; pues en este caso tanto el hombre como

la mujer gozaban de igual derecho para pedir la separación legal.

Ahora bien, la libertad para separarse vía divorcio fue en todo tiempo un principio reconocido en el Derecho Romano, sobre la base de considerarse que esto ayudaba a mantener en una alto sitial conceptual a la familia o, más bien, a la organización familiar. No obstante no existir prácticamente restricciones en lo atinente al divorcio, sólo se recurrió a él, como se sabe, en casos de urgente gravedad; por lo cual se puede afirmar inequívocamente que esta amplia libertad de repudio no constituyó, por eso, un expediente pernicioso para garantizar a todo evento la estabilidad de la familia romana.

Este estado de cosas, tan favorable al principio, devino, con el surgimiento de la corrupción en el Imperio, en una situación de constantes y sostenidos abusos al divorciarse; todo lo cual hizo indispensable la intervención directa de la ley (18).

Mencionamos, a modo de ejemplo de los casos de divorcio en esta época, el repudio de Spurio, el de Carvilio y el de Ruga, quien alegó, como causal para repudiar a su mujer la esterilidad de ésta; motivo éste que, por no ser admitido por la legislación sobre la materia, fue de suyo muy censurado.

Con anterioridad a Augusto es de destacar que, como ya lo hemos dado a entender, el divorcio no requería para su realización de ninguna forma especial; es así como era suficiente para llevarlo a efecto el decir: "Ten para ti tus cosas". Sin embargo, con el advenimiento al trono de Roma de este emperador, se exigió que el fuera anunciado por un liberto y ante la presencia de 7 testigos (19).

La costumbre de esta época, a parte de este anuncio verbal, que la intención de divorciarse o el divorcio mismo pudiera comunicarse por escrito (*libellus repudii*).

2. FORMAS DE DIVORCIO EN EL DERECHO CLASICO: Como se ha dicho, la institución del divorcio durante la época clásica del Imperio, período en el que fundamentalmente lo estamos enfocando, no observa ninguna formalidad especial en cuanto a su constitución. Sin embargo, consideramos coherente apuntar algunos requisitos de forma que, al decir del autor Juan Iglesias, operaban cuando los cónyuges adoptaban la decisión de divorciarse.

En efecto, el divorcio podía tener lugar:

- a) Por medio de un simple aviso dado en forma verbal.
- b) Mediante una comunicación dada por escrito.
- c) O a través de un aviso transmitido por un mensajero (*per numptium*) (20).
- d) Con arreglo a la *lex Iulia de adulterii*, la comunicación del divorcio debía realizarse con la participación de un liberto y en presencia de 7 ciudadanos púberos. Con todo, si esta formalidad no se cumplía tal como la establecía la mencionada ley, que data del año 18 A.d.J., no se entendía que el matrimonio siguiera siendo válido por ese sólo hecho.

Lo que decimos encuentra lógica razón si se tiene en cuenta que la ya citada ley, al disponer tal solemnidad, únicamente se inspira en los casos de divorcio unilateral, haciendo recaer sobre aquél de los cónyuges que, tomando la iniciativa del divorcio no la observe, el peso de ciertas y determinadas penas.

A su turno, la *lex Iulia et Popaea* prohíbe a la *liberta* divorciarse de su patrono contra la voluntad de éste (21).

La sanción que estas leyes acordaban para quienes contravenían sus disposiciones en este sentido, era que las transgresoras perdían el *connubium*, es decir el derecho a contraer matrimonio.

3. CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO:

Necesario es señalar, profundizando aún más sobre este interesante tema, que la separación de los cónyuges mediante el divorcio, no resultaba en modo alguno perjudicial para los hijos habidos dentro del matrimonio en vías de disolverse por este conducto. Pero las dificultades aparecían en relación a la descendencia que llegaba con posterioridad a la señalada disolución matrimonial. Esto era evidente, especialmente, cuando la mujer contraía segundas nupcias antes de expirar el término de 300 días que seguían a la terminación del vínculo; pues, en tal evento, era dable pensar que se había incurrido en fraude al atribuirle al primer cónyuge una paternidad ficticia.

Tan anómala y confusa situación fue convenientemente regulada por el senado consulto Planciano, el cual dispuso que la mujer divorciada que se hallara en estado de gravidez, lo expresara a su marido dentro de los 300 días siguientes de producido el divorcio; a objeto de que éste adoptara las providencias del caso durante el estado de embarazo de aquélla (22).

También era posible que el marido divorciado supusiera que su cónyuge se encontrara en cinta; pero que ésta lo negara con el sólo afán de suprimir el parto; aspecto éste cuya solución le correspondió al emperador Marco Aurelio, quien a través de un rescripto, dirigido al pretor urbano Valerio Prisciano, ordenó que la mujer embarazada

fuera depositada en casa de una mujer honesta y que fuera examinada, además, por tres parteras, después de lo cual, si la opinión mayoritaria de ellas coincidía en su estado de preñez, debía someterse a una estrecha vigilancia hasta el momento de dar a luz.

Una vez disuelto el matrimonio por divorcio, a la mujer le estaba permitido por las leyes Julia et popaea el contraer segundas nupcias; pero sólo dentro del lapso de 8 a 10 meses contados desde dicha disolución (23).

Cabe hacer presente, respecto de la posibilidad y derecho de contraer un segundo matrimonio, que, durante la época anterior a la institución de las leyes recién citadas, las segundas nupcias no eran nada bien vistas en el Imperio, porque se consideraba un principio de honor el mantenerse sin volverse a casar.

4. FORMAS DE DIVORCIO EN LA EPOCA POST-CLASICA:

Clasificación: La primera clasificación de divorcio que podemos destacar descansa en el espíritu limitativo que tuvo lugar durante la época imperial del cristianismo, espíritu que a su vez se inspiraba en los dogmas religiosos que lo informaban, convicciones que restringían el divorcio por medio de procedimientos indirectos.

En efecto, con el emperador Constantino se advierte la promulgación de una serie de constituciones que, poniendo definitivos frenos al repudio, admitían, no obstante, la disolubilidad del matrimonio. Por de pronto, se distinguía entre el divorcio producido por mutuo consentimiento y el que efectuaba de manera unilateral, el que propiamente era llamado "repudio".

- a) El divorcio por mutuo consentimiento era admitido sin más requisitos por la legislación de Constantino.
- b) No ocurría lo mismo, en cambio, con el repudio o divorcio unilateral, al cual se le exigían ciertos requisitos tales como el que el marido estuviera sindicado como homicida, envenenador o violador de sepulturas y el adulterio en la mujer.

Las sanciones, para el caso de contravenirse estas reglas llevándose a efecto un repudio injustificado, partían desde la pérdida de la dote hasta la imposibilidad de poder volver a casarse.

Los emperadores que sucedieron a Constantino, son a saber, Honorio, Teodocio, Constancio, Teodocio II y Valentiniano, establecieron a su vez nuevas y diversas sanciones a los divorcios sin justa causa.

Finalmente, Justiniano, cuya legislación sobre el tema que nos ocupa tendremos oportunidad de examinar cuando el caso lo requiera, adoptó un criterio mucho más estricto al respecto, prohibiendo el divorcio consensual, prohibición que posteriormente, con Justino II, fue abolida.

5. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DEL DIVORCIO: Considerando lo que estudiaremos relativo a las diferentes causales justas o no que determinaban la disolución del enlace conyugal vía divorcio, nos proponemos consignar ahora las más importantes consecuencias derivadas de dicha separación, tomando en cuenta la clasificación que de tales causas hacen los emperadores Honorio, Teodocio y Constancio, quienes distinguen entre motivos graves y leves:

- a) Así, se disponía que, si el motivo para divorciarse estaba dentro de los clasificados como graves, el marido se lucraba con la dote, pudiendo pasar a segundas nupcias;

en tanto que la mujer la recuperaba, estando en el derecho de poder casarse de nuevo después de 5 años de divorciada.

b) Por el contrario, si los cónyuges se divorciaban por causales leves, el marido perdía la dote, y sólo podía contraer un nuevo matrimonio después de 2 años de divorciado. Igual suerte corría la mujer en relación a su dote; pero, además, se le imponía la sanción de no poder volver a casarse.

c) Teodocio II y Valentiniano III, legislaron aún más estrictamente sobre esta materia, admitiendo el divorcio sólo en casos de graves delitos. De consiguiente, si el repudio se producía en virtud de tales fundamentos, facultaba al marido para retener la dote y para contraer un nuevo enlace de inmediato; y, a la mujer, para recobrar su dote y para casarse nuevamente transcurrido un año de producido (26).

d) Si el divorcio se interponía sin motivo alguno que le justificase, con arreglo a la legislación de Constantino, la mujer, junto con ser castigada con la pérdida de su dote, era deportada, mientras que el marido estaba obligado a restituir la dote, no pudiendo contraer nuevas nupcias.

6. EL DIVORCIO EN LAS REFORMAS DE JUSTINIANO: En esta época se establecen 4 nuevas formas o figuras de divorcio que conviene destacar :

a) El divorcio con justa causa (divortium et iusta causa) : Esta suerte de repudio se producía propiciado por alguna culpa de alguno de los cónyuges.

En este sentido debemos señalar que el legislador reconocía como causales justificadas para divorciarse, las siguientes:

1.- La maquinación o conjura en contra del emperador o su ocultación.

2.- El declarado adulterio de la mujer.

3.- Las malas costumbres de ella.

4.- Su alejamiento de la casa del marido.

5.- Las ingidias del otro cónyuge.

6.- El que el marido acusara falsamente de adulterio a su mujer.

7.- El lenocinio intentado por el marido en perjuicio y en contra de su cónyuge.

8.- El comercio constante y sostenido del marido con otra mujer dentro o fuera del hogar conyugal.

b) El divorcio sin causa (divortium sine causa): Se llamaba así al divorcio producido unilateralmente y respecto del cual no había causa legal ni justificada.

c) El divorcio por mutuo consentimiento (*divortium communi causa*) : Esta forma de divorcio, como es obvio de imaginarlo, tenía lugar por el simple consentimiento o acuerdo de los cónyuges.

d) El divorcio que se sustentaba en una causa no imputable a la culpa del otro miembro de la pareja: Este repudio, que recibía la denominación de "*divortium bona gratia*", operaba cuando a alguno de los cónyuges le sobreviniera alguna situación ajena a su voluntad o que escapara a su control, tales como : una impotencia incurable; voto de castidad y cautividad por guerra.

7. CAUSALES DE DIVORCIO DE INFLUENCIA CRISTIANA:

Ya hemos dicho que fue durante el período cristiano de la historia de Roma donde se produjeron las mayores y más claras restricciones al divorcio, legislándose profusamente acerca de las formalidades que debían observarse para llevarlo a cabo. Asimismo, se establecieron causales claras y perfectamente determinadas para poder optar a él.

En efecto, de conformidad con las disposiciones establecidas en el Derecho canónico de la época, el divorcio (*quoad thorum et habitatiomen*) tenía lugar por la concurrencia de las siguientes causales graves determinadas por la ley:

Cuando el matrimonio se disolvía por divorcio en iusta causa, el cónyuge culpable sufría cualesquiera de las sanciones legales que siguen: La pérdida de la dote o sus derechos sobre ella, así como la pérdida de la donación por causa del matrimonio; pero, si ni una u otra de estas contribuciones se hubiera constituido, se le castigaba despojándosele de la cuarta parte de sus bienes,

pudiendo forzárselo, asimismo, a retirarse a un convento.

Similares a las anteriores, eran las penas que se aplicaban a aquellos que se divorciaban sine causa y a ambos cónyuges divorciados *communi consensu* (24).

Más tarde, el sucesor de Justiniano, Justino II, establece una favorable innovación legal para los divorciados consensualmente; toda vez que los declara libres de toda culpa.

Como se ha dicho, con el surgimiento del cristianismo en el Imperio emergen también importantes y restrictivas transformaciones en relación a la institución que estudiamos. Sin embargo, tal reacción del espíritu inspirador de este movimiento monoteísta, no llega a borrar el concepto que los romanos tenían acerca del matrimonio y del divorcio. Tanto fue así que, aunque en determinados casos el divorcio se tuvo como un acto ilícito, nunca se declaró su invalidez.

la época se preocupó de regularla con particulares disposiciones.

a) El adulterio por parte de algunos de los cónyuges en perjuicio del otro.

b) La actuación hereje de alguno de los miembros de la pareja infiel respecto del otro que es fiel a sus principios religiosos.

c) La forma o el honor de algunos de los cónyuges puestos en grave peligro con motivo de la actuación en el matrimonio.

d) La sevicia o malos tratos verbales o de hecho de parte de uno de los cónyuges en contra del otro.

Estas y muchas otras causales que hacían posible el divorcio entre los unidos en matrimonio, carecían de toda eficacia si no mediaba oportuna resolución de la canónica competente que les diera validez legal; toda vez que a ninguno de los cónyuges le estaba permitido actuar por sí sólo para divorciarse.

Considerando ahora la legislación justiniana sobre la materia, podemos señalar que el Emperador Justiniano estableció como causales que hacían posible el repudio las siguientes, tratándose de un repudio en justa causa:

a) El adulterio e inconducta de la mujer, coincidiendo en este punto con lo establecido en el Derecho Canónico.

b) El atentado contra la vida por parte de cualquiera de los cónyuges en perjuicio del otro.

c) La conspiración en contra del emperador.

d) La incitación a la prostitución de parte del marido hacia la mujer. (26)

El divorcio bona gratia, por su parte, que no producía sanción para ninguno de ambos cónyuges, podía estar motivado en virtud de las causales que a continuación se mencionan :

1. La incapacidad de generar o de procrear.

2. El cautiverio bélico por más de 5 años.

3. La ausencia del soldado sin que se tengan noticias de él por más de 4 años.

4. La caída en esclavitud de un liberto.

5. El emperador Justiniano II, en la novela 140 que le pertenece, dispuso como causal no imputable a ninguno de los cónyuges para acceder al divorcio, entre otras, la ausencia de alguna de ellos y el voto de castidad. (27)

6. Asimismo al marido le estaba acordado divorciarse de su mujer cuando ésta, debiendo hacerlo, no denunciaba la maquinación de un delito contra el Estado, o cuando se baña o come con extraños (varones), o se queda fuera del hogar, o concurre sin la autorización del marido a espectáculos públicos. (28)

7. La mujer, a su vez, puede repudiar a su marido, cuando éste, así como en el caso anterior, emite la denuncia de la preparación de delitos contra el Estado que pudiera haber conocido, la instigación de su cónyuge a cometer adulterio, la imputación infundada de infidelidad y el adulterio de su marido que es considerado tal cuando él mantiene manceba. (29)

NOTAS

- 16) CAMUS, E.F.
Curso de Derecho Romano I
Historias y Fuentes del Derecho Romano
P. 149
- 17) Id. P. 150
- 18) Id. P. 152
- 19) Id. P. 153
- 20) IGLESIAS, Juan
Instituciones de Derecho Romano
P. 162
- 21) Id. P. 163
- 22) CAMUS, E.F.
Curso de Derecho Romano I
Historias y Fuentes del Derecho Romano.
P. 154
- 23) Id. P. 156
- 24) SERAFINI, Felipe
Instituciones de Derecho Romano.
P. 278
- 25) IGLESIAS, Juan
Instituciones de Derecho Romano.
P. 164
- 26) SERAFINI, Felipe
Instituciones de Derecho Romano.
P. 276

- 27) DI PIETRO, Alfredo y LOPIEZZA, Angel
P. 378
- 28) ARIAS, José
Derecho Romano.
P. 193
- 29) NOVELA 117 Cap. 8
- 30) NOVELA 117 Cap. 9

C O N C L U C I O N E S

A manera de corolario de todo cuanto hemos estudiado en relación al interesante y novedoso tema del divorcio en el Imperio Romano, creemos del caso dar a conocer nuestra modesta y pesonal opinión al respecto y las conclusiones finales a las que hemos llegado.

Efectivamente, hemos constatado con gran interés y con no menos asombro que, durante todos los diversos períodos que abarcó el Imperio de Roma, el divorcio o repudio, como una forma útil y socorrida de poner fin a las uniones conyugales entre los ciudadanos romanos, siempre estuvo presente y vigente.

Es importante destacar, asimismo, que durante el período clásico del Imperio la separación por la vía del divorcio era una solución de ordinaria ocurrencia entre las parejas que deseaban desvincularse y terminar así con su matrimonio; toda vez que en la época existía una casi absoluta libertad para divorciarse. Tanto era así que, tal como tuvimos ocasión de estudiarlo, el repudio era consensual, es decir, bastaba el simple consentimiento de las partes para hacerlo efectivo y eficaz. Sin embargo, cuando hemos dicho que esta libertad de divorcio era casi absoluta, nos referimos fundamentalmente al hecho de que existía una clara limitación que apuntaba a que sólo era posible el divorcio en casos graves y de extrema urgencia. Dicha limitante descansaba en el arraigado y básico principio clásico de mantener incólume la estructura de la organización familiar romana.

De lo anterior resulta que la libertad de divorcio, en cuya virtud incluso no se admitían por la legislación vigente los pactos tendientes a evitar el repudio, no era perjudicial en

modo alguno para la civilización romana de la época.

Por otra parte, la razón de ser de esta matizada libertad de divorcio radicaba, a nuestro modo de ver, en la naturaleza misma del matrimonio romano, naturaleza que, como sabemos, definía al matrimonio no como un contrato, sino, más bien, como una situación de hecho cuyo fundamental papel era el de perpetuar en Roma una raza, un nombre, una familia y una religión.

Las definitivas y necesarias transformaciones que hubo de experimentar la institución estudiada desde Augusto en adelante, se debieron, en gran medida, a los constantes y permanentes abusos producto de la comprobada corrupción de que fue objeto la sociedad romana a partir de esta época.

Otro de los aspectos que consideramos atinente destacar a propósito de la materia que nos ha ocupado, es el hecho de que, durante el período clásico de Roma, se distinguía entre el divorcio del matrimonio cum manus de aquél que tenía lugar en matrimonios libres; todo lo cual nos habla de manera elocuente de la sabiduría y seriedad con que el legislador de aquel tiempo trataban tan delicada e importante materia.

Resulta de interés, asimismo, resaltar que la legislación clásica romana no sólo se preocupó de regular adecuadamente el divorcio; sino que, con igual celo, también se ocupó de regular sus consecuencias, especialmente, las referidas a los hijos de la pareja divorciada, los cuales siempre quedaron bajo el amparo de la ley, y no entregados a la suerte o mero arbitrio de las circunstancias.

Finalmente, diremos que fue en el período post-clásico del Imperio donde el divorcio fue objeto de sus más claras limitaciones y determinantes cambios.

En efecto, fue en esta etapa donde el legislador estableció las diversas causales que vimos para poder divorciarse. Se establecieron, de igual modo, clasificaciones inherentes a esta forma de disolución matrimonial y muchos otros cambios destinados a hacer del divorcio una institución jurídica que estuviera de acuerdo con la realidad vigente en dicho período.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de mencionar, como otro de los aspectos concluyentes del divorcio, la influencia que ejerció sobre él la legislación y el movimiento cristiano existente en el Imperio; toda vez que, como lo estudiamos, durante esta etapa de la historia romana se produjeron frenos de orden religioso muy trascendentes en lo que hace al tema del divorcio en Roma.

B I B L I O G R A F I A

ARIAS RAMOS, José

Derecho Romano, 6ta. edición, Madrid Editorial Revista de Derecho Privado 1959, volumen 2.

CAMUS, E.F.

Curso de Derecho Romano 2da. edición, Cuba, Universidad de La Habana, 1941, volumen 1.

COSTA, Emilio

Historia del Derecho Romano Público y Privado, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1930.

DECLAREUIL, J.

Roma y la Organización del Derecho, Barcelona, España, Editorial Cervantes, 1928.

DI PIETRO, Alfredo y LAPIEZA ELLI, Angel Enrique

Manual de Derecho Romano, 3era. Edición, Buenos Aires, Argentina, Depalma 1982.

ENCICLOPEDIA OMEBA

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1964, volumen 19.

FRANCISCI, Pietro

Síntesis histórica del Derecho Romano. Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.

HERING, R. von

El espíritu del Derecho Romano, en las diversas fases de su desarrollo, Madrid, España, Librería Editorial de Carlos Bailly-Bailliere, 1891, volumen 4.

IGLESIAS, Juan

Instituciones de Derecho Romano. Barcelona, España, Escuela de la Casa Provincial de Caridad, 1952, volumen 1 - 2.

JORQUERA F., Francisco

Manual de Derecho Romano. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1949.

LOUZAN DE SOLIMANO, Nelly Dora

Curso de Historia e Instituciones del Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, Editorial de Belgrano 1979.

ODERIGO, Mario

Sinopsis de Derecho Romano 3era. Edición, Buenos Aires, Argentina, Depalma, editor 1927.

SERAFINI, Felipe

Instituciones de Derecho Romano. Barcelona, España, Espasa, Editor, sin fecha, volumen 2.

SCHULZ, Fritz

Derecho Romano clásico, Barcelona, España, Bosch, 1960.

INDICE GENERAL

	Pág.
INTRODUCCION	I - II
Capítulo I	1
1. Nociones Generales de la Familia Romana.....	1
Grupo Familiar.	
1.1. El Parentesco	1
1.2 Composición de la Familia	2
1.3 La Patria Potestad. Fundamento de la	3
familia romana	
2. Los Hijos de familia	6
2.1 Los hijos legítimos	6
3. Las filiaciones ficticias	7
Los adrogados y los adoptados	7
4. Los esclavos	9
5. La manumisión	11
6. Los clientes	13
NOTAS	15
Capítulo II	16
El matrimonio en Roma	16
Concepto y características	16
1. Concepto	16
a) matrimonio cum manus	18
b) matrimonio "sine manus".....	21

2. Características	22
NOTAS	24
Capítulo III	25
De las causales de disolución del matrimonio	25
1. Causales ajenas a los cónyuges	25
2. Causales imputables a los cónyuges	27
NOTAS	31
Capítulo IV	32
El Divorcio en Roma	32
1. Concepto	32
2. Formas de divorcio en el Derecho Clásico	35
3. Consecuencias del divorcio	36
4. Formas de divorcio en la época post-clásica.....	37
5. Principales consecuencias del divorcio	38
6. El divorcio en las reformas de Justiniano	40
7. Causales de divorcio según la legislación cristiana.	41
NOTAS	45 - 46
Conclusiones	47 - 48 - 49
Bibliografía	50 - 51
Indice General	